

# **QUADERNI FIORENTINI**

**per la storia del pensiero giuridico moderno**

**11/12**  
(1982/83)

Itinerari moderni della persona giuridica

TOMO I



**giuffrè editore milano**

PAOLO GROSSI

## PAGINA INTRODUTTIVA

Con mordace ironia, all'incirca a mezzo Ottocento, in una pagina del suo Manuale di Pandette, Alois Brinz, aduggiato dal gran parlare — e talora a vuoto — che si era fatto per tutto il secolo sul problema della persona giuridica, ha un riferimento spietato a chi, da allora in poi, avesse trovato il tempo e la voglia di dedicarvisi: sarebbe comparabile a chi volesse occuparsi seriamente di fantasmi.

I giuristi non si sono fatti intimidire dall'apóstrofe minatoria, e l'itinerario scientifico che separa le pagine di Brinz da noi ci appare infatti costellato da un coro di apporti dottrinali rilevanti per numero e per qualità. La dottrina ha continuato fittamente a parlare di persona giuridica, con un fervore e un impegno che non si sono ancora spenti, se appena negli ultimi anni s'è svolto in Italia e in Germania un dibattito contrassegnato da una singolare vivacità, vivacità intellettuale ma anche vivacità polemica. Raffiorano sempre incertezze di fondo e perplessità metodologiche insieme al malcelato desiderio di sbarazzarsi di una tradizione secolare ingombrante e condizionante. E, per rifarci all'immagine di Brinz, domina sempre, sotterraneo, il timore d'un fantasma, la volontà di evitare la concessione di credito a un fantasma. E critiche dure, serrate, iconoclastiche all'immagine collaudata ma traballante di persona giuridica.

Se così è, quale significato può assumere il riprendere un simile tema dopo tanto martello scientifico e soprattutto dopo un emergere non sparuto di analisi corrosive? I motivi essenziali di questa scelta sono molteplici, e cercheremo di esporli con franchezza al

lettore in queste righe introduttive, ma il primo e principale motivo è stato la persuasione che il tema attendeva ancora di essere adeguatamente studiato almeno dal nostro punto di vista. Il dibattito degli ultimi duecento anni è stato sì vasto e capillare, però da Turgot a Savigny a Puchta a Georg von Beseler a Otto von Gierke a Saleilles a Ferrara a Kelsen a Hart ad Ascarelli (e sono i primi nomi autorevoli che ci vengono alla mente) la preoccupazione ha avuto una prevalente — se non esclusiva — dimensione teoretica, e l'indagatore è rimasto del tutto conquistato dalle sue esigenze di costruzione giuridica anche quando si rifaceva copiosamente al generoso cantiere dei dati storici. Ha ragione il Galgano quando, di recente, ha affermato che la storia della persona giuridica andrebbe oggi per buona parte riscritta. Certamente va riscritto — malgrado i molti contributi esistenti — il profilo medievale, mentre quello moderno merita finalmente l'attenzione che è sinora mancata e l'umiltà coraggiosa di lasciare i facili esercizi sui consueti luoghi comuni per il terreno — ohimè quanto più scomodo — dell'ammasso corale ma inestricato delle fonti. Che in questa chiave il tema abbisogni di molti approfondimenti lo testimonia, del resto, lo stesso massimo studioso nostro dell'argomento sotto il profilo storico, l'Orestano, cui si devono chiarimenti definitivi sul nostro problema nella complessa realtà del mondo antico: le sue felici pagine sull'itinerario della nozione dagli Umanisti in poi sono e vogliono essere soprattutto un conciso sintetico disegno e forse addirittura uno stimolo per scavi ulteriori particolari o sistematici.

Questo 'Quaderno' nasce appunto dalla nostra consapevolezza che non doveva tardare il momento di aggredire un problema così controverso con un mestiere squisitamente storiografico, senza ulteriore preoccupazione se non quella di ritracciare un itinerario e riscoprirne il senso, di giungere a comprendere quell'insieme di cifre storiche, che il veleno o anche la semplice violenza della polemica aveva troppo spesso impedito di cogliere. Ritracciare un itinerario fino a noi, fino alle nostré spalle, fino allo spartiacque ideale, caro alla nostra Rivista, da cui si può contemplare l'abbraccio fra passato e presente. I ripensamenti teoretici, con cui si chiudono i due volumi di saggi, si legano armonicamente alla

folla dei contributi storiografici e costituiscono una pari risposta alla ricerca del senso d'un cammino che stiamo ancora percorrendo.

Ma quanto abbiamo or ora segnalato non basterebbe a giustificare lo sforzo sostenuto, giacché l'intero campo della storia del diritto moderno ci appare folto di vuoti che gli storici si sono ben guardati dal colmare. Una ulteriore ragione, ma non seconda, sta in una nostra duplice convinzione: che la persona giuridica sia nozione dalla straordinaria storicità, lasci cioè filtrare al massimo grado il panorama della società e della cultura retrostanti che l'hanno modellata e sia di quelle specchio fedele; che, malgrado ciò, i giuristi moderni, che l'hanno guardata 'sub specie historiae', non siano stati sempre compiutamente attenti a questa sua preziosa qualità espressiva, proprio perché tutti presi dalla loro dimensione critica; o che almeno abbiano emesso condanne e assoluzioni senza aver tenuto nel debito conto del valore storico di enunciazioni e sistemazioni teoricamente carenti o claudicanti.

Poche dispute, come quella intorno alla persona giuridica, sono così gremite di unilateralità e di contrapposizioni frontali, sono cioè così ricche di intima dialetticità; al di sotto delle costruzioni concettuali — sia che si accolga, sia che si smantelli l'idea di una *persona moralis* — si intravede premere infatti l'intera personalità del disputante con tutte le sue certezze di fondo; e sempre il discorso tende a lasciare il livello puramente tecnico per immettersi ad un livello più elevato, che scopre non soltanto la collocazione culturale del giurista ma — quel che più conta — anche le sue radici ideologiche.

Equivoci, pregiudizi, contraddizioni, aporie sono capi d'accusa che rimbalzano con frequenza in saggi più o meno recenti; ed è innegabile che ciò corrisponda alle tormentate testimonianze dottrinali degli ultimi due secoli, né saremo noi a smentirlo. Ci sembra però che sia ingiustamente riduttivo arrestarsi alla elencazione dei torti di questa dottrina senza compiere un passo innanzi: si è infatti liminalmente parlato di pregiudizi senza addentrarsi a vedere se ciò non rispondesse a una scelta consapevole e non corrispondesse alla secreta difesa di valori e di interessi vitali; si è parlato di equivoci, e non si è abbastanza considerato che gli equivoci sono ben spesso — e lo sono stati almeno nel



nostro problema — la tracce emergenti di un profondo e rispettabile travaglio storico. Non v'è insomma, in molte delle recenti proposizioni sulla persona giuridica, quello che nel più classico linguaggio storicistico si chiamerebbe un sufficiente *Sinnverständnis*, una adeguata comprensione del significato che le varie teoriche hanno rivestito sul piano puramente storico nel loro rapporto con le circostanti forze storiche.

Si leggano i saggi più recenti, i più brillanti, che ci sembrano appartenere alle riflessioni tedesca e italiana; qui, più che per gli altri istituti, l'esigenza di revisione nasce e si afferma in una insoddisfazione piena per le invenzioni della passata *scientia juris*; o meglio, come abbiamo all'inizio accennato, in una insofferenza di tale icasticità da identificare talora la rinnovazione teorica in una radicale decimazione, quasi che il giurista fosse ansioso di iniziare il nuovo edificio da una *tabula rasa* non più ingombrata da fuorvianti fardelli; e, al fondo, una certa incompienza, una certa sordità, una certa incapacità a cogliere la complessità del travaglio storico sotteso a tutte le passate architetture.

Vorremmo oggi ristudiare l'enorme materiale accumulato inforcando più accuratamente gli occhiali dello storico, cui la lente della comprensione consente una messa a fuoco di singolare nettezza; con una disponibilità schietta a leggere al di sotto della pagina dei dottori, a orecchiare — al di là delle trame tecniche — i motivi sottostanti, a incarnare la povera ossatura dei modesti artifici inventivi dei giuristi nel gioco vario dei tempi e dei luoghi, delle idealità e degli interessi politico-sociali.

L'analisi storica svela senza riserve le diversità di approccio con il nostro schema ordinante. Se è vero che la persona giuridica, soggetto essa stessa ma soggetto condizionante e mortificante tante singole individualità, è realtà a queste sopraordinata; se è vero che essa significa il primato dell'oggettivo, giacché realtà obbiettive — la comunità, il complesso dei beni — assurgono alla dimensione della soggettività, tutto questo non può che suscitare reazioni diverse a seconda dei climi storici, delle culture, degli assetti strutturali, in cui è destinato a calarsi.

La scienza ottocentesca — a parte le teoriche germanistiche destinate ad avere una sorta di esistenza carsica con una vitalità che si sarebbe risvegliata a fine secolo nella calda accoglienza del

naturalismo e sociologismo imperanti — testimonia il disagio che la percorre sia quando si esprime nella dottrina della finzione o in quella del patrimonio di scopo o nella teorica jheringiana dell'espedito tecnico. L'analisi non può non avere un carattere traumatico per una riflessione individualistica sorretta quasi sempre da una inespressa ma non meno palese ripugnanza verso il *monstrum* della *persona moralis*. Ed è per questo che se ne discute a usura, senza sosta, per tutto un arco di cento anni, quasi per affrontare di petto il tema scomodo e per esorcizzare l'immagine scandalosa.

Balza agli occhi la essenziale differenza con la misura della dottrina medievale: qui il problema non ha nulla di traumatico, e l'elogio della persona giuridica discende da una serena lettura d'un mondo sociale circostante al giurista, dove associazioni e fondazioni sono i cardini d'una circolazione economica e giuridica estremamente rarefatta e dove l'individuo vive nascostamente protetto e sepolto all'interno dei gruppi sociali. Una soluzione riposata, munita d'una sua intima naturalità, cioè conforme alla natura delle cose sociali. Né si dica che il diritto comune classico propone sostanzialmente una teoria della finzione *ante litteram*. La teorica moderna — quella savignyana, per intenderci — è dominata dalla sfiducia per ciò che altera e viola la rappresentazione d'una società fatta tutta e soltanto da individui; quella medievale sottolinea invece il carattere affatto giuridico delle costruzioni dei *doctores*, non finzione in senso svalutativo, bensì finzione quale prefigurazione e disegno intellettuale d'una realtà esistente e operante in altra dimensione, quella 'metafisica' ma certa e credibile del mondo senza segni del diritto. 'Pregiudizio ontologico' direbbero con Barbero molti filosofi e giuristi dei nostri anni, ma sarebbe la incomprendenza di quel messaggio storico.

Un'ultima convinzione sorregge l'iniziativa di questo 'Quaderno': che l'edificio concettuale faticosamente eretto da Sinibaldo ad oggi non sia, come da taluno si vorrebbe, un castello di carte atterrabile al primo soffio di vento. Per limitarci a questi ultimi cento anni, dal «ganz neues, von den Einzelnen unterschiedenes, reales und existentes Wesen» cui si richiamava lo

Zitelmann nel 1873 in un contesto culturale folto di suggestioni beseleriane e, più remotamente, hegeliane alla corrosiva e sbrigativa analisi che l'Ascarelli ha ripetutamente confermato nei nostri anni Sessanta, corre e si snoda tutta un'avventura intellettuale dei giuristi.

Certamente qualcosa di più e di diverso da un artificio, da una esercitazione scolastica; quasi un esame di coscienza, una ricerca esasperata di identità, nella consapevolezza che il problema veniva ad assumere la veste di banco privilegiato di prova della capacità creatrice degli *jurisprudentes*, della loro legittimazione a essere promotori e attori a livello culturale. La polemica acra e talvolta emotivamente carica fra difensori e detrattori della nozione di persona giuridica ha fatto spesso dimenticare che quella nozione era il segno tangibile di un territorio tutto *giuridico*, su cui dei *giuristi* con strumenti *giuridici* avevano innalzato (o preteso di innalzare) una costruzione tutta *giuridica*, nutrita sì di fondazioni filosofiche ma *giuridica* nel suo materiale squisitamente tecnico; e il giurista vi si è impegnato pienamente, perché ha avvertito che era in gioco la sua dignità di uomo di cultura e vi ha profuso tutte le sue forze, poche o molte che esse fossero.

Qui, più che altrove, la scienza giuridica ha dimostrato che le sue strade non erano soltanto i vicoli della elaborazione tecnica e ha rivendicato a sé un rango produttivo di pensiero: qui, più che altrove, non è né enfatico né apologetico cogliere le trame di un 'pensiero giuridico': ed è chiaro che non intendiamo questo termine nel senso larvatamente spregiativo di Kelsen.

Usando questa espressione — che risalta financo nella intitolazione della nostra Rivista — si intende semplicemente sottolineare la specificità e l'autonomia del discorso scientifico del *coetus jurisprudentium*: che è pensiero proprio perché più di duemila anni di ininterrotta riflessione, con momenti storici in cui a quel discorso era toccato il compito e il privilegio di fornire un vero e proprio modello epistemologico, hanno consentito di varcare gli angusti confini di una lettura tecnica — seppur affinatissima — del mondo sociale ed economico per divenire anche interpretazione di questo mondo, contributo alla coscienza critica di questo. Il discorso dei giuristi è pensiero nel momento in cui da e su una piattaforma tecnica riesce ad attingere a livello

dell'universale, a un piano sottratto alle usure spietate del quotidiano; dove la scienza giuridica diviene protagonista primaria di una civiltà storica e delle sue architetture speculative.

Questo ci sembra il caso della plurisecolare ininterrotta interrogazione — difficile, contorta, sofferta — che i giuristi hanno posto a se stessi sul problema grave della persona giuridica. Senza dubbio, della grande dottrina dello *jus commune* medievale, quando i Commentatori canonisti e civilisti esprimono tutte le certezze d'una cultura che aveva loro affidato un compito arduo di politica del diritto; quando li vediamo disegnare con sicurezza, da giuristi (« sicut ponimus nos juristae », proclama Bartolo con fierezza), le linee di quei « nomina juris et non personarum » di quelle « res incorporales », di quei « nomina intellectualia » in cui è il germe di tutte le future riflessioni. Ma senza dubbio anche nelle contraddizioni e negli 'equivoci' della dottrina ottocentesca, quando l'individualismo moderno deve affrontare — con più di un moto di rigetto — il problema di una persona giuridica; quando la scienza deve — consapevolmente o inconsapevolmente — fare i conti con l'ideologia.

Il 'Quaderno' è dedicato agli itinerari moderni de *la* persona giuridica. Quel singolare usato nel nostro titolo non ha un valore programmatico né tanto meno polemico contro la demitizzazione in atto. Ha il significato più modesto di fedeltà a una linea di conoscenza giuridica protesa a carpire il segreto de *la* nozione, a individuare *il* concetto.

Rispetto al programma diffuso da parecchio tempo si notano alcuni arricchimenti ed alcuni vuoti. Non ci ha mai sfiorato l'idea di fornire un panorama storiografico completo, che sarebbe stato ingenuo e risibile. Certamente, alcuni vuoti — non previsti — costituiscono smagliature che avremmo voluto evitare; pensiamo, fra l'altro, alla mancanza di indagini specifiche su Otto von Gierke e su Kelsen, compensata però nell'economia dei volumi dalle notazioni contenute nei saggi su Beseler e sulla filosofia analitica. Con soddisfazione contempliamo invece i contributi dei Colleghi inglesi sul mondo storico del *common law* e quelli dei Colleghi scandinavi su un'area culturale meritevole di maggiore attenzione da parte nostra.

Un vuoto, invece, ha paradossalmente una sua positività. L'assenza del contributo di Sten Gagnér implica infatti soltanto che l'insigne amico e maestro della Università di München, il quale si era da tempo con generoso entusiasmo accinto a difficili ricerche e che aveva visto crescere intorno a sé il materiale raccolto, è ormai impegnato nella redazione di un ampio volume sul tema prescelto, un volume che Gagnér ci fa l'onore di pubblicare nella Collana parallela a questi 'Quaderni' e che vedrà la luce — speriamolo davvero — nei primi mesi del prossimo anno.

J. H. BAKER

THE INNS OF COURT AND CHANCERY  
AS VOLUNTARY ASSOCIATIONS

It seems almost a contradiction in terms nowadays to speak of an unincorporated university, yet some of our best lawyers used to refer to the inns of court and chancery as the 'Third University of England' (1). The word 'university' in this context was not being used as a legal term of art, but was intended to convey the same sentiment as Fortescue intended when he wrote (in about 1470) that the inns formed a *studium publicum* more suited to the study of English law than any university (2). For this lawyers' university or *studium* was unusual, if not unique, in having virtually no existence as a body. Its constituent colleges were autonomous and formed a university only in the sense that they performed similar functions, in close geographical proximity, under the general supervision of the king's council or the judges (3). The inns had no recorded foundations or written constitutions, and were never incorporated, either individually

---

(1) 3 Co. Rep. pref.; 1 Bl. Comm. 24-25; and see W. R. PREST, *The Inns of Court 1590-1640* (1972), 115. The committee of inquiry into the inns of court (1855) recommended that the inns be 'united in a University' in the legal sense (p. 17).

(2) J. FORTESCUE, *De Laudibus Legum Anglie* (S. B. Chrimes ed., 1942), 116-117.

(3) In 1974 the inns of court came together to form a Senate of the Inns of Court and the Bar, with power 'to consider and lay down general policy with regard to all matters affecting the profession (other than matters within the exclusive jurisdiction of the Bar Council or the Inns)'. This was a culmination of earlier developments in the centralisation of educational and disciplinary matters.

or collectively. Most writers on corporate personality have treated them as awkward anomalies, to be mentioned in asides or footnotes as exceptions to the usual course of things. Even the more practical law books treat the legal status of these societies as a matter of speculation <sup>(4)</sup>. Yet why should lawyers, of all people, have been a law unto themselves? Their inns have played a prominent part in the history of the nation. Can we believe that they were denied privileges granted not only to academics and merchants but even to scribes and parish clerks? It is inconceivable. As Maitland reminded us, 'Our lawyers were rich and influential people. They could easily have obtained incorporation had they desired it. They did not desire it' <sup>(5)</sup>. The purpose of this paper is to examine how and why the common lawyers managed their societies without recourse to legal incorporation.

It would be anachronistic to assume that there has always been a clear distinction between corporate bodies and the other species of company, fellowship or voluntary association. Even under present English law the distinctions are not always sharp <sup>(6)</sup>. The many words used in medieval times to describe groups of people seem all to have been capable of bearing different senses. The lack of any precise distinction in terminology may indicate the absence of any perception of corporateness, but this cannot be assumed. It is a matter of fact rather than of law that coherent groups are seen as something different from their individual

---

<sup>(4)</sup> So also in Scotland, where it has been suggested that the Faculty of Advocates is a common-law corporation 'by long recognition': D. M. WALKER, *Principles of Scottish Law*, I (1970), 376. The faculty considered formal incorporation in 1701, when a new library and premises were acquired, but did not pursue it: J. M. PINKERTON, *The Minute Book of the Faculty of Advocates*, I (Stair Soc., 1976), xiii, 227.

<sup>(5)</sup> F. W. MAITLAND, *Trust and Corporation*, reprinted in H. D. HAZELTINE et al., *Maitland: Selected Essays* (1936), 141 at p. 191.

<sup>(6)</sup> Thus, a statute of 1970 defines 'company' for the purposes of corporation tax as including any unincorporated association. Yet it has been held that the Conservative Party, which claims a continuous existence since the 17th century, is not a voluntary association for this purpose: *Conservative Central Office v. Burrell*, [1982] 2 All E.R. 1.

members. That fact has always been reflected in language. We have collective names for a flock of sheep, or a swarm of bees, because the groups are seen to have an identity distinct from that of the individual animals, both in appearance and behaviour. Corporateness, however, is a legal concept. It involves treating the group for legal purposes as having a personality distinct from that of its members, so that the group itself can own property or engage in litigation. It is not to be taken for granted that this legal notion would, from the beginning, require a distinct vocabulary. Indeed, the words used to describe corporate bodies were the same collective words (college, company, fellowship, society and the like) as were used for unincorporated associations. It follows that the history of the legal idea cannot be traced through nomenclature as such. It can be seen more clearly in the language of royal charters. Express grants of perpetual corporate status began because it proved more convenient and precise to confer privileges on defined bodies with perpetual succession than on vague groups of people living in a certain place or following a certain trade. Before we consider why the inns of court and chancery disdained to seek such grants, it is appropriate to survey briefly the spread of charters of incorporation among other professional and learned bodies.

#### *Mercantile and academic bodies (c. 1450-1600)*

From the time of Henry VI many of the London livery companies were incorporated by royal charter, and in the sixteenth century the practice was extended to merchant trading companies. The purpose was partly to facilitate or regularise the ownership of land, and partly to confirm their powers of self-regulation and their monopolistic control of particular trades. Moreover, in the case of trading companies, the acquisition of corporate status might enable them to trade in a joint stock which was free from claims by the private creditors of members (?).

---

(?) C. T. CARR, *Select Charters of Trading Companies 1530-1707* (Selden Soc., 1913), xiv-xix.



Grants of incorporation to academic colleges are not found before the fifteenth century at Oxford or Cambridge. But when Henry VI founded King's College, Cambridge, in 1441 he made it 'quoddam collegium perpetuum ... perpetuis extunc futuris temporibus duraturum', with a name, a common seal, and the capacity to acquire land and to sue and be sued by the corporate name. Seven years later, the same king granted that the president and fellows of the queen's foundation of St Bernard and St Margaret (now Queens' College, Cambridge) 'sint unum corpus in se, in re et in nomine et perpetuam habeant successionem'. And in 1475 Edward IV granted that Catharine Hall, Cambridge, 'sit unum collegium perpetuum et una societas et comitiva perpetua per se, in re et in nomine ... incorporatum, unitum, firmum et stabilitum pro perpetuo permansurum', with the capacity to purchase, sue and be sued, and a common seal (8). The universities of Oxford and Cambridge themselves were not expressly granted corporate status until as late as 1571 (9).

In all these instances, however, the grant of incorporation seems to have been designed to ratify and confirm an existing, if legally unclear, state of affairs rather than to innovate. The livery companies had not only existed but had enjoyed some of the characteristics of corporate bodies long before they were expressly incorporated by royal charter (10), and as late as the mid-fifteenth century we find formal grants of armorial bearings being made to fellowships which (in the eyes of later lawyers) were not yet corporations (11). There had been colleges in Oxford

---

(8) Letters patent of 12 Feb. 1441, 10 July 1443, 30 March 1448 and 16 Aug. 1475, printed in *Documents relating to the University and Colleges of Cambridge* (1852), vols II, III.

(9) 13 Eliz. I, c. 29.

(10) See C. GROSS, *The Guild Merchant* (1890), I, 93-105.

(11) E.g., to the Haberdashers in 1446 (granted to the 'churche wardeyns of the craft of haberdasshers'), and to the Ironmongers in 1455 (granted to the 'craite and felasship'). See J. BROMLEY, *Armoial Bearings of the Guilds of London* (1960). (The inns did not obtain grants at this period, but assumed arms by about 1600. Under present theory they could not receive grants. But in 1700 Lincoln's Inn had its arms certified by Lancaster Herald: *Black Books [of Lincoln's Inn]*, III, 207-209. And in 1949 the Middle Temple had its

and Cambridge since the thirteenth century, and successive kings had recognised their perpetual nature by granting them privileges with words of succession instead of words of inheritance. Thus, Edward II in 1326 licensed the university of Cambridge to establish Clare College in two messuages, to have and to hold them unto the scholars of the college and their successors for ever. Similar grants were made on the foundation of Pembroke College in 1347, Gonville Hall in 1348, Trinity Hall in 1350 and Corpus Christi College in 1352. But when Gonville Hall was refounded in 1557 (as Gonville and Caius College), the charter recited that it had been used, received and accepted as a *collegium perpetuum* for two hundred years: a virtual recognition that by sixteenth-century criteria it had not before been formally incorporated<sup>(12)</sup>. The universities, like the colleges, had received numerous grants from successive kings on the basis that they were perpetual bodies. And they had always had proctors. Proctors enabled a university to sue as a body for its privileges, and the recognition of a right to be represented by proctors was perhaps the first indication that the universities of Paris, Oxford and Cambridge had corporate personality<sup>(13)</sup>.

It was in this middle period, when corporate status was beginning to find a place in the conceptual framework of English law, but was not yet reflected in express grants from the crown, that the inns of court and chancery sprang up in the suburbs of London. In the fifteenth century all the usual collective words were applied to them — fellowship (*societas*)<sup>(14)</sup>, company (*comi-*

---

arms registered by Richmond Herald: *Coat of Arms*, IV, 305. The Inner Temple has followed suit).

(12) Letters patent of 20 Feb. 1326, 23 Dec. 1347, 28 Jan. 1348, 23 Feb. 1350, 7 Nov. 1352 and 4 Sep. 1557, printed in *Documents relating to Cambridge*, vol. II.

(13) See G. POST, *The Parisian Masters as a Corporation*, in *Speculum*, IX (1934), 421-445. The proctors did not represent the universities in the English royal courts.

(14) E.g., *Black Books*, I, 2 (society, 1427), 4 ('felawship', 1431), 41 ('consortes societatis et hospicii', 1466), 63 ('societas curie nostre', 1476); J. H. BAKER, *Counsellors and Barristers*, in [1969] *Cambridge Law Journal* 205 at p. 216.

*tiva*)<sup>(15)</sup>, college<sup>(16)</sup>, and so forth. Yet they never took what seems in other contexts to have been the natural step of securing royal charters to settle their status. It is, therefore, not so much in their origins as in their choosing to remain unincorporated that their anomalous position rests.

### *Professional and learned bodies (1518-1752)*

Perhaps the earliest example of an incorporated professional body, apart from the universities and livery companies, is Henry VIII's College of Physicians in London (1518). Avowedly based on an Italian model, it has been described as standing on the line between college and gild<sup>(17)</sup>. The charter granted that all men practising medicine in London should be 'unum corpus et communitas perpetua, sive collegium perpetuum', with an elected president; and that the president and college should have perpetual succession, a common seal, capacity to acquire property and to sue and be sued by their corporate name, the privilege of meeting and making statutes, the right to license medical practitioners and to punish those who practised without licence, and the exemption of its members from jury service. The charter was confirmed by act of parliament, which in addition gave the college power to examine physicians throughout England, other than graduates of Oxford and Cambridge<sup>(18)</sup>. These major privileges sufficiently explain the grant of incorporation. In the kindred faculty of surgery, the Mystery and Comonalty of Barbers and Surgeons (1540) — which was a union of the Barbers' Company (1462) with the unincorporated Sur-

(15) W. RASTELL, *Collection of Entrees* (1596), f. 431v ('comitiva novi hospicii', 1457); CP 40/743, m. 124 ('comitiva in hospicio vocato Lyncolne is Inne', 1446); *Furnival's Inn v. Leycrofte* (c. 1487), C1/93/66 ('pensions due to the said company'); 'thanswere of the company of Stronde In' (c. 1505), STAC 2/26/354 ('felowe of the ryght honorable company of Gray's Inne').

(16) Letter to John Paston, in N. Davis ed., *Paston Letters*, II (1976), 22, no. 439 ('your college the Inner Temple', 1440); brass of William Crofton at Trottcliffe, Kent ('legis peritus ac collega de Greysin', 1483).

(17) CARR, *Charters of Trading Companies*, cxxxiv.

(18) Charter of 23 Sep. 1518; 14 & 15 Hen. VIII, c. 5.

geons' Company — was incorporated by the same king partly in order to confer privileges upon it, including the macabre right to claim four dead felons' bodies a year for anatomical dissection (19).

Among non-vocational learned societies the historians were perhaps the first to consider incorporation. In 1603 three members of the Elizabethan society of antiquaries drew a petition to Elizabeth I seeking the incorporation of a proposed Academy for the Study of Antiquity and History. The academy was never founded, though it is not certain that the petition was ever presented. Its interest in the present context is that two of the petitioners (James Ley of Lincoln's Inn and John Dodderidge of the Middle Temple) were benchers of their inns of court. The main purpose of the scheme was the foundation of a 'Library of Queen Elizabeth', which was to have been something like a combined British Library and Public Record Office. The petitioners claimed that such an academy would not encroach on the universities, since the latter did not regard history as one of the liberal arts, but it has been suggested that objections by the universities may have killed the project (20). In this case the request for a charter was a matter of securing royal patronage for a magnificent new library which had yet to be assembled and financed. The present Society of Antiquaries of London (1752) had a separate history, and its incorporation by George II may have followed the precedent set by the Royal Society (1662). The Royal Society was founded under the patronage of Charles II himself, and so a charter was the natural instrument of foundation. Its charter was also necessary to confer various privileges upon the society, including the same right as the Surgeons to claim bodies for anatomising (21). Despite these notable precedents, it remained the exception for learned societies to seek charters. Even the Royal Academy (1768) was not a body corporate.

---

(19) 32 Hen. VIII, c. 42.

(20) M. MCKISACK, *Medieval History in the Tudor Age* (1971), 167-168.

(21) The first charter is printed in C. R. WELD, *History of the Royal Society* (1848), II, 480-493.

*Societies of lawyers (1539-1833)*

The first societies of lawyers to receive royal charters were two companies of Chancery clerks in the sixteenth century. The Six Clerks were incorporated by charter and private act of parliament in 1539, chiefly to enable them to acquire the freehold of Harflew Inn in Chancery Lane (which they had previously occupied as tenants) and also to endow them with land in Lincolnshire <sup>(22)</sup>. The Company of Cursitors was set up by Sir Nicholas Bacon in 1573 and incorporated by charter, partly to establish their title to the site on which they proposed to build their inn and partly to fix their number, with the monopoly of the privilege of writing original writs <sup>(23)</sup>.

The civilian advocates, who had formed a society in Doctors' Commons by the 1490s, remained unincorporated until 1768 and provide a close analogy to the inns of court. Until 1568 their premises had been let to nominees, in trust for the society, but since 1568 the head lease of their new college was held by Trinity Hall, Cambridge, and the occupants of chambers held sub-leases from that college. There was a long dispute as to whether Trinity Hall were trustees for the doctors, and eventually by a Chancery decree of 1767 the doctors were 'deprived of any beneficial interest in their building'. It was after this that they incurred the 'very considerable expense' of a charter. The charter recited that the College of Doctors of Law exercent in the Ecclesiastical and Admiralty Courts had 'for centuries past been formed into a voluntary society' and that they desired incorporation 'for the better support of the said society and for securing to themselves a fixed place of residence for the future'. It embodied

---

<sup>(22)</sup> Patent of 28 April 1539 (31 Hen. VIII, pt. 7, m. 12); 31 Hen. VIII, c. 27 (omitted from *Statutes of the Realm* and *Statutes at Large*). They received a new patent in 1637, but on complaint by the master of the rolls they waived it: Privy Council Register, PC 2/48, f. 434; 3 Ves. Jun. at p. 590.

<sup>(23)</sup> Patent of 4 Sep. 1573 (*Calendar of Patent Rolls 1572-75*, 96, no. 416); orders of Sir N. Bacon, 26 Oct. 1573, printed in G. W. SANDERS, *Orders of the High Court of Chancery* (1845), I, 41-42 (company to make rules and to elect a principal and assistants); *Black Books*, I, 388.

various constitutional regulations, but it has been shown that these merely codified the existing state of affairs. The purpose was to enable the society to take a direct lease of their premises without the interposition of trustees. Afterwards (in 1782) the college was granted a royal bounty from the droits of admiralty to enable it to purchase the freehold, and the agreement between the corporation and the vendors was confirmed by private act of parliament in 1783. The doctors sold the freehold in 1861, but the corporation continued to exist until the death of Dr Tristram in 1912 <sup>(24)</sup>.

What is now the Law Society was incorporated in 1831 by the unwieldy title of 'The Society of Attorneys, Solicitors, Proctors and others not being Barristers practising in the Courts of Law and Equity of the United Kingdom'. The society had already purchased a site in Chancery Lane (including the former Harflew Inn) under an elaborate deed of settlement, and many of the provisions of the deed were repeated in the charter. The main purpose of incorporation was to enable the society to raise money on a joint-stock share basis (soon abandoned), and to enable it to make bye-laws <sup>(25)</sup>.

Finally, we may notice the Honourable Society of Judges and Serjeants at Law, which was incorporated by private act of parliament in 1833 to enable the freehold of Serjeants' Inn in Chancery Lane to be purchased from the bishop of Ely. The statute provided for a perpetual rentcharge payable to the see, and annual payments to the churchwardens of St Dunstan's in lieu of rates, with provisions for apportioning the payments on the occupants of chambers <sup>(26)</sup>. The society had been tenants of the see of Ely since the 1420s, the leases being made to trustees, but the purchase of the freehold was a prudent preliminary to the extensive rebuilding and enlarging of the inn for public pur-

---

<sup>(24)</sup> G. D. SQUIBB, *Doctors' Commons* (1977), 53-55, 75, 210-214; *London Topographical Record*, XV (1931), 83-84; 23 Geo. III, c. xxx.

<sup>(25)</sup> Charter of 22 Dec. 1831; 'History of the Society' in *Law Society Handbook* (1938), 1-6.

<sup>(26)</sup> 3 & 4 Wm IV, c. cx (private act, but 'deemed and taken to be a Public Act').

poses <sup>(27)</sup>. The corporation sold the freehold in 1877 and ceased to exist on the death of Lord Lindley in 1921. The other serjeants' inn, in Fleet Street, was occupied under a series of tenancy agreements with the dean and chapter of York. It was never incorporated, and was dissolved in 1733 after a dispute which prevented the renewal of the lease <sup>(28)</sup>.

#### THE POSITION OF THE INNS OF COURT AND CHANCERY

The examples given above illustrate the principal reasons why corporate status was desired by various kinds of professional or learned body. First, it enabled a body to own property in perpetual succession. Without such a privilege, the occupation of premises might be precarious (as the judges and serjeants discovered when they were evicted from the Fleet Street inn in 1730), and major building work a risky speculation. As an incidental right, the body was enabled to make and accept grants authenticated by its common seal. Secondly, incorporation enabled the crown to grant to the body privileges which could not easily be acquired by usage. Thirdly, it enabled the body to bring actions at law by its name of incorporation, without the need to join all the individual members for the time being. Fourthly, it gave the body a constitution and, in appropriate cases, the authority to make regulations or byelaws for a particular trade or profession. And, finally, it enabled the body to make contracts binding the common stock, without charging the private property of the members.

If there were no corresponding disadvantages, the inns of court might well have purchased some or all of these privileges for themselves. But corporate status had its awkward side. Best

---

<sup>(27)</sup> Rebuilding was completed in 1839 and included judges' chambers and Common Pleas offices. Government involvement had been discussed in 1830: Serjeants' Inn 'Gesta', PRO 30/23/1/2, p. 300. The additional property was acquired from the Rolls by the statute 6 & 7 Wm IV, c. 49.

<sup>(28)</sup> The story is fully related in H. C. KING, *Records and Documents concerning Serjeants' Inn, Fleet Street* (1928).

known of the problems was the effect of the mortmain legislation, which prevented corporations from acquiring land without licence from the crown. Although many charters granted dispensations from the legislation, the operation of such clauses was often unclear, and the muniment rooms of colleges and companies are stuffed with expensive licences under the great seal <sup>(29)</sup>. Perhaps the principal drawback, however, was that a corporate body was tied rigidly to the constitution given it at the time of birth. If the details spelt out in the charter proved unworkable or unsuitable, the only remedy was a new charter. An early academic example is that of King's College, Cambridge, which was founded in 1441 as the rector and scholars of the King's College of St Nicholas, only to be refounded two years later with an amended constitution as the provost and scholars of the King's College of St Mary and St Nicholas. The Royal Society required two new charters within seven years of its foundation in 1662, in order to iron out constitutional difficulties, even though the first charter had been drawn with all the skill of Sir Heneage Finch. If, on the other hand, the charter omitted such details, the gap could not be supplied by prescription, because a body with a definite date of foundation could not be immemorial. Usually the void was filled by the founder's statutes, but these could be more difficult to alter than the charters themselves. The universities and their colleges, for instance, found themselves considerably hampered in the nineteenth century by ancient statutes, and the position was only remedied by Victorian acts of parliament.

These difficulties might well inhibit sensible bodies from seeking charters, if they could possibly manage without. With that in mind, we can turn to consider how the inns of court and chancery managed to avoid the disadvantages of being unincorporated.

---

<sup>(29)</sup> In 1531 parliament extended the mortmain legislation to trusts in favour of companies and brotherhoods made 'without any corporation': 23 Hen. VIII, c. 10. But this was never applied to the inns, and was construed by the courts to extend only to superstitious uses.



### 1. *Ownership of property*

At present the freehold property of each of the four inns of court is vested in trustees, appointed from the benchers, in trust for the societies. But it was only by degrees that the inns came to acquire their freeholds. The medieval position in all the inns of court and chancery was that the land and buildings were let to lawyers acting on behalf of their societies. Since very few leases have survived, precise details of the arrangements are not known. A lease to four nominees of Clifford's Inn in 1461 is recorded <sup>(30)</sup> and we know of leases to members of Serjeants' Inn, Chancery Lane, in the fifteenth century <sup>(31)</sup>. In other cases it is possible that the tenancy agreements were unwritten. Thus, in 1467 the landlord of New Inn sued two successive principals of the society for arrears of rent on the basis that they were tenants at will <sup>(32)</sup>. And in two cases from the time of Henry VIII, involving Furnival's Inn and Staple Inn respectively, the landlords sued for rent in Chancery on the grounds that an inn of chancery, being an unincorporated body, could not be sued at law <sup>(33)</sup>. These actions show that the three inns last mentioned were not even leased to nominees for a term of years.

In the sixteenth century some of the freeholds of the inns of chancery were acquired by the inns of court. Thus, Gray's Inn bought Staple Inn in 1528, the conveyance being made to the ancients of the former inn at the time. The title seems thereafter to have been vested in trustees. In 1582 a further portion of Staple Inn was conveyed to the then readers of Gray's Inn (by name) and their heirs, to their own use <sup>(34)</sup>, but presumably

---

<sup>(30)</sup> *Calendar of Fine Rolls 1461-71*, 20. The first two lessees were probably joint principals of Clifford's Inn.

<sup>(31)</sup> W. DUGDALE, *Origines Juridiciales* (1680 ed.), 333.

<sup>(32)</sup> *Turnaunt v. Clerk* (1467), CP 40/822, m. 412; *Turnaunt v. Bastard* (1467), CP 40/823, m. 127. A Chancery suit was also commenced: C1/55/35.

<sup>(33)</sup> *Earl of Shrewsbury v. Principal of Furnival's Inn* (c. 1508), C1/364/93; *Copwode v. Principal of Staple Inn* (c. 1527), C1/401/9. See also *Dean and Chapter of Lincoln v. Principal of Barnard's Inn* (1502), DL 5/2, f. 28 (a suit for rent before the council learned).

<sup>(34)</sup> *Pension Book of Gray's Inn*, I, 58.

on undisclosed trusts. The appointment of trustees seems subsequently to have lapsed, for in 1811 the grand company of Staple Inn themselves conveyed the inn to trustees in trust for their own society<sup>(35)</sup>. Lincoln's Inn bought the site of Furnival's Inn in 1548, and of Thavies Inn in 1551. The former was conveyed by Lord Talbot and Furnival to three benchers, to their own use<sup>(36)</sup>, whereas the latter was conveyed to the use of the fellowship<sup>(37)</sup>. The Inner Temple bought Lyon's Inn in 1583<sup>(38)</sup>, and the Middle Temple bought New Inn in 1608<sup>(39)</sup>.

The first inn of chancery to acquire its own freehold was Clifford's Inn. Lord Clifford in 1618 conveyed the fee simple to the principal of the inn and another trustee, in consideration of £ 100 paid by the society, so that the inn should 'for ever hereafter be continued and employed as an inn of chancery for the good of the gentlemen of the society and for the benefit of the commonwealth'. This conveyance was held in 1900 to have created a charitable trust, and therefore on the dissolution of the society the proceeds of the sale of the inn were to be applied *cy près*<sup>(40)</sup>. Clement's Inn also acquired its own freehold, but in a rather odd way. In 1544 the landlord had agreed with the principal and ancients that they and their successors should pay £ 4. 6s. 8d. rent for the inn for evermore. There was some doubt as to the legal effect of this agreement, and leases for years continued to be made from time to time. In 1629 the earl of Clare, claiming the freehold, refused to renew the lease, and Lord Keeper Coventry decreed that the inn should remain to

---

<sup>(35)</sup> *Report of Inns of Court Inquiry* (1855), 91, shows that it was still vested in trustees in 1854.

<sup>(36)</sup> *Black Books*, I, 286-287. Lincoln's Inn sold it in 1888.

<sup>(37)</sup> *Ibid.*, 297. The title was thereafter a matter of long dispute, and even litigation, between the two inns. Lincoln's Inn sold it in 1772.

<sup>(38)</sup> [*Calendar of*] *Inner Temple Records*, I, 467.

<sup>(39)</sup> The conveyance was by common recovery in favour of the benchers: *Report of Inns of Court Inquiry*, 74-75. The title was litigated in Chancery between the two inns at the end of the century: *Calendar of Middle Temple Records*, 87. There was further litigation in 1740, compromised on terms in 1744. The inn was compulsorily purchased in 1899.

<sup>(40)</sup> *Smith v. Kerr*, [1900] 2 Ch. 511; [1902] 1 Ch. 774.

the professors of the law for ever at the customary rent. This decree was apparently forgotten in 1678 when another dispute arose, but again the Chancery decreed possession to the principal and ancients for ever <sup>(41)</sup>. It might be tempting to read into these decrees a recognition that in equity an inn of chancery had corporate status, but the reasoning was in fact rooted in the law of charities and proprietary estoppel, the society having spent large sums on building in the belief that it was entitled to occupy the premises in perpetuity under the 1544 agreement. After 1678 the legal title was vested in trustees.

Only one inn of chancery continued its medieval arrangements until the end. The members of Barnard's Inn continued in occupation as tenants of the dean and chapter of Lincoln for over four centuries, and only at the end of their society's existence (in 1892) bought the freehold with a view to sale.

The title to the four inns of court was in medieval times vested in various religious corporations. Lincoln's Inn belonged to the see of Chichester. In 1536 it was conveyed by the bishop to William and Eustace Sulyard, who as members were probably acting as nominees but nevertheless received rent from the inn. In 1580 their heir, Edward Sulyard, conveyed the fee simple to the then benchers (by name) and their heirs (not successors). Since then the title has been similarly vested in trustees. Gray's Inn apparently purchased their freehold from the crown around 1539, though no conveyance has ever been discovered. By 1687 at the latest the title was held by trustees 'to and for the common profit, benefit and utility of the society of Gray's Inn and the members of the same for the time being, for ever, according to the true, ancient and laudable government thereof'. A quit rent was payable to the crown or the crown's grantees until 1733, when the latter sold it to the then treasurer of Gray's Inn in trust for the society <sup>(42)</sup>. The Temple came to the crown on the dissolution of the order of knights hospitaller, and the crown took rent from the two inns there until 1608. By a royal charter

<sup>(41)</sup> C. T. CARR, *Pension Book of Clement's Inn* (Selden Soc., 1960), li; C78/1022 (not mentioned by Carr, but giving more details).

<sup>(42)</sup> *Report of Inns of Court Inquiry*, 76-77.

of 13 August 1608, the Temple was granted to the benchers of the Inner Temple and Middle Temple (named individually), their heirs and assigns, to their own use, but with the command that it be used for the accommodation and education of students and professors of the law for ever <sup>(43)</sup>. In 1732, after a dispute between the two societies, a partition agreement was embodied in a deed made by the benchers of each inn <sup>(44)</sup>.

Thus, although occasional uncertainties arose as to ancient titles, it is clear that the inns of court and chancery occupied their premises securely, and with enough confidence to erect costly buildings, since the middle of the fifteenth century. With one exception <sup>(45)</sup>, the inns did not receive endowments of land beyond their collegiate sites. Nor did they invest in real property. The lack of common seals was therefore no disadvantage. The seals which the inns use <sup>(46)</sup> are not common seals, because there are no standing orders or votes on sealings, but merely office seals used for authenticating certificates.

## 2. *Privileges*

The only privileges which the inns are likely to have wanted confirmed are those connected with their professional functions. But there was never any doubt about such things. The right to teach law, the right to give degrees in the common law and thereby to control the membership of the bar, freedom from disturbance or outside interference: all these things the inns had without the need for charters. Historians no longer believe that the inns of court originated in the royal writ of 1292 touching the apprentices who followed the king's court, but lawyers may

<sup>(43)</sup> Printed in *Inner Temple Records*, II, 337.

<sup>(44)</sup> *Ibid.*, IV, 109; deed printed in *Report of Inns of Court Inquiry*.

<sup>(45)</sup> The Rainbow Tavern in Newgate Street was left to Lincoln's Inn by Sir Roger Cholmeley in 1565, and retained as an investment until 1927: *Black Books*, I, 348; V, I.

<sup>(46)</sup> C. T. CARR, *Law of Corporations* (1905), 55; D. LLOYD, *Unincorporated Associations* (1938), 51. The Inner Temple had a seal engraved 'for the office' in 1777: *Inner Temple Records*, V, 362.

once have believed it, and it was true that the men of court (from whom the inns of court took their name) were a fellowship by virtue of their calling and needed no other warrant for assembling together. By the 1450s at least, membership of an inn of court or chancery was ipso facto evidence that a man was learned in the law and exempt from the laws against maintenance (47). Then, or soon afterwards, both the discipline and the education in the inns came under the direct supervision of the king's council, and this would have cured any misgivings as to their legitimacy. The teaching was not exempt from political interference if it was thought subversive of government interests (48), but no charter would have made it freer. The degrees of barrister and reader originated in the internal educational routines of each inn, and at first had no public significance. The recognition of these degrees as qualifications for practice was convenient and sensible, but it resulted from the judges' inherent authority to control the bar rather than from any claim of privilege by the inns. It is only in relatively recent times that the inns have used their powers in order to regulate professional conduct at the bar, as opposed to domestic discipline (49). That function was performed in earlier times by the courts themselves, or by the king's council.

The judges were inclined to recognise that the inns possessed other privileges of an academic character. There is a precedent

---

(47) See the pleas in bar of maintenance in *Kyrryell v. Pettillesdene* (1446), CP 40/743, m. 124 ('in comitiva in eadem lege eruditorum in hospicio vocato Lyncolne is Inne communicans et conversans'); *Michell v. Cloutesham* (1453), CP 40/771, m. 114 ('commorans et conversans in quodam hospicio vocato le Stronde in comitatu Midd. per diversos et plures annos et dies ad discendum legem terre Anglie'); *Forster v. Alfray* (1454), CP 40/774, m. 313 ('de hospicio vocato Greys In'); *Clou v. Kellowe* (1457), ('de hospicio de Stapull Inne'); *Rastell, Entrees*, ff. 431v ('homo in lege terre eruditus comitive novi hospicii', 1457), 432 ('unus sociorum de Lincolnes Inne', undated).

(48) E.g., J. H. BAKER, *The Reports of Sir John Spelman*, II (Selden Soc., 1977), 351 (Star Chamber, 1540).

(49) The authority is recognised in *Report of Inns of Court Inquiry*, 14; *Seymour v. Butterworth* (1862), 3 F. & F. 372, at pp. 381-382. In 1830 Lincoln's Inn expelled a conveyancer who appeared to be a public auctioneer: *Black Books*, IV, 179.

of 1632 for a writ to prohibit building near an inn of chancery, 'if it would happen that the students of the inn, incumbent in the same in the study of our laws, would be so much disturbed with the clamours and noise of men resorting to that place that they could not follow their studies' <sup>(50)</sup>. And in 1697 the court of King's Bench declared that, although the Temple was not a place privileged from the making of arrests, it would not countenance arrests being made in term-time and would set offending bailiffs by the heels <sup>(51)</sup>. The Templars claimed, sometimes rather fiercely, to be exempt from any civic jurisdiction, and to this day the Temple enjoys many constitutional peculiarities both ecclesiastical and civil <sup>(52)</sup>. The other inns claimed in later times, with almost complete success, to be extraparochial and therefore exempt from parish rates <sup>(53)</sup>. In later times various forms of public taxation were laid upon the inns, as indeed they were upon colleges, but they generally avoided poll-taxes and aids until the end of the seventeenth century <sup>(54)</sup> on the grounds that

---

<sup>(50)</sup> *Clement's Inn v. Ford* (1632), in *Pension Book of Clement's Inn*, 230-231; R. MOYLE, *Exact Book of Entries*, 70-71. Cf. *Black Books*, II, 85 (Chancery suit for nuisance in building near Lincoln's Inn, 1604).

<sup>(51)</sup> *Brown v. Borlace* (1697), *Skin*. 684.

<sup>(52)</sup> See Lord SILSOE, *The Peculiarities of the Temple* (1972). Under the London Government Act 1963 (c. 33), s. 82, the Sub-Treasurer of the Inner Temple and the Under-Treasurer of the Middle Temple exercise some of the functions of the council of a London borough and may levy rates in the Temple. The act commits the solecism of referring to the two inns in the Temple as 'the Temples'.

<sup>(53)</sup> *Wakelin v. Coles* (1739), in KING, *Records and Documents*, 258 (Serjeants' Inn, Fleet Street, extraparochial); *Pension Book of Gray's Inn*, II, 318 (Gray's Inn found extraparochial in 1774 and 1830); *Treasurer of Serjeants' Inn, Chancery Lane v. Brown* (1824), 1 C. & P. 224 (found extraparochial); *Bryerley v. Principal and Ancients of Staple Inn* (1826), 5 B. & C. 1 (found extraparochial); *Baker v. Bains* (1826), *ibid.* 24n (Barnard's Inn found extraparochial); *R. v. Butterworth* (1826), 2 C. & P. 391 (Serjeants' Inn, Fleet Street, again found extraparochial); *Marsden v. Waithman* (1826), *ibid.* at p. 397n (Thavies Inn found extraparochial). Lincoln's Inn lost a dispute with St Clement's parish in 1774 (*Annual Register*, p. 169), but most of the inn was made extraparochial by a private act of parliament, 14 May 1829.

<sup>(54)</sup> See complaints about the 1690 tax in *Black Books*, III, 171; *Inner Temple Records*, III, 267-268. The 1523 poll-tax (*Inner Temple Records*, I, 455)

those of the members worth taxing all had country residences and contributed there<sup>(55)</sup>. When the inns were taxed, on the other hand, they claimed to be assessed as separate bodies so that they could apportion the total sum themselves<sup>(56)</sup>. It would require laborious research to uncover all the details, but appearances suggest that the inns of court were treated much like other academic bodies.

### 3. *Right to sue*

The inability of an inn of court or chancery to sue as a body did not deter the inns from litigation, especially with their own members. From the fifteenth century numerous actions of debt may be found in the plea rolls of the Common Pleas and the files of the Chancery and Requests, in which the plaintiff is an officer suing on behalf of an inn to recover dues. The earliest known to mention an inn is a Common Pleas suit by John Ingoldesby as 'pensionarius de Lyncolnesyn' in 1454, and the earliest on behalf of a named inn of chancery is by Alexander Dykes as 'principalis de Furnyvale In' in 1461<sup>(57)</sup>. But there are similar actions throughout the century which seem to be brought on behalf of unnamed inns. For example, Robert Wylenhale sued 24 gentlemen of Holborn in 1448, the year in which he was pensioner of Lincoln's Inn, and nearly all the defendants occur in the *Black Books* as members of the inn<sup>(58)</sup>. And the following year an action was brought against five London gentlemen, for 40s. each, by John Catte, who is known from other sources to have been principal of Barnard's Inn<sup>(59)</sup>. The writer has studied the entries of over a hundred such debt actions before

---

is unique in including members of the inns, but only the wealthiest inhabitants were affected.

<sup>(55)</sup> Cf. *Black Books*, III, 84, which also gives as the reason, 'that wee are noe corporation'.

<sup>(56)</sup> Petition to parliament (1774), *Black Books*, III, 474.

<sup>(57)</sup> CP 40/773, m. 276d (1454); CP 40/801, m. 293 (1461).

<sup>(58)</sup> CP 40/749, m. 398d.

<sup>(59)</sup> CP 40/754, m. 240.

1500, and after 1500 they become still more frequent <sup>(60)</sup>. The official title of the plaintiff in these actions varied from inn to inn. In the case of the inns of chancery it was almost always the principal, though Lyon's Inn sometimes sued by its pensioner (1484, 1502) and sometimes by its treasurer (1486, 1488, 1493, 1495). Lincoln's Inn usually sued by its pensioner, though sometimes the steward (without being named as such) and from 1505 actions by the treasurer are found. In the fifteenth century the Inner Temple always sued by its governors, or treasurer and governors, though in 1502 an action by the steward was enrolled. The Middle Temple was the first inn of court to sue expressly by its treasurer (1486), but in 1500 there is an action by its steward. Gray's Inn, down to at least 1525, was never mentioned in actions against its members, which were nevertheless brought by a permanent official (probably the steward). The variations in title reflect not only constitutional differences between the inns, but also the different kinds of contract which members might make with their inn. Moreover, some of the debts seem to have been pursued over the years by successive officers. It would be interesting to know how such successors would have framed their claims in law, but unfortunately there are very few declarations <sup>(61)</sup>.

The earliest declaration to have been found is in an action which does not mention an inn, but which was almost certainly brought by the principal of Staple Inn. One of the eight defendants appeared, and the plaintiff declared on an accounting together in Holborn on 10 June 1454 <sup>(62)</sup>. The device of *insimul computaverunt* was well chosen, because it avoided the need to specify the nature of the member's contract and would have

---

<sup>(60)</sup> The printed records of the inns mention such actions in the 17th century. E.g., in 1629 the steward of Lincoln's Inn was given leave to sue for £ 450 in unpaid commons: *Black Books*, II, 290.

<sup>(61)</sup> Most actions proceeded as far as exigent. Others were withdrawn before appearance.

<sup>(62)</sup> *Gresham v. Tufold* (1462), CP 40/805, m. 349d. The action against eight London gentlemen, including Tufold, is in CP 40/802, m. 434d; CP 40/803, m. 182d; CP 40/805, m. 190.



enabled dues in the time of former principals to be brought in. An action of 1499 resulted in a declaration by the principal of Furnival's Inn against a member for the rent of his chamber, which had been leased from year to year by the plaintiff's predecessor at a rent or pension of 6s. a year. The plaintiff recited his own election as principal, and concluded that the arrears of rent for thirteen years were due to him <sup>(63)</sup>. This comes very close to assuming a corporate succession, and it would be interesting to know how the court would have reacted to such an assumption. But the action ends with an imparlance. In Elizabeth I's time we have an elaborate declaration on behalf of Gray's Inn, setting out the immemorial constitution of the inn and its claim to exact fines for non-residence during the learning vacations <sup>(64)</sup>. And in 1700 we find a different custom set out by Gray's Inn in claiming commons from a member <sup>(65)</sup>. This last is the first such case in the law reports, but it confirmed the usage of 150 years. If the member's contract for dues is with the treasurer, then the treasurer may sue in his own name <sup>(66)</sup>. Only two years later there was a reported case where the principal of Furnival's Inn declared against a member on an accounting together for money due to the principal and ancients. This proved to be a mistake, because if the money was due to them all as members of an unincorporated society, then they should all have joined in their natural capacities <sup>(67)</sup>. We may be sure that no action was ever brought in that form. The defect was one which could have been cured by more careful pleading, by alleging a contract with the principal, or a custom that the principal should sue; but the decision was a reminder that the inns could not regard themselves in the same light as corporations.

---

<sup>(63)</sup> *Principal of Furnival's Inn v. Pottyer and Spencer* (1499), CP 40/949, m. 484.

<sup>(64)</sup> *Treasurers of Gray's Inn v. Gargrave* (1585), CP 40/1447, m. 2428d; quoted below.

<sup>(65)</sup> *Levinz v. Randolph* (1700), 1 Ld Raym. 594, 12 Mod. 413.

<sup>(66)</sup> Serjeant Levinz was suing as a former treasurer, to whom the defendant's bond was made on call to the bar. But the claim included dues in the time of a later treasurer.

<sup>(67)</sup> *Principal of Furnival's Inn v. Hardesty* (1702), 7 Mod. 116.

Even this last difficulty may not have arisen in the equity courts, where from the fifteenth century it was possible for an inn to sue collectively by what would later be called a representative action. In the 1480s, for instance, an action was brought in Chancery by the principal and fellowship of Furnival's Inn against a pensioner who was alleged to have embezzled pension moneys<sup>(68)</sup>. And in about 1530 the treasurer and fellows of Lyon's Inn complained in Chancery of a nuisance with dung and filth, which had allegedly caused fatal illnesses among the company<sup>(69)</sup>. Similar actions were brought in later centuries, though there are few traces in the law reports. The later practice, however, was for the action to be brought by named representatives of the inn rather than in the name of the whole society<sup>(70)</sup>. The first reported judicial recognition of this practice seems to be Lord Eldon's observation, in a case on representative actions in 1802: 'Suppose Mr Worseley's cup was taken away from the Middle Temple: the society must some way or other be permitted to sue'<sup>(71)</sup>. It has been suggested that this was the first decision to allow representative actions on behalf of voluntary associations, and that Lord Eldon's conclusion was influenced by his reflecting on the security of the silver of his own inn<sup>(72)</sup>. But, whether or not Lord Eldon was aware of it, such actions already had three centuries of precedents behind them.

It seems likely that a suit in equity could, conversely, be brought against the head of an inn as representative of the so-

---

<sup>(68)</sup> *Principal and Fellowship of Furnival's Inn v. Leycrofte* (c. 1487), C1/93/66. The plaintiff said that 'the rule and governance of all courte' belonged to the chancellor.

<sup>(69)</sup> *Treasurer and Fellows of Lyon's Inn v. Proctour and Cokey* (temp. More C.), C1/606/15.

<sup>(70)</sup> Cf. *Lincoln's Inn v. Bond* (1770), where a committee of benchers reported that the inn could not sue at law for certain dues on chambers in Serle Court, but that a representative action should be brought in Chancery by six benchers: *Black Books*, III, 403.

<sup>(71)</sup> *Lloyd v. Loaring* (1802), 6 Ves. Jun. 773 at p. 779. He was referring to the richly chased cup given by Charles Worsley in 1739.

<sup>(72)</sup> H. J. LASKI, *The Personality of Associations*, in *Harvard Law Review*, XXIX (1916), 404 at pp. 421-422.

ciety. At any rate, we have already noted two cases in the early sixteenth century in which the landlords of Furnival's Inn and Staple Inn claimed rent in Chancery on the express ground that they could not sue an unincorporated body at common law.

#### 4. *Constitutional regularity*

The inns of court did not legislate jointly for the profession until modern times, but even in the fifteenth century membership of an inn was in fact, if not by law, a *sine qua non* of practice at common law. Admission and expulsion were therefore grave decisions. Moreover, Fortescue tells us that expulsion by one inn would prevent admission to another<sup>(73)</sup>. Yet, despite the possession of this immense authority the inns remained (and perhaps still remain) free from judicial review in its exercise. Here was a major difference from corporations. For, whereas in the seventeenth and eighteenth centuries the King's Bench developed an extensive and much-used jurisdiction to control elections to and expulsions from all manner of corporations, the jurisdiction was never extended to the inns. In 1641 the King's Bench refused to grant a writ of *mandamus* to the Middle Temple to restore an expelled member, because they were 'no body corporate, but only a voluntary society and submission to government'<sup>(74)</sup>. And in 1663 the King's Bench judges said *obiter* that *mandamus* would not lie to compel an inn to call a person to the bar, because 'there is no person to whom the writ should be directed'<sup>(75)</sup>. In the 1820s and 1830s attempts were made to use *mandamus* to compel inns to admit applicants, but again the court would not interfere<sup>(76)</sup>. The proper remedy of an

<sup>(73)</sup> *De Laudibus*, 119.

<sup>(74)</sup> *Booreman v. Middle Temple* (1641), March N. R. 177; cit. Style 457, per Wilde J. Thomas Burman, called to the bar in 1639, was expelled from the inn in 1641 for not paying commons, but later readmitted: *Middle Temple Records*, II, 914.

<sup>(75)</sup> *Townsend v. Mayor of Oxford* (1663), T. Raym. 69, 1 Keb. 458. The point was expressly determined in *R. v. Gray's Inn* (1780), 1 Doug. K. B. 353.

<sup>(76)</sup> *R. v. Lincoln's Inn* (1825), 4 B. & C. 855; *R. v. Barnard's Inn* (1836), 5 Ad. & El. 17.

aggrieved person, it was said, was to appeal to the twelve judges as visitors of the inns of court <sup>(77)</sup>. The visitatorial jurisdiction of the judges is not mentioned in the law reports before 1641, although it was then said to be 'ancient and usual' <sup>(78)</sup>.

As for their internal arrangements, the inns of court were not governed by statutes. Some, perhaps all, of the inns of chancery had statutes, but these seem to have been simply codifications of the regulations made by the society from time to time rather than fixed constitutions. A modern lawyer would probably analyse the constitution of the inns, as of other voluntary societies, in terms of a contract between the members. The possibility of a contract between a member of an inn and all his fellows was contemplated as early as 1436, when a member of Lincoln's Inn made a covenant with the fellowship <sup>(79)</sup>, and in 1474 two members of Furnival's Inn entered into recognizances for good behaviour 'erga societatem hospicii . . . et eorum quemlibet' <sup>(80)</sup>. These, however, were specific contracts. The contract created on admission was perhaps more conveniently viewed as being an agreement with the appropriate officer or officers. This seems to have been the approach of Clifford's Inn in an early Jacobean action for commons. The declaration asserted that the defendant had put himself in commons with the principal, paying 3s. a year for the common pension and such weekly sum as be-

---

<sup>(77)</sup> The inns of chancery did not have visitors, though the chancellor may have exercised a supervisory role. In the 1520s Wolsey C. and the common-law judges made a decree concerning readings in Lyon's Inn: *Inner Temple Records*, I, 95. In the time of Charles II's time, however, it was settled that appeal lay from an inn of chancery to its parent inn of court, from thence to the lord chief justice, and from him to the lord chancellor: *Benchers of the Inner Temple v. Ince* (1677), 3 Keb. 835; *Clement's Inn v. Kellett* (1678), C78/1022. In the *Case of Clement's Inn* (1661), 1 Keb. 135, an appeal is said to have gone from Clement's Inn to the Inner Temple and thence to the 'judges', but this may be loose reporting.

<sup>(78)</sup> *Booreman v. Middle Temple* (1641), March N.R. 177.

<sup>(79)</sup> *Black Books*, I, 6.

<sup>(80)</sup> C244/119/25, 26. For bonds made to the principal and fellowship of the same inn in the 1490s, see D. S. BLAND, *Records of Furnival's Inn* (1957), 36.

came due for commons <sup>(81)</sup>. Either kind of contract might have been intended by the King's Bench in 1641, when it spoke of a 'submission to government', or by Dr Chamberlayne in 1671:

The societies are no corporations, nor have any judicial power over their members, but have certain orders among themselves, which have, by consent, the force of laws: for lighter offences, they are only excommunicated, or put out of commons, not to eat with the rest; and for greater offences they lose their chambers, and are expelled the colledge; and being once expelled they are never received by any of the three other societies <sup>(82)</sup>.

This system in itself, of course, gave the inns a measure of self-help which avoided recourse to litigation. But when the inns were obliged to sue their members they seem to have rested their authority to make levies on immemorial usage rather than contract alone. We can be sure that the inns of court did not exist in 1189, but the absence of any dates of foundation prevented any objection being taken to prescriptive claims on that ground. In fifteenth- and sixteenth-century pleadings the inns of court were said to be immemorial <sup>(83)</sup>, and in 1519 a dispute between successive principals of New Inn resulted from an audit held according to the alleged immemorial custom of the inn <sup>(84)</sup>. Even when these 'immemorial' customs were on record they

<sup>(81)</sup> *N. S. v. W. P.* (c. 1606), in R. BROWNLOW, *Latine Redivivus: A Book of Entries* (1693), 219-220, no. 58.

<sup>(82)</sup> E. CHAMBERLAYNE, *Angliae Notitia* (1671 ed.), II, 236. This is probably derived from Fortescue's passage *delinquentes non alia poena*, which is glossed in E. WATERHOUS, *Fortescutus Illustratus* (1663), 538: 'This is introduced to shew that these societies are no corporations, or have any judicial power over their members, but onely administer prudential cures to emergent grievances, which being submitted to by the society have (by consent) the honour and effect of lawes'.

<sup>(83)</sup> Rastell, *Entrees*, f. 108 (Clement's Inn alleged to have been for a long time 'quoddam hospicium hominum curie legis temporalis necnon hominum consiliariorum ejusdem legis', 1479), and f. 432 (Lincoln's Inn alleged to have been from time immemorial 'quoddam hospicium hominum de curia legis temporalis et hominum consiliariorum legis predictae'); *Gray's Inn v. Gargrave* (1585), below.

<sup>(84)</sup> *Barton v. Kyrkeby* (1519), CP 40/1028, m. 682.

did not bind the inns, because they were only *res judicata* between the parties. The possibility of setting up quite different immemorial constitutions for the same inn is well illustrated by two cases involving Gray's Inn. The first was an action in 1585 by the joint treasurers of the inn to recover a fine payable for breach of an order of pension. The plaintiffs recited that

Gray's Inn is an ancient house of court and a society of gentlemen studying the common laws of this realm of England, and within the house there are (and have been from time immemorial) two degrees of the society, that is to say, the grand company (which consists of the readers and ancients of the same house) and the company of the masters and clerks (which consists of the students and other gentlemen of the house); and that the readers of the same house for the time being are accustomed (and have been since time immemorial) to hold common councils (commonly called 'pensions') within the same house, and in the same pensions to make and constitute decrees, laws and orders for the good rule and governance of the said ancients, masters and clerks, and the officers and ministers of the same house ... <sup>(85)</sup>.

No plea was entered by the defendant, and so the custom here alleged was never tried. It is, nevertheless, a little surprising to see that as late as 1585 the presiding members of Gray's Inn set out their understanding of the constitution without reference to benchers or barristers. By 1700, however, the immemorial constitution of Gray's Inn had changed, in imitation of the other societies. In an action on a bond to secure payment of dues, a former treasurer of the inn recited that

Gray's Inn is (and from far remote times was) an ancient *hospicium curiale* and an ancient, praiseworthy and honourable society of gentlemen studying the laws of this realm of England, commonly called an 'inn of court', and one of the four societies or inns of court of this realm of England, in which (and in each one of which) all and singular the gentlemen and persons studying the laws of England in order to be called to the bar and allowed as counsellors at law are admitted, educated and

---

<sup>(85)</sup> *Treasurers of Gray's Inn v. Gargrave* (1585), CP 40/1447, m. 2428d (translated); printed in translation in *Graya*, LXXXI, 18-19.

approved ... in which inn and society of Gray's Inn there are (and for all the aforesaid time were) several degrees of gentlemen of that society, and the first and principal degree among them consists of the readers and their assistants (called 'benchers'), which readers and benchers are called *socii de banco* (in English 'benchers'), and these benchers for the time being are (and for all the aforesaid time were) governors and rulers of that society and inn, having the care amongst other things of examining the students and members of the said society for call to the bar ... <sup>(86)</sup>.

Although the benchers here claim an apostolic succession from the readers, the constitution seems to have changed and it seems now to be assumed that the inns of court are themselves a prescriptive body of four similar societies. This constitutional flexibility illustrates one of the main advantages of avoiding incorporation, and contrasts strikingly with the position of Oxford and Cambridge colleges, whose constitutional wrangles were constantly being taken to court. There is reason to think the constitutions of the individual inns diverged even more considerably in earlier times <sup>(87)</sup>.

The visitatorial jurisdiction of the judges has also remained remarkably flexible and ill-defined down to the present day. Before the Judicature Act of 1873 the jurisdiction was exercised by the twelve (or so) judges of the coif: that is, the judges of the King's Bench and Common Pleas and the barons of the Exchequer. Under the Judicature Acts, their authority vested in the judges of the High Court, to be exercised 'in the same manner as formerly' <sup>(88)</sup>. But the number of High Court judges is now such that it is unthinkable that even a majority of them

---

<sup>(86)</sup> *Levinz v. Randolph* (1700), 1 Ld Raym. 594, 3 Ld Raym. 317. Cf. Lincoln's Inn's petition to parliament in 1774: *Black Books*, III, 474 ('Lincoln's Inn is one of the four inns of court, and hath been for time immemorial and now is a society intrusted with the education of young gentlemen studying the law and with the power of admitting them to practise the same, and hath accordingly been always governed and regulated by the benchers of the said society').

<sup>(87)</sup> See A. W. B. SIMPSON, *The early Constitution of the Inns of Court*, in [1970] *Cambridge Law Journal* 241-256.

<sup>(88)</sup> Supreme Court of Judicature (Consolidation) Act 1925, s. 34.

should all sit on one case, and besides many of them would be benchers of the inn appealed from. It has therefore become the practice for appeals from the benchers of an inn of court to be heard by a panel of High Court judges drawn from the other inns. In a case of 1969 five judges sat as visitors of Gray's Inn<sup>(89)</sup>. In the last few years, however, the number of visitors has been reduced to three<sup>(90)</sup>. There has been no authority for these changes other than the common consent of the judges and benchers. There could be no question of changing college visitatorial jurisdiction in that informal way. Here, then, is another example of the greater constitutional freedom allowed to voluntary societies than to corporations.

### 5. *Contract and personal property*

The capacity of the inns to make contracts does not seem to have occasioned any legal difficulty in six centuries. Major contracts, such as building agreements, were sometimes signed by all the governing members<sup>(91)</sup>. But most contracts, for goods supplied and work done, were probably made informally by the officers. The records of the inns show that disputes with tradesmen were rarely taken as far as the courts. But there can have been no legal difficulty in suing an officer. There is mention of an action by a brewer against the treasurer of Lincoln's Inn in 1685<sup>(92)</sup>. The costs of lawsuits, mostly actions against members for debts, were regularly allowed in the accounts of each inn, and so it need not be supposed that the officer bore any personal liability. It was said in 1854 that the fear of personal liability may have inhibited benchers from authorising substantial rebuild-

<sup>(89)</sup> *Re S.*, [1969] 1 All E.R. 949.

<sup>(90)</sup> *Re H.*, [1981] 1 W.L.R. 1257 (Gray's Inn); *Re T.*, [1981] 1 W.L.R. 653 (Lincoln's Inn).

<sup>(91)</sup> E.g., *Black Books*, II, 469 (contract with ten benchers 'nominated in trust for the sayd society', 1657); III, 458 (benchers of Lincoln's Inn make contract, 1682); *Pension Book of Clement's Inn*, 66-67 (usage of inn with respect to building contracts).

<sup>(92)</sup> *Black Books*, III, 150.



ding work <sup>(93)</sup>, but there is no evidence that benchers ever did suffer personally and much building was done in every century.

The inns do not appear to have built up substantial assets in money or investments until the eighteenth century. Money was raised chiefly by pensions and similar payments, and extraordinary expenses were raised as and when necessary by levies on the members. Yet they always had movable property. By 1500 each of the inns probably had a library, and the books were conceived of as belonging to the fellowship <sup>(94)</sup>. In the seventeenth century they began to build up collections of silver, for use in hall and chapel, and the inscriptions indicate that the silver belonged to the societies <sup>(95)</sup>. The way in which this property could be said to belong to the societies is a legal conundrum of some nicety. Personalty cannot be settled at common law on a succession of owners, and the 'use and occupation' could only be settled if the legal title was vested in someone else <sup>(96)</sup>. On the other hand, it is hard to see how the property could belong jointly to all the members of a fluctuating body. Nevertheless, the problem seems never to have given trouble in practice. The question arose from time to time in framing indictments for

---

<sup>(93)</sup> *Report of Inns of Court Inquiry*, 75. He was expressing a personal opinion, not that of the inn.

<sup>(94)</sup> *Reports of Sir John Spelman*, II, 131-132. There is record of a 15th-century inscription 'Iste liber pertinet societati de Greysynn' in Brit. Lib. MS. Add. 34901, but it is no longer there. Sir David Brooke left books 'to the worshipfull companye of the Inner Temple' in 1559: PCC 10 Mellershe, PROB 11/43, f. 70. Serjeant Cholmeley left various books in 1563 'to the companie of Linckolnes Inne': PCC 23 Chayre, PROB 11/46, f. 184. There are many examples of similar bequests.

<sup>(95)</sup> E.g. the Wandesford basin of 1652 'presented to the Honorable Society of Lincoln's Inn'; the Greene cup of 1661 inscribed 'hospicio Lincolniensi'; the Middle Temple chalice inscribed 'Henricus Barker Armiger Adsocius de Banco Medii Templi hanc Calicem eidem Societati dedit Anno 1663'; and many others of later date.

<sup>(96)</sup> *Reports of Sir John Spelman*, II, 218-220. A further problem was that a gift could not be made to a fluctuating body. In an Inner Temple moot of c. 1492 it was argued that, whereas a gift to parishioners was good, a gift 'to the company of the Temple [*comitive dell Temple*] is not, because they have no corporation ... but a gift to all those in the pension roll, or to the twenty men standing by the fire, is good ...': Brit. Lib., MS. Hargrave 87, f. 64 (translated).

the theft of property belonging to an inn, but the clerks of the crown do not seem to have bothered unduly. Thus, in 1552 a man was indicted for stealing 60 pewter vessels of the goods and chattels of the fellows of Clement's Inn, in the custody of the principal; and in 1788 a man was convicted of stealing window fittings in Elm Court, the property of the benchers of the Middle Temple<sup>(97)</sup>. The problem had also been turned over in the mind of Lord Eldon, and as we have seen he thought the plate was vested (presumably in equity) in the society as a whole, who could protect it by means of a representative action. During the eighteenth century, also, the inns began to invest regularly in stocks<sup>(98)</sup>, with no obvious legal difficulties. Whatever theoretical doubts may linger over some of these questions, there is no evidence that the inns of court were in this respect ever at a disadvantage compared with colleges and other corporate bodies.

#### CONCLUSION

Whether the inns of court ever consciously weighed the factors we have discussed, in deciding to remain unincorporated, is not recorded. Incorporation must surely have been contemplated from time to time. It was expressly proposed for the new inn of court planned in about 1540<sup>(99)</sup>. It must have been discussed when the Temple charter was obtained in 1608. It was certainly discussed during the inquiry into the Inns of Court in 1854.

---

<sup>(97)</sup> J. C. Jeaffreson ed., *Middlesex County Records*, I, 9; *R. v. Senior* (1788), 1 Leach 496 (upheld by all the judges).

<sup>(98)</sup> The first investment entries in the printed records are for South Sea bonds in the 1720s. Later in the century consols were more common. Gray's Inn deposited £ 500 with the Bank of England in 1695: *Pension Book*, I, 118, 123. For the 18th-century bank accounts of the inns, see CARR, *Pension Book of Clement's Inn*, xxxv.

<sup>(99)</sup> The report by Denton, Bacon and Cary to the king started by pointing out that 'none of the four houses of court have any corporation whereby they are enabled to purchase, receive or take lands or tenements'. But the King's House was to be a corporation by patent and by act of parliament. See WATERHOUS, *Fortescutus Illustratus*, 540, 544.

The then treasurer of the Middle Temple thought incorporation would be an advantage to the inns, for instance in making building contracts without incurring personal liability. The commission themselves recommended that the four inns be incorporated as 'The chancellor, barristers at law and masters of law', to be governed by a senate and to have power to award not only the vocational degree of barrister but also the academic degree of master. The senate came, a century and more later, but without the corporation or the power to award degrees. The advantages of corporateness were never sufficiently overwhelming to induce the lawyers to give up the freedom they possessed in managing their own affairs. Just as the use (or trust) had enabled land-owners paradoxically to become more absolute owners of their land by conveying it out of their hands, and just as the merchants by using instruments not recognised by the common law were able to achieve greater flexibility in their affairs, so also the lawyers by avoiding the formalities of incorporation achieved all or most of the benefits without any of the concomitant restrictions. Maitland, in considering the peculiar legal position of the inns of court, laid stress on the 'thoroughly English machinery of the trust' <sup>(100)</sup>. He was thinking of the trust in its later technical sense, which (as we have seen) was only one of several techniques employed. In all the affairs of the inns, however, we see the older notion of a trust: an arrangement which is expected to work through general consent, even though it is not clothed in a form recognised by law. By a combination of trust, agency, contract and custom, and also — perhaps most important — by endeavouring to prevent awkward questions from coming to the fore, the inns of court have for over six centuries preserved the medieval concept of a fellowship or company without recourse to incorporation.

---

<sup>(100)</sup> F. W. MAITLAND, *History of English Law* (from *Encyclopaedia Britannica* for 1902), reprinted in H.M. Cam ed., *Selected Historical Essays of F. W. Maitland* (1957), at p. 108. See also CARR, *Pension Book of Clement's Inn*, xv.

DAVID YALE

## HEADLESS BODIES AT COMMON LAW

Can a common law corporation exist without a permanent head? Blackstone gives us an affirmative answer: «there may be a corporation aggregate without a head; as the collegiate church of Southwell in Nottinghamshire, which consists only of prebendaries; and the governors of the Charter-house, London, who have no president, but are all of equal authority» (1). But such bodies, though not unknown in modern times (2), have always been rare (3). Normally a corporate body has followed nature and been born with a head, whatever the titles of such officer, which have been various (deans of cathedral chapters, masters of colleges, mayors of boroughs and so forth). Our concern here is with such bodies and to inquire how temporary intermission or interregnum («vacancy» is the usual word) might affect the vitality of the body politic. How did the common law handle questions of corporate continuity and capacity in the interval of time between succession in headship?

This inquiry is calculated to afford us insights into the nature of corporate entity and capacity as perceived by the common

---

(1) *Commentaries* I, 478.

(2) E.g. the Crown Estate Commissioners by the Crown Estate Act 1961, s. 1.

(3) See Coke in *Sutton's Hospital case*, 10 Co. Rep. at 30b; POLLOCK and MAITLAND, *History of English Law*, I, 491; in giving examples Maitland points out that they were always regarded as anomalous, adding that the general rule of headship «keeps alive the anthropomorphic idea». For a medieval statement see Constable's Reading in Lincoln's Inn, 1489, on Westminster II, c. 1 (71 Seld. Soc. at p. 172): «a gift to a chapter or commonalty which is corporate without head is clearly fee simple despite the absence of words of inheritance».

lawyers in terms of doctrinal development, but the formation of general theory lies outside the scope of this paper. The language of fiction abounds in our sources and many a hard battle was fought in the courts upon what later jurists would describe as a theory of concession. But it is hardly possible to discern in the common law books any general coherent theory; the judges and practitioners of the common law tackled their abstractions without large generalisations. They worked with analogy and metaphor, and anthropomorphic figures of speech and indeed thinking are prominent. As Holdsworth wrote: « This idea that the corporation is to be treated as far as possible like a natural man is the only theory about the personality of corporations that the common law has ever possessed » (4). This urge to organic metaphor is characteristically medieval, and its language is still to be heard in the courts to-day (5). But in earlier times the language helped to form and shape the ideas. Not only did it enter into the very wording of formal acts of incorporation (6), it affected legal thinking and action. Indeed it was two-edged and cut more than one way. In one direction it promoted an idealisation, but in another it retarded realisation of separate legal identity as the common lawyers strove to see an *ens rationis*

(4) *History of English Law*, IX, 70.

(5) Thus Denning L.J. in *H. L. Bolton (Engineering) Co. Ltd. v. T. J. Graham and Sons Ltd.* [1957] 1 Q. B. 159 at 172:

« A company may in many ways be likened to a human body in what it does. It also has hands which hold the tools and act in accordance with directions from the centre. Some of the people in the company are mere servants and agents who are nothing more than hands to do the work and cannot be said to represent the mind or will. Others are directors and managers who represent the directing mind and will of the company, and control what it does ». Denials of the analogy have been less frequent, e.g. Lord Wrenbury in 1915 (1 K.B. at 916) described the corporation as having « neither body, parts nor passions ».

(6) The foundation charter of Christ's College, Cambridge, in 1506 does not spare all-embracing anatomical detail: « ... *praesentatur universus earum [personarum] numerus sub ratione corporis unius, cuius Magister sive Custos caput est; Decani, duo brachia; Senescallus et cistae communis Praefectus, manus duae; Scholares Socii, solida et potiora corporis ipsius membra; Lector, membrum generatione novae sobolis deputatum; Scholares Discipuli, seminarium aptissimum; Famuli postremo mercede conducti velut infimi pedes sunt* ».

behind the human figures before them. The following pages are concerned not so much with theory of corporate identity as with a theory which we shall call a theory of integral parts.

Before turning to the law some remarks on the literature may be helpful. There is much discussion in the yearbooks (7) and later reports upon the capacities and incapacities of corporate bodies, but comparatively little upon the precise question before us. It is not until the sixteenth century that the law of corporations attracts definition and systematic analysis (8), and we have to await the mid-seventeenth century for the first treatise (9) and that was a slim work. The first fully-worked treatise is as late as the end of the eighteenth century (10). And in the

---

(7) See generally H. KE CHIN WANG, *The Corporate Entity Concept (or Fiction Theory) in the Year Book Period* in (1942) 58 *Law Quarterly Review* 498, (1943) 59 *L.Q.R.* 72, and H. LUBASZ, *The Corporate Borough in the Common Law of the Late Year-Book Period* in (1964) 80 *L.Q.R.* 228. The first author on the basis of a general survey finds, not unsurprisingly, that the early common law did not recognise a fiction theory; the latter author concentrates on the protracted discussions in *The Abbot of Hulme's Case*, Y.B. (1481) Pasch. 21, Edw. 4, f. 7, pl. 21, Mich. f. 12, pl. 4, (1481) Pasch. f. 27, pl. 22, Mich. f. 67, pl. 53, and reaches some general conclusions which better reflect contemporary legal doctrine.

(8) The abridgements gathered together the cases; Brooke's Grand Abridgement (1568) assembled them under the title of *Corporations and Capacities*. Maitland suspected Brooke of having invented the corporation sole: *Collected Papers*, III, 212-213. Rastall in his *Termes de la Ley*, first published in 1527, defined a corporation as « a permanent thing that may have succession and is an assembly and joining together of many in one fellowship, brotherhood and mind of which one is head and chief, the rest the body, and this head and body joined together are the corporation ». Analysis, or at least some systematic listing of attributes, appears by the end of the century: see *Sutton's Hospital Case* (1612) 10 Co. Rep. 23a, at 30b.

(9) William Sheppard's work on « Corporations, Fraternities and Guilds » appeared in 1659, the author using his new title of Serjeant-at-law which he had earned as Cromwell's adviser on law reform; he had drafted many corporation charters during the Protectorate. The book is only 129 pp. in length with precedents of charters (pp. 130-187).

(10) Stewart KYD's, *Law of Corporations* in two volumes was composed under rather difficult circumstances and different from Sheppard's. Vol. II (1794) is dated from the Tower of London « where the last Chapter was written during the author's confinement on a warrant of commitment for High Treason ». The author emerged safely.

case law and commentaries there is very sparse reference to the civil and the canon law on these matters <sup>(11)</sup>. One modern author <sup>(12)</sup> in referring to the Italian theory of corporateness says that «in the case of Sutton's Hospital Coke shows us the foreign view transferred to and established in the Common Law». But a reading of Coke's report of this leading case does not bear out this assertion. Of the European literature there is virtually no trace. Where, for example, Coke tells us that a corporation cannot be excommunicated, «for they have no souls», there is no mention of Pope Innocent IV, or the councils of the church. Of course much of the post-Reformation law on corporations, ecclesiastical and secular, was directly descended from the medieval law. Thus the visitatorial jurisdiction over ecclesiastical corporations remained intact, with the sole substitution of King for Pope. The common lawyers in administering the temporal law were aware of that <sup>(13)</sup>. What is wanting is any conscious reliance on the civil and canon law sources in forming their contemporary ideas on the nature of corporate bodies whether conceived as the grouping of integral parts or the single being of an ideal *persona*.

In the first place we may consider the mortality of the corporate body, its dissolution or «death». Voluntary dissolution by surrender of charter need not here detain us <sup>(14)</sup>. Nor need

---

<sup>(11)</sup> E.g. the Attorney-General *in arguendo* in the London Quo Warranto case of 1683 (State Trials, viii, 1175) quotes Oldratus de Ponte (*Consilia sive Responsa, et Aureae Questiones*, f. 29) on Romanist fiction theory, but such citations are very rare in English cases.

<sup>(12)</sup> CARR, *Law of Corporations*, 159.

<sup>(13)</sup> Holt C. J. in *Philips v. Bury* (1694), Holt K. B. 715, at 724, denied that visitatorial power derived from «any canons or constitutions ecclesiastical», but there he was concerned with the headship of an Oxford College. Holt preferred to say that it was «an appointment of law» following the founder's right to control the college.

<sup>(14)</sup> It is noteworthy that the language of «suicide» is not absent; e.g. BLACKSTONE, *Commentaries*, I, 485. The legal validity of «suicide» was only admitted with difficulty and delay into common law doctrine; see J. LEVIN, *The Charter Controversy in the City of London 1660-1688 and its Consequences*, ch. VII; KYD, *op. cit.*, II, 465, argued that surrenders were valid but for good measure pointed out that even if surrender was *ultra vires* a charter and so void, the

we enter into the law and practice of forfeiture by *quo warranto* or *scire facias* <sup>(15)</sup>. More relevantly a corporate body could come to an end by total loss of membership or by the loss of an integral part of the body. English law never appears to have followed the civil law in stipulating a minimum number of members <sup>(16)</sup>, but it did take the position that a corporate body could not survive the loss of all its members. Kyd thought this « a proposition so plain that it seems ludicrous to maintain it » <sup>(17)</sup>, but it is far from axiomatic as a matter of theory that the mortality of all should affect the immortality of the one. Nevertheless the proposition is well supported by yearbook authority <sup>(18)</sup> and never seems to have been doubted. Moreover a corporation was dissolved by the total loss of one or more of its integral parts without power of renewal within the corporate body <sup>(19)</sup>.

Integral parts were the legal components of the corporate body. A college, for example, normally consisted of three parts, the master, the fellows and the scholars, but it might consist

---

corporators could agree not to recruit new officers and members and so destroy the corporation by depriving it of an integral part. It does not seem that this form of « suicide » was permitted to a corporation founded by Act of Parliament.

<sup>(15)</sup> CARR, *Law of Corporations*, 124, likens this to « execution ».

<sup>(16)</sup> Until in 1862 the Companies Act, s. 66, allowed incorporation by registration to « any seven or more persons associated together for any lawful purpose ».

<sup>(17)</sup> KYD, *op. cit.*, II, 448.

<sup>(18)</sup> YB. (1441) Mich. 20 Hen. 6, f. 7, pl. 17 (first pl. so numbered); (1495) Pasch. 10 Hen. 7, f. 20, pl. 7; Co. Litt. 13b. Land reverted to the donor and did not escheat to the lord if e.g. an abbot and all his monks died without successors. Cf. the survival of an abbot after the death of all his monks: YB. (1471) Trin. 11 Edw. 4, f. 4, pl. 7, because the abbot could profess new monks. But the rule of reverter to donor may have been confined to gifts to the Church. It has been argued that for the dissolution of other corporate bodies the rule was an escheat to the lord: CHALLIS, *Real Property* (3rd ed.) App. VI, p. 467.

<sup>(19)</sup> It was deduced from this proposition that a similar result followed the loss of a majority of the members of one integral part whenever the remaining minority or other part of the corporation lacked authority to supply the vacancies; *R. v. Morris* (1803) 4 East 17, per Lord Ellenborough C.J.: « where a corporation consists of several definite integral parts, there must be a majority of each such integral part in order to constitute a corporate assembly of the whole ».



of not more than two, master and fellows, and the number of parts might vary in other kinds of corporate body. The loss of the head did not usually imperil a corporation, because its constitution would provide for a succession and continuity would be preserved by the succession of heads, though during vacancy the corporation did fall into a state of suspended animation. During the intermission of headship the corporate body was generally legally incapacitated except for the purpose of electing or appointing a successor <sup>(20)</sup>.

The critical question for our purposes arose where renewal was not achieved in manner and time as prescribed by charter. What was the legal result of a failure to renew a headship within the terms of the charter? The question frequently arose over chartered borough corporations who had failed to renew the mayoralty, normally an annual office. That such cases should have been vigorously litigated is not surprising, for valuable privileges were at stake and there was a political dimension in the shape of the parliamentary franchise <sup>(21)</sup>. Moreover the results of an unexpected dissolution had severe effects upon interests in property and obligations <sup>(22)</sup>.

The general doctrine may be taken from the judgment of Parker C. J. in the *Banbury Corporation case* in 1716 <sup>(23)</sup>. He said:

« It has been always held that in cases [of] a Corporation where the Mayor is directed to be chosen for them upon a

<sup>(20)</sup> YB. (1481) Mich. 21 Edw. 4, f. 55, pl. 28, at f. 58a.

<sup>(21)</sup> Apart from practical politics, political theorists have often held strong views about the role of corporations in public affairs. E.g. Hobbes in his *Leviathan* (Part II, ch. 29) disparages corporations for being « as it were many lesser common-wealths in the bowels of a greater, like worms in the entraylls of a naturall man ».

<sup>(22)</sup> Real property reverted (*supra* n. 18), personal property went to the Crown as *bona vacantia*. Obligations perished at common law, though in equity corporators could be charged with debts in proportion to benefits received by the corporators. These results could of course be mitigated or manipulated by Act of Parliament, as where Henry VIII confiscated the real property of the dissolved monasteries.

<sup>(23)</sup> This passage is taken from the unpublished report by Philip Yorke (the future Lord Chancellor): B. L. Add. Ms. 36027, ff. 57v-58r. See also 10 Mod. 346, Case 180.

particular day, and not the old Mayor to serve for a year and until another is chosen, and the Corporation lapses its charter-day, the Corporation is at an end and can't act, and that there wants a new authority from the Crown to give them new life. Indeed it be thought by some that there was not an absolute necessity for a new charter but that the Crown by mandatory writ under the great seal could give them new power to choose a Mayor, and that way save the Corporation from being absolutely dissolved<sup>(24)</sup>. But others have thought that not sufficient because the Corporation is already at [an] end and dissolved by the want of an essential integral part and they are dead persons in political consideration and therefore commanding such persons to do such an act can signify nothing and that nothing but a new charter will serve the purpose. But it was never thought yet that if they had lapsed their charter day they could come in upon the next and make it good themselves without any assistance from the Crown. But if Mr Attorney General has declared such an opinion it is the more fit to be settled<sup>(25)</sup>. *Ergo*, let an information [in nature of *quo warranto*] go. Pratt J. accord. Eyre and Powys [JJ.] *assentibus* ».

So the loss of « an essential integral part » was fatal<sup>(26)</sup>. But queer things can happen to the artificial body which dies. If the Crown granted a new charter of confirmation, the corporation revived, and with re-incorporation became vested with all the debts and liabilities of the former body<sup>(27)</sup>, so in that event we may more easily speak of dormancy and liken the case to one of a reawakened body restored to conscious activity and legal capacity. That such a construction of law was convenient and desirable is clear enough, e.g. otherwise corporation leases would

---

<sup>(24)</sup> For this suggestion see *Hicks v. Borough of Launceston* (1632) Rolle's Abridgement, pp. 513-514, *Corporations* (G), pl. 5, 6, 7.

<sup>(25)</sup> For the law officers' report, see 3 T. R. 222, n. (b). « Neither can we conceive how a corporation can subsist when it is deprived of an integral part of the body made necessary by the charter, without any power in themselves of restoring that part or of doing any one act as a corporation, etc. ».

<sup>(26)</sup> The difficulty posed by the *Banbury Corporation case* was soon met by Act of Parliament in 1724, 11 Geo. I, c. 4. But this countered only this particular peril in this particular kind of corporation.

<sup>(27)</sup> *R. v. Pasmore* (1789) 3 T. R. 199. Lord Mansfield in 1765 (*Mayor and Commonalty of Colchester v. Seaber*, 3 Burrow 1866) did not believe in the doctrine of dissolution, but his views on the question did not prevail.

be overthrown as well as the lapse of debts and other obligations, but revival with retrospective effect or relation-back is difficult to accommodate with theory whether the body's state be expressed as death or dormancy <sup>(28)</sup>.

But the problems of «rebirth» or «reawakening» were not the ordinary questions of law which had to be faced when a corporation lacked a head or other integral part. The question was more often not of existence but of attributes. During the vacancy of headship, what was the legal capacity of the common law corporation?

It was yearbook doctrine that «the body cannot do anything without the head» <sup>(29)</sup> and in 1522 Fineux C.J.K.B. put it in this way <sup>(30)</sup>:

«It is argued that the Master and his Brethren cannot make a gift to the Master, since he is head of the corporation. Therefore let us see what a corporation is and what kinds of corporation there are <sup>(31)</sup>. A corporation is an aggregate of head and body, not a head by itself nor a body by itself, and it must be consonant to reason, for otherwise it is worth nothing. For though the King should wish to grant corporateness to J.S. [*faire corporation a J.S.*], that is not good, because common reason tells us that it is not a permanent thing and cannot have successors».

The last sentence of this passage seems to deny that a single person could form a corporation sole. The common lawyers later in the sixteenth century received the legal revelation that King or parish priest could be a corporation sole, though they never managed to carry their theory through to logical conclusions. As Maitland said of the ecclesiastical corporation sole it failed to become a complete «juristic person»; «he or it is either na-

---

<sup>(28)</sup> A charter of revival normally followed the earlier charter. But the Crown might grant a new charter on substantially new terms. What then? It might be more difficult to see the «revived» body as merely a continuation of the old, with relation-back as to legal rights and duties.

<sup>(29)</sup> YB. (1522) Mich. 14 Hen. 8, f. 2, pl. 2, at f. 3, *per* More J.

<sup>(30)</sup> *Supra* n. 29.

<sup>(31)</sup> Later in his speech Fineux speaks of corporations created by the Crown, by papal authority and also «by the common law», in which last category he places King, Lords and Commons in Parliament.

tural man or juristic abortion » (32). Nevertheless the device had obvious utility as enabling an easier distinguishing between public and private capacities (33). But as a device it had its limitations. Thus property could not vest in a corporation sole during vacancy (34), but more remarkably this incapacity was also the case with the corporation aggregate (35). And this disability applied to both giving and taking.

First, we may consider acquisitions by grant or will. With regard to wills, this presented no problems for the medieval common lawyers. Freehold land was not generally devisable (36), and when in 1540 the Statute of Wills (37) made freehold devisable, on the policy of mortmain corporations were expressly

(32) MAITLAND, *The Corporation Sole*, in *Collected Papers* III, 210 at p. 243. One highly anomalous result was abeyance of seisin in the freehold between successive parish priests. The common lawyers could not stretch the corporateness of the single person or parson to encompass the vacant office. When, by contrast, they turned to the King, it was necessary to invent the maxim that « the King never dies », for here interregnum and abeyance was not to be tolerated.

(33) It is curious that the common law did not extend the device beyond a very small set of office-holders, but Parliament has added much in modern times. Examples are such functionaries as the Postmaster-General and the Public Trustee. In the beginning was the parish priest but the earliest (fifteenth century) formal incorporations of single priests in succession are to be seen in the endowment of chantry priests: see K. L. WOOD-LEGH, *Chantries and the Corporation Sole*, in (1958) 74 *Law Quarterly Review*, 272.

(34) This remained the law till this century. The rule was reversed by the Law of Property Act, 1925, s. 180 (2).

(35) Also reversed by the Law of Property Act, s. 180 (2), but vested property cannot be disclaimed till the vacant headship is filled. It should be noticed that the legislation applies only to acquisitions by a headless corporation; it has nothing to say of the power of a headless corporation to give property.

(36) A corporation could certainly be the beneficiary of a trust which produced an equivalent result, though medieval corporations were not regarded by the medieval Chancellors as competent to act as trustees. Whether the disability was thought to derive from want of corporate conscience or from inability to imprison a corporate body for contempt is unknown. What the medieval Chancellor thought of a headless corporation as a beneficiary is probably not now to be known; as a speculation we may guess that equity would have not followed the law, but the question may never have come before him.

(37) 32 Hen. 8, c. 1; 34 and 35 Hen. 8, c. 5.

declared incompetent to take by devise. This was later mitigated by an equitable interpretation of the Charitable Trusts Act, 1601<sup>(38)</sup>, so that in the seventeenth century corporations were enabled to take land for charitable purposes, but the general disability lasted till removed by the Wills Act as late as 1837<sup>(39)</sup>. But where the statutory ban was not applicable the question of taking during vacancy was open to argument, and in the sixteenth century the question was squarely raised in *the case of Corpus Christi College, Oxford*<sup>(40)</sup>, when Edmund Plowden argued that a college without a head was «an imperfect body» and thus incapable of taking by will. The Court of King's Bench accepted his argument. In the case itself the intended gift was that of the Master to his own college; it required some ingenuity to find a way in which a head could benefit, without the interposition of trust, the corporation which his death left «an imperfect body»<sup>(41)</sup>.

With regard to grants by a living donor Littleton before the close of the middle ages could state a general rule, writing that a convent of monks «is but a dead body without [a] head, for during vacancy [of headship] a grant made to them or by them is void»<sup>(42)</sup>. This rule applicable to all corporations aggregate

<sup>(38)</sup> 43 Eliz., c. 4; this facility was much reduced by the Mortmain Act, 1736.

<sup>(39)</sup> 7 Will. 4 and 1 Vict., c. 26, subject to restrictions of Mortmain.

<sup>(40)</sup> (1561) 4 Leon. 223, Dalison 31. These are very brief reports, and it is unfortunate that Plowden did not include the case in his *Commentaries*. The Master was probably Robert Morwent, the second President, who died in 1558 leaving land and advowsons to the College by his will dated 20 Aug. 1552. See T. FOWLER, *The History of Corpus Christi College*, pp. 34, 100, and *Dict. Nat. Biography* sub nom.

<sup>(41)</sup> One method noticed by MAITLAND (*Collected Papers*, III, 221, n. 3) was the gift to Trinity College, Cambridge, under the will of the Master, Dr Whewell, in 1863. His will provided that if the mastership became vacant by his death, his benefaction would go to the Senior Fellows for the time being and their heirs with a gift over to the College on the appointment of a new Master. Thus the study of International Law in Cambridge was safely founded. Such testamentary dodges are no longer needed, *supra* n. 35.

<sup>(42)</sup> *Tenures*, sect. 443. Coke commenting on this passage calls in *ratio una* but not *unica*, because the rule is the same for a dean and chapter or a mayor

seems severe, but it is in fact nothing like as severe as the rule over wills where the donor was dead and unable to rectify the gift. Moreover the rule only applied to estates to vest in possession with immediate seisin of freehold. As Coke <sup>(43)</sup> explained the disability of a corporation which «is not complete but wanteth the head» did not prevent a gift of an estate in remainder. The rule, he wrote, «is to be understood of an immediate grant, for if during the vacation of the abathie of Dale a lease for life, or a gift in taile be made, the remainder to the abbot of Dale and his successors, this remainder is good, if there be an abbot made during the particular estate». This too was a rule applicable to all kinds of corporation, and provided a substantial mitigation to the common law logic exemplified in the broad proposition that «if the head be severed, the corporation is void» <sup>(44)</sup>.

Thus imperfect bodies could not give or acquire, though they might retain, rights. But in the later yearbooks the numerous discussions of the legal differences between official and private capacity do not lead to metaphysical explanations of the nature of corporate bodies or the sort of language later used by Coke that such a body «itself is only *in abstracto* and rests only in intendment and consideration of the law» <sup>(45)</sup>. Another aspect of a notion of integral parts may be seen in the dealings of a corporate head with the body over which he presided. It was axiomatic in common law thinking that a man could not grant property to himself or contract with himself. If contemporary

---

and commonalty, and members of those bodies are not civilly dead like monks. But he seems to have misunderstood Littleton whose reason is not that the monks are civilly dead but that the convent itself is «a dead body» without its head. If on the other hand the legal incapacity of the monks themselves was behind Littleton's thinking, then this passage in this highly authoritative work may have worked a large generalisation upon corporations aggregate from a special kind of corporation in which the head alone was legally capable.

<sup>(43)</sup> Co. Litt. 264a. See also *per* Vaughan C. J. in *Holden v. Smallbrooke* (1668) Vaughan 187, at 199.

<sup>(44)</sup> YB. (1521) Pasch. 13 Hen. 8, f. 12, pl. 2, at f. 13, *per* Brooke J.

<sup>(45)</sup> *Sutton's Hospital Case*, 10 Co. Rep. at 32b. POLLOCK and MAITLAND, *op. cit.*, I, 492.

theory could idealise the body as a legal person, one would expect to find no obstacle in the way of a head who desired to deal in a private capacity with that other person. Yet such is not the case. As Maitland says <sup>(46)</sup>, «In Edward IV's day we are told that the Mayor and Commonalty of Newcastle gave a bond to the person who happened to be mayor, naming him by his personal name. It was held void, for a man cannot be bound to himself. So long as such a decision for such a reason is possible, the modern idea of a corporation is not secure; at any rate it is hampered by an inconsistent and older idea » <sup>(47)</sup>. The issue commonly arose in the distribution of patronage. Could the master of a hospital or a college, for example, be presented to a church living in the gift of a corporate body? In 1521 the Court of King's Bench answered this question with an emphatic negative <sup>(48)</sup>, all the judges agreeing «that one cannot present himself; and the brethren [alone] cannot present the master, for the whole body must do it. The body, however, can present one of the brethren, for he is a private person for this purpose, and the body can exist without him; but that is not so of the head, such as dean or master etc. ... The law is now clear that such presentations of the head by the body politic are void in law ». The yearbook report of this case <sup>(49)</sup> gives the speeches

---

<sup>(46)</sup> He quotes Serjeant Vavisor in YB. (1481) Mich. 21 Edw. 4, f. 67, pl. 53, at f. 68, but counsel was referring to a much older case, YB. (1343) Mich. 17 Edw. 3, f. 48, pl. 13 (Rolls ser. 17 & 18 Edw. 3, pp. 70-73).

<sup>(47)</sup> In one respect Maitland's phrasing is not happily expressed. «The modern idea of a corporation» was hardly on the drawing-board in the later fifteenth century; theorising beyond group activity and differences of capacities lay far in the future.

<sup>(48)</sup> *Provost etc. of King's College, Cambridge v. Hekker* (1521) in Spelman's reports, 93 Selden Society at p. 193.

<sup>(49)</sup> YB. (1521) Pasch. 13 Hen. 8, f. 12, pl. 2; Mich. f. 12, pl. 2 (on error to King's Bench). The cases are very numerous, and were frequently concerned with leases of corporate property. There was no objection to a member of a corporation making a grant of property to the body or receiving a grant from it, provided he was not an integral part, and provided too there was no other objection, e.g. it might be a breach of trust for a corporation to make a lease of a trust estate to a corporator.

of individual judges and that of Brooke J. makes the reasoning very clear.

« ... the corporation temporal is an aggregate of different persons who together are the body politic and everything which this body politic does must be an act of the head and all the others ... but he [the head] cannot give to himself or enfeoff himself, for although he has two capacities, still he is one and the same person ... but one member of the body can accept gifts from the master and brethren, for the corporation continues sufficient notwithstanding this; but the master is the same person who is the head of the corporation. If he becomes separated, the corporation is void. And he who takes from the corporation must be severed from it, so that all the corporation may give to him. But this cannot be so in the case of the master, for he cannot be severed, and therefore if the corporation makes a gift to the master while he is the principal agent, he is giving something to himself, hence the gift is not valid ».

The disabilities which the common law imposed cannot be attributed to considerations of public policy or the desire to avoid abuse of communal property by alienations to individual persons; the ban was not upon the individual member but upon the integral part and it applied to both giving and taking, to property and obligations. The logic was concerned with the legal impossibility that a man could give to or take from himself as applied to his other capacity as an integral part of an aggregate body. The lawyers who addressed themselves to this problem in the later yearbooks were fully aware that one man might have dual capacities and recognised such diversities whether a transaction was external or internal to the group. The stopping point was where the official or public capacity was identified with the integral part, without which the group as a whole could not act.

Any consideration of the early common law must look beyond property and obligations and take account of actions, for matters of process and procedure affected the thinking of the early common lawyers at every turn. How were disputes resolved where parts of the body were in conflict? Many disputes by their nature could not come before the courts of common law. In the first place there was for many kinds of corporation the visitatorial jurisdiction, and it was eventually settled that the jurisdiction



of the visitor was final <sup>(50)</sup>. Where a visitatorial jurisdiction did not exist, as with borough corporations, the courts had a freer hand <sup>(51)</sup>, but all corporations possessed internal mechanisms for resolving disputes, some even possessing their own courts in which their members might litigate. And all had their assemblies in which majority decisions might be taken. The history of the majority is in itself a matter of the greatest interest, and one may agree with Maitland <sup>(52)</sup> in his remark that « until men will say plainly that a vote carried by a majority of one is for certain purposes every whit as effectual as an unanimous vote, one main contrast between corporate ownership and mere community escapes them ». Here we only pause on the position of the head of the aggregate corporation. In this matter the common law made a difference between conventual bodies and other kinds of corporate bodies, which may be expressed in the language of Chief Justice Holt <sup>(53)</sup>:

« there is a great diversity between abbot and convent, and master and fellows, and mayor and commonalty etc., for in the case of abbot and convent there must be the major part and the abbot besides; and the reason is because the abbot only acts *cum consensu* of the major part of the rest; but in the case of master and fellows etc. the master himself is but part of the acting part, and he is one of the grantors just as the rest ».

In corporations (other than monastic houses) the head had but one voice and vote, nor did he have a negative voice. In this matter the theory of integral parts gave way to an equality of all corporators. After the Reformation the case of monastic

---

<sup>(50)</sup> The leading case in the early modern period was *Philips v. Bury* (1694) Holt KB. 715, 1 Ld. Raym. 5, 2 T.R. 346, Skinner 447, 4 Mod. 106, in which Holt's dissenting judgment was later affirmed by the House of Lords. See generally P. M. SMITH, *The Exclusive Jurisdiction of the University Visitor*, in (1981) 97 *Law Quarterly Review* 610.

<sup>(51)</sup> The issues raised before the courts were usually concerned with office, e.g. restitution by *mandamus*.

<sup>(52)</sup> *Township and Borough*, p. 35.

<sup>(53)</sup> *Anon.* (1698) 12 Mod. 232; *R. v. Chapman* (1704) 6 Mod. 152.

bodies ceased to be of practical concern and their special rules of majority or the special position of their heads ceased to influence legal doctrine <sup>(54)</sup>. Even in the middle ages other ecclesiastical corporations, as deans and cathedral chapter (where the cathedral church was in the hands of the secular clergy), did not generally allow a negative voice to the head, and this became the general rule for all aggregate corporations <sup>(55)</sup>. The position of the head for the purposes of collective decision and for determining the will of the whole body was quite different from the requirement of participation in formal acts of the body. The old notion of unanimity was a powerful one; it clung to the jury till yesterday, but it yielded more easily in other forms of collective decision-taking, and in the common law rules on corporate activity the solvent of practical convenience broke it down at a remarkable early time <sup>(56)</sup>.

---

<sup>(54)</sup> The process by which a succeeding head recovered land alienated by a previous head without the consent of a chapter was the writ *de sine assensu capituli* (FITZHERBERT, *Natura Brevium*, 194 I). This naturally required the common law courts to decide what was a sufficient or insufficient assent of the chapter. In this task they did not have recourse to the canon law of majorities: they took their own course and settled for simple majorities. *Per* Littleton J. in YB. (1475) Mich. 15 Edw. 4, f. 1, pl. 2, at f. 2, where he speaks of majorities in a convent and the Commons house of parliament in a single breath.

<sup>(55)</sup> Statute in 1542 (33 Hen. 8, c. 27) laid down a rule of simple majority for *all* corporations notwithstanding any contrary provision in foundation charters. BLACKSTONE, *Comm.* I, 478, describes this Act as part of Henry VIII's « projected scheme of obtaining a surrender of the lands of ecclesiastical corporations », but the motive cannot have concerned the monastic houses, for they had already been suppressed. Blackstone adds that « this statute extends not to any negative or necessary voice given by the founder to the head of any such society ». But this seems wrong: see BURN, *Ecclesiastical Law* (5th ed.) II, 111. The purpose of the Act was to establish the common law rule for all foundations.

<sup>(56)</sup> The yearbook lawyers spoke of the greater or the lesser part. But as they themselves knew, the determination which is the greater is not easily seen in large assemblies. E.g. it seems that there was counting of votes in the House of Lords long before that practice was followed in the more numerous House of Commons. It is one thing to see the majority in a small collegiate body but another in such an assembly as a large and populous borough. To this day the House of Commons shout « Yes » and « No » before a division of votes is taken.

Turning to the bringing and defending actions at law, it does not appear that the courts would entertain litigation between integral parts upon the internal economy of the body. True, there are yearbook cases where a dean litigates with his chapter (57), but these concern property which the head holds in his own right and which are not the property of the whole body. There never seems to have been inhibition over the head litigating with other corporators (outside the special case of monastic bodies where the head alone was civilly alive) (58), where the internal economy of the body was not in question. But the headless body was not a competent litigant. Thus when a *quare impedit* was brought in 1333 against the dean and chapter of York (59) it was ruled that the chapter could not appear and plead without the dean, and it mattered not that the dean was dead; the chapter without the head could not be sued. In 1482 in an action brought by a dean and chapter (60) it appeared that the dean had died the day the writ purchased. It was ruled that provided that a new dean was appointed before the day in court and provided that the deceased dean was not named in the writ by his proper name but only named as dean, then the writ should not abate but stand good. From these and other cases (61) it appears that actions could not be commenced by or against imperfect corporate bodies and further that even pending a writ an action might abate by loss of the head (62).

---

In early assemblies of considerable size probably the shouting settled the question.

(57) E.g. YB. (1335) Trin. 9 Edw. 3, f. 18, pl. 3, Mich. f. 33, pl. 33, between the Dean and Chapter of Lincoln.

(58) On the corporation sole Maitland mordantly remarks (*Collected Papers*, III, 242): « I can find no case in which the natural man has sued the corporation sole and the corporation sole has sued the natural man ». But for aggregate corporations there was no difficulty over litigation between the natural man and the body of which he was a member.

(59) YB. (1333) Hil. 7 Edw. 3, f. 4, pl. 7.

(60) YB. (1482) Hil. 21 Edw. 4, f. 15, pl. 3, f. 16, pl. 9 (by whole court, Brian C. J. dissenting).

(61) The usual title in the Abridgements where these cases are collected is that of *Abatement*.

(62) With regard to borough mayors, in YB. (1481) Mich. 21 Edw. 4, f. 67,

This disability may be seen as the effect of «bodily imperfection», but there were other, more practical influences at work. A corporate body could not appear before a court in person; it had to appear by attorney and the attorney had to be authorised by the corporate seal<sup>(63)</sup>. And the importance of the corporate name and style was a recurrent theme in yearbook discussion. Indeed it was often said that the corporation *was* the name, there was no other «substance»<sup>(64)</sup>. *Misnomer* was a very large title in the collected cases on corporations. The identification of the corporate body and its constituent parts was a matter in which the early common lawyers required the most exact accuracy; variance was fatal. This insistence on correct description was itself a substantial bar to litigation by a body which lacked an essential part in the very title of the whole body.

The natural body was not the only analogy which appears in the discussions of the early common lawyers. Abbot and convent might be likened to husband and wife<sup>(65)</sup> and though

---

pl. 53, at f. 70, it is asserted by Nele J. that «this body politic is made up of men like us. If the head is struck off the man is dead. In the same way if the mayor who is head of the body politic die, the writ abates». But there was a definite disposition to mitigate the rules of abatement because borough mayors being usually annual officers it was obviously a hardship to abate a writ when the mayor went out of office pending the writ, so it was held that change of office did not abate a writ, and from this Brian C. J. was prepared to deny abatement for death: YB. (1482) Hil. 21 Edw. 4, f. 15, pl. 3.

<sup>(63)</sup> This was a strict rule of corporate activity, and the seal could only be affixed with the assent of all integral parts. Even here the human metaphor is to be found. Because the corporate body can only speak by deed, therefore it has no «mouth». YB. (1492) Hil. 7 Hen. 7, f. 9, pl. 2. The reason for the rule of appearance by attorney was said by Brian C. J. to be that «the mayor and commonalty are a single body and must make a single appearance, for the mayor [alone] cannot appear, neither the whole body. And because the court cannot know if all appear or none, they must by absolute necessity make an attorney»: YB. (1481) Mich. 21 Edw. 4, f. 12, pl. 4, at f. 13.

<sup>(64)</sup> Thus Sjt. Pigot in YB. Mich. 21 Edw. 4, f. 12, pl. 4, at f. 13, says of the borough Corporation of Norwich that «their corporation is nothing but a name which cannot be seen and has no substance».

<sup>(65)</sup> E.g. YB. (1424) Pasch. 2 Hen. 6, f. 9, pl. 6, *per* Cheyne C. J.; YB. (1475) Mich. 15 Edw. 4, f. 1, pl. 2, *per* Littleton J. Doubtless biblical allegories played their part.

the *feme covert* was not civilly dead her legal incapacities made the analogy, though inexact, a plausible similitude. But the anthropomorphism generally was very prevalent in early debates upon the functions of corporate activity and the question arises as to its influence upon the shape of the law itself. Our conclusion must be that it cut both ways. It placed emphasis upon organic unity; it helped to distinguish functions and capacities; it assisted in forming early notions of agency. But we can also see reverse effects. In particular we can see, as has been the theme of this paper, that it fostered a theory of integral parts and concentrated attention on individual capacities at the expense of the idealisation of the whole. But allowance must be made for the absence of speculative or academic thinking in the early history of common law. In contrast with the law of the church or the writings of the civilians, the common law literature is paltry; the numerous discussions of the common lawyers are the reported speeches of men thinking on their feet. The willingness to analogise is matched only by the unwillingness to idealise.

Our discussion is of course very incomplete. To take a whole view would require an examination of notions of succession and perpetuation in corporate bodies, of the relation of incorporation to those communal activities which remained in the field of unincorporated association, and of the law of trusts. And there is the further question how far the common lawyers attained to any unitary doctrine concerning corporations of various kinds and characters.

That there were many differences of detail as to rights and duties between different categories of corporations is undeniable. Some have already been noticed. As Sir Matthew Hale <sup>(66)</sup> wrote in the seventeenth century: «The kinds of corporations differ according to the several relations they have, some perpetual, some temporary; some sole, some aggregate; some absolute, some qualified». A particular rule suitable for an ecclesiastical body might not be suitable for a secular body, such as a borough corporation. On the other hand, the yearbook discussions reveal

---

<sup>(66)</sup> *The Prerogatives of the King*, 92 Selden Society, at p. 243.

the common lawyers very ready to make comparisons and to state general propositions as found in the context of one kind of body as applicable to another. To that extent they were building up a unified body of law and it seems probable they would have acknowledged a general body of doctrine before the title of *Corporations* appeared in the Abridgments and certainly before the treatises on the subject appeared. But it is clear that not only in the yearbook period but later in the early modern period the concern of the common lawyers was with functions and above all with questions of capacity. When Sir Matthew Hale applied himself to these questions he was concerned to write about the creating and dissolving of corporate bodies, but as to their nature there is no theoretical speculation, only reference to capacities <sup>(67)</sup>. «The quality of a corporation in general is this, that it puts a several capacity upon the persons incorporate. So that in the capacity of a corporation he differs from him or themselves as a natural person. And of this the instances are infinite ... And upon this reason it is why upon judgment given against a corporation the goods of any person being a member of that corporation shall not be delivered in execution, unless it be in the case of the king who by special prerogative for issues levied or a fine imposed upon a corporation may seize the goods of any single person being a member of that corporation ... <sup>(68)</sup>. And this is the reason why these legal defects or non-abilities which fall upon the natural capacity disable not the public ... » <sup>(69)</sup>.

---

<sup>(67)</sup> *Ibid.* at pp. 243-244.

<sup>(68)</sup> Here he cites YBB. (1430) Mich. 9 Hen. 6, f. 36, pl. 9; (1429) Mich. 8 Hen. 6, f. 1, pl. 2, f. 14, pl. 34; (1441) Pasch. 19 Hen. 6, f. 62, pl. 1; (1441) Mich. 20 Hen. 6, f. 9, pl. 19, and they are re-cited here because the immunity of the corporator from the debts of the corporation is clearly of significance. As to this Maitland (Pollock and Maitland, I, 493) remarks that «the non-liability of individual corporators for the debts of the corporation cannot be regarded as of the essence of a corporation. Still unless such non-liability had been common, the modern idea of a corporation would hardly have been formed».

<sup>(69)</sup> Hale's examples at this point are taken from ecclesiastical bodies; a more general instance may be taken from his *Pleas of the Crown*, I, 252: «At common law and still to this day in the case of a corporation aggregate, as dean

If we seek for an abstraction of corporate entity in the language of the early common lawyers we shall seek in vain. What they did possess was a theory of capacities and a theory of integral parts. It has been said that this latter idea forms a distinctive contribution to corporate theory: « The common law, basing itself less on Roman and canon law than on the facts of English political life, introduced corporations composed of two or even three parts, each of which consisted of different numbers of individual members ..., each of these parts an essential constituent of the whole, and the assent of each one requisite for the making of a corporate act » <sup>(70)</sup>. This conclusion seems warranted by a study of the cases and it is reinforced by the way in which the early common lawyers handled the challenging phenomenon of the « headless body ».

---

and chapter, mayor and commonalty, where the possessions are in common in the aggregate corporation, nothing was or is forfeited by the attainder of the head of the corporation, as the dean, mayor etc. ».

<sup>(70)</sup> LUBASZ, *op. cit.*, *supra* n. 7, at pp. 239-240.

FRANCO TODESCAN

## DALLA « PERSONA FICTA » ALLA « PERSONA MORALIS »

Individualismo e matematismo nelle teorie  
della persona giuridica del sec. XVII

1. Introduzione. — 2. Cenni sullo sviluppo della nozione di *persona ficta* nell'età di mezzo. — 3. *Subjectum proprium e subjectum commune*: le oscillazioni metodologiche e ideologiche di Grozio. — 4. *Feigned or artificial person*: la concezione meccanicistica di Hobbes. — 5. *Persona moralis*: il sincretismo della visione pufendorfiana nell'ambito della teoria degli *entia moralia*. — 6. Osservazioni finali: il nesso individualismo-matematismo nelle teorie secentesche della persona giuridica.

I. È noto quanti problemi, storici e dogmatici, si celino dietro i nomi (e le immagini) di « personalità giuridica », « persona morale », « persona giuridica » <sup>(1)</sup>. Si tratta di termini che alludono ad una realtà, quella giuridica, per sua natura estremamente problematica, sita com'è fra la realtà sensibile degli accadimenti storici e la realtà intellegibile delle forme qualificanti, realtà che il filosofo, lo storico, il giurista si sforzano di precisare, di classificare, di definire <sup>(2)</sup>. In questa multiforme e cangiante realtà, pullula tutta una serie di raggruppamenti di individui, che ne costituiscono per ampia parte il tessuto connettivo. Quando essi si trovano ancora allo stato amorfo ed inorganico, l'ordinamento non ravvisa in essi alcuna entità giuridica distinta; ma

---

<sup>(1)</sup> Per un primo sguardo d'insieme v., ad es., G. MENOTTI DE FRANCESCO, s.v. *Persona giuridica (diritto privato e pubblico)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XII, Torino, 1965, pp. 1035-1053 (con bibliografia).

<sup>(2)</sup> Sul difficile tema dell'autonomia concettuale della « realtà giuridica », v. E. OPOCHER, *La realtà giuridica e il problema della sua validità (Lezioni di filosofia del diritto)* (lit.), Padova, 1976, ptc. cap. II.



quando tali raggruppamenti si organizzano in durevole istituzione l'ordinamento non solo li accoglie come « realtà » oggettiva ed autonoma, ma si studia anche, con l'ausilio della dottrina, di inquadrarli sistematicamente in maniera adeguata <sup>(3)</sup>.

È compito del giurista e del teorico generale indagarne il fondamento e tracciarne le classificazioni; così come è compito dello storico ripercorrere il cammino, lungo e travagliato, delle diverse dottrine, nella loro peculiare connessione con l'ambiente economico, politico, culturale circostante. Ed in tale faticoso peregrinare, due punti brillano di luce particolare, lanciandosi quasi attraverso i secoli una sorta di silenzioso richiamo: la dugentesca dottrina canonistica della *persona ficta*, inaugurata da Sinibaldo dei Fieschi, e la savignyana *Fiktionstheorie*, caposaldo di tutte le vivaci discussioni e polemiche della giurisprudenza tedesca (e non solo tedesca) del secolo XIX.

Il richiamo, anche a livello terminologico, è evidente; i paralleli sono stati spesso instaurati, le analogie e le differenze, sottolineate <sup>(4)</sup>. Sono mancati invece, il più delle volte, gli sforzi per spiegare come, nell'arco dei secoli che le separa, le due linee abbiano potuto incontrarsi, a prezzo di quali metamorfosi ideologiche e concettuali, la *fictio* abbia potuto servire da strumento per la costruzione di una teoria della « persona giuridica », in contesti così lontani nel tempo e nello spazio. A prescindere infatti dalla monumentale (ma anche troppo dispersiva) opera del Gierke <sup>(5)</sup>, la ricostruzione delle tappe fondamentali dell'idea di « persona giuridica » è stata il più delle volte operata o alquanto frettolosamente (nelle ricostruzioni sintetiche), o troppo settorialmente (nelle ricostruzioni analitiche, dedicate a singoli autori).

<sup>(3)</sup> Cfr. R. SALEILLES, *De la personnalité juridique*, Paris, 1922<sup>2</sup>, p. 2 ss.

<sup>(4)</sup> Ricordiamo in particolare il classico lavoro di F. RUFFINI, *La classificazione delle persone giuridiche in Sinibaldo dei Fieschi (Innocenzo IV) ed in Federico Carlo di Savigny (1898)*, ora in *Scritti giuridici minori*, II, Milano, 1936, p. 3 ss., e, più recentemente, A. HANIG, *Innozenz IV., Vater der Fiktionstheorie?*, in *Oesterreichisches Archiv für Kirchenrecht*, III (1952), p. 177 ss.

<sup>(5)</sup> Ci riferiamo ovviamente ai 4 volumi del *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, Berlin, 1868-1913; sui caratteri dell'opera gierkiana, v. il bel capitolo dedicatole da Erik WOLF, *Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, Tübingen, 1963<sup>4</sup>, pp. 669-712.

Lo scopo che qui ci proponiamo è di considerare nei suoi profili ideologici, in un quadro più agile ed organico al tempo stesso, l'evoluzione del problema della « persona giuridica » in un secolo spesso trascurato dagli storici del diritto: il Seicento. Si tratta infatti di un momento decisivo non solo per la filosofia del diritto, ma anche, in non casuale connessione, per lo sviluppo dei principali concetti della rinnovantesi dogmatica giuridica: tra i quali, appunto, quello della « persona giuridica » riveste un ruolo di fondamentale importanza. È appunto questo quadro che intendiamo ora tracciare, nelle sue direttrici e nelle sue tappe più qualificanti e significative.

2. Sul problema della « persona giuridica » il pensiero medioevale aveva elaborato, con particolare ricchezza tematica, una teoria nella quale l'impiego della *fictio* si era esplicitamente aperto, per la prima volta, a imprevisi sviluppi. L'emersione di nuove strutture istituzionali in seno all'organizzazione economico-politica era stata accompagnata e seguita da un rinnovamento del pensiero giuridico così profondo, che lascerà in materia solchi imperituri <sup>(6)</sup>. Questo pensiero aveva dovuto superare l'*impasse* segnata dai secoli iniziali dell'età di mezzo i quali, presi nella morsa di due civiltà così diverse come la latina e la germanica, avevano smarrito quel germe ideale di « persona », che con fatica era stato appena abbozzato, a proposito della *hereditas jacens* <sup>(7)</sup>, dalla giurisprudenza romana. Di questo, nell'età preirneriana, era rimasta una nozione complessivamente rozza, segno di un pensiero poco affinato, ancora incapace di operare uno sforzo di astrazione dai dati naturalistici <sup>(8)</sup>.

---

<sup>(6)</sup> Cfr. F. CALASSO, *Gli ordinamenti giuridici del rinascimento medioevale*, Milano, 1949<sup>2</sup>, p. 203. In questo § 2 riproduco le linee essenziali del mio *Diritto e realtà. Storia e teoria della 'fictio iuris'*, Padova, Cedam, 1979, pp. 89-102.

<sup>(7)</sup> Sul problema dell'eredità giacente nel diritto romano, v. il recente studio di U. ROBBE, *La « hereditas iacet » e il significato della « hereditas » in diritto romano*, I, Milano, 1975.

<sup>(8)</sup> Le molte incertezze concettuali si tradussero inizialmente nell'attribuzione dei beni di una chiesa o al santo titolare, o addirittura all'edificio sacro. La Glossa, che in un primo tempo respinse tale idea, attribuita ad un tale Moyses, arcivescovo di Ravenna (« durissimum est dicere et contra legem videtur »), suc-

I primi seri tentativi di una trattazione scientifica dell'argomento risalivano all'opera dei Glossatori; ma a questi i rudimentali strumenti di ricerca, nonché le ininterrotte interferenze dei principî provenienti dalla civiltà germanica, avevano precluso una nitida comprensione di dati pur acquisiti nella compilazione giustiniana (9). E le stesse incertezze dei Glossatori si ritrovavano, contemporaneamente, nelle opere dei Decretisti, incapaci di sottrarsi alle suggestioni dell'impostazione civilistica, per sviluppare autonomamente talune potenzialità latenti nell'ordinamento canonico (10). La concezione invece che aveva dissipato le nebbie delle residue incertezze, spingendosi fino al cuore dei nuovi rapporti giuridici, attraverso un sapiente, consapevole uso della metafora, trasformata in finzione giuridica, era stato merito indiscusso del decretalista Sinibaldo dei Fieschi, asceso al soglio pontificio col nome di Innocenzo IV (11).

Con notevole acutezza e penetrazione la sua opera, piuttosto che riprendere gli spunti offerti dal *Corpus* giustiniano, aveva rinvenuto la matrice della nuova dottrina nel rigoglioso *humus* ecclesiologico. Era la visione « organicistica » paolina della Chiesa concepita come *corpus mysticum*, realtà viva non risolvendosi nella puntuale singolarità dei propri componenti, che aveva animato

---

cessivamente la riprese e discusse nel seguente passaggio: gl. *Nomen universitatis, ad l. Sicut municipium, § In decurionibus, ff. Quod cuiuscumque universitatis nomine* (D. 3, 4, 7, 2): « posset tamen pro Moyse allegari, quod plerumque dicitur ecclesia ipse locus parietibus circumdatus, et etiam consecratus: et alias dicitur ecclesia ius habere et possidere et vindicare ... Unde videtur, quod talis locus, sive parietes possideant etiam durante collegio, et vindicent per praelatos tanquam quilibet privatus per procuratorem vel colonum ». Cfr. P. S. LEICHT, *Ricerche sul diritto privato nei documenti preirneriani*, I: *Le persone, la famiglia, i diritti reali*, Roma, 1914, p. 64 ss.

(9) Cfr. GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, III: *Die Staats- und Korporationslehre des Altertums und des Mittelalters und ihre Aufnahme in Deutschland*, Berlin, 1881 [reprint Graz, 1954], p. 188 ss.

(10) V. in proposito P. GILLET, *La personnalité juridique en droit ecclésiastique, spécialement chez les Décretistes et les Décretalistes et dans le Code de droit canonique*, Malines, 1927, p. 82 ss.

(11) F. RUFFINI, *La classificazione*, cit., p. 13. Su Innocenzo IV, v. E. AMANN, s.v. *Innocent IV*, in *Dictionnaire de Théologie Catholique*, VII/1, Paris, 1922, coll. 1981-1995; V. PIERGIOVANNI, *Sinibaldo dei Fieschi Decretalista. Ricerche sulla vita*, in *Studia Gratiana*, XIV (1967), pp. 125-154.

il suo pensiero, spingendolo a plasmare una costruzione dogmatica dell'*universitas* quale « persona ». Nell'*universitas*, figura tipica nella quale si esprimeva, con rigogliosa autonomia, la realtà giuridica nei confronti della realtà storica, Innocenzo IV ravvisava una *fictio*, in virtù della quale l'*universitas* riceveva trattamento giuridico analogo a quello delle persone fisiche <sup>(12)</sup>. E l'estensione analogica, già adombrata nella teoria romana della *hereditas jacens* <sup>(13)</sup>, per cui si reputava la nozione filosofica di « persona » (« naturae rationabilis individua substantia », secondo l'accreditata formulazione boeziana) <sup>(14)</sup> idonea a significare efficacemente il momento unitario dell'*universitas*, segnava il fecondo connubio della cultura giuridica con quella filosofica e teologica <sup>(15)</sup>.

Ad ogni modo molti problemi rimanevano ancora da risolvere, a partire da quello terminologico. Fu probabilmente Cino da Pistoia, proseguendo uno spunto del Belleperche, il primo fra i civilisti ad impiegare il termine « persona repraesentata », e Bartolo da Sassoferrato vi aggiunse quello di « persona ficta », mentre Giovanni d'Andrea li riprese ed utilizzò nell'ambito canonistico <sup>(16)</sup>.

---

<sup>(12)</sup> SINIBALDUS FLISCUS (INNOCENTIUS IV), *Super libros quinque Decretalium commentaria*, Francofurti ad Moenum, 1570, in c. 57 X. 2, 20: « Item hic admittuntur isti conventus ut faciant illos jurare in animas suas, quia placuit partibus ... Vel dic, quod autoritate hujus decretalis hodie licitum est omnibus collegiis per alium jurare, et hoc ideo quia cum collegium in causa universitatis fingatur una persona, dignum est, quod per unum jurent, licet per se jurare possint, si velint ... » (fo. 270<sup>v</sup> b); sulla complessa problematica, cfr. l'ottimo studio di R. FEENSTRA, *L'histoire des fondations. À propos de quelques études récentes*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, XXIV (1956), p. 411 ss.

<sup>(13)</sup> D. 46, I, 22 (Florentinus, l.8 *institutionum*): « Mortuo reo promittendi et ante aditam hereditatem fidejussor accipi potest, quia hereditas personae vice fungitur, sicuti municipium et decuria et societas »; sugli sviluppi di tale estensione analogica nel pensiero medioevale, cfr. G. ERMINI, *Il concetto di eredità giacente nella Glossa ordinaria al Corpus Iuris*, in *Rivista di Storia del Diritto Italiano*, XII (1939), p. 57 ss.

<sup>(14)</sup> *Contra Eutychem et Nestorium*, c. III (in BOETHIUS, *The Theological Tractates - The Consolation of Philosophy*, a cura di H. F. STEWART e E. K. RAND, London-Cambridge [Mass.], 1953, p. 84).

<sup>(15)</sup> Cfr. P. ZATTI, *Persona giuridica e soggettività. Per una definizione del concetto di « persona » nel rapporto con la titolarità delle situazioni soggettive*, Padova, 1975, p. 62.

<sup>(16)</sup> CYNUS DE PISTORIO, *In Codicem ... commentaria*, Francofurti ad Moenum

E dei termini « persona ficta » e « persona repraesentata » (nel senso — secondo l'opinione più affermata <sup>(17)</sup> — di « persona » frutto di una rappresentazione intellettuale) si serviranno largamente tutti i Commentatori, che insisteranno nel porre in risalto il ruolo eminentemente creativo svolto, in proposito, dalla giurisprudenza.

Così Bartolo, alludendo manifestamente alla possibile esistenza di un'autonoma realtà giuridica, sosteneva che « universitas ... proprie non est persona, tamen hoc est fictum positum pro vero, sicut ponimus nos iuristae » <sup>(18)</sup>. Per il giurista marchigiano, infatti, « realiter et proprie » l'*universitas* veniva a coincidere con la somma dei componenti, mentre « secundum fictionem juris », essa rappresentava « una persona » <sup>(19)</sup>. Ma anche Baldo degli Ubaldi vi accennava come ad una realtà che « in jure tantum et intellectu consistit », frutto di un'astrazione, « corpus mysticum et abstractivum sumptum » <sup>(20)</sup>, e di una *fictio juris* parlava esplicitamente anche Paolo di Castro, teso nello sforzo di individuare lo strumento creatore di tale « persona invisibilis » <sup>(21)</sup>.

[reprint Torino, 1964], ad l. *Orphanotrophos*, C. De episcopis et clericis (C. 1, 3, 31 [32]), n. 1 (per la dipendenza di Cino, su questo punto, dal Belleperche, cfr. FEENSTRA, *L'histoire des fondations*, cit., p. 423 ss.); l'uso del termine « persona ficta » si può riscontrare in BARTOLUS DE SAXOFERRATO, *In secundam Digesti Novi partem commentaria*, Lugduni, 1581, ad l. *Ususfructus*, ff. De stipulatione servorum (D. 45, 3, 26), n. 1, per il pensiero civilistico e, per quello canonistico, in JOHANNES ANDREAE, *In Sextum Decretalium librum Novella Commentaria*, Venetiis, 1612, in c. 16 VI. 3, 4 (fo. 98<sup>r</sup>-99<sup>v</sup>).

<sup>(17)</sup> Cfr. R. ORESTANO, *Il « problema delle persone giuridiche » in diritto romano*, I, Torino, 1968, p. 11.

<sup>(18)</sup> *In secundam Digesti Novi partem*, cit., ad l. *Aut facta*, § *Nonnunquam*, ff. De poenis (D. 48, 19, 16, 10), n. 4.

<sup>(19)</sup> *Loc. ult. cit.*, n. 3; cfr. H. COING, *Der Rechtsbegriff der menschlichen Person und die Theorien der Menschenrechte*, in *Deutsche Landesreferate zum III. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung in London 1950*, Berlin-Tübingen, 1950, p. 195 ss., e U. NAVARRETE, *La posesión de las « universitates », especialmente en caso de extinción de todos sus miembros, según Bartolo*, in AA.VV., *Bartolo di Sassoferrato. Studi e documenti per il VI centenario*, II, Milano, 1962, p. 358 ss.

<sup>(20)</sup> BALDUS DE UBALDIS, *In VII, VIII, IX, X et XI Codicis libros commentaria*, Venetiis, 1577, ad l. *Etiam*, C. De executione rei iudicatae (C. 7, 53, 5), n. II; cfr. F. FERRARA, *Teoria delle persone giuridiche*, Torino, 1923<sup>2</sup>, p. 81.

<sup>(21)</sup> PAULUS DE CASTRO, *In secundam Digesti Novi partem commentaria*, Venetiis, 1582, ad l. *Mortuo reo promittendi*, ff. De fidejussoribus et mandatoribus

La suggestiva esperienza dottrinale cui abbiamo fatto sommario riferimento, mentre per un verso rivelava la stretta connessione con una visione « organicistica » della società, per altro verso esprimeva un fervore concettuale che faceva presagire tanto sul piano generale della teoria della finzione, quanto, più specificamente, su quello della *persona ficta*, ulteriori approfondimenti. Le difficoltà teoriche che avevano sollecitato sia il pensiero civilistico sia quello canonistico, nello sforzo di conciliare il momento dell'universale con una realtà storica contrassegnata da una fitta pluralità di microcosmi individuali, batteranno principalmente questo cammino. Ancora in pieno Umanesimo, Ulrico Zasio parlava dell'*universitas* come di un « figmentum », di una « umbra personae » <sup>(22)</sup>; e nel primo saggio monografico dedicato all'argomento, il *Tractatus de jure universitatum* di Nicolò Losa <sup>(23)</sup>, veniva ripetuto con le parole di Baldo che l'*universitas* è una « hominum collectio in unum corpus mysticum, et abstractive sumptum, cujus significatio est inventa per intellectum » e si proseguiva la teoria che, sebbene « proprie et realiter universitas nihil aliud est quam homines universitatis », tuttavia « aliud et diversum est secundum fictionem juris », confermando l'intuizione di una realtà giuridica autonoma <sup>(24)</sup>.

3. La moderna sagomatura della « persona giuridica » comincia a profilarsi con le sue nuove, peculiari caratteristiche, nel-

---

(D. 46, 1, 23 [22]), n. 2: « Fingit enim jus quendam personam invisibilem quae resultat ex congregatione multorum ».

<sup>(22)</sup> UDALRICUS ZASIUS, *In primam Digesti Veteris partem Paratilla*, ad D. 6, 1 (*De rei vindicatione*), n. 40: « Nam universitas est ens rationis, et consistit in solo intellectu, quapropter ad corpora accommodari non potest, cum a corporibus et a rebus abstrahatur, et solo intellectu repraesentetur » (in *Opera omnia*, Francofurti ad Moenum, 1590, t. I, fo. 63 a); ID., *In titulos aliquot Digesti Novi commentaria, ad l. Possideri, § Municipis, ff. De acquirenda vel amittenda possessione* (D. 41, 2, 1, 22), n. 16: « ... universitatem esse personam repraesentatam, quae non est vere persona, sed ficte » (*Opera*, t. III, fo. 95 a); cfr. pure *Paratilla* ad D. 3, 4 (*Quod cujuscumque universitatis*), n. 4 (*Opera*, t. I, fo. 36 b).

<sup>(23)</sup> Taurini, 1601; su cui v. E. RUFFINI AVONDO, *Il trattato « De jure universitatum » del torinese Nicolò Losa* (1601), in *Rivista di Storia del Diritto Italiano*, IV (1931), pp. 5-28.

<sup>(24)</sup> *Tractatus de jure universitatum*, P. I, cap. 1, n. 4 (ed. di Venezia, 1601, p. 6); cfr. ORESTANO, *Il « problema delle persone giuridiche »*, cit., p. 12.

l'ambito del pensiero giusnaturalistico del sec. XVII. Il progressivo sviluppo di tale idea si situa nella cornice che assiste al trapasso dal «teocentrismo» medioevale al nuovo «antropocentrismo» di stampo umanistico-rinascimentale <sup>(25)</sup>. È il passaggio da una concezione organicistica della società ad una visione sempre più marcatamente individualistica. Il valore attribuito al singolo individuo reclama per sé il primato, logico e ontologico, nella creazione delle istituzioni sociali: e le barocche costruzioni giusnaturalistiche accentuano tale centralità dell'individuo, proposto come «sfera» portatrice di intangibili diritti soggettivi <sup>(26)</sup>.

Di questa moderna «Scuola del diritto naturale» Grozio è stato per lungo tempo considerato il «padre» fondatore <sup>(27)</sup>. Secondo un'antica, stereotipata tradizione (oggi messa in crisi dalla più avveduta storiografia) <sup>(28)</sup>, il giurista di Delft sarebbe stato il primo autore che avrebbe cercato di sottrarre all'arbitrio dei sovrani la disciplina dei rapporti internazionali, radicandola sopra un diritto naturale «laico» e razionalista, valido per tutti i popoli, a prescindere dalle diverse ideologie politiche e confessioni religiose. Il titolo di «padre» del diritto naturale gli spetterebbe, infatti, più che per avere creato, per avere secolarizzato questo settore del diritto, assicurandogli autonomo fondamento, attraverso lo sforzo liberatore da ogni presupposto di natura teologica <sup>(29)</sup>. In tal modo, l'Autore olandese avrebbe iniziato quel-

<sup>(25)</sup> Sul capovolgimento della *Denkform* «teocentrica» in quella «antropocentrica», v. le illuminanti osservazioni di J. MARITAIN, *Umanesimo integrale*, trad. it., Torino, 1969<sup>3</sup>, pp. 71-78; cui si aggiungano le considerazioni di J. B. METZ, *Antropocentrismo cristiano*, trad. it., Torino, 1969.

<sup>(26)</sup> ZATTI, *Persona giuridica*, cit., p. 69; cfr. pure J. SAUTER, *Die philosophischen Grundlagen des Naturrechts*, Wien, 1932, p. 113 ss.

<sup>(27)</sup> V. per tutti H. VREELAND jr., *Hugo Grotius, the Father of the Modern Science of International Law*, New York, 1917; per la bibliografia di Grozio (1583-1645) fondamentale J. TER MEULEN - P. J. J. DIERMANSE, *Bibliographie des écrits imprimés de Hugo Grotius*, La Haye, 1950.

<sup>(28)</sup> Cfr., ad es., L. LE FUR, *La théorie du droit naturel depuis le XVII<sup>e</sup> siècle et la doctrine moderne*, in *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1927, III, p. 297 ss.; P. OTTENWÄLDER, *Zur Naturrechtslehre des Hugo Grotius*, Tübingen, 1950, p. 123 ss.; R. LABROUSSE, *Il problema della originalità di Grozio*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, XXVIII (1951), p. 1 ss.

<sup>(29)</sup> Cfr. J. JOUBERT, *Étude sur Grotius*, Paris, 1935, p. 1 ss.

l'opera di distacco che doveva allargarsi, nel Sei e Settecento, rispetto alle concezioni della tarda Scolastica (cattolica e protestante), tanto nel campo filosofico, quanto in quello specificamente giuridico <sup>(30)</sup>.

In realtà Grozio, più che un « novateur absolu » <sup>(31)</sup>, fu una personalità di transizione. Ed infatti trapela nella sua opera, nel corso degli anni, una certa oscillazione fra un atteggiamento razionalistico ed un volontarismo di ascendenza calvinista. L'istanza volontaristica, che innerva taluni dei suoi scritti giovanili, sempre più risente dell'influsso moderatore del « filtro » arminiano <sup>(32)</sup>. I frutti più vistosi del volontarismo luterano e calvinista nell'ambito della teoria politica, quali rispettivamente il ripudio della radice ontologica dello Stato (ridotto a mera conseguenza del peccato originale) <sup>(33)</sup> e l'asserzione di una struttura giuridico-istituzionale poggiante tutta o sulla volontà di Dio o sul *consensus* degli uomini <sup>(34)</sup>, non potevano venire accolti *sic et simpliciter* dallo spirito moderato di Grozio il quale, pur non riuscendo a cancellare del tutto i motivi individualistici provenienti dalla sua fede riformata, tendeva sincretisticamente a recuperare più di un motivo proveniente dalla tradizione classico-medioeva-

<sup>(30)</sup> Sul carattere « secolarizzatore » connesso al celebre « *etiamsi daremus* » del Prolegomeno II al *De jure belli ac pacis*, e sul suo rapporto col pensiero della Seconda Scolastica, v. J. St. LEGER, *The « etiamsi daremus » of Hugo Grotius. A Study in the Origins of International Law*, Romae, 1962; per la cornice metafisica, v. E. LEWALTER, *Spanisch-jesuitische und deutsch-lutherische Metaphysik des 17. Jahrhunderts. Ein Beitrag zur Geschichte der iberisch-deutschen Kulturbeziehungen und zur Vorgeschichte des deutschen Idealismus*, Hamburg, 1935.

<sup>(31)</sup> Cfr. G. GURVITCH, *L'idée du Droit Social*, Paris, 1932, p. 173.

<sup>(32)</sup> Sull'influsso arminiano nell'opera di Grozio, v. di recente F. DE MICHELIS, *Le origini storiche e culturali del pensiero di Ugo Grozio*, Firenze, 1967, p. 112 ss.; E. DUMBAULD, *The Life and Legal Writings of Hugo Grotius*, Norman, 1969, p. 11 ss. Per il profilo più strettamente teologico del pensiero groziano, v. J. SCHLÜTER, *Die Theologie des Hugo Grotius*, Göttingen, 1919.

<sup>(33)</sup> Fra i contributi monografici allo studio del pensiero giuridico-politico luterano, ricordiamo quelli di F. X. ARNOLD, *Zur Frage des Naturrechts bei Martin Luther*, München, 1937, e di J. HECKEL, *Lex charitatis. Eine juristische Untersuchung über das Recht in der Theologie Martin Luthers*, München, 1953.

<sup>(34)</sup> V. ad es. A. BIÉLER, *La pensée économique et sociale de Calvin*, Genève, 1959, p. 292 ss.



le <sup>(35)</sup>. Ecco così prendere l'avvio, nell'arminianesimo groziano, un moto di rinnovamento che, nel quadro di un'agognata metodologia matematica, fa presagire i temi intorno a cui ruoteranno i rinnovati interessi speculativi vertenti sull'idea di « persona giuridica ».

L'aspirazione matematica è espressa in maniera molto netta già all'inizio del giovanile *De jure praedae*: « Quemadmodum mathematici, priusquam ipsas demonstrationes aggrediantur, communes quasdam solent notiones, de quibus inter omnes facile constat praescribere, ut fixum aliquid sit, in quo retro desinat sequentium probatio, ita nos quo fundamentum positum habeamus, cui tuto superstruantur caetera, regulas quasdam et leges maxime generales indicabimus, velut anticipationes, quas non tam discere aliquis, quam reminisci debeat » <sup>(36)</sup>. Il significato di tali *regulae* e di tali *leges* appare subito chiaro, costituendo le prime quelle fonti basilari del diritto che, a partire dalla volontà divina giù giù fino alla volontà di tutti gli uomini, finiscono per coprire l'intero arco del « giuridico ». Infatti se la prima di tali *regulae* recita: « Quod Deus se velle significarit, id jus est » <sup>(37)</sup>, la seconda prosegue: « Quod consensus hominum velle cunctos significaverit, id jus est » <sup>(38)</sup>. Ponendo, per il tramite di queste regole, delle definizioni assiomatiche, il giurista di Delft può poi dedurre una piramide di *leges*, contenenti i principi-cardine dell'agire sociale. Attraverso tale operazione, l'Autore olandese finisce così per circonfondere con l'aureola del rigore dimostrativo matematico alcune formule dogmatiche provenienti dal ceppo calvinista <sup>(39)</sup>.

---

<sup>(35)</sup> G. AMBROSETTI, *I presupposti teologici e speculativi delle concezioni giuridiche di Grozio*, Bologna, 1955, p. 75 ss.

<sup>(36)</sup> Cap. I (nell'edizione curata da H. G. HAMAKER, Hagae Comitum, 1868, p. 7); sui caratteri generali di quest'opera, v. R. FRUIN, *An Unpublished Work of Hugo Grotius's*, trad. inglese, in *Bibliotheca Visseriana*, V (1925), pp. 1-74.

<sup>(37)</sup> *De jure praedae*, cap. II (pp. 7-8).

<sup>(38)</sup> *Ibidem* (p. 12).

<sup>(39)</sup> Cfr. A. DUFOUR, *L'influence de la méthodologie des sciences physiques et mathématiques sur les Fondateurs de l'École du Droit naturel moderne (Grotius, Hobbes, Pufendorf)*, in *Grotiana*, N.S., I (1980), pp. 41-42.

La stessa prospettiva metodologica si ritrova nei *Prolegomeni* al capolavoro della maturità, il *De jure belli ac pacis* <sup>(40)</sup>. Cercando di improntare, ancora una volta, il proprio modello metodologico sulla falsariga di quello matematico, Grozio intende sottolineare il carattere spiccatamente teoretico del sistema innalzato: « Vere enim profiteor, sicut mathematici figuras a corporibus semotas considerant, ita me in jure tractando ab omni singulari facto abduxisse animum » <sup>(41)</sup>. Stando agli intenti programmatici, è il trionfo della logica deduttivista; non si può tuttavia non osservare come, in modo ancor più evidente del *De jure praedae*, il *De jure belli ac pacis* sia ben lungi dal realizzare il proprio ambizioso disegno, dato che troppo spesso l'accavallarsi delle prove storiche addotte « retoricamente » a sostegno, finisce per soffocare il rigore deduttivo delle argomentazioni <sup>(42)</sup>.

La purezza matematica dei *Prolegomeni* finisce infatti per offuscarsi nel sincretismo della metodologia giusnaturalistica: per fissare i principî del diritto naturale, secondo il giurista di Delft, accanto al metodo *a priori*, si può fare ricorso al metodo *a posteriori*, che prende le mosse da quanto è reputato giusto « apud omnes gentes ». In questo senso « esse autem aliquid juris naturalis, probari solet tum ab eo quod prius est, tum ab eo quod posterius » <sup>(43)</sup>. È vero che Grozio poi stabilisce una sorta di scala gerarchica: egli ritiene il secondo metodo *popularior*, mentre considera *subtilior* il primo. E quindi, secondo l'istanza matematica, il metodo *a priori* rappresenta l'autentico metodo, mentre quello *a posteriori* è in qualche misura difettoso, giacché offre

<sup>(40)</sup> Parisiis, 1625.

<sup>(41)</sup> Proleg. § 58 (nell'edizione curata da P. C. MOLHUYSEN, Lugduni Batavorum, 1919, p. 19).

<sup>(42)</sup> Cfr., in tal senso, M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne* (lit.), Paris, 1968, p. 624 ss.; v. pure, sotto una diversa angolatura, le considerazioni di G. HOFFMANN-LOERZER, *Topik und Politikwissenschaft. Die Topik des Hugo Grotius: ein Modell moderner Problemlösungen?*, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, LXIII (1977), p. 379 ss.

<sup>(43)</sup> *De jure belli ac pacis*, I, I, XII, 1 (p. 28); sul significato di tale sincretismo metodologico, v. G. FASSÒ, *Ragione e storia nella dottrina di Grozio* (1950), ora in *Scritti di filosofia del diritto*, I, Milano, 1982, p. 138 ss.

conclusioni non certe, ma solo probabili (44). Tuttavia la preferenza per un metodo non significa ripudio dell'altro: e così, nel *De jure belli ac pacis*, i due grandi metodi si trovano di volta in volta adoperati, non senza tentennamenti o inconsapevoli incoerenze. Il che in definitiva, come già rilevava il Solari (45), denota in Grozio più il giurista restio a distaccarsi con taglio netto dalla realtà storica, che il filosofo amante esclusivamente delle soluzioni logicamente ineccepibili.

All'interno di questa cornice metodologica, il tema della « persona giuridica » si presenta, nell'opera groziana, con due fondamentali caratteristiche. In primo luogo v'è una netta preminenza del profilo pubblicistico su quello privatistico (apparendo quest'ultimo solo occasionalmente, forse a causa della natura preminentemente pubblicistica dell'intero *De jure belli*). In secondo luogo, anche nella trattazione della persona giuridica pubblica, e quindi dei problemi dello Stato e della sovranità, riaffiorano tutte le incertezze e le oscillazioni (metodologiche e ideologiche) tipiche del suo pensiero.

Quanto al primo punto, si può osservare come il giurista di Delft riservi al momento privatistico scarse annotazioni nelle pagine dedicate ai « collegia » e alle « societates » (46). Dopo avere parlato degli « humana conjugia », Grozio afferma che « consociationes praeter hanc maxime naturalem sunt et aliae, tum privatae tum publicae: et hae quidem aut in populum, aut ex populis. Habent autem omnes hoc commune, quod in iis rebus ob quas consociatio quaeque instituta est, universitas, et ejus pars maior nomine universitatis obligant singulos qui sunt in societate » (47). Il rimanente della discussione verte su brevi notazioni

---

(44) Cfr. N. BOBBIO, *Le origini del giusnaturalismo moderno e il suo sviluppo nel secolo XVII* (lit.), Padova, 1946, p. 54 ss.; E. DI CARLO, *Introduzione a U. GROZIO, I prolegomeni al De jure belli ac pacis*, trad. it. di S. CATALANO, Palermo, 1963<sup>3</sup>, p. 16 ss.; cfr. pure J. BASDEVANT, *Hugo Grotius*, in AA.VV., *Les fondateurs du droit international*, Paris, 1904, p. 222 ss.

(45) G. SOLARI, *Filosofia del diritto privato, I: Individualismo e diritto privato*, Torino, 1959<sup>2</sup>, pp. 12-13.

(46) *De jure belli ac pacis*, II, V, XVII-XXII (pp. 191-194).

(47) *De jure belli ac pacis*, II, V, XVII (p. 191).

circa il fondamento del principio maggioritario <sup>(48)</sup>, ma, sotto il profilo strutturale e terminologico, non compaiono nemmeno le immagini o i termini legati a « persona » e a « fingere ». Si potrebbe bensì osservare che l'*universitas*, in quanto anch'essa « ex eo corporum genere quod ex distantibus constat », alla pari del *populus*, può considerarsi uno dei tanti « corpora artificialia (quae) instar habent corporis naturalis » <sup>(49)</sup>; ma appunto solo attraverso il profilo *pubblicistico* del popolo l'accostamento metaforico, se non alla *persona*, al *corpus*, in qualche modo si pone.

È dunque necessario esaminare la questione, pur essa sviluppata in termini alquanto ridotti, della « persona giuridica pubblica », in particolare modo dello Stato e della sua sovranità. Lo Stato, per Grozio, non è il frutto di un comando divino, di un *Dei praeceptum*, ma di un contratto stipulato fra gli individui al fine di assicurare l'ordine, la tranquillità e la pace sociale <sup>(50)</sup>. Da tale contratto scaturisce la *potestas civilis*, dotata di poteri coercitivi; e dopo che il contratto è stato stipulato, lo Stato acquista sui sudditi un diritto eminente <sup>(51)</sup>. Tuttavia, pur fautore, come tutti i maggiori rappresentanti della Scuola del diritto naturale, di una visione contrattualistica dello Stato, il giurista di Delft si esprime poi, quanto alla struttura di quest'ultimo, oscillando verso una concezione ed una terminologia organicistica. Lo Stato è un corpo di cui il re è il capo; e come tale, il re è parte organica del corpo politico <sup>(52)</sup>. Se dunque la sovranità risiede nella persona del re, capo appunto del corpo politico, essa deve risiedere anche nel corpo che, come totalità, comprende anche il capo: « nam imperium, quod in rege est ut in capite, in populo manet ut in toto, cujus pars est caput » <sup>(53)</sup>.

<sup>(48)</sup> Sulla storia di tale principio, v. la fondamentale raccolta dei saggi di E. RUFFINI, *La ragione dei più. Ricerche sulla storia del principio maggioritario*, Bologna, 1977.

<sup>(49)</sup> *De jure belli ac pacis*, II, IX, III, 1 (pp. 238-239).

<sup>(50)</sup> *De jure belli ac pacis*, I, IV, II, 1 (p. 104); sulla teoria groziana del contratto sociale, v. G. DEL VECCHIO, *Su la teoria del contratto sociale*, Bologna, 1906, p. 39 ss.

<sup>(51)</sup> *De jure belli ac pacis*, I, IV, VI, 1 (p. 110).

<sup>(52)</sup> Cfr. V. HANGA, *Les Problèmes de l'État dans le De Jure Belli ac Pacis de H. Grotius*, in *Grotiana*, N.S., II (1981), p. 32 ss.

<sup>(53)</sup> *De jure belli ac pacis*, II, IX, VIII, 1 (p. 242).

Si profila così consequenzialmente il problema della titolarità della *potestas*. A questo proposito, il giurista di Delft sostiene l'esistenza di un duplice soggetto di tale titolarità. Unica è la sovranità nella sua essenza, che insuffla il corpo dello Stato, così come l'anima vivifica il corpo naturale; ma, dice Grozio (usando un'analogia che diverrà celebre nel futuro), come della vista sono soggetti simultaneamente e il corpo nella sua totalità e gli occhi nella loro specificità, così nello Stato sono soggetti della *potestas*, un *subjectum commune*, rappresentato dallo Stato stesso (inteso come «civitas id est coetus perfectus»), e un *subjectum proprium* rappresentato dal Sovrano (inteso come «persona una pluresve pro cujusque gentis legibus ac moribus») (54). Il concetto di «personalità» dello Stato al quale Grozio perviene, in sintonia con la duplicità testè formulata, non è affatto unitario. I residui della concezione organicistica medioevale si scontrano con le istanze del nuovo individualismo giusnaturalistico, senza una vera fusione, né una vittoria decisiva dell'uno sull'altra (55).

Grozio giunge solo a far presagire la nozione della «persona giuridica pubblica», intralciato com'è dalla teoria della duplice titolarità del potere sovrano. Egli dimostra di non possedere ancora lo strumentario concettuale né la forza per dare un decisivo impulso a tale nozione. Se per un verso prende l'avvio dalla visione dello Stato come «corpo politico» analogo all'organismo fisico, estendendo ampiamente allo Stato molte norme giuridiche valide per le corporazioni, per altro verso «persona» si avvia a divenire soltanto l'individuo naturale o al più la somma degli individui vincolati da un contratto (56). Si consolida la peculiare importanza dell'idea di contratto: per suo tramite ricevono spiegazione non soltanto i rapporti di diritto privato, ma anche

---

(54) *De jure belli ac pacis*, I, III, VII, 1: «Haec ergo summa potestas, quod subjectum habeat videamus. Subjectum aliud est commune, aliud proprium: ut visus subjectum commune est corpus, proprium oculus. Ita summae potestatis subjectum commune est civitas, quam perfectum coetum esse supra diximus» (p. 74).

(55) Cfr. GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, IV: *Die Staats- und Korporationslehre der Neuzeit*, Berlin, 1913 [reprint Graz, 1954], p. 318 ss.

(56) GIERKE, *Giovanni Althusius e lo sviluppo storico delle teorie politiche giusnaturalistiche*, trad. it., Torino, 1943, pp. 139-140.

quelli di diritto pubblico, sicché il contratto si avvia a diventare la categoria basilare dell'intero ordinamento <sup>(57)</sup>.

Ad ogni modo, incerta ed embrionale permane l'idea della personalità dello Stato. Più di una volta la nozione di *subjectum commune* sfuma fino a dileguare dietro i *subjecta propria* chiamati a reggere il potere. E se esteriormente i singoli popoli si presentano come soggetti del diritto internazionale, fino a qual punto poi accanto alla personalità sovrana del principe continui a sussistere un'autonoma personalità del popolo appare abbandonato ai puntuali destini storici della comunità, quali si determinano nei rapporti col sovrano. Dopo un *pactum subjectionis*, il potere può essere così completamente acquistato da parte di un principe, che questi finisce per possederlo « *jure plenae proprietatis* », disponendone liberamente come di un suo patrimonio <sup>(58)</sup>. In un tale Stato patrimoniale dilegua di fatto la personalità del popolo, solo astrattamente relegato ormai al suo ruolo di *subjectum commune*.

Sono queste tutte puntuali espressioni dell'oscillare dello stesso individualismo groziano. L'individuo, nel giurista di Delft, solo parzialmente si manifesta a prescindere da una comunità corporativa; non solo un contratto sociale, ma un *appetitus societatis* lo spinge infatti alla società <sup>(59)</sup>. Corporazioni ed istituzioni, tanto nella vita privata quanto nella vita pubblica, danno vita a *societates* il cui significato non si esaurisce in tutto e per tutto nella volontà degli individui. « *Principium totius naturalis ordinis* » è l'*appetitus societatis*, e non ancora la pura ragione calcolante <sup>(60)</sup>. Con questo non si vuole però negare *in radice* l'individualismo groziano. Infatti, pur rimanendo il giurista olandese assai prudente nelle applicazioni giuspubblicistiche, quanto poi ai presup-

<sup>(57)</sup> Cfr. SOLARI, *Filosofia del diritto privato*, I, cit., p. 15 ss.

<sup>(58)</sup> Cfr. *De jure belli ac pacis*, I, III, XI (pp. 83-84); su cui v. GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, IV, cit., p. 321.

<sup>(59)</sup> Proleg. § 6: « *Inter haec autem quae homini sunt propria, est appetitus societatis, id est communitatis, non qualiscunque, sed tranquillae, et pro sui intellectus modo ordinatae, cum his qui sui sunt generis* » (p. 5); sull'*appetitus societatis* in Grozio, v. A. DROETTO, *Istinto e ragione sociale in Grozio* (1963), ora in *Studi groziani*, Torino, 1968, p. 265 ss.

<sup>(60)</sup> WOLF, *Grosse Rechtsdenker*, cit., p. 259.

posti sistematici, non si può concordare col Gurvitch quando asserisce che « la position de Grotius est décidément celle d'un anti-individualiste » <sup>(61)</sup>. La stessa idea di perseguire un'analisi contrattualista dello Stato appare in sé chiaro sintomo di individualismo. Se non vi è ancora, in Grozio, una teoria generale del contratto apertamente esplicitata, questo si profila purtuttavia come archetipo del fenomeno politico-sociale <sup>(62)</sup>.

L'Autore olandese conferma insomma, anche a questo proposito, il suo carattere di tipica figura di transizione: da un lato rimane legato alla visione (e alla terminologia) organicistica del « corpo politico », ma dall'altro lato fa presagire il moderno indirizzo individualistico, quale si mostra nel giusnaturalismo che innerva la fondazione contrattualistica dello Stato, accompagnata da recise, ma ancora relativamente significanti, proposizioni allusive al metodo « geometrico » <sup>(63)</sup>. Nel *De jure belli ac pacis* Grozio si propone bensì di costruire una rappresentazione « matematica » dei rapporti giuridici, dotata di validità universale. Ma se anche la sua professione di ammirazione per il procedimento matematico intende testimoniare il desiderio di conferire alla giurisprudenza un carattere spiccatamente logico, questo non significa ancora che il giurista di Delft sia riuscito a dare alla fondazione del concetto di Stato (e più in generale di « persona giuridica ») quel carattere di costruzione « more geometrico », cui pur aspirava. Pur indicando nello Stato un *corpus artificiale* <sup>(64)</sup>, mancano nella sua dottrina della « civitas » le meditate premesse per l'impiego di quel metodo costruttivo, che saranno invece il contrassegno della concezione hobbesiana. Al giurista di Delft manca non solo quella consapevolezza metodologica, che Hobbes porterà a sì alto grado di sviluppo, ma anche la sicurezza nel maneggiare il metodo analitico. L'analogia occasionalmente sostenuta di metodo giuridico e metodo matematico si dimostra ancora, a questo li-

<sup>(61)</sup> *L'idée du Droit Social*, cit., p. 176.

<sup>(62)</sup> Cfr., in tal senso, G. AUGÉ, *Le contrat et l'évolution du consensualisme chez Grotius*, in *Archives de Philosophie du Droit*, XIII (1968), p. III.

<sup>(63)</sup> W. RÖD, *Geometrischer Geist und Naturrecht. Methodengeschichtliche Untersuchungen zur Staatsphilosophie im 17. und 18. Jahrhundert*, München, 1970, p. 70 ss.

<sup>(64)</sup> *De jure belli ac pacis*, II, IX, III, I (p. 239).

vello, assai poco produttiva, a conferma che nelle espressioni dei *Prolegomeni* deve ravvisarsi più una vaga aspirazione, che un effettivo programma di ricerca.

4. La posizione assunta da Hobbes <sup>(65)</sup> dinanzi al problema della « persona giuridica » si manifesta subito assai più circostanziata e complessa rispetto a quella di Grozio, e le relative matrici culturali appaiono solcate dall'influsso di più precise e marcate componenti. Il fulcro della riflessione hobbesiana è contraddistinto dal carattere decisamente pragmatistico attribuito alla scienza <sup>(66)</sup>. Lungo questa linea v'è continuità, ma al tempo stesso distacco nei confronti della visuale groziana; l'ideale matematico della nuova scienza, che nel giurista di Delft sospingeva verso una visione « pura » del sistema giuridico, nel filosofo inglese diventa strumento di controllo della realtà umana, tanto nei suoi aspetti individuali quanto in quelli sociali. Il meccanicismo hobbesiano riposa sul radicato convincimento di poter trovare nel sapere fisico-matematico il mezzo per esercitare l'umano dominio non soltanto sulla *physis*, ma anche sopra se stessi, erigendo un « meccanismo » politico-istituzionale in grado di controllare le potenzialità autodistruttive dei singoli <sup>(67)</sup>.

I germi ispiratori della metodologia hobbesiana si trovano già riassunti nella *Epistle dedicatory* degli *Elements of Law Natural*

---

<sup>(65)</sup> Per la bibliografia essenziale su Hobbes (1588-1679), v. A. PACCHI, *Introduzione a Hobbes*, Bari, 1971, pp. 155-194.

<sup>(66)</sup> *De Corpore*, I, I, 6: « Finis autem seu scopus philosophiae est, ut praevisis effectibus uti possimus ad commoda nostra, vel ut effectibus animo conceptis per corporum ad corpora applicationem, effectus similes, quatenus humana vis et rerum materia patietur, ad vitae humanae usus industria hominum producantur ... Scientia propter potentiam; Theorema (quod apud Geometras proprietatis investigatio est) propter problemata, id est propter artem construendi; omnis denique speculatio, actionis vel operis alicujus gratia instituta est » (in *Opera philosophica quae latine scripsit omnia*, a cura di W. MOLESWORTH, Londini, 1839-45, vol. I, p. 6). Si può rilevare in proposito la stupefacente affinità non solo con l'intento dell'opera baconiana, ma anche con quello dell'opera cartesiana, proclamato nel *Discours de la méthode*, Partie VI<sup>e</sup>; v. in proposito, D. DUBARLE, *Maîtres et possesseurs de la nature?*, in AA.VV., *La Nature, problème politique*, Paris, 1971, p. 35 ss.

<sup>(67)</sup> Cfr. P. FAGGIOTTO, *Il problema della metafisica nel pensiero moderno*, I, Padova, 1971, p. 91 ss.



and *Politic*, indirizzata al Conte di Newcastle: « From the two principal parts of our nature, Reason and Passion, have proceeded two kinds of learning, mathematical and dogmatical. The former is free from controversies and dispute, because it consisteth in comparing figures and motion only; in which things truth and the interest of men oppose not each other. But in the later there is nothing not disputable, because it compareth men, and meddeth with their right and profit; in which, as oft as reason is against a man, so oft will a man be against reason » (68). Per superare l'*impasse* non v'è altro mezzo, secondo Hobbes, che quello di rinvenire a fondamento dei principî tali che la passione, non potendo metterli in dubbio, non sia in grado di rimuovere; e costruire poi sopra tali principî un sistema di leggi naturali inoppugnabile.

Frutto del convergere dell'influsso baconiano con quello euclideo, il metodo hobbesiano si apparenta in modo singolarmente stretto con quello geometrico; e, sotto il peso del matematicismo, il ragionamento si sagoma essenzialmente come calcolo: « Per ratiocinationem autem intelligo computationem. Computare vero est *plurium rerum simul additarum summam colligere, vel una re ab alia detracta, cognoscere residuum*. Ratiocinari igitur idem est quod *addere et subtrahere* » (69). Tale visione matematica del ragionamento, per cui un concetto composto è il frutto della somma di concetti più semplici, viene poi specularmente riflessa dalla concezione stessa della filosofia: « *Philosophia est Effectuum sive Phaenomenon ex conceptis eorum Causis seu Generationibus, et rursus Generationum quae esse possunt, ex cognitis effectibus per rectam ratiocinationem acquisita cognitio* » (70).

Nel *De Corpore* si profila così nitidamente l'identificazione fra *causa* e *generatio*. La causa attinge il livello di *principium demonstrandi* solamente nei casi in cui appare come processo gene-

(68) Nell'edizione curata da F. TÖNNIES, London, 1889 [reprint ivi, 1969], p. xv; cfr. DUFOUR, *L'influence de la méthodologie*, cit., p. 45 ss.

(69) *De Corpore*, I, I, 2 (O.L., I, p. 3).

(70) *Ibidem* (O.L., I, p. 2); cfr. E. CASSIRER, *Storia della filosofia moderna*, II: *Il problema della conoscenza nella filosofia e nella scienza da Bacone a Kant*, trad. it., Torino, 1955, p. 64 ss.

rativo in atto; ma perché l'individuo sia in grado di conoscere autenticamente tale processo generativo, egli stesso deve esserne principio. « Demonstrabilia ergo sunt theoremata plurima circa quantitatem, quorum scientia appellatur geometria. Cum enim causae proprietatum, quas habent singulae figurae, insint in illis quas ipsi ducimus lineas; generationesque figurarum ex nostro dependeant arbitrio ... Itaque ob hanc rem, quod figuras nos ipsi creamus, contigit geometriam haberi et esse demonstrabilem » (71). Importante è per noi sottolineare a questo punto il fatto che Hobbes allarga l'ambito della rinnovata concezione scientifica al campo morale, giuridico, politico: « Nam ex quibus rebus quaeque res constituitur, ex iisdem etiam optime cognoscitur. Sicut enim in horologio automato aliave machina paulo implicatiore, quod sit cujusque partis rotaeque officium, nisi dissolvatur, partiumque materia, figura, motus seorsim inspiciatur, sciri non potest: ita in jure civitatis civiumque officiis investigandis, opus est, non quidem ut dissolvatur civitas, sed tamen ut tanquam dissoluta consideretur, id est, ut qualis sit natura humana, quibus rebus ad civitatem compaginandam apta vel inepta sit, et quomodo homines inter se componi debeant qui coalescere volunt, recte intelligatur » (72).

Rispetto al pensiero groziano, l'impostazione hobbesiana del problema della « persona giuridica » si contraddistingue, con più profondo e coerente sviluppo delle premesse matematiche, per due aspetti: il netto declino della visione organicistica del « corpo politico » e la reinterpretazione della teoria della « doppia sovranità ». In primo luogo, il termine stesso *body politic* manifesta in Hobbes chiari sintomi di usura, in logica connessione con l'accentuarsi della dottrina contrattualistica (73). Era andato ormai

(71) *De Homine*, X, 5 (O.L., II, p. 93).

(72) *De Cive*, Praefatio (O.L., II, pp. 145-146); ma v. anche *De Homine*, X, 5: « Politica et ethica, id est scientia *justi et injusti, aequi et iniqui*, demonstrari a priori potest; propterea quod principia, quibus *justum et aequum* et contra, *injustum et iniquum*, quid sint, cognoscitur, id est justitiae causas, nimirum leges et pacta, ipsi fecimus » (O.L., II, p. 94). Cfr. FAGGIOTTO, *Il problema della metafisica*, cit., p. 94 ss.

(73) Su tale problema, nel contesto della cultura inglese, v. D. G. HALE,

smarrito il senso dell'organicismo medioevale, che costituiva il referente (implicito od esplicito) delle teorie canonistiche e civilistiche della *persona ficta*: in esso la comunità politico-sociale si sagomava come una totalità, che dava alle parti il loro significato, ponendo in luce non solo l'unità, ma anche l'interdipendenza gerarchica dei singoli membri. Il contrattualismo individualistico, capovolgendo il rapporto parte-tutto, contraddiceva le analogie organicistiche, e quindi nell'opera del suo più radicale esponente il « corpo politico » poteva al più rimanere solo come formula tralaticia, priva di spessore vitale (74).

La concezione hobbesiana rappresenta il momento della consunzione e del passaggio, testimoniato da un'iniziale incertezza terminologica. Così negli *Elements* trapela una continua diffidenza nei riguardi del *body politic*, il cui impiego si fa sempre più parsimonioso. Il « corpo politico » non è altro che un corpo fittizio: se con tale espressione si intende designare l'unione dei voleri nella totalità politica, questa unione rivela estrema fragilità, dato che l'essenza del corpo politico è la non resistenza dei suoi membri (75). Cade il substrato dell'analogia organicistica, essendo la realizzazione dell'unità affidata all'estinzione di tutti i voleri individuali, eccettuato uno; finché, nel *De Cive*, l'idea del « corpo politico » si dissolve completamente, in sincronia con una rinnovata elaborazione terminologica.

In secondo luogo, l'attitudine assunta da Hobbes nei riguardi della teoria della « doppia sovranità » tende a spostarsi, rispetto a Grozio, verso quella della doppia capacità del sovrano. La posizione del filosofo inglese in proposito è complessa, perché intende condurre la propria battaglia su un duplice fronte, che fa riscontro ai diversi impieghi ideologici della distinzione: quello teocratico, tendente a deprimere la rilevanza della « persona naturale » del sovrano, per tutelare meglio l'origine divina del potere, e quello

---

*The Body Politic. A Political Metaphor in Renaissance English Literature*, The Hague, 1971.

(74) F. VIOLA, *Behemoth o Leviathan? Diritto e obbligo nel pensiero di Hobbes*, Milano, 1979, p. 141 ss.

(75) « The power of a body politic (the essence whereof is the not-resistance of the members) ... »: *Elements*, II, I, 18 (p. 116).

parlamentare, tendente ad accentuare, tramite questa distinzione, i limiti legali del potere stesso <sup>(76)</sup>.

Poggiando sulla nozione di *rappresentanza*, il filosofo di Malmesbury distingue nel concetto composto di « persona civile » quelli semplici di « persona naturale » (l'autore responsabile) e di « persona fittizia » (l'attore apparente, rappresentante dell'autore). Ora, nello stato civile, la persona fittizia che rappresenta la persona naturale (il popolo), è il sovrano. Questa moltitudine unita in una persona è il Leviatano, persona unica, dei cui atti i componenti la moltitudine sono autori, in forza del contratto sociale <sup>(77)</sup>. Tuttavia Hobbes è consapevole che come la natura di tutto il popolo trova un riflesso nel sovrano, così trova qui riflesso anche la *sua* natura: l'artificio non riesce infatti mai a sbarazzarsi completamente della fonte da cui proviene. Qualunque sia la forma di rappresentanza, la natura umana del sovrano rappresentante non scompare mai: « Whosoever beareth the person of the people, or is one of that assembly that bears it, beareth also his own natural person. And though he be careful in his politic person to procure the common interest; yet he is more, or no less careful to procure the private good of himself, his family, kindred and friends » <sup>(78)</sup>. Per tale motivo l'Autore inglese tenta di limitare al massimo i rischi insiti nel carattere proprio della natura umana, per cui l'aspetto privatistico potrebbe finire per obliterare e deformare la funzione pubblica, usando per quanto è possibile, ai fini della spersonalizzazione, la struttura stessa della natura umana: « From whence it follows, that where the public and private interest are most closely united, there is the public most advanced. Now in monarchy, the private interest in the same with the public. The riches, power, and honour of a monarch arise only from the riches, strength and reputation

---

<sup>(76)</sup> Su tale duplice fronte, v. C. RUSSELL, *The Crisis of Parliaments. English History. 1509-1660*, Oxford University Press, 1971, p. 342 ss.

<sup>(77)</sup> Sul complesso problema della rappresentanza in Hobbes, v. H. WARRENDER, *Il pensiero politico di Hobbes. La teoria dell'obbligazione*, trad. it., Roma-Bari, 1974, p. 183 ss.

<sup>(78)</sup> *Leviathan*, II, XIX (in *English Works*, a cura di MOLESWORTH, London, 1839-45, vol. III, p. 173).

of his subjects » (79). Ma la volontà unica avrà sempre il marchio di una volontà individuale, ed alle spalle della « persona » del sovrano farà sempre capolino l'individuo.

Il problema della « persona » assume progressivamente rilevanza e corposità: il capitolo consacrato a tale nozione, assente negli *Elements* del 1640, compare nel *Leviathan* (1651) e viene ripetuto, senza notevoli variazioni, nel *De Homine* (1658) (80). Per la propria natura, la definizione di « persona » assume rilievo esclusivamente nello stato civile, venendo essa ricollegata alla nozione tipicamente giuridica dell'imputazione (81). Nello stato civile è persona colui al quale certe parole o certe azioni vengono imputate o in proprio o come rappresentante di un altro: nel primo caso la persona dicesi *naturale*, nel secondo *artificiale* (82). Essere persona non è un attributo fisico, ma civile e convenzionale. Qualunque sia il suo rango nell'ambito dello Stato, ogni individuo viene riconosciuto tale secondo precise forme giuridiche: diviene così una *persona civile*, un soggetto di diritti (83).

All'interno della « categoria » persona, l'attenzione di Hobbes (come già di Grozio) viene polarizzata dalla persona giuridica pubblica, cioè dallo Stato. Nell'Introduzione al *Leviathan* viene descritto, con singolare incisività, questo possente meccanismo: « Nature, the art whereby God hath made and governs the world, is by the *art* of man, as in many other things, so in this also imitated, that it can make an artificial animal. For seeing life is but a motion of limbs, the beginning whereof is in some principal part within; why may we not say, that all *automata* (engines that move themselves by springs and wheels as doth a watch)

(79) *Ibidem*; cfr. M. CORSI, *Introduzione al Leviatano*, Napoli, 1967, p. 136 ss.

(80) Per la cronologia delle opere hobbesiane, v. PACCHI, *Introduzione*, cit., pp. 121-123.

(81) Sul tema, in generale, v. L. BAGOLINI, *Mito, potere e dialogo*, Bologna, 1967, p. 89 ss.

(82) « When they are considered as his own, then is he called a *natural person*: and when they are considered as representing the words and actions of another, then is he a *feigned or artificial person* »: *Leviathan*, I, XVI (E.W., III, p. 147); v. pure *De Homine*, XV, 1-4 (O.L., II, pp. 130-132).

(83) R. POLIN, *Politique et philosophie chez Thomas Hobbes*, Paris, 1977<sup>2</sup>, pp. 117 e 222.

have an artificial life? ... *Art* goes yet further, imitating that rational and most excellent work of nature, *man*. For by art is created that great *Leviathan* called a *Commonwealth*, or *State*, in Latin *Civitas*, which is but an artificial man; though of greater stature and strength than the natural, for whose protection and defence it was intended » (84). Non ci troviamo qui di fronte ad una semplice metafora baroccheggianti: si può infatti osservare che ormai non è tanto la macchina una copia dell'organismo naturale, ma viceversa è quest'ultimo che, in definitiva, diventa pressoché una copia di quella. È il capovolgimento dell'organicismo medioevale: la riduzione delle istituzioni agli ingranaggi di una macchina, rappresenta lo sviluppo coerente della metodologia meccanicistica ed operativistica (85).

Lo Stato nasce allo scopo di garantire la pace fra gli individui e sintetizza il processo del passaggio dallo « stato di natura » allo « stato civile ». L'artificio si articola nella produzione di un potere assegnato a uno o più individui, identici agli altri nello stato di natura, il cui volere è frutto della rinuncia allo *jus ad omnia* da parte dei singoli, attraverso il contratto sociale (86). Affinché un insieme di individui dia vita ad un potere atto a realizzare il fine auspicato della *securitas*, è necessario che cessi negli individui quella connotazione particolaristica che li contraddistingue nello stato di natura. Altrimenti la volontà sarà necessariamente particolaristica, frammentata e non unitaria. Il Leviatano è in grado di esprimere la volontà di tutti, solo se tutti riducono ad esso il loro volere: « And in him consisteth the essence of the commonwealth; which, to define it, is one person, of whose acts a great multitude, by mutual covenants one with another, have made themselves every one the author » (87). Si tratta, appunto, di una *persona artificiale*, perché quanto fa o dice, fa o dice in nome di altri e quindi, essendo in essa cancellata l'individualità naturale, Hobbes ne sottolinea l'artificialità.

(84) *Leviathan*, The Introduction (E.W., III, p. ix).

(85) Cfr. FAGGIOTTO, *Il problema della metafisica*, cit., p. 128 ss.

(86) Sul contratto sociale in Hobbes, v. da ultimo T. MAGRI, *Saggio su Thomas Hobbes. Gli elementi della politica*, Milano, 1982, p. 169 ss.

(87) *Leviathan*, II, XVII (E.W., III, p. 158); cfr. CORSI, *Introduzione*, cit., p. 126 ss.

In essa si realizza la volontà del « popolo ». Ma bisogna subito fare attenzione che questo termine può essere assunto in due significati diversi e non coincidenti: può designare la semplice moltitudine degli individui, ovvero la « persona civile » che governa. Fra gli individui nello stato di natura non sussistono altri vincoli che quelli antagonistici del *bellum omnium contra omnes*; essi sono una « moltitudine », cioè un coacervo di uomini, mera pluralità priva di unità, assolutamente incapace di governarsi, poiché nel suo tessuto si intessono tante trame, quanti sono gli individui che lo costituiscono <sup>(88)</sup>. Diverso è il « popolo » in senso stretto, rappresentato dal sovrano, insieme degli individui considerati come tutto unitario: esso è una « persona civile », dotata di una sola volontà, frutto del contratto sociale originario. Quando il sovrano agisce, tutti gli individui in lui vogliono ed agiscono. Non è dal rappresentato, ma dal rappresentante, che viene l'unità senza la quale non potrebbe esservi una sola persona <sup>(89)</sup>.

Anche in Hobbes, dunque, il problema della « persona giuridica » nasce e si sviluppa fundamentalmente in chiave pubblica. Non manca tuttavia in tale quadro, seppure in posizione subordinata, anche il rilievo privatistico. La dottrina hobbesiana dell'origine della società si applica infatti non solo al « popolo », ma anche alle associazioni di cittadini. Entrambi sono di origine contrattuale poiché, dato l'ineliminabile presupposto individualistico, qualsiasi società può nascere solo se intercorra un patto tramite il quale si produca l'accordo delle volontà. Nell'ambito dello Stato prendono così vita e forma *political systems* e *private systems* <sup>(90)</sup>, che si distinguono a seconda che gli individui si siano

---

<sup>(88)</sup> *Elements*, II, I, 2 (pp. 108-109); sulla distinzione « moltitudine/popolo » in Hobbes, v. POLIN, *Politique et philosophie*, cit., pp. 114 e 121.

<sup>(89)</sup> *Elements*, II, II, 11 (pp. 124-125); *De Cive*, V, 9: « Unio autem sic facta appellatur civitas sive societas civilis, atque etiam persona civilis. Nam cum una sit omnium voluntas, pro una persona habenda est ... Civitas ergo, ut eam definiamus, est persona una, cujus voluntas, ex pactis plurium hominum, pro voluntate habenda est ipsorum omnium, ut singulorum viribus et facultatibus uti possit ad pacem et defensionem communem » (O.L., II, p. 214).

<sup>(90)</sup> *Leviathan*, II, XXII (E.W., III, p. 210); cfr. R. DERATHÉ, *Jean-Jacques Rousseau et la science politique de son temps*, Paris, 1950, p. 400 ss.

riuniti per perseguire i rispettivi scopi o interessi, dietro iniziativa del sovrano o per iniziativa privata.

Anche in tali ipotesi la figura di spicco è quella del rappresentante che opera, nell'ambito statutario, in nome e per conto di tutti i soci. In singolare sintonia con la realtà economica emergente, il filosofo di Malmesbury abbozza il quadro di un nuovo mondo sociale nel quale gli individui tendono a scomparire, assorbiti dai gruppi che interagiscono in un gioco variegato e cangiante di rapporti sempre più fitti. E la « persona civile » è ancora una volta lo strumento concettuale privilegiato per tali gruppi nell'universo giuridico <sup>(91)</sup>.

Pure questi *systems* operano attraverso un rappresentante, così come il popolo opera attraverso il sovrano. V'è tuttavia fra la *persona civitatis* e la *persona systematis civium* una differenza basilare: mentre nella prima la fusione con il sovrano è perfetta, e la sottomissione assoluta, nella seconda bisogna tenere presente che essa, a propria volta, è subordinata al sovrano, e quindi il suo spazio di azione è delimitato a precisi ambiti. L'idea centrale del *Leviathan* è appunto quella dell'assoluta subordinazione dei *systems* allo Stato, soprattutto per quanto concerne il loro momento costitutivo. Nel distinguere i *systems* in regolari e irregolari, Hobbes precisa che sono regolari solo quelli che, dotati di un proprio rappresentante, hanno la personalità giuridica. Ma la legittima costituzione dell'associazione deriva dal potere assoluto del sovrano: « The sovereign in every commonwealth, is the absolute representative of all the subjects; and therefore no other can be representative of any part of them, but so far forth, as he shall give leave » <sup>(92)</sup>. A parte questo, i *systemata civium* regolari sono « persone civili » come lo Stato: « Quamquam autem civitas omnis *persona civilis* sit; non tamen, e converso, omnis *persona civilis* est civitas. Fieri enim potest ut cives plures, permittente civitate sua, coeant in *unam personam*, certarum rerum agenda causa » <sup>(93)</sup>.

<sup>(91)</sup> Cfr. POLIN, *Politique et philosophie*, cit., p. 122; v. pure C. B. MACPHERSON, *Libertà e proprietà alle origini del pensiero borghese*, trad. it., Milano, 1973, p. 74 ss.

<sup>(92)</sup> *Leviathan*, II, XXII (E.W., III, p. 211).

<sup>(93)</sup> *De Cive*, V, 10 (O.L., II, pp. 214-215); cfr. VIOLA, *Behemoth*, cit., p. 161 ss.



Nel secolare cammino della persona giuridica, la dottrina hobbesiana assume dunque un posto di grande rilevanza ed originalità, profondamente segnata com'è dalle premesse matematiche e individualistiche. In connessione col matematismo, infatti, la « persona giuridica » viene costruita come un ente geometrico, come un *systema* (l'analogia presente nel termine impiegato non è affatto casuale) meccanicistico <sup>(84)</sup>. Ed in connessione con l'individualismo, di cui è frutto l'assolutizzazione della ragione calcolante, la struttura del Leviatano si determina in base al calcolo dell'interesse proprio di ciascuno, il cui comune raggiungimento vincola indissolubilmente sovrano e sudditi. Lo Stato nasce dalla volontà degli individui e se si dissolve, è destinato a frammentarsi in un vorticoso pulviscolo di individui <sup>(85)</sup>.

Non devono dunque fuorviare, a proposito del nostro tema, certi residui di linguaggio antropomorfo nel *Leviathan*. Non si tratta infatti della ripresa della concezione organicistica, ma del suo rovesciamento. L'uso del metodo genetico e compositivo nello studio di quel grande corpo artificiale che è il Leviatano, indica che è l'organismo naturale a strutturarsi come meccanismo, e non viceversa. Mentre il pensiero medioevale, nella teoria della *persona ficta*, faceva appello ad una somiglianza di funzioni con il corpo umano, la concezione hobbesiana sposta il baricentro sul rapporto di causalità intercedente fra corpo umano e corpo politico. È l'individuo il momento originario, che *semprè* costruisce lo Stato. E quindi possiamo concordare con chi rileva che « mentre l'espressione tradizionale di 'corpo politico' deve essere considerata per lo più come una metafora, quella hobbesiana è propriamente una metonimia, perché indica una relazione del tipo causa-effetto » <sup>(86)</sup>. Anche quando la filosofia politica di Hobbes sfocia in conclusioni apparentemente antiindividualistiche, riassorbendo l'individuo nel-

---

<sup>(84)</sup> Cfr. RÖD, *Geometrischer Geist*, cit., p. 30 ss.; v. pure G. OTTE, *Der sogenannte Mos geometricus in der Jurisprudenz*, in *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, VIII (1979), p. 179 ss.

<sup>(85)</sup> Sull'individualismo hobbesiano, v. POLIN, *Politique et philosophie*, cit., p. 126 ss.; P. COSTA, *Il progetto giuridico. Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico*, I: *Da Hobbes a Bentham*, Milano, 1974, p. 17 ss.

<sup>(86)</sup> VIOLA, *Behemoth*, cit., p. 145.

lo Stato, non si deve dimenticare che il primo resta il punto focale da cui sprizza la ragione calcolante. Lo Stato nasce e si sviluppa *per* l'individuo, eventualmente *contro* l'individuo, ma pur sempre *in rapporto* ad esso (97).

5. Nell'opera di Samuele Pufendorf (98) si assiste all'impatto delle direttrici che alimentano il pensiero dei suoi due predecessori. Da un lato il residuo « organicistico » groziano e la visione genetico-causale della scienza (naturale e politica) hobbesiana, rappresentano i due ingredienti, non sempre armonicamente fusi, della metodologia pufendorfiana; dall'altro lato, le due antropologie, moderatamente « ottimista » quella del giurista olandese, marcatamente « pessimista » quella del filosofo inglese, vedono pure un intento di assimilazione sintetica nell'opera dell'Autore sassone (99). Grozio partiva dall'*appetitus societatis* come caratteristica essenziale della natura umana, e questo si tradurrà nella *socialitas* pufendorfiana; Hobbes insisteva sull'incapacità dell'uomo a resistere alla logica ferina dello stato di natura, e questo troverà la sua trasposizione nella *imbecillitas* (100). Ci troviamo così di fronte ad una antropologia che attinge a fonti ben diverse, ma che vuole pervenire ugualmente ad una sintetica armonizzazione, che faccia di *socialitas* e *imbecillitas* due dimensioni ontologiche complementari dell'umana natura.

Questo sincretismo antropologico si accompagna all'uso di una metodologia che prosegue il precedente matematismo: è al metodo risolutivo-compositivo che Pufendorf fa ricorso nel suo capolavoro,

(97) POLIN, *Politique et philosophie*, cit., p. 123.

(98) Per la bibliografia essenziale su Pufendorf (1632-1694), v. H. DENZER, *Moralphilosophie und Naturrecht bei Samuel Pufendorf. Eine geistes- und wissenschaftsgeschichtliche Untersuchung zur Geburt des Naturrechts aus der Praktischen Philosophie*, München, 1972, pp. 359-385.

(99) Su tali connessioni a livello antropologico, v. I. FETSCHER, *Der gesellschaftliche 'Naturzustand' und das Menschenbild bei Hobbes, Pufendorf, Cumberland und Rousseau*, in *Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft*, LXXX (1960), p. 641 ss.

(100) Cfr. J. BRUFAU PRATS, *La actitud metódica de Samuel Pufendorf y la configuración de la « Disciplina juris naturalis »*, Madrid, 1968, pp. 57 ss. e 84 ss.

il *De jure naturae et gentium* <sup>(101)</sup>, per rinvenire il principio fondamentale del diritto naturale. Attraverso l'analisi della condizione dell'uomo ipotizzato nello stato di natura, il giurista tedesco procede infatti alla scomposizione della natura umana in tre elementi basilari: amore di sé, debolezza naturale, perversità di carattere <sup>(102)</sup>. E da tale processo di scomposizione fa poi scaturire sinteticamente quel principio di *socialitas*, che considera fondamento di tutto il diritto naturale. Stabilita mediante la via risolutivo-compositiva, la *socialitas* costituirà il protocollo da cui poi si dovranno dedurre tutte le norme giuridiche <sup>(103)</sup>.

La sensibilità metodologica ereditata dal cartesianesimo si coniuga con la fiducia illimitata nel potere della *ratio*. Non mancano tuttavia, anche a tale proposito, oscillazioni e motivi sincretistici. Riaffiora in più punti la preoccupazione del congiungimento della via analitica e della via sintetica. Una volta che si è pervenuti al vertice dei *domestica principia*, egli afferma che di questi esistono due tipi, ai quali si può fare riferimento: le *observationes* e gli *axiomata*, cioè i principî rispettivamente sperimentali e razionali <sup>(104)</sup>. Mentre l'osservazione empirica presuppone la comparazione di molteplici percezioni, che determini alcune costanti provviste di sufficiente probabilità, gli assiomi implicano una necessità che scaturisce dalla semplice intuizione razionale <sup>(105)</sup>.

Questo metodo sincretistico il giurista tedesco descriverà lucidamente, con riferimento al tema che qui ci occupa, nella *Dissertatio de statu hominum naturali*: « Qui circa corporum natura-

<sup>(101)</sup> Londini Scanorum, 1672.

<sup>(102)</sup> *De jure naturae et gentium*, II, III, 14 (nell'ed. di Napoli, 1773, t. I, pp. 105-109); cfr. pure *De officio hominis et civis juxta legem naturalem*, I, III, 3 (nell'ed. di Leida, 1769, t. I, pp. 109-111). Sul punto v. DENZER, *Moralphilosophie*, cit., p. 92 ss.

<sup>(103)</sup> Cfr. DUFOUR, *L'influence de la méthodologie*, cit., p. 48 ss.

<sup>(104)</sup> Sui « *domestica principia* », v. lo scritto *Eris scandica. Specimen controversiarum circa jus naturale ipsi nuper motarum*, IV, 15 (in appendice alla citata ediz. del *De jure naturae et gentium*, t. X, pp. 302-304); cfr. BRUFAU PRATS, *La actitud metódica*, cit., p. 89 ss.

<sup>(105)</sup> Per una discussione sul metodo di Pufendorf, v. H. WELZEL, *Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs*, Berlin, 1958, pp. 9-18.

lium constitutionem investigandam solliciti fuerunt, non satis habuere, faciem eorum exteriorem, et quae primo statim obtutu in oculos incurrunt, adspexisse; sed et eadem penitius rimari et in partes, ex quibus componuntur, resolvere praecipuus labor fuit ... Eandem viam institere, queis indolem nobilissimi corporis moralis, civitatis nimirum, curatius perscrutari cordi fuit; quibus non externam tantum ejusdem administrationem, ac magistratuum varietatem, ac vocabula classesque populi evolvere suffecit; sed et intrinseca velut ipsius dispositio, ex potestate ac jure imperantium, et obligatione civium resultans, perspecta » (106). Segno rivelatore del fascino esercitato dal nuovo metodo risolutivo-compositivo sulla moderna filosofia del diritto, l'atteggiamento matematico fa presagire in Pufendorf, come già in Hobbes e più che in Grozio, un rinnovatore della teoria della « persona giuridica ».

Per il giurista sassone l'impulso a trasporre sul piano giuridico-politico questo intento metodologico si fa perentorio. Come lo studio, infatti, dei *corpora naturalia* non si riduce a indagine superficiale, ma richiede la scomposizione e l'analisi dei diversi elementi, così quello dei *corpora moralia* esige dal filosofo una penetrazione nella loro « intrinseca dispositio », con affinato lavoro di scerveramento (107). Anche dei fenomeni spirituali può costruirsi una scienza dotata della rigorosa precisione della fisica: e cardine di tale possibilità è la teoria degli *entia moralia*. Come vi sono gli *entia physica*, in rapporto ai quali la fisica enuclea le leggi matematiche che ne disciplinano le relazioni, così vi sono gli *entia moralia*, cioè « modi quidam rebus, aut motibus physicis superadditi ab entibus intelligentibus, ad dirigendam potissimum, et temperandam libertatem actuum hominis voluntariorum, et ad ordinem aliquem, ac decorem vitae humanae conciliandum » (108). I primi sono retti dal principio di causalità, i secondi da quello

---

(106) §. I (in *Dissertationes Academicæ Selectiores*, Upsaliae, 1677, pp. 458-459).

(107) Cfr. L. KRIEGER, *The Politics of Discretion. Pufendorf and the Acceptance of Natural Law*, Chicago-London, 1965, p. 51 ss.; BRUFAU PRATS, *La actitud metódica*, cit., p. 91.

(108) *De jure naturae et gentium*, I, I, 3 (t. I, p. 4).

della libertà; i primi sono uniformi, i secondi multiformi; ma di entrambi si possono determinare leggi rigorose, oggetto di altrettanto rigorosa indagine scientifica <sup>(109)</sup>.

Questa dottrina dei « modi morali » di essere, che occupa l'intero libro I del *De jure naturae et gentium*, cerca così di delineare con precisione le strutture essenziali dell'universo spirituale. Essa ha la sua radice prima nel volontarismo teologico: è Dio stesso che ha voluto, nella sua provvidenza, questi ulteriori modi dell'essere, per conferire ordine e dignità alla vita dell'uomo. Come lo scopo degli *entia physica* è la perfezione del cosmo, quello degli *entia moralia* è la perfezione dell'umana esistenza <sup>(110)</sup>. Ma poi, in senso più ampio, altri *modi* sono collegati dalla volontà degli uomini, sicché può dirsi che « illa non ex principiis intrinsicis substantiae rerum proveniunt, sed rebus jam existentibus, et physice perfectis, eorumdemque effectibus naturalibus sunt superaddita ex arbitrio entium intelligentium »; dunque si formano per una *impositio* della volontà, divina o umana <sup>(111)</sup>.

Ora, gli *entia moralia*, dicevamo, sono multiformi. Pufendorf ne distingue alcune categorie fondamentali: *a*) gli *attributi morali*, o qualità morali operative (come la potestà, il diritto, l'obbligazione); *b*) le *persone morali*, o sostanze suscettibili di ricevere questi attributi; *c*) gli *stati morali*, equivalenti a quello che lo spazio rappresenta per gli enti fisici, cioè l'ambiente in cui le persone morali operano. « Quemadmodum substantiae physicae velut supponunt spatium, in quo suam, quam habent naturalem existentiam ponunt, et motus suos physicos exercent: ita ad harum analogiam etiam personae potissimum morales dicuntur, et intelliguntur esse in *statu*; qui itidem iis velut supponitur, aut substernitur, ut in eo actiones, atque effectus suos exerant » <sup>(112)</sup>. Ogni stato morale è caratterizzato dai diritti e dagli obblighi

<sup>(109)</sup> Cfr. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, II: *L'età moderna*, Bologna, 1968, p. 175 ss.

<sup>(110)</sup> WELZEL, *Die Naturrechtslehre*, cit., p. 19 ss.

<sup>(111)</sup> *De jure naturae et gentium*, I, I, 4 (t. I, p. 5).

<sup>(112)</sup> *De jure naturae et gentium*, I, I, 6 (t. I, p. 7); cfr. DERATHÉ, *Jean-Jacques Rousseau*, cit., p. 398 ss.

che gli sono propri: stato di natura, stato civile e stato di guerra, ne sono gli esempi di maggior spicco <sup>(113)</sup>.

Da questo risulta che *persona moralis* è la persona trattata sotto il profilo del suo *status* nella vita sociale. Si tratta di un concetto analitico, che ne scevera la posizione di soggetto, dotata di attributi morali, nel tessuto dei rapporti giuridici. Quando la *persona moralis* agisce nell'ambito di questi rapporti, le azioni compiute possono esserle imputate <sup>(114)</sup>. Riaffiora così la teoria hobbesiana dell'imputazione, ma legata ora alla dottrina degli attributi morali. Questa *persona moralis* viene poi da Pufendorf ulteriormente distinta in *personae morales simplices*, cioè gli individui come soggetti giuridici, e in *personae morales compositae*, che si danno quando « plura individua humana ita inter se uniuntur, ut quae vi istius unionis volunt, aut agunt, pro una voluntate, unaque actione, non pro pluribus censeantur » <sup>(115)</sup>. Di tutte le persone morali, le più importanti sono senza dubbio queste ultime; e di queste la più importante è lo Stato.

Esso viene definito come « persona moralis composita, cujus voluntas, ex plurium pactis implicata et unita, pro voluntate omnium habetur, ut singulorum viribus et facultatibus ad pacem et securitatem communem uti possit » <sup>(116)</sup>. Anche Pufendorf fa sorgere lo Stato dal contratto sociale, inteso come fusione delle volontà dei singoli: questa fusione obbliga il sovrano, e l'obbligazione è durevole, poiché il popolo non si estingue nel contratto

<sup>(113)</sup> *De jure naturae et gentium*, I, I, 7-8 (t. I, pp. 10-11); *De officio hominis*, II, I, 2 (t. II, pp. 547-548).

<sup>(114)</sup> « Caeterum quod actio moralis ad aliquem pertinere, eique imputari possit, in quo formalem ejusdem rationem consistere diximus; ejus causa nulla est alia, quam quod in potestate, et facultate alicujus fuit, illa fieri, vel non fieri; suscipi, vel omitti: *De jure naturae et gentium*, I, V, 5 (t. I, p. 111).

<sup>(115)</sup> *De jure naturae et gentium*, I, I, 13 (t. I, p. 18); sul tema, in generale, v. DENZER, *Die Ursprünge der Lehre von der juristischen Person (persona moralis) in Deutschland und ihre Bedeutung für die Vorstellung von der Staatspersönlichkeit*, in *La formazione storica del diritto moderno in Europa (Atti del terzo congresso internazionale della Società italiana di Storia del diritto)*, III, Firenze, 1977, p. 1189 ss.

<sup>(116)</sup> *De officio hominis*, II, VI, 10 (t. II, pp. 668-669); v. in proposito W. ZUBER, *Die Staatsperson Pufendorfs im Lichte der neuen Staatslehre*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, XXX (1939), p. 33 ss.

sociale. Sotto questo profilo il giurista sassone si distanzia dalla identificazione hobbesiana di Stato e sovrano <sup>(117)</sup>. D'altra parte la *societas civilis* conferisce legittimità al sovrano, ma non permane essa stessa sovrana: titolare della sovranità è l'organo che comanda. Certamente, nell'ipotesi di un interregno, la personalità del « popolo », che non muore all'atto della stipulazione del contratto e vegeta allo stadio latente, risorge per così dire a nuova vita; ma risorge solo per legittimare il nuovo sovrano. Lo Stato non si identifica con la *societas civilis* e Pufendorf non abbraccia quella via della sovranità popolare che porta alla democrazia rousseauiana <sup>(118)</sup>.

In questo l'Autore tedesco è più vicino a Hobbes che a Rousseau. Dal filosofo di Malmesbury, del resto, Pufendorf prende ancora a prestito talune basilari distinzioni, come quella fra il « popolo », che è una sola persona, e la « moltitudine », che è un mero agglomerato di individui, senza legami morali. « Ut autem isthaec unio penitius intelligatur, sciendum est, quod plures personae physicae, quamdiu in unam personam moralem non coaeruerunt, quicquid agunt, aut quascunque obligationes contrahunt, tanquam singuli agant et contrahant, adeo ut tot numero sint actiones et obligationes, quot sunt personae physicae ... Enimvero ut multitudo aliqua, seu multi homines una fiant persona, cui una actio queat tribui, et cui certa jura competant, quatenus singulis opponitur, et quae jura sibi singuli tribuere non possint, necessarium est, ut voluntates viresque suas univerint intervenientibus pactis, sine quibus plurium natura aequalium conjunctio nequit intelligi » <sup>(119)</sup>.

In definitiva, Pufendorf cerca di unire sincretisticamente le principali concezioni filosofico-giuridiche del suo secolo in un tutto organico. Come Grozio e come Hobbes, anch'egli appare affascinato dal metodo geometrico-matematico, che gli sembra il più adatto a fornire alla sintesi largamente eclettica della sua opera

<sup>(117)</sup> Cfr. DENZER, *Die Ursprünge*, cit., p. 1197.

<sup>(118)</sup> Cfr. KRIEGER, *The Politics of Discretion*, cit., p. 141 ss. (per la *societas civilis*) e DERATHÉ, *Jean-Jacques Rousseau*, cit., p. 402 ss. (per il rapporto Pufendorf-Rousseau).

<sup>(119)</sup> *De jure naturae et gentium*, VII, II, 6 (t. VII, p. 41).

la forma di un sistema coerente <sup>(120)</sup>. Tuttavia bisogna riconoscere che, rispetto ai suoi predecessori, nella concezione pufendorfiana della *persona moralis* si manifesta un inequivocabile spostamento del centro di gravità. Mentre in precedenza venivano privilegiate considerazioni di tecnica giuridica, come la possibilità dell'imputazione di diritti e di doveri a grandi associazioni pubbliche e private, e quindi presentava carattere assorbente la questione della loro sfera di potere (nel primo caso) o della loro capacità giuridica nel commercio quotidiano (nel secondo caso), ora quest'ottica sembra almeno in parte retrocedere e modificarsi nella dottrina del giurista sassone. Decisivo appare qui piuttosto l'unificarsi delle decisioni delle volontà dei singoli individui intorno a un certo ordine di valori, e quindi il *vinculum morale* che, pur su base individualistica e volontaristica, vi si instaura <sup>(121)</sup>. Il concetto di *persona moralis* (semplice o composta) vede quindi sfumare i rigidi contorni del tecnicismo giuridico: esso diventa un concetto ampio e articolato che abbraccia tutti gli individui ed i gruppi sociali, esaltandone più le naturali affinità che non, com'era implicito nell'idea di *persona ficta*, le naturali differenze.

6. Volendo ora tracciare un rapido bilancio delle riflessioni svolte, possiamo precisare attraverso quali costanti matura la nozione di « persona giuridica » nel pensiero giusnaturalistico del Seicento, in attesa di affrontare gli infuocati scontri ottocenteschi fra la tesi savignyana della « finzione » e quella gierkiana della « realtà ».

In primo luogo dobbiamo rilevare il carattere prevalentemente *pubblicistico* (per non dire *statualistico*) dei profili attraverso cui tale nozione si sagoma nel sec. XVII. È intorno al problema dello Stato, e dell'origine del suo potere, che si concentrano i maggiori sforzi per definire natura e ruolo di persone artificiali, capaci di risolvere i contrasti e di dare una risposta ai problemi proposti dal ribollente *humus* storico. Forse è il genere stesso delle opere in cui la trattazione del tema è collocata, forse è la formazione

<sup>(120)</sup> Così Röd, *Geometrischer Geist*, cit., p. 81.

<sup>(121)</sup> Cfr. in tal senso R. OSTHEIM, *Zur Rechtsfähigkeit von Verbänden im österreichischen bürgerlichen Recht*, Wien-New York, 1967, p. 42 ss.



« scientifica » dei loro autori (giuspubblicisti Grozio e Pufendorf, filosofo della politica Hobbes) a determinare tale accentuazione. Sta di fatto comunque che, a differenza del pensiero civilista, e anche di quello canonista, medioevali, l'attenzione dedicata alle « persone giuridiche » minori resta tutto sommato marginale, e queste vengono modellate (soprattutto in Hobbes) sull'archetipo-Stato, in posizione di netta dipendenza dalla sua volontà.

In secondo luogo, ed in logica connessione con il primo punto, si può osservare il carattere marcatamente *individualistico* che contrassegna la « persona giuridica ». E questo in un duplice senso: sia perché tutti i gruppi sociali appaiono nascere sulla base di un accordo della volontà degli individui, sia perché, costituendo l'individuo il *primum* della storia, il suo momento originario, la persona giuridica si affaccia sulla scena della storia come trasposizione speculare di questo *primum*, come sua riproduzione artificiale e meccanica.

E appunto questa « artificialità » e questo « meccanicismo » conducono alla terza caratteristica saliente: lo spiccato *matematismo* della *Weltanschauung*, entro la quale germinano tutte le concezioni secentesche della « persona giuridica ». Come la scienza del diritto vuole erigersi a sistema sul modello delle scienze fisico-matematiche, così conseguentemente tutte le persone giuridiche private e pubbliche (*in primis* lo Stato) devono inserirsi come costruzioni « geometriche », fra le quali si instaura un rigoroso sistema di relazioni reciproche, e delle quali l'individuo costituisce il momento iniziale e l'artefice, così come il punto è il momento iniziale dell'intera geometria euclidea.

Si prepara così il cammino al pensiero del sec. XVIII, quando sulla scia dell'individualismo secentesco si vorrà produrre la coincidenza fra lo *status hominis naturalis* e lo *status hominis civilis*, fra l'individuo come aspetto della realtà naturale, e la « persona » come momento della realtà giuridica, titolare di diritti naturali soggettivi. La nozione di persona viene sempre più strettamente connessa all'idea generale di *status*: se Pufendorf definisce le persone come « homines ... considerati cum statu suo »<sup>(122)</sup>, Thomasio

---

<sup>(122)</sup> *De jure naturae et gentium*, I, I, 12 (t. I, p. 15).

dirà che *status* è ogni « *qualitas hominem afficiens secundum quam ipsius jus variat* »<sup>(123)</sup>. Onde Wolff affermerà che « *homo persona moralis est, quatenus spectatur tamquam subjectum certarum obligationum atque jurium certorum. Atque hinc status ejus moralis dicitur qui per obligationes et jura determinatur* »<sup>(124)</sup>. Affiora, quale criterio di personalità, lo *status moralis*, la capacità giuridica che caratterizza l'individuo quale titolare di diritti e di obbligazioni<sup>(125)</sup>.

E l'ulteriore elaborazione del concetto di *persona moralis simplex*, per usare la distinzione pufendorfiana, si riverserà necessariamente sulla problematica della *persona moralis composita*. Il consolidarsi della concezione individualistica secentesca, ribadito lungo tutto il secolo successivo sino all'apice della rivoluzione « neo-tolemaica » di Kant<sup>(126)</sup>, aprirà due strade al problema della persona giuridica nell'età delle codificazioni: o si considererà l'uomo empirico quale unico soggetto « reale » di diritti, ed allora tutti i soggetti diversi da questo non potranno essere concepiti che come artificiali (e sarà la tesi di Savigny); ovvero si riuscirà a dimostrare che anche i soggetti diversi dall'uomo sono forniti di un'esistenza altrettanto « reale » (e sarà l'antitesi di Gierke). Lungo questi due cammini si muoverà appunto la giurisprudenza europea dell'Ottocento, originando le dottrine contrapposte, eppure dialetticamente segnate dalla stessa matrice soggettivistica, della « finzione » e della « realtà »<sup>(127)</sup>.

---

<sup>(123)</sup> *Institutiones jurisprudentiae divinae*, I, I, 86 (nella ed. di Halle, 1730 [reprint Aalen, 1963], p. 18); cfr. H. RÜPING, *Die Naturrechtslehre des Christian Thomasius und ihre Fortbildung in der Thomasius-Schule*, Bonn, 1968, p. 33 ss.

<sup>(124)</sup> *Institutiones juris naturae et gentium*, I, III, 96 (nell'ed. di Venezia, 1768, p. 33).

<sup>(125)</sup> Cfr. ZATTI, *Persona giuridica*, cit., p. 70.

<sup>(126)</sup> Sul « neo-tolemaismo » kantiano, v. le suggestive considerazioni di S. COTTA, *L'uomo tolemaico*, Milano, 1975, p. 128 ss.

<sup>(127)</sup> Cfr. ORESTANO, *Il « problema delle persone giuridiche »*, cit., p. 19.



BARTOLOMÉ CLAVERO

*HISPANUS FISCUS, PERSONA FICTA.*  
CONCEPCION DEL SUJETO POLITICO  
EN EL *IUS COMMUNE* MODERNO

1. Literatura fiscal: introducción a la praxis. — 2. Distinción nominal del fisco entre haciendas señoriales, eclesiásticas y municipales. — 3. Posición sustantiva del derecho fiscal entre privilegios nobiliarios, religiosos, familiares y mercantiles. — 4. Determinación funcional del patrimonio fiscal en el ámbito de la soberanía: lo público y lo privado. — 5. Personalidad imaginaria del fisco ante otros sujetos sociales: cuestión de *persona* y de *estado* en el sistema del derecho común.

I. «*Hispanorum regis tributa et reditus in quibus consistant?*», era cuestión que había de resultar del máximo interés aún en el exterior de la monarquía católica o hispánica, llamando ya en su época poderosamente la atención la existencia de un fisco o de una hacienda que, desde la base castellana de tal monarquía, podía extender de diverso modo su presencia a los distintos territorios de su dilatado dominio político: territorios españoles de Aragón, Valencia, Cataluña, Navarra y Portugal, islas mediterráneas de Baleares, Cerdeña y Sicilia, territorios italianos de Nápoles, Milanesado y Finale, más lejanamente Flandes y, en diversa dirección, territorios africanos, más todavía, ya bien distantes, las posesiones americanas y asiáticas (1). «Ad

---

(1) Desde el exterior de la monarquía, el fiscalista de más amplias perspectivas dentro del *ius commune*, Kaspar KLOCK, *Tractatus nomico-politicus de contributionibus in Romano-Germanico Imperio et aliis Regnis ut plurimum usitatis* (1634), Frankfurt 1656, I, 338, y *Tractatus juridico-politico-polemico-historicus de aerario*, Nuremberg 1651, I, 6, 1-165, con un tratamiento más detenido de sus rentas y discusión de sus títulos en esta última sede; apareciendo expurgados los ejemplares aquí usados, pero alcanzando con todo dentro de la misma monarquía una influencia más que notable, signo al fin y al cabo del vigor del *ius commune* por encima de independencias políticas y, ahora también, religiosas.

hunc hispanum fiscum confluunt ditissima vectigalia ex omnibus orbis partibus, Asia, Africa, Europa, America, de vinctis tot gentibus et nationibus ab extremis hispanis nostris», podía también proclamarse en el interior de la monarquía no sin cierto orgullo ante la misma expansión de este *hispanus fiscus* <sup>(2)</sup>.

Mas no sólo interesaba, a propios y a extraños, la cuestión particular de las rentas e impuestos que podían sostener tamaña monarquía, como no sólo producía admiración, más a unos que a otros, la dilatación de su correspondiente fisco: éste, en sí, también podía ser objeto de interés, generando cuestiones institucionales de índole más general, más propiamente jurídicas o de significación más estructural, cuestiones referidas a los mismos principios de percepción y formas de disposición de los respectivos ingresos que, en resumidas cuentas, habrían de conducir a la más primaria o elemental, a la cuestión fundamental de *quid sit fiscus* <sup>(3)</sup>. Y, si aquel asunto más perceptible de los impuestos y rentas concretos podía conocerse entonces y en buena parte desarrollarse mediante una más o menos simple observación directa o por la consideración más inmediata de los derechos particulares de los distintos territorios, para este otro tema de más profundo calado, semejante proceder, tan realista, había de descartarse. De hecho, ni tales derechos particulares se planteaban siquiera cuestiones de tal envergadura, ni la monarquía, por su parte, contaba con un derecho propio más general que pudiera definir-

---

<sup>(2)</sup> En el interior de la monarquía, FRANCISCO PUGA Y FEIJOO, *Ad rubricam tituli « de iure fisci » iuridicus, historicus et politicus apparatus* (C. 10, 1), lecciones en la Universidad de Salamanca de 1649, cita en parágrafo 78 de la copia que utilizo, de principios del XVIII, de la Biblioteca Universitaria de Sevilla, sig. 330/88, ff. 139-163; no confundir con su hijo JUAN PUGA Y FEIJOO cuyas *Opera Omnia* editaría, con prólogo sobre el romanismo salmantino más erudito del XVII, GREGORI MAYANS I SISCAR (Lyon 1735); otros escritos de y sobre este medio académico, pero no el que citamos, editó el mismo G. MAYANS en GEERT MEERMAN, *Novus Thesaurus Iuris Civilis et Canonici*, La Haya 1751-1753.

<sup>(3)</sup> FRANCISCO ALFARO, *Tractatus de officio fiscalis deque fiscalibus privilegiis* (1604), Madrid 1780, 9, 1, cuando todavía encuentra poca asistencia para dicho tipo de cuestiones en la literatura jurídica de la propia monarquía, por cuya razón y ante las dificultades que por ello enfrenta para la misma sistematización de la materia, manifiesta que ha optado por el peculiar método de ir glosando el propio título de su nombramiento como fiscal en Indias.

las; la determinación de tales principios, de tales formas y de tal concepto esencial que habrían de regir la propia percepción y disposición de sus ingresos, debían resolverse mediante la jurisprudencia del *ius commune*, de texto romano y tradición medieval, anterior y superior a la misma monarquía.

No, sin embargo, ya sin dificultades en el ámbito de la misma jurisprudencia de tan notable autoridad; respecto al texto jurídico romano, no faltaba ya conciencia de la distancia sustancial entre su *priscum tempus* y el *hodie* de la instituciones vigentes (4); respecto a la jurisprudencia medieval que, versada en el mismo texto, podía seguir en parte corrigiendo tal distancia (5), tampoco

---

(4) Fabio CAPECE GALEOTA, *Responsa fiscalia selectiora quae pro defensione Regii Patrimonii in Regno Napolitano existentis reddita sunt* (1640), Ginebra 1686, 28, 124; aunque ello puede mejor constatarse en tratamientos directos del texto romano como el citado de F. Puga y Feijoo, valiéndose de los comentarios humanistas a través, sobre todo, de Francisco de AMAYA, *Commentarii in Tres posteriores Libros Codicis Imperatoris Iustiniani*, 1636 (*Opera Iuridica*, I, Lyon 1657), y recurriendo también, más monográficamente, a Jacques GUTERY, *De Officiis Domus Augustae publicae et privatae libri tres*, París 1628, cuya investigación histórica a su vez no se limitaba al aprovechamiento de los textos jurídicos. Respecto a éstos, en los que había de centrarse la jurisprudencia, se trataba particularmente, junto al citado C. 10, 1 *de iure fisci* (de los *Tres Libri*, en el *Corpus Iuris Civilis* del derecho común), de C. 7, 73 *de privilegio fisci* y D. 49, 14 *de iure fisci*, aparte otros pasajes que, junto a la glosa medieval de análoga autoridad, iremos consignando en su momento, a fin tan sólo de que, con la indicación de este pie forzado, pueda mejor apreciarse la entidad de nuestra doctrina.

(5) Sus postulados más generales en materia fiscal se transmitieron especialmente a través de su catalogación en el siglo XV por Francesco LUCANO, *Tractatus de privilegio fisci* y, en menor medida, Martin DA LODI, *Tractatus de fisco*, ambos bien conocidos en la época moderna por comprenderse en la colección de *Tractatus Universi Iuris* editados reiteradamente a lo largo del XVI, desde 1535 (ed. Venecia 1584, XII, ff. 2r-6r, el segundo, y 6r-17r, el primero). Se produjo en el XV, y editó en el XVI, algún otro tratado fiscal de bastante mayor entidad y elaboración (JAUME CALLIS, *Margarita fisci* — 1424 —, Lyon 1556), pero de menor influencia ahora incluso dentro de la monarquía hispánica a cuyo ámbito pertenecía. Fuera de él, aunque difundido y muy influente también en él, el primer tratado fiscal moderno fue el de Marco Antonio PEREGRINO, *De iure et privilegiis fisci libri septem*, Turín 1589, con cierta conciencia, en sus dedicatorias y prólogo, de la propia primicia, gracias, según dice, a su experiencia como fiscal en la república de Venecia, aún encontrándose también entre sus autoridades más próximas los capítulos fiscales de la obra póstuma del milanés Egidio Bossi,

dejaba de detectarse su insuficiencia, pudiendo justamente denunciarse bajo la propia monarquía hispánica, a finales del siglo XVI, la «miseria scholastichorum qui materias extraordinarias negligunt»: dichas materias de principios, formas y concepto referentes al fisco, a cuyo propósito también se apreciaba especialmente la susodicha distancia o extrañeza del texto básico <sup>(6)</sup>. Y éstos eran reparos o reservas alentados, no sólo por una crítica renacentista de mayor escrúpulo filológico, sino también ya por una preocupación práctica que, sobre los mismos supuestos culturales del *ius commune* medieval, pudo de forma más inmediata impulsar la aparición y el considerable desarrollo moderno de una doctrina específicamente fiscal: la insatisfacción frente a la jurisprudencia de tradición histórica podía ya producirse, respetándose sus supuestos, por cuanto que no dejaba de interesar a la doctrina jurídica, junto a tal tradición que le prestaba autoridad, la *praxim fundatam* de su época <sup>(7)</sup>, esto es, la misma realidad institucional moderna, aun con estas determinanas dificultades y mediaciones sobre cuya raíces no dejaremos de interrogarnos.

Con toda su tradición desde el texto romano, en esta época moderna la propia doctrina o jurisprudencia fiscal se manifiesta ella misma en ciertos términos de una relativa novedad, presentándose ya de por sí como más directamente motivada por las exigencias políticas y económicas del momento, sin mucho apoyo en la jurisprudencia heredada. A mediados del siglo XVI, en la época de formación definitiva de una monarquía católica independiente del imperio, no se aprecia de hecho todavía en ella una

---

*Tractatus varii ad criminales causas et ad fiscum principisque auctoritatem ac potestatem pertinentes*, Lyon 1562.

<sup>(6)</sup> Alessandro TURAMINI, *Ad Modestini regulam sub lege «Non puto» ff. «de iure fisci» liber singularis* (1595; a D. 49, 14, 10), 2, 1, 41, en sus *Omnes iuris interpretationes habitae in titulos Digestorum «de legibus», «de legatis», «de acquirenda possessione» et «de iure fisci»*, Venecia 1606 (pero es escrito de derecho napolitano, conforme al criterio que enseguida especificaremos), al tiempo que, en este punto de la «ley» *Non puto*, crucial según veremos para nuestras cuestiones, tampoco deja de señalar (1, 1, 2) que la jurisprudencia medieval no fue precisamente respetuosa con el sentido del texto romano.

<sup>(7)</sup> Juan GARCIA GALLEGO (de Saavedra), *Tractatus de hispanorum nobilitate et exemptione*, 1588 (*Opera Iuridica*, I, Ginebra 1737), 3, 1, 22-23, observándose además que las distinciones fiscales del texto romano «non servari in praxi»,

doctrina propiamente fiscal, identificada y en desarrollo <sup>(8)</sup>; a finales del mismo siglo, en su propio ámbito, podía aun denunciarse un verdadero descuido *in scholis* de este género de *sapientia politica* — o de *ius publicum* comprensivo, entre otros extremos, « de tributis, vectigalibus et commissis et reliquo iure fisci » — defendiéndose la necesidad del propio estudio de las partes del texto romano interesantes al efecto pese a su misma evidente inadecuación a la época <sup>(9)</sup>; durante los primeros años del siglo XVII, la doctrina fiscal todavía se manifiesta en el campo del derecho con insuficientes apoyos y orientaciones <sup>(10)</sup>; durante su segunda mitad,

---

<sup>(8)</sup> Diego de COBARRUVIAS Y LEYVA, *Variae resolutiones*, 1552 (*Opera Omnia*, II, Amberes 1638), I, 16: « De fisci favore », basándose sobre todo en F. Lucano y M. da Lodi, y tratando no menos sintomáticamente la cuestión, que veremos fundamental, del grado de privilegio de la posición del fisco en una forma bastante reductiva, con la que no podrá realmente sintonizar la posterior doctrina fiscal mas monográfica de la monarquía; y, en general, la materia política patrimonial puede todavía representarla mediante distinciones tradicionales entre el fisco y otras categorías que, como veremos, no caracterizarán precisamente a dicha tradadística ulterior: *Relectio regulae « Possessor malae fidei »*, 1556 (*Opera Omnia*, I; a *Liber Sextus*, 5, 13, 2), 2, 2, 7-16.

<sup>(9)</sup> Son manifestaciones del belga Pierre GOUDELIN, *Commentariorum de iure novissimo libri sex* (1590, pero primera ed. 1620), Luca 1780, 5, 3-5, dentro, desde luego, del contexto de reivindicación de unas competencias de la jurisprudencia romano-canónica frente a los *politici* o *statistae* de línea más ajena al derecho. Giovanni Maria NOVARIO, *De vassallorum gravaminibus tractatus, tam a baronibus quam a iudicibus aliisque officialibus inferri consuetis* (1634), Venecia 1656, I, 132, 9: « In iuridice impugnantur regulae rationis status »; pero no vamos a introducirnos aquí en este contexto o en este término de confrontación, habiendo de atenernos a la doctrina, en efecto, más rigurosamente jurídica, cuya misma entidad social, respondiendo más regularmente al orden constituido, demasiado a menudo se olvida entre los historiadores de esta época.

<sup>(10)</sup> Así, en Milán, pero ya bajo la monarquía católica, Angelo Stefano GARONI, *Commentaria in titulo « de iure et privilegio fisci » Constitutionum Status Mediolani*, Milán 1629, 2, 1, relacionando « privilegiorum fisci collectores », se refiere, aparte de la obra ya citada de E. Bossi, de la época imperial, y de lugares más dispersos de otros juristas (que, en lo que también nos puedan interesar y correspondan a nuestra época, irán citándose a lo largo del trabajo), tan sólo a los todavía anteriores F. Lucano y M. da Lodi y, « novissime », a M. A. Peregrino. En todo caso, en los territorios españoles, y con muy directa motivación por la ampliación de la fiscalidad regia, ya se desarrollaba de poco tiempo una notable tradadística: Juan GUTIERREZ, *Tractatus de gabellis*, 1589 (*Opera*, III, Lyon 1730); Ignacio LASARTE Y MOLINA, *De decima venditionis et permutationis quae « alca-*



en cambio, ya puede notarse una mayor desenvolvura y confianza de los juristas en esta materia, aunque no todavía sin expresiones pioneras, en parte por su mismo desenvolvimiento institucional a lo largo de este crítico siglo <sup>(11)</sup>.

Desde finales del XVI, efectivamente, se ha desarrollado una tratadística fiscal antes como tal inexistente; una tratadística de

---

*bala* » *nuncupatur liber*, Alcalá de Henares 1589; García (Pérez de) GIRONDA, *Tractatus de gabellis regibus Hispaniae debitis*, Madrid 1594; Antoni OLIBA, *Commentarius ad Usaticum « Aliam namque » de iure fisci, libro decimo Constitutionum Cathaloniae*, Barcelona 1600; Flores DIEZ DE MENA, *Tractatus de collectis quae vulgo « pechos reales » et « concejales » dicuntur*, en sus *Practicae quaestiones iuris canonici et civilis*, Medina del Campo 1603; Ildefonso PEREZ DE LARA, *Compendio de las Tres Gracias de la Santa Cruzada, Subsidio y Escusado*, 1610 (*Opera Omnia*, I, Lyon 1733); Juan CASTILLO SOTOMAYOR, *Tractatus de tertiis debitis regibus Hispaniae ex fructibus et rebus omnibus quae decimantur*, 1634 (*Quotidianae controversiae iuris*, VII, Ginebra 1752); Acacio de RIPOLL, *Regaliarum tractatus*, Barcelona 1644. Como ya habrá podido advertirse, citamos la edición utilizada en esta ocasión, anteponiendo en su caso, a los convenientes efectos orientativos, fecha original, de primera lección, de primeras licencias o de primera edición.

<sup>(11)</sup> Así, Diego BALMASEDA DE LA PUENTE, *Tractatus de collectis et tributis, praesertim iis in Hispania indictis et usitatis* (1673), Lyon 1725, I, 1, 2, puede subrayar que la materia, con empresas bélicas y apuros financieros, no ha dejado de acrecer a lo largo del XVII, desorientando sus mismas transformaciones a los juristas más doctos, « qui cum laborem maximum in scribendo habuissent, materiam impracticabilem egerunt »; para su sistematización, del « ius nostrum patrium », busca todavía bastante apoyo en la labor correspondiente de tratadistas « exteri », como el propio K. KLOCK. En la misma época todavía algunos puntos de la materia fiscal podían abordarse como verdaderas novedades: Diego BOLERO Y CAJAL, *Tractatus de decoctione debitorum fiscalium et eorum bonis curandis et distrahendis et de iurisdictione Tribunalis Decoctionum huius Curiae*, Madrid 1675, siendo la misma magistratura de referencia (el Juez de Quiebras de las Rentas Reales del Consejo y Contaduría Mayor de Hacienda) una creación del siglo XVII, como por lo demás también ocurre con parte de los impuestos tratados por D. Balmaseda. Sobre esta motivación persistentemente pragmática de la literatura fiscal, respecto a otras latitudes donde se comprende la obra citada de K. Klock, Pierangelo SCHIERA, *L'introduzione delle « Akzise » in Prussia e i suoi riflessi nella dottrina contemporanea*, en *Annali della Fondazione Italiana per la Storia Amministrativa*, 2, 1965, ps. 283-359; y sobre la más general desatención de este capítulo, puede recordarse que no reservaba apartado alguno a este « derecho fiscal » moderno Francesco CALASSO, *Diritto: le basi storiche delle partizioni*, en *Enciclopedia del Diritto*, XII, 1964, s.v. (y en *Annali di Storia del Diritto*, 9, 1965, ps. 435-468).

motivación práctica y de vocación pragmática, mas no desgajada por ello de la matriz romanista de la jurisprudencia anterior, bien que con mayor capacidad de construcción teórica, ya obligada por dichos mismos incentivos, tanto por las exigencias de sus propios objetivos institucionales como por la necesidad no menos práctica de competir, a estas alturas, con corrientes culturales de incidencia crítica. La doctrina fiscal, si verdaderamente había de responder a aquellas motivación y vocación al fin y al cabo igualmente presentes en la jurisprudencia medieval, ya debía superarla en el mismo orden conceptual, no pudiendo permitirse en esta época la licencia de descuidar la construcción más específica de su materia.

Cierto es que esta jurisprudencia, tanto la medieval como la moderna, entre la dependencia del texto romano venerando y la del orden institucional imperante, no se caracteriza precisamente por sus facultades de precisión conceptual o por su capacidad de definición inequívoca de sus categorías básicas; en nuestra propia doctrina fiscal pudo hacerse notar que, bajo el tópico ya romano del *periculum* entrañado por toda definición, lo mismo hubo quien « definitionem praetermisit », o quien vanamente « definitionem tentaverit », como quien, « volens definire, iocosam aduxit definitionem, ... seriam autem definitionem omisit »; bajo tan generalizada depreciación de los conceptos, poco podría ciertamente esperarse, en orden a su precisión, de la doctrina: « Si confuse omnes loquantur, terminos confundant » <sup>(12)</sup>. Mas como habremos no

---

(12) F. ALFARO, *De officio fiscalis*, 9, 21, respecto al propio concepto de dicho oficio y tras considerar también el de fisco, dirigiendo su crítica especialmente al tratado de M. A. Peregrino. En general, Otto von GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, Berlín 1868-1913 (rep. 1954), IV, *Die Staats- und Korporationslehre der Neuzeit* (1913), p. 245, introduciéndose en la doctrina fiscal moderna, y no sólo en la alemana, advertía que la misma apenas si se interesaba en la cuestión de la « naturaleza jurídica » de su propio objeto, lo cual sólo es de alguna forma cierto si se parte, como era también sustancialmente su caso aun desde su más amplia perspectiva de signo parcialmente diverso, de unos presupuestos estatistas que prácticamente excluyen de dicha cuestión, y aparte ahora su enunciado, otros extremos que no sean los referentes a su relativa conexión con la soberanía y a su más problemática afirmación de personalidad pública; como veremos, mucho más, y algo distinto, aporta desde luego dicha doctrina en la misma materia de principios.

menos ciertamente de comprobar, aun con todo ello, los conceptos entonces se construyeron, al menos en un grado que permite hoy su reconstrucción.

De tal modo, en todo caso, se detecta ya entonces ocasionalmente alguna conciencia de las dificultades que afrontaba la jurisprudencia en este orden teórico, menos de sus posibles causas: tanto aquellas servidumbre para con un texto antiguo y dependencia de una tradición medieval ya no muy acreditada, como estas confusión de términos e indeterminación de conceptos, podían responder, según tendremos igualmente que comprobar, a motivaciones más profundas que la de simple inercia de una cultura histórica, con todos sus tópicos, o la de meras limitaciones de los propios juristas, con todas sus inconsecuencias. Y en todo caso, producida por ellos mismos la advertencia, teniéndonosla efectivamente que ver con una doctrina de compleja formación cultural y de enrevesado desenvolvimiento intelectual, habrán de extremarse por nuestra parte las precauciones a fin de que no tomemos, sin mayores averiguaciones, por concepto cualquier expresión incidentalmente más genérica de nuestros juristas, o cualquier reiteración por ellos de tópicos de implicaciones más generales, procurando con todo conducirnos mediante los oportunos contrastes e integraciones para que este *ius commune* de texto romano y tradición medieval, derecho que realmente rige el orden social de la monarquía hispánica con eficacia no reñida con toda su composición de jurisprudencias ajenas a la misma <sup>(13)</sup>, pueda realmente

---

(13) Aunque faltan instrumentos de orientación para una más exacta demarcación de la jurisprudencia producida bajo la monarquía católica (distinción que además en nuestro caso inicialmente adoptamos más por razones prácticas de acceso a las fuentes que por alguna presunción de diferencia sustancial respecto a otros ámbitos de vigencia del *ius commune*), podrá advertirse que, en lo que toca al caso más problemático de los juristas italianos que se irán citando a lo largo del trabajo, no atendemos a su lugar de procedencia ni, aun menos por supuesto, al de edición de sus obras, sino al del derecho particular que en cada caso, a lo largo de las mismas, aparece como propio. Aun no enteramente preciso en este extremo y aun no extendiéndose a la materia fiscal que entonces formaba parte, como veremos, del mismo *ius civile*, ha prestado ayuda Helmut COING (ed.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, II-1, Munich 1977. Para una orientación de la propia época, Agustín FONTANA, *Amphitheatrum legale seu Bibliotheca legalis*, Parma 1688, bajo las cor-

rendirnos las categorías que en su doctrina no debieron de faltar para la ordenación en general de la materia fiscal o, más en particular a lo que ahora especialmente nos interesa, para la identificación del sujeto político en este ámbito, a cuya cuestión como decimos más concretamente aquí se acude.

*Quid sit fiscus*, en fin, cuál fuera la forma de encarnación institucional o de personificación jurídica del sujeto político en este ámbito fiscal de primordial significación para su propia existencia y operatividad. La figura del sujeto, no su funcionamiento orgánico, sus particulares derechos o el rendimiento económico de los mismos (14): he aquí el objeto básico de toda la materia del que,

---

respondientes voces. Una ausencia especialmente a señalar en nuestra encuesta: Juan RUIZ DE LAGUNA, *De origine, auctoritate, dignitate, honoribus et privilegiis regii fisci patroni*, Milán 1636, que, aun encontrándose entre las pocas obras recomendadas en materia fiscal a finales del XVII por Juan Lucas Cortés (Geert E. FRANKENAU, *Sacra Themidis Hispaniae Arcana*, Hannover 1703, 5, 24), no he localizado en bibliotecas españolas.

(14) Información más general de este género de cuestiones, respecto a nuestras monarquía y época, puede especialmente encontrarse en Modesto ULLOA, *La Hacienda Real de Castilla en el reinado de Felipe II* (ed. ampliada), Madrid 1977; Antonio DOMINGUEZ ORTIZ, *Política y Hacienda de Felipe IV*, Madrid 1960; Manuel GARZON PAREJA, *La Hacienda de Carlos II*, Madrid 1981; Miguel ARTOLA, *La Hacienda del Antiguo Régimen*, Madrid 1982; con la característica todos en común de desatender absolutamente la doctrina jurídica. El mismo A. DOMINGUEZ ORTIZ, *La desigualdad contributiva en Castilla durante el siglo XVII*, p. 1227, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 21-22, 1952, ps. 1222-1272, presumía que « los juristas », limitándose « a repetir las opiniones tradicionales », fueron incapaces de « hacer la teoría de la fiscalidad en el naciente Estado moderno », mientras que, « en cambio, políticos, economistas y arbitristas » vieron « la cuestión en sus exactas dimensiones: saben que los antiguos privilegios apenas subsisten más que de nombre y se preocupan sólo de que tributen todos según sus fuerzas », bien que sus obras « no eran bastante respetables por carecer de las suficientes citas del Digesto y de los glosadores para hacerlas ilegibles », cuya ingenua confesión de que, simplemente, el historiador no lee a los juristas puede ya explicar, si no justificar, el juicio y el cuadro anacrónicos; reaccionando al cabo del tiempo, Juan BENEYTO, *Sobre la literatura fiscal en la España moderna*, en el mismo *Anuario*, 41, 1971, ps. 141-147, discute tal apreciación « estrábica » de A. Domínguez Ortiz, pero sin aportar nada sustancial de su parte. Tratándose por lo común, respecto a dicha otra literatura no jurídica, de escritos más simples, en castellano y catalogados por Manuel COLMEIRO, *Biblioteca de los economistas españoles de los siglos XVI, XVII y XVIII* (1861), Madrid 1979, incluso los juristas siguen cómodamente instalados en tal estrabismo: Ricardo CAL-

de algún modo, hubo de hacerse cargo la susodicha doctrina fiscal y sobre el que vamos a proceder a interrogarla, interesándonos consecuentemente, no sus tendencias, más o menos señoriales, regalistas, eclesiásticas o mercantilistas, como tampoco sus noticias de los diversos derechos particulares de los territorios integrados en la monarquía, sino su paradigma o cuadro conceptual común a todas sus tendencias y derechos, a los que sólo habrán de hacerse las imprescindibles referencias.

Por los mismos objetivos de nuestra actual indagación, tampoco vamos a conducirnos, aunque alguna alusión en tal sentido de igual forma podrá resultar conveniente, mediante una filología de la derivación pretérita, desde el mismo texto romano y a través de la jurisprudencia medieval, como la que ciertamente suele por regla general aplicarse en la historia jurídica, sino conforme a una filología de la significación actual o sincrónica de la propia doctrina considerada, dirigida como tal más inmediatamente a nuestra propia comprensión del objeto histórico del caso — el sujeto político de la época moderna, a fin de cuentas — mediante precisamente la representación de dicha doctrina, de una doctrina que, por haber de concurrir a su configuración y funcionamiento, ya hubo de comprenderlo en algún grado nada desdeñable, o que, como antes decíamos, no podía permitirse la licencia, por su misma función práctica, de no acercarse ya por su parte a dicha comprensión (15).

---

LE SAIZ, *La Hacienda Pública en España. Un análisis de la literatura financiera*, Madrid 1978, ps. 17-123 para nuestra época; en análogo sentido, nuestra doctrina, reeditada y aplicada en esta época posterior, como tampoco su tratadística de derecho público, no tiene entrada en el catálogo de Javier LASARTE y otros, *La Hacienda en la bibliografía de 1700 a 1845, I, Siglo XVIII*, Madrid 1980. Respecto, más en general, a la cultura jurídica de base castellana, Jean-Marc PELORSON, *Les « Letrados », juristes castillans sous Philippe III. Recherches sur leur place dans la société, la culture et l'état*, Poitiers 1980, no satisface mínimamente su objetivo al seguir, como otros acercamientos también recientes a las instituciones castellanas modernas desde perspectivas de historia social, obviando la simple lectura de los juristas, esto es, el análisis intrínseco de uno de los medios esenciales de su función social.

(15) A lo que alcanzan mis noticias, la cuestión estricta del concepto de fisco en el *ius commune* moderno no se ha desarrollado tras las aportaciones independientes de Filippo VASSALLI, *Concetto e natura del fisco* (1908), ps. 95-118, en sus

2. Junto al *hispanus fiscus*, otros sujetos de la misma calidad y análogo rango podían aparecer en el escenario político moderno; así, constituyen igualmente fisco el pontífice y el emperador, lo constituyen los reyes soberanos y, también, las repúblicas independientes, como Venecia o Génova. Y la igualdad de rango en cuanto a la correspondencia de fisco entre entidades de magnitud desde luego no proporcionada podía justamente derivar de la similitud de su condición política: « Principes et republicae non recognoscentes superiorem » (16). El postulado de que la cualidad o condición de fisco corresponde en principio precisamente a la entidad política dotada de *ius superioritatis*, *plenitudo potestatis* o, en este sentido, soberanía, resultaba, en cuanto que tal principio, pacífico y generalmente reconocido en nuestra doctrina: « Unus est fiscus in regno qui regis est »; « unicus est fiscus sicut rex unicus est dominus » (17). *Regius fiscus* es el sujeto usual de esta literatura bajo la monarquía, como *fiscus vel rex* resulta una ecuación normal

---

*Studi Giuridici*, III-I, Milán 1960, ps. 85-130, en el estilo diacrónico más tradicional que ya produce la refundición de nuestra doctrina en la medieval, y de O. v. GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht* cit., IV, ps. 245-255, más diferenciadamente. Para la época medieval inmediata no ha dejado en cambio de volverse sobre dicha cuestión de concepto; así, eminentemente, Ernst H. Kantorowicz, *The King's Two Bodies. A Study in Medieval Political Theology*, Princeton 1957 (rep. 1981), ps. 164-192. Y puede verse la síntesis, que sólo parcialmente aprovecha la anterior investigación, de Ennio Cortese, *Fisco (diritto intermedio)*, en *Enciclopedia del Diritto*, XVII, 1968, s.v. Para nuestra época y ámbito político, plantea últimamente la falta de consideración « de la naturaleza y de los caracteres de la función ejercida por aquellos mediante quienes opera el ente abstracto del fisco », con algún apunte consiguiente de concepto, Gian Paolo Massetto, *Avvocatura fiscale e giustizia nella Lombardia spagnola*, p. 416, en AA. VV., *Diritto comune e diritto locale nella storia dell'Europa*, Milán 1980, ps. 389-456.

(16) F. PUGA y FEIJOO, *Ad titulum « de iure fisci »*, 78, a continuación de lo ya citado: « *fiscum habere contingere non possunt nisi iure superioritatis ... nam fiscalia censentur de regalibus, ... fiscum habere non possunt nisi principes et republicae non recognoscentes superiorem, summus pontifex, imperator rex, republica veneta et genuensis ...* ».

(17) Giovanni Antonio Novario, *Scholia seu commentaria ad aliquas Trium Librorum posteriorum Codicis leges ac rubricas*, Nápoles 1631, 10, 1, 3, siguiendo en este punto casi literalmente a García Mastrillo, *De magistratibus, eorum imperio et iurisdictione tractatus* (1616), Lyon 1621, 3, 10, 6-7.

en ella <sup>(18)</sup>. Los poderes supremos o soberanos tienen fisco y se identifican con el fisco — « princeps dicitur fiscus », « respublica, fiscus et princeps pro uno ponuntur » ... <sup>(19)</sup> —; y tal tipo de fórmulas se conservan y se reiteran a lo largo del XVII, tanto en los medios más regalistas o jurisdiccionalistas <sup>(20)</sup>, como en los más eclesiásticos, al fin y al cabo también interesados en la propia afirmación o imposición en el mundo católico bajo análogo principio de un fisco de titularidad pontificia <sup>(21)</sup>.

Pero tales fórmulas también se reiteran porque su claridad de principio no parece justamente reflejarse en la realidad de los hechos; la doctrina no sólo reafirma de continuo la identificación entre príncipe, en tal sentido soberano, y fisco, sino que de continuo también ha de negar su correspondencia a otras entidades: « Fiscum princeps, non barones, habent », debatiéndose la cuestión ya desde el problema de la facultad de confiscación que, tanto por su entidad sustantiva como por su conexión etimológica, podía

<sup>(18)</sup> I. LASARTE, *De decima venditionis*, 19, 8; G. GIRONDA, *De gabellis*, pr. 3; Gaspar PEGADO, *Liber unus quaestionum fiscalium*, Evora 1600, 3, 1; G. M. NOVARIO, *De gravaminibus*, 1, 149, 2.

<sup>(19)</sup> F. ALFARO, *De officio fiscalis*, 9, 5; A. OLIBA, *Ad Usaticum « Aliam namque »*, 6, 32, cuya identificación entre fisco, príncipe y república presenta otras implicaciones que luego tocaremos.

<sup>(20)</sup> A. RIPOLL, *Regaliarum tractatus*, 51, 1: « Ius regale est habere fiscum », afirmándolo especialmente frente a la pretensión contraria de la ciudad de Barcelona, a lo que habremos de referirnos, pero, y aparte el propio desarrollo de este capítulo 51 « de regalia habendi fiscum », en 2, 8: « Regaliae ius exercet dominus rex in personas ecclesiasticas » o « contra personas ecclesiasticas ». D. BALMASEDA, *De collectis*, 3, 15: « Habere fiscum de regalibus est », ahora frente a la pretensión especialmente de los señores, de lo que ahora tratamos.

<sup>(21)</sup> J. CASTILLO SOTOMAYOR, *De tertiis*, 16, 5, como supuesto asumido: « fiscus et rex seu princeps supremus non recognoscens superiorem ». Nicolás RODRÍGUEZ HERMOSÍN, *Allegationes fiscales, ad textum in capitulo « Vergentis » X. « de haereticis », de confiscatione bonorum in Sancto Officio Inquisitionis*, 1663 (*Opera Omnia*, IX, Ginebra 1741; a *Decretales*, 5, 7, 10), 1, 1, 3, 4: « Camera seu fiscus non possunt contingere nisi iure superioritatis, cum fiscalia de regalibus censeantur », aplicándolo también a continuación, entre otros sujetos, al pontífice. Cataloga material fundamentalmente inquisitorial Natividad MORENO GARBAYO, *Catálogo de alegaciones fiscales*, Madrid 1977, pero sólo de una determinada serie del Archivo Histórico Nacional (Madrid) y sobre documentación, no siempre además procedente de la parte fiscal, en mayor medida del siglo XVIII.

entonces atenderse primariamente para la propia caracterización fiscal del sujeto: «Facta de mero et mixto imperio investitura, omnes poenae veniunt et barones in locum fisci subintran», esto es, pudiendo aparecer así ya subrogados en la misma condición del fisco al menos los señores de mayor jurisdicción, aunque esto a su vez no sin resistencias de la propia doctrina o no sin sustantivas matizaciones o correcciones de los mismos que admiten tal posibilidad: «Fuit dubitatum an barones uti subrogati in locum fisci in feudalibus habeant tacitam hypothecam» sobre los bienes gravados y los de sus administradores como, según veremos, corresponde al fisco regio, mas «in contrarium fuit conclusum, quod nota quia, quando iurisdictio principis devenit in privatum, mutatur qualitas, et solum quod de iure vel privilegio feudatariis conceditur retinent», y, en fin, el principio general puede de nuevo reconducirse en este sentido frente a las mismas pretensiones señoriales: «Quod est memoriae tenendum, cum in omnibus praetendant barones habere privilegia fisci uti subrogati in eius locum, quod a vero est alienum»<sup>(22)</sup>.

El grado de matización o corrección a favor de los señores de la inicial atribución de la cualidad fiscal a los poderes superiores constituye realmente una variable entre las tendencias de los autores y los derechos particulares de los territorios, pero, a nuestros efectos, nos basta la problemática donde unas y otros han de situarse, o la constante del propio planteamiento de la cuestión. Pese al principio inicialmente contrario, los señores pueden participar de la cualidad fiscal al menos en el referido aspecto penal, y ello aun por efecto de la propia costumbre, sin necesidad siempre de privilegio o concesión expresa por parte del poder supremo del monarca, como imposición en definitiva tanto a la jurisprudencia como, con su mediación, a la soberanía de una evidencia de la realidad de la época; «si denegatur fiscus, non tamen potest negari quin sit apud eos (barones) quidquam aliud quod fisci locum et iura obtineat»<sup>(23)</sup>. Y la misma evidencia puede llegar a formu-

---

<sup>(22)</sup> Giovanni Francesco CAPIBLANCA, *Tractatus de iure et officio baronum erga vassallos burgenses*, Nápoles 1666, 8, I, 212 y 243; 2, 397 y 398.

<sup>(23)</sup> Joan Pere FONTANELLA, *Decisiones Sacri Regii Senatus Cathaloniae* (1638), Lyon 1668, 123, 18.



larse con un alcance más general: «Fiscus vassallorum idem ius habet quod fiscus principis, veluti in eius locum subrogatus»; «licet (barones) non habeant fiscum ... succedunt in locum fisci ... et habent iura fiscalia et privilegia fisci» (24).

Que, de alguna manera, con todos los matices y variantes del caso, los señores participan sustancialmente de la condición fiscal resulta una evidencia bastante generalizada en nuestra doctrina, pero una evidencia que, al fin y al cabo impuesta por la misma realidad institucional, la propia doctrina se resiste a admitir en sus términos más formales (25). El señor, formalmente, no constituye fisco aunque pueda en algún grado participar de los atributos que dicha constitución entraña; podrá también perfectamente aseverarse el principio contrario a dicha misma participación — «quibus privilegiis (regii fisci) non gaudent camerae dominorum vassallorum cum in eis cesset ratio publicae utilitatis» (26) —, pero la

(24) F. CAPECE GALEOTA, *Controversiae iuris illustrae* (1636), Venecia 1664, 2, 18, 31; G. M. NOVARIO, *De gravaminibus*, 2, 130, 4-15, aun intentando luego rebajarlos de forma más imprecisa y retórica: «Si olim sanctissimus appellatur fiscus regius ... isti aerarii hodierni et curiae coadiutores baronales possunt appellari infelices, misserrimi, et non fisci, idest, fixi et firmi, sed fisci, idest, sacci et fiscellae ...», con un juego etimológico de palabras que, por interesar a la concepción de la personalidad del fisco, luego trataremos; mas el propio autor vuelve a dicha corrección en término más precisos, 3, 14: «Vassalli gravantur quando barones in mulctarum exactione utuntur privilegiis fisci regii», conforme a la cuestión más sustantiva de los privilegios que también habremos de tratar.

(25) G. MASTRILLO, *De magistratibus*, 3, 10, 8 («dici poterit quod habeant fiscum improprie»); G. A. NOVARIO, *Ad Trium Librorum leges*, 10, 1, 4; F. AMAYA, *In Tres Libros*, 10, 1, 25; N. RODRIGUEZ HERMOSIN, *Allegationes fiscales*, 1, 1, 5. Fuera de la literatura de expresión latina o más propiamente situada en el ámbito del *ius commune*, es usual en este punto entre los juristas de la monarquía católica, y no sólo entre los españoles, la alegación, no totalmente contraria a la admisión de fisco señorial, de Jerónimo CASTILLO DE BOBADILLA, *Política para corregidores y señores de vasallos* (1597), Amberes 1704, 5, 6, 3, y 2, 16, 114, que pertenece de hecho a la rara especie de tratado de derecho común, con todas sus características tópicas, en lengua romance (Benjamín GONZALEZ ALONSO, *Sobre el Estado y la Administración de la Corona de Castilla en el Antiguo Régimen*, Madrid 1981, ps. 85-139, bien que faltando precisamente su ubicación entre la tradidística latina más cercana).

(26) Juan Bautista LARREA, *Allegationes fiscales* (1651), Lyon 1732, pr. 4-7, tras haber sentado igualmente que «fiscus proprie sit regis et principis», e insistiendo en ello frente a los que «censuerunt dominos vassallorum posse fiscum

composición general, a la que de igual modo se accede desde postulados aparentemente contrapuestos, responde a las coordenadas de denegación, de un lado, a los señores de la condición formal de fisco, y de admisión, de otro lado, de la evidencia de su participación en la fiscalidad y, ya en diverso grado según tendencias y derechos particulares, de su correspondiente acceso a algunos de los elementos de dicha condición fiscal.

De igual modo se plantea la cuestión respecto a las ciudades más autónomas o repúblicas no soberanas, apreciándose respecto a las mismas una más decidida denegación de la posibilidad de una constitución formalmente fiscal. «*Civitas non dicitur habere fiscum*»; «*regulariter bona civitatis et reipublicae non habent privilegium bonorum fiscalium*», bien que exista igualmente la evidencia de que «*in multis casibus bona reipublicae et bona fiscalia aequiparantur in privilegiis*»; no puede «*nullam rempublicam vel communitatem principem superiorem recognoscentem fiscum habere, licet bursam communem habeat*» (27). Respecto a ella se hace valer aún más inequívocamente el principio de vinculación a la soberanía de la condición fiscal, y ello aunque se reconozca la propia evidencia de una hacienda particular que en parte puede también participar de privilegios fiscales y que incluso puede responder a formas de carácter más público — *bursa communis* — de las que, según veremos, corresponderán a la propia institución fiscal de la soberanía.

Respecto al ámbito eclesiástico, puede en cambio hacerse notar cierta proclividad de nuestra doctrina al reconocimiento de carácter formalmente fiscal de sus dominios particulares, y especialmente de los episcopales, a los que suele ya aplicarse la consideración directa y singularizada de *fiscus ecclesiasticus*. No sólo a la iglesia universal,

---

habere», a cuyo efecto subraya una «*utilitas publica*» del fisco (I, 3, y alegación 59: «*Tributorum ratio*») que, como veremos, dista bastante de ser un postulado pacífico en la misma doctrina de la época.

(27) G. MASTRILLO, *De magistratibus*, 3, 10, 391 (ya tampoco ni siquiera Roma, 3, 10, 3: «*Roma urbs fiscum non habet ... sed camera papae fisci locum tenet*»); G. GIRONDA, *Tractatus de explicatione privilegiorum*, Madrid 1617, 382-384; F. ALFARO, *De officio fiscalis*, 7, 31. En todo caso, cabrá alguna excepción, que más tarde veremos, en el ámbito de las corporaciones territoriales más autónomas y superiores a las mismas ciudades.

o al pontífice como soberano, le corresponde dicha cualidad fiscal para la doctrina de la monarquía católica (28), sino que también otras potestades eclesiásticas de menor rango aparecen en algún grado revestidas de ella, ya sea por reforzarlas frente al fisco regio, desde posiciones eclesiásticas, ya por autonomizarlas frente al pontificio desde las regalistas, ya de hecho por haber mantenido su distinción de época anterior frente a cualquier derecho de soberanía. « Non solum civitas subdita nec baro habet fiscum, sed nec etiam episcopi secundum aliquos, sed hodie de consuetudine habent fiscum »; « licet de iure non possint habere fiscum cum recognoscant superiorem in summum pontificem, ... episcopi de consuetudine habent fiscum » (29).

En dichos acercamientos o, en casos, asimilaciones entre diversas fiscalidades, se procederá todavía con cautelas adicionales, procurándose salvar en las diversas vertientes del tema « differentiam inter tributa seu gabellas quae in recognitionem supremi domini aut pro regni defensione regi persolvuntur et inter alias collectas seu impositiones quae ex aliis causis inferioribus dominis praestari solent »; así, por ejemplo, en materia de prescripción extintiva en la que, según veremos, ya radicaba un importante privilegio del fisco: « Facilius praescriptio admittitur contra privatum, cui tributa vel aliud ius regale privilegio seu aliter debentur ».

(28) F. ALFARO, *De officio fiscalis*, 9, 9: el fisco corresponde a la iglesia universal; 10, 6: los obispos y otros « ecclesiastici fiscalium nomen usurpant ». A. S. GARONI, *In titulum « de iure et privilegio fisci »*, 3, 15, tratando la concurrencia entre privilegios que luego veremos: « Privilegium conquiescit si fiscum agat contra alium fiscum vel ecclesiam »; A. RIPOLL, *Regalium tractatus*, 16, 57, y 51, 54, operando la figura del « fiscus ecclesiasticus », junto a la del « fiscus Caesaris », y apareciendo en índice: « Fiscum habet curia ecclesiastica ». Naturalmente, la afirmación del fisco pontificio puede más resueltamente manifestarse fuera de la monarquía católica en medios eclesiásticos: Gianbattista de LUCA, *Theatrum veritatis et iustitiae*, II, *De regalibus*, Roma 1769, 149, 23.

(29) G. A. NOVARIO, *Ad Trium Librorum leges*, 10, 1, 5; G. M. NOVARIO, *De gravaminibus*, 1, 149, 5. También, J. B. LARREA, *Allegationes fiscales*, pr. 5, pese a se tendencia más contraria a reconocimiento de fisco señorial ya señalada; F. AMAYA, *In Tres Libros*, 10, 1, 25; N. RODRIGUEZ HERMOSIN, *Allegationes fiscales*, 1, 1, 5 y 12, también para el fisco de la Inquisición que especialmente le interesa, con precisiones sobre la monarquía hispánica en 1, 44, 13, y 1, 45, 1.

tur, quam contra fiscum » (30). En estas puntualizaciones y según tendremos también que ver con mayor detalle, todos pueden aparecer, ante el *fiscus regius*, como *privati*, incluidos los señores, y como tales al menos en principio privados de los privilegios específicamente fiscales, pero, entre unos postulados y otras puntualizaciones, no podemos ya olvidar que se ha introducido, afectando al propio concepto del sujeto fiscal o a la propia categoría de su distinción, toda la realidad social entonces contradictoria del mismo concepto.

La cual — conviene también dejar subrayado — escapaba en buena parte a las propias posibilidades de interposición del poder conceptualizado como soberano: puede participarse de la cualidad fiscal — esto es, según se especificaba, del propio *ius regale* — *privilegio seu aliter*, también *de consuetudine*; tanto por reconocimiento o concesión expresa por parte de dicho poder soberano, como también por la costumbre o por la simple circunstancia de que así, inmemorial o indocumentadamente, viniera aconteciendo, según en especial podía hacerse valer respecto a los fiscos episcopales aunque sin dejar tampoco de proclamarse, respecto a nuestra materia, en los términos más generales: « Consuetudo inmemorialis vicem legis habet »; « consuetudo immemorialis potentior est privilegio et est quasi alterum ius naturale immutabile » (31). Y

(30) Matías LAGUNEZ, *Tractatus de fructibus* (1686), Ginebra 1727, I, 15-4, 92 y 98; I, 20, 51, y 21, 79-80, presentando además las confiscaciones como « fructus » señorial.

(31) G. GIRONDA, *De gabellis*, I, I, 42 y 43; lo que puede especialmente hacerse valer respecto a los señoríos « qui apud nos *solariegos* nuncupantur et apud italos *de mansata* »; M. LAGUNEZ, *De fructibus*, I, 14-4, 109-124. G. MASTRILLO, *De magistratibus*, I, 11, 2: « In hac materia consuetudo potens est » (afirmación que, desde luego y como en su mayor parte esta a su vez más potente construcción doctrinal de la materia política bajo la monarquía hispánica, no se limita al reino de Sicilia sobre el que más particularmente versa). Y constituye éste un género de cuestiones, con todo su alcance, o bastante desatendido (así, particularmente, en los manuales de « historia del derecho español », demasiado atendidos a las manifestaciones más superficiales de la legislación real, superponiendo si acaso, pero no integrando, el *ius commune*), o, en el mejor de los casos, estudiado más respecto a la época medieval que a la moderna; véase especialmente, por el volumen de su información más que por la orientación de su análisis, E. CORTESE, *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico*, Milán 1962-1964, mediante su buen índice de materias.

el propio hecho de que la cualidad fiscal fuera considerada *regalia* <sup>(32)</sup> — concepto de facultad política del poder soberano, y no sólo de derecho económico <sup>(33)</sup> — no estorbaba propiamente a la misma doctrina; la categoría general de regalía también resultará, pese a su misma denominación, participable en muchos de sus elementos, y participable no sólo por vía de privilegio expreso procedente de la propia soberanía, sino también de la costumbre inveterada ajena a su disposición <sup>(34)</sup>.

En fin, de una forma o de otra, no puede en todo caso negarse que el fisco regio cuente con un principio de distinción entre las haciendas señoriales y corporativas de la época, un principio que quiere ya consecuentemente afirmarse desde el mismo punto de su nominación o apelación, pero este principio, ciertamente, no sólo no puede pacíficamente desarrollarse o aplicarse — de lo que ahora todavía toca tratar —, sino que incluso no puede netamente

<sup>(32)</sup> Aparte lo ya citado en tal sentido, I. LASARTE, *De decima venditionis*, pr. 5; A. OLIBA, *Ad Usaticum « Aliam namque »*, 5, 7 y 11; F. AMAYA, *In Tres Libros*, 10, 1, 24; D. BALMASEDA, *De collectis*, 3, 15; Diego Antonio FAJARDO, *Allegaciones fiscales in gravibus causis Mediolani*, Lyon 1671, 1, 13, 31, y 2, 33, 2179-2183.

<sup>(33)</sup> A. RIPOLL, *Regaliarum Tractatus*, 2, 17: « Regaliae magis constituntur in potestate regis quam in fructibus patrimonii », lo que especialmente hará valer respecto a las llamadas « regaliae maiores », y aun prefiriendo (1, 2-3), conforme por lo demás al uso del *Corpus Iuris Civilis* del derecho común (*Libri Feudorum*, 2, 56: « Que sint regalie »), el sustantivo *regaliae* al sintagma *iura regalia* que, por su mismo carácter adjetivo, podía entrañar una más fuerte vinculación a la soberanía. El uso sustantivo, en todo caso, ya era el más extendido en la época de la constitución recogida en dicho título de los *Libri Feudorum* o de formación del propio concepto: Johannes FRIED, *Der Regalienbegriff im 11. und 12. Jahrhundert*, ps. 454 y 527, en *Deutsches Archiv für Erforschung des Mittelalters*, 29, 1973, ps. 450-528.

<sup>(34)</sup> A. OLIBA, *Ad Usaticum « Aliam namque »*, cap. 6; F. DIEZ DE MENA, *De collectis*, 1, 11, 51; G. MASTRILLO, *De magistratibus*, 1, 12, 53, y 4, 2, 46 y 56; F. CAPECE GALEOTA, *De Officiorum et regaliarum prohibita sine principis auctoritate commutatione et alienatione eorumque restricta successione et ad dominium reversione*, Nápoles 1628, 9, 293, y 11, 456; G. M. NOVARIO, *De gravaminibus*, 1, 131 (aceptando igualmente la costumbre tras haber sentado que sólo pueden concederse « ex titulo vel privilegio »); A. RIPOLL, *Regaliarum tractatus*, 2, 9, y 11, 21; D. BALMASEDA, *De collectis*, 4, y 40, 25-26. De lo cual, y como todavía veremos, puede también beneficiarse el fisco regio respecto al pontificio: J. CASTILLO SOTOMAYOR, *De tertiis*, 3, 30.

mantenerse ni siquiera en la misma formulación del concepto o en el terreno aun más primario de la denominación. El príncipe soberano es *fiscus*; pueden también serlo los eclesiásticos; no, en cambio, señores y ciudades, aunque puedan todavía participar en algún grado de su condición; la distinción de algún modo existe, pero sólo como tendencia que, precisamente, no puede imponerse, y cuya verdadera entidad, por lo tanto, deberemos aun determinar.

3. Una condición fiscal verdaderamente singularizada no puede quedar definida en la época a favor o en cabeza de los poderes soberanos; éstos, en todo caso, la poseen de un modo genuino que puede conllevar, según ya se nos ha apuntado, la atribución o el reconocimiento de determinados derechos o particulares privilegios en la materia. Y, efectivamente, los privilegios correspondientes en el campo fiscal a los poderes soberanos aparecerán bajo dicha forma de determinación particularizada, sin que pueda llegar a afirmarse, como corolario de tal condición fiscal más propia o formalmente reconocida, la existencia de algún especial *ius fiscale* privativo de tales poderes. En principio, claramente, el fisco soberano se somete al mismo *ius commune* que todos los restantes sujetos o entidades de cualquier carácter.

La regla general es la de que tanto el sujeto fiscal como, en cuanto que puede contraponérsele, el sujeto privado de cualquier rango, se sirven de un mismo orden jurídico o se someten ambos a un mismo derecho. « *Fiscus utitur iure privati et suas actiones proponit sicut privatus, nisi in casibus in quibus in iure reperitur privilegiatus* »; « *fiscus in dubio privilegiatus non est* »; « *fiscus, in casibus non privilegiatis, iure communi utitur et privato aequiparatur* »; « *fiscus regulariter in agendo iure privati utitur* »; « *ubi fiscus non habet speciale privilegium, servatur ius commune* »; « *fiscus, nullo alio apparente, utitur iure privati* »; « *fiscus habens aliqua bona ex confiscatione vel successione, in illis utitur iure privati* »; « *fiscus utitur iure privati nisi specialiter reperiatur privilegiatus* »; « *fiscus in casibus in quibus non reperitur in specie privilegiatus, eodem iure quo alii uti debet* »; « *generalis sit regula quod fiscus in dubio utitur iure privati* »; « *de iure romano incipiendo a generalibus vera est conclusio, fiscum in*

dubio semper uti iure privati » (35). El principio no puede formularse más nítidamente, bien que ahora no venga precisamente a afirmar una distinción del fisco; mas, en todo caso, nuevamente la cuestión resultará bastante más compleja de lo que parece así anunciarse.

«Fiscus utitur iure communi», pero «fiscus ius commune non habet sicut privatus»: no le corresponde exactamente el mismo «ius commune privatorum» (36), pudiéndose anunciar ahora una más específica «tractatio spectans ad ius fisci» introducida en los términos de que «licet regulariter fiscus utatur iure privati, ... plura autem privilegia fisco concessa sunt propter publicas necessitates» (37). Mas no desbordamos todavía las coordenadas de aquel principio; el posible anuncio de algún especial *ius fiscale* que pudiera contradecirlo, sigue resolviéndose en la forma de corrección, mediante particulares privilegios, de un mismo *ius commune* general, esto es, en la falta de configuración de algún derecho fiscal propiamente dicho que pudiera ahora distinguir netamente a su sujeto (38). Dicho principio más bien se complicará

---

(35) Respectivamente, A. OLIBA, *Ad Usaticum «Aliam namque»*, 14, 126; A. TURAMINI, *Ad Modestini regulam*, 2, 1, 43; Jacopo MENOCHIO, *De praesumptionibus, coniecturis, signis et indiciis commentaria* (1587), Venecia 1609, 2, 72, 3; F. ALFARO, *De officio fiscalis*, 16, 10; G. GIRONDA, *De explicatione privilegiorum*, 1330; A. S. GARONI, *In titulum «de iure et privilegio fisci»*, 2, 2; G. M. NOVARIO, *De gravaminibus*, 2, 14, 6; F. AMAYA, *Observationes iuris*, 1625 (adicionadas a ed. cit. de los *Commentaria in Tres Libros*; y en éstos, 10, 1, 25), 3, 2, 24; J. P. FONTANELLA, *Decisiones*, 221, 4; A. RIPOLL, *Regalium tractatus*, 32, 5; F. CAPECE GALEOTA, *Controversiae iuris*, 1, 1, 30. Desde sus diversos supuestos, apuntaba un principio del género sobre todo, pero en todo caso más limitadamente, D. 49, 14, 6, formulándose ya claramente desde la jurisprudencia medieval: glosas *Ut iam* y *Praecipimus* a C. 10, 1, 16.

(36) N. RODRIGUEZ HERMOSIN, *Allegationes fiscales*, 1, 10, 15, y 1, 50, 9-10.

(37) D. BOLERO, *De decoctione debitorum fiscalium*, 5, 13, 1.

(38) A. OLIBA, *Ad Usaticum «Aliam namque»*, 5, 10: «Statutum est ius fiscale ut bona fisco aplicentur ut principes habeant nervos ad tuendum republicam», con las implicaciones de diverso signo que luego veremos. F. AMAYA, *In Tres Libros*, 10, 1, 26: «ius fisci» es todo el derecho «fisco competenti, sive iure communi aut particulari», mientras que «privilegium fisci» sólo es lo segundo, en base a los títulos ya citados del texto romano; igualmente, F. PUGA Y FEIJOO, *Ad titulum «de iure fisci»*, 79: «Pro coronide advertendum est hunc titulum de iure fisci distingui a titulo de privilegio fisci, nam in illo titulo tracta-

en virtud de que igualmente podía plantearse y aplicarse para el caso de otras entidades; así, para la eclesiástica: « Ecclesia, ubi non expresse sit privilegiata, utitur iure communi »; « ecclesia quoad res temporales utitur iure communi »; o también, y ya veremos hasta qué punto, con carácter general: « Privilegiatus quilibet in dubio iure communi censendus est »<sup>(39)</sup>. No sólo el *fiscus* resulta, dentro del *ius commune*, *privilegiatus*, y no sólo a él resultará aplicable el régimen o la composición de subordinación general a tal derecho común y excepciones particulares en determinados supuestos.

En principio, en todo caso, hemos visto que puede establecerse una especie de contraposición, como sujetos de diverso régimen, entre el *fiscus* y el *privatus* en general: « Habita relatione ad fiscum et comparatione ipsius, omnes dici privatos »; « omnis praeter fiscum et principem dicitur privatus »<sup>(40)</sup>, y aun de algún modo puede proyectarse dicha contraposición en la misma materia tri-

---

ture de peculiari fisci privilegio, quo fiscus habet tacitam hypothecam, cuius virtute caeteris creditoribus praefertur, ut patet ex toto titulo *de privilegio fisci*, reliqua vero fisci iura in hoc nostro tractantur, qua etiam ratione discriminandus est titulus *de iure dotium* a titulo *de privilegio dotis* »; así, cuando *ius fisci* no es simplemente *privilegium* o facultad singular con el correspondiente alcance, del que habremos de tratar, en ambos casos subjetivo, se identifica con el conjunto de sus *privilegia* más — y en el seno de — el *ius commune* que igualmente se le aplica, no apareciendo en caso alguno como un derecho objetivamente especial. D. A. FAJARDO, *Allegationes fiscales*, 2, 33, 2175 y 2183: un « *ius tributorum* », como « *ius regale* », se resuelve a su vez en facultad impositiva, y no tampoco en especie alguna de derecho fiscal objetivo.

<sup>(39)</sup> A. TURAMINI, *Ad Modestini regulam*, I, I, 29 y 31; I. PEREZ DE LARA, *De aniversariis et capellaniis libri duo*, 1607 (*Opera Omnia*, III, Lyon 1733), I, 12, 33.

<sup>(40)</sup> Fernando ARIAS DE MESA, *Variarum resolutionum et interpretationum iuris libri tres* (1641), Ginebra 1658, 2, 17, 31, en el seno precisamente de un supuesto contencioso entre privilegiados que ya estorbaba la sustanciación del principio; más incidentalmente, como suele ocurrir en esta doctrina, F. CAPACE GALEOTA, *Responsa fiscalia*, 28, 122: « ... igitur omnes civitates quae non habent fiscum, scilicet quae non sunt liberae sed subditae, privatorum nomen contineri »; N. RODRIGUEZ HERMOSIN, *Allegationes fiscales*, I, 3, 3: « dicendum est iudicem bonorum confiscatorum non posse cognoscere inter privatos, nisi causa vertatur inter privatum et fiscum ». Con muy relativo apoyo en el texto romano, según luego se apreciará, *privatus* y *fiscus* resultaban ya términos de tal forma contrapuestos en su lectura medieval: glosa *Respondisse* a D. 49, 14, 28.



butaria, queriéndose así distinguir, pese a las mismas fiscalidades señoriales, la imposición de la contratación: « Tributum autem dictum est quod ex privato in publicum tribuitur »; « tributum generaliter pro omni reditu fiscali intelligitur »; « tributum a solo rege ex iusta causa imponitur, census vero inter privatos contrahitur » (41); pero, con todo, seguirá sin poder apreciarse una verdadera conformación de tales ámbitos distintos de un *ius fisci* y de un *iur privati*; dicha serie de conceptos resultará más significativa en su frustración sustantiva que en su enunciación primaria, más en su segura negación ulterior que en su vacilante afirmación de principio. Incluso para asentarse aquella general o indistinta subordinación al *ius commune*, podía partirse de esta aparente contraposición entre el *fiscus* y el *privatus* (42), que posteriormente no sabe desde luego, ante las condiciones existentes, mantenerse. El concepto en sí de *privatus* ha de comenzar ya a desdibujarse en el mismo momento, entonces nada secundario, de entrada en consideración de otras figuras o entidades privilegiadas aparte del fisco. El supuesto de confrontación « inter fiscum et privatum » había de reconvertirse enseguida bajo la forma de « inter fiscum et alium privilegiatum » que radicalmente lo desvirtuaba (43).

De hecho, ciertamente, *privatus* no puede sin más identificarse con el sujeto no fiscal, pues también entrarían en su concepto al

---

(41) Juan Blas NAVARRO, *Disputatio de vectigalibus et eorum iusta exactione in foro conscientiae*, Valencia 1587, I, 7; F. ALFARO, *De officio fiscalis*, 20, III; Luis VELAZQUEZ DE AVENDAÑO, *Tractatus de censibus Hispaniae* (1612), Ginebra 1734, 2, 37, no pudiendo tampoco, como luego todavía veremos, mantener esta distinción de campos en este capítulo destinado a la definición de las clases de rentas comprendidas en tal término contractual de censo. De la cuestión así conexa, pero que ha de dejarse ahora al margen, de las limitaciones sustantivas y obligadas desvirtuaciones de las doctrinas contractuales en esta época, me he ocupado más generalmente en « Interesse »: *traducción e incidencia de un concepto en la Castilla del siglo XVI*, ps. 77-97, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 49, 1979, ps. 39-97.

(42) G. GIRONDA, *De gabellis*, 2, 2, 39: « In fisco nunquam praesumitur aliud speciale dispositum quam in privato »; A. TURAMINI, *Ad Modestini regulam*, I, 2, 13, respecto a los corolarios, que luego trataremos, de la etimología del fisco: « Ex his quis est qui non intelligat fiscum retinere qualitates quasdam quibus inspectis in quaestione dubia ei minus sit quam privatum favendum? ».

(43) J. MENOCHIO, *De praesumptionibus*, 2, 72, 1.

menos los señores <sup>(44)</sup>, mientras que a su vez *privilegiatus*, en cuanto que sujeto no absuelto del *ius commune* aunque sí beneficiado en él de cierta distinción, no sólo resulta, siéndolo también, el *fiscus*. La potencial identificación entre lo fiscal y lo público <sup>(45)</sup>, si desde luego puede rendir entonces buenos servicios ideológicos tanto a las tendencias más regalistas <sup>(46)</sup> como a las más corporativas <sup>(47)</sup>, tampoco podrá mantenerse con un mínimo de consecuencia. El señor en concreto podrá resultar *privatus*, no sólo ya en principio ante el fisco, sino también ante entidades corporativas <sup>(48)</sup>, pero

---

<sup>(44)</sup> Camilo BORRELL, *De magistratuum edictis tractatus*, Venecia 1620, I, 1, 38: « Privatus dicitur qui officialis non est aut qui dignitatem non habet », denotando claramente la condición señorial el concepto de dignidad; 4, 1, 28: « Si privatus, qui non est baro vel oppidi alicuius dominus, possideret ea quae privatus de iure communi possidere nequit, putat iurisdictiones ... », coligiéndose por el doble uso del término *privatus* que la precisión del primero es clarificatoria, y no especificativa. En todo caso, como todavía veremos, la cuestión había de resultar entonces forzosa y significativamente ambigua.

<sup>(45)</sup> Aparte la propia definición ya citada de *tributum* como transferencia « ex privato in publicum », D. BOLERO, *De decoctione debitorum fiscalium*, tit. 1: « Decoctio quid sit? Et quis proprie decoctus dicatur? Tam in debito particulari quam in publico vel fiscali », reiterando continuamente esta ecuación. En la vertiente penal, la facultad confiscatoria de la soberanía aparece generalmente como *ius publicandi*, o la confiscación como *publicatio*; G. PEGADO, *Quaestiones fiscales*, I, 8: « ... quia bona privatorum publica efficiuntur ». Aun situando justamente su materia en el ámbito del *ius commune*, lo que era especialmente de apreciar en el contexto de la historiografía jurídica española, no se detenía en estos pormenores conceptuales FRANCISCO TOMAS Y VALIENTE, *El derecho penal de la Monarquía Absoluta*, Madrid 1969, ps. 393-394.

<sup>(46)</sup> Ya se ha podido apreciar cómo se representaba la atribución de « multa privilegia » al fisco « propter publicas necessitates »; D. BOLERO, *De decoctione debitorum fiscalium* 5, 13, 1: « ... et quidam optima ratione quia est (fiscus) robur et fundamentum et veluti anima reipublicae, ... nam nihil aliud est fiscus quam populi patrimonium », a cuyas expresiones habremos de volver; D. BALMASEDA, *De collectis*, 92, 8: « Quam autem praelationem fiscus seu respublica pro collectis habeat? », no dejando desde luego de aprovechar tal asimilación, a la que volveremos como decimos.

<sup>(47)</sup> Así, por ejemplo, en un caso como el de Cataluña, en cuya doctrina habremos posteriormente de centrarnos para la consideración de la vertiente más sustantiva, a efectos conceptuales, de dicha asimilación entre república y fisco.

<sup>(48)</sup> G. MASTRILLO, *De magistratibus*, I, II, 13: « Haec autem regaliae ubi ad privatum ex principis concesione devenerint privata fiunt, in quibus non ut in publicis sed ut in privatis servandum est »; F. CAPECE GALEOTA, *Responsa*

a su vez podrá ser *publicus* en cuanto a su propia jurisdicción y fiscalidad y frente a sus vasallos <sup>(49)</sup>; como el fisco regio, con todo y según habremos más detenidamente que ver, sólo podrá resultar *publicus* en forma extremadamente relativa.

La cuestión entonces efectivamente se plantea en la forma de concurrencia de un *ius commune* que impera sobre privados y no privados — sobre señores y corporaciones tanto como sobre el fisco — y unos *privilegia* que ya operan diferenciadamente, y no sólo de modo binómico, para los diversos tipos de sujeto y que, en el caso del fisco, pueden en parte hacerse derivar de sus implicaciones públicas. Y tal composición, como veíamos, es general y,

---

*fiscalia*, I, 28, 116: «Respublica, civitas aut communitas non continetur appellatione privatorum» a ciertos efectos (aunque a los fiscales ya hemos visto que precisamente asevera lo contrario); D. BALMASEDA, *De collectis*, 115, I: «Postquam de collectis quae a supremis principibus fieri possunt dixerimus, et ab universitatibus, ... pro tractatus complemento de aliis collectis referre libet quae in aliquibus casibus inter personas privatas fieri debent». Pero esta condición ahora privada de los señores sobre todo puede apreciarse en cuestiones más concretas o bien sustantivas como la de las retribuciones de oficiales; Antonio FERNANDEZ DE OTERO, *Tractatus de officialibus reipublicae necnon oppidorum utriusque Castellae, tum de eorumdem electione, usu et exercitio*, 1632 (*Opera Iuridica*, I, Ginebra 1732), I, 16, 3-4, y 2, I, 52: mientras que «salaria praetoribus et iudicibus ordinariis persolvi debent ex bonis populorum», y no «expensis fisci», en cambio, «iudicibus per barones constitutis non debent persolvi salaria ex bursa communi et ex bonis populi, sed ex bonis ipsius domini»; M. LAGUNEZ, *De fructibus*, I, 21, 72-80.

<sup>(49)</sup> Aparte lo que en este orden ya se ha reflejado y lo que aun veremos para la materia más propiamente fiscal, ello puede a su vez especialmente apreciarse en la obligada irrupción de la materia señorial en el ámbito público, pese en momentos a sus mismos conceptos más primarios, observable en tratados como el *de magistratibus* de G. Mastrillo o el *de officialibus reipublicae* de A. Fernández de Otero; materia señorial que sobre todo resulta pública al contraponerse al ámbito familiar o doméstico del propio señorío, y pese a que, como habremos de ver, por otra vía, o a otros efectos, este ámbito familiar también deberá conceptuarse a su vez como público. G. M. NOVARIO, *De gravaminibus*, I, 80 y 82: «Quando utiles terrarum domini ac barones habent competentem familiam suae curiae, quae ei deservire possit, prohibentur cogere vassallos ad sirviendum ... Vassalli gravantur si pro suis privatis operibus publicum servitium imponeretur» (y en 30, 23-24, la correspondiente asimilación entre «privatus» y «domesticus» en tal sentido); M. LAGUNEZ, *De fructibus*, 25-I, 59, y 30, 23: «Distinguitur inter publicos et privatos sive domesticos concursus» en el interior de dicha misma materia señorial.

en ningún caso, específica de un derecho fiscal, cuyo sujeto realmente no monopolizaba dicho principio de excepción o privilegio. « Privilegium dicitur lex privata personae vel loci ... habetque vim legis »<sup>(50)</sup>, *lex privata* que, integrada y adaptada en el mismo *ius commune*, podía corresponder, con diverso contenido, tanto al fisco como a otros sujetos privilegiados; y, en general, « quaecumque persona privilegiata intra suorum privilegiorum terminos se continere debet nec uti privilegiis alterius »: no sólo ateniéndose en lo demás a dicho *ius commune*, sino incluso comprendiendo el ejercicio de tales derechos particulares dentro del sistema general de este orden común, pues, siempre, « privilegia stricti iuris sunt »<sup>(51)</sup>.

Más en concreto, por ejemplo y según antes ya se nos decía<sup>(52)</sup>, al fisco le corresponde un privilegio de hipoteca general en la ejecución de sus créditos en cuya aplicación no dejará usualmente de encontrarse con la concurrencia o el concurso de las demandas de otras entidades privilegiadas. En tal caso, en principio, parece que pueden prevalecer las garantías tanto de la iglesia, al fin y al cabo de condición fiscal, como del fisco regio: « Fiscus et ecclesia

---

(50) G. GIRONDA, *De explicatione privilegiorum*, I, entrando en la definición la cláusula « per principem concessa » que, como ya hemos visto, cede luego realmente ante la *consuetudo* señorial (lo que aquí — 225 — se llama muy expresivamente « ex genere et sanguinis »; véase, aun fuera de nuestro ámbito, André DEVYVER, *Le sang épuré*, Bruselas 1973, no siendo efectivamente cuestión ajena a la fuerza de dicha costumbre), aparte de que la misma cláusula no sería obviamente aplicable a los privilegios de la propia soberanía como los de nuestro caso fiscal; la cuestión de hecho se bifurca entre el tema sustantivo de los privilegios privativos de diversos sujetos o entidades y el formal del privilegio como acto de concesión regia o soberana a cuya consideración, mas sin abarcar así toda la materia, venía la referida cláusula. El posible equívoco entre ambas acepciones debe quedar advertido, por cuanto que no cabe aquí su tratamiento y no me consta que hayan sido tratados de otra parte estos extremos respecto a nuestra jurisprudencia moderna.

(51) A. TURAMINI, *Ad Modestini regulam*, I, I, 28, y 2, I, 42.

(52) Evidentemente, por sólo interesar a efectos ilustrativos, no vamos ahora a considerar el conjunto de los privilegios fiscales, que podía catalogar por encima del centenar F. ALFARO, *De officio fiscalis*, glosas 16 a 18. Este de la hipoteca ya opera destacadamente, como antes nos advertía F. Puga y Feijoo, en C. 7, 73 *de privilegio fisci*, bien que ahora, obviamente, haya de enfrentarse con problemas y sustanciarse de modo allí ni siquiera concebibles.

aequiparantur » (53), y no, ciertamente, las entidades llanamente señoriales o derechos sustancialmente también fiscales de otra titularidad: « Privilegium autem istud hypothecae non aequè competit pro tributis dominis et baronibus sicut regi » (54). Entre la iglesia y el fisco, por lo demás, tiende más a prevalecer la primera desde su propia perspectiva que el segundo desde la suya: *Hoc tollit fiscus quod non accipit Christus* (55).

A nuestros efectos, podrá resultar significativo, tanto que ceda aun en más casos la garantía hipotecaria de los créditos fiscales (56), como, y en mayor medida, que el mismo fisco se encuentre por ello en competencia con otros intereses que también se sitúan en su ámbito de un *ius publicum*. « Publica utilitas in fisco versatur » (57), mas no sólo tampoco en él; de hecho, aparecen, en orden a la misma determinación del rango hipotecario, diversos modos o *species utilitatis publicae* en cuya graduación el fisco ya se sitúa en una posición más bien intermedia, entre los intereses prevalen-

(53) A. TURAMINI, *Ad Modestini regulam*, 2, 1, 6-34; D. BOLERO, *De decotione debitorum fiscalium*, tit. 5; siendo extremo de posición pacífica por la misma atribución ya sabida de cualidad formalmente fiscal a la propia iglesia.

(54) F. DIEZ DE MENA, *Practicae quaestiones*, 1, 6, 3, 20; A. FERNANDEZ DE OTERO, *De officialibus reipublicae*, 2, 11, 25; aparte también, evidentemente, lo anteriormente citado sobre la condición formalmente no fiscal de los señores.

(55) J. GUTIERREZ, *De gabellis*, 169, 8; P. GOUDELIN, *De iure novissimo*, 6, 13; A. TURAMINI, *Ad Modestini regulam*, 1, 2, 21; D. BOLERO, *De decotione debitorum fiscalium*, 5, 2, 1. El refrán, en concreto, estaba recogido, de procedencia pseudoagustiniana, en el *Corpus Iuris Canonini (Decretum)*, 2, 16, 7, 8), y se transmitía ahora a veces, como en la literatura emblemática, en forma más intencionada todavía: « Quod non capit Christus, rapit Fiscus »; se interesó por el tópico, pero pasándole inicialmente inadvertida su fundamentación en el Decreto para toda la época del *ius commune*, E. H. KANTOROWICZ, *Christus-Fiscus*, en *Synopsis. Festgabe für Alfred Weber*, Heidelberg 1948, ps. 225-235, corrigiendo la inadvertencia en *The King's Two Bodies* cit., ps. 175-176 y 399. No se detiene en la materia de concurrencia de privilegios y prelación de fiscos el clérigo milanés Pietro MONETA, *Tractatus de decimis tam spiritualibus quam papalibus*, Roma 1618.

(56) Interesando a nuestros efectos el principio en la época de dicha solución; A. TURAMINI, *Ad Modestini regulam*, 1, 3, 30: « Inter duos privilegiatos, ille praefertur qui magis est privilegiatus ». J. MENOCHIO, *De praesumptionibus*, 2, 72, 21: « Privilegiatis duobus concurrentibus, is qui privilegium potentius habet praefertur ».

(57) F. CAPECE GALEOTA, *Responsa fiscalia*, 1, 28.

tes de la *ecclesia* y de la *respublica* y los que vienen a continuación de carácter familiar, nobiliario y ciudadano, participando todos ellos, aun en diverso grado, de este mismo ámbito de privilegio público y procediendo la misma graduación de una apreciación de creciente componente privado en los respectivos intereses: el fisco, como decimos, ya desde un primer momento en posición intermedia <sup>(58)</sup>.

Pero, ante la concreción de sus supuestos, ni siquiera tal posición se le respeta siempre al fisco; así, por ejemplo, frente a él pujan y en casos prevalecen, como igualmente públicos, determinados intereses familiares: «Fiscus et dos aequiparantur et pari passu ambulat circa praelevationis privilegium»; «dos est regulariter privilegiata, fisco vero in casibus lege expressis» <sup>(59)</sup>; en fin, puede «causam dotae praeferrri causae fisci» por la precisa razón de que «privilegium continens maiorem utilitatem publicam,

---

<sup>(58)</sup> D. BOLERO, *De decoctione debitorum fiscalium*, 5, 1, 11, con una expresión además de «corpus politicum» que, a estos efectos de definición del interés público, se sustancia especialmente en los magistrados y en los nobles o señores, así potencialmente, por esta vía, por encima también del fisco. Por su parte, y conforme a su planteamiento más publicista ya reseñado, P. GOUDELIN, *De iure novissimo*, 4, 18, y 5, 1, discutía las diversas formas de predicarse un *ius publicum* para privilegiar en su caso la materia política sobre la familiar, aun chocando también con dificultades a las que ahora nos referiremos. En el sentido que aquí nos interesa porque entonces prevalecía, se procuraba en este punto de la graduación de los privilegios marcar las distancias entre fisco y república: A. TURAMINI, *Ad Modestini regulam*, 2, 1, 41-42; G. GIRONDA, *De gabellis*, 2, 1, 54; sobre cuya relación habremos de volver. Ya discutía específicamente el tema el flamenco Peter VAN DER AA, *De privilegiis creditorum commentarius* (1560), en G. MEERMAN, *Novus Thesaurus* cit., II (1751), ps. 671-724, cap. 10 (que ya también se había recogido en el vol. XVIII de los citados *Tractatus Universi Iuris*, 1584; el título comentado *de privilegiis creditorum*, inexistente como tal en el texto romano, corresponde a D. 42, 5, a partir de ley 16). Era en todo caso cuestión ya presente, y no sin análogas vacilaciones, desde la primera jurisprudencia del *ius commune*: glosas *Contraxerit* y *Respondisse* a D. 49, 14, 28, *Et reipublice* a D. 24, 3, 1, y *Competunt* a C. 8, 17, 9.

<sup>(59)</sup> G. GIRONDA, *De gabellis*, 4, 1, 24; A. TURAMINI, *Ad Modestini regulam*, 2, 1, 28; J. MENOCHIO, *De praesumptionibus*, 2, 72, 4. Indicaba la equiparación entre dote y fisco Jesús LALINDE, *La dote y sus privilegios en el derecho catalán*, Barcelona 1962, ps. 161-163, pero desde una perspectiva particularista, sin advertir su pertinencia histórica al derecho común ni situarla en sus supuestos.

praeferrí debeat alteri continenti minorem » (60); y, en todo caso, la dote, desde luego, igual que el fisco, « extra privilegiorum casus expresse in aliis iure communi utitur » (61). Ciertamente que dicha prevalencia de la dote podía venir ya establecida por el mismo texto romano (62), pero, tras toda la labor de adaptación medieval y de crítica humanista, no puede explicarse simplemente por ello su reiteración o su vigencia: aquí, de hecho, se está reflejando al menos, y conforme a las posiciones del mismo *ius commune*, toda la persistente entidad política de las relaciones familiares, y especialmente de las de linaje señorial, durante esta época; o, dicho de otra forma al fin y al cabo más cercana a los planteamientos de la propia jurisprudencia del derecho común, la subsistente entidad *publica*, por encima incluso en casos de instancias anexas a la misma soberanía, de instituciones económicas familiares en el seno de tal derecho u orden social (63).

(60) A. S. GARONI, *In titulum « de iure et privilegio fisci »*, 3, 19. Carlo ROTA, *Legalis androgynus sive tractatus de privilegiis mulierum*, Nápoles 1665, 3, 4, 47: « Fiscus et mulier sunt pariter privilegiati, sed mulier praefertur in dote et aliis ».

(61) F. ALFARO, *De officio fiscalis*, 16, 11.

(62) D. 24, 3, 1, que en el *Corpus* del derecho común ocupaba el lugar más relevante de primera ley del *Infortiatum*, encabezando así uno de sus volúmenes: « Dotis causa semper et ubique precipua est nam et reipublice interest dotem mulieribus conservari ... », donde, aparte de que « semper et ubique » ya fuera una interpolación, « reipublice » era, por « publice », lección medieval, en base a la que podía mejor conectar con un *ius publicum* más sustantivo (por encima de su más simple entendimiento como derecho no dispositivo: Fernando MENESES Y PEDROSA, *Repetita praelectio ad titulum Pandectarum « de diversis regulis iuris antiqui »*, Salamanca 1665, a D. 50, 17, 27 y 45, respecto a la misma dote); también, para la cuestión hipotecaria más concreta, además de C. 8, 17, 12, la Novela 91 (*Authentica* 93), en cuya virtud P. GOUDELIN, *De iure novissimo*, 4, 18, 12, podía subrayar, con su sentido más publicista, que la prevalencia en tal grado de la dote pertenece más al « ius novum » que le ocupa, que al genuinamente romano más acreditado. Destacaba por otra parte la vigencia de estos principios en virtud de la traducción del propio derecho romano en las Partidas (especialmente, 5, 13, 33), J. CASTILLO SOTOMAYOR, *De iure repraesentationis circa fideicommissarias et primogeniorum successiones tractatus*, 1603 (*Quotidianae controversiae iuris*, III, Ginebra 1753), cap. 4.

(63) Aparte de que, fuera de nuestro ámbito, ésta sea materia últimamente más valorada y atendida por la historiografía, aunque sin particular interés tampoco por sus manifestaciones en el *ius commune* (aun aprovechando, como en el caso de Jean-Louis FLANDRIN, *Familles: parenté, maison, sexualité dans l'Ancienne*

Aparte, de otro lado, su situación entre otros privilegios menos políticos, la propia garantía hipotecaria del fisco también puede significarse frente a los derechos señoriales: « Facta feudi concessione fisco super eius fructibus tacita et expressa hypotheca competit », añadiéndose que, en virtud de un derecho supuestamente original o de procedencia de la soberanía, « maioratus, ducatus, comitatus et similibus dignitatum illustria in nostra Hispania ad instar feudorum fuerunt instituta » (64), con lo cual los señoríos, como tales especies de feudo, pueden resultar susceptibles del mismo sometimiento a privilegio fiscal en forma que ya puede ir reflejando la importancia del empeño de nuestra jurisprudencia por no conferir la cualidad formal de fisco a toda entidad que se beneficiara de derechos fiscales. Podría pensarse que, aun con argumentos de raíz feudal, estamos ya ante índices de un inequívoco predominio político de la soberanía, por cuya vía más sustantiva podrá venir ahora la distinción neta de su institución fiscal que no supo más directamente definirse (65).

---

*Société*, París 1976, el material en parte cercano, pero bastante menos afinado de las sumas de confesores), subrayaba entre nosotros la posición histórica de la categoría dotal en el derecho público Paolo UNGARI, *Storia del diritto di famiglia in Italia, 1796-1942*, Bologna 1974, p. 57, aun reduciéndolo a su aplicación al caso del fisco, como dote de la república, de que luego trataremos; investigaciones más específicas sobre la materia dotal en el *ius commune*, como especialmente la de Manlio BELLOMO, *Ricerche sui rapporti patrimoniale tra coniugi*, Milán 1961, ps. 61-130, no se han interesado particularmente por este orden de cuestiones.

(64) M. LAGUNEZ, *De fructibus*, I, 13, 89 y 96.

(65) Para una mayor precisión en nuestra literatura de tópicos de fundación del referido privilegio como el de que « princeps est fons omnium iurisdictionum », muy especialmente, con su acento bodiniano e incluso prehobbesiano en el que aquí no cabe detenerse, G. MASTRILLO, *De magistratibus*, I, I, I: « Magistratibus creatio est de regalibus et de iis quae ad supremam pertinent iurisdictionem »; pr. 54: « Possunt etiam barones regni magistratus dici », aunque también 3, 2, 52: « Princeps non potest statuta baronum subvertire ». Respecto a nuestra misma literatura, por lo general bastante desatendida pese al mismo interés historiográfico actual por el llamado « Estado moderno » que luego debatiremos, aborda este género de cuestiones, pero con bastante imprecisión, José Ma. GARCIA MARIN, *Le burocracia castellana bajo los Austrias*, Sevilla 1976; por su parte, en la línea ya referida, José Antonio MARAVALL, *Estado moderno y mentalidad social (siglos XV a XVII)*, Madrid 1972, no juzgó interesante a su objeto ni siquiera



Mas las cosas no serán todavía tan sencillas. Ya nos hemos encontrado con un privilegio de imprescriptibilidad de derechos fiscales de la soberanía; el mismo, que dista mucho de imponerse en términos absolutos y que, aunque en forma variable según los territorios, no deja de reducirse o corregirse a favor de los señores, se afirma y se aplica en la época más inequívocamente en favor de los dominios y derechos eclesiásticos, también señoriales aunque formalmente fiscales desde luego, en forma que en todo caso llega a imponerse frente al propio fisco regio: *ius amortisandi contra fiscum* <sup>(66)</sup>. Puede ser un ejemplo; el de la llamada *intentio fundata*, no menos crucial en las relaciones y potenciales conflictos entre entidades con derechos fiscales de diverso rango, podrá añadir alguna ilustración.

Representa este otro privilegio, en la parte que aquí nos atañe, un efecto de inversión de la carga de la prueba en las demandas del fisco regio en materia señorial, esto es, jurisdiccional o fiscal, bajo la suposición ya aludida de que derechos de esta índole proceden originalmente de la soberanía o pertenecen genuinamente a ella; con esto, y aparte de que el mismo fisco regio igualmente pueda gozar del privilegio procesal de conocer *in causa sua*, puede darse

---

consultar la doctrina más propiamente jurídica (su interés progresivamente predominante por la aun menos específicamente institucional dentro de la política, puede apreciarse en sus *Estudios de historia del pensamiento español. Siglo XVII*, Madrid 1977), de donde en gran parte, a mi juicio, las coordenadas anacrónicas de su composición.

<sup>(66)</sup> Aparte lo ya citado, P. GOUDELIN, *De iure novissimo*, 6, 13, 5 y 17; A. RIPOLL, *Regaliarum tractatus*, 43, 197-199. Frente a la tendencia más laxa del derecho castellano, que parecía preocupar en Portugal durante la integración en la monarquía católica, Pedro BARBOSA, *Commentarii ad rubricam et leges Codicis « de praescriptione 30 vel 40 annorum »* (C. 7, 39), Lisboa 1627, 6, 122-139. La misma idea de ubicuidad que podía defender de la prescripción se formó históricamente, como este mismo privilegio, antes para la iglesia que para el fisco: E. H. KANTOROWICZ, *The King's Two Bodies* cit., ps. 164-173 y 181-189; otro estudio más específico, pero de planteamiento más anacrónico, como el de Eduard MEIJERS, *Usucapione e prescrizione contro lo Stato* (1949), en *Etudes d'histoire du droit*, IV, Leyden 1966, ps. 157-174, puede precisar el alcance de los diversos textos donde se origina la cuestión y, en bastante menor medida, informar sobre su concreción en los derechos particulares, pero no introducir en los problemas más característicos del *ius commune* que aquí han de interesar.

por fundada su pretensión respecto a determinados derechos con sólo ser interpuesta: «Fiscus habet intentionem fundatam»; «princeps fundatam intentionem habet in omni castro et ad titulos exhibendos cogere potest»<sup>(67)</sup>; el señor, en cambio, sin condición formalmente fiscal, «si agit contra vassallum ipse debet suam intentionem probare», bien que esto a su vez tampoco sepa afirmarse sin excepciones<sup>(68)</sup>.

La cuestión en todo caso se discute, y sobre todo desde perspectiva eclesiástica, con apoyo en el texto romano y en la propia jurisprudencia medieval, alegándose que el derecho *commune* en este punto también «procedit respectu fisci et regis seu principis supremi non recognoscentis superiorem, qui non potest citare vassallos ut ostendant titulos quibus possident bona aut terras suas», debiendo jugar por ello la presunción más regular a favor del que posee, en este caso los señores demandados: «Ratio communis est quod fiscus, aut alius quicumque, uti actor, tenetur implere intentionem suam» supuesto ahora que «ducem, comitem vel marchionem praesumendum esse possidere ducatum, comitatum et marchionatum iure proprio tanquam liberum et allodialem, non tanquam feudum habitum a principe»; pero, a su vez, ello tampoco sabe — o, mejor, puede — mantenerse en todo su valor, admitiéndose ahora por vía de excepción casos que en otras posiciones constituyen principio<sup>(69)</sup>. De una u otra forma, puede considerarse que en materia fiscal por regla general, mas no absoluta, rige dicho importante privilegio procesal; mas, por

(67) F. CAPECE GALEOTA, *Responsa fiscalia*, I, 29, 92, y en sus *Controversiae iuris*, I, 2, 4; G. F. CAPIBLANCA, *De iure baronum*, 8, I, 136.

(68) C. BORRELL, *De magistratum edictis*, 4, I, 24.

(69) J. CASTILLO SOTOMAYOR, *De tertiis*, cap. 16, comentando y haciendo valer en particular el principio de carga de la prueba contenido en C. 3, 31, 11, que, sintomáticamente, precisa entonces interpretación, desde la jurisprudencia medieval, no perteneciendo al derecho romano ni siquiera el sintagma «fundata intentio»; Wolfgang WIEGAND, *Zur Herkunft und Ausbreitung der Formel «habere fundatam intentionem»*, en *Festschrift für Herman Krause*, Colonia 1975, ps. 126-170, como tampoco la misma tónica más general de las presunciones en materia dominical: Hans KIEFNER, «*Qui possidet dominus esse praesumitur*», en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Rom. Abt.*, 79, 1962, ps. 239-306; sin detenerse especialmente aquel, más interesado en otras vertientes del tema, y sin entrar éste en nuestras particulares cuestiones.

otra parte, tampoco debe olvidarse que los señores, al tiempo que así tampoco se ven incondicionalmente sometidos a dicho privilegio del fisco, cuentan a su vez con excepciones, como ya se nos decía, para valerse del mismo frente a sus propios vasallos (70).

En términos más generales, para la propia doctrina, si alguna regla existía, ésta era precisamente la de una potencial equivalencia del propio fisco con otras entidades de privilegio: «*Quod dictum est de fisco intelligendum est de ecclesia, matrimonio, dote, libertate, misera persona, liberis, causis studii et in omni causa favorabili*», cuya relación no deja de presentar interés con su acumulación de referencias a relaciones familiares y la aparición de otras a los estudios o universidades donde se guardaba el propio *ius commune* y a una *libertas* de carácter señorial y corporativo, bien que de intereses ahora también mercantiles (71). Y, entre todo ello,

---

(70) Aun afirmándose ello más claramente respecto a las ciudades; A. FERNANDEZ DE OTERO, *Tractatus de pascuis et iure pascendi*, 1631 (*Opera Iuridica*, II, Ginebra 1732), 9, 6, 8: «*Oppida in rebus contentis in territorio suo habent pro se praesumptionem iuris ... et super eo fundat intentionem suam universitas, ... et eadem ratione quidquid est intra fines feudi praesumitur feudale*». ALVARO VALASCO, *Tractatus de iure emphyteutico*, 1569 (*Opera Omnia*, IV, Ginebra 1735), 8, 7 y 22-25: gozaría de tal privilegio, además del rey, la iglesia, aun limitadamente, y todavía más restringida y problemáticamente los señores y las ciudades, defendiendo este criterio frente a la mayor indulgencia del derecho castellano respecto a señores e iglesia, cuya preocupación podía así pesar en Portugal antes de su integración en la monarquía hispánica, a lo que ya aludimos.

(71) J. GARCIA GALLEG0, *De hispanorum nobilitate*, I, I, 27; G. M. NOVARIO, *De gravaminibus*, 2, 138, y I, 173: «... favore libertatis ex quo mundus est communis patria singulis» en dicho sentido mercantil (Novario dice escribir su tratado «pro miserabilium personarum favore», mas ello se resuelve realmente en favor de los «cives» o «vassalli burgenses»; no he visto, del mismo G. M. NOVARIO, *Tractatus de miserabilium personarum privilegiis*, Nápoles 1623). Por su parte, las instituciones señoriales quedan de diverso modo implicadas en las referencias familiares y eclesiásticas, pudiendo derivar la circunstancia de que explícitamente no se les incluya en los índices más generales de valores más privilegiados, de su evidente falta de apoyo en término alguno del texto romano, lo que por lo demás tampoco estorba demasiado para la aplicación del correspondiente favor en la doctrina moderna (véase B. CLAVERO, *Mayorazgo. Propiedad feudal en Castilla, 1369-1836*, Madrid 1974, ps. 129-146); el mismo «favor libertatis» también podía desde luego todavía conectarse, conforme a lo ya visto respecto a la costumbre, con la autonomía señorial de raíz feudal; FRANCISCO SALGADO DE SOMOZA, *Tractatus de regia protectione* (1623), Lyon 1669, I, I, 35, en

el privilegio del fisco puede resultar efectivamente neutralizado: « *Fiscus adversus pariter privilegiatum non utitur privilegio suo sed remanet in dispositione iuris communis* »; « *privilegiatus contra privilegiatum, licet aliter potentius privilegium habeat, privilegio non utitur* » (72).

« *Inter fiscum et ecclesiam, fiscum et dotem, fiscum et libertatem* » — esto es, a nuestros efectos, en las pretensiones económicas o concurrencia de créditos del poder político ante entidades eclesiásticas, ante instituciones familiares o linajes señoriales, o ante intereses tanto también señoriales como municipales y mercantiles — no siempre prevalece desde luego el fisco (73). Y su posición, que parecía fortalecida desde su propia definición vinculada a la soberanía, podía además todavía profundamente debilitarse por la presencia en el texto romano, y en título *de iure fisci*, de un capítulo, *regula* o *lex* que, en términos relativamente genéricos, no le guardaba precisamente mucha consideración — « *Non puto delinquere eum qui in dubiis quaestionibus contra fiscum facile responderit* » — en el cual capítulo hubo de venir forzosamente o cifrarse el debate más general de esta cuestión esencial del grado de privilegio del fisco, debiéndose ante todo a este efecto, para la neutralización de tal regla, hacer valer el mismo principio de su subordinación al *ius commune*, que habría ahora de protegerle frente a un trato de desfavor (74). « *In dubium contra fiscum pronuntiandum* » es, en todo caso, una lectura lógica de dicho capítulo que la doctrina fiscal habrá de conjurar, colacionándose

---

su vertiente de « *libertas ecclesiastica* », aun con todo su regalismo. Y la consideración que a determinados privilegios guarda, como *libertates* ilegislables, la jurisprudencia del *ius commune*, así como su referida afirmación de la *consuetudo* en el ámbito señorial, no habrían de olvidarse cuando se trate, como posteriormente haremos, el fundamento o las raíces de su autoridad.

(72) J. CASTILLO SOTOMAYOR, *De iure repraesentationis*, 4, 24; G. F. CAPIBLANCA, *De iure baronum*, 8, I, 350.

(73) Aparte lo ya indicado, para estas expresiones, A. TURAMINI, *Ad Modestini regulam*, 2, I, 24.

(74) A. S. GARONI, *In titulum « de iure et privilegio fisci »*, 4, 8, tras resumir la polémica anterior sobre D. 49, 14, 10, o « *ley* » *non puto* que es la citada en el texto; en Milán, antes del periodo hispánico, ya se había enfrentado también con la cuestión E. BOSSI, *Tractatus varii*, tit. *de fisco*, 74-78, con tendencia similarmente reductiva de la dichosa regla.

otras expresiones menos específicas del propio texto romano y abundándose en las ecuaciones más favorables al sujeto fiscal: « Immo in causa dubia, et in quas difficultates emergunt contra fiscum, magistratus non possunt resolvere contra fiscum vel regem » (75).

La doctrina, con todo, encara la misma dificultad de « hac ipsa regula cum fisci privilegiis concilianda », constituyendo estos privilegios, en su grado moderno de desarrollo, así de hecho un dato de partida tan incontestable como el de la propia autoridad del texto romano (76); las interpretaciones directamente restrictivas de esta llamada *lex « non puto »*, que ya pudieron operar en la jurisprudencia medieval, no resultan convincentes a la luz de la propia crítica textual de matriz humanista (77), por lo que debe todavía de alguna forma reconocerse que en el propio *Corpus Iuris Civilis* existe un principio general de depreciación del fisco: « Quapropter sciendum est res ficales quasi proprias et privatas ipsius principis, non quasi publicas, censi, ... quo stante, ad publicam utilitatem pertinere ut in dubio pronuntietur contra fiscum », sobre el entendimiento ahora de que, pese a su misma definición, el sujeto fiscal no ha de identificarse enteramente, ni sus intereses coincidir, con la soberanía, a cuyo ámbito público o político no pertenecería, y retornándose así obligadamente a planteamientos

(75) En el mismo Milanesado, donde, como en Cataluña según veremos, dicha ecuación podía resultar precisamente más problemática, D. A. FAJARDO, *Allegationes fiscales*, I, 9, 282-288, siendo D. 50, 17, 86, el capítulo especialmente contrapuesto, con toda su generalidad, a D. 49, 14, 10.

(76) A. TURAMINI, *Ad Modestini regulam*, pr. y 1, 1, 2, haciendo valer que ya la jurisprudencia medieval, en el comentario a C. 10, 1, venía representando privilegios fiscales en palmaria contradicción con D. 49, 14, 10.

(77) Lo discute amplia y solventemente A. TURAMINI, *Ad Modestini regulam*, I, 1, frente a la interpretación de algunos entre los mismos humanistas que habían querido limitarla al supuesto penal confiscatorio, o que llegaron a reputarla falsa, pero más en especial frente a la tradición del *ius commune* medieval, en base a las propias consecuencias de la filología humanista, y frente a su tendencia desvirtuadora a fuerza de distinciones, tendencia todavía potenciada en la doctrina fiscal moderna desde el propio M. A. PEREGRINO, *De iure fisci*, 6, 6, 22; también, de nuevo en nuestro ámbito, tanto de la monarquía hispánica como en este caso también de cierta influencia humanista, frente a la idea de J. MENOCHIO, *De praesumptionibus*, 2, 72, 17, de reducirla a materia de arbitrio judicial.

de menor distinción del fisco, pese a su misma titularidad, respecto a otros sujetos o instituciones sociales, sin detrimento final de los particulares privilegios que el propio *ius commune* le reconozca <sup>(78)</sup>.

Con ello, en fin, resistiéndose realmente en este contexto institucional a ser netamente aprehendida la figura del fisco, reaparece, como cuestión decisiva para la propia legitimación de sus privilegios o de su régimen particular más sustantivo, el problema de su misma identidad; y reaparece, muy especialmente, en la vertiente todavía no considerada de su definición respecto, no a otros sujetos políticos o sociales, sino al propio titular de la soberanía al que el mismo fisco corresponde y con el que, pese a ello, no pudiendo en dicho contexto compartir su posición, no cabe ciertamente identificarle. Una cuestión desde luego no prevista en la definición primaria de nuestro objeto, como es ésta de su distinción respecto a su mismo titular, podrá abrirnos nuevas perspectivas y conducirnos, de hecho, a los supuestos y a las coordenadas que suscitarán en la época una problemática de personificación de tal objeto.

4. Considerando la definición del fisco entre las diversas y heterogéneas entidades de la época con derechos fiscales, se nos aparecía fundamentalmente en la posición o bajo la forma de objeto: dichas entidades *habent fiscum* o no lo tienen. Considerando su régimen, aunque pudiera también permanecer en semejante posición, no ha dejado de apuntarse cierta tendencia a su presen-

---

(78) A. TURAMINI, *Ad Modestini regulam*, 1, 2, 2, con apoyo literal, bien que tampoco a su vez verdaderamente filológico, en D. 43, 8, 2, 4, para la consideración privada del fisco, de lo que todavía tendremos que ocuparnos; y para su menor indistinción, del modo que ya se ha reflejado, ha de abundarse sobre todo en su sometimiento al *ius commune*; en 2, 2: « Adnotantur varii casus in quibus cessat Modestini placitum eoque non obstante fisco favendum est », bajo el supuesto final de que « *regula non puto subsidiaria est ad alias regulas* », esto es, pudiendo finalmente confluir en el régimen realmente *communis* pese, como ya hemos visto en otros capítulos, a la aparente disparidad de algunos principios de partida y gracias a la misma labilidad, no sólo de los tópicos del caso, sino también, con su carácter propiamente no sistemático, escasamente conceptual y nula-mente categórico, del texto romano que en buena parte, conforme a su autoridad, ha de generarlos. Habremos de volver al tema.

tación como sujeto: *fiscus iure privati utitur* o puede, en su caso, valerse de determinados privilegios; como sujeto además, según hemos visto, potencialmente diferenciable de la propia soberanía bajo cuya titularidad se halla. Como objeto y como sujeto, habrá todavía de conformarse su concepto; como objeto, todavía, en cuanto que patrimonio precisamente situado en el seno de la soberanía, bajo la titularidad del príncipe, mas también, en nuestro supuesto de repúblicas no soberanas y en todo caso entonces entre dominios eclesiásticos y señoriales, con alguna relación a otras entidades políticas más o menos personales, sobre todo desde que, de alguna manera, hubiera de conferírsele cierto carácter público.

Aunque ya hemos visto que, para la demarcación del fisco dentro del ámbito de la soberanía, podían aplicarse calificaciones más bien privadas, la tendencia inicial de nuestra doctrina responde al establecimiento de un fisco precisamente *publicus* frente a otros conceptos patrimoniales o frente a alguna *res privata* del propio príncipe, pese esto a las mismas dificultades que entraña la proyección de una distinción del género en el texto romano que, aparte siempre su autoridad, acuñara los respectivos términos <sup>(79)</sup>. Y no faltaba entonces, ni cierta constancia de dichas contradicciones <sup>(80)</sup>, ni, sobre todo, la conciencia de que la realidad de las cosas tampoco respondía precisamente a dicha demarcación: « Aio distinctionem illam non servari in praxi » pues, al menos, constituye

---

<sup>(79)</sup> J. GARCIA GALLEGO, *De hispanorum nobilitate*, 2, 1, 2, y 3, 1, 19; P. GOUDIN, *De iure novissimo*, 5, 8; A. TURAMINI, *Ad Modestini regulam*, 1, 2, 17-18; A. OLIBA, *Ad Usaticum « Aliam namque »*, 5, 8; 6, 23, y 14, 125; F. AMAYA, *In Tres Libros*, 10, 1, 10-21; A. RIPOLL, *Regaliarum tractatus*, 2, 4, y 51, 7-8; J. B. LARREA, *Allegationes fiscales*, pr. 3; G. F. CAPIBLANCA, *De iure baronum*, 8, 3, 147. La afirmación más privatista del fisco en el texto romano, ya aludida (D. 43, 8, 2, 4, no faltando posibilidades en otro sentido: D. 50, 16, 17), la habían transmitido literalmente también tanto F. LUCANO, *De privilegio fisci*, 1, 127, como M. DA LODI, *De fisco*, 109. Y véase E. H. KANTOROWICZ, *The King's Two Bodies* cit., ps. 170-171 y 178-180.

<sup>(80)</sup> F. AMAYA, *In Tres Libros*, 10, 1, 15: « ... alterum (aerarium) vero privatum, in quo erant pecuniae ad principis utilitatem spectantes, quod speciali nomine dicebatur fiscus »; y el debate del tema en F. PUGA Y FEIJOO, *Ad titulum « de iure fisci »*, 4-21.

« fundatam praxim observatam in Hispania » que « non est facienda differentia inter res privatas regis et regni et fiscales » <sup>(81)</sup>.

Los términos de cualquier distinción en este terreno « confunduntur et fiscus dicitur regis patrimonium, sive ex publica, sive ex privata sit causa », esto es, « hodie non est differentia inter bona principis et fisci » <sup>(82)</sup>. « Priscis temporibus fiscus erat privatus principis thesaurus distinctus ab aerario publico », mas hoy, « ut onera publica cuiusmodi sunt tributa, sicut omnia alia ad principem pertinentia, fiscalia appellentur » <sup>(83)</sup>; más en concreto: « Aeraria sive patrimonia regia gaudent eisdem privilegiis » que se definen para el fisco, pues « aeraria distincta iam hodie non habent principes » y « iam rediguntur in fiscum omnes proventus, gabellae, tributa, vectigalia, quae in compendium veniunt reipublicae » <sup>(84)</sup>.

En fin, la *res fiscalis*, que así parece no querer distinguirse de la soberanía, puede perfectamente identificarse con todo el pa-

<sup>(81)</sup> J. GARCIA GALLEGRO, *De hispanorum nobilitate*, 3, 1, 22-24, parcialmente ya citado, refiriéndose de hecho a una distinción tripartita, con un término intermedio que luego abordaremos. F. AMAYA, *In Tres Libros*, 10, 1, 20-21: la evidencia filológica de que « res privatas principis dicitur fiscus ... magis hodie procedet, cum principes non soleant habere aeraria distincta, sed omnes redditus simul colligantur », lo que afirma frente a la propia tradición escolástica o frente a la tendencia de la jurisprudencia medieval que aun se enseña en las universidades o, en concreto, « in scholis salmaticensis » (con bases como las glosas *Omnia principis* a C. 7, 37, 3, y *E iure fisci* a C. 10, 1), y más en particular frente a García TOLEDANO, *Lucerna rubricarum et titulorum in Tres posteriores Libros Codicis*, Madrid 1613. En el mismo sentido que Amaya, N. RODRIGUEZ HERMOSIN, *Allegationes fiscales*, 1, 2, 5.

<sup>(82)</sup> F. ALFARO, *De officio fiscalis*, 9, 4; 20, 1-9 (toda « disputatio », por ello, ya resulta « superflua »), y 37, 1, colacionando finalmente el propio testimonio del título de su nombramiento como fiscal: « Os den y paguen por los tercios de cada un año de cualquier hacienda mía ». Independiente Portugal, y pese a las reservas ya detectadas frente a la doctrina castellana, este extremo puede precisarse con su apoyo en el mismo sentido: Domingo ANTUNES PORTUGAL, *Tractatus de donationibus iurium et bonorum Regiae Coronae* (1672), Lyon 1726, 3, 43. Un *Tractatus de regio patrimonio* que a García de Girona, en base a sus propias manifestaciones, atribuye Nicolás ANTONIO, *Bibliotheca Hispana Nova* (1672), Madrid 1788, *sub nomine*, no parece que llegara realmente a publicarse.

<sup>(83)</sup> F. CAPECE GALEOTA, *Responsa fiscalia*, 28, 124, ya citado, y en sus *Controversiae iuris*, 1, 1, 25: « Fiscus nihil aliud est nisi bursa principis ».

<sup>(84)</sup> N. RODRIGUEZ HERMOSIN, *Allegationes fiscales*, 1, 2, 6-8, aunque no dejen tampoco de reaparecer aquí distinciones de sabor feudal, como luego veremos.



trimonio indistinto, y con ello *privatum*, del príncipe, pero al tiempo puede también, tendiendo así en cambio a distinguirse, aparecer como patrimonio *publicum* relacionado, ya no sólo con la soberanía, sino aun más especialmente con la *respublica*; al mismo tiempo, efectivamente, el fisco aparece en todo caso con fuertes connotaciones privadas por haberse de identificar con el patrimonio del príncipe y con no menos marcadas implicaciones públicas al haberse igualmente de referir a otras funciones menos personales de sus respectivos derechos o a su misma procedencia de la república, en su sentido más general.

La mediación del fisco entre príncipe y república suele a su vez presentarse y configurarse mediante conceptos de carácter sustancialmente privado o no político: constituiría, por ejemplo, la dote que la segunda prestaría al primero por causa y para el sustento de su unión indisoluble <sup>(85)</sup>; mas no son éstos ya conceptos sin determinados efectos políticos. De una parte, el fisco en cuanto que dote habría precisamente de destinarse « ad sustinenda onera » o « ad conservandum statum reipublicae » <sup>(86)</sup>, condicionado ya así la titularidad y limitando la disposición del príncipe; de otra parte, la propia república, en virtud de todo ello, podría contar con determinadas garantías y posibilidades de intervención en este terreno fiscal, potenciándose en su caso a dicho efecto las cortes o parlamentos y otros organismos de actuación corporativa y de composición también parcialmente señorial.

---

<sup>(85)</sup> Véase E. H. KANTOROWICZ, *The King's Two Bodies* cit., ps. 212-231. La privacidad puede llegar incluso al punto de que se configure la imposición fiscal como alimentos debidos por la república al príncipe soberano, junto a este otro tópico de la dote, más general y de efectos menos rigurosos; J. B. LARREA, *Allegationes fiscales*, 59, 17: « Tributa sunt alimenta principis et quocumque modo ei debentur », extrayendo sus consecuencias nada metafóricas; tampoco deja en otros casos de acudir a su asimilación — más que analogía, en todo caso de efectos más sustantivos que los de interpretación — a la institución dotal el propio J. B. LARREA, *Decisiones Sacri Regii Senatus Granatensis Regni Castellae* (1636), Lyon 1729, 85, 6. Y aparte lo que ahora veremos respecto a Cataluña.

<sup>(86)</sup> J. B. LARREA, *Allegationes fiscales*, pr. 2: « Est igitur fiscus repositorium pecuniae quae ad principem pertinet ad statum publicum sustinendum »; A. RIPOLL, *Regaliarum tractatus*, 7, 8-18, aparte todavía otra doctrina catalana que luego se citará.

La misma diferencia formal que quería establecerse, como públicos, entre impuestos fiscales e impuestos señoriales habría de proceder teóricamente, como ya se nos indicara, de que los primeros se prestarían precisamente « pro defensione regni » o de la propia república; y la misma acentuación consiguiente, por esta vía, de la condición privilegiada del fisco podía fundarse, según también ya hemos visto, en dicha supuesta vinculación del mismo con la propia república: « Plura privilegia fisco concessa sunt propter publicas necessitates, ... quia est robur et fundamentum et veluti anima reipublicae, ... nam nihil aliud est fiscus quam populi patrimonium » (87). Y, aparte los propios argumentos ideológicos desde luego nada de despreciar, todo ello no dejará de poder sustanciarse de algún modo, aunque en muy diverso grado, en los distintos territorios, lo cual, como venimos repitiendo, aquí sólo nos interesa en cuanto que pueda incidir en la problemática más general.

« Statutum est ius fiscale ut bona fisco aplicentur ut principes habeant nervos ad tuendam rempublicam, ... ut negotia regni administrentur cum pecuniis fiscalibus », lo que implicará, entre otras consecuencias, que toda nueva imposición ya haya de establecerse, para la apreciación de dichas motivaciones y finalidades, mediante acuerdo corporativo de la república o consentimiento de los respectivos estamentos *in curia generali*; es una de las formas, como decíamos, de posible sustanciación del principio de aplicación del régimen dotal a los derechos y bienes fiscales « quae populus regi praestat ad sustinenda onera reipublicae » (88). La imposición de tributos en su sentido formalmente fiscal se concebía, en sí, como una regalía soberana, pero, y aparte otros condicionamientos ya conocidos, la misma podía verse sometida a tal intervención en la medida en que pudiera afirmarse su carác-

---

(87) M. LAGUNEZ, *De fructibus*, I, 15-4, 92; D. BOLERO, *De decoctione debitorum fiscalium*, 5, 13, 1; D. BALMASEDA, *De collectis*, 92, 8; ya citados.

(88) A. OLIBA, *Ad Usaticum « Aliam namque »*, 5, 8, 10, también en parte ya citado, y 6, 23 y 43, sobre los que todavía habremos de volver. Aunque para la misma Cataluña, y en otro sentido que ya ha surgido pero sobre el que también hemos de retornar, anteriormente, J. CALLIS, *Margarita fisci*, 8, 16 y 29: « Princeps est communis persona ... Princeps et respublica idem sunt ».

ter público en relación a un concepto de república de formación y actuación corporativa y señorial <sup>(89)</sup>. Y ello, en cuanto que efectivamente se sutanciaba de una forma y en un grado muy diverso en los distintos territorios de la monarquía, podía también conducir a concepciones más diferenciadas y plurales del fisco, con independencia de la unidad del propio poder soberano, conforme a la autonomía de dichos territorios: «Fisci ubi diversi sunt quaelibet bona applicantur fisco territorii ubi bona sita sunt» <sup>(90)</sup>.

Si antes se nos decía que, de hecho, existían fiscos eclesiásticos y, aunque sin tal condición formal, señoriales no anejos a la soberanía, ahora se nos puede añadir que también resultaba factible la conformación de fiscos particulares de los diversos territorios, aun bajo la misma soberanía, o de fiscos, al menos, de aquellos territorios cuya autonomía se hubiera institucionalmente traducido en las referidas formas de intervención de la república. En este caso, por ejemplo, bajo la misma monarquía católica y en el territorio catalán, una *Domus Deputationis*, representante permanente del principado, puede venir prácticamente a situarse en los mismos terreno y rango que el *Fiscus Regius*: «Regalia exequendi debita fiscalia fuit communicata deputatis Generalis Cataloniae pro exigendis tributis Generalitatis» en cuya virtud «Deputatio Cataloniae habet fiscum» <sup>(91)</sup>.

---

<sup>(89)</sup> A. RIPOLL, *Regaliarum tractatus*, I, 12; 2, 20, y 4, 1-13; J. P. FONTANELLA, *Decisiones*, 217; J. B. LARREA, *Allegationes fiscales*, 59, 9; G. F. CAPIBLANCA, *De iure baronum*, 8, 2, 50; D. BALMASEDA, *De collectis*, 3, 1, y 42, 24; D. BOLERO, *De decoctione debitorum fiscalium*, 5, 11, 7; aunque, por imperativos de la propia realidad institucional, los juristas de formación castellana tenderán a minimizar o a anular la exigencia de esta intervención corporativa bajo forma de cortes, virviendo así en exclusiva el enjuiciamiento de la imposición al tema de la *causa* apreciable en su soberanía por el propio príncipe o, más precisamente, por la propia doctrina, formación canónica incluida: J. GUTIERREZ, *De gabellis*, 2, 25; F. ALFARO, *De officio fiscalis*, 20, 112; A. FERNANDEZ DE OTERO, *De officialibus reipublicae*, 2, 11, 27-32 (tema de la *causa* también general en todo caso: E. CORTESE, *La norma giuridica* cit., I, ps. 269-271; Paolo GROSSI, *Ricerche sulle obbligazioni pecuniarie nel diritto comune*, Milán 1969, ps. 80-82).

<sup>(90)</sup> N. RODRIGUEZ HERMOSIN, *Allegationes fiscales*, I, 45, 11, bien que refiriéndose al fisco inquisitorial, pero ahora veremos que sus expresiones pueden servirnos a otros efectos.

<sup>(91)</sup> J. P. FONTANELLA, *Decisiones*, 254 y 255; A. RIPOLL, *Regaliarum tractatus*, 32, 57, y 51, 35-37. La idea de existencia de un fisco particular hubo espe-

En estos supuestos, distinciones patrimoniales que antes veíamos rechazadas por ineficaces en el ámbito más general de la monarquía, pueden todavía mantenerse. «Fiscalia sunt quae populus regi praestat ad sustinenda onera reipublicae, haec nulli sunt per principem concedenda», sometidos al régimen de intervención por la república; «patrimonialia sunt quae ad usum principis sunt deputata et quae patrimonio principis incorporantur», como, entre otros, los que proceden «ex redivibus regii, ... vel illi legata sunt aut donata, aut quae ex fructibus iurisdictionis ad eum pervenerunt, ut ob confiscationem ex causis et delictis ex quibus confiscatio sit», los cuales derechos, en cambio, «potest princeps alienare, donare, sicut si res essent privatae, non enim sunt fiscalia»<sup>(92)</sup>.

Para la misma afirmación del carácter fiscal, y con ello intervenido, de la imposición y administración vinculada a la república o a los órganos corporativos del territorio, puede querer mantenerse la significación de unos elementos más patrimoniales que en otros territorios o desde la perspectiva más general de la monarquía ya podían parecer irrelevantes al efecto, o, más sustantivamente, puede querer acentuarse la concepción privada de los derechos más patrimoniales de la soberanía, existentes en algunos territorios, con dicho objeto de asegurar la mayor intervención de la imposición más general dentro de los mismos; y ello, implicando también de hecho la calificación patrimonial de los derechos de la misma soberanía exteriores al propio territorio y no interesantes a su intervención, de aquellos derechos que, en otras latitudes de la monarquía de más débil constitución republicana como era precisamente el caso de Castilla, podían aparecer como fiscales, y como más característicamente fiscales, sin merma por lo demás de su carácter patrimonial. En el ámbito más general

---

cialmente de afirmarse también en el caso de Milán, defendiéndose su continuidad entre la época ducal y las de integración en unidades superiores: E. BOSSI, *Tractatus varii*, tit. de fisco, 69, de cuyo argumento luego nos ocuparemos.

(92) A. OLIBA, *Ad Usaticum «Aliam namque»*, 5, 8, y 6, 23, aunque estos principios, como ya ha podido reflejarse y pese a atribuirse fisco a la Generalidad, ya remiten en el *Regalium tractatus* de Ripoll. Pero, como venimos advirtiendo, no nos ocupa la cuestión en cada territorio sino tan sólo en la medida que pueda incidir en los conceptos más generales o ayudar a clarificarlos.

de la monarquía siempre más conectado al caso castellano <sup>(93)</sup>, como ya hemos visto, la propia refundición en el fisco de todos los ingresos y derechos relevantes de titularidad y percepción regia podía ya haber privado de significación a un concepto específicamente patrimonial como no fiscal: aquellos *fructus iurisdictionis*, en su caso, entrarían en el fisco de la misma forma que la más regular imposición, en el ámbito político tanto como, aunque aquí sin consideración formalmente fiscal, en el señorial <sup>(94)</sup>.

<sup>(93)</sup> En todo caso, y en relación a la advertencia de nota anterior, pueden conocerse estas particularidades institucionales, que aquí hemos de relegar, por los estudios citados al inicio de nota 14, como puede perseguirse el tema, para el caso de Cataluña que no cuenta con trabajos semejantes, en J. H. ELLIOTT, *The Revolt of the Catalans (1508-1640)*, Cambridge 1963 (trad. catalana, 1966; castellana, 1977); o análogamente, para otros casos europeos también significados dentro de la monarquía, Rosario VILLARI, *La rivolta antispagnola a Napoli (1585-1647)*, Bari 1967 (trad. castellana, 1979); Geoffrey PARKER, *The Army of Flanders and the Spanish Road (1567-1659)*, Cambridge 1972 (trad. castellana, 1976); I. A. A. THOMPSON, *War and Government in Habsburg Spain (1560, 1620)*, Londres 1976 (trad. castellana, 1981); más específicamente para el Milanesado, mas sin pretender tampoco una visión completa de la fiscalidad del territorio y manteniendo la regla de prescindir de la doctrina jurídica, Giovanni VIGO, *Fisco e società nella Lombardia del Cinquecento*, Bolonia 1979. Más en general, para una panorámica y debate acerca de la intervención corporativa en los diversos territorios, Helmut G. KOENIGSBERGER, «*Dominium regale*» or «*dominium politicum et regale*»? *Monarchies and Parliaments in Early Modern Europe*, en Karl BOSL (ed.), *Der moderne Parlamentarismus und seine Grundlagen in der ständischen Repräsentation*, Berlín 1977, ps. 43-68; ampliando la problemática institucional y, aun menos logradamente, considerando sus supuestos jurídicos, J. LALINDE, *Los parlamentos y demás instituciones representativas*, en *Atti del IX Congresso di Storia della Corona d'Aragona*, Nápoles 1978, I, ps. 103-179; compendia ambos trabajos, pero excesivamente el de Lalinde, Guido D'AGOSTINO (ed.), *Le istituzioni parlamentari nell'Ancien Régime*, Nápoles 1980, ps. 149-176 y 521-537, con otros materiales de interés al efecto; refunde buena parte del suyo H. G. KOENIGSBERGER, *Parlamenti e istituzioni rappresentative negli antichi Stati italiani*, en AA.VV., *Storia d'Italia. Annali 1. Dal feudalesimo al capitalismo*, Turín 1978, ps. 575-613.

<sup>(94)</sup> M. LAGUNEZ, *De fructibus*, I, 16 y 20, lo que tampoco deja de reflejarse en el capítulo «*de re ditibus*» de L. VELAZQUEZ DE AVENDAÑO, *De censibus*, 2, 26-27, y en I, 12: «*Census significat et comprehendit omnem annuam praestationem, contributionem seu pensitationem realem, personalem vel mixtam, regi vel privato debitam, omnesque redditus et proventus emptitios, seu ex mercede, seu donatione debitos et creatos, aut ex tempore, vel quolibet facto hominis inductos*», interesando ahora tan sólo la dilatación del concepto.

Y adviértase que elementos o conceptos que desde territorios de estructura más republicana se califican de patrimoniales, pueden resultar los mismos que de forma más directa entran en la categoría fiscal desde la perspectiva más general de la monarquía o para el *hispanus fiscus*, recluyéndose al menos en aquella categoría no fiscal, según decíamos, toda la imposición exterior al territorio por el propio interés específico de supervisión y control de capítulos tan sólo de la fiscalidad interna. Aquí, ciertamente, se reflejan diferencias reales respecto al grado de disposición de ingresos por la administración de la monarquía conforme al de autonomía efectiva de los distintos territorios, pero, en lo que a nosotros con todo aquí nos interesa, hemos de subrayar su menor relevancia para las calificaciones en juego. A dicho nivel inferior, una distinción del género podía plantearse de igual modo, respecto a otros territorios, en sentido prácticamente inverso: lo fiscal como aquello de cuyas rentas puede disponer más directamente la soberanía y lo no fiscal como aquello que, en algún caso, la misma estaba obligada a ceder en forma todavía feudal<sup>(95)</sup>.

El concepto indistinto de fisco no cedía porque algunas de sus rentas o de sus componentes patrimoniales se encontrasen particularmente afectados a determinadas funciones o intervenciones, ya feudales, ya corporativas, bien que, evidentemente, todo ello acumulase nuevas dificultades, nada imaginarias, para una concepción realmente singularizada del fisco regio. El mismo, por lo demás, en su concepto más genérico, podía aparecer como patrimonio del príncipe sometido a una especie de afectación que, de cualquier modo que luego se sustanciase respecto a sus diversos ingresos o en sus distintos territorios, no resultaba al fin y al cabo en sus términos más generales nada peculiar en la época: « Usufructuario, emphyteuteae, possessori maioratus, marito et similibus dominium temporale habentibus non licet mutare

---

(95) N. RODRIGUEZ HERMOSIN, *Allegationes fiscales*, I, 33, 43, respecto a un caso particular en materia de encomiendas indianas: « Dubium est si commenda fuit donata, non solum pro vita delinquentis, sed et filii eius, tunc videtur ut ea commenda, nec aplicetur fisco, nec devolvatur ad regem, sed ad filium successorem », implicando la devolución al rey su obligación de nueva concesión feudal (véase, aunque es punto que precisa más específico estudio jurídico, B. CLAVERO, *Mayorazgo* cit., ps. 181-205).

formam rei, ... sed frui debent ut substantiam rei neque immutent neque corrumpant », entre los cuales *similes* se comprendía perfectamente la corona, primer mayorazgo del reino, « quod regnum Hispaniae est caput omnium maioratum hispanorum » <sup>(96)</sup>.

Y no nos interesa aquí el régimen concreto de vinculación o de disposición de bienes y de derechos por la soberanía, sino tan sólo los términos de su representación conceptual; y en lo que respecta a la generalidad de la monarquía, la disposición de sus elementos fiscales había de resultar tan absoluta como pudiera efectivamente parecerlo, por el mismo contraste de su control interno, desde la perspectiva particular de algún territorio, ocurriendo en todo caso que la distinción predicable desde tal perspectiva entre unos derechos *fiscalia* y otros *patrimonialia* sólo podría proyectarse a dicho ámbito general traduciéndose, precisamente, patrimonial por fiscal, sin excluir con ello lo llamado fiscal a nivel particular, ahora comprendido como un capítulo, entre otros, de especial afectación. En general, como decimos, el propio *ius civile* como *ius commune* imperante también en este campo, puede someter al fisco a fórmulas patrimoniales que, no siendo de directo dominio y privada disposición, ya indicasen alguna afectación, sin necesidad de asumir dicha distinción de categorías entre los fiscal y lo patrimonial, público o privado.

Y la relación del fisco con la república mediante fórmulas civilistas no parece que esté reñida con la vertiente política del asunto, no entrañando en todo caso lo que pudiera entenderse como

---

<sup>(96)</sup> J. GARCIA GALLEGU, *De hispanorum nobilitate*, I, I, 10 (aparte que, en la línea que todavía veremos, la afirmación también implique un principio de subordinación de todos los señoríos amayorazgados, como cuerpo, al mayorazgo regio que constituye la cabeza); M. LAGUNEZ, *De fructibus*, I, 6, 31; F. ALFARO, *De officio fiscalis*, 16, 89, pasaje ya citado donde no dejaba de consignarse el corolario: « Fiscus doti aequiparatur et argumentum de dote ad fiscum procedit », lo cual, según hemos tenido ya ocasión de señalar, presenta en la época una sustantividad mayor que la de la mera interpretación analógica que suele detectarse en estos casos. Por lo demás, la asimilación entre el patrimonio regio indistinto y la institución genérica del mayorazgo se hará especialmente notar en la doctrina de compatibilidad que acudiría realmente al favorecimiento de las acumulaciones: Hermenegildo de ROJAS JORDAN, *Tractatus de incompatibilitate regnorum ac maioratumum* (1667), Ginebra 1727; y véase B. CLAVERO, *Mayorazgo* cit., ps. 211-278.

una privatización del fisco por parte de la soberanía. El fisco se conceptúa por regla general como patrimonial, pero esta patrimonialidad, afectada o vincular que pudiera ser, y con todos los grados posibles de esta afectación, ya por el derecho del territorio, ya por el género del ingreso, no tiene por qué implicar facultades de disposición de tipo político-feudal, que son las que precisamente querían evitarse con su vinculación, ni de tipo civil-liberal, apenas concebidas y especialmente limitadas por lo demás en el medio jurisprudencial de nuestra doctrina <sup>(97)</sup>.

La conexión entre fisco y república podía desde luego tanto relajarse como acentuarse, a los más diversos efectos institucionales e ideológicos, sin que ni una ni otra derivación pudiese entonces significativamente conducir a calificaciones ni propiamente privadas ni propiamente públicas, o desembocar en un orden consecuentemente desarrollado bajo alguna de dichas calificaciones. Podía también afirmarse, desde luego, una más exacta entidad o función pública de algunos capítulos fiscales, pero ello también de una forma, entonces, que tampoco podrá conducir a alguna configuración propiamente pública del mismo fisco.

« Vectigalia publica sunt ad id quoque inventa ut viae publicae, pontes, muri et loca reficiantur et conserventur » <sup>(98)</sup>; precisamente

---

<sup>(97)</sup> A. OLIBA, *Ad Usaticum « Aliam namque »*, 5, 9, y 6, 23: la cuestión más concreta de la vinculación o *incorporatio* al fisco en cada caso sigue abordándose por cuanto que se mantiene, según ya sabemos, la distinción de bienes patrimoniales respecto a los fiscales en la misma línea de la situación medieval, cuando existía un patrimonio regio significativo con un capítulo fiscal meramente complementario o mientras que, de forma que no ocurre en Castilla, tal patrimonio persista; pero, aunque ello ya resulte una cuestión menor o aun irrelevante en los supuestos más generales de pérdida de tal distinción y aunque en algún grado la misma siempre podría presentarse, esto no implica una relajación del carácter vincular del fisco sino, tan sólo, con su generalización, la circunstancia de que a dicho efecto ya puede en todo caso bastar, como común, el *ius civile* donde, según ya hemos señalado, tal condición había de constituir ahora una situación normal. La cuestión, con todo, no habrá de cifrarse hoy en que el fisco resulte patrimonial (o todavía menos, por lo que luego diremos, en que exista alguna especie de « Estado patrimonial »), sino que habrá de residir en la clase de patrimonialidad, ni feudal ni liberal, de que se trata.

<sup>(98)</sup> A. OLIBA, *Ad Usaticum « Aliam namque »*, 5, 10, aparte ahora de que ello pueda más resueltamente establecerse por la afirmación ya conocida del componente más republicano del propio fisco, y aparte también en todo caso, como



por público he aquí un capítulo que acabará por escapar a los mismos principios de titularidad aplicados al fisco, apareciendo en él, bajo su fórmula de más directa y puntual afectación pública, los elementos menos fiscales: «*Locorum publicorum proprietas est publica cum nec etiam princeps illorum dominium habeat*», pues «*loca publica spectant ad usum omnium, qui communis omnium est*»<sup>(99)</sup>. En puridad, estos lugares públicos se atribuyen en principio a la soberanía, al mismo titular del fisco<sup>(100)</sup>, pero su afirmación más exactamente pública no deja de provocar su expulsión de la categoría formalmente fiscal, como fuera de la misma ya habían de quedar las propias haciendas o *bursae communes* de las ciudades concebidas en modo también más público, según ya tuvimos ocasión de ver. La idea de un *fiscus* que, junto a su atribución a la soberanía, pudiera también afirmarse como *bursa communis* resulta algo que precisamente se pierde en nuestra doctrina<sup>(101)</sup>.

No existe para ella, en suma, separadamente lo público y lo privado: «*Nec tamen fiscales res proprie publicae dici possunt ut nec privatae*»<sup>(102)</sup>; éstos son entonces términos o índices lá-

---

venimos advirtiendo, el especial apoyo de estas posiciones en el derecho catalán particular.

<sup>(99)</sup> G. M. NOVARIO, *De gravaminibus*, 2, 65, respondiendo en su caso más particularmente a su tendencia, ya reseñada, defensiva de las comunidades municipales frente a los señores, pero con independencia también ahora de tal circunstancia; 3, 41: se comete gravamen o desafuero «*quando barones comparent promuniversitatibus suis in parlamentis absque mandato, ubi de coaequali et communi interesse cum illis non agitur*», con lo que lo público comunal puede desde luego mejor perfilarse. A. TURAMINI, *Ad Modestini regulam*, 3, 3, 2-3: diferencias entre las *res fisci* y la *res publicae* de uso común.

<sup>(100)</sup> G. MASTRILLO, *De magistratibus*, 3, 10, 266-284, en el conjunto de un catálogo de regalías que, bajo este término, puede combinar las de los *Libri Feudorum* y correspondiente jurisprudencia medieval, con los signos de la soberanía de elaboración bodiniana, al fin y al cabo unas y otros de matriz común.

<sup>(101)</sup> Habiendo sido transmitida tal idea tanto por F. LUCANO, *De privilegio fisci*, 1, 6, como por M. DA LODI, *De fisco*, 141, y apareciendo ya sus términos como conceptos claramente contrapuestos en M. A. PEREGRINO, *De iure fisci*, 1, 1, 5: «*Municipia, castra et civitates subditae, quia summum imperium non habent, fisco carent, bursam tamen communem habent seu habere possunt*», siendo ésta la distinción sobre la que, como ya vimos, opera nuestra doctrina.

<sup>(102)</sup> La afirmación, aplicada de hecho al mundo romano, pertenece a una

biles y fluctuantes, no poco erráticos; categorías connotativas más que denotativas; conceptos que, por cuanto que presentes desde el texto romano y ahora reanimados en otros ámbitos de la cultura moderna, pueden resultar más significativos por su aplicación desdibujada o por su incidencia distorsionada que por su mera presencia o postulación. Existe realmente entonces, dentro de lo patrimonial — privado si se quiere —, lo vinculado o lo afectado a determinadas funciones más o menos fiscalizadas — público si se quiere —; y ello no es exclusivo desde luego del ámbito de la soberanía ni privativo del fisco; análogas vinculaciones y afectaciones pudieron darse en los otros ámbitos sustancialmente también fiscales de señoríos y corporaciones, tampoco por lo demás completamente ajenos a ciertos principios publicistas <sup>(103)</sup>, como unas y otras entidades hubieron de responder, según venimos viendo, a un régimen de análoga composición entre *ius commune* general y *privilegia* particulares, conteniéndose en el primero, como también se ha reflejado, el orden patrimonial en general

---

investigación histórica ya citada exterior a nuestro ámbito: J. GUTERY, *De officiis Domus Augustae*, 3, 31, 4. Se dirigía a destacar los componentes menos publicistas en el derecho común E. CORTESE, *Intorno alla « causa impositionis » e a taluni aspetti privatistici delle finanze medievali*, en *Annali di Storia del Diritto*, 2, 1958, ps. 111-186, pero pasando de hecho al extremo de configurar la « relación tributaria » de la época en términos prácticamente sinalagmáticos y tratando la misma asimilación ya indicada entre impuesto y censo agrario sin referencia sustancial al contexto señorial que puede explicarla, al tiempo que cuestionar su misma representación unitaria de dicha relación fiscal.

<sup>(103)</sup> Y no sólo, en lo que respecta a los señores, por la tendencia de su asimilación en esta época a las magistraturas o a los oficios superiores de la jurisdicción real, que en todo caso no puede desarrollarse de forma enteramente consecvente (G. MASTRILLO, *De magistratibus*, libro 4), como tampoco tan sólo por la relación ya reseñada que, pese a la propia contraposición entre lo político y lo doméstico, puede también entonces guardarse entre lo público y lo familiar de connotación señorial, sino también por la propia configuración de las relaciones entre los propios señores y sus poblaciones (G. F. CAPIBLANCA, *De iure baronum*, pr. 64-109). A lo que llegan mis noticias, el binomio público/privado, o su juego de calificaciones realmente no binómico, en la doctrina moderna del *ius commune* es materia que sólo ha sido tocada de forma más bien tangencial, excesivamente genérica o bastante anacrónica, y no con el detenimiento que el tópico indudablemente merecería, no conociendo en todo caso un tratamiento de sus particularidades interesantes a nuestro objeto.

aplicable. La actuación del principio de vinculación, entre los unos como entre los otros, había generalmente de someterse al mismo régimen representado por el *ius civile* en materia patrimonial y sucesoria.

Los perfiles del fisco siguen progresivamente dibujándose, mas de forma crecientemente compleja, caracterizándose como una entidad sin acomodo jurídicamente preciso ni en el orden de la soberanía a cuya titularidad corresponde, ni en la función o afectación pública que más directamente puede atribuírsele. Sometido al *ius commune*, sin posibilidad de absolución soberana, y con unos particulares, aunque no privativos, privilegios; afectado a la república, aun en un grado de efectividad muy variable, y patrimonio al tiempo del soberano, el *fiscus* puede ciertamente singularizarse, si no ya como venimos comprobando por ninguno de estos elementos en exclusiva, por la confluencia de tal conjunto de coordenadas; en su encrucijada, al menos, pueden realmente forjarse las condiciones de su concepción distinta como *persona* que, conocidos sus presupuestos y en busca de la identificación más completa de su figura, parece que ya corresponde tratar.

5. Como objeto el *fiscus* no ha conseguido realmente delimitarse en su propia categoría más general, resultado potencialmente todo el patrimonio de la soberanía, aun debiéndose al tiempo distinguir netamente de la misma: « Princeps distinguitur a fisco in iuribus »<sup>(104)</sup>. El fisco pertenece a la soberanía, pero no se ejerce o no se actúa mediante ella, sino mediante, como sobradamente ya sabemos, el *ius privati*, con sus correspondientes excepciones o privilegios arbitrados al efecto. El fisco, con ello, identificándose inicialmente con el príncipe según también ya de sobra sabemos, puede tender justamente a constituirse en un sujeto con todo, y en cuanto que tal sujeto, diverso.

La tendencia de distinción del fisco respecto a la persona del príncipe, e incluso muy circunstancialmente la idea de que constituyese por sí *persona*<sup>(105)</sup>, había sido de aparición temprana en

<sup>(104)</sup> N. RODRIGUEZ HERMOSIN, *Allegationes fiscales*, I, 45, 15.

<sup>(105)</sup> Véase O. v. GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht* cit., III (1881), p. 189; F. VASSALLI, *Natura del fisco* cit., p. 66, y, especialmente ahora, Robert

la tradición del *ius commune*; especialmente, el recurso a una etimología apropiada al efecto había servido en la jurisprudencia medieval para una consideración distinta de la institución fiscal: el mismo término *fiscus* ya significaría « quasi fixus, idest firmus, quod semper dives et solvendo », patrimonio en sí estante, centro de imputación permanente, entidad continua y estable con independencia de la sucesión de su titularidad, en virtud de la simple significación de la palabra <sup>(106)</sup>.

En nuestra doctrina moderna, el mismo debate etimológico podrá en consecuencia parecer una cuestión de interés verdaderamente sustantivo; algunos todavía repertirán dicha ocurrencia semántica para fundamentar el carácter institucionalmente distinto y permanente del fisco — « quasi fixus et immutabilis dicitur, ... nec fiscus unquam moritur, ... et etiam imperatore mortuo imaginariam personam repraesentat » <sup>(107)</sup> —, mas, tras la crítica humanista, la jurisprudencia deberá también enfrentarse con

---

FEENSTRA, *L'histoire des fondations*, ps. 401-404 y 426-428, en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 24, 1956, ps. 381-448, respecto todos ellos en particular a una glosa al *Brachylogus* de principios del XIII: « Venerabiles domus vel fiscus personae dicuntur, quis vicem personae in acquisitionibus tenent, sicut de haereditate dictum est » (conforme esto último a D. 46, 1, 22, según se sabe).

<sup>(106)</sup> La expresión pertenece a glosa *E iure fisci* a C. 10, 1, transmitida también a nuestra doctrina en F. LUCANO, *De privilegio fisci*, 1, 6. Y sobre el fisco como *persona incorporalis* y *manus perpetua* en la doctrina medieval, E. H. KANTOROWICZ, *The King's Two Bodies* cit., ps. 176-191 y 347-358. Por su parte, en el siglo XV, en nuestro ámbito, J. CALLIS, *Margarita fisci*, 2, 5: « Est veritas quod fiscus est persona repraesentata et ficta, non vera ».

<sup>(107)</sup> F. ALFARO, *De officio fiscalis*, 9, 14, y (sin referencia a *persona*) 34, 150. G. PEGADO, *Quaestiones fiscales*, 1, 2-4; J. P. FONTANELLA, *Decisiones*, 254, 7, apreciando sobre todo en el tópico su virtud más favorable al interés de los acreedores del fisco: « semper dives et solvendo ». Y ya vimos en G. M. NOVARTO, *De gravaminibus*, 2, 130, 4-15, cómo una doble etimología podía jugar contradictoriamente, ensalzándose el fisco regio — precisamente con la falsa — y depreciándose, mediante la verdadera que ahora veremos, las fiscalidades señoriales; pero tal depreciación, haciéndose valer el sentido genuino del término, no deja tampoco de aplicarse al fisco regio: A. TURAMINI, *Ad Modestini regulam*, 1, 2, 13. Para otra analogía de términos depreciadora del fisco, en este caso *fiscus/viscus*, Juan SOLORZANO PEREYRA, *Disputatio de Indiarum iure sive de iusta Indiarum Occidentalium inquisitione, acquisitione et retentione*, Madrid 1629, 5, 2, 82, a lo que puede también unirse, en análoga dirección, los motivos ya conocidos de la « ley » *non puto* y de la contraposición *Christus|Fiscus*.

esta falsedad de un *etymon fisci* de carácter tan providencial; ni las palabras podrán tener ya con facilidad estos efectos mágicos ni la etimología más prosaica del término podía realmente rendir algún servicio de tipo jurídico: *fiscus* significaba simplemente cesto, espuerta o capacho <sup>(108)</sup>.

Para la complejidad del mundo político de la época moderna, algo más elaborado en todo caso podía precisarse; la construcción del fisco como sujeto — su representación ya anunciada como *persona imaginaria* — habría de requerir mejor fundamentación. No bastaría ya tan sólo la mera aseveración, o casi constatación de una evidencia, de que el fisco constituyese una institución estable e independiente de las vicisitudes de su titularidad <sup>(109)</sup>; tampoco se reduciría ya el problema de su posible entendimiento como *persona* al de su simple comprensión en lo usos más inespecíficos o vulgares del término <sup>(110)</sup>; tras toda la jurisprudencia

<sup>(108)</sup> Haciéndose cargo de dicha crítica y explicando la metonimia, A. S. GARONI, *In titulum « de iure et privilegio fisci »*, I, 7-17; F. AMAYA, *In Tres Libros*, IO, I, 8; F. PUGA Y FEJOO, *Ad titulum « de iure fisci »*, 2; N. RODRIGUEZ HERMOSIN, *Allegationes fiscales*, I, 2, 18-22; divulgándose en castellano, Sebastián de COBARRUVIAS, *Tesoro de la Lengua castellana o española*, Madrid 1611 (rep. 1977), s.v. *fisco*, su justa etimología. De suyo, cierta noción, realmente incierta, de esta etimología podía haberse conservado en el tópic, también depreciativo del fisco regio desde posición eclesiástica (E. H. KANTOROWICZ, *The King's Two Bodies* cit., ps. 178-179), de que era el mismo fisco « *saccus sine conscientia* »; F. LUCANO, *De privilegio fisci*, I, 6; M. A. PEREGRINO, *De iure fisci*, I, I, 58.

<sup>(109)</sup> Véase así, para el caso de Milán en la época imperial, la argumentación de E. BOSSI, *Tractatus varii*, tit. *de fisco*, 69 ya citado, que, al tanto de la etimología real y no recurriendo a términos de personalidad ficticia, ha de afirmar a efectos crediticios la continuidad institucional del fisco con independencia de la titularidad del ducado o de la extinción reciente de la dinastía ducal: el *fiscus Caesaris* es el mismo *fiscus ducalis* « *quia fiscus cohaeret dominio cuiusqui dominus est, ... quia est semper idem fiscus* ». Expresiones análogas ulteriormente en el tratado que como ya sabemos inaugura el género: M. A. PEREGRINO, *De iure fisci*, I, I, 37, y I, 3, 5 (« *quia idem est populus* »), aunque también, como ahora veremos, con alguna idea de personalidad en su caso, mas no elaborada ni, sobre todo, alegada al efecto. Respecto a Milán en el periodo hispánico, la propia continuidad del fisco puede plantearse de forma un tanto equívoca por el mismo problema, ya conocido, de su concepción autónoma o separada; F. ALFARO, *De officio fiscalis*, 9, 7.

<sup>(110)</sup> Así todavía conduce sustancialmente la cuestión del fisco como *persona rapraesentata* el propio M. A. PEREGRINO, *De iure fisci*, 4, I, 4: « *Appellatione*

medieval, el propio término ya admitía posibilidades más sofisticadas: junto a la *persona individua*, cabía la *persona ficta et imaginaria*, el *homo fictus* junto al *homo verus*, en virtud de cuya *veritas fictionis* o *ex repraesentatione* podían imaginarse tales otros sujetos, «quia simul cogant et repraesentent personas favore dignas», como el *fiscus* que «principem repraesentare videatur»<sup>(111)</sup>.

Tal especie de representación o de figuración, que podía ya netamente distinguir a la persona imaginada o *repraesentata* del fisco sin provocar su completa desconexión de la persona real de su titular<sup>(112)</sup>, no dejaba de aparecer en todo caso como un tanto

---

personae in materia stricta et praeiudiciali non continetur fiscus», tratándose sobre todo de si ha de entenderse el mismo comprendido en las aplicaciones del término de *persona* en el texto romano, cuestión cuya resolución, ya por el mismo carácter vulgar del respectivo uso, ha de ser desde luego predominantemente negativa. En dicho sentido deben interpretarse las correspondientes posiciones todavía presentes en nuestra doctrina; F. CAPECE GALBOTA, *Responsa fiscalia*, 19, 79: «Fiscus non venit appellatione personarum, quia est ficta persona, nec universitas tanquam corpus fictum et mysticum». Para el debate tradicional sobre la comprensión y extensión de la *appellatio personae*, en nuestra doctrina, I. PEREZ DE LARA, *Compendium vitae hominis in iure fori et poli*, 1629 (*Opera Omnia*, II, Lyon 1733), 31, 126: «Dictio personae diversimode sumitur», introduciéndose más precisamente en la distinción de la «persona ficta et repraesentata» de carácter corporativo.

(111) A. TURAMINI, *Ad Modestini regulam*, I, 2, 14-15, aun críticamente como ya sabemos y seguiremos viendo. Y para este sentido figurativo de la representación de persona imaginaria, inexistente pese a sus *fictiones* en el texto romano, E. H. KANTOROWICZ, *The King's Two Bodies* cit., ps. 306-308, y, sobre todo, Hasso HOFMANN, *Repräsentation. Studien zur Wort- und Begriffsgeschichte von der Antike bis ins 19. Jahrhundert*, Berlín 1974, ps. 121-148, más, en cuanto que éste no los aprovecha, por sus precisiones filológicas, R. FEENSTRA, *L'histoire des fondations* cit., ps. 423-433, y, por las semánticas, Riccardo ORESTANO, «Persona» e «Persone giuridiche» nell'età moderna (1968), p. 198, en *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche. Scienza del diritto e storia*, Bologna 1978, ps. 193-272, con una muy somera, pero bastante justa, indicación sobre nuestra época, dirigiéndose a la situación crítica de la doctrina contemporánea. Entre nosotros, planteó también una revisión del tema, con mayor detenimiento en nuestra doctrina histórica mas, igualmente, con mayor superficialidad en lo que a ella respecta, Federico de CASTRO, *Formación y deformación del concepto de persona jurídica* (1964), ps. 159-164, en *La persona jurídica*, Madrid 1981, ps. 137-260.

(112) Como decimos, en este contexto, la persona ficticia, y no la real, era la «representada», en el sentido de figurada, sin denotación inicial, aun desde luego con posible implicación ulterior, de representación en términos jurídicos, a la

problemática. No cabe la asimilación de tal figura al supuesto mejor concebible de personalidad en análogo sentido de entes corporativos, «quod, neque collegia, neque universitates, neque ecclesia singulos repraesentant ut singulos, sed omnes in unum corpus collectos, ac ita non huius vel illius, sed unius corporis ex omnibus collective resultantis», mientras que el fisco, sin tal sustentación exactamente corporativa, sólo «abusive et improprie» puede decirse que configura una *persona* — que «principis personam repraesentat» — por cuanto que la misma identificación que por la singularidad del sujeto habría de darse ya resulta, según todo lo que sabemos, en sí misma dudosa, o de suyo inconveniente en términos jurídicos, a la par que su distinción le privaría de su mismo soporte, por todo lo cual, en fin, el fisco debiera revertir a su posición de objeto y no merecer la consideración de persona y el correspondiente favor específico o subjetivamente autónomo respecto a su mismo titular: «Patet fiscum inter res principis computari, et quidem proprie appellatione rerum significari» (113).

---

que en todo caso había de anteponerse el efecto de más estricta diferenciación que, como seguiremos considerando, con ello también se perseguía; así, más generalmente, F. ALFARO, *De officio fiscalis*, 24, 1 («Audientia personam regiam repraesentat»); G. MASTRILLO, *De magistratibus*, 5, 15, 18 (los tres estamentos que forman las cortes o «tria brachia totum regnum repraesentant», aparte toda su construcción de los oficiales como «personae publicae» bajo análogos principios); M. LAGUNEZ, *De fructibus*, 30, 36-37 (los magistrados, así, «principem repraesentant ipsiusque corporis partes reputantur ... et in eorum persona principis maiestas honoratur»). Y el concepto no es desde luego meramente doctrinal o solamente político; Juan GONZALEZ SALCEDO, *Alegación por el Real Fisco de la Inquisición de Sevilla sobre la pena de confiscación de bienes*, Sevilla 1665, 13, argumentando la forma de ejecución de la pena capital sobre el ya cadáver — también «sujeto pasivo de la pena» — y, por condena en rebeldía o contumacia, sobre una estatua o imagen — «que representa su persona» del reo —: «Y no es desusado en el derecho suplir con la representación de la realidad, no sólo en las ficciones incorporales con que está organizada toda la jurisprudencia, sino también en otra señales o demostraciones corpóreas que se inventaron para la significación de los efectos civiles» determinados mediante *ley* — esto es, mediante el texto romano y su interpretación jurisprudencial —, y no «por disposición de hombre», en cuya virtud, por ejemplo, el rey es «imagen de la república» o el marido es «imagen de la mujer».

(113) A. TURAMINI, *Ad Modestini regulam*, 1, 2, 16-18, dentro de su tendencia inicialmente más crítica del privilegio fiscal que ya conocemos.

Mas la cuestión está ya planteada y, como ya igualmente sabemos, la reclusión del fisco en el mundo de los objetos provocaba a su vez más problemas de los que podía resolver, o resultaba no menos inconveniente en términos jurídicos, por la misma presencia y el necesario juego de sus específicos privilegios y porque, de otro modo, también resultaría entonces de la mayor dificultad su apropiada delimitación en el ámbito titular de la soberanía; de alguna forma, la concepción como sujeto del fisco parecía imponerse, aparte de que la propia doctrina de la representación imaginaria o figurativa pudiera rendir buenos oficios a otros efectos políticos <sup>(114)</sup>.

« Cum potentissimus rex noster et quilibet monarcha vicem diversarum personarum fungatur et plura munera et officia diversis respectibus repraesentet », el mismo puede perfectamente someterse a distinto régimen según el título y el ámbito en los que se desenvuelva su actuación, bajo una general subordinación al *ius civile*, pero conforme a los respectivos privilegios o excepciones de los distintos supuestos <sup>(115)</sup>. De aquí, ahora, la misma posibilidad, y aun la precisión, de que el príncipe se multiplique en una diversidad de personas — o que no se concentre, como ahora veremos, en la unidad de un estado —, según fórmula adecuada a

(114) En la línea que ya conocemos y de la que hemos debido citar algunas manifestaciones; F. AMAYA, *Observationes iuris*, I, I, 35-40: de la misma forma que, « secundum iuris fictionem », la herencia puede ser un « universale » o « corpus imaginarium », así también (en base a D. 41, 3, 30), el propio *populus*: « quaedam persona separata et in abstracto existens, in cuius locum subrogatus est princeps », en virtud de esta lectura de la *lex regia* (D. I, 4, 1, y C. I, 17, 7) con todo también enteramente imaginaria: « evanuit illa persona populi et in eius locum accepit princeps ». Con este sentido nada metafórico podían entonces predicarse tópicos como el de que el rey es *imago reipublicae*, o el de que ésta constituye un *corpus mysticum* cuya cabeza es aquel: Francesco BARONIO, *De corpore eiusque partibus et membris tractatus*, Palermo 1664-1668, I, 263-267. Y véase ahora Dieter WYDUCKEL, « *Princeps legibus solutus* ». *Eine Untersuchung zur frühmodernen Rechts- und Staatslehre*, Berlín 1979, ps. 71-76, cuyo motivo principal, obviamente, constituye en lo fundamental el ámbito de la soberanía al que, en tal sentido, aquí de continuo nos referimos, pero en el cual no hemos específicamente de entrar, entendiendo en cualquier caso que debiera destacarse en mayor medida el normal o regular sometimiento de la institución política de la época al *ius commune*.

(115) D. BOLERO, *De decoctione debitorum fiscalium*, 5, 13, 2.



la propia configuración institucional del sujeto político en la época moderna, vigente el *ius commune* y presente, de igual modo bajo este derecho, la variedad y heterogeneidad de otras entidades sustancialmente también políticas — señoriales y corporativas — que desde un primer momento estamos encontrando.

La cuestión puede venir efectivamente a cifrarse en la calificación personal, a lo que aquí nos interesa, del propio fisco. Un sujeto fiscal — « persona ficta personam fisci repraesentans » — ha de concebirse como « persona quae gerit vices principis in bonis et iuribus regalibus quae proprie ad ius regale pertinent », pero que, como venimos viendo, no puede, en sus condiciones institucionales, vincularse a todos los efectos a su propio titular <sup>(116)</sup>; « persona principis quam fiscus repraesentat » es la titular o propiamente beneficiaria de los *privilegia fiscalia* o excepciones específicas al derecho común en este campo, mas no por ello se hace inequívocamente derivar la correspondiente condición privilegiada « ob personam repraesentatam per fiscum, sed causam ob quam fiscus denominatur » <sup>(117)</sup>, esto es, salvándose su relación a la soberanía, ya debe independizarse el fisco conceptualmente por la causa específica de su función o, al menos, ello ya conviene, según vimos, a los propios efectos de legitimación y acrecentamiento de sus privilegios. En todo caso, han de hacerse operar o proyectarse tal género de ideas bajo las mismas condiciones previamente establecidas en el orden institucional, al mismo servicio de la concurrencia de sujetos o entidades políticos y sociales bajo la oportuna coordinación del derecho común, a cuya mejor articulación, pero no a su alteración, puede ahora venir el desarrollo moderno del referido tópico de la personalidad múltiple <sup>(118)</sup>.

---

<sup>(116)</sup> A. RIPOLL, *Regalium tractatus*, 51, 4-6.

<sup>(117)</sup> F. CAPECE GALEOTA, *Responsa fiscalia*, I, I, 108; N. RODRIGUEZ HERMOSIN, *Allegationes fiscales*, I, 10, 9, aun divirgiendo en otros puntos.

<sup>(118)</sup> Incitado por la ironías de F. W. MAITLAND, *The Crown as Corporation* (1901), en *Selected Essays*, Cambridge 1936, ps. 104-127, acerca de la representación de la corona como *corporation sole*, E. H. KANTOROWICZ centró en el supuesto del rey y en lo que calificó de « teología política medieval » su estudio del desdoblamiento de la personalidad, presumiendo incluso en un principio (*Christus-Fiscus* cit., p. 227) la irrelevancia del tema en el continente durante la edad moderna; aunque mitigada en cierta medida esta suposición por el conocimiento

Como base desde luego del propio tópico, persona, entonces, significa evidentemente ante todo el individuo físico, pero ello, ya menos evidentemente, también en un sentido carente de relevancia precisa como sujeto, aun individual, de derecho; de otro modo, en términos más exactamente jurídicos, *persona* significa entonces condición civil o social de alcance particular: «*Mutatione autem status, videtur alia persona*»; «*mutata persona, mutatum privilegium*», y, como una de estas condiciones, la *qualitas* precisamente de las *personae privilegiatae* o *privilegiati in iure* <sup>(119)</sup>. Correspondientemente, por tal sentido particularizador, con la expresión de *persona* también podían todavía indicarse determinadas legitimaciones: «*Baro habet legitimam personam defendendi suas universitates et vassallos*», por ejemplo <sup>(120)</sup>. Con todo, en este contexto, la expresión de *persona fisci* ya podría presentarse como una de las determinadas condiciones configurables, en el orden tanto procesal como civilmente sustantivo, dentro del de-

---

sobre todo, que le había pasado anteriormente desapercibido, de F. VASSALLI, *Natura del fisco* cit. (en ps. 109-112: la cuestión en el *Theatrum veritatis et iustitiae* del cardenal de Luca, bien que sin agotarlo), se mantiene prácticamente bajo dichas coordenadas, escapándosele todavía el desarrollo final y más amplio del tema que ahora vamos a contemplar, su desarrollo precisamente en un sentido de multiplicación de personas que en el caso inglés, con su diferente evolución jurídica y política en nuestra época, parece que no hubo en igual grado de darse, pudiendo allí pasar el tópico de la dualidad de la persona regia, de ser una fórmula sofisticada de vinculación, a constituir un expediente no menos ficticio, pero siempre operativo, en orden a la concepción de la institución estatal que, en el continente, mediando el iusracionalismo y sus secuelas durante un periodo aun de vigencia del *ius commune*, podría posteriormente cumplimentarse de otro modo.

<sup>(119)</sup> G. GIRONDA, *De explicatione privilegiorum*, 342; 763, y 1533-1534, desbordando obviamente el mero concepto de condición personal o vitalicia de determinados privilegios expresado en *Liber Sextus*, 5, 13, 7; y el principio «*mutatione persona, mutatur privilegium*», en su sentido así de status más que físico, resulta de usual alegación en nuestra doctrina, por su misma relevancia, tanto activa como pasiva, en el orden fiscal: J. GUTIERREZ, *De gabellis*, 87, II; G. GIRONDA, *De gabellis*, 9, I, 16; F. ALFARO, *De officio fiscalis*, 20, 51; A. RIPOLL, *Regalium tractatus*, 32, 7 y 32.

<sup>(120)</sup> G. F. CAPIBLANCA, *De iure baronum*, 2, 42-43, según el sumario; en el texto: «*Possit assumere onus defendendi*»; cuya expresión *legitima persona* en el ámbito procesal pertenece en todo caso al mismo texto romano: C. 3, 6, según se sabe.

recho común, pero ello todavía sin especiales implicaciones subjetivas o verdaderamente constitutivas <sup>(121)</sup>.

De hecho, y desde el mismo punto de partida del concepto vulgar o físico de persona que en nuestra doctrina nunca llega, por sí mismo y como sujeto, a sustanciarse de forma jurídicamente relevante, otras aplicaciones pudieron efectuarse por procedimientos que habrían de requerir un mayor margen de ficción, pero que no por ello dejaban de responder a necesidades o imperativos reales del sistema constituido. Como sujetos en este sistema llegaron a aparecer determinadas *personae fictae* con mayor precisión que las personas físicas singulares, y ello por vía tanto de asimilación como de desdoblamiento de individualidades.

Dejando aparte el tema corporativo, la asimilación de personas físicas en una sola entidad jurídica puede manifestarse con determinados efectos políticos o señoriales mediante la vía de la identificación sucesoria que ya insinuaba el texto romano <sup>(122)</sup>. Ahora, al

---

<sup>(121)</sup> J. MENOCHIO, *De adipiscenda, retinenda et recuperanda possessione commentaria* (1565), Venecia 1606, 4, 303-304: «Fiscus detrahit falcidiam non ex sua persona, sed ex persona indigni», en el correspondiente supuesto. Y adviértase que puede ser en el sentido de actuación procesal material de este concepto que parece en casos ahora negarse la personalidad del fisco; F. ALFARO, *De officio fiscalis*, 18, 1: «Cum fiscus persona non sit quae in ius vocari aut alias impeti possit» o como «fiscus ex se non habeat personam», se precisa la figura del fiscal o procurador del fisco; y en la dirección contraria, debe igualmente advertirse que en estos casos la aparición de una *persona fiscalis* se refiere a esta figura del fiscal, y no propiamente al fisco, de la misma forma que expresiones muy subjetivas de uso procesal en la época, como «fiscus putat», «fiscus sentit», «fiscus probat» ..., se refieren a la actuación del mismo fiscal, por lo que no debiera concedérseles mayor significación en orden a la personificación del propio fisco, al contrario de lo que apunta G. P. MASSETTO, *Avvocatura fiscale* cit., ps. 430-431.

<sup>(122)</sup> Se trataba de una expresión incidental de C. 6, 26, 11 («natura pater et filius eadem persona paene intelligitur»), no recordada siquiera en otras ocasiones de más directa consideración de sus supuestos en el mismo texto romano, y perteneciendo una más completa identificación jurídica entre padre e hijo ya a época medieval: glosa *Si quis* a dicha ley; y véase, para dicha época, E. H. KANTOROWICZ, *The King's Two Bodies* cit., ps. 338 y 384-395. Para la nuestra, y aun fuera también de nuestro ámbito, ha podido justamente apreciarse una antropología del linaje o unas mentalidades acerca de la continuidad familiar que no resultan así tan exclusivamente medievales y que habían de subyacer y alimentar a nuestras construcciones doctrinales: Arlette JOUANA, *Ordre social. Mythes*

menos en el caso regular de los señoríos amayorazgados, se concibe una *identitas personarum* de los sucesivos titulares *vere* y no sólo *interpretative* <sup>(123)</sup>, por la cual identidad « unica persona censeantur quoad actionem ac iurium executionem », y persona así estable y permanente: « Nec morte extinguatur » <sup>(124)</sup>. El señorío en general, en todo caso, ha de gozar de una entidad propia independiente de sus titulares: « Baronia est quid universale » <sup>(125)</sup>. La inaplicación de este principio de distinción y de continuidad podía llevar al periódico replanteamiento de problemas de raíz feudal como el de la necesidad de confirmación de privilegios o de fueros por los sucesivos señores en su correspondiente jurisdicción, frente a lo cual puede ahora afirmarse que « in dies videmus filios successores feu-

---

*et hiérarchies dans la France du XVIIe siècle*, París 1977, ps. 35-53 y 73-78; recogen por su parte contribuciones también interesantes al contexto, Jack GOODY, Joan THIRSK y E. P. THOMPSON (eds.), *Family and Inheritance. Rural Society in Western Europe, 1200-1800*, Cambridge 1976, aunque fallando seriamente desde sus mismas deficiencias de información su capítulo más general sobre derecho sucesorio, debido a J. Thirsk; descuida, en fin, este orden de cuestiones, con todas sus pretensiones, Roberto MORO, *Il tempo dei signori. Mentalità, ideologia, dottrine della nobiltà francese di Antico Regime*, Roma 1981.

<sup>(123)</sup> La doctrina puede insistir en que, a efectos jurídicos, aquí  *fictio* no es lo contrario de  *veritas* por cuanto que constituye  *privilegium* o excepción establecida por la propia  *lex* o por el propio  *jus civile* — el texto romano en suma, bien que con su aparato jurisprudencial según ya decíamos — frente a lo cual, en el orden jurídico, no caben evidencias: Blas ROBLES SALCEDO, *Tractatus de repraesentatione*, Madrid 1624, I, 6, 3-22, y I, 7, 2-25. Y en general sobre la identificación sucesoria en nuestra doctrina, aparte lo que más especialmente ahora citemos, J. GUTIERREZ, *De gabellis*, 88, 2-6; A. TURAMINI, *Epistolae academicae*, 9 (adicionadas a sus *Omnes iuris interpretationes*); J. CASTILLO SOTOMAYOR, *De iure repraesentationis*, 3, 19, 161; F. BARONIO, *De corpore*, 2, I, 152-156; M. LAGUNEZ, *De fructibus*, 30, 3.

<sup>(124)</sup> Pedro GONZALEZ DE SALCEDO, *Theatrum honoris seu commentaria ad legem 16, tituli 1, libri 4, Recopilationis*, Madrid 1672, 18, 34, y 19, 50-58, aun no pudiendo exactamente aplicar dicha composición, y pese a Partidas 5, 5, 2, al derecho castellano de cuya recopilación se trata, dadas las peculiaridades de su institución del mayorazgo en derecho sucesorio (B. CLAVERO, *Mayorazgo* cit., ps. 249-254).

<sup>(125)</sup> G. MASTRILLO, *De magistratibus*, 4, I, 5, aun sin expresión de  *persona* para estos supuestos en su caso; F. BARONIO, *De corpore*, I, 302, bajo la expresión de « corpora feudalia ».

dorum exemplis paternis se regere et eadem personam de iure repraesentare, cum pater et filius eadem persona censeantur » (126).

El mismo desdoblamiento de personalidad ya puede aquí perfectamente concebirse y adecuadamente producirse: « Possessor maioratus potest repraesentare quoad bona ipsius duas et diversas personas, alteram tanquam successor et ex iure maioratus, alteram propria et iure suo proprio »; la primera persona, aquella « ipsius maioratus possessorem repraesentativa », puede identificarse con el propio señorío amayorazgado: « Feudum est persona ficta quam feudatarius repraesentat et iste fungitur vice duarum personarum »; es persona el *maioratus seu status* señorial, *persona intellectualis*, « persona ficta diversa a possidenti eum »; y ello puede también conducir, ya por la misma posibilidad de acumulación de señoríos bajo un solo mayorazgo o en un solo linaje familiar, a la multiplicación de tales personalidades: « Is qui habet duos status aut dignitates aut etiam diversa officia, duas etiam ipsemet repraesentat personas, et diversas ac separatas aenigmatice », por cuanto que, con su propio dominio y sus propios derechos, ha de concebirse como persona separada y permanente — « quae nunquam moritur » — cada « maioratus, dignitas, ecclesia vel officium » (127).

(126) G. M. NOVARIO, *De gravaminibus*, pr. 5-15, y I, 178.

(127) F. SALGADO DE SOMOZA, *Laberynthus creditorum concurrentium ad litem per debitorem communem inter illos causatam* (1648), Lyon 1665 y (parte IV) 1683, 2, 7, 26-33; 2, 9, 11-13, y 2, 22, 92-99. Anteriormente, con menor expresividad y desarrollo en nuestros extremos pero con análoga precisión, J. SOLORZANO PEREYRA, *De indiarum iure*, 2, 21, 7-13 (« Et potest etiam apponi exemplum in rege qui est simul dux, nam in ducatu consideratur dux »), remitiéndose a su vez a diversa doctrina que, de hecho, había considerado los correspondientes supuestos, pero no bajo la idea de división de personalidad, con algunas salvedades como, para el caso tan sólo del rey, J. GARCIA GALLEGO, *De hispanorum nobilitate*, 3, 1, 14-16, y, para el caso de sus jueces y oficiales (« persona distinta imaginariamente del sujeto humano en cuanto es hombre »), J. CASTILLO DE BOBADILLA, *Política para corregidores*, 1, 5, 31, y 3, 13, 4. Constatación de la distinción en algunos momentos de la jurisprudencia medieval entre la *persona personalis* individual y la *persona idealis* de la dignidad, aplicada al caso del rey, E. H. KANTOROWICZ, *The King's Two Bodies* cit., ps. 400-401, quien en todo caso resalta la preferencia medieval, no por este tópico del desdoblamiento de la *persona*, sino por el equivalente, pero menos extensible a otros supuestos, de dualidad de cuerpos, que mejor responde a la misma cristología o más concreta teología subya-

La misma persona imaginada del señorío o de la dignidad podía, de esta forma, como centro de imputación real de derechos, manifestarse como un sujeto de mayor entidad en el sistema que la propias personas físicas de los sucesivos titulares, interesando aquí ya la mera circunstancia de que tal composición consiga así desenvolverse. En el caso del fisco, ello podría obviamente motivarle de mejor forma el carácter institucional permanente que antes quería principalmente derivarse de una fantástica etimología: «fixus et firmus et immutabilis et nunquam moritur». Respecto al príncipe como respecto a cualquier otro titular de jurisdicciones, dominios señoriales y derechos fiscales, puede justamente predicarse, y aparte su ulterior aplicabilidad en diversas direcciones, el postulado de la múltiple personalidad: «In eadem persona duae et diversae personae considerantur ex diversis iuribus et qualitatibus» (128).

La cuestión merece incluso, en el ámbito de nuestra monarquía, una especie de monografía que comenzaba por no rehuir la misma dificultad de que la persona fuera ante todo, «iuxta phisicos et theologos» como para el concepto vulgar, *una* espiritual y físicamente, no susceptible de desdoblamiento ni de reduplicación, mas ayudándole ya, para la introducción de las convenientes ficciones jurídicas, dogmas como el trinitario y misterios como el eucarístico: lo que cabe *in divinis*, cabe *in humanis*, al menos en este género de enigmas; y en lo que a nosotros especialmente pueda interesarnos: «Una persona repraesentare potest duas si plures qualitates compatibles concurrant»; así, el señor puede acumular «plures personae formales in una materiale» o «tot personae quot feuda», o puede desempeñar igualmente diversas personalidades en virtud de la posible diversidad de sus mismas condiciones, «scilicet dominus feudi et cives», señor feudal y ciudadano de un municipio. Y todo ello, en su respectivo grado, resulta también aplicable al

---

cente en la exaltación de la figura real e institucionalización de la corona; el mismo Kantorowicz (ps. 43-44, 88, 366, 384-401 y 438) tampoco deja de consignar algunos momentos de temprana proyección de la idea de la *duplex persona* a dichos otros supuestos.

(128) J. B. LARREA, *Allegationes fiscales*, 113, 4, atendiendo en su caso supuestos de acumulación de oficios y dignidades.

«rex noster catholicus» por la misma diversidad de sus condiciones y de sus territorios, «in quibus omnibus idem rex discretive consideratur tanquam princeps diversus sub diversis legibus et moribus ac sub diversis acquisitionum titulis», pues el monarca *repraesentat* cada reino como el «feudatarius sua feuda»: representa con ello diversas personas <sup>(129)</sup>.

«Verbum *repraesentare*, quid significat», resulta también entonces cuestión obligada en el tratamiento monográfico de esta materia; y parece, entonces, término desde luego «aequivocum», pero primando ya entre sus heterogéneas acepciones la de «personam alicuius repraesentare», y esto, sintomáticamente, en su sentido más genuinamente dramático o teatral: actuar o fungir de algo, figurativa o ficticia mas también efectivamente, como «in comediis vel tragediis»; el individuo «personam gerit» o «personam repraesentat» como quien asume y desempeña un papel objetivamente ya definido o institucionalmente ya determinado. Tal es, concebible así simultáneamente como objeto y como sujeto y sin implicar en esta segunda vertiente un verdadero ámbito de alguna autonomía individual, la *persona formalis* o el *homo legalis*, el concepto de *persona* específicamente relevante para el derecho <sup>(130)</sup>.

El tema del fisco no aparece especialmente en este tratamiento monográfico, pero en él tenemos suficientemente desenvuelto el

<sup>(129)</sup> Carlo Antonio de LUCA, *Tractatus de pluralitate hominis legali et unitate plurium formalium* (1683), Nápoles 1722, pr. 8; 2, 1-2; 10, 1; 16, 1; 33, 1; 60, 1-4; 108, 5, y 109, 1-2; con aprovechamiento especialmente del cardenal de Luca, cuya obra queda fuera de nuestro ámbito. El mismo título completo de C. A. de Luca ya se extendía en un anuncio de la multitud de materias consideradas bajo este prisma: «Agens de testamento militis, feudatarii, episcopi, ad pias causas, inter liberos, civis Neapolis, substituentis pupillariter et filii familias, de compensatione, cambio, duplicitate salarii, vovum, distributionum, cessione, mandato, unione actionis et passionis in eodem subiecto et similibus, reduplicationem personae et unitatem plurium personarum intellectualem concernentibus, recensenturque personae et principes etiam supremi multorum vicem substinentes».

<sup>(130)</sup> C. A. de LUCA, *De pluralitate*, 142, 7, y 148. El sentido teatral, que al fin y al cabo sigue entonces implícito en la mayoría de las expresiones de que es objeto el término de *persona*, no deja tampoco de traslucirse claramente en otros casos; J. B. LARREA, *Allegationes fiscales*, 4, II: «Publicae personae et regaliae personam exuat, et privatam induat princeps cum contrahit»; de forma bastante directa también en castellano: J. CASTILLO DE BOBADILLA, *Política para corregidores*, I, 5, 31, y I, 8, 2-II.

cuadro conceptual implícito en la formación de una *persona fisci*. La persona física, el monarca de turno en nuestro supuesto, es el intérprete circunstancial de una serie de personas o funciones entre las que se halla la fiscal; la *persona fisci*, entre otras, puede no identificarse así con el mismo soberano <sup>(131)</sup>, aunque a su titularidad corresponda y en su actuación pueda equivaler; así puede operar conforme, no al orden de la soberanía, sino al principio de composición entre el *ius commune* y sus específicos y particulares *privilegia* que definen su propia función.

Los sujetos o *personae* del sistema no lo son, con todo, los individuos, sino, en nuestro terreno, las *dignitates* o los *status* que los mismos jurídicamente han de interpretar y a los que los mismos, mediante las oportunas vinculaciones en su caso, han de ofrecer actuación y continuidad; aquí se definen sus respectivos derechos; aquí, sus privilegios: reconocidos, en nuestro caso, a la función o *causa* fiscal, a la propia *persona fisci* así, y no de otro modo, sujeto. La *persona ficta* o *imaginaria*, en el seno del derecho común, más que venir a completar a la persona física en cuanto que sujeto del sistema, venía realmente a suplantarla. Su concepto no aparece en el *ius commune* como un complemento del de personalidad jurídica individual, el cual, según también hemos podido apreciar, sólo podría aquí a su vez jurídicamente imaginarse o componerse mediante un efecto de agregación de las personalidades ficticias concurrentes en un individuo que eran las realmente operativas;

---

(131) Aunque dicha identificación puede de otra forma mantenerse para evitarse la autoimposición; I. LASARTE, *De decima venditionis*, 19, 8: más que un *privilegium fisci*, ello debe reputarse algo imposible o absurdo pues « nulla persona vel res sibi ipsi servire potest », y pudiendo así aplicar el mismo argumento a favor de los señores respecto a sus propios impuestos; igualmente, J. GUTIERREZ, *De gabellis*, 85, 2-17, bajo el reiterado principio de que « actio et passio non possunt concurrere in eodem subiecto », que, según ya se anunciaba en el título del tratado de C. A. de Luca, podía también salvarse mediante el correspondiente desdoblamiento. El efecto perseguido así por tal identificación podía establecerse o justificarse sin ella por vía de privilegio, bien que entonces más restringido, como también no interferirse su argumento en estas composiciones más elaboradas de la doctrina fiscal. Aunque en la jurisprudencia del *ius commune*, dados sus métodos tópicos y procedimientos escolásticos, podían ciertamente coexistir ideas contradictorias de operatividad diversificada, parece que ello habría de resultar en todo caso más dificultoso en nuestra época moderna.



como tal, el de personalidad individual era un concepto, aun predicable como se nos decía por médicos y por teólogos, jurídicamente inexistente (132). La doctrina del derecho común sustantivamente operaba, si quiere decirse así, con derechos sin sujetos, o, mejor, constituía el *ius commune* un sistema de privilegios sin sujetos personales, en cuanto tales realmente ficticios (133).

Aunque, ciertamente, el tópico de la personalidad sólo viene en dicha forma a significarse propiamente en una fase avanzada de desenvolvimiento del derecho común, éste podía venir funcionando de igual modo, sustantivamente, sin una verdadera concepción de sujetos, conformándose igualmente, si no en análoga me-

---

(132) En los propios juristas de derecho común puede desde luego aparecer su idea, pero, de forma que ya ha de resultarnos familiar, sin transcendencia a sus propios efectos; I. PEREZ DE LARA, *Compendium vitae*, 31, 114: «Si licet ut corpus imaginarium communitas dicatur, quasi quaedam persona, tamen personae appellatione non continetur, quia persona est res animata et rationabilis et individua substantia»; en G. MASTRILLO, *De magistratibus*, 3, 3, 55: «Homo est principium omnium operationum», es afirmación que todavía sirve para sopesarse la importancia de las virtudes personales en el príncipe, pese a su misma sensibilidad ante la cultura política moderna, de cuya incidencia en nuestro punto todavía encontraremos testimonios. Parece, en todo caso, que la temática personalista no le vino a nuestra doctrina de la tradición filosófica escolástica; S. COBARRUVIAS, *Tesoro de la Lengua*, s.v. *persona*: la indicación de que «según los filósofos *persona est naturae rationalis individua substantia*» se agota en sí misma, pese a su interés, que seguiremos comprobando, por acepciones de carácter institucional.

(133) Bien que, evidentemente, la categoría de derechos sin sujeto ni fuera concebida ni ha sido aplicada a dicho respecto; véase especialmente R. ORESTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto* (1960), en *Azione cit.*, ps. 115-189. Y la propia insistencia ya reflejada de nuestra doctrina en presentar su planteamiento como una figuración de la verdad más que como una verdadera ficción, debe guardar relación con la misma ausencia jurídica del término comparativo de la persona individual y la correspondiente constancia de que, realmente, sólo operan en su sistema sujetos de otro carácter; aun no repara en este género de circunstancias, centrado además para nuestra cuestión, según es también usual en lo que respecta al *ius commune*, en la jurisprudencia medieval y en la vertiente corporativa, FRANCO TODESCAN, *Diritto e realtà. Storia e teoria della «fictio iuris»*, Padua 1979, ps. 89-102, bien que destacando justamente la relevancia histórica de las ficciones jurídicas frente a las tendencias realistas hoy más refractarias a dicha constatación, y considerando, en todo caso y en otros aspectos, la distancia que media entre los respectivos supuestos de la jurisprudencia histórica y de la doctrina actual.

didada, sin dicho recurso sus diversos ámbitos institucionales — el fiscal, en nuestro caso — bajo el mismo régimen de específicas excepciones o de particulares privilegios que luego ha podido servir para configurar la idea de diversidad de personas: la *persona fiscis*, en nuestro caso. En general, los mismos supuestos de asimilación y de multiplicación de condiciones personales podían también ahora presentarse y operar bajo un mismo régimen sin necesidad de dicho tópicus, que así puede resultar aleatorio <sup>(134)</sup>. No enteramente preciso para las necesidades del derecho común, su jurisprudencia pudo recurrir a dicha problemática de la personalidad fundamentalmente para una mejor presentación y más perfecta articulación de la materia <sup>(135)</sup>, resultando en todo ello significativo,

---

<sup>(134)</sup> Aparte indicaciones que ya han surgido en análogo sentido, J. MENCHIO, *De praesumptionibus*, 2, 17, y 3, 121, puede tratar un mismo supuesto aplicándole tan sólo en una de las ocasiones, sin que quepa apreciar diferencias sustantivas, el tópicus de la duplicación; similarmente, respecto al fisco, F. ALFARO, *De officio fiscalis*, 9, 14, y 34, 150, que ya citamos; u operando la idea básica del desdoblamiento de persona sin utilizarse su término, J. P. FONTANELLA, *Decisiones*, 30, 5: «Qualitates duae quando reperiuntur in eadem persona et sunt separabiles, unaquaeque iudicatur ut simplex»; o en materia política y señorial, G. MASTRILLO, *De magistratibus*, considera solventemente sus supuestos sin adoptar la idea, como tampoco la tratadística de mayorazgos pese también a la ocasión, suele acoger dicho planteamiento de la duplicación de personas. En fin, ya ha advertido Horst DENZER, *Die Ursprüngen der Lehre von der juristischen Person (« persona moralis ») in Deutschland und ihre Bedeutung für die Vorstellung von der Staatpersönlichkeit*, p. 1202, en AA.VV., *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, Florencia 1977, III, ps. 1189-1202, que en los léxicos jurídicos de la época no merece entrada la voz *persona moralis* o equivalente, lo que también puede decirse de los índices de materias de nuestros autores, síntoma al fin y al cabo de dicha falta de sustantividad del concepto; por su parte, Denzer ha de ilustrar la cuestión espigando testimonios de tendencia más racionalista o metódica, como tal distanciados del *ius commune* todavía vigente.

<sup>(135)</sup> Como salvedad no muy sustancial en orden a su incidencia — no, desde luego, a algunos principios así formulados —, parece que alguna doctrina de formación castellana y ejercicio en otros territorios, pudiera resultar poco acogedora del tópicus por razones más sustantivas de preferencia por los usos menos autonómicos de la corona castellano-leonesa; D. A. FAJARDO, *Allegationes fiscales*, 2, 33, 1268 y 2596: por cuanto que « civitas quae regno alicui subditur vel unitur, eodem iure quo ipsum censetur et illius naturam sequitur », en casos como el del ducado de Milán el monarca, potencialmente, « utitur plenitudine potestatis, leges condit et derogat, onera imponit ... » y demás regalías, por donde también, como ya vimos, este autor tiende a aplicar la ecuación « fiscus vel rex » en el mismo

no el mismo recurso personalista en sí, sino su forma estrictamente no personalista de sustanciarse en el sistema.

En el ámbito del *ius commune* del que aquí exclusivamente tratamos pero que — no se olvide — responde mejor que otras corrientes culturales de la época a sus realidades sociales o institucionales, el planteamiento jurídico de la personalidad, ya de por sí incentivado por dichas otras corrientes de la cultura moderna <sup>(136)</sup>, condujo, dentro del orden vigente, a la consideración, no de las personas sustantivas, sino de unas *personae imaginariae* o *personae fictae* que eran entidades socialmente desde luego nada ficticias ni imaginarias: señoríos y corporaciones de diverso rango — *feudi, dignitates, universitates, officia, beneficia* ... —, sujetos exclusivos del sistema, y no especies de cuerpos intermedios por cuanto que,

---

caso de Milán, y bien que todo ello haya de remitir bastante en su propia obra o práctica fiscal. En todo caso, conviene confrontar tales postulados con los que ya se habían producido, y ya conocemos, respecto al mismo tema, reflejándose mejor la realidad de la monarquía precisamente desde la perspectiva de nuestro tópico.

<sup>(136)</sup> Aunque, censuras e inquisición mediante, dicho influjo, más que directamente, podría operar en nuestra doctrina a través de obras ortodoxas de otros ámbitos más flexibles como la de Pierre GREGOIRE (sobre su notable influencia, aunque superficialmente, Martim de ALBUQUERQUE, *Jean Bodin na Península Ibérica*, París 1978, ps. 134-145, y, confundiendo además en esta cuestión decisiva de su sistemática, Ernst HOLTHOEFER, *Der Literatur zum gemeinen und partikularen Recht in Italien, Frankreich, Spanien und Portugal*, ps. 134, 151 y 206, en H. COING, ed., *Handbuch* cit., II-1, ps. 103-499), cuyo *Syntagma iuris universi*, Lyon 1580, se estructura, por ejemplo, sobre una división tripartita que no se ajusta a la institucionista romana por entenderla precisamente (7, I, 1-2) poco entitativa en su apartado de *personis*, aquí junto a *de rebus* y, por análogas razones, de *negotiis*; aunque los inicios de un institucionalismo propio se sitúan en nuestro caso, en concreto, en las posiciones más tópicas y menos conceptuales del texto romano: Antonio PICHARDO DE VINUESA, *In quatuor Institutionum Imperatoris Iustiniani libros commentaria* (1600), Ginebra 1657. Y, en general, cabe señalar que, en los estudios en boga sobre la formación moderna de las categorías jurídicas contemporáneas, no ha tenido hasta el momento especial suerte ésta básica del concepto estricto de sujeto; la cuestión, además, ni siquiera tiene cabida en los planteamientos más tradicionales de composición conceptualmente ahistórica como el que ahora puede representar, con su particular sustrato del supuesto racionalismo de la misma jurisprudencia medieval, el manual de Vincenzo PIANO MORTARI, *Gli inizi del diritto moderno in Europa*, Nápoles 1980, ps. 149-171 para personas.

jurídicamente, los extremos de referencia — individuo y estado — no puede decirse con todo que existieran. La expresión de *status*, por su parte, ha aparecido ciertamente entre dichos sujetos, mas la misma, ya operando de antiguo en el mismo terreno de la condición personal <sup>(137)</sup>, no parece realmente desbordar sus coordenadas.

Ya hemos visto, en efecto, aparecer precisamente como *persona* al *maioratus seu status* bajo el entendimiento de que « is qui habet duos status aut dignitates aut etiam diversa officia, duas etiam ipsemet repraesentat personas, et diversas ac separatas aenigmatische », es decir, justamente, de que es el propio *status* señorial el que puede configurarse como *persona*, erigiéndose como sujeto del sistema por encima de su propio titular, aun mediante el mismo, y determinando con ello de forma decisiva su propia condición individual: mero soporte el titular, jurídicamente, de esta especie de personalidad, en este caso, de un *status nobilitatis* <sup>(138)</sup>. Y el mismo término puede manifestarse en este campo de una forma aun más particularizada; *status* puede ya, con cierta correspondencia, significar, no sólo el conjunto de privilegios de un noble determinado conforme a la especie de su condición, sino también el complejo de sus derechos más particulares o más individualizados, esto es, en su caso, sus señoríos en su misma dimensión territorial, comprendidas obviamente jurisdicción y fiscalidad <sup>(139)</sup>.

La concepción de un *status nobilium* puede también asumir en otra dirección implicaciones subjetivas, en el sentido de configura-

<sup>(137)</sup> A. PICHARDO DE VINUESA, *In Institutionum libros*, I, 3, 1; Alfonso de CARRANZA, *Disputatio de vera humani partus naturalis et legitimi designatione*, Madrid 1628, 3, 3, 13; I. PEREZ DE LARA, *Compendium vitae*, I, 15, 13-20; Manuel Román VALERON, *Tractatus de transactionibus*, Lyon 1665, 3, 2.

<sup>(138)</sup> F. SALGADO DE SOMOZA, *Laberynthus creditorum*, 2, 9, 11-13, ya citado; G. MASTRILLO, *De magistratibus*, 4, 5, 5, respecto a señoríos titulados: « In casu isto persona a re sumit statum », al fin y al cabo consecuencia lógica, aunque en el caso de este autor, faltando como ya sabemos la misma idea de multiplicación de personas, ello parezca chocar con un principio más general de signo contrario.

<sup>(139)</sup> G. MASTRILLO, *De magistratibus*, 4, 2, 62, y 13, 78, 118-122; M. LAGUNEZ, *De fructibus*, I, 15-4, 31; 28, 14, y 30, 155. Siendo, notoriamente, una acepción habitual en romance; S. COBARRUVIAS, *Tesoro de la Lengua*, s.v. *señorío*: « Señorío, el estado del señor ».

doras de algún modo de sujeto actuante en el orden jurídico, y esto es en cuanto que bajo dicho término puede representarse el conjunto de linajes o familias que comparten la correspondiente condición y, aun más concretamente, pueden corporativamente constituirse y operar como sector social localmente diferenciado a efectos de exención fiscal y de intervención municipal privilegiada, y como, también, estamento político de actuación en el reino o territorio, a efectos de control fiscal entre otros como ya hubimos de ver <sup>(140)</sup>. Y dicha implicación subjetiva o constitutiva de sujeto jurídicamente operante, de hecho también aplicable en su respectivo grado a otros *status* o grupos sociales de significación jurídica <sup>(141)</sup>, podía perfectamente de igual modo presentarse respecto a la máxima expresión de la constitución corporativa del reino o del territorio autónomo, mediante sobre todo cortes propias, o respecto a la máxima *repraesentatio* así de la *respublica*, en un concepto de *status generalis* fundamentalmente compuesto de los diversos estamentos políticamente reconocidos y operantes en su ámbito, según por lo demás ya hemos tenido ocasión de constatar <sup>(142)</sup>.

La expresión de *status* también podrá tender de otro lado a asumir alguna implicación subjetiva de esta índole o a personificarse en esta última dirección, por cuanto que la condición social, y al tiempo individual — mas siempre, análogamente, como ca-

---

<sup>(140)</sup> J. GARCIA GALLEG0, *De hispanorum nobilitate*, 30, 51-53; J. GUTIERREZ *De gabellis*, 92, 38; A. FERNANDEZ DE OTERO, *De officialibus reipublicae*, 1, 10 6-7, y 2, 14, 3; aparte, obviamente, las referencias relativas a cortes ya consignadas.

<sup>(141)</sup> F. SALGADO DE SOMOZA, *Laberynthus creditorum*, 3, 16, 52: el *status* o *coetus* de los acreedores en el concurso como sujeto jurídicamente actuante, cuya condición se indica precisamente con tales términos. Respecto a los supuestos más estables y significados, véase catalogada la correspondiente doctrina en E. HOLTHOEFER, *Der Literatur* cit., ps. 332-335 y 585, con una entrada también al concepto de *Rechtssubjekt* que, elocuentemente, ha de reducirse a la monografía ya considerada de C. A. de Luca, que en realidad atestigua, como ya hemos visto, la inexistencia entonces de tal género de concepto.

<sup>(142)</sup> Aparte lo ya citado, A. RIPOLL, *Regaliarum tractatus*, 4, 13: «... prae-dicta tria brachia corpus generale faciunt»; D. BALMASEDA, *De collectis*, 29, 14, y 120, 22: «Status generalis in praeiudiciuin nobilium non possit ex bonis utri-que statui communibus collectas quae ad statum solum ignobilium spectant solvere», con expresión así singular, y no plural, de dicho *status*.

beza del correspondiente linaje —, del soberano podía manifestarse como un determinado *status regalis* o, por su respectiva *repraesentatio* de la misma *respublica*, también de la propia sociedad política: *status publicus*, como igualmente ya ha podido reflejarse (143). Junto a ello, un uso más vulgar, pero fundado en los conceptos anteriores, del término de *status* en su alcance territorial de implicación más subjetiva podría sobre todo imponerse respecto a algunos concretos territorios de autonomía de más problemática calificación dentro de los conceptos más acreditados tanto de vinculación feudal como de unión entre reinos (144). Con todo

---

(143) A. OLIBA, *Ad Usaticum « Aliam namque »*, 6, 34; J. B. LARREA, *Allegationes fiscales*, pr. 2, ya citado, y 58, 8 y 25-26; G. MASTRILLO, *De magistratibus*, 3, 10, 256; G. F. CAPIBLANCA, *De iure baronum*, 8, 1, 141; A. FERNANDEZ DE OTERO, *De officialibus reipublicae*, 2, 11, 32; D. BOLERO, *De decoctione debitorum fiscalium*, 5, 13-2, 1; C. A. de LUCA, *De pluralitate*, 60, 5. Por su parte, con un juego muy expresivo en las direcciones indicadas de los respectivos términos, S. COBARRUVIAS, *Tesoro de la Lengua*, s.v. *estado*: « En la república ay diversos estados, ... unos cavalleros, otros ciudadanos; unos oficiales, otros labradores ... En otra manera se toma por el gobierno de la persona real y de su reyno, para su conservación, reputación y aumento. Materia de estado, todo lo que pertenece a dicho gobierno. Mesa de estado, el plato que se haze en palacio a los cavalleros de la Cámara y otros señores. Consejo de Estado, el supremo de todos, en el que particularmente es cabeça y preside la persona real, y en él tratan las cosas gravísimas de paz y guerra y Estado Real ... ». Y, en las expresiones castellanas de la misma literatura jurídica, podemos a estas alturas ya saber que no son meras matáforas manifestaciones como las de J. CASTILLO DE BOBADILLA, *Política para corregidores*, 2, 16, 226: son « los grandes Señores y Titulados los huesos y la firmeza del Estado Real y parte del cuerpo del Rey y de su Consejo », cuyo *estado real* puede además asimilarse, según lo ya indicado, a los señoriales; así, 2, 16, 52: « El Rey y los señores fundan su intención para las tierras baldías de sus estados »; 2, 16, 225: « Reinas, Tituladas y Señoras de vassallos, si pueden gobernar y juzgar sus estados y señoríos ... », pese esto a su misma tendencia inicial, y general en nuestra doctrina, de acercamiento de los señores a la condición de los oficiales del rey, y no desde luego a la de éste.

(144) Es lo que especialmente se aprecia en nuestra doctrina, desde E. Bossi — que no utiliza en este sentido el término de *status* — hasta D. A. Fajardo — que lo aplica pacíficamente —, para el caso de Milán: inconveniente para la mayor autonomía del territorio términos como el de *ducatus* o, aún más, el de *dominium*, y no correspondiéndole el más normalmente autonómico de *regnum* (a no ser por vía de mera imagen literaria: G. Vigo, *Fisco e società* cit., p. 9), que en cambio hemos visto utilizar para el caso de un principado como Cataluña, se irá imponiendo el uso de identificarle como unidad política con el término entonces

ello, un término a su vez como el de *status ecclesiasticus* podía significarse prácticamente en toda la gama de sentidos indicados con implicación de algún modo subjetiva: desde la condición más individual al estamento de actuación política en cada territorio y, también, a la misma identificación, no bien desde luego clasificable, del determinado territorio de soberanía eclesiástica <sup>(145)</sup>. Pero, en todo caso, aun con todo ello, ninguna de dichas derivaciones desborda de por sí los planteamientos ya conocidos y las realidades ya constatadas respecto a la composición del derecho de la época en materia de sujetos <sup>(146)</sup>, y todas ellas, en su misma

---

más inespecífico de *status*; también en castellano: J. SOLORZANO PEREYRA, *Memoria de las razones para que el Real y Supremo Consejo de las Indias deva prece-der al de Fladres*, 1629 (en *Obras posthumas*, Zaragoza 1676), cuyas referencias a «Reinos y Estados» como territorios autónomos dentro de la monarquía (lo que se contrapone al caso más colonial de las Indias) se concretan en «los reinos de Aragón, Nápoles, Sicilia y Portugal, y Estados de Milán y Flandres».

<sup>(145)</sup> Limitándonos a sendos ejemplos, para lo segundo, respecto a los territorios españoles, I. PEREZ DE LARA, *Tres Gracias*, 2, 108-130; para lo último, dentro de su propia doctrina, Sebastiano GUAZZINI, *Tractatus de confiscatione bonorum*, Venecia 1611, 27, 64-67.

<sup>(146)</sup> Ello puede mejor apreciarse en otros ámbitos políticos del mismo *ius commune* que, precisamente, pudieron mejor favorecer aquellas condiciones de aplicación territorial del término de *status* por la mayor proliferación de supuestos de más problemática calificación; así, a cuya construcción no deja de acudir nuestra doctrina aun divirgiendo de su forma de aplicarla (D. A. FAJARDO, *Allegationes fiscales*, 2, 33, 1384-1386, 2578 y 2594-2595), K. KLOCK, *De contributionibus*, cap. 6, afirmando además (6-8) que «omne territorium, ein Landschaft mit ihren Ständen, esse quid universale, omniaque regna, ducatus, comitatus, etc., eorumque proceres, barones et alios status ad universitatem reduci seu unum collegium et corpus repraesentare» pues «omne regnum cum suis statibus unum corpus repraesentat», *status* o *Stände* — y de donde el fundamento del mismo sentido político territorial que aquí ampliamente se aplica — que «nihil aliud sunt quam populus et praedia, Land und Leuthe»; y en 5, 39: todas estas unidades políticas «pro publicis personis existimandae sunt» (y no ha tocado la cuestión, pese a su misma materia e intereses, P. A. SCHIERA, *Dall'Arte di Governo alle Scienze dello Stato. Il Cameralismo e l'Assolutismo tedesco*, Milán 1968, desde el entendimiento convencional más inespecífico del objeto de tales «ciencias del Estado»). Fuera también de nuestra monarquía, Nicolò LOSA, *Tractatus de iure universitatum* (1601), Milán 1619, I, 1, 25, y I, 2, 1-11, representa en sentido análogo como *species universitatis* la sociedad política independiente, pero con menor énfasis y precisión: su interés parece más bien dirigirse a la configuración de un mapa de unidades políticas «per idiomata penitus diversa, ut Gallia, An-

conurrencia, testimonian sobradamente la inexistencia, entonces, de una figura o institución política como la que singularmente se significará con posterioridad en el mismo término de *Estado* (147).

Todo lo visto se conjura frente a esta posibilidad; el mismo orden jurídico, en sus aspectos esenciales, se impone como *ius commune* o general fundado en un *corpus* de procedencia antigua y desarrollado mediante una jurisprudencia que, de tradición similarmente histórica y partícipe de su autoridad cultural de modo que tampoco le permite ser muy creativa, análogamente queda sustraída en lo fundamental a la determinación del poder soberano, aun con su atribución de facultad legislativa, o de otros poderes de la época. No puede constituirse en este contexto un estado o institución que propiamente se haga cargo del orden jurídico o que rigurosamente produzca derecho. Como ya hubimos de constatar desde un principio, un derecho de la monarquía no existía y los derechos particulares de los territorios presentaban un alcance poco menos que reglamentario respecto al derecho común superior a la propia monarquía; de hecho, como hemos podido comprobar a lo largo de nuestra exposición, las cosas no podían ser de otro modo: el *ius commune* también constituía garantía

glia, Alemania, Italia, et aliae huiusmodi generis», de evidente menor apoyo jurídico entonces y sin aplicarles en todo caso el término de *status*.

(147) Aun no extendiéndose a nuestra literatura (ni siquiera al caso de Klock), véase, abundando de hecho en nuestras evidencias, la más minuciosa indagación sobre la polivalencia del término de Paul-Ludwig WEINACHT, *Staat. Studien zur Bedeutungsgeschichte des Wortes von den Anfängen bis ins 19. Jahrhundert*, Berlín 1968, ps. 60-68, 91-98, 105-126 y 135-193 (pero en p. 242: la categoría teórica universal de *Estado* sería a su entender compatible con tal género de evidencias); y partiendo de una más radical afirmación de la historicidad del concepto, el anticipo de Gianfranco MIGLIO, *Genesi e trasformazione del termine-concetto « stato »*, en AA.VV., *Stato e senso dello Stato oggi in Italia*, Milán 1981, ps. 65-86, asevera también (p. 71), aunque ya así más limitadamente, que « el término de *status* constituye la viga maestra — y por ende la clave para la comprensión — de la estructura del sistema político moderno » desde los siglos bajomedievales. Cuando la resistencia de la categoría estatal se manifiesta con tal fuerza en casos como éstos, no es de extrañar que sigan sin superarla, o proyectándola por doquier, los historiadores menos especializados. He discutido más detenidamente el tema en *Institución política y derecho: acerca del concepto historiográfico de « Estado moderno »*, en *Revista de Estudios Políticos*, 19, 1981, ps. 43-57.



de continuidad y de concurrencia en esta vertiente de autonomías territoriales, o más en concreto de sus respectivos y diferenciados privilegios. Y ello por análogas razones y de análoga manera como, según venimos comprobando y repitiendo, este sistema del derecho común, general pero no excluyente de privilegios o derechos particulares, supone la más depurada expresión y la más acendrada garantía de la coexistencia en la misma sociedad de poderes e instituciones señoriales y corporativos de diversa índole, incluida también la soberanía y compartida también, entre otros medios de explotación social en un orden de privilegio, la misma fiscalidad <sup>(148)</sup>. Mediante la multiplicación de *personas*, y no mediante la unidad de *estado*, podía manifestarse y reproducirse esta realidad.

Y la *persona fisci*, desde luego, no podía entonces integrarse en alguna categoría general de sujeto político que, como tal, pudiese determinar un ámbito propio de derecho público; no podía dicha *persona* confundirse en la institución unitaria y excluyente de un *estado*. La expresión personal del príncipe podía mantenerse como término de imputación de la diversidad de elementos correspondientes a la soberanía, incluido el fiscal, y aun podía esto manifestarse como hemos visto mediante una expresión de *status*, pero

---

(148) Aunque no planteando la cuestión del Estado, y aunque para momento ulterior pero todavía vigente el *ius commune*, resulta de interés en este punto, y sobre todo por el tradicional descuido historiográfico de este fenómeno político y social de la vigencia moderna del derecho común, las sugerencias de Raffaele AJELLO, *Arcana Iuris. Diritto e politica nel Settecento italiano*, Nápoles 1976, ps. 38-42, 69-84, 278-282 y 337-342 (aparte su problemática, a mi entender inadecuada a la época, del formalismo jurídico), y el manual de Adriano CAVANNA, *Storia del Diritto moderno in Europa*, Milán 1979, ps. 191-197 y 296-310 (bien que partiendo de la categoría de absolutismo menos apropiada al efecto y manteniendo precisamente la anacrónica idea de una «estatalización del derecho» en la edad moderna); más agudamente, Luigi LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milán 1967 (y 1975), ps. 183-189, había apuntado que, «representándonos las cosas en términos negativos a partir de nuestra experiencia estatalista», puede apreciarse hasta la época de la codificación un fenómeno de «suplencia del Estado por parte de la jurisprudencia» constatable, ante todo, en el orden de «la producción de normas generales» (¿y por qué plantearse tan sólo las cosas en términos negativos respecto a un índice así extraño al objeto?). Y sobre la proyección historiográfica del concepto contemporáneo de Estado a la edad moderna, origen de tales entuertos y aun sin enfrentarse a ellos, Stephan SKALWEIT, *Der «moderne Staat»*. *Ein historischer Begriff und seine Problematik*, Opladen 1975.

todo ello en la misma medida en que no se constituía realmente en sujeto unitario a efectos jurídicos, o en la misma medida en que, bajo el derecho común, respetaba la concurrencia de otros poderes y entidades sustancialmente también políticos, fiscalidad incluida. De la misma forma, dicho conjunto de elementos no se constituían de por sí en un sujeto político de expresión institucional, y no ya personal, por cuanto que, en el seno de la sociedad señorial y corporativa regida por el derecho común, los mismos habían de responder a regímenes diversos, mediando sobre todo la soberanía y la presencia también interna de la institución eclesiástica.

Ni por la existencia, junto al fisco estricto, de otras fiscalidades señoriales y corporativas, algunas de rango no inferior como ya sabemos; ni por la consiguiente subordinación del uno y de las otras a una misma jurisprudencia de tradición histórica; ni por una ni por otra razón, al fin y al cabo estrechamente vinculadas entre sí, podía realmente constituirse un sujeto político singular. Una categoría de *status* en tal sentido, aun presente el término con acepciones ciertamente cercanas, resulta radicalmente ajena a nuestra doctrina; pese a que tanto en el ámbito corporativo como en el de la soberanía el término ya había podido asumir implicaciones subjetivas de alcance comunitario territorial, y pese a que en el ámbito señorial algo similar podía ciertamente también ocurrir, no se detecta entonces en el término *status*, dentro del orden constituido y de su correspondiente jurisprudencia, una evolución del género <sup>(149)</sup>. Situado en un diverso paradigma al que podrá en

---

<sup>(149)</sup> Confróntese, en la literatura más especializada acerca de nuestro objeto que no puede decirse que haya sufrido la usura del tiempo por cuanto que se le sigue alegando en su misma dirección, O. v. GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht* cit., IV, p. 250: la especie de « personificación » del fisco que hemos contemplado ya implicaría, como un concepto ya aportado por la jurisprudencia moderna considerada, « la distinción de las relaciones de derecho público respecto a las de derecho privado en el ámbito del poder del Estado », suponiendo « el momento de desenlace del proceso de superación del legado feudal y patrimonial medieval »; más rotundamente aún, F. VASSALLI, *Natura del fisco* cit., p. 104: « El sentido romanista tradicional del fisco como patrimonio del Estado triunfa por encima de cualquier otro desde el siglo XVII entre los tratadistas de todos los países », bien que, a la luz de sus propias evidencias, ni existe tan inequívocamente una tal tradición romanista ni dicho triunfo se produce bajo tales términos. En momentos parecería que se trata ante todo de una cuestión de lenguaje: sólo en

otro sistema afirmararlo en tal sentido de institución y sujeto propiamente políticos, el *ius commune* comprende dichas acepciones en otras perspectivas y en otras funciones.

La misma simple y elemental idea de que para el derecho la persona en cuanto tal, y unitariamente, pudiera constituirse en sujeto, había de antojársele a nuestra doctrina un *vulgare axioma* <sup>(150)</sup>. Ciertamente, sus evidencias eran otras, o sus postulados,

términos de constitución estatal se sabe expresar una institucionalización del género; mas se trata de un problema de lenguaje que ya es síntoma de todo un handicap de mentalidad y que ya de por sí induce y legitima todo tipo de anacronismos, como, eminentemente, el del concepto de *Hacienda Pública* o término equivalente que, con todos sus corolarios, puede venir pacíficamente presidiendo, e infundiéndole ficción, la investigación en su terreno.

<sup>(150)</sup> J. B. LARREA, *Allegationes fiscales*, 113, 6-7: admitida la « personarum differentiam et duplicitatem in eodem subiecto », la unidad de la persona humana se le antoja tal « vulgare axioma », lo que no debe de olvidarse que se escribe en la época precisamente de Hobbes o del primer iusliberismo que, con su posición axiomática de la persona como sujeto en el orden civil y con su correspondiente concepción singular y excluyente de la *persona* del monarca como institución y sujeto en el orden político, podía realmente subvertir el edificio del *ius commune*. Y si advertimos desde un inicio que no íbamos a entrar en la doctrina política de implicación jurídica, no quisimos en caso alguno insinuar que hubiera de carecer de interés la confrontación más pormenorizada de los presupuestos de nuestra doctrina con los de otras corrientes publicistas modernas, aquella confrontación que la misma doctrina, mediando y actuando censuras, generalmente rehuyó respecto a sus extramuros más sustantivos (K. KLOCK, *De contributionibus*, I, 95: « Errant ergo apraeae, machiavelistae novique statistae qui contendunt ... principem totam rempublicam et patriam esse ») y que hoy propiamente menos se plantea, a no ser bajo el supuesto convencional (aun en casos de otras posibilidades: desde O. v. GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht* cit., IV, ps. 45-59 y 143-152, hasta H. HOFMANN, *Repräsentation* cit., ps. 377-392) por el que se entiende su contradicción en términos ya adjetivos a la propia institución estatal — así, Estado corporativo o Estado absoluto —, términos con ello incapaces de rendir cuenta de la diferencia radical entonces en juego entre la ausencia y la factibilidad de la misma noción de dicho género de institución política. Y no se olvide, como ya también advertimos, que, si realmente se pretende comprender la estructura del mundo moderno antes que la génesis del contemporáneo — secuencia que por lo demás parece recomendable —, debe esencialmente atenderse, al contrario de lo que se acostumbra, el testimonio de la jurisprudencia del *ius commune* entonces vigente, o a la reconstrucción — podríamos decir — de su antropología; a las representaciones de aquellos autores que, en la época, precisamente se hallan más alejados de nuestra sensibilidad

a nuestro sentir actual, incomprensibles: el concepto de fisco no lo hemos visto aplicar en ella de forma que pueda decirse, no ya unívoca, sino ni siquiera coherente, no habiéndose encontrado un desarrollo del propio concepto cuya consecuencia pudiera hoy en sí misma apreciarse; tal vez sólo en una de sus expresiones, que consignábamos al inicio, nuestra doctrina ha resultado consecuente: « Si confuse omnes loquantur, terminos confundant »; manteniendo aquí al menos su palabra, su confusión ha podido parecer mayúscula, aunque, sumergiéndonos en ella, le hemos encontrado cierta-mente sentido, resultando finalmente la consecuencia social allí donde tan sólo aparecía primariamente la inconsecuencia lógica. Antropológicamente en otra mentalidad, intelectualmente en otro paradigma, institucionalmente en otro sistema, esta misma doctrina, aun con todos sus enredos o gracias precisamente a ellos, ha demostrado al menos la virtud, nada extraña para su autoridad pretérita, de servir de guía no poco segura en un medio con todo tan distante pero del que al fin y al cabo, históricamente no tan lejano, procedemos.

---

o de nuestra mentalidad actuales, en nuestro supuesto estatistas, y resultan con todo más ajenos a dicha misma génesis con la que más inmediatamente hoy puede y suele conectarse.



RICCARDO ORESTANO

‘ *INSTITUTION* ’

BARBEYRAC E L'ANAGRAFE DI UN SIGNIFICATO

Il termine ‘ *institution* ’ — anche nel senso di ‘ cosa istituita ’ — è quanto mai familiare al lessico giuridico francese e delle altre lingue neo-latine. Da noi ha dato luogo all’aggettivo ‘ istituzionale ’, ai sostantivi ‘ istituzionalismo ’, ‘ istituzionalità ’, ‘ istituzionalizzazione ’, al verbo ‘ istituzionalizzare ’, all’avverbio ‘ istituzionalmente ’. La fa da padrone nel campo delle teorie generali del diritto, dove ha dato nome a quelle appunto dette ‘ istituzionali ’. È dilagato nelle scienze sociali, nell’economia, nella linguistica e in altri campi.

Per il suo collegamento con il latino *institutio* sembra un significato che faccia parte di un bagaglio lessicale di risalente antichità.

Diversamente da quanto si potrebbe pensare è invece un significato abbastanza recente di una parola antica, una ‘ novità ’, che dal francese si è dilatata ad altri paesi, compreso il nostro, dove però potrebbe essere una sorta di ‘ cavallo di ritorno ’. L’assunzione di questo particolare valore semantico ha infatti una sua precisa datazione.

Raccontare brevemente questa vicenda — anche senza pretesa di dire cose nuove — mi pare possa avere qualche interesse, soprattutto in occasione di una così imponente raccolta di studi in tema di ‘ personalità giuridica ’, come quella promossa dalla vigile sensibilità di Paolo Grossi per i « Quaderni fiorentini ».

Jean Barbeyrac fu un serio professore di materie giuridiche, vissuto tra il XVII e il XVIII secolo, divenuto per antonomasia il « divulgatore delle dottrine giusnaturalistiche ».

Era nato nel 1674 a Béziers, una cittadina del Mezzogiorno della Francia. Il padre vi era pastore della Chiesa riformata e dopo la revoca dell'Editto di Nantes, nel 1685, si dovette avventurosamente trasferire con la famiglia in Svizzera. Cresciuto fra gli stenti, egli compì in modo brillante studi di lettere, di teologia e di diritto naturale a Losanna e a Ginevra. Ma le Eccellenze di Berna erano maltolleranti contro i rifugiati e a gradi li sospinsero a una nuova diaspora. Deceduto il padre, *les enfants Barbeyrac* dovettero riprendere la via dell'esilio, questa volta recandosi a Berlino, dove i rifugiati francesi si contavano a migliaia. Lì e a Francoforte sull'Oder continuò gli studi: teologia, lettere antiche, diritto, filosofia, forse seguendo corsi di Heinrich von Cocceji, il quale insegnava un diritto naturale essenzialmente fondato sul principio obbligatorio della volontà di Dio.

Stabilitosi a Berlino, Barbeyrac vi insegnò per qualche tempo — su designazione dell'Elettore brandemburghese Federico I, re di Prussia — lettere al *Collège français* per quella colonia di rifugiati e vi portò a termine la traduzione in francese, con copiosissime annotazioni, del *De iure naturali et gentium* di Samuel Pufendorf (1632-1694), pubblicata nel 1706 <sup>(1)</sup> e seguita l'anno

---

(1) È edita ad Amsterdam, *chez H. Schelle et chez J. Kuyper*. Ne seguirono una 2<sup>a</sup> ad Amsterdam nel 1712; una 3<sup>a</sup> e una 4<sup>a</sup>, non autorizzate, a Parigi (ma recanti Amsterdam) nel 1712 e a Basilea nel 1732; una 5<sup>a</sup> (ma in realtà *Troisième*, detta *Nouvelle édition*, da lui rivista e accresciuta) ad Amsterdam nel 1734 e poi una 6<sup>a</sup>, detta anch'essa *Nouvelle édition*, identica alla precedente, a Londra nel 1740, e dopo la sua morte, a Londra nel 1744, a Basilea nel 1750, a Leida, con aggiunte postume, nel 1759 e 1771. Complessivamente — fra quelle d'autore, contraffatte e postume — 10 edizioni. Inoltre le note di Barbeyrac furono inserite nelle edizioni latine di Pufendorf apparse a Francoforte e Lipsia nel 1744, 1759, 1769 (tutte a cura di G. Mascow) e a Napoli nel 1733 e 1775, nonché nelle traduzioni inglesi del 1716, 1717, 1729.

Ho sott'occhio l'edizione londinese del 1740: LE DROIT / DE LA NATURE / ET / DES GENS / Ou / SYSTEME GENERAL / Des Principes les plus importants / DE LA MORALE, DE LA JURISPRUDENCE, / ET DE LA POLITIQUE. / Par LE BARON DE PUFENDORF, / TRADUIT DU LATIN / Par JEAN BARBEYRAC, / Docteur, et Professeur en Droit dans l'Université de GRONINGUE. / Avec des Notes du Traducteur, et una Préface, qui sert d'Introduction à tout l'Ouvrage. / Nouvelle Edition, revêtue de nouveau et augmentée

appresso dalla traduzione dell'*abrégé* dello stesso, *De officio hominis et civis prout ipsi praescribuntur lege naturali* <sup>(2)</sup>. Ne ricevette immediata fama internazionale.

Questa gli portò pochi anni dopo la rivincita in Svizzera. Ora che serviva, le Loro Eccellenze di Berna si benignarono di offrirgli una cattedra universitaria e l'Accademia di Losanna, la città da cui giovinetto era stato costretto ad emigrare, gli spalancò le porte, nominandolo professore ordinario *en Droit et en Histoire*. Ricevuto con tutti gli onori, vi tenne nel 1711 l'*Oratio inauguralis* e in armonia con la cattedra di cui era titolare parlò *de dignitate et utilitate Juris ac Historiarum et utriusque amica conjunctione*, secondo la migliore tradizione dell'epoca e con qualche spunto originale <sup>(3)</sup>.

Riprese l'attività di traduttore-annotatore e anche questa volta la posta fu grossa, il *De iure belli ac pacis* di Huig de Groot (1583-1645): un lavoro condotto per anni, insieme alla gravosa carica di Rettore dell'Accademia losannese, che lo impegnò per un triennio fra discorsi e continue beghe religiose locali, in una atmosfera di stagnante pesantezza.

Improvvisa gli giunse — erano i primi mesi del 1717 — la lusinghiera e gradita nomina *ad ordinariam Juris publici et privati Professionem* nell'Università olandese di Groningen, nella parte più settentrionale del paese. Barbeyrac non aveva la pretesa — lo scriveva ad un amico — di essere un grande giurista e neppure aveva le carte in regola, piivo, com'era, del dottorato

---

considérablement. A LONDRES, / Chez JEAN NOURS / MDCCXL. È una splendida edizione in tre volumi, in 8° piuttosto grande.

Vi è premesso un *Avertissement sur cette nouvelle édition* che, almeno nella copia che ho io, presenta una stranezza nella numerazione delle pagine, che è da XIII a XX. Nonostante la rilegatura d'epoca (sembra addirittura editoriale) fa pensare che prima vi fosse stato qualcosa d'altro: potrebbe essere la dedica a Giorgio I d'Inghilterra, di cui parla il DE MONTEMAYOR, *Storia del diritto naturale*, Milano-Palermo-Napoli, 1910, p. 559.

<sup>(2)</sup> Pubblicato con il titolo *Les Devoirs de l'Homme et du Citoyen, tels qu'ils lui sont prescrits par la Loi naturelle* ad Amsterdam nel 1707. Anche di questo si ebbero numerose edizioni, 6 vivente l'autore (di cui una contraffatta) e 6 postume, l'ultima delle quali a Parigi nel 1822.

<sup>(3)</sup> Edita a Losanna nel 1711 e più volte ristampata in appendice a numerose edizioni della traduzione di Pufendorf.



in diritto. Si affrettò a mettere a posto la sua posizione, ottenendo dalla Facoltà giuridica di Basilea il grado di *Doctor utriusque Juris*, e preso congedo — senza resistenze — dai Curatori dell'Accademia di Losanna raggiunse con la famigliola la nuova sede, nell'estate 1717. Questa volta era lui ad andarsene, finalmente.

Una nuova *Oratio inauguralis* — il biglietto di presentazione — sul tema classico *De Studio iuris recte instituendo* segna l'ingresso di Barbeyrac nel piccolo Ateneo olandese (4).

In esso, sempre acceso il rimpianto per i cari amici lasciati sul Lemano e qualche immancabile rivalità accademica, vivrà ormai « tranquillamente » — come si era augurato — dividendo il tempo fra l'insegnamento, le periodiche funzioni rettorali e soprattutto l'infessato lavoro di tavolino, in una casa gradevole, circondato dall'amata biblioteca personale, forte di 10.000 volumi. Durante i lunghi inverni nevosi, le folgoranti primavere fiorite, le caldi estati assolate (l'autunno al Nord quasi non esiste), cominciò con il portare a termine un'impegnativa edizione critica di Grozio e la sua traduzione (5), di anno in anno seguite da sempre nuove opere di diritto, di storia, di religione, alternando scritti minori sugli stessi argomenti e traduzioni, traduzioni (6).

---

(4) Questa *Oratio* è stata stampata a Groningen nel 1717 e più volte ristampata nell'edizione del *Le Droit de la nature* del 1734 e in successive, nonché negli *Opuscula selecta de ratione et methodo studiorum iuris* del Buder a Jena nel 1724 e nei *Variorum opuscula ad cultiorem jurisprudentiam adsequendam*, Pisae, II, 1769. È informata e corretta.

(5) Preceduta nel 1720 da un'edizione del Grozio in latino con *Notulae* del Barbeyrac, il Grozio in francese, con il titolo *Le Droit de la Guerre et de la Paix*, fu stampato la prima volta ad Amsterdam nel 1724 in più di 3.000 copie e subito dopo, nel 1729, contraffatto a Parigi con falsa indicazione Amsterdam. Ne fu rifatta una nuova edizione su un manoscritto « *considérablement corrigé, retouché, et augmenté de la main de Mr. J. Barbeyrac* » a Leida nel 1759 e più volte ristampata.

(6) Della vasta produzione di Barbeyrac vanno ricordati: — il *Traité du Jeu, où l'on examine les principales questions de Droit naturel et de Morale qui ont du rapport à cette Matière*, Amsterdam, 1709, in due voll., d'impianto giuridico; — una *Dissertation* e una *Défence* sui diritti della *Compagnie des Indes Orientales* delle Province Unite, gli unici scritti 'professionali' di lui; — un *Traité de la Morale des Pères*, Amsterdam, 1728; le polemiche verso Leibniz; — una *Histoire des Anciens Traités* in due voll., Amsterdam e La Haye, 1739.

E così per 27 anni della sua non più tormentata vita, da ultimo però funestata dalla scomparsa della moglie e dei due figli.

Particolarmente dolorosa gli fu la perdita della figlia. Non resse e la morte lo raggiunse pochi mesi dopo — settantenne — affranto ed esausto, nel 1744. Era l'anno in cui vedeva la luce la sua ultima fatica, la traduzione francese del *De legibus naturae* dell'inglese Richard Cumberland (1631-1718), con la quale aveva completato la trilogia delle maggiori opere del giusnaturalismo classico, alla cui diffusione contribuì in maniera determinante (7).

Una croce di legno sulla tomba, secondo il costume degli Ugonotti.

Arguto nei tratti del viso, austero nell'animo e nei costumi, di fede saldissima ma di un'ortodossia liberale e tollerante, polemista vigoroso, recensore acuto e attento, egli fece del Diritto naturale una sorte di religione. Pufendorfiano convinto, può a buon diritto essere considerato anche il primo e forse tra i maggiori storici del Diritto naturale, alla cui storiografia dedicò gran parte della sua *Préface du Traducteur*, lunghissima e informatissima premessa all'opera di Pufendorf (8).

---

ampia raccolta storica e cronologica dei trattati « *répandus dans les Auteurs grecs et latins, et autre monumens de l'Antiquité, depuis les tems les plus reculez jusques à l'Empereur Charlemagne*, opera di grande erudizione; — traduzioni in francese di G. Noodt, di Gronovius, di Bynkershoek, di J.-W. Slicher, nonché l'edizione dell'*Opera omnia* di G. Noodt, con una sua vita; — una raccolta di discorsi « *sur diverses matières importantes* », Amsterdam, 1731; — diversi elogi e sermoni; — e infine un numero considerevole di articoli e di recensioni apparsi in un lungo arco di tempo, dal 1728 al 1741, nella *Bibliothèque raisonnée des ouvrages des savants de l'Europe*, di cui ebbe nello stesso periodo la direzione, oltre a collaborazioni ad altre riviste.

Dal cartiglio posto sotto l'effigie di lui, premessa all'edizione del *Droit de la nature* di Londra, 1740, vol. I, risulta che era *Regiae Societatis Berolinensis Socius*.

(7) Pubblicato ad Amsterdam nel 1744 sotto il titolo *Traité philosophique des Loix naturelles, où l'on recherche et l'on établit, par la nature des choses, la forme de ces loix, leur principaux chefs, leur publication et leur obligation: on y réfute aussi les éléments de la morale de Hobbes, par le docteur Richard Cumberland, ... traduit du latin par Mr. Barbeyrac, ... avec des notes du traducteur qui y a joint celles de la traduction anglaise*. Fu ristampata a Leida nel 1757.

(8) Mi sono particolarmente giovato in questa piccola bio-bibliografia — oltre

Ancora una nota triste, forse la più triste di una vita alquanto triste. Di lui, seppure con sdegno, un lontano successore alla cattedra di Losanna — siamo sempre nel '700 — potrà lamentare in un suo verso: « *Célèbre auteur qu'on ne lit plus ...* ».

Non senza un po' di esagerazione — ripeto — una triste verità: come è di tanti, dei più.

Rievocato il personaggio — perché Barbeyrac fu veramente un singolare e notevole personaggio — è il momento di presentare la sua 'novità', e direi grande novità.

Essa ci viene incontro quasi all'inizio della versione francese del *De jure naturali* di Pufendorf. Siamo alla prima battuta del § IV del primo capitolo del I Libro, intitolato *De origine et varietate entium moralium* e reso con *De l'origine des Etres Moraux, et de leurs différentes sortes en général*.

Ritengo opportuno, per chiarezza — ed anche per facilità del lettore — di porre i due testi a fronte, l'originale latino e la traduzione francese di Barbeyrac:

§ IV di Pufendorf:

Porro uti modus originarius  
 producendi entia physica est crea-  
 tio; ita modum, quo entia moralia  
 producuntur, vix melius possis  
 exprimere, quam per vocabulum  
*impositionis*.

§ IV della trad. Barbeyrac:

Comme les *Etres Physiques*,  
 sont originairement produits par  
 la *Création*; on ne sauroit mieux  
 exprimer la manière dont les *Etres*  
*Moraux* se forment, que par le  
 terme d'*Institution* [2].

---

che di dati forniti dalle opere — di quanto ha scritto Philippe MEYLAN, *Jean Barbeyrac (1674-1744) et les débuts de l'enseignement du droit dans l'ancienne Académie de Lausanne. Contribution à l'histoire du Droit naturel*, Lausanne, 1937. Un'amorevolissima, elegante e profonda trattazione in tutto degna di Barbeyrac e del suo autore, finissimo romanista di meritata fama.

Su Barbeyrac, v. inoltre DE MONTEMAYOR, *Storia*, cit., *passim*; FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, Bologna, 1968, II, p. 254 s. (ingiustificatamente ingiusto); WOLF, *Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*<sup>3</sup>, Tübingen, 1951, p. 306 ss.; OTHMER, *Berlin und die Verbreitung des Naturrechts in Europa. Kultur- und sozialgeschichtliche Studien zu Jean Barbeyracs Pufendorf-Übersetzungen und eine Analyse seiner Leserschaft*, Berlin, 1970 (ottimo esame); TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, I, Bologna, 1976, *passim* (con interessanti rilievi). Cfr. anche PALLADINI, *Discussioni seicentesche su Samuel Pufendorf*, Bologna, 1978.

E poi alla Nota 2, in calce, il Barbeyrac soggiunge:

Je n'ai point trouvé de terme plus propre pour exprimer celui d'*impositio*. Le mot d'*imposition* n'a, dans notre Langue, aucun sens qui approche tant soit peu de l'idée que nôtre Auteur attache au terme Latin. Au lieu que celui d'*institution* se dit le plus souvent de tout ce qui est inventé et établi, par opposition à ce qui vient de la *nature*. J'avouë qu'il y a quelque différence entre la maniere dont on entend ordinairement cette distinction, et ce que nôtre Auteur veut dire lorsqu'il pose en fait que les choses Morales sont telles *par imposition*, et non pas *d'elles-mêmes ou par leur nature*. Mais pourvû qu'on se souvienne bien de ses principes, que je développerai distinctement dans les deux Notes suivantes, il sera aisé de changer quelque chose à l'idée reçue du terme d'*institution*, et de n'y attacher précisément que ce que nôtre Auteur a eu dans l'esprit. J'écrirai toujours ce mot en caractere Italique, lorsqu'il répondra au Latin *impositio*, dans le sens dont il s'agit; ce qui soit dit une fois pour toutes <sup>(9)</sup>.

Nelle due Note successive il Nostro aggiunge una serie di lunghi chiarimenti sul modo come abbia ad intendersi la parola proposta, a seconda che si tratti di *institution humaine* o di *institution divine*: ma qui non interessa.

Potrei aver finito, perché l'annotazione di Barbeyrac, così densa di implicazioni e di sfumature, dice tutto ed è tale da esimere da ogni più ampio discorso: non solo sulla 'nascita' del nuovo impiego del vecchio termine, ma anche sulla redazione — per così dire — del suo «atto di nascita».

---

(9) Dall'ediz. di Londra, cit., p. 4 (e per le due Note successive, p. 5).

Le parole di Pufendorf sono state prese dall'edizione curata dal Moscow, Francofurti et Lipsiae, 1759, p. 6.

Può essere interessante ricordare che nell'unica (a quanto mi risulta) traduzione italiana di Pufendorf, apparsa con il titolo *Il diritto della natura e delle genti ... rettificato, accresciuto e illustrato* da Giovan Battista Almici, Venezia, 1757, a p. 3 del I vol. si legge: «Come gli enti fisici prodotti sono immediatamente per la creazione, gli enti morali si formano per la istituzione». La derivazione dal Nostro mi sembra più che evidente.

Mi rimane il desiderio di sapere come la parola *impositio* sia stata resa nelle traduzioni di Pufendorf in inglese e in tedesco, di cui è menzione in WOLF, *Grosse Rechtsdenker*, cit., p. 333.

Voglio soltanto aggiungere alcune considerazioni estrinseche a mo' di chiose. Anche se un poco pedantesche, mi consola che non sarebbero riuscite sgradite al Nostro, formidabile annotatore.

Le prime due riguardano indagini vocabolaristiche, in francese e in italiano.

Per quel che possano valere simili indicazioni (ad es. nessun dizionario sembra accorgersi di Barbeyrac), il termine *institution* è presente nell'antica lingua francese, dal Medioevo, talvolta nel senso di 'comando', più spesso nel senso di 'educazione', di 'formazione', di 'istruzione' ed è solo in questi significati che è usato tuttora nel XVI secolo <sup>(10)</sup>, cui si aggiunge nel XVII il valore di 'collegio', 'scuola', 'pensionato', anche se con J.-B. Bossuet (1627-1704) si hanno degli impieghi che preludono a quelli del Barbeyrac <sup>(11)</sup>.

Questi, d'altronde non aveva escluso affatto che l'uso di 'cosa istituita' fosse già in voga al suo tempo: di suo, egli ci mette la specificazione di cui discorre e che ne rende così pregnante il valore, una piccola ma così importante « *quelque chose* » in più.

In italiano, il termine 'istituzione' è ben presente — stando al Dizionario del Battaglia — già in alcune remote traduzioni in volgare di S. Agostino e di altri autori latini, nonché in una schiera di cinquecenteschi e seicenteschi, che con questo vocabolo dai molteplici usi esprimono anche significati che si avvicinano moltissimo a quello di cui ci stiamo occupando. Matteo Bandello (1485-1561), Donato Giannotti (1492-1573), Giovanni Guidiccioni

<sup>(10)</sup> Cfr. GODEFROY, *Dictionnaire de l'ancienne langue française et de tous ses dialectes du IX au XV siècle*, Paris, 1885, IV, p. 594 e HUGUET, *Dictionnaire de la langue française du seizième siècle*, Paris, 1950, IV, p. 655.

Soltanto *institution* nel senso di *hevedis institutio* è presente nel *Glossaire du droit françois, contenant l'explication des mots difficiles qui se trouvent dans les ordonnances de nos Roys, dans les coutumes du Royaume, dans les anciens arrests et les anciens titres*, Paris, 1704.

<sup>(11)</sup> Cfr. LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française*, Paris, 1863-1873 (rist. 1970), II, p. 3253; ROBERT, *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Paris, 1951, IV, p. 33 (che però, ignorando Barbeyrac, sbaglia nel dire che *le développement de cet emploi absolu ne remonte guère au delà de la fin du XVIII s.*); *Grand Larousse Encyclopédique*, Paris, 1960-1964, VI, p. 179 (che però si limita a ricordare la *Théorie de l'institution* di Hariou).

(1500-1541), Francesco Sansovino (1521-1586), Scipione Ammirato (1531-1601), Cesare Campana (1540 c.-1606), Paolo Paruta (1540-1598), Giovanni Botero (1540-1617), Torquato Tasso (1544-1595), Daniello Bartoli (1608-1685), cioè letterati, storici, uomini politici e politologi usano correntemente quest'espressione prima di Barbeyrac <sup>(12)</sup>. Ma mentre questo non può far pensare che tali impieghi italiani siano noti all'Autore francese, altrettanto non è da dirsi per il dopo-Barbeyrac, negli autori italiani, come accenneremo fra poco.

La terza considerazione riguarda la rapidità della diffusione di *institution* nel nuovo significato. Basti pensare a Montesquieu, che nel suo *Esprit des Loix* (1748) contrappone *les lois*, come *institutions particulières et précises du législateur*, ai *moeurs* e alle *manières des institutions de la nation en général*; a Rousseau, che nel suo *Émile ou sur l'éducation* (1767) parla di *institutions humaines*; all'uso assoluto che ne farà Saint-Just nei suoi *Fragments d'institutions républicaines* (1795). È inutile spingersi oltre, ché nell'800 l'uso sarà prorompente.

In italiano c'è l'imbarazzo della scelta. Da Scipione Maffei (1675-1755), a Vittorio Alfieri (1749-1803), da Giacomo Leopardi (1798-1837), a Carlo Cattaneo (1801-1869), a Giuseppe Mazzini (1805-1872) è tutto un fiorire di 'istituzioni'. Poi anche qui, l'esplosione.

Dire quanto dietro tutto questo ci sia — in Italia — di Barbeyrac è assai difficile. Di alcuni piace pensarlo, per lettura diretta o interposta e per la loro notoria cultura francese. D'altra parte le parole sono come le monete: una volta in circolazione, è sempre più arduo e addirittura impossibile seguirne i passaggi di mano in mano (nel nostro caso dovremmo dire di bocca in bocca). Nelle 'teorie istituzionali' direi proprio di sì.

Piuttosto è da notare una certa 'stanchezza' del termine. Anche le parole sembrano avere un loro ciclo vitale e ad esso forse non si sottrarrà neppure 'istituzione'. Le parole stancano, vengono ad uggia, si logorano per il troppo uso, si inflazionano,

---

(12) Cfr. BATTAGLIA, *Grande dizionario della lingua italiana*, Torino, 1961 ss., VIII, p. 609 s.

si dequalificano. Non a caso — dunque — si comincia a parlare di « fine dell'istituzione » (13).

L'ultima chiosa riguarda la 'moderata' novità di questa segnalazione. A quanto io sappia, se ne ha ad es. una precisa indicazione in Santi Romano e in Clemens, nonché in un mio scritto del 1968 (14).

Se oggi sono ritornato sull'argomento è per la sua importanza, e per la curiosità di avere — caso piuttosto raro — un significato 'datato': appunto, l'« anagrafe di un significato ».

---

(13) V. ora ad es. l'assai fine saggio di S. CASSESE, *Istituzione: un concetto ormai inutile*, in *Politica del diritto*, aprile 1979, poi nel suo *Esiste un governo in Italia?*, Roma, 1980, p. 114 ss., ove è giudicata « parola ... scientificamente inutile, sia perché termine polisenso, come tutti quelli carichi negli anni di troppi significati, sia perché espressione rozza e primitiva, propria di una strumentazione di ricerca superata ».

(14) ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Pisa, 1918 (cito dalla 2ª ed., Firenze, 1946, p. 32 n. 29, dove si legge « *impositio* ... che il traduttore francese, Barbeyrac, rende con *institution* »); CLEMENS, *Personnalité morale et Personnalité juridique*, Paris, 1935, p. 12 dove si nota che Barbeyrac, *trente ans plus tard*, traduirà le mot par « *institution* », en précisant qu'il faut l'entendre dans un sens un peu particulier; quanto a me, citando il Clemens, in *Il « problema delle persone giuridiche » in diritto romano*, I, Torino, 1968, p. 15 n. 26 (= *Azione Diritti soggettivi Persone giuridiche*, Bologna, 1978, p. 201 n. 26).

*Post scriptum* — A redazione ultimata mi è capitato sotto mano il *Traité du juge competent des ambassadeurs ... Traduit du Latin de Mr. de Bynkershoek ... par Jean Barbeyrac ...*, A la Haye, 1723, ove a p. xxxii della *Préface* il Traduttore trova modo di inserire un richiamo a Pufendorf, il grande amore della sua vita, e lo fa con un'affettuosità unica. In un contesto costellato di protocollari *Monsieur* per l'autore tradotto, egli lo chiama semplicemente e caldamente *mon grand Pufendorf*.

ANTONIO MANTELLO

INDIVIDUO, FENOMENI ASSOCIATIVI  
E STRUTTURE SOCIO-ECONOMICHE  
NEL RAZIONALISMO WOLFFIANO

QUALCHE SPUNTO CRITICO

... *Che cosa trovo, se rifaccio i calcoli?*  
Th. FONTANE, *Storia di un ufficiale  
prussiano*, tr. it., Milano 1981, p. 30

I. *Un'indispensabile premessa.*

Il romanista o, come oggi lo si definisce, l'antichista può uscire dai suoi *bina iugera* ed entrare nel territorio delle esperienze giuridiche medievali o moderne per molteplici motivi. Per quel bisogno di cambiar aria, per quel fascino della trasgressione cui accennava recentemente Bretone <sup>(1)</sup>. Ma anche per esigenze più serie, per acquisire nuove consapevolezze di fondo o per spezzare un vero o presunto isolamento del suo operare. Può farlo per fini meramente 'culti', con analisi *extravagantes* e non coordinate di necessità al grosso delle sue ricerche. Ma può farlo perché insofferente alle artificiose barriere fra settore e settore della storiografia giuridica. Può farlo infine per rincorrere mode più o meno fatue o consistenti. Ma anche perché crede che il segmento di passato oggetto della sua disciplina non sia una sorta di *ager divinus et adsignatus*, dotato quasi di vita autarchica ed indipendente. Se è vero, come scrive Finley, che la durata del tempo è qualità

---

(1) Cfr. *Il 'Beruf' e la ricerca del 'tempo classico'*, in *Quaderni fiorentini*, 9, 1980, 190.



legata ad associazioni ed emozioni <sup>(2)</sup>, nulla vieta di ridimensionare tratlative questioni di confine basate sul solo momento cronologico.

In ogni caso, l'antichista corre qualche rischio. È proprio per la presenza delle suddette questioni di confine. Confessiamolo: 'scorribande' in territori altrui non sono ben viste dalla *res publica* cui egli appartiene. La critica è nell'aria, e non mi sembra neppure il caso di far nomi.

È difficile precisare d'altro canto come queste 'scorribande' vengano giudicate dagli altri storici del diritto. Molti forse son perplessi. Ma v'è pure chi le agevola. Penso a Grossi: la sua sacrosanta battaglia per superare la vecchia, positivistica e poi idealistica riduzione della cd. 'storia del diritto italiano' a 'storia della civiltà medievale' sta producendo un fenomeno molto interessante. Il suo giusto e polemico tentativo di rivalutare il 'diritto moderno' spinge non pochi romanisti ad intervenire nel dibattito: perché vengono reinvestiti momenti nodali di quel pensiero giuridico che ha creato i 'codici di lettura' e gli 'statuti scientifici' con i quali dobbiamo un po' tutti, antichisti compresi, far oggi i conti. Da questo punto di vista, anzi, si può paradossalmente affermare che i *Quaderni fiorentini* stanno contribuendo a smuovere acque stagnanti ed incrostazioni non solo per le analisi delle esperienze più vicine a noi, ma pure (e indirettamente) sul piano della riflessione antichistica.

\* \* \*

Il panorama è dunque frastagliato e tale da complicare abbastanza le cose. La complessità dei motivi che posson condurre un romanista ad occuparsi di temi extraromanistici si coniuga con molte altre questioni, e in modo non sempre lineare.

Per quanto mi riguarda, due sole parole. Prima di tutto, che il presente contributo non deve essere inteso come una specie di

---

(2) Cfr. *Uso e abuso della storia*, tr. it., Torino 1981, 22: una precisazione non nuova, ma troppo spesso dimenticata dagli storici del diritto, quando trascurano che contano i problemi più dei periodi storici, la partecipazione a tali problemi più delle *quaestiones de finibus* nate da tradizioni culturali non sempre appaganti la sensibilità dello storico odierno.

*divertissement*, né tanto meno come una ricerca di spazi storiografici più ariosi ed assoluti di quelli offerti dal mondo antico. Io mi sento fino in fondo romanista e ... *sic manebo optime*.

In secondo luogo, va sottolineato che tutto è nato da un bisogno di chiarimento. Non per mostrare — me ne mancherebbero le forze — soluzioni nuove agli specialisti. Ma più semplicemente per introdurre qualche ulteriore motivo di riflessione sui 'codici di lettura' e gli 'statuti scientifici' di cui parlavamo poc'anzi.

Mi spiego con una domanda provocatoria. Fino a qual punto siamo oggi disposti, come storici del diritto, ad accettare l'idea, per altro corrente fra gli studiosi non giuristi dopo le indagini di Tröltsch, Dilthey, Cassirer, Merker<sup>(3)</sup>, che il secolo XVIII è stato un secolo dotato di 'senso storico'? Fino a qual punto siamo disposti a ridimensionare, come storici del diritto, quella che può esser definita la battaglia per la storia del secolo XIX? Fino a qual punto seguiamo ancora acriticamente quella che l'Ottocento, con il suo richiamo al contingente e al relativo, ha indicato come una sorta di rivoluzione copernicana rispetto al tanto deprecato giusnaturalismo?<sup>(4)</sup>

La migliore risposta è in una constatazione, forse ovvia ma non sempre rettamente valutata ed utilizzata: che ogni processo riflessivo ha un proprio intendimento del proprio presente, diverso a seconda del soggetto conoscente e della relativa esperienza, ma non per questo meno condizionato dal concreto. Il mezzo per la registrazione del presente varierà di volta in volta. Potrà manifestarsi in una ricognizione diretta o mediata dallo studio del passato. Potrà essere il 'ragionare per problemi' di gran parte della scienza giuridica romana o la visione sistematico-classificatoria di molti Pandettisti, l'intervento di tipo esegetico d'un Glossatore o l'astrazione di uno *jus naturae methodo scientifica pertractatum*, la lettura delle fonti in chiave umanistica o in chiave antiquaristica, lo

---

(3) Cfr. l'ottima analisi di MERKER, *L'illuminismo tedesco. Età di Lessing*<sup>2</sup>, Bari 1974, 337 ss.: esemplare per cogliere anche i limiti di certi rinnovamenti, più formali che sostanziali, della tematica (cfr., emblematico, Fassò, *La legge della ragione*<sup>2</sup>, Bologna 1966, spec. 199 ss.).

(4) Per qualche ulteriore spunto, cfr. il mio *A proposito di Savigny: una riflessione sulle riflessioni*, in *Quaderni fiorentini*, 9, 1980, 541 ss.

'storicismo' della Scuola storica o lo storicismo di matrice idealistica, la scelta di stampo positivistico o l'elaborazione volta a superare il diaframma tra 'giuridico' e 'metagiuridico'. Ovunque però si ha a che fare con risposte storiche a questioni concrete, storiche. E solo l'erronea convinzione che il 'senso storico' esista là dove rifluisce in meccanismi ricognitivi aderenti al relativo e al contingente oppure in (un certo tipo di) difesa teorica del relativo e del contingente; solo questa erronea convinzione impedisce di mettere a frutto il principio, scontato, che qualsiasi riflessione, anche la più rarefatta e la più lontana dal reale, è legata al ... reale.

Si tratterà, va da sé, di un vario porsi di questo legame nell'ambito dei vari processi riflessivi e, sul piano degli odierni giudizi di valore, di una maggiore o minore 'simpatia' di ciascuno di noi verso l'una o l'altra concezione (passata o presente) che siamo chiamati a giudicare in funzione del nostro reale e delle nostre ideologie. Ma è pure vero che, per quanto riguarda l'accertamento e l'elaborazione del dato su cui insiste il giudizio <sup>(5)</sup>, non v'è nulla di più antistorico che presupporre etichette o, peggio ancora, sublimare a referente dell'esame una particolare nozione di 'senso storico'. Di 'sensi storici' ne sono esistiti, ne esistono, ne esisteranno molti e diversi. Ed è un nostro difetto di prospettiva semplificare tutto sulla scia di determinate ipostasi concettuali, nate magari nell'Ottocento.

\* \* \*

È per tali motivi che colgo l'occasione offertami dai *Quaderni fiorentini* di Grossi, cercando di dimostrare appunto, e con riguardo ad un particolare profilo della tematica affrontata in questo numero della Rivista, che anche il caso-limite (quanto ad astrazione tecnico-formale) del giusnaturalismo wolffiano nient'altro è che una 'razionalizzazione' del reale legata a precisi assetti socio-economici e a precise scelte ideologiche.

---

<sup>(5)</sup> Cfr. le importanti precisazioni generali di ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*<sup>2</sup>, Torino 1961, 425 ss.

Per non complicare troppo l'esposizione, prenderemo a partito il solo Wolff della maturità: l'autore dello *Jus naturae* (1740-1748) e delle *Institutiones* (1750). Guarderemo alla disciplina qui data della *persona moralis*, quale essa si realizza attraverso l'esaltazione dell'individuo, nonché attraverso il corollario, importantissimo, che i gruppi sociali sono solo assimilabili alla *persona moralis* individuale. Esamineremo il ruolo di questi scorci concettuali, la loro caratteristica di moduli ideologici per una sostanziale raffinata difesa delle strutture socio-economiche della Prussia degli Hohenzollern. Tenteremo di provare che, nonostante l'astrattezza che lo connota, il 'messaggio' di Wolff è proposta di parte, volta a negare un ruolo primario ai 'ceti intermedi', a tutto vantaggio dell'aristocrazia fondiaria e della sua funzione di sostegno all'assolutismo dell'età federiciana.

In sintesi, tenteremo di 'storicizzare' un certo aspetto del pensiero di Wolff: anche perché 'rifare i calcoli' di un filosofo-giurista come lui, che nelle metodologie matematiche e nel *continuo ratiocinationis filo omnia deducere* ha visto una ragion di vita, può ben essere un modo, da storici, di manifestare il nostro 'senso storico'.

## 2. Finzioni ed assimilazioni.

Dobbiamo muovere da un'osservazione. Quella che è stata chiamata la tendenza a « chiarire il rapporto fra l'elemento naturalistico, cioè l'uomo in quanto entità fisica ..., e la sua considerazione da parte del diritto » (6) — tendenza già risalente al tardo Umanesimo — trova in Wolff un convinto assertore. Il suo *Jus naturae* rammenta che non l'*homo* in sé, ma l'*homo moralis est subjectum obligationum atque jurium*: una frase che fa il paio con l'altra delle *Institutiones*, in cui si dice che *homo persona moralis est, quatenus spectatur tamquam subjectum certarum obligationum atque jurium certorum* e si sottolinea ancora una volta l'impor-

---

(6) Le parole sono di ORESTANO, *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche*, Bologna 1978, 200 e, in precedenza, *Il 'problema delle persone giuridiche' in diritto romano*, I, Torino 1968, 13 s.

tanza della distinzione fra aspetti naturalistici ed aspetti giuridici, fra l'*homo*-entità naturale e la *persona (homo) moralis*-entità giuridica (7).

L'esigenza — ripeto — non era nuova (8), ma nel caso acquista particolare rilievo se consideriamo che la suddetta distinzione vien fondata su uno specifico meccanismo logico-argomentativo. La *persona moralis* costituisce una *fictio*, e solo come *fictio* è concepita e distinta dall'*homo*:

*Nimirum quatenus homo spectatur quoad obligationes et jura, quae in ipsum cadunt, eatenus distinguitur a seipso, et fingitur subjectum quoddam, cui non insunt nisi obligationes atque jura: unde deinceps emanat discrimen actionum liberarum, quatenus istis juribus et obligationibus vel conveniunt, vel iisdem contrariantur. Fictio haec non inutilis, cum in Jure Naturae nobis non sit negotium cum homine, nisi quatenus obligationum atque juri-um capax est, consequenter non nisi cum homine morali ...* (9).

Il profilo, va da sé, è ben diverso da quello dell'*universitas-persona ficta* di tradizione medievale (10). Ed è per lo più sfuggito agli studiosi: causa non ultima il pressoché costante riferimento da loro operato alle sole *Institutiones* wolffiane, che — a differenza dell'opera di cui sono sintesi (*Jus naturae*) — lo danno per presupposto.

Gierke ad esempio sembra accennarvi fra le righe, nell'ormai classico *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien* (11). Campo, nell'ugualmente noto *Cristiano*

(7) Cfr. *Jus naturae*, I, § 70 (ed. Francofurti et Lipsiae 1764-1766: I, p. 22); *Institutiones juris naturae et gentium*, § 96 (ed. Venetiis 1768, p. 33).

(8) Ancora fondamentale l'*excursus* storiografico di COING, *Der Rechtsbegriff der menschlichen Person und die Theorien der Menschenrechte* (1950), in *Zur Geschichte des Privatrechtssystems*, Frankfurt am Main 1962, 63 ss. V. pure ORESTANO, *Il problema*, cit., 13 ss. (= *Azione*, cit., 200 s.).

(9) Cfr. *Jus naturae*, I, § 70 nt. (ed. cit., I, p. 22).

(10) Sulla quale v. ora l'ampia indagine di TODESCAN, *Diritto e realtà. Storia e teoria della 'fictio iuris'*, Padova 1979, 89 ss., spec. 92 ss.

(11) Cfr., nella tr. it. (Giovanni Althusius e lo sviluppo storico delle teorie politiche giusnaturalistiche, Torino 1974), p. 150 ss., spec. p. 153. V. pure, dello s.a., il monumentale *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, 4, Darmstadt 1954 (rist. ed. 1913), spec. 420 e 426.

*Wolff e il razionalismo precritico*, ne fa oggetto di un superficiale richiamo, finalizzato ad un *thema demonstrandum* che qui non interessa (12). E se Conrad lo dimentica, là dove apre una polemica con Coing circa la conoscenza wolffiana del concetto di 'capacità giuridica generale' (13), altrettanto può dirsi per lo stesso Coing (14), nonché per Thomann, il cui denso articolo su *Christian Wolff et le droit subjectif* prescinde completamente da tale problema della *factio-persona moralis* (15).

Anche di recente poi v'è stato chi — in un libro pur sempre dedicato alla « storia e teoria della *factio iuris* » — si è limitato a ripetere la generica osservazione che, con Wolff, « alla radice della personalità si intravvede quello *status moralis*, quella capacità giuridica di cui è contrassegnato l'uomo titolare di diritti e doveri giuridici ». E ciò, perché « nel passaggio dal teocentrismo medioevale al moderno antropocentrismo post-rinascimentale ... i nuovi fermenti razionalistici ed individualistici ... tendono ad isolare, in perfetta autonomia, la figura della 'persona', rivestendola di una corazza di diritti innati » (16).

L'osservazione è giusta, in generale. O perlomeno tale da cogliere le linee essenzialissime di tutta una vicenda culturale. A scavare tuttavia un po' più nel profondo, è facile rendersi conto della forza che la riflessione wolffiana raggiunge, pur mettendo a frutto soluzioni e schemi mentali non sempre originali.

(12) Cfr., nel secondo volume dell'opera (Milano 1939), p. 555 s.

(13) Cfr. *Individuo e comunità nel diritto privato del XVIII e del principio del XIX secolo*, in *Nuova riv. di dir. comm., dir. dell'ec., dir. soc.*, 9, 1956, 32 s., 37 s. V. pure, dello s.a., l'ampia *Deutsche Rechtsgeschichte*, 2, Karlsruhe 1966, spec. 374 ss.

(14) Cfr. *Der Rechtsbegriff*, cit., 65 ss.

(15) Cfr. *Arch. de phil. du dr.*, 9, 1964, 153 ss., spec. 156 (mi è rimasto inaccessibile, dello s.a., *Christian Wolff et son temps*, diss., Strasbourg 1963).

Per altri elementi di giudizio agg., almeno, SOLARI, *Filosofia del diritto privato*, I (*Individualismo e diritto privato*), Torino 1959 (rist.), spec. 75 ss. e 333 s.; THIEME, *Das Naturrecht und die europäische Privatrechtsgeschichte*?, Basel 1954, spec. 23 ss.; TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, I, Bologna 1976, spec. 114 ss., nonché WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, tr. it., Milano 1980, I, 485 ss. (e relativo contesto). Di Villey, infine, cfr. le *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*?, Paris 1962, spec. 250 e nt. 2 (con un mero rinvio a Coing).

(16) Cfr. TODESCAN, *Diritto*, cit., 219.

Può essere illuminante il raffronto con uno degli 'autori' di Wolff, il Pufendorf del *De jure naturae et gentium* (1<sup>a</sup> ed. 1672) (17). Se è vero che il concetto di *persona moralis* si fissa sostanzialmente con quest'ultimo (18), è anche vero che tra i due giusnaturalisti corre un abisso: l'accezione pufendorfiana della *persona moralis* assume con Wolff nuove coloriture. È un contenente in cui vengono travasate visioni molto più totalizzanti dell'uomo come centro d'imputazione massimo degli assetti giuridici: e con una consapevolezza che rende altamente plausibile sostenere che la dottrina wolffiana si sia modellata — se non in contrappunto — su basi non identiche a quelle di Pufendorf.

Nel *De jure naturae* di Pufendorf la *fictio* di cui discutiamo non compare (19). L'autore imposta tutta la questione dei rapporti fra aspetti naturalistici ed aspetti giuridici della personalità umana su di un complesso ragionamento, che la dottrina ha studiato abbastanza ampiamente (20) e che si può sintetizzare in tre o quattro capisaldi.

(17) E ovviamente di altri scritti, a cominciare dal *De officio hominis et civis* (1673), di minor rilievo ai nostri fini.

Uso il termine 'autore' in senso quasi vichiano, quale significante di una riflessione (fra le altre) con la quale Wolff non ha potuto non fare i conti: per l'incidenza da essa avuta in linea di principio (cfr., con ulteriori indicazioni, WIEACKER, *Storia*, cit., I, 486 s.), ma anche e soprattutto per la sua peculiarità, per la « originalste und genialste Leistung » (cfr. WELZEL, *Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs*, diss., che qui cito dalla 1<sup>a</sup> ed. Heidelberg 1930, XI Vorbm.) in ordine ai particolari problemi (filosofico-giuridici) che discutiamo in questa parte dell'articolo.

(18) Cfr., ad es., GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, cit., 4, 419; CLEMENS, *Personnalité morale et personnalité juridique*, Paris 1935, 9, e — con importanti specificazioni fondate su una più ampia ricerca, che mi è rimasta inaccessibile — DENZER, *Die Ursprünge der Lehre von der juristischen Person (persona moralis) in Deutschland und ihre Bedeutung für die Vorstellung von der Staatspersönlichkeit, in La formazione storica del diritto moderno in Europa (Atti III Congr. intern. Soc. It. St. dir.)*, 3, Firenze 1977, spec. 1194 s.

(19) O, comunque, non si presenta in termini netti ed inequivocabili. Arg. da *De jure naturae et gentium*, I, I, §§ 12, 14, 15 e 16 (ed. Francofurti et Lipsiae 1759, I, pp. 13, 14 ss.).

(20) Un quadro efficace è in CLEMENS, *Personnalité*, cit., 10 ss., Ma cfr. spec. GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, cit., 4, 415 ss.; WELZEL, *Die kulturphilosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs und ihre kulturhistorische Bedeutung*, in *Deutsche Vierteljahrsschrift für Literaturwissenschaft und Gei-*

Intanto, compare l'idea che gli *entia moralia* siano dei *modi* (d'essere) attribuiti alle *substantiae*, ovvero alle cose e alle attività fisiche, per poter meglio dirigere e controllare la libertà di volere:

... comodissime videmur entia moralia posse definire, quod sint modi quidam; rebus aut motibus physicis superadditi ..., ad dirigendam potissimum et temperandam libertatem actuum hominis voluntariorum, et ad ordinem aliquem ac decorem vitae humanae conciliandum. Modos dicimus. Nam concinnius nobis videtur ens latissime dividere in substantiam et modum ... Modus porro uti substantiae contradistinguitur; ita eo ipso satis patet, entia moralia non per se subsistere, sed in substantiis, earumque motibus fundari, ipsaeque certa duntaxat ratione afficere ... (21).

A questa idea si accompagna l'altra che l'identificazione dei modi d'essere come *entia moralia* dipenda da un processo in-

---

*stesgeschichte*, 9, 1931, 593 ss.; E. WOLF, *Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte* 4, Tübingen 1963, 340 ss.; DENZER, *Die Ursprünge*, cit., 1195 ss.: tutti con opportuni richiami alle ascendenze culturali di Pufendorf e ai condizionamenti operati su di lui dal maestro Weigel (sul quale cfr. pure STINTZING-LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, 3.1, München und Leipzig 1898, 14 [Text] e 7 [Noten], e spec. RÖD, *Erhard Weigels Lehre von den Entia moralia*, in *Archiv f. Gesch. der Philos.*, 51, 1969, 58 ss., in part. 62 ss.).

(21) *De jure naturae et gentium*, I, I, § 3 (ed. cit., I, p. 5).

Sul *modus* come termine che « porte d'abord dans l'Esprit l'idée d'une chose directement opposée à la Substance, c'est-à-dire, d'une manière d'être », cfr. già Barbeyrac nel suo commento al *De jure naturae et gentium* di Pufendorf (ed. Londres 1740, I, p. 4 nt. 1: ad I, I, § 3; lo spaziato è mio).

Inesatto CLEMENS, *Personnalité*, cit., 12, circa la presunta identificazione del concetto di *modus* con l'altro di *accidens* (della tradizione scolastica). Egli non interpreta correttamente le parole di Pufendorf, che non a caso aggiunge un *quam in substantiam et accidens* all'espressione, da noi trascritta nel testo, *nam concinnius nobis - in substantiam et modum*. Sul punto, cfr. ancora l'interpretazione di Barbeyrac (*l.c.*), nonché la nota che — sulla scia di Barbeyrac — viene introdotta da Mascov nella citata edizione di Francoforte e Lipsia del *De jure naturae et gentium* (I, p. 4 nt. 1: ad I, I, § 3): *Modi enim substantiae inseparabiliter cohaerent, ita, ut nunquam per se existere possint. Accidens contra per se verae substantiae sunt, et existere possunt independenter a Subiecto, cui adiecta esse concipiuntur*. Tener conto, d'altro canto, del *Lexicon quo explicantur D. Thomae et aliorum Scholasticorum verba maxime inusitata ac praecipuae locutiones* (auctore J. Zamae Mellinio), in S. THOMAE AQUINATIS, *Summa theologica*, ed. Augustae Taurinorum 1901, 6, 21\* (v. *modus*) e 3\* (v. *accidens*).



tellettivo, peculiare all'uomo in quanto essere intelligente (*impositio*):

... *Caeterum modorum alii ex ipsa re naturaliter velut profluunt, alii per potentiam intelligentem rebus modisque physicis superadduntur. Quod enim intellectu praeditum est, id ex reflexa rerum cognitione, earundemque inter se collatione tales potest notiones formare, quae ad dirigendam facultatem homogineam sunt idoneae. Et ex hoc genere quoque sunt entia moralia ...*

... *modum, quo entia moralia producuntur, vix melius possis exprimere, quam per vocabulum impositionis. Scilicet quia illa ... rebus iam existentibus et physice perfectis, eorundemque effectibus naturalibus sunt superaddita ex arbitrio entium intelligentium, adeoque unice per eorundem determinationem existentiam nascuntur ...* <sup>(22)</sup>.

V'è poi il corollario che i modi d'essere (*entia moralia*) siano addirittura da considerare *substantiae* distinte dalle *substantiae* fisiche, quando assumano un rilievo fondamentale e primario:

... *Etsi autem entia moralia non per se subsistant, adeoque in universum non in classe substantiarum, sed modorum sint censenda: deprehendimus tamen quaedam concipi ad modum substantiarum, quia in iis alia moralia videntur immediate fundari pari fere ratione, qua substantia corporeis quantitates et qualitates inhaerent ...* <sup>(23)</sup>.

Infine, la specificazione più importante. Sono principalmente i modi d'essere della *substantia* fisica-uomo che possono assumere la veste di *substantia* o, se si preferisce, di *ens morale*, *persona moralis*. Sulla falsariga di quanto accade nel mondo reale, dove le *substantiae* fisiche trovano ragion d'esistere nel momento spaziale, essi *modi* appaiono una *substantia* ideale, sono dunque una *persona*

<sup>(22)</sup> *De jure naturae et gentium*, I, I, §§ 3 e 4 (ed. cit., I, pp. 5 s.).

Noto incidentalmente l'acuta osservazione di CLEMENS, *Personnalité*, cit., 12, circa i legami tra le moderne teorie istituzionali del diritto, il concetto pufendoriano d'*impositio* e quello d'*institution* con il quale Barbeyrac traduce il pensiero pufendoriano nel citato commentario del *De jure naturae et gentium* (I, p. 4 nt. 2: ad I, I, § 4).

<sup>(23)</sup> *De jure naturae et gentium*, I, I, § 6 (ed. cit., I, p. 7).

*moralis* perché rappresentano in via indipendente, ma pur sempre intellettuale, la estrinsecazione (*status*) della *substantia* fisica-uomo sul piano dei rapporti e degli assetti giuridici:

... *Verum quemadmodum substantiae physicae velut supponunt spatium, in quo suam quam habent naturalem existentiam ponunt, et motus suos physicos exercent: ita ad harum analogiam etiam personae potissimum morales dicuntur, et intelliguntur esse in statu; qui itidem iis velut supponitur aut substernitur, ut in eo actiones atque effectus suos exerant. Inde natura status non incongrue exprimi potest, quod sit ens morale suppositivum, ob analogiam, quam habet cum spatio; quod itidem non videtur aliquod ens primum, sed eo destinatum, ut caeteris vel substernatur, eaque certo modo sustineat. Sic et certi status sunt instituti non propter se, sed ut in iis personae morales existere intelligantur ...* <sup>(24)</sup>.

Non trovo di meglio, per riassumere siffatta articolazione di pensiero, che far capo sostanzialmente a quanto scrive Gierke, là dove osserva che per Pufendorf lo spirito umano pone essenze non fisiche; che perciò in questo campo tutti gli *entia* sono attributi, modi da noi ascritti alle cose e ai moti naturali per regolare la libertà di volere; che però gli *entia moralia* sono concepiti, dalla nostra mente prigioniera della materia, analogamente alle cose fisiche, e nel loro rapporto reciproco vengono trattati — pur essendo in sé tutti modi — di nuovo come *substantiae* indipendenti; che in tal maniera si arriva a riconoscere la personalità come un attributo ideale, da distinguersi nettamente dall'esistenza naturale e concepibile a mo' di sostanza nel rapporto con gli altri concetti giuridici <sup>(25)</sup>.

In parole più povere ancora, la *persona moralis* è individuata attraverso la sublimazione a *substantia* di un atteggiarsi della *substantia* reale ed effettiva, e non attraverso un richiamo diretto ed immediato a quest'ultima. Quando Pufendorf ricorda che *nobis videtur ens latissime dividere in substantiam et modum* e giuoca tutte le sue carte sul *modus* erigendolo a *substantia* di tipo puramente intellettuale (*persona moralis*), egli tende in definitiva ad

<sup>(24)</sup> *De jure naturae et gentium*, l. ult. c.

<sup>(25)</sup> Cfr. Giovanni Althusius, cit., 150 s.

identificare la personalità con qualcosa che attiene non all'*esse*, bensì all'*existere* dell'uomo. Quel che rileva è il momento esistenziale, l'aspetto dinamico, il comportamento dell'entità fisica-uomo. Con l'effetto molto importante che la personalità viene a coinvolgere più la proiezione dell'uomo verso l'esterno che non l'uomo in sé e per sé. Essa è *moralis* non perché interessa la sfera etica o spirituale, ma perché si determina in rapporto all'agire e riguarda la *substantia* fisica in azione. È appunto il modo d'essere, entificato, di tale *substantia* <sup>(26)</sup>.

Ben diversa invece è la posizione di Wolff. Con lui il discorso si amplia. Proiettando tutto sul piano della finzione <sup>(27)</sup>, egli si apre la strada per decantare le consapevolezze pufendorfiane circa il carattere intellettuale della *persona moralis*, ma anche per sostenere che la *persona moralis* non può essere ridotta ai soli aspetti esistenziali della *substantia* fisica. Resta il principio che la *persona moralis* sia il risultato di un processo intellettuale volto ad indivi-

<sup>(26)</sup> Sul significato dell'aggettivo *moralis*, dirimente mi sembra ORESTANO, *Il problema*, cit., 15 nt. 26 (= *Azione*, cit., 201 nt. 26).

<sup>(27)</sup> Il riferimento, va da sé, è al brano dello *Jus naturae* citato a p. 184 (sopra la nt. 9). Qui aggiungo che tale brano prosegue con altre precisazioni, che danno testimonianza della prospettiva d'interpretazione storica adottata da Wolff e, quindi, del tipo di distacco da lui individuato fra la propria concezione e le precedenti.

Così, si osserva che la *factio* in parola *nec prorsus abhorret ab instituto eorum, qui jus naturae pertractarunt*, perché anche questi ultimi *loquuntur ... de natura hominum morali in oppositione ad physicam*. Con evidenza, Wolff pensa al processo di differenziazione fra aspetti giuridici ed aspetti fisici dell'entità umana cui abbiamo accennato poc'anzi (p. 183 s. e nt. 8) e, in particolare, ai risvolti da esso avuti all'interno delle medesime correnti giusnaturalistiche.

Per di più, si sottolinea che anche queste correnti hanno posto in essere una *factio* (... *hominem ... fingunt moralem distinguendum a physico, qualis in Physica consideratur ...*), senza tuttavia averne piena coscienza sul piano logico-argomentativo (... *etsi [haec factio] non distincte nec satis accurate explicata fuerit ...*): di modo che — e siamo alla conclusione del ragionamento — *nostrum ... est, ut fictionem istam ad notionem distinctam et foecundam revocemus* (lo spaziato è mio).

Al concreto: Wolff intende la 'sua' *factio* come momento chiarificatore di tutta una vicenda dottrinarica, cui apparteneva ovviamente anche la proposta di Pufendorf, costruita sull'entificazione dei *modi* a *substantia*, sulla separazione concettuale dei primi (*persona moralis*) dalla *substantia* fisica cui ineriscono.

duare le qualità giuridiche dell'entità fisica-uomo, ma accanto a questo principio emerge l'altro che la personalità morale coinvolga tutto l'uomo, nel suo *esse* e nel suo *existere*. Non più il solo modo d'essere, ma anche i presupposti del modo d'essere divengono i parametri per il cui tramite distinguere i profili giuridici da quelli naturalistici dell'entità umana.

Estremamente significativi sono alcuni paragrafi dello *Jus naturae*. Qui Wolff scolpisce la *persona (homo) moralis* nella sua integralità, distinguendone l'*essentia* dagli *attributa* e l'una e gli altri dai *modi*; quei *modi* che in Pufendorf assumevano valore primario, nel senso che conosciamo e con qualche incertezza là dove venivano anche chiamati *attributa* <sup>(28)</sup>.

Postulato del ragionamento è che la *fictio* della *persona moralis* sia possibile sol perché sussistono obbligazioni e diritti: tutto, insomma, è concepito in termini un poco diversi da quelli pufendorfiani, ma pur sempre tali da collegare il qualificativo *moralis* al momento strettamente giuridico, e non etico o spirituale (con buona pace di quanti continuano a travisare oggi l'accezione giusnaturalistica di quest'aggettivo).

Basti, al riguardo, un'affermazione che abbiamo già trascritto:

... *Fictio haec non inutilis, cum ... nobis non sit negotium cum homine, nisi quatenus obligationum atque jurium capax est, consequenter non nisi cum homine morali ...* <sup>(29)</sup>.

È da tali premesse — a seconda del tipo d'obbligazioni e di diritti, da quelli primigeni, più direttamente incardinati allo *jus*

<sup>(28)</sup> Sull'ultima osservazione cfr. *De jure naturae et gentium*, spec. I, I, § 2 in fine (*ed. cit.*, I, p. 5).

<sup>(29)</sup> Per il riscontro testuale, cfr. ancora *supra*, nt. 9.

A conferma di quanto osservo, cfr. pure la seguente precisazione, tratta sempre dallo *Jus naturae*, I, § 70 nt. (*ed. cit.*, I, p. 22): ... *Similis* (a quella della *persona moralis*) *est fictio, quando in Theologia homo carnalis distinguitur a spiritali, et spiritalis carnali opponitur ...* (lo spaziato è mio). Il principio d'assimilazione che qui compare è riferito al meccanismo logico-argomentativo impiegato (*fictio*), e non alle caratteristiche interne del relativo prodotto concettuale (*persona moralis*). Sarebbe quindi errato inferirne che la *persona moralis* wolffiana sia un *homo spiritalis* (alla maniera, magari, dei teologi).

Ulteriori elementi di giudizio, anche se indiretti, sono in *Jus naturae*, I, §§ 78 e 79 e relative note (*ed. cit.*, I, p. 25 s.).

*naturale*, a quelli più positivi e storici, dipendenti dalle relazioni soggettive — che vengon fuori i seguenti corollari:

*Essentia hominis moralis consistit in obligationibus primitivis ...*

*Attributa hominis moralis sunt obligationes connatae derivativae et jura connata omnia sive primitiva, sive derivativa ...*

*Omnes obligatio contracta et jus acquisitum omne, una cum actionibus, quae obligationibus et juribus quibuscunque conformes sunt, aut iisdem contrariae, quatenus scilicet conformes vel contrariae sunt, modi hominis moralis sunt ...* <sup>(30)</sup>.

E questa valutazione totalizzante tocca — come dire? — l'apice quando si arriva a parlare dello *status* della *persona moralis* e — a differenza di Pufendorf, che lo determinava attraverso i soli modi d'essere — lo si qualifica:

*Status hominum moralis est, qui determinatur per jura iisdem competentia et obligationes ipsorum* <sup>(31)</sup>.

<sup>(30)</sup> Cfr. *Jus naturae*, I, §§ 71, 72 e 73 (*ed. cit.*, I, p. 22 ss.).

Riguardo ai contenuti di questa intelaiatura concettuale un primo quadro è facilmente desumibile da *Institutiones juris naturae et gentium*, §§ 74 e 62 (*obligationes connatae, primitivae e derivativae*), 74 (*jura connata, primitiva e derivativa*), 100 (*obligationes contractae e jura acquisita*): *ed. cit.*, pp. 21, 25 e 34.

Né si dimentichi che per Wolff *jus oriri ex obligatione ... nec jus ullum fore, si nulla esset obligatio* (*op. ult. cit.*, § 46: *ed. cit.*, p. 16) e che proprio per tale motivo gli stessi *jura connata* vengono considerati *attributa*, e non *essentia* della *persona moralis* (cfr. l'argomentazione di *Jus naturae*, I, § 72: *ed. cit.*, I, p. 23).

<sup>(31)</sup> Cfr. *Jus naturae*, I, § 123 (*ed. cit.*, I, p. 38): dove, ad esser più esatti, è parola dello *status moralis* dell'individuo-*persona moralis*.

Si ricordi comunque che questo *status* costituisce un po' il *genus* sotto cui ricondurre gli altri *status* individuali: da quello *naturalis* (... *qui determinatur per jura mere naturalia eaque singulorum, et obligationes mere naturales*, ovvero in rapporto agli *homines* considerati *antequam in societates civiles seu civitatem coiverunt*; *Jus naturae*, I, § 124: *ed. cit.*, I, p. 38; v. pure *Institutiones juris naturae et gentium*, § 96 a cfr. con § 102: *ed. cit.*, p. 33 e 35) a quello *civilis* (... *qui determinatur per jura civilia* e, quindi, in rapporto agli uomini organizzati nella *civitas*; *Jus naturae*, I, § 127: *ed. cit.*, I, p. 39).

Per Pufendorf cfr. ancora una volta *De jure naturae et gentium*, I, I, § 6 (*ed. cit.*, I, p. 7): ... *personae potissimum morales dicuntur, et intelliguntur esse in statu; qui ... iis velut supponitur aut substernitur, ut in eo actiones atque effectus suos exserant ...* Le relative articolazioni concrete sono esposte nei successivi §§ 7 ss. (*ed. cit.*, I, p. 7 ss.).

È il 'blocco' delle *obligationes* e degli *jura* caratterizzanti l'*essentia*, gli *attributa* e gli stessi *modi* che entra in giuoco. È questo complesso di elementi che dà vita e sostegno alla *persona moralis* <sup>(32)</sup>.

\* \* \*

Ma vè di più. Il confronto con Pufendorf riserva altre sorprese. A considerare infatti i rapporti instaurati da Wolff tra l'*essentia*, gli *attributa* e i *modi*, emerge un'ulteriore non trascurabile differenza.

La *Philosophia prima sive Ontologia* — pubblicata nel 1729 e supporto teorico delle articolazioni filosofico-giuridiche dello *Jus naturae* — chiarisce che l'*essentia* è il *primum, quod de ente concipitur* e senza la quale *ens esse non potest*; che l'*attributum* è *quod per essentialia determinatur* ed *enti constanter inesse debet*; che il *modus* infine è *quod essentialibus non repugnat, per essentialia tamen minime determinatur* e, quindi, *enti inesse et non inesse potest* <sup>(33)</sup>.

In altri termini, mentre l'*essentia* (con gli *attributa*) non può non rilevare per l'individuazione del nucleo fondamentale (l'*esse*) dell'*ens-persona moralis*, il *modus* passa tranquillamente in secondo piano. L'aspetto esistenziale, identificabile nel modo d'essere e sul quale Pufendorf fondava la *persona moralis*, perde di vigore a tutto vantaggio di quello statico dell'*esse* <sup>(34)</sup>.

<sup>(32)</sup> Coglie bene la diversa impostazione pufendorfiana WELZEL, *Die kulturphilosophischen Grundlagen*, cit., 600 ss., spec. 602.

<sup>(33)</sup> Cfr. §§ 144, 145-146, 148 e 150 (ed. Francofurti et Lipsiae 1736, pp. 121 e 123 s.). Ma è da leggere tutto il contesto: cfr. l'ampia analisi di CAMPO, *Cristiano Wolff*, cit., I, spec. 162 ss. (sull'organizzazione concettuale dell'*Ontologia*); 2, 555 s. (sulla dipendenza delle citate affermazioni dello *Jus naturae* dall'*Ontologia*).

Poco utile ai nostri fini ÉCOLE, *La 'Philosophia prima sive Ontologia' de Christian Wolff: histoire, doctrine et méthode*, in *Giornale di metafisica*, 16, 1961, 114 ss.

<sup>(34)</sup> È significativo del resto che — sul piano dei principi — Wolff arrivi a concepire l'*ens* come *quod existere potest, consequenter cui existentia non repugnat* (*Ontologia*, § 134: ed. cit., p. 115) e l'*existentia* come *complementum* di detta *possibilitas* (*Ontologia*, § 174: ed. cit., p. 143). V. sempre CAMPO, *Cristiano Wolff*, cit., I, 170 ss. e, più recente, GILSON, *L'être et l'essence* <sup>2</sup>, Paris 1981, spec. 172 ss.

Siamo alla c.d. « desexistentialisation » <sup>(35)</sup> dell'*ens*: e buone pagine di vari autori hanno precisato molto bene quanto Wolff sia debitore per questo ad una tradizione che affondava le radici nella Seconda (e Prima) Scolastica e, in particolare, nel pensiero di Suarez <sup>(36)</sup>.

Certo è comunque che così facendo, con tale attenuazione del profilo esistenziale e, quindi, del *modus* che lo caratterizza, Wolff può trasferire il ragionamento intorno alla *persona moralis* su di un piano più rarefatto. 'Ontologicizza' in maggior misura, preannunciando il successivo, altrettanto rarefatto concetto di 'soggetto di diritto' di pandettistica memoria.

A questo concetto si arriverà, quando si cercherà di superare proprio il dualismo fra aspetti naturalistici e aspetti giuridici che sta dietro la medesima *fictio* della *persona moralis* wolffiana, quando in ultima analisi prenderà piede un ulteriore passaggio dottrinario: il tentativo, ormai, di « far coincidere lo *status hominis naturalis* e lo *status hominis civilis*, cioè la nozione di uomo come

<sup>(35)</sup> Prendo a prestito l'espressione da THOMANN, *Christian Wolff*, cit., 159.

<sup>(36)</sup> V. CAMPO, *Cristiano Wolff*, cit., I, spec. 164 ss. e soprattutto GILSON, *L'être*, cit., 166 ss. e 176 ss. *Adde*, con interessanti e sintetiche annotazioni, RUELLO, *Christian Wolff et la Scolastique*, in *Traditio*, 19, 1963, 411 ss., spec. 419 s. Non è discussione del problema nel volume di VV. AA., *La Seconda Scolastica nella formazione del diritto privato moderno*, Milano 1973.

Gilson osserva giustamente che Wolff 'recupera' e 'reinterpreta' i moduli concettuali della tradizione scolastica per « en faire une discipline pleinement constituée comme science, capable de mieux faire comprendre ce qu'avaient dit les scolastiques eux-mêmes, et de réaliser désormais de nouveaux progrès » (*op. cit.*, 168).

Ben diversi invece i valori culturali di Pufendorf. Un'ottima chiave di lettura è in WELZEL, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit. Problemgeschichtliche Untersuchungen als Prolegomena zu einer Rechtsphilosophie* (che cito dalla 2 ed.: Göttingen 1955, 148 ss.): può far comprendere molte cose, a cominciare dalla differente concezione degli *entia moralia*, sulla quale del resto non aveva mancato di lanciare i suoi strali già Leibniz, quando aveva scritto che le « figure » di Pufendorf « sono press'a poco un'allegoria come le tavole di Cebete, sebbene meno popolari; e servono piuttosto alla memoria per intessere e classificare le idee, che all'intelletto per acquistare conoscenze dimostrative » (cfr. l'ormai classica traduzione dei *Nuovi saggi dell'intelletto umano* curata da Cecchi: 2, Bari 1926, 136: ad 4, 3, § 19).

Troppo generico in ogni caso LIPP, *Die Bedeutung des Naturrechts für die Ausbildung der Allgemeinen Lehren des deutschen Privatrechts*, Berlin 1980, 147 s. e nt. 75.

dato naturalistico e la nozione di persona come dato giuridico, sostenendosi che ogni uomo sarebbe di per sé — in quanto tale — portatore di 'diritti soggettivi', tutti rapportabili alla sua 'potestà di volere', elevata a contrassegno naturale della sua personalità e a elemento motore dei rapporti giuridici a lui facenti capo » (37).

Già con Wolff però, e più che con Pufendorf, siamo sulla buona strada. Direi quasi: nelle immediate vicinanze di detto ulteriore processo. E senza la consapevolezza ancora dell'altro concetto di « *allgemeine Rechtsfähigkeit* » che per Coing caratterizzerebbe l'impostazione wolffiana (38). Su questo aspetto particolare mi sembra aver ragione Conrad, quando appunto sottolinea che per Wolff non esiste il principio della 'capacità giuridica generale' come eguale capacità per tutti gli uomini di essere titolari di diritti e di obblighi (39). Non esiste, aggiungo, perché manca sia nello *Jus naturae* sia nelle *Institutiones* un lucido impiego della correlata nozione di *subiectum juris* (basti pensare all'uso anfibologico che il termine 'soggetto' assume nei paragrafi 96 e 835 delle *Institutiones*) (40) e perché, soprattutto, il già ricordato concetto wolffiano di *status* della *persona moralis* è modellato in maniera tale da pro-

(37) Cfr. ORESTANO, *Il problema*, cit., 16 (= *Azione*, cit., 203).

(38) Cfr. *supra*, nt. 14.

(39) Cfr. *supra*, nt. 13.

(40) Cfr. *ed. cit.*, p. 33 e p. 344. In letteratura: ORESTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto. Linee di una vicenda concettuale*, in *Jus*, 11, 1960, 151 (= *Azione*, cit., 118 s.), dal quale riprenderei la sostanza dell'argomentazione, senza seguirla fino in fondo. Fra l'altro, è fuor di dubbio per me che nel cit. § 96 delle *Institutiones* siamo in presenza di un significato del termine 'soggetto' nel senso ormai di 'centro d'imputazione'. Lo confermano i relativi presupposti filosofici: cfr. CAMPO, *Cristiano Wolff*, cit., I, 183 ss.

Il problema è un altro. Quando Wolff scrive — nel cit. § 96 delle *Institutiones* — che *homo persona moralis est, quatenus spectatur t a m q u a m subiectum certarum obligationum atque jurium certorum* (lo spaziato è mio), egli non manifesta incertezze su detto significato. Sintetizza soltanto il noto discorso sulla *fiction* di cui è parola nel corrispondente § 70 (e nota), lb. I, dello *Jus naturae* (*ed. cit.*, I, p. 22), mostrando così di non esser arrivato ancora all'identificazione fra la nozione di uomo come dato naturalistico e la nozione di persona come dato giuridico, che costituirà di lì a poco il *background* concettuale dell'altra, nuova nozione di *subiectum juris*.

Abbastanza rigido, sul punto, THOMANN, *Christian Wolff*, cit., 155 ss.



iettare e giustificare sul piano astratto di cui abbiamo appena parlato le stesse stratificazioni sociali dell'epoca, del primo Settecento tedesco. Quando infatti Wolff arriva alle implicazioni ultime della sua teoria dell'*essentia*, degli *attributa* e dei *modi* della *persona moralis*, egli precisa che proprio quei *modi*, che coinvolgono il momento esistenziale, vanno pur sempre presi in considerazione per comprendere il concreto, variegato porsi degli individui all'interno dell'esperienza giuridica:

*Statum entis in genere definitivimus ..., quod sit existentia mutabilium cum iisdem fixis, monuimusque ... per mutabilia intelligi modos, qui insunt, et relationes entis unius ad alia. Quoniam itaque homo moralis est subjectum iurium atque obligationum ..., in statu morali determinando non habetur ratio nisi iurium, quae non omnium prorsus eadem esse constat, et ... abunde elucescet, utut iura connata omnium eadem sint ... Pro diversitate adeo iurium diversi oriuntur status ... (41).*

Al di là delle obbligazioni e dei diritti di *jus naturale* e comuni a tutti (*essentia* con *attributa*), sono proprio le obbligazioni e i diritti concretamente rilevanti per ciascuno nella realtà storica (*modi*) a caratterizzare i singoli individui sotto il profilo della personalità morale. E non è chi non veda, già così, che gli scritti di Wolff appaiono un preciso strumento ideologico: con apparenti aporie, facendo rientrare dalla finestra quanto vien teoricamente

---

(41) Cfr. *Jus naturae*, I, § 123 nt. (*ed. cit.*, I, p. 38): sempre in relazione allo *status moralis* (*supra*, nt. 31).

L'errore di Coing è di credere che Wolff «kennt ... den allgemeinen Status moralis, der den Menschen als Träger von Rechten und Pflichten nach bürgerlichem Recht in der Gesellschaft kennzeichnet» (*Der Rechtsbegriff*, cit., 65; lo spaziato è mio). In realtà, lo *status moralis* woffiano postula l'esistenza di certe obbligazioni e di certi diritti (cfr. ancora una volta il § 96 delle *Institutiones*: *homo persona moralis est, quatenus spectatur tamquam subjectum certarum obligationum atque iurium certorum. Atque hinc status ejus moralis dicitur, qui per obligationes et iura determinatur ...*; lo spaziato è mio), e questa aggettivazione sta ad indicare non un'eguaglianza (almeno formale) fra i singoli, ma la diversità della qualificazione giuridica che per ciascuno deriva dal diritto positivo (come dimostra puntualmente il brano dello *Jus naturae* qui sopra trascritto).

Tener conto, del resto, delle acutissime osservazioni generali di TARELLO, *Storia*, cit., I, 223 ss.

cacciato dalla porta, ammettendo per un verso la « desexistentialisation » della *persona moralis*, ma per un altro verso il necessario rilievo del suo modo d'essere nella storia, questi scritti danno conforto e sostegno a precisi assetti reali, al problema tedesco dell'appartenenza ad un gruppo sociale come elemento caratterizzante la posizione giuridica, lo *status* effettivo del singolo individuo (42).

\* \* \*

Avremo modo di tornarvi sopra. Per ora, va piuttosto detto che tale esasperata concezione individualistica della *persona moralis* conduce Wolff a configurare in maniera diversa da Pufendorf anche la qualificazione giuridica dell'individuo rispetto al complesso d'individui, dell'uomo rispetto all'*universitas* (43).

Per Pufendorf, infatti, è la 'sostantivizzazione' dei *modi* nel senso che sappiamo ad autorizzare una soluzione unitaria. Il processo intellettuale che permette di valutare autonomamente il modo d'essere coinvolge anche i raggruppamenti sociali, perché anch'essi — al pari dell'individuo — hanno un modo d'essere e questo modo d'essere non può non essere configurato in termini di *persona moralis*. Il concetto, insomma, di *persona moralis* costituisce un *genus* sotto cui ricondurre sia l'individuo (*persona simplex*) sia il complesso d'individui (*persona composita*):

*Entia moralia, quae ad analogiam substantiarum concipiuntur,  
dicuntur personae morales, quae sunt homines singuli, aut per*

---

(42) Sull'ultimo aspetto v. intanto CONRAD, *Individuo*, cit., spec. 38 s., con acute osservazioni circa i rapporti fra la dottrina di Wolff e il 'Diritto Generale Territoriale prussiano' (sul quale, ampiamente e significativamente, TARELLO, *Storia*, cit., I, 496 ss., nonché WIEACKER, *Storia*, cit., I, 506 ss.).

Non coglie il carattere più apparente che reale delle aporie di cui parlo nel testo CAMPO, *Cristiano Wolff*, cit., 2, 555 s. (in relazione a I, spec. 177 ss.). V. pure *infra*, p. 206 ss. (sulla posizione di MERKER, *L'illuminismo*, cit.).

(43) Avverto una volta per tutte che il termine *universitas* è impiegato da Wolff per indicare qualsiasi 'complesso d'individui' o *societas*. Cfr., ad es., *Institutiones juris naturae et gentium*, § 197 (ed. cit., p. 72): ... *Universitatis, hoc est, multitudinis hominum certo fine consociatorum* ...

Giustifico, poi, questo ulteriore raffronto con Pufendorf sulla scorta di quanto è stato osservato *supra*, nt. 17.

*vinculum morale in unum systema connexi, considerati cum statu suo aut munere, in quo in vita communi versantur. Sunt autem personae morales vel simplices vel compositae ...* <sup>(44)</sup>.

Per Wolff, invece, nessuna parità in nome di un minimo comune denominatore. Quel che rileva è una finzione al quadrato o, se si preferisce, un'assimilazione del complesso d'individui all'individuo, così come quest'ultimo rileva nel campo giuridico attraverso la *fictio* della *persona moralis*. Le frasi che consentono tale interpretazione parlano da sé: i complessi di individui possono esser considerati *personae morales* perché assimilabili all'individuo-*persona moralis*, e non perché siano da porre sullo stesso piano dell'individuo:

... *plures conjunctim spectantur tamquam una persona ...*  
 ... *quaelibet societas spectanda est instar unius personae ...*  
 ... *societas ... pro una persona habenda, seu instar unius personae spectanda ...* <sup>(45)</sup>.

In breve: siamo ad un discorso, ad una determinazione logico-costruttiva di secondo grado. E sulla base dell'argomento, che la *societas* è formata da entità individuali e che essendo queste entità *personae morales*, anche il gruppo da loro composto può

<sup>(44)</sup> Cfr. *De jure naturae et gentium*, I, I, § 12 (ed. cit., I, p. 12). Per la bibliografia: *supra*, nt. 20.

La peculiarità, nel caso, dell'impostazione pufendorfiana è efficacemente indicata da GIERKE, *Giovanni Althusius*, cit., 151: « (Pufendorf) sostituì la distinzione tra 'personae morales simplices' e 'compositae' a quella tradizionale fra persone fisiche e 'fictae' ».

<sup>(45)</sup> Cfr. *Institutiones juris naturae et gentium*, §§ 196 e 850 (ed. cit., pp. 72 e 351); *Jus naturae*, 7, § 161 (ed. cit., 7, p. 59).

Che d'altro canto *tamquam una persona, instar unius personae* significhino 'a guisa di, come una persona morale' è chiaramente provato da tutto il *Gedankengang* del cit. § 196 delle *Institutiones* (... *cum dominus sit persona moralis, in communione positiva plures conjunctim spectantur tamquam una persona, et de ipsis conjunctim valent, quae de domino praedicantur*; lo spaziato è mio), nonché dalla precisazione ... *societates, tamquam individua moralia* contenuta sempre in *Institutiones* (§ 963: ed. cit., p. 392; lo spaziato è mio). V. pure GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, cit., 4, 426 e nt. 175 (con ulteriori precisazioni, che in questa sede non interessano).

entrare in giuoco, essere assunto come *persona moralis*. Perché, si aggiunge, *uniuntur vires, uniuntur voluntates, consequenter etiam intellectus, ut prodeat una quasi persona, cui insunt vires unitae, inest concors voluntas et a quo ea dependet intellectus* (46).

Né è difficile comprendere sino in fondo le motivazioni di tutto ciò. Intanto, ripeto, è il più accentuato individualismo di Wolff a ridimensionare il tipo di trattamento del complesso d'individui proposto da Pufendorf. Una volta 'ontologicizzata' la *persona moralis*, al punto di legarla ad una prospettiva totalizzante che non coinvolgesse soltanto i *modi*, ma anche l'*essentia* (con gli *attributa*), doveva apparir spontaneo rompere la parità tra individuo e complesso d'individui peculiare a Pufendorf e, in suo luogo, introdurre una gradazione concettuale che ponesse al primo posto l'individuo e al secondo il raggruppamento sociale.

Per di più, anche la « desexistentialisation » wolffiana dell'*ens*, che spingeva — con le note specificazioni (47) — a subordinare i *modi*, ovvero il momento esistenziale, all'*essentia* e agli *attributa*; questa « desexistentialisation » non poteva non svolgere un ruolo. Per il correlato accentuarsi dell'*esse*, diveniva ancor più spontaneo far capo ad un'entità fisica quale l'uomo piuttosto che ad un'entità prodotta dall'uomo, dal concorso delle volontà individuali, quale la *societas*.

Il problema wolffiano dell'*universitas* è tutto qui: la *societas* si manifesta *longa manus* dell'individuo nel mondo. Al di là di un suo autonomo ed indipendente rilievo, essa è mero strumento di realizzazione storica dell'uomo (48).

### 3. Fra le 'societates'.

Anche una circostanza del genere ha le sue implicazioni ideologiche. Ed anche su di essa torneremo in sede conclusiva. Prima,

---

(46) Cfr. *Jus naturae*, 7, § 161 nt. (ed. cit., 7, p. 59). Per Pufendorf: *De jure naturae et gentium*, I, 1, § 13 (ed. cit., I, p. 14).

(47) Cfr. *supra*, p. 196 s.

(48) La conclusione sfugge da ultimo a DENZER, *Die Ursprünge*, cit., 1201, ma s'accorda in buona sostanza con quanto scrive SOLARI, *Filosofia*, cit., I, spec. 77 s.

però, va considerato che i suddetti slittamenti di pensiero — non originalissimi, ma pur sempre prodotti da una reinterpretazione di spunti e dottrine anteriori <sup>(49)</sup> — permettono di guardare sotto una specifica luce la medesima disciplina del fenomeno associativo.

Wolff ne parla in stretta connessione con il problema dell'*imperium*. È in funzione di questo *jus determinandi actiones liberas alterius pro lubitu suo* che vien fuori tutta l'articolazione 'sistemática' delle *universitates*. Come l'*imperium* si suddivide in *privatum* e *publicum*, così le *societates* si raggruppano in due grandi categorie: quelle legate, appunto, all'*imperium privatum* del *paterfamilias* (*societas conjugalis, paterna, herilis* e, loro sintesi, la *domus*) e quelle concernenti invece l'*imperium publicum*, nascenti dall'unione delle *domus (civitates)* <sup>(50)</sup>.

---

<sup>(49)</sup> Che l'esigenza di dar rilievo al complesso d'individui attraverso il criterio d'assimilazione all'individuo fosse più che risalente, lo osserva già ORESTANO, *Il problema*, cit., 12 s. (= *Azione*, cit., 199): a proposito, in particolare, di quella idea medievale dell'*universitas* come *persona ficta* e, per ciò stesso, distinta dalla persona fisica (*supra*, p. 184 e nt. 10), che Pufendorf avrebbe soppiantato con l'altra distinzione fra *persona moralis simplex* e *persona moralis composita* (*supra*, nt. 44).

Che del resto il principio medievale della *fictio* applicata all'*universitas* non avesse escluso, dal tardo Umanesimo in poi, un approfondimento del concetto di persona riferito all'uomo, sino al punto di distinguere fra aspetti giuridici ed aspetti fisici dell'individuo (*supra*, p. 183 s. e nt. 8) e di qualificare i primi di essi come *persona moralis* (*supra*, p. 186 e nt. 18), è un'ulteriore circostanza di cui lo stesso Wolff dà atto con molta probità scientifica (*supra*, nt. 27).

Va anche detto però che solo con Wolff arriviamo alla piena consapevolezza della qualificazione giuridica dell'entità umana attraverso una nuova *fictio*, quella dell'uomo-*persona moralis* (sempre *supra*, nt. 27), e che tale consapevolezza si innesta al vecchio criterio dell'assimilazione del complesso d'individui all'individuo: il nuovo coesiste con il vecchio, senza più la riproposizione dell'idea dell'*universitas-persona ficta*, nel rifiuto della distinzione pufendorfiana fra *personae morales simplices* e *personae morales compositae*, ma anche a mo' di sintesi personale di riflessioni non coeve e diverse.

<sup>(50)</sup> Cfr. i libri 7 ed 8 dello *Jus naturae*, in cui si discute rispettivamente de *Imperio privato, seu officiis ac Jure in societatibus conjugali, paterna, herili atque domo* (ed. cit., 7, p. 1) e de *Imperio Publico, seu Jure Civitatis* (ed. cit., 8, p. 1). Quanto alle *Institutiones juris naturae et gentium*: §§ 833 ss., 972 ss. (ed. cit., pp. 344 ss., 395 ss.).

Traggo la definizione d'*imperium* dal § 833 delle *Institutiones* (ed. cit., p. 344).

Nemmeno qui erano mancati motivi interessanti nell'elaborazione precedente. Per restare ai raffronti finora svolti, già Pufendorf aveva provveduto ad instaurare collegamenti abbastanza simili. Aveva discusso di un *imperium* che sorregge la struttura societaria facente capo al matrimonio, al rapporto con i figli, a quello con i servi e, infine, all'ordinamento giuridico generale. Uno dei suoi commentatori, anzi, non aveva dimenticato di specificare, a mo' di chiarimento del pensiero pufendorfiano, che *imperium dividitur in publicum et privatum. Illud personis publicis, veluti magistratibus competit commodi publici caussa: hoc privati utuntur in privatos. Quo pertinet imperium paternum, imperium heri in servos, mariti in uxorem* <sup>(51)</sup>.

Solo con Wolff, però, il tutto si organizza e si cristallizza all'interno di un reticolo concettuale che non vuole lasciare spazi aperti. Se ancor più di Pufendorf egli compie veri e propri salti mortali per giustificare il nesso fra *imperium* e *societas*, per coordinare elementi per principio non coordinabili (la *societas* come promanazione della sfera di libertà individuale e l'*imperium* come momento autoritativo che insiste sulla *societas* e la modella nella sua effettività) <sup>(52)</sup>; se ancor più di Pufendorf dispiega tale coordinamento attraverso il concetto di *pactum* quale strumento tecnico per far 'scattare' l'*imperium* <sup>(53)</sup>; se in tutto ciò Wolff è abbastanza vi-

<sup>(51)</sup> Cfr. *De jure naturae et gentium*, I, I, § 19 (ed. cit., I, p. 20), nonché 6, I ss.; 7, I ss.; 8, I ss. (ed. cit., 2, pp. 3 ss., 109 ss., 285 ss.).

La frase latina è di Mascov (ed. cit. supra, nt. 19: I, p. 20 nt. 5, ad I, I, § 19), sulla base del commento di Barbeyrac al *De jure naturae et gentium* (ed. cit. supra, nt. 21: I, p. 21 nt. 7, ad I, I, § 19; con richiamo, per altro, ad un'opera edita da Pufendorf nel 1660, gli *Elementa jurisprudentiae universalis*).

Tutta la problematica, comunque, era un po' un *Leitmotiv* della cultura tedesca. V. intanto, DUFOUR, *Autorité maritale et autorité paternelle dans l'école du droit naturel moderne*, in *Arch. de phil. du dr.*, 20, 1975, spec. 93 ss., nonché *Le mariage dans l'école allemande du droit naturel moderne au XVIII<sup>e</sup> siècle. Les sources philosophiques de la Scolastique aux Lumières. La doctrine*, Paris 1972, 217 ss. e spec. 241 ss., 291 ss., 333 ss., 365 ss., 393 ss., 417 ss.: le più chiare analisi sul tema dei gruppi sociali minori all'interno del giusnaturalismo. Agg., circa le implicazioni del 'pubblico', la recentissima lucida disamina di BOBBIO, *Il giusnaturalismo*, in *VV. AA., Storia delle idee politiche economiche sociali* (a cura di Firpo), 4.1, Torino 1980, spec. 512 ss.

<sup>(52)</sup> Ancor valido SOLARI, *Filosofia*, cit., I, 75 ss., spec. 77 s.

<sup>(53)</sup> Cfr. sempre SOLARI, *l. ult. c.*

cino alle posizioni di Pufendorf, in altri punti egli se ne distacca ed introduce integrazioni non secondarie.

Basti pensare al tentativo di meglio raccordare il 'pubblico' con il 'privato' mediante l'inserimento della *societas-domus*, che riassume in sé le istanze sociali minori proprie dell'*imperium* privato (*societas conjugalis, paterna ed herilis*) e costituisce il substrato dell'ordinamento legato all'*imperium* pubblico (*civitas*):

*Domus dicitur societas ... ex conjugali, paterna et herili, vel saltem ex binis ...*

*Quoniam domus singulae sibi non sufficiunt in iis, quae ad vitae necessitatem, commoditatem ac iucunditatem, immo felicitatem faciunt, nec quiete jure suo frui, et quod ab aliis ipsis tribuendum satis tuto consequi, nec se ac sua adversus vim aliorum defendere valent; necesse est, ut plures domus inter se conveniant, quod vires mutuas impendere velint parandis iis, quae ad vitae necessitatem, commoditatem ac iucunditatem faciunt, varia negotia huc requisita partituri; omnem curam adhibere, ut unusquisque jure suo quiete fruatur et quod ab alio ipsi tribuendum tuto consequatur, nec a quoquam laedatur; conjunctis denique viribus se suaque adversus vim aliorum defendere.*

*Societas inter plures domus contracta ... Civitas dicitur ...* (54).

E basti ricordare l'elaborazione tecnico-giuridica ad incastro che permette di individuare le *domus* come *membra* della *civitas*, ma anche e soprattutto le *societates* minori come *membra* della *domus*, nell'ambito sempre dei meccanismi di assimilazione alla *persona moralis*-individuo e per mezzo dei concetti di *societas simplex* e di *societas composita*:

*Cum societatem civilem contrahant domus, membra civitatis videntur esse domus ...*

*Domus dicitur societas composita ex conjugali, paterna et herili, vel saltem ex binis ...*

*Societas composita dicitur, quae ex aliis simplicibus, aut minus compositis constat; simplex autem, cujus membra sunt individua physica. Membra igitur compositae sunt integrae societates, tanquam individua moralia.*

*... in societate composita, consequenter et in domo, societates singulae simplices, ex quibus ea coalescit, spectantur tanquam*

(54) Cfr. *Jus naturae*, 7, § 1147; 8, §§ 2 e 4 (ed. cit., 7, p. 394; 8, pp. 2 e 3).

*personae singulares societatem eo fine contrahentes, ut conjunctis viribus salus singularum rectius promoveatur* <sup>(55)</sup>.

Sui due punti or ora indicati, Pufendorf non andava oltre l'osservazione, che *civitates ex minoribus societatibus constant; quarum quaedam vocantur simplices et primae, ceterae paulo magis compositae, et fere collegiorum nomine veniunt. Illarum tres sunt, societas maritalis, paterna, et herilis. Quae ideo sic dicuntur, quia ex aliis minoribus societatibus non componuntur* <sup>(56)</sup>. L'anello intermedio fra le *societates minores* e la *civitas*, indicato da Wolff nella *domus*, mancava o perlomeno non trovava organica considerazione <sup>(57)</sup>. Ed era proprio questa mancanza, questa scarsa attenzione che con ogni probabilità impediva di scavare meglio all'interno dei rapporti fra il substrato della *domus* (le *societates simplices*), la *domus* stessa e il raggruppamento nascente dall'unione delle *domus* (*civitas*): un processo mentale che invece si realizza appieno nella dottrina wolffiana. E con l'interessantissima conseguenza di considerare la *civitas* e specialmente la *domus* come momenti associativi volti a non escludere che le rispettive strutture di base conservino tutta la loro importanza. Le *societates* che formano tali strutture continuano ad avere una loro vita, ciascuna a realizzare i propri fini, mentre la *civitas* e la *domus* hanno un mero scopo di garanzia e di tutela.

Ai dati testuali già raccolti è possibile aggiungere le seguenti precisazioni:

*Societas inter plures domus contracta eo fine, ut conjunctim sibi parent ad vitae necessitatem, commoditatem ac jucunditatem,*

<sup>(55)</sup> Cfr. *Jus naturae*, 8, § 6 nt.; 7, § 1147 (*ed. cit.*, 8, p. 3; 7, p. 394); *Institutiones juris naturae et gentium*, § 963 (*ed. cit.*, p. 392); e di nuovo *Jus naturae*, 7, § 1153 (*ed. cit.*, 7, 396).

<sup>(56)</sup> Cfr. *De jure naturae et gentium*, 6, 1, § 1 (*ed. cit.*, 2, p. 4).

<sup>(57)</sup> Sotto il profilo, va da sé, che stiamo considerando: arg. dai luoghi del *De jure naturae et gentium* in cui è parola del gruppo familiare (per es., 1, 1, § 12; 7, 1, § 1; 7, 3, § 6: *ed. cit.*, 1, p. 13; 2, pp. 109 e 164).

In letteratura, offre ottimi elementi per comprendere la causa di tali differenze BOBBIO, *Il giusnaturalismo*, cit., 503 ss., spec. 515 ss. Penserei anzi che proprio il nettissimo richiamo alla *domus* stia ad indicare, per Wolff, un condizionamento maggiore che in Pufendorf del c.d. 'modello aristotelico' di cui discorre l'illustre studioso. V. pure *infra*, p. 209 ss.



*immo felicitatem requisita, et curent, ut unusquisque jure suo quiete fruatur et tuto ab alio id consequatur, atque se suaque adversus vim quamlibet externam defendat, Civitas dicitur ...*

*Finis domus et societatis compositae cujuscunque est, ut conjunctis viribus eorum, qui sunt membra societatum simplicium, salus societatum simplicium rectius promoveatur ...* <sup>(58)</sup>.

Siamo in sintesi alla 'parcellizzazione' massima dell'elemento sociale: il grappolo delle *universitates*, la piramide che ha alla base le *societates simplices* (*conjugalis, paterna, herilis*), nella zona intermedia la *domus* e al vertice la *civitas*, presenta un'organizzazione tale che il raggruppamento superiore non distrugge il ruolo del raggruppamento minore. L'aggregazione più alta deve soltanto proteggere la più bassa. E come la *domus* ha per obiettivo di promuovere la *salus societatum simplicium*, così la *civitas* deve far sì — per dirla sempre con le parole di Wolff — che le *plures domus* possano *sibi parare ad vitae necessitatem* <sup>(59)</sup>.

\* \* \*

È su tali fondamenti che Wolff pensa in termini concreti ed effettivi alla realizzazione dell'uomo nel sociale. Ed è su questi presupposti che egli porta alle estreme conseguenze la strumentalità della *societas* all'elemento individuale, dispiegandola a vari livelli, identificando coerentemente i *modi* della singola *persona moralis* nelle varie posizioni assunte all'interno dei singoli momenti associativi, dando la controprova soprattutto di una determinazione dello *status* individuale indipendente da quella nozione di « *allgemeine Rechtsfähigkeit* » di cui parla Coing e sulla quale abbiamo speso qualche parola.

Non si dimentichi infatti che già per l'appartenenza dell'individuo alla *domus* vale il principio generale:

*In domo non omnia membra eadem habent jura et iisdem te-*

<sup>(58)</sup> Cfr. *Jus naturae*, 8, § 4; 7, § 1152 (*ed. cit.*, 8, p. 3; 7, p. 395).

<sup>(59)</sup> L'ascendenza è leibniziana: cfr. SOLARI, *Filosofia*, cit., 1, 71 e *Metafisica e diritto in Leibniz* (1947), ora in *La filosofia politica* (a cura di Firpo), 1, Roma-Bari 1974, spec. 349 ss.

*mentur obligationibus; sed singulorum obligationes et jura metienda ex fine societatis simplicis, cujus sunt membra ...* <sup>(60)</sup>.

Né questo principio viene talvolta ridimensionato. La stessa appartenenza alla *domus* comporta la semplice esigenza di meglio difendere, integrandoli, gli *jura* e le *obligationes* legati per ciascuno alle *societates simplices*:

*Nullus finis societatis simplicis per hoc mutatur, quod plures in unam compositam coalescant. Singula igitur membra societatis compositae manent adhuc membra societatum simplicium et eorum jura ac obligationes subsistunt, quae ex finibus simplicium derivantur. Quatenus tamen unam compositam constituunt, necesse est, ut hinc quoque nascantur quaedam jura et obligationes, quae prioribus accedunt.*

*Quoniam in domo non omnium membrorum eadem sunt obligationes, sed uniuscujusque obligatio metienda est ex fine societatis simplicis, cujus est membrum; unusquisque agere debet, quod suum est, sibi que cavere, ne alteri quomodocunque impedimento sit, quo minus aliqua ex parte officio suo satisfaciat* <sup>(61)</sup>.

E il discorso potrebbe tranquillamente continuare anche a proposito dei rapporti fra individuo e *civitas*, dato che pure qui *singuli obligantur universis ad commune bonum pro virili promovendum et universi singulis, quod sufficientiae vitae ipsorum, tranquillitati et securitati prospicere velint* <sup>(62)</sup>.

Quel che conta, quindi, è l'uomo distinto dall'altro uomo, non l'uomo portatore in sé di uno *status* giuridico univoco. In buona sostanza, anzi, la giuridicità individuale è determinata dalle *societates simplices*, perché son esse che danno l'impronta allo *status* e lo modellano e perché ancora la *domus* e la *civitas* debbono unicamente garantire — lo ripeto — la vita dei momenti aggregativi che le sostanziano.

*Singulorum obligationes et jura metienda sunt ex fine societatis simplicis*, dal ruolo di marito o di moglie nella società coniugale,

<sup>(60)</sup> Cfr. *Jus naturae*, 7, § 1150 (ed. cit., 7, p. 395). Va da sé che *membra* sta qui (e nei brani citati nell'immediato prosieguo) per *singuli*.

<sup>(61)</sup> Cfr. *Jus naturae*, 7, § 1150 nt. e § 1151 (ed. cit., 7, p. 395).

<sup>(62)</sup> L'emblematica e sintetica affermazione è tratta dalle *Institutiones juris naturae et gentium*, § 975 (ed. cit., p. 396).

di padre o di figlio in quella paterna, di *dominus* o di *servus* in quella *herilis*. E solo l'insieme di tali aspetti costituisce il dato decisivo per lo *status* individuale: il dato, su cui insiste l'intervento tutorio della *domus* e, in termini più ampi, della *civitas* <sup>(63)</sup>.

Solo così i *modi* — quei *modi* che assicurano il momento esistenziale dell'individuo — divengono veramente qualificanti. La socialità ne è il tessuto connettivo, ma è una determinata socialità — *in primis*, la più elementare — ad essere utilizzata di volta in volta per individuare la posizione giuridica del singolo <sup>(64)</sup>.

\* \* \*

#### 4. La 'razionalizzazione' del reale.

Possiamo trarre le fila. E un buon punto di partenza, mi sembra, è ridimensionare l'opinione di Merker, là dove parla — per Wolff — di « una assai affaticata ed in realtà intimamente contraddittoria convivenza fra metafisiche ed extrastoriche astrazioni generali da un lato, e dall'altro l'intera sfera dei rapporti giuridici positivi legati di fatto alla storicità di quell'organismo temporale per eccellenza che è la società politica » <sup>(65)</sup>.

<sup>(63)</sup> Il discorso presuppone l'osservazione svolta *supra*, nt. 31, circa i rapporti fra lo *status moralis*, da un lato, e gli *status naturalis* e *civilis*, dall'altro. Presuppone soprattutto — checché se ne pensi (cfr. COING, *Der Rechtsbegriff*, cit., 66 e lo stesso CONRAD, *Individuo*, cit., 37 s.) — la precisazione wolffiana secondo cui lo *status moralis* è sostanziato da tutte le obbligazioni e i diritti facenti capo all'individuo (siano essi di *status naturalis* o di *status civilis*), ma è individuato al concreto sulla base del diritto positivo, l'unico che ammetta una *diversitas* fra singolo e singolo (cfr. il brano trascritto a p. 196, sopra la nt. 41).

È questa *diversitas* che continua ad entrare in gioco: con la specificazione ora data nel testo, essa risulta decantata in rapporto all'elemento societario e secondo criteri che privilegiano le strutture sociali minori a mo' di asse portante di quelle intermedie (*domus*) e generali (*civitates*).

<sup>(64)</sup> Per il riscontro relativo a Pufendorf e, in particolare, per gli esiti ultimi cui conduce la sua diversa considerazione dei rapporti fra *modi* ed elemento societario: *De jure naturae et gentium*, I, 1, § 12: *ed. cit.*, I, p. 12 s., spec. p. 13.

Buone considerazioni generali in GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, cit., 4, 417 nt. 138, 548 e nt. 26 (in relazione a p. 531 s.).

<sup>(65)</sup> Cfr. *L'illuminismo*, cit., 388. L'opera è tra le migliori e le meglio indirizzate verso quella completa *Historisierung* di Wolff e più in generale del giusnaturalista

Almeno per quanto ci riguarda più da vicino, uno iato del genere non è così netto, perché non è parimenti netto un altro profilo che Merker considera invece dirimente: la « dicotomia di valore fra le prerogative umane innate ed extrastoriche della presociale *persona moralis* e gli attributi giuridici acquisiti nella sfera storica del contratto sociale ».<sup>(66)</sup>

Si ricordi infatti quel che siam venuti annotando sul concetto wolffiano di *persona moralis*, così carico di elementi obbiettivi e costanti (l'*essentia* con gli *attributa*), ma anche di possibili varie coloriture concrete (*modi*)<sup>(67)</sup>.

È proprio la nota frantumazione della giuridicità individuale a vari livelli associativi che esclude una valutazione della *persona moralis* in termini di presocialità: il nucleo fondamentale dello *status*, costituito dall'*essentia* con gli *attributa*, dalle obbligazioni e dai diritti naturali, deve pur sempre fare i conti con i *modi*, con le obbligazioni e i diritti storico-positivi; e alla fin fine son questi ultimi che caratterizzano ed individuano<sup>(68)</sup>.

È proprio la mancanza della nozione di 'capacità giuridica generale' ad escludere una valutazione unitaria della *persona moralis*. La « desexistentialisation » della *persona moralis*, così come Wolff la realizza dando maggior peso all'*essentia* (con gli *attributa*) che ai *modi*, non è in totale contrasto con l'idea, secondo cui *in statu morali determinando non habetur ratio nisi iurium, quae non omnium prorsus eadem esse constat*<sup>(69)</sup>.

Molto più giusto, quindi, è negare l'esistenza di equilibrismi volti a coordinare un presunto carattere presociale della *persona moralis* con elementi tolti di peso dalla vita socio-politica del tempo.

Molto più giusto, invece, è sostenere che questa vita viene proiettata nella *persona moralis* wolffiana, nella determinazione

---

lismo, cui si accennava nelle prime pagine del presente contributo. È per tali motivi che senza voler nulla togliere al suo valore intrinseco, presupponendo molti dei risultati in essa raggiunti, la prendo a base dei miei rilievi.

<sup>(66)</sup> Cfr. *L'illuminismo*, cit., 389.

<sup>(67)</sup> Cfr. *supra*, p. 190 ss.

<sup>(68)</sup> Cfr. sempre *supra*, p. 191 ss., spec. p. 195 ss.

<sup>(69)</sup> La frase è del brano trascritto a p. 196, sopra la nt. 41. Da ricordare, fra l'altro, quel che abbiamo detto a nt. 63.

del suo modo d'essere attraverso il referente associativo; referente, che d'altro canto non è soltanto quello dello Stato o *civitas*, bensì quello — ribadiamolo ancora una volta — delle varie *societates* cui l'individuo appartiene, a cominciare dalle più elementari (70).

\* \* \*

Ma approfondiamo il senso di tutto ciò. Sempre Merker qualifica la filosofia wolffiana come « filosofia del borghese moderato », la considera perfettamente rispondente « all'esigenza dell'uomo borghese di dare un senso razionale alla propria esistenza individuale e sociale »: causa non ultima la circostanza che il nostro autore si trovò ad operare « in quelle regioni — la Sassonia e i territori limitrofi — in cui, più vitali essendo le iniziative della nuova classe, con più vivezza si presentavano all'ordine del giorno pure le nuove esperienze della quotidiana prassi umana nonché con maggiore urgenza la necessità, anche soggettiva, di chiarirsi a livello teorico le ragioni di quella prassi » (71).

Ho qualche dubbio ad accettare *in toto* pure tale interpretazione, e indipendentemente da un chiarimento, forse opportuno ma non indispensabile qui, sugli strumenti ermeneutici utilizzati da Merker, quali il concetto di « uomo borghese » o il concetto di « classe borghese ».

Che difatti l'individualismo delle correnti giusnaturalistiche si esaspera con Wolff; che sul piano tecnico ciò rifluisca in una visione molto più totalizzante della *persona moralis*-individuo, son cose che conosciamo e, rettamente intese, possono pure offrire motivo per pensare ad opzioni wolffiane abbastanza attente a quanto Merker chiama il bisogno dell'uomo borghese di dare un senso razionale al proprio esistere, ovvero la « tendenza di oggettivo compromesso con l'*ancien régime* per cui in Germania la borghesia, tenacemente difendendo da un lato la libertà ed indipendenza civile connesse alla propria vocazione di libera imprenditrice economica, abbandonerà dall'altro, sostanzialmente,

---

(70) *Supra*, p. 199 ss.

(71) Cfr. *L'illuminismo*, cit., 79, 86 s. e 94.

l'esercizio del potere politico ai vecchi centri di potere assolutistico-feudali » (72).

Non si dimentichi però la portata di un dato che ho cercato di sottolineare qualche pagina addietro e che solo in apparenza è di tranquillo supporto a obiettivi del genere. Mi riferisco alla concezione wolffiana della *societas* o *universitas* come *longa manus* dell'individuo: e al punto che essa *societas* merita di esser considerata *persona moralis* solo in base ad un processo di assimilazione alla *persona moralis* per eccellenza, l'individuo, e non in base ad un autonomo e pari rilievo accanto a quest'ultimo (73).

Tale concezione trova sbocco in un organigramma del momento sociale che fissa inequivocabilmente non il principio dello strumento associativo come mezzo per la libertà economica, ma l'altro principio che l'individuo, il singolo individuo possa essere ... individuato come centro giuridico di relazioni intersoggettive solo attraverso la posizione assunta nei vari momenti associativi cui partecipa. E tali momenti associativi non sono certo quelli dello scambio (*societates negotiatoriae*) (74), ma quelli piuttosto che

(72) Cfr. *L'illuminismo*, cit., 392 (con riferimento ad uno scritto di J. A. Hoffmann, ma riferibile anche — se ho ben compreso il pensiero dell'autore — all'atteggiamento wolffiano).

(73) Cfr. *supra*, p. 197 ss.

(74) L'osservazione potrà sembrare banale, ma è già rilevante che Wolff tendenzialmente consideri tali *societates* come forme negoziali, e non associative (cfr. spec. *Jus naturae*, 4, § 1318: *ed. cit.*, 4, p. 448).

Altrettanto emblematico che all'inizio del libro 7° dello *Jus naturae* (§§ 1 ss.: *ed. cit.*, 7, p. 1 ss) egli esponga la propria dottrina *de imperio ac societate in genere*, precisando:—

— che *quoniam societas negotiatoria est pactum de rebus ac operis eo fine conferendis, ut lucrum et damnum commune sit, omne autem pactum de fine quodam conjunctis viribus consequendo societas in genere est; societas negotiatoria est species sub societate in genere contenta* (§ 2);

— che comunque, in questa parte della trattazione, la *societas* in sé può anche non *sumi pro pacto, quo homines consociantur ... sed pro ipsa multitudine hominum consociatorum* (§ 47 nt.).

Ancor più emblematico, infine, che sempre all'inizio del libro 7° dello *Jus naturae* (§§ 48 ss.: *ed. cit.*, 7, p. 17 ss.) vengano indicati criteri relativi alla vita e all'organizzazione della *societas* così intesa validi anche per le *societates negotiatoriae*, ma che poi, con un vero e proprio *revirement*, l'esemplificazione concreta

avevano sostanziato e continuavano a sostanziare un particolare assetto riflessivo, sul quale ha scritto da ultimo pagine perspicue Pierangelo Schiera.

Egli ha sottolineato molto bene che esisteva la difficoltà di sottrarsi alla condanna medievale nei confronti della crematistica, dello studio cioè delle attività economiche con intento lucrativo, in favore del mero impegno per l'autosostentamento; e che proprio quest'impegno conduceva a risolvere il grosso delle questioni in rapporto alla dimensione sociale della 'casa', cellula di base dell'antica società per ceti di cui rappresentava il gradino più integrato <sup>(75)</sup>.

È importante anzi specificare — sempre tramite Schiera — che tale atteggiamento di fondo produsse una branca di studi che proliferò in Germania per tutto il '600 e lasciò ampie tracce anche in seguito: la cd. *Hausväterliteratur*, che consisteva in una più o meno organica trattazione dei problemi sorgenti all'interno della struttura agricolo-patriarcale della 'casa': con l'esaltazione, per altro, del potere del *paterfamilias* e l'esclusione delle materie attinenti al commercio o alla produzione a fini di lucro, le quali viceversa venivano ricondotte alla 'politica', e non alla 'economica', ingenerando lo strano processo storico per cui le moderne scienze economiche si svilupparono non già dalla antica 'economica' di stampo aristotelico, bensì dalla 'politica' <sup>(76)</sup>.

Orbene, di queste spie di una realtà imperniata più sul valore d'uso che sul valore di scambio, di queste impostazioni culturali che quasi fotografano il prevalere dei ceti tradizionali, aristocratici rispetto ai ceti imprenditoriali, troviamo ancora buoni riscontri in Wolff <sup>(77)</sup>.

---

riguardi la *societas conjugalis, paterna, herilis*, la *domus* e la *civitas* (cfr. 7, §§ 236 ss.; 8, §§ 1 ss.: *ed. cit.*, 7, p. 80 ss.; 8, I ss.; v. altresì *Institutiones juris naturae et gentium*, §§ 836 ss. in relazione a §§ 854 ss.: *ed. cit.*, pp. 345 ss., 352 ss.).

<sup>(75)</sup> Cfr. *La concezione amministrativa dello Stato in Germania (1550-1750)*, in VV. AA., *Storia delle idee politiche*, cit., 4.1, 399 ss., spec. 401.

<sup>(76)</sup> *Op. e l. citt.* Cfr. pure dello s.a., *Dall'arte di Governo alle Scienze dello Stato. Il Cameralismo e l'assolutismo tedesco*, Milano 1968, spec. 285 ss., con ampia analisi di tutto il problema, della sua storia e del suo impatto con le realtà costituzionali dell'assolutismo.

<sup>(77)</sup> Scrivo così, considerando che gli scarsi interessi teorici di Wolff verso la materia economica (cfr. SCHIERA, *La concezione*, cit., 400) lo conducevano ad es-

Non solo la problematica della *domus* è collegata ancora all'*imperium privatum* del *paterfamilias*, secondo schemi mentali che abbiamo posto in risalto:

*Naturaliter patrifamilias et matrifamilias conjunctim competit imperium in domo: possunt tamen inter se ita convenire, ut patrifamilias soli competat partim per se, partim per matremfamiliam exercendum, et ut ita conveniatur, consultum est... (78).*

Non solo è presente ancora l'ideale separazione fra 'economica' e 'politica', là dove Wolff attribuisce al centro 'politico' per eccellenza, la *civitas*, il compito di tutelare l'attività di lucro:

*Dicuntur ... Commercium interna, quae exercent, qui eidem imperio civili subsunt, seu cives inter se ... (79).*

È significativo soprattutto che la *domus*, accantonata da Puffendorf, si ripresenti pienamente come centro d'interessi non

sere un ripetitore di dottrine consolidate, e considerando soprattutto che i modelli dell'*Hausväterliteratur* condizionavano pesantemente la stessa 'cameralistica' del tempo: a cominciare da quel Gasser che nel 1727 era stato chiamato da Federico Guglielmo I a ricoprire la prima cattedra in *Oeconomie-Policey- und Cammersachen* dell'Università di Halle, dell'Ateneo cioè in cui Wolff aveva insegnato dal 1706 al 1723 e dove ancora tornava nel 1740 (l'anno d'inizio per la pubblicazione dello *Jus naturae*), richiamatovi da Federico II.

Su Gasser è da vedere sempre SCHIERA, *Dall'arte*, cit., 349 ss., spec. 354 ss., nonché *La concezione*, cit., 408 ss., spec. 409. Sulla vita e le vicende invece dell'insegnamento in Halle di Wolff v., in genere, WUNDT, *Die deutsche Schulphilosophie im Zeitalter der Aufklärung*, Tübingen 1945, 124 ss. e, in particolare, WUNNER, *Ch. Wolff und die Epoche des Naturrechts*, Hamburg 1968, 8 ss.

(78) Cfr. *Jus naturae*, 7, § 1155 (*ed. cit.*, 7, p. 396). La parte da me spaziata ridimensiona abbastanza quanto scrive Dufour in *Autorité maritale*, cit., spec. 110 e 121 (a proposito, in particolare, della *societas conjugalis* e della *societas paterna*) e permette invece di dar valore generale all'altra sua affermazione — cfr. *Le mariage*, cit., 395 — che « Wolff reconnaît en effet la liberté des conjoints de convenir du transfert de l'autorité conjugale à un seul d'entre eux, légitimant par là, au moment même où il en conteste l'idéologie, l'institution traditionnelle de l'autorité maritale ».

(79) Così, lapidariamente, le *Institutiones juris naturae et gentium*, § 1099 (*ed. cit.*, p. 454), con il richiamo anche alla nozione di *commercium externa* (sulla quale *infra*, nt. 82).



commerciali, come elemento coagulante di quelle *societates simplices* che danno forza allo *status* individuale, senza aver a che fare — pur esse — con il valore di scambio:

*Domus dicitur societas ... ex conjugali, paterna et herili ...*

*Finis domus ... est, ut conjunctis viribus eorum, qui sunt membra societatum simplicium, salus societatum simplicium rectius promoveatur ...* <sup>(80)</sup>.

Ed è altrettanto significativo che il *commercium* — collegato in sé alla *civitas* — sia visto in termini di mera funzionalità alla sopravvivenza delle *domus* le quali costituiscono il substrato della *civitas* stessa:

*... si domus singulae sibi relinquuntur, nec ... uniantur (nella civitas), continuum fore bellum, nec quemquam esse posse rerum suarum, immo ipsius vitae securum, si vel maxime supponas, in multiplicandis rebus industrialibus et artificialibus nihil prorsus desiderari posse ...*

*... Cum commercia interna hunc habeant usum; ut unusquisque habere possit ea, quae ad vitae necessitatem, commoditatem et jucunditatem requiruntur ...; tum singuli in civitate sibi invicem ... commercia exercere obligantur ...* <sup>(81)</sup>.

Evidentemente, dietro la concezione wolffiana della personalità esistono pure queste scelte. V'è l'esigenza di valutare l'individuo in rapporto al principio dell'autosostentamento, come esso si realizza nella struttura agricolo-patriarcale della *domus* e nel suo

<sup>(80)</sup> Sono passi noti: già *supra*, p. 202 e nt. 54, p. 204 e nt. 58.

La funzione non commerciale della *domus* è desumibile dal fine che le viene assegnato: la *salus* della *societas conjugalis*, di quella *paterna* e di quella *herilis*, a sua volta — e per principio — fondata su motivazioni diverse dal lucro e dal commercio (cfr., per es., *Institutiones juris naturae et gentium*, §§ 854 ss., 886 ss., 947 ss.: *ed. cit.*, pp. 352 ss., 365 ss., 387 ss.).

<sup>(81)</sup> Cfr. rispettivamente *Jus naturae*, 8, § 1 nt. (*ed. cit.*, 8, p. 2; lo spaziato è mio) e *Institutiones juris naturae et gentium*, § 1099 (*ed. cit.*, p. 454). Sempre *Institutiones*, § 121 (*ed. cit.*, p. 44), per i concetti di *res industriales* e di *res artificiales*.

A scanso d'equivoci, va precisato che l'*obligari* al *commercium exercere*, di cui al secondo brano, non è così assoluto come può sembrare a prima vista: arg. ancora da *Institutiones*, §§ 1100 e 1101 (*ed. cit.*, p. 454 s.).

ruolo di tutela per i fini delle *societates simplices*. V'è in buona sostanza tutto meno che un diretto ed immediato riconoscimento dell'uomo che indirizzi le sue forze verso l'attività di lucro: l'intervento della *civitas* serve per difendere un'economia agricolo-patriarcale, il momento del lucro e dello scambio, che alla *civitas* fa capo, serve solo di supporto al valore d'uso assicurato dalla *domus* quale *summa* delle *societates simplices* <sup>(82)</sup>.

La proprietà fondiaria è l'asse portante, l'attività commerciale la sostiene in via sussidiaria e pure la considerazione dell'individuo

<sup>(82)</sup> Altra questione, naturalmente, è il tipo di valutazione concreta data all'attività di lucro, una volta concepita come elemento funzionale agli aspetti statici e patrimonialistici delle strutture materiali. Da questo punto di vista, è indubbia la 'reinterpretazione' del risalente, suo vecchio legame con la 'politica': la prospettiva utilitaristica ed eudemonologica che caratterizza tutto il pensiero filosofico-giuridico di Wolff (v. ad es. BOBBIO, *Il diritto naturale nel secolo XVIII*, Torino 1947, spec. 142) conduce ad identificare il controllo della *civitas* circa il commercio e lo scambio nelle forme di paternalismo autoritario di cui parla MERKER, *L'illuminismo*, cit., spec. 388 ss., con rinnovate precisazioni sulle differenze fra la dottrina wolffiana e quella di un Pufendorf o di un Thomasius. Il principio della *vitae sufficientia, tranquillitas et securitas* (*Institutiones juris naturae et gentium*, § 972: ed. cit., p. 395), motivo dominante della concezione wolffiana dello Stato (e del ruolo che in esso è demandato ai governanti o, meglio, al sovrano assoluto), condiziona ormai la stessa disciplina del *commercium*: ne giustifica il controllo statale in nome di un'esigenza superiore, il benessere sociale, ma in rapporto anche alla realizzazione di tale esigenza per mezzo degli apparati, patrimonialistici e non commerciali (*domus*), che sostengono la *civitas*, secondo l'impostazione piramidale ricordata *supra*, p. 199 ss.

Né tutto ciò mi sembra in contrasto con la presenza in Wolff di elementi 'mercantilistici' (nel senso indicato, sinteticamente ma efficacemente, da COLEMAN, v. *mercantilismo*, in VV.AA., *Enciclopedia europea*, 4, Milano 1977, 352; utile in generale, ma senza attenzione ai rapporti fra 'mercantilismo' ed assolutismo, DE MADDALENA, *Il mercantilismo*, in VV.AA., *Storia delle idee*, cit., 4.1, 637 ss.); elementi, che coinvolgono per lo più un profilo che qui non interessa direttamente, ma che per completezza possiamo anche ricordare: quello dei *commercium externa* (... *quae exercentur cum gentibus aliis, aut cum peregrinis*; cfr. *Institutiones juris naturae et gentium*, §§ 1093 ss.: ed. cit., p. 451 ss.).

Pur a trascurare la possibile incidenza della riflessione 'cameralistica' del tempo (cfr. di nuovo SCHIERA, *Dall'Arte*, cit., spec. 349 ss., 361 ss.), resta sempre fermo per me che Wolff concepisce questa forma di *commercium* come ulteriore *instrumentum regni*, come mezzo per meglio consentire la 'sopravvivenza' di un'articolazione socio-economica fondata sui criteri or ora indicati nel testo.

ne risente: non il 'soggetto di diritto', libero imprenditore commerciale, dotato di 'capacità giuridica generale'; ma il *subjectum certarum obligationum atque iurium certorum* legati a certi fenomeni associativi che sono specchio di un ordinamento sociale e politico fortemente stratificato ed a sicuro predominio aristocratico: in una parola, specchio della società prussiana del tempo <sup>(83)</sup>.

\* \* \*

La vera *impasse* di Wolff si trova qui. Lo sforzo per dar spessore alla *persona moralis*, l'impiego dello schema mentale della

<sup>(83)</sup> Per la frase latina (e relativo commento), cfr. *supra*, nt. 41.

Quanto all'ultima osservazione, il problema è fin troppo complesso e può essere esaminato *per essentialia*, riguardo ai profili che più attengono alla nostra ricerca, e neppure dimenticando che il riferimento alla 'società prussiana del tempo' è effettuato in termini tendenzialmente preclusivi, visto che le opere dalle quali abbiamo tratto la base testuale per la nostra argomentazione risalgono al periodo del ritorno ad Halle di Wolff, dietro esplicito invito di Federico II di Prussia (*supra*, nt. 77).

Intanto, è fuor di discussione il predominio aristocratico e il suo fondamento nei caratteri 'precapitalistici' della proprietà fondiaria. TAYLOR, *Storia della Germania*, trad. it., Bari 1963, spec. 40 ss., sembra nutrire qualche dubbio sull'ultimo punto, ma per me restan valide le affermazioni, forse troppo 'unilaterali' ma nella sostanza convincenti, di KUCZYNSKI, *Breve storia dell'economia*, trad. it., Roma 1974, 198 ss., spec. 202, 206 ss. Tanto più che la lettura di un classico quale BIEDERMANN, *Deutschlands politische, materielle, und soziale Zustände im achtzehnten Jahrhundert*, Leipzig 1854, spec. 235 ss., non altrettanto critico nei confronti della Prussia del '700, conferma in ultima istanza la suddetta opinione. V. pure dello stesso MERKER, *L'illuminismo*, cit., spec. 45 ss.

Inoltre, e con particolare riferimento agli aspetti sociali e relative stratificazioni, va aggiunto che l'assolutistico, tendenziale «Gesamtstaat» prussiano del primo Settecento (cfr. l'ampio *excursus* di SCHIERA, *Dall'Arte*, cit., 199 ss., spec. 202 ss., 213 ss.) non esclude certo il rilievo delle differenze cettuali come parametro dello *status* individuale: v. in genere CONRAD, *Der deutsche Staat. Epochen seiner Verfassungsentwicklung* (843-1945), Frankfurt/M.-Berlin 1969, 89 ss. e part. TARELLO, *Storia*, cit., I, 228 ss.

Per di più, va sottolineato che siffatto «Gesamtstaat» non è certo alieno dal prender in considerazione il momento del lucro e dello scambio (v. ancora nt. prec.; per la politica economica degli Hohenzollern, utili elementi già in ONCKEN, *L'epoca di Federico il Grande*, trad. it., Milano 1892-93: I, 303 ss. e spec. 2, 619 ss., 627 ss.; agg. almeno HAUSHERR, *Wirtschaftsgeschichte der Neuzeit vom Ende des*

*factio* per esaminarne fibre e nervi, la « desexistentialisation » che ne deriva, la maggiore 'ontologicizzazione' che informa il procedimento, il forte individualismo che connota l'operazione non escludono la consapevolezza dei suddetti incastri fra valore d'uso e valore di scambio, il rilievo dello scambio e degli individui che se ne rendono promotori. Ma il tutto non sfocia mai in un effettivo 'salto di qualità' a favore — come dire? — dell'*homo oeconomicus*. La ricerca di una maggiore autonomia psicologica e, quindi, giuridica per l'agire del 'borghese' si blocca per strada, trova un limite invalicabile nella difesa dello *status quo*, rifluisce al concreto su modelli tradizionali. Ciò che dà linfa e vita, anima e carattere alla *persona moralis* sono i rapporti di forza esistenti nelle strutture materiali, è la dominanza del valore d'uso rispetto a quello di scambio. Ciò che entra in giuoco è la difesa degli interessi socio-economici già costituiti, senza spunti critici e, meno che mai, eversivi <sup>(84)</sup>.

Più che « filosofia del borghese moderato », insomma, la riflessione wolffiana sull'individuo e sui fenomeni associativi è

14. *bis zum Höhe des 19. Jahrhunderts* <sup>2</sup>, Weimar 1955, spec. 259 ss.), ma trova il supporto più importante al suo esistere nella massima espressione dell'aristocrazia fondiaria prussiana, gli *Junker*: *infra*, nt. 85.

Infine, non va trascurato che il coagulo 'naturale' delle suddette predominanze economico-sociali continua ad essere proprio l'*Haus*: di ascendenza medievale, 'cooptato' alle superiori esigenze dell'assolutismo tedesco, ma pur sempre asse portante delle strutture materiali dell'epoca. Ottimo punto di partenza è nel lavoro di Brunner ricordato (e giustamente lodato) da SCHIERA, *Dall'Arte*, cit., 285 e nt. 200.

Il lettore è in grado di trarre le dovute conclusioni: con l'avvertenza, comunque, che il richiamo wolffiano alla *domus* è ormai effettuato nell'ambito di una 'razionalizzazione' che cerca di coordinare il reale ad esigenze tipiche del giusnaturalismo. Basti pensare al rapporto che si instaura fra la *domus* e le società considerate 'naturali' per eccellenza, come quella *conjugalis* o quella *paterna* (*supra*, p. 199 ss.; più mistificante il ragionamento sulla *societas herilis*: *Institutiones juris naturae et gentium*, §§ 947 ss., spec. 948 [*ed. cit.*, p. 387 ss.]; coglie nel segno MERKER, *L'illuminismo*, cit., 390).

Poco utile su tutta la problematica VALJAVEC, *Storia dell'illuminismo*, trad. it., Bologna 1973, spec. 145 ss., 206 ss.

<sup>(84)</sup> Ridimensionerei così la medesima argomentazione che Merker svolge attraverso Lamprecht, in *L'illuminismo*, cit., 94.

V. pure le equilibrate considerazioni di TARELLO, *Storia*, cit., I, 150.

espressione del ruolo subordinato che nello Stato assoluto degli Hohenzollern era attribuito all'*homo oeconomicus*. È peculiare prodotto dell'*ancien régime*, della mancanza di effettivi programmi riformatori o rivoluzionari 'borghesi' all'interno di un assetto politico che si reggeva su un sostanziale compromesso tra re e aristocrazia terriera: sul riconoscimento dei privilegi degli *Junker* quale contropartita per il loro inserimento nei quadri della burocrazia statale e dell'esercito <sup>(85)</sup>.

Altro non vi vedrei <sup>(86)</sup>.

---

<sup>(85)</sup> V. per tutti TAYLOR, *op. e l. cit.*, nonché RITTER, *Federico il Grande*, trad. it., Bologna 1970, spec. 196 ss. [e recentissimo, pubblicato durante la correzione delle bozze di quest'articolo, CORNI, *Stato assoluto e società agraria in Prussia nell'età di Federico II*, Bologna 1982, spec. 9 ss. e 207 ss.: un'opera importante, in cui trovo ulteriore conforto a quanto accenno nel testo circa il compromesso fra re e *Junker* e, più in generale, su tutto il problema delle strutture materiali e socio-economiche della Prussia settecentesca. Ad essa quindi faccio tranquillamente rinvio, anche per la 'messa a punto', indiretta, del panorama offerto da Bruford nel cap. 13, vol. 7, dell'ed. it. della *New-Cambridge Modern History*: Milano 1968, spec. 386 ss.].

<sup>(86)</sup> Tanto più che ottima conferma a quanto detto nell'ultima parte del saggio è desumibile da uno scritto latino di Wolff poco conosciuto, e fin qui volutamente accantonato per non complicare troppo il mio discorso e per mostrare la plausibilità di certe ipotesi già attraverso l'esame 'interno' delle opere che abbiamo messo a frutto (*Jus naturae e Institutiones juris naturae et gentium*).

Lo scritto è anch'esso della tarda maturità di Wolff, è idealmente ricollegabile (come le suddette opere) agli scritti tedeschi sulla 'filosofia pratica' (cfr. CAMPO, *Cristiano Wolff*, cit., 2, 551 nt. 2), risale al 1750 (cfr., per tutti, *Allgemeine Deutsche Biographie*, 44, Leipzig 1898, 18) ed è stato completato da Hanov (1755: cfr. *praef.* al secondo volume dell'edizione citata qui di seguito).

Già il titolo è significativo, per la ricordata adesione wolffiana alla distinzione fra 'economica' e 'politica' o, se si preferisce, fra aspetti patrimonialistici ed aspetti commerciali-industriali delle strutture materiali: *Oeconomica methodo scientifica pertractata ... in qua agitur de societatibus minoribus, conjugali, paterna et herili* (cfr. ed. Halae Magdeburgicae 1754-1755).

Ma è da meditare su tutto il contributo e particolarmente sui *prolegomena* (§§ 1-6 e relative note): dovuti alla penna di Wolff e — per l'evidente, confessato legame con lo *Jus naturae* — una sorta d'interpretazione autentica dei concetti sottintesi (o indirettamente espressi) nell'opera maggiore (a cominciare da quella 'lettura' in chiave giusnaturalistica cui accennavo *supra*, nt. 83, parte finale): cfr. *ed. cit.*, I, p. 1 ss. (non dimenticando, comunque, quanto annota Hanov nella *praefatio* e a p. 726 del secondo volume circa il richiamo del § 1 ai *vici*).

MARTIN LIPP

« PERSONA MORALIS », « JURISTISCHE PERSON »  
UND « PERSONENRECHT »  
- EINE STUDIE ZUR DOGMENGESCHICHTE  
DER « JURISTISCHEN PERSON »  
IM NATURRECHT UND FRÜHEN 19. JAHRHUNDERT

I. *Einleitung.* — II. *Die « persona moralis » im naturrechtlichen System Samuel Pufendorfs - erste Ansätze einer Theorie der « juristischen Person »?* — 1. Zur Bedeutung der « entia moralia »: a) « Entia moralia » als moralphilosophische Größe; b) « Entia moralia » als erkenntnistheoretisches Problem; c) Zusammenfassung. — 2. *Personae morales*: a) Die « persona moralis »: der Mensch im Geflecht seiner « status »; b) « Persona moralis » - « Rechtsperson » im modernen Sinne der Rechtsdogmatik? c) Das rechtsdogmatische Kriterium der « persona moralis composita ». — III. *Die Fortentwicklung der Status-Lehre bei Christian Wolff: der « status » des Menschen als Inbegriff seiner Rechts- und Pflichtenstellung.* — 1. Die naturrechtliche Begründung des « status moralis » als individuell-subjektive Rechtsbetroffenheit: a) Im Mittelpunkt des Rechtssystems: der Mensch als « homo moralis »; b) « Obligatio universalis » und « status moralis originarius ». — 2. Dogmatische Konsequenzen: der Begriff der « societas » und die Stellung des « servus » bei Christian Wolff: a) Der Wolff'sche societas-Begriff; b) Der servus als « homo moralis ». — IV. *« Persona moralis », « Personengesellschaft » und « juristische Person ».* — 1. Die « societas » als « persona moralis ». — 2. Die « juristische Person »: vom « status » zur allgemeinen Rechtsfähigkeit und vom « Personen- » zum « Vermögensrecht » (Friedrich Carl v. Savigny): a) Das naturrechtliche Erbe: « Personenrecht » und Teilrechtsfähigkeit; b) Die Idee der allgemeinen Rechtsfähigkeit des Menschen; c) Vom « Personen- » zum « Vermögensrecht ». — V. *Schluß.*

I. EINLEITUNG.

Im Jahre 1808 erschien unter dem etwas umständlich klingenden Titel « Beytrag zur Revision der bisherigen Theorie von der ehelichen Gütergemeinschaft nach deutschem Privatrecht » eine

bemerkenswerte Schrift zum zeitgenössischen deutschen Eherecht. Der Autor, *Johann Christian Hasse* <sup>(1)</sup>, unternahm darin den Versuch, die deutschrechtliche Gütergemeinschaft zwischen Ehegatten auf ein neues rechtsdogmatisches Fundament zu stellen. Einerseits war es sein Anliegen, die seit *Justus Veracius* das Recht der ehelichen Gütergemeinschaft (als eine Gemeinschaft zur gesamten Hand) beherrschende Theorie vom *dominium plurimum in solidum* <sup>(2)</sup> zu vermeiden. Denn Hasse hielt den Satz des römischen Rechts «... *duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse* ...» <sup>(3)</sup> für verbindlich aus der «Natur der Sache» <sup>(4)</sup>. Andererseits konnte am rechtshistorischen und gegenwärtig sozialen Befund der (ehelichen) deutschen Gütergemeinschaft gar kein Zweifel bestehen: «Allein die Sache kommt häufig vor, und zwar immer so, daß ein Vermögen mehrerer Personen, besonders der Ehegatten, als Eine Masse (*unum idemque patrimonium*) betrachtet wird. Die Güter der verschiedenen Personen werden nicht mehr als abgesondert, sondern als Ein Vermögen betrachtet. Es ist kein *gezwey*et, sondern Ein Gut» <sup>(5)</sup>. So stand die eheliche Gütergemeinschaft tatbestandlich fest als eine *societas omnium bonorum conjugalis* <sup>(6)</sup>. Allerdings konnte

<sup>(1)</sup> JOHANN CHRISTIAN HASSE (1779 bis 1830), *Beytrag zur Revision der bisherigen Theorie von der ehelichen Gütergemeinschaft nach deutschem Privatrecht*, Kiel 1808. Zu seiner vita vgl. E. LANDSBERG, in R. STINTZING - E. LANDSBERG, *Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft*, München u. Berlin 1910, Abt. III 2, S. 289 ff.

<sup>(2)</sup> JUSTUS VERACIUS (Pseudonym), *Libellus consuetudinem principatus Bambergensis*, ed. 1681, denuo 1733, S. 58 ff., 59: «*quae omnia alia sunt in nostra communione bonorum qua de acturi sumus: per eam enim sic utriusque conjugis bona confunduntur, ut quivis eorum totius Patrimonii in solidum Dominus sit, et quae uxoris fuerunt, jam et ejusdem, et Mariti sint; vicissim quae Maritus habuerat, jam sua et uxoris suae sint, uno verbo et Maritus et uxor jure dicere potest, totum patrimonium meum est*». - Zur Person des *Justus Veracius*: P. ROTH, *Bayrisches Civilrecht*, I, 1871, S. 59 Anm. 37 sowie G. BUCHDA, *Geschichte und Kritik der deutschen Gesamthandlehre*, Marburg 1936, S. 124 ff.

<sup>(3)</sup> Ulp. Dig. 13. 6. 5. 15.

<sup>(4)</sup> J. CHR. HASSE, *Beytrag*, S. 20 ff.

<sup>(5)</sup> J. CHR. HASSE, *Beytrag*, S. 86-87.

<sup>(6)</sup> Ich schließe mich dem allgemeinen Sprachgebrauch an; daß es im streng *juristischen* Sinne des römischen Rechts *keine* *societas* war, dazu sofort.

gemeines römisches Recht keine Anwendung finden, denn die römischrechtliche *communio* <sup>(7)</sup> war Bruchteilsgemeinschaft zu ideellen Teilen <sup>(8)</sup>. Für die *deutsche* eheliche Gütergemeinschaft aber mußte dogmatisch bewältigt werden, was schon der Sachsenspiegel so beschrieben hatte <sup>(9)</sup>: « Man unde wib en haben chein gezweiget gut zu irme libe » <sup>(10)</sup>.

Seine Lösung fand *Johann Christian Hassé* in der Ehe als einer « juristischen Person ». Das « Zusammenschmelzen des vorher getrennten Vermögens » findet seine rechtsdogmatische Erklärung darin, « daß mehrere physische Personen in Hinsicht des gemeinschaftlichen Vermögens nun als Eine juristische oder moralische Person angesehen werden » <sup>(11)</sup>. So konnte dem « Einen Gut » Rechnung getragen werden, ohne daß das verdächtige *dominium plurium in solidum* in Anspruch genommen werden mußte.

Die in Gütergemeinschaft lebenden Ehegatten als *juristische Person des privaten Rechts* <sup>(12)</sup>? - Eine uns gewiß fremde Vorstellung, und man mag aus heutiger Sicht auf den ersten Blick geneigt sein, in diesem Vorschlag *Hasses* nicht viel mehr als eine (eher amüsan anmutende) rechtshistorische Episode in der Entwicklung des ehelichen Güterrechts zu sehen. Gleichwohl verdient dieser Beitrag Aufmerksamkeit; er ist ein vorzügliches Beispiel dogmengeschichtlicher Entwicklung und zwar gleich in zweifacher Hinsicht: für die « Ehe » und die « eheliche Gütergemeinschaft »

<sup>(7)</sup> Die rechtliche Behandlung des Vermögens der *societas omnium bonorum* folgt den Grundsätzen der *communio*, vgl. dazu etwa M. KASER, *Das römische Privatrecht*, 2. Aufl., München 1971, Erster Abschn., § 133 III 2 (S. 575).

<sup>(8)</sup> « Pars pro indiviso »; näher hierzu M. KASER, oben Fn. 7, § 138, mit ausführlichen Nachweisen.

<sup>(9)</sup> Zur Geschichte der deutschen Gütergemeinschaft sei insbesondere verwiesen auf R. SCHRÖDER, *Geschichte des ehelichen Güterrechts in Deutschland*, 1863 bis 1874, Neudruck Aalen 1967.

<sup>(10)</sup> Ssp. Ldr. I Art. 31 § 1.

<sup>(11)</sup> J. CHR. HASSE, *Beytrag*, S. 87.

<sup>(12)</sup> Knapp 80 Jahre später wird diese « Konstruktion » im ersten der *vertraulichen Briefe über die heutige Jurisprudenz* von R. v. Jhering sarkastisch kommentiert: « Sie werden es jetzt auch nicht mehr überraschend finden, daß jenes Ehepaar, welches sich der äußern Betrachtung als Mann und Weib darstellt, für die Konstruktion der ehelichen Gütergemeinschaft zu einer juristischen Person harmonisch zusammenschmilzt ... », *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz* (1884), 13. Aufl., Leipzig 1924, S. 13.



ebenso wie für die « juristische Person ». Ihr will sich diese dogmengeschichtliche Skizze widmen.

Als Begründer der Theorie von der « juristischen Person » gilt *Friedrich Carl v. Savigny* <sup>(13)</sup>. Doch wenn auch *Savigny* als Urheber der Diskussion um den *modernen* Begriff der « juristischen Person » außer Frage steht, so hat die *dogmengeschichtliche* Entwicklungslinie mit ihm doch bereits einen *Endpunkt* erreicht: Rechtsträgerschaft außerhalb der natürlichen Person, selbständiges Sondervermögen, Haftungsbeschränkung.

An dieser Stelle gilt das Interesse der Vorgeschichte dieses terminus technicus moderner Privatrechtsdogmatik, und damit gewinnt für uns auch die o. g. Schrift *Hasses* ihre Bedeutung. Neben anderen Arbeiten <sup>(14)</sup> markiert sie gleichsam einen « kritischen » Punkt in der begriffsgeschichtlichen Genese der « juristischen Person ». Die naturrechtliche Lehre von der « *persona moralis* » wird hier unter dem Eindruck der erst seit kurzem in die rechtswissenschaftliche Literatur eingeführten <sup>(15)</sup> « juristischen Person » neu interpretiert. Die Entfernung zu *Savigny* tritt dabei ebenso deutlich zutage wie die Fortentwicklung gegenüber der traditionellen Lehre des Naturrechts.

Für *Hasse* bezeichnen « moralische », « mystische » und « juristische Person » ein und dasselbe <sup>(16)</sup>: den Zusammenschluß mehrerer *natürlicher* Personen derart, daß sie in *rechtlicher* Hinsicht nur *einen Willen* haben, der nunmehr als eine von den Einzelpersonen abgegrenzte *Rechtspersönlichkeit* erscheint, als ein neues gegenüber dem Menschen eigenständiges *Rechtssubjekt*. Dabei stützt sich der Autor auf ein « unfehlbar richtiges Princip, welches ... längst ... zur Evidenz gebracht worden ist » <sup>(17)</sup>:

« Der allgemeinste Charakter mystischer Personen ist offenbar der, daß hier mehrere physische Personen in juristischem

<sup>(13)</sup> W. FLUME, *Savigny und die Lehre von der juristischen Person*, in *Festschrift für F. Wieacker*, Göttingen 1978, S. 340 ff., 340 mwN.

<sup>(14)</sup> Vgl. dazu die Literaturliste am Ende dieser Ausführungen.

<sup>(15)</sup> A. HEISE, *Grundriss eines Systems des gemeinen Civilrechts zum Behuf von Pandecten-Vorlesungen*, Heidelberg 1807, Erstes Buch §§ 82 ff.; vgl. aber auch schon G. HUGO, unten Fn. 132.

<sup>(16)</sup> Vgl. *Beytrag*, S. 92 Fn. 1.

<sup>(17)</sup> J. CHR. HASSE, *Beytrag*, S. 101-102.

Betracht nur Einen Willen haben, daß diese als Ein Rechts-subject betrachtet werden, oder, mit anderen Worten, die vereinigte Willkühr aller das Subject der der mystischen Person zustehenden Rechte und Verbindlichkeiten ist »<sup>(18)</sup>.

So also in groben Strichen der Stand der Lehre von der « juristischen Person » in den frühen Jahren des 19. Jahrhunderts: *selbständiges Rechtssubjekt* zwar, aber dogmatisch-konstruktiv noch gekoppelt an die natürlichen Personen, als deren « *vereinigte Willkühr* » sie auftritt.

Die nachfolgende rechtshistorische Studie will den Versuch unternehmen, den soeben angedeuteten Entwicklungsgang nachzuzeichnen, den die « persona moralis » vor *Johann Christian Hasse* genommen hat. Mit dieser dogmengeschichtlichen Präzisierung der « juristischen Person » zu Beginn des 19. Jahrhunderts wird der Entwurf *Hasses* in neuem Licht erscheinen. Zugleich wird damit auch eine genauere Grenzziehung gegenüber der Leistung *Savignys* möglich werden. So wird sich zeigen, daß entgegen beachtlicher Stimmen des rechtshistorischen Schrifttums dem Naturrecht die Idee der « juristischen Person » durchaus fremd war. Die Vorstellung eines von der natürlichen Person unabhängigen, eigenständigen Rechtssubjektes taucht erst an der Wende zum 19. Jahrhundert und in dessen ersten Jahrzehnten auf, freilich dogmatisch noch stark durchsetzt mit « naturrechtlichen » Argumenten. Die *moderne Lehre* der juristischen Person formuliert dann in der Tat *Friedrich Carl v. Savigny*, der damit die Verbindung zur « persona moralis » des Vernunftrechts endgültig zerbricht:

« Ich gebrauche dafür lediglich den Namen der juristischen Person (welcher dann die natürliche Person, das heißt der einzelne Mensch, entgegengesetzt ist), um auszudrücken, daß sie nur durch diesen juristischen Zweck ein Daseyn als Person hat. Früher war sehr gewöhnlich der Name der moralischen Person, den ich aus zwei Gründen verwerfe: erstens weil er überhaupt nicht das Wesen des Begriffs berührt, der mit sittlichen Verhältnissen keinen Zusammenhang hat; zweytens weil jener Ausdruck eher dazu geeignet ist, unter

---

(18) J. CHR. HASSE, *Beytrag*, S. 99-100.

den einzelnen Menschen den Gegensatz gegen die unmoralischen zu bezeichnen, so daß durch jenen Namen der Gedanke auf ein ganz fremdartiges Gebiet hinüber geleitet wird » (19).

Die rechtsdogmatische Auseinandersetzung um die « *juristische Person* » konnte beginnen (20).

## II. DIE « PERSONA MORALIS » IM NATURRECHTLICHEN SYSTEM SAMUEL PUFENDORFS - ERSTE ANSÄTZE EINER THEORIE DER « JURISTISCHEN PERSON »?

Verschiedentlich sieht die rechtsgeschichtliche Forschung die Idee der juristischen Person bereits in der Naturrechtslehre *Samuel Pufendorfs* (1632 bis 1694) angelegt. Die Lehre von der *persona moralis*, *Pufendorf* entwickelt sie vor allem in seinem Hauptwerk *De iure naturae et gentium libri octo* (1672) (21), sei das dogmengeschichtliche Fundament, auf dem spätere Generationen die Theorie der « juristischen Person » entworfen haben. Nichts anderes nämlich spiegle sich in dieser *persona moralis* wider als der Begriff des *Rechtssubjektes* (22), der Person im *Rechtssinne*, der *Rechtsperson* also, die unter diesem spezifisch *juristischen* Blickwinkel in scharfen Gegensatz zur Person als natürlich-tatsäch-

(19) F. C. v. SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, Berlin 1840, Bd. 2, S. 240 f.

(20) Diese Diskussion war im Anschluß an *Savigny* eines der beherrschenden Themen der deutschen Privatrechtslehre in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts (« Fiktionstheorie » F. C. v. *Savignys*, Theorie von der « realen Verbandsperson » O. v. *Gierkes*, Theorie vom « selbständigen Zweckvermögen » A. *Brinz*). Hierzu noch immer grundlegend H. J. WOLFF, *Organschaft und juristische Person*, Berlin 1933-1934, Neudruck Aalen 1968, Bd. I, §§ 1 bis 6.

(21) SAMUEL PUFENDORF, *De iure naturae et gentium libri octo*, Frankfurt u. Leipzig 1759, Lib. I cap. 1 §§ XII, XIII.

(22) H. SCHNIZER, *Die juristische Person in der Kodifikationsgeschichte des ABGB*, in *Festschrift für W. Wilburg*, Graz 1965, S. 143 ff., 147; ihm haben sich angeschlossen G. WESENBERG - G. WESENER, *Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte*, 3. Aufl., Lahr 1976, S. 135. Vgl. aber auch schon R. STINTZING - E. LANDSBERG, oben Fn. 1, Abt. III 1, S. 14 u. O. v. GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, Bd. IV, Berlin 1913, S. 416, 418.

lichem Subjekt trete <sup>(23)</sup> und damit auch schon die juristische Person umfasse <sup>(24)</sup>.

Ob dem im einzelnen beigespflichtet werden kann, muß einstweilen zurückstehen. Feststeht (und zu Recht wird in unserem Zusammenhang darauf verwiesen <sup>(25)</sup>), daß sich der Begriff der *persona moralis* nur aus der für das Gesamtwerk *Pufendorfs* grundlegenden Unterscheidung zwischen *entia physica* und *entia moralia* richtig verstehen läßt, denn: « Entia moralia, quae ad analogiam substantiarum concipiuntur, dicuntur *personae* morales ... » <sup>(26)</sup>. Die « moralische Person » *Pufendorfs* ist demnach ein *ens morale*, teilt also die « Qualität » und die Konzeption der *entia moralia*.

### I. Zur Bedeutung der « *entia moralia* ».

Eine nüchterne Einschätzung von Bedeutung und Stellenwert der *entia moralia* im System *Pufendorfs* muß sich vor Augen halten, daß sich in diesem Begriff *zwei* Bedeutungsebenen schneiden. Jede für sich spielt eine wichtige Rolle bei der Beurteilung der Naturrechtslehre dieses Denkers. *Entia moralia*: das sind einmal *moralphilosophische* Postulate und Forderungen. Sie vereinigen in sich rechtliche Verpflichtung und sittliches Gebot und bilden so die *inhaltliche* Grundlage des Naturrechtssystems. Hier liegt die Basis der *Pufendorf'schen* Pflichtenlehre <sup>(27)</sup>. *Entia moralia*: darin steckt zweitens ein ganz bestimmtes *erkenntnistheoretisches* Modell, das noch weitgehend mit der *scholastischen* Erkenntnislehre übereinstimmt. Aus dieser (notwendigen!) doppelten Bewertung resultiert das ambivalente und mitunter schillernde Gepräge der *entia moralia*. Sie sind den *entia physica* zwar entgegengesetzt, nicht geschaffen (*creata*), sondern « *superaddita ab entibus intelligentibus* », der Materie durch *impositio* gleichsam von außen

<sup>(23)</sup> Darauf weist vor allem F. EBEL, *Die Ehe als juristische Person. Bemerkungen zu einer halb vergessenen Idylle*, in *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)*, 1978, 637 ff., 640, hin.

<sup>(24)</sup> H. SCHNIZER, oben Fn. 22.

<sup>(25)</sup> Vgl. H. SCHNIZER, oben Fn. 22, S. 146 f.

<sup>(26)</sup> S. PUFENDORF, *De iure naturae et gentium*, Lib. I cap. I § XII.

<sup>(27)</sup> Zum Begriff der Rechtspflicht bei Pufendorf vgl. H.-L. SCHREIBER, *Der Begriff der Rechtspflicht*, Berlin 1966, S. 9 ff.

willentlich eingeprägt. Trotzdem können sie *ohne substantia* nicht begriffen werden, sie bleiben vom geschaffenen Sein erkenntnistheoretisch abhängig: «... ita eo ipso satis patet, entia moralia non per se subsistere, sed in substantiis ...» (28).

a) «*Entia moralia*» als moralphilosophische Größe.

Der Schöpfer der Welt hat das Universum («*Res igitur omnes, quarum complexu hoc universum componitur*» (29)) so geordnet, daß allem Sein ein bestimmter Zustand eigen ist, der sich gleichzeitig als eine planvolle Anordnung und Anlage der Materie, d. h. des wirklich Geschaffenen (*substantia*) zeigt. «*Illas naturales solemus vocare*» (30). Deshalb ruht die gesamte Natur, die *universitas rerum creatarum* (*entia physica*), auf einer gewissen eigenständigen (gottgeschaffenen) Ordnung auf. In ihrer Unendlichkeit ist sie dem Menschen jedoch nicht «*per se*» einsehbar, sondern erscheint ihm als «*infinite illae motuum varietates*» (31).

Damit der Mensch in dieser ihm willkürlich anmutenden Vielfalt der physischen Welt seinen Standort finden kann, ist ihm das Licht der Vernunft gegeben. Seine Vernunft erst ermöglicht es ihm, die Welt der *entia physica* mit einer ihm begreifbaren und verständlichen Ordnung zu versehen, sich in der Welt zurechtzufinden:

«*Ast homini uti praeter insignem corporis habitatem datum est singulare mentis lumen, cuius opè res posset accuratius comprehendere, eas inter se conferre, ex notioribus ignotiora colligere, deque rerum convenientia inter se iudicare*» (32).

In der Errichtung *dieser* Ordnung handelt der Mensch *autonom*. Er selbst gibt sich *seine* Ordnung, denn er vermag sich zu entscheiden. So wird die *Freiheit des Willens* (33), mit der die Not-

(28) S. PUFENDORF, *De iure naturae et gentium*, Lib. I cap. 1 § III.

(29) S. PUFENDORF, *De iure naturae et gentium*, Lib. I cap. 1 § II.

(30) S. PUFENDORF, *ibidem*.

(31) S. PUFENDORF, *ibidem*.

(32) S. PUFENDORF, *ibidem*.

(33) Zu *dieser* Bedeutung der *entia moralia* grundlegend H. WELZEL, *Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs*, Berlin 1958, S. 19 ff., 21; DERSELBE, *Natur-*

wendigkeit sie zu artikulieren freilich einhergeht (« ad dirigendos voluntatis actus »), zur naturrechtlichen Prämisse der entia moralia. Denn indem der Mensch *seine* Ordnung schafft, fällt er gewisse Willensentscheidungen und setzt damit das *ens morale*. Dieses wird durch den Akt des Ordnen der physisch perfekten Natur eingepreßt, ist durch bewußte *Wertung* entstandenes *Sollen*, ein Maßstab *menschlicher* Willensentscheidung <sup>(34)</sup>:

« Porro uti modus originarius producendi entia physica est creatio; ita modum, quo entia moralia producuntur, vix melius possis exprimere, quam per vocabulum *impositionis*. Scilicet quia illa non ex principiis intrinsicis substantiae rerum proveniunt, sed rebus iam existentibus et physice perfectis, eorumdemque effectibus naturalibus sunt superaddita ex arbitrio entium intelligentium, adeoque unice per eorumdem determinationem existentiam nanciscuntur. Ac per eadem ipsi certi quoque effectus assignantur, qui iterum eorumdem lubitu possunt deleri, nulla mutatione physica in re, cui erant superadditi, proveniente » <sup>(35)</sup>.

---

*recht und materiale Gerechtigkeit*, 4. Aufl., Göttingen 1962, S. 130 ff., 132 ff. Mit mehr Nachdruck wäre allerdings (im Gegensatz zu WELZEL) darauf hinzuweisen, daß die *entia moralia* der menschlichen Natur ebenso wie den Dingen und den entia physica überhaupt anhaften (vgl. hierzu anschließend im Text). Trotz der Willensfreiheit des Menschen sind die Ordnungsstrukturen der *entia moralia* « objektiv », d. h. dem menschlichen Wollen als Potenz und Modus der Materie vorgegeben (vgl. dazu auch unten Fn. 41). Die Annäherung des *ens morale* auch nur ausschnittsweise (soweit es die Handlungen des Menschen betrifft) an die sittlich-freie Autonomie des Menschen im Sinne *Kants* (so WELZEL, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, S. 142) ist deshalb nicht gerechtfertigt: Erstens fehlt es an der Trennung von Recht und Moral (vgl. oben Fn. 27), zweitens bleibt bei dieser Sichtweise die erkenntnistheoretische Fragestellung so gut wie gänzlich außer Betracht (vgl. ausführlich unten II 1 b). « Freiheit » ist bei KANT ein « reiner Vernunftbegriff », bei PUFENDORF anthropologisch fixierte Wahlfreiheit. Insgesamt erscheint deshalb die Deutung der *entia moralia* bei WELZEL doch zu optimistisch (insoweit ähnlich kritisch E. WOLF, *Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, 4. Aufl., Tübingen 1963, S. 342).

<sup>(34)</sup> Damit einher geht die Ablehnung der Perseitas-Lehre, vgl. H. WELZEL, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, S. 137 f.

<sup>(35)</sup> S. PUFENDORF, *De iure naturae et gentium*, Lib. I cap. 1 § IV. Ebenso *Eris scandica* (1686), Ausgabe Frankfurt MDCCLIX, S. 139: « Entia moralia eorumque effectus originitus etiam considerata amitti vel deleri pro lubitu posse sine ulla mutatione aut corruptione ejus rei, cujus antea fuerunt ».

Die *entia moralia* erscheinen als *modi*, « rebus aut motibus physicis superadditi ab entibus intelligentibus, ad dirigendam potissimum et temperandam libertatem actuum hominis voluntariorum, et ad ordinem aliquem ac decorem vitae humanae conciliandum » <sup>(36)</sup>.

Hier liegt jenes im großen Traditionsstrom des Voluntarismus stehende fortschrittliche Denken, das den originären Beitrag *Pufendorfs* zur Entwicklung des modernen Naturrechts ausmacht. An dieser Weichenstellung löst sich der Personenbegriff ab von einem rein natürlichen, d. h. physisch-naturalistischen, ebenso wie von einem theologisch-transzendenten (« imago Dei »). Der Mensch ist (praeter insignem corporis habilitatem) ein *moralisches* Wesen: ein der *Ordnung* (des Sollens) bedürftiges und fähiges Geschöpf. Und diese Ordnung folgt *nicht* aus einem der physischen Natur eingegrabenen Gesetz (dem mittelalterlichen *ordo*), das etwa nur im Wege der *analogia entis* zu erschließen wäre, sondern ist das Ergebnis einer *freien Willensentscheidung* des Menschen:

« Unde vis operandi quae illis inest, non in hoc consistit, ut intrinseca sua efficacia motum aliquem physicum, aut mutationem in re aliqua immediate producant, sed tum in eo, ut pateat hominibus, qua ratione libertas actionum ipsis sit moderanda » <sup>(37)</sup> <sup>(38)</sup>.

Die weitreichende Konsequenz dieser Lehre liegt im Entwurf einer *Moralphilosophie* an Stelle der lange Jahrhunderte verbindlichen *Moraltheologie*. Vergewärtigen wir uns, daß *Pufendorf* die *entia physica* gleichsetzt mit der *substantia*, dem *ens creatum*, also mit der von Gott geschaffenen Welt; die *entia moralia* aber haben Geltung kraft der freien Willensentscheidung des *Menschen*. Im Postulat dieser Unabhängigkeit der *entia moralia* vom göttlichen Schöpfungsakt liegt der Kernpunkt der Lehre des *ens morale*, doch hier müssen auch schon Einschränkungen gemacht werden. Denn die *entia physica* und die *entia moralia* stehen (wie

<sup>(36)</sup> S. PUFENDORF, *De iure naturae et gentium*, Lib. I cap. I § III.

<sup>(37)</sup> S. PUFENDORF, *De iure naturae et gentium*, Lib. I cap. I § IV.

<sup>(38)</sup> Zum folgenden H. WELZEL, *Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs*, S. 24 f., beachtenswert dort Fn. 15.

man vielleicht vermuten möchte) keineswegs unvermittelt nebeneinander. Wird das *ens morale* zwar durch die *impositio* geschaffen, so haften dem Menschen, wie der gesamten Natur, gewisse *attributa* eo ipso an, die ihn erst befähigen, die impositiones zu treffen. Auch sie fallen unter den Begriff der *entia moralia* und schlagen dann die Brücke zum erkenntnistheoretischen Problem der *Pufendorf'schen entia moralia*:

« Nobis illud iam est dispiciendum, quomodo ad dirigendos voluntatis potissimum actus certum attributi genus rebus et motibus (hominum) naturalibus sit superimpositum, ex quo peculiaris quaedam convenientia in actionibus humanis resultaret et insignis quidam decor etque ordo vitam hominum exornaret. Et ista attributa vocantur ENTIA MORALIA, quod ad ista exiguntur, et iisdem temperantur mores actionesque hominum, quo diversum ab horrida brutorum simplicitate habitum faciemque induant »<sup>(39)</sup>.

b) « *Entia moralia* » als erkenntnistheoretisches Problem.

Die entia moralia sind ihrer Entstehungsweise nach von den entia physica unabhängig. Sie werden der vollendeten physischen Natur quasi von außen auferlegt und oktroyiert. Entstehungs-, Änderungs- und Erledigungsgrund der entia moralia ist die menschliche Willensfreiheit.

Dieser moralphilosophische Ansatz, der ganz darauf hindeutet, als würde bei *Pufendorf* tatsächlich eine autonome *Moralordnung* entworfen, wird um einen entscheidenden Punkt reduziert: der inhaltlichen Autonomie des Moralgesetzes (Naturrechts) entspricht

---

<sup>(39)</sup> S. PUFENDORF, *De iure naturae et gentium*, Lib. I cap. 1 § II. Zur Abhängigkeit der entia moralia sowohl von Gott wie vom Menschen vgl. auch *Eris scandica*, S. 138 (und unten Fn. 41): « Attributa vel Entia moralia originitus homini physice perfecto superaddita saltem, non creata ... » und S. 140: « Quia porro entia moralia non ex substantia et qualitatibus hominis physicis resultant, sed originarie a determinatione, decreto atque imperio Creatoris; inde istorum subjectum non aliud animo concipere possumus, quam hominem physice perfectum, cui ista attributa ex impositione Creatoris superaddita intelligantur. Nam de caeteris entibus moralibus, quae ex impositione hominum proveniunt, manifestum est, illa substantiae hominis jam perfectae post superaddi, eoque et tempore posteriora ipso homine sunt ».



*keine erkenntnistheoretische Unabhängigkeit* des Denkens <sup>(40)</sup>. Zwar löst sich das naturrechtliche Gebot vom Willen Gottes <sup>(41)</sup>, aber diese Autonomie erstreckt sich nicht auf die erkenntnistheoretische Seite des Problems. Es gibt für *Pufendorf* keine Erkenntnis und keine « Existenz » der entia moralia ohne entia physica. Ist auch die *impositio* von der *creatio* wohl zu trennen, so ist doch keine *impositio* möglich ohne *creata*. Immer wieder versucht *Pufendorf* den unauflösbaren Konnex zwischen *substantia* (entia physica) und *modus* (entia moralia) zu verdeutlichen:

« Nam concinnius nobis videtur ens latissime dividere in substantiam et modum, quam in substantiam et accidens. Modus porro uti substantiae contradistinguitur; ita eo ipso satis patet, entia moralia non per se subsistere, sed in substantiis ... » <sup>(42)</sup>.

Und in einer Anmerkung zum Text wird erläutert:

« Modi enim substantiae inseparabiliter cohaerent, ita, ut nunquam per se existere possint. Accidentia contra per se

---

<sup>(40)</sup> Das findet für die Interpretation der entia moralia immer noch zu wenig Beachtung. Auch von H. DENZER, *Moralphilosophie und Naturrecht bei Samuel Pufendorf*, München 1972, S. 40 ff., wird dem nicht genügend Rechnung getragen. Sicher wendet sich PUFENDORF gegen die convenientia-Lehre der Scholastik, wonach der göttliche Ordo vor aller menschlicher Erfahrung die Maßstäbe für Gut und Böse setzt. Doch scheint dieser Punkt gerade nicht die erkenntnistheoretische Methode, sondern den neuen moralphilosophischen Ansatz PUFENDORFS zu treffen (die Ablehnung der Perseitas-Lehre). *Erkenntnistheoretisch* entscheidend ist, daß der Mensch nur über die Dinge, d. h. die tatsächliche Natur zu Wissen gelangt. Ob er in der unmittelbaren Erfahrung der Dinge von Gott gesetzte und damit per se wirkende Werte erkennt, oder ob er *auf diesem Wege* die Verbindlichkeit der durch « *impositio* » aufzustellenden Normen einsieht, bleibt seinem erkenntnistheoretischen Vorgang nach dasselbe. Der entscheidende Unterschied liegt in der moralphilosophischen Begründung und Legitimierung dieser, in jedem Fall über die Natur erkannten Werte.

<sup>(41)</sup> S. PUFENDORF, *De iure naturae et gentium*, Lib. I cap. 1 § III: « Quorum primum auctorem merito DEUM optimum maximum dixeris, qui utique noluit, ut mortales hanc vitam sine cultu, sine more, ad brutorum instar transirent, sed ut ista, et eorundem actiones certa ratione forent temperata: id quod citra entia moralia fieri nequibat ».

<sup>(42)</sup> Vgl. oben Fn. 28.

verae substantiae sunt, et existere possunt independenter a Subiecto, cui adiecta esse concipiuntur » (43).

Gelingt *Samuel Pufendorf* mit den entia moralia als einer moralphilosophischen Größe ein bedeutender Schritt hin zum modernen, der Theologie entwachsenen Naturrechtssystem, so bleibt er (auch mit dem ens morale) in erkenntnistheoretischer Hinsicht doch noch ganz dem scholastischen Muster verhaftet:

« Quod enim intellectu praeditum est, id ex reflexa rerum cognitione, earundemque inter se collatione tales potest notiones formare, quae ad dirigendam facultatem homogineam sunt idoneae. Et ex hoc genere quoque sunt entia moralia » (44).

Dieses erkenntnistheoretische Modell steht in der Tradition eines *Thomas von Aquin* (« Intellectus in actu et intelligibile in actu sunt unum: sicut sensus in actu et sensibile in actu » (45)) und wird auch weiterhin den Systemen des Naturrechts bis zur Fundamentalkritik *Immanuel Kants* (46) zugrundeliegen (47).

(43) Anm. 1 zu Lib. I cap. 1 § III.

(44) Vgl. oben Fn. 36.

(45) THOMAS V. AQUIN, *Summa contra gentiles*, II, LIX; zit. nach der Ausgabe: SANCTI THOMAE AQUINATIS *Opera omnia* iussu edita Leonis XIII. P. M., Romae MCMXVIII, Tom. 13, S. 415.

(46) Dazu neuestens J. SCHRÖDER, *Wissenschaftstheorie und Lehre der « praktischen Jurisprudenz » auf deutschen Universitäten an der Wende zum 19. Jahrhundert*, Frankfurt a. M. 1979, S. 82 ff.

(47) Ich verweise etwa auf CHR. THOMASIVS, *Institutiones jurisprudentiae divinae* (1688), 7. Aufl., Halle 1730, Neudruck Aalen 1963, Lib. I cap. 1 § 51: « Igitur talis est processus ordinarius ratiocinationis, et actionum hominis. Postquam objecta externa impulerunt sensus externos, sequitur prima intellectus operatio ... Ex his patet verum et illimitabile esse axioma: *Nihil est in intellectu, quod non fuerit in sensu*, item illud: *Ignoti nulla cupido* », oder auf CHR. WOLFF, *Logica*, Frankfurt u. Leipzig 1728, Discursus praeliminaris de philosophia in genere, § 55, S. 28: « Entia quae cognoscimus, sunt Deus, animae humanae ac corpora, seu res materiales ». - Es sei darauf hingewiesen: das traditionelle « Naturrechtsverständnis » bei CHR. THOMASIVS bezieht sich hier auf die *erkenntnistheoretische* Problematik, nicht auf die *moralphilosophische* Seite mit dem Nebeneinander von *Recht und Moral*. Hier zeichnet sich bei CHR. THOMASIVS Neues ab, dem allerdings im Rahmen dieser Untersuchung nicht nachgegangen werden kann; vgl. dazu G. SCHUBART-FIKENTSCHER, *Unbekannter Thomasius*, Weimar

c) *Zusammenfassung.*

Wollen wir die Bedeutung der entia moralia zusammenfassen, so ist zunächst ihr moralphilosophischer, d. h. Recht und Sittlichkeit als *eine uniforme und homogene* Sphäre umschließender Charakter hervorzuheben. Darüber hinaus ist festzuhalten, daß für *Pufendorf* die *gesamte physische Natur* «moralisch» ist, insofern ihr nämlich bestimmte modi inwohnen, durch die sie aufgrund *menschlicher Willensentscheidung* «geordnet» werden kann (und muß). Darin liegt zugleich der Fortschritt gegenüber der mittelalterlichen Ordo-Lehre, die jene Ordnung schon in der Natur, wenn auch verborgen, aktualisiert sah; darin zeigt sich aber auch die herkömmlich-unkritische Erkenntnistheorie der Scholastik. Diesen über die menschliche Person hinausgehenden, *objektiven* «Ordnungs»charakter der entia moralia drückt *Pufendorf* selbst so aus:

«Vita humana temperatur per entia moralia» <sup>(48)</sup>,

und ergänzend ließe sich vielleicht noch hinzufügen: ... temperatur per entia moralia constituta ex libertate hominis impositione superaddita. Das ist für die anstehende dogmatische Präzisierung des *Pufendorf'schen Personenbegriffs* von größter Wichtigkeit: *die entia moralia bedeuten objektive Ordnung des menschlichen Lebens in seiner umfassenden Vielgestaltigkeit.*

2. *Personae morales.*

«Entia moralia, quae ad analogiam substantiarum concipiuntur, dicuntur *personae* morales, quae sunt homines singuli, aut per vinculum morale in unum systema connexi, considerati cum statu suo aut munere, in quo in vita communi versantur. Sunt autem personae morales vel *simplices* vel *compositae*» <sup>(49)</sup>.

1954, S. 50, u. H. RÜPING, *Die Naturrechtslehre des Christian Thomasius und ihre Fortbildung in der Thomasius-Schule*, Bonn 1968, S. 43.

<sup>(48)</sup> S. PUFENDORF, *De iure naturae et gentium*, Inhaltsverzeichnis zu Lib. I cap. I (§ II).

<sup>(49)</sup> S. PUFENDORF, *De iure naturae et gentium*, Lib. I cap. I § XII.

Vermag dieses Zitat tatsächlich die These zu stützen, hier läge bereits der Begriff der « juristischen Person » in nuce vor uns <sup>(50)</sup>?

a) *Die persona moralis: der Mensch im Geflecht seiner « status ».*

Die personae morales *sind* entia moralia und teilen daher die konstitutiven Begriffs- und Bedeutungselemente dieses philosophischen Terminus. Zunächst also: « persona moralis » ist der *einzelne* Mensch inmitten eines Gefüges von « Ordnungen ».

Der Modus des (willentlich) Geordnetseins (ens morale) betrifft den Menschen ebenso wie seine Handlungen und die übrigen Dinge <sup>(51)</sup>. Während aber die Existenz und die Ordnung der *substantiae physicae* raum-zeitlich determiniert sind (« substantiae physicae supponunt ... spatium » <sup>(52)</sup> <sup>(53)</sup>), erscheinen die geordneten Beziehungen der Menschen untereinander als Ausfluß eines ganz bestimmten, je und je wechselnden *Status*. Dieser hat — wie die entia moralia überhaupt — eine doppelte Dimension. Als ein bestimmter *sozialer Stand* des einzelnen Menschen <sup>(54)</sup> konkretisiert *er* dessen Rechte und Pflichten: als pater familias, als uxor, filius, emptor etc. <sup>(55)</sup>. Gleichzeitig ist der « status » aber (parallel zu *spatium* und *substantia*) erkenntnistheoretischer Hintergrund für das « Objekt » « Mensch » als einer *persona moralis*. Der status ist quasi der « Raum », in dem sich die moralischen « Kräfte »

<sup>(50)</sup> In diesem Sinne H. SCHNIZER, oben Fn. 22, S. 147 (vgl. dort auch Fn. 31).

<sup>(51)</sup> S. PUFENDORF, *De iure naturae et gentium*, Lib. I cap. 1 § V.

<sup>(52)</sup> S. PUFENDORF, *De iure naturae et gentium*, Lib. I cap. 1 § VI.

<sup>(53)</sup> « Porro uti spatium duplex est; unum, secundum quod res *ubi* esse dicuntur, aut in loco ... alterum, secundum quod dicuntur esse *quando*, aut in tempore ... », *De iure naturae et gentium*, Lib. I cap. 1 § VII.

<sup>(54)</sup> Ebenso H. WELZEL, *Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs*, S. 27 bis 29.

<sup>(55)</sup> PUFENDORF weitet den Status-Begriff noch darüber hinaus auf « Alter » und « Geschlecht » aus; *De iure naturae et gentium*, Lib. I cap. 1 § XII: « Privatarum personarum magna est varietas. Praecipuae illarum differentiae desumuntur 1. ex negotio, ... 2. Ex conditione seu situ quasi morali, quo quis utitur in civitate. ... 3. Ex conditione in familia; ... 4. Ex stirpe; ... 5. Ex sexu et aetate. ... ». Zugrunde liegt dieser Ausdehnung die Differenzierung nach *status naturalis* und *status adventitius*.

entwickeln und wirken, soweit sie sich nicht in einer äußeren, gegenständlichen Ordnung manifestieren. Hierauf bezieht sich denn auch die Analogie, von der *Pufendorf* spricht:

« Verum quemadmodum substantiae physicae velut supponunt spatium, in quo suam quam habent naturalem existentiam ponunt, et motus suos physicos exercent: ita ad harum analogiam etiam personae potissimum morales dicuntur, et intelliguntur esse in *statu*; qui itidem iis velut supponitur aut substernitur, ut in eo actiones atque effectus suos exserant » <sup>(56)</sup> <sup>(57)</sup>.

*Status* und *persona moralis* sind das Gegensatzpaar zu *spatium* und *substantia*. Wie im *spatium* die Substanz, so gewinnt im *status* die Person Form und Ordnung. Die gegenseitigen Beziehungen der Menschen erhalten in und durch den *status* ihre rechtliche (d. h. moralische) Komponente. Als solche *modi* der Ordnung sind die *status entia moralia*. Sie existieren nicht für sich, sondern nur als eine « Qualität » der Person, als das « Medium », in dem sich der Mensch als ein der rechtlichen Ordnung fähiges Wesen verwirklicht: « non propter se, sed ut in iis personae morales existere intelligantur » <sup>(58)</sup>.

Die « *persona moralis* » bezeichnet bei *Pufendorf* also nichts anderes als den Menschen inmitten eines Netzes rechtlich bedeutender, « moralischer » Beziehungen. Sie prägen und regeln das Verhältnis zu seinen Mitmenschen entsprechend des jeweiligen « *status* ». Dieser Personenbegriff umfaßt den *einzelnen Menschen* genauso wie *Personengruppen*, die durch ein « *vinculum morale* » ihrerseits eine « geordnete » Einheit darstellen (« *persona composita* »). Die *einzelne natürliche Person* erscheint damit in *rechtlicher* Hinsicht als eine *Vielzahl von personae morales*, ganz entsprechend den verschiedenen *status*, die einer Person zukommen. Immer

<sup>(56)</sup> S. PUFENDORF, *De iure naturae et gentium*, Lib. I cap. 1 § VI.

<sup>(57)</sup> Auch hier wird die naturrechtliche erkenntnistheoretische Grundlage S. PUFENDORFS sichtbar, durch die letzten Endes die Argumentation « *ad analogiam substantiarum* » notwendig wird: « *Inde natura status non incongrue exprimi potest, quod sit ens morale suppositivum, ob analogiam, quam habet cum spatio* », oben Fn. 52.

<sup>(58)</sup> *Ibidem*.

aber steht das *Individuum als Person im Mittelpunkt*. Und man kann diese Lehre von status und persona moralis treffend als *Personenrecht* bezeichnen. Der status beschreibt nicht etwa nur eine *vermögensrechtlich* abgrenzbare Sphäre des Individuums, sondern erfaßt den Menschen *als Person* in einem bestimmten sozialen Stand. Erst *dieser Stand* vermittelt Recht und Pflichten: das « Vermögenrecht » ist stets die *Folge* eines konkreten status der Person.

b) « *Persona moralis* » - « *Rechtsperson* » in modernen Sinne der *Rechtsdogmatik*?

Das Naturrecht hat die moralphilosophische Ordnung zur Rechtsordnung erhoben <sup>(59)</sup>. Deshalb mag es auf den ersten Blick naheliegen, die « moralische Person » mit der « rechtlichen » Person, der « Rechtsperson » zu identifizieren. So richtig es nun ist, im Sinne des Naturrechts das « ens morale » mit dem rechtlich verfaßten und geordneten Sein gleichzusetzen, so verfehlt wäre es, diese entia moralia (und damit auch die persona moralis) aus unserem heutigen rechtsdogmatischen Verständnis heraus zu interpretieren: als umfassende subjektive Berechtigung. Die Quellenlage selbst gestattet kaum einen anderen Schluß als die Einsicht, daß die « persona moralis » *Pufendorfs* mit der heutigen « Person im Rechtssinn » nicht verglichen werden darf.

Dogmatisches Kernstück der Lehre von der « juristischen Person » ist die Anerkennung der *Rechtsfähigkeit* auch außerhalb menschlicher Existenz. Die Vorstellung, daß nicht nur der Mensch als natürliche Person *Träger subjektiver Rechte und entsprechender Pflichten* sein kann, erfordert einmal die Ausbildung der *Allgemeinbegriffe* « Rechtssubjekt » und « Rechtsfähigkeit ». Hinzu tritt deren Weiterentwicklung zu *abstrakt-technischen Rechtsbegriffen*, die ihrer dogmatischen Rechtfertigung und Begründung nach nicht mehr an den Menschen als ersten und natürlichen Rechtsträger gebunden sind. Erst diese rechtsphilosophische und rechtstechnische Grundlegung eröffnet die Möglichkeit, das Problem

---

<sup>(59)</sup> F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl., Göttingen 1967, S. 249.

der «juristischen Person» im modernen Sinne zu formulieren: als eine *überindividuelle Organisation mit eigener Rechtsfähigkeit*.

Von einer solchen Sicht ist *Pufendorf* noch weit entfernt. Bei ihm fehlt es schon an der ersten der genannten Voraussetzungen, der *allgemeinen Rechtsfähigkeit* des Menschen. Rechtsfähig ist der Mensch bei *Pufendorf* nicht seines Menschseins wegen, sondern nur als *Inhaber verschiedener status*. Allein der status vermittelt Rechte und Pflichten, nicht die «Person» des Menschen. Schon gar keine Rede aber kann davon sein, daß «Rechtsfähigkeit» etwa außerhalb der natürlichen Person in Erscheinung treten könne. Dafür hier nur zwei kursorische, aber doch bezeichnende Beispiele: das Vermögen der *civitas* und der Status des *servus*.

«*Persona moralis*» heißt für *Pufendorf* die (*natürliche*) Person in ihrer Teilhabe an einer Ordnung im Sinne des *objektiven Rechts*. Ganz unabhängig davon ist die Frage nach einer subjektiven Berechtigung. Die «*persona moralis*» gibt keine Antwort darauf, wer *Rechtssubjekt* ist. So kann etwa, und das ist die Regel, auch eine *persona composita* (die *civitas* beispielsweise <sup>(60)</sup>) Vermögensgegenstände innehaben, die von den einzelnen Mitgliedern weder beansprucht noch herausverlangt werden können:

«Hinc etiam eiusmodi persona composita iura ac bona pecuniaria potest ac solet obtinere, quae haut quidquam singuli ex isto corpore, qua tales, sibi arrogare aut vindicare possint» <sup>(61)</sup>.

Spätestens hier stellt sich für den modernen Juristen die Frage, wer nun tatsächlich Inhaber dieser «*iura ac bona pecuniaria*» sein soll, die *einzelnen Mitglieder* oder die *persona composita*? Und in der Tat wird in der Literatur davon ausgegangen, daß hier «die Gesamtperson <sup>(62)</sup> ihre eigenen Rechte» habe <sup>(63)</sup>.

Doch schon die skizzierte Problemsicht ist zu modern formuliert. Es scheint höchst zweifelhaft, ob sich für *Pufendorf* unsere

<sup>(60)</sup> Vgl. *De iure naturae et gentium*, Lib. I cap. 1 § XIII.

<sup>(61)</sup> *Ibidem*.

<sup>(62)</sup> Der Ausdruck stammt von H. WELZEL, *Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs*, S. 58 ff.

<sup>(63)</sup> H. WELZEL, *ibidem*, S. 59.

Frage überhaupt gestellt hat, zumindest nicht in der uns gewohnten Schärfe. Denn das materielle, tatsächliche Problem der Differenzierung zwischen den Rechten der Mitglieder und den Rechtspositionen der civitas wird von *Pufendorf* dogmatisch auf einem ganz anderen Weg gelöst. Er geht nicht von der civitas als einem selbständigen Rechtssubjekt aus, sondern spaltet den *Begriff des Eigentums* nach Art der mittelalterlichen Distinktionen und Divisionen auf. Der civitas gebührt das *dominium eminens*:

« Caeterum ea est vis domini, ut de rebus, quae tanquam propriae ad nos pertinent, pro arbitrio nostro disponere, et ab earundem usu quosvis alios arcere possimus; nisi per pacta ius singulare ab nobis sibi quaesiverint; utpote adeo dum nostrae sunt, eodem modo alterius in solidum esse nequeant. *Eodem modo*, inquam; nam et nihil impedit, et usitatissimum est, eandem rem pro diversis habendi modis ad diversos spectare. Sic in eundem fundum civitas dominium habet eminens, dominus fundi directum, emphyteuta utile. Additur quoque *in solidum*. Nam et plures eadem rem eodem habendi modo tenere possunt, non tamen in solidum, sed pro rata quisque parte » (64).

Ein weiterer Nachweis dafür, daß die persona moralis weder mit einem allgemein rechtsfähigen Subjekt, noch gar mit der juristischen Person in Zusammenhang gebracht werden darf, ist die Stellung der *servi* im System *Samuel Pufendorfs*. Hier weist er selbst ausdrücklich darauf hin, daß seine « persona moralis » nicht mit der Frage der Rechtssubjektivität verwechselt werden darf. Bei Gelegenheit der Erklärung des Begriffes der « persona moralis » wird ergänzend hinzugefügt, daß hierunter auch die *servi* (obwohl *nicht rechtsfähig!*) zu rechnen seien:

« Monet hic *Cl. Barbeyracus*, Jurisconsultis Romanis homines liberos proprie tantum personas appellari; servos autem in numero rerum haberi. ... Sed confunduntur sic duae diversae servorum relationes. Quando enim hominibus liberis opponuntur servi, utique personae sunt: nam omnes homines in liberos et servos dividuntur ..., quatenus contra heris suis, vel patribus familias subsunt, in rerum numero consentur » (65).

(64) S. PUFENDORF, *De iure naturae et gentium*, Lib. IV cap. 4 § II.

(65) S. PUFENDORF, *De iure naturae et gentium*, Lib. I cap. 1 § XII Anm. 1.



Deutlicher kann der Unterschied zwischen der « *persona moralis* » und der « Rechtsperson » im modernen Sinne der Privatrechtslehre nicht ausfallen: die *servi* sind *entia moralia*, sogar in zweifacher Weise. Denn einmal sind sie *personae morales*, weil auch ihnen ein *Status* inhäriert. Darüber hinaus aber sind sie auch *substantia* (quatenus ... in rerum numero consentur), an die sich die « moralischen » Begriffe des *dominium* <sup>(66)</sup> etc. anschließen - und trotz alledem sind sie *nicht Rechtssubjekt*, sondern *alieni iuris*.

c) *Das rechtsdogmatische Kriterium der persona moralis composita.*

Was bleibt als rechtsdogmatischer Ertrag der Lehre von der *persona moralis*, wenn wir sie rückblickend unter dem Problem der « juristischen Person » betrachten? Daß sie in ihrer Gesamtkonzeption nicht als eine « Vorläuferin » der juristischen Person angesehen werden kann, wurde dargetan. Es kann also nur darum gehen, unter bestimmten parallelen Problemansätzen die einzelnen dogmatischen Lösungsversuche zu vergleichen. In Betracht kommt dafür allenfalls die *persona moralis composita*, denn nur bei ihr können sich ähnliche Problemlagen zeigen wie sie die « juristische Person » mit sich bringt. Am Ende dieses Kapitels soll deshalb die *dogmatische Struktur* der *persona composita* festgehalten werden, um dieses (typisch naturrechtliche) Argument in der ferneren Entwicklung weiter verfolgen und dem gegenwärtigen Begriff der juristischen Person entgegenhalten zu können.

Es handelt sich wirklich um ein *naturrechtliches* Argument. Denn was über die Figur der « *persona composita* » dogmatisch verarbeitet werden muß, ist die Beschneidung der *natürlichen Willensfreiheit* des Menschen, die Korrektur des naturrechtlichen Fundamentalsatzes. Worin könnte das Kriterium der *persona composita* dann anders liegen, als in der *vertraglichen Unterwerfung des Einzelwillens unter einen « Gesamtwillen »*?

« *Persona moralis composita* constituitur, quando plura individua humana ita inter se uniuntur, ut quae vi unionis volunt

<sup>(66)</sup> S. PUFENDORF, *De iure naturae et gentium*, Lib. IV cap. 4 § 1.

aut agunt, pro una voluntate, unaque actione, non pro pluribus censeantur. Idque tunc fieri intelligitur, quando singuli voluntatem suam voluntati unius hominis aut concilii ita subiiciunt, ut pro omnium voluntate et actione velint agnoscere ... in personam tamen compositam coalitis una voluntas tribuatur ... » (67).

Das « Wesen » der persona moralis composita, ihre *Rechtsfunktion*, liegt in der Unterwerfung des Willens der Einzelnen unter eine Autorität. Hier wird noch einmal der maßgebliche Unterschied zwischen persona moralis und juristischer Person sichtbar. Bei der *persona moralis* steht der *einzelne Mensch* im Mittelpunkt als der Inhaber eines bestimmten *status*. Die *persona moralis composita* ist die *vertragliche Absprache* verschiedener Individuen, einen solchen *status* zu teilen. Sie begeben sich eines Teils ihrer (natürlichen) Willensfreiheit und unterwerfen sich einem « Gesamtwillen ». Diese *personenrechtliche* Konstruktion spielt bei der *juristischen Person* keine Rolle. Sie ist als *eigenes* Rechtssubjekt vom Einzelnen völlig unabhängig. Ihrer Idee nach verkörpert sie nicht die Summe der Vielen in der Identität eines *status*, sondern hat ein *vermögensrechtliches* Problem zum Inhalt und Ausgang: « die technische Verselbständigung eines Sondervermögens und die Haftungsbeschränkung » (68).

### III. DIE FORTENTWICKLUNG DER STATUS-LEHRE BEI CHRISTIAN WOLFF: DER « STATUS » DES MENSCHEN ALS INBEGRIFF SEINER SUBJEKTIVEN RECHTS- UND PFLICHTENSTELLUNG.

*Samuel Pufendorf* legte den Grund für das naturrechtliche Personenrecht mit seiner Lehre von der persona moralis und den status des Menschen. Neue Impulse gab ihr *Christian Wolff*:

« Status hominum moralis est, qui determinatur per jura iisdem competentia et obligationes ipsorum » (69).

(67) S. PUFENDORF, *De iure naturae et gentium*, Lib. I cap. 1 § XIII.

(68) F. WIEACKER, *Zur Theorie der juristischen Person des Privatrechts*, in *Festschrift für E. R. Huber*, Göttingen 1973, S. 339 ff.

(69) CHR. WOLFF, *Jus naturae* (1740), Pars I cap. I § 123; ebenso *Institutiones naturae et gentium* (1750), § 96: « Atque hinc status ejus moralis dicitur, qui per

Mit dieser Neuorientierung des *status moralis* hatte sich am Ausgang des Naturrechtszeitalters das Bild und die rechtliche Konzeption des Status-Begriffes stark gewandelt. Während *Pufendorf* die *natura status* noch als *ens morale suppositivum* beschrieben hatte, «ob analogiam, quam habet cum spatio»<sup>(70)</sup>, tritt nunmehr die Vorstellung einer *subjektiv* verstandenen Rechts- und Pflichtenstellung des Individuums in das Zentrum des Begriffs. Sie wird zum *elementum definiens*. Für *Christian Wolff* (1679 bis 1754) ist der *status hominum moralis* nicht mehr *objektive* Ordnung, sondern ausschließlich eine *individuell-subjektiv* verstandene Rechts- und Pflichtenposition<sup>(71)</sup>.

#### I. Die naturrechtliche Begründung des «*status moralis*» als *individuell-subjektive* Rechtsbetroffenheit.

Die veränderte Bedeutung des Status-Begriffes bei *Wolff* ruht auf einer gegenüber *Pufendorf* wesentlich abweichenden Grund-

---

obligationes et jura determinatur» (zit. nach der Ausgabe: *Gesammelte Werke*, Neudruck Hildesheim-New York 1972; soweit im folgenden nichts anderes vermerkt ist, wird diese Ausgabe zugrunde gelegt).

Noch weitgehend der objektiven Lehre S. PUFENDORFS ist CHR. THOMASIIUS verhaftet; vgl. *Institutiones jurisprudentiae divinae*, oben Fn. 47, Lib. I cap. 1 §§ 47 ff., §§ 86 ff.: «86. Jus personae competit. Persona hic denotat hominem consideratum cum suo statu. Status est qualitas, hominem afficiens, secundum quam ipsius jus variat. 87. Persona est vel simplex, scilicet unicum individuum humanum, quamvis gaudeat pluribus statutibus, vel composita ex pluribus individuis certo statu unitis, et dicitur Collegium, Societas, Universitas etc. 91. Est vero societas unio plurium personarum ad certum finem».

<sup>(70)</sup> Vgl. oben Fn. 57.

<sup>(71)</sup> Damit ist freilich bei CHR. WOLFF noch nicht die Theorie des (heutigen dogmatisch-abstrakten) «subjektiven Rechts» entwickelt, wengleich sich diese Genese eng an die hier gezeichneten Entwicklungsstufen anlehnt; vgl. hierzu H. COING, *Der Rechtsbegriff der menschlichen Person und die Theorien der Menschenrechte*, Frankfurt a. M. 1962 (Wissenschaft und Gegenwart, Heft 22, S. 56 ff.); DERSELBE, *Zur Geschichte des Begriffs «subjektives Recht»*, in *Das subjektive Recht und der Rechtsschutz der Persönlichkeit* (hg. v. H. Coing, F. Lawson, K. Grönfors), Frankfurt-Berlin 1959, S. 7 bis 23, insbes. S. 18. - Zur allgemeinen Definition des «Status» bei CHR. WOLFF vgl. *Philosophia prima sive Ontologia* (1730), § 703: «Mutabilium determinatione enascitur status rei. Ut adeo Status sit coexistentia mutabilium cum iisdem fixis».

legung des *ens morale* auf. Zwar begegnet uns der Begriff des *ens morale* (seltener) auch in der Darstellung *Wolffs*, seiner rechtlichen Funktion und Bedeutung nach ist er aber mit den *entia moralia Pufendorfs* nicht mehr gleichzusetzen. Die objektiv-anonyme Fassung der *entia moralia* wird abgelöst durch den « *homo moralis* ».

a) *Im Mittelpunkt des Rechtssystems: der Mensch als « homo moralis ».*

« *Homo moralis est subjectum obligationum atque iurium* » (72). Mit diesem Satz ist noch *nicht* der moderne, juristische Begriff der *allgemeinen Rechtsfähigkeit* des Menschen postuliert (73), aber ein wichtiger Schritt dorthin getan - als ein neuer moralphilosophischer Ansatz im naturrechtlichen Denken des 18. Jahrhunderts.

*Wolffs* eigenständige Leistung liegt in einer inhaltlichen Neuinterpretation des *ens morale*. Die Rechtsstellung des Menschen ist nicht mehr als Akzidens eines objektiven Status festgeschrieben, in den der einzelne Mensch eintritt und ihn wieder verläßt. Rechtliche Verbindlichkeit knüpft jetzt unmittelbar an an den *Menschen* selbst als *Person*, als dem *Subjekt* der Rechte und Pflichten: ohne Recht im Sinne einer Berechtigung keine Person und ohne Person kein Recht. *Pufendorf* ging es um eine verbindliche *Ordnung* des menschlichen Lebens (« *vita humana temperatur per entia moralia* »), bei *Wolff* erhält das Recht seine Legitimation allein in und durch die personal-subjektive Betroffenheit des Individuums. « *Status* » ist nicht mehr (vor)fixiertes Verhaltensmuster, sondern subjektive Verpflichtung und Berechtigung.

Naturrechtlich-konstruktiv wird diese existentielle Verklammerung von Recht und Person dadurch erreicht, daß die *essentia hominis moralis* sich als die *obligationes primitivae* konstituiert (74).

(72) CHR. WOLFF, *Jus naturae*, Pars I cap. I § 70.

(73) So aber H. COING, *Der Rechtsbegriff der menschlichen Person und die Theorien der Menschenrechte*, S. 65. Im einzelnen dazu unten im Text.

(74) CHR. WOLFF, *Jus naturae*, Pars I cap. I § 71: « *Essentia igitur hominis moralis consistere nequit nisi in obligationibus primitivis* ».

Die *obligatio primitiva* <sup>(75)</sup> aber hat ihre *ratio proxima* <sup>(76)</sup> im Wesen und in der Natur des Menschen selbst, sie wird unmittelbar aus der menschlichen Natur «demonstriert» <sup>(77)</sup>. Die *obligatio primitiva* ist zugleich das *erste Naturgesetz*, und — das kann hier nicht genug betont werden — sie ist als die naturrechtliche Fundamentalnorn eine *obligatio*, d. h. sie *verpflichtet* den *individuellen Menschen* und ist nicht nur eine abstrakt formulierte normative Vorgabe, ein Status im Sinne der *Pufendorf'schen entia moralia*.

Hingegen vermochte *Christian Wolff* das Problem eines erkenntnistheoretisch autonomen Normsystems ebensowenig zu bewältigen wie *Samuel Pufendorf* <sup>(78)</sup>. Das gilt es zu beachten, wenn man auf Gemeinsamkeiten zwischen *entia moralia* und *homo moralis* stößt, die es auf *dieser* wissenschaftstheoretischen Ebene tatsächlich gibt <sup>(79)</sup>. Auch *Wolff* trennt in aller Schärfe den Menschen als körperlich-tatsächliches Wesen vom «*homo moralis*». Nur dieser steht hier in Rede: «*quatenus homo spectatur, quoad obligationes et jura, quae in ipsum cadunt*» <sup>(80)</sup>. Den «*homo moralis*» nennt *Wolff* eine  *fictio*. Sie erfaßt den Menschen ausschließlich als normativ geprägte, genuin rechtlich verfaßte Person («*fingitur subjectum quoddam, cui non insunt nisi obligationes atque jura*» <sup>(81)</sup>), und *Wolff* zieht einen Vergleich zur Theologie. Auch hier werde zwischen «*carnalis homo*» und «*spiritualis homo*» unterschieden: jenem sind nichts anderes eigen «*nisi facultates animae inferiores usu superiorum in consortium contracto; spiritualis vero homo significat subjectum, cui non insunt nisi facultates superiores usu inferiorum minime impeditae*» <sup>(82)</sup>.

Doch obwohl im Naturrecht nur der *homo moralis* angesprochen wird, bleibt die ursprünglich scharf postulierte Trennung zwischen

<sup>(75)</sup> «*Obligatio primitiva dicitur, quae rationem proximam in essentia atque natura hominis habet*», CHR. WOLFF, *Jus naturae*, Pars I cap. I § 40.

<sup>(76)</sup> Zum Begriff der *ratio proxima* vgl. *Jus naturae*, Pars I cap. I § 15.

<sup>(77)</sup> CHR. WOLFF, *Jus naturae*, Pars I cap. I § 41: «*... obligationes primitivae ex ipsa hominis essentia atque natura immediate demonstrantur*».

<sup>(78)</sup> Vgl. schon oben unter II 1 b und Fn. 47.

<sup>(79)</sup> Vgl. unten Fn. 84.

<sup>(80)</sup> CHR. WOLFF, *Jus naturae*, Pars I cap. I § 70 (vgl. auch § 27).

<sup>(81)</sup> *Ibidem*, § 70.

<sup>(82)</sup> *Ibidem*.

Sein und Sollen erkenntnistheoretisch auf der Strecke. Denn der « moralische Mensch » kann nicht gänzlich vom « homo carnalis » abstrahiert und ohne diesen verstanden werden <sup>(83)</sup>. Vor diesem Hintergrund weist *Wolff* auf eine gewisse Parallelität seiner Theorie vom « ens morale » mit jener anderer Schriftsteller hin, und es dürfte kaum zweifelhaft sein, daß er hier auch die entia moralia und die entia physica *Pufendorfs* im Auge hat:

« Immo haec fictio nec prorsus abhorret ab instituto eorum, qui Jus naturae pertractarunt, etsi non distincte nec satis accurate explicata fuerit. Loquuntur enim de natura hominum morali in oppositione ad physicam. Quamobrem cum vulgo natura pro essentia accipiat, essentiam moralem physicae opponunt. Dum itaque homini tribuunt essentiam moralem a physica diversam, per essentiam vero ens quoddam concipiatur; hominem utique fingunt moralem distinguendum a physico, qualis in Physica consideratur. Nostrum itaque est, ut fictionem istam ad notionem distinctam et foecundam revocemus » <sup>(84)</sup>.

b) « *Obligatio universalis* » und « *status naturalis originarius* ».

Der *status moralis* begreift den Menschen in seiner Eigenschaft als *Person des Rechts*. Allerdings gilt dies *nicht* im Sinne einer *umfassenden, potentiellen, allgemeinen Rechtsfähigkeit*, sondern stets nur als Ausdruck einer konkreten Pflicht, bzw. eines Rechtes. Der Wesensgehalt dieser « Rechtsperson » wird durch die *obligationes primitivae* dargestellt. Die *obligatio primitiva* beinhaltet die *naturrechtliche Pflicht*, seinen Körper zu erhalten und zu fördern, « quia ejus ratio in ipsa essentia atque natura non modo corporis, verum etiam animae continetur, quatenus corpus et anima simul constituunt unam substantiam completam hominem, adeoque corpus animae etiam causa conservandum. Dicitur autem obligatio primitiva, quatenus ex nulla obligatione se priori descendit » <sup>(85)</sup>.

So führt schließlich der Begriff der *obligatio primitiva* zur ersten Pflicht des Menschen, zur *obligatio connata*, « cujus ratio

<sup>(83)</sup> CHR. WOLFF, *Jus naturae*, Pars I cap. I § 70: « ... Neque enim in homine datur usus facultatum superiorum ab usu inferiorum prorsus independens, et usui inferiorum sese immiscet usus superiorum ... ».

<sup>(84)</sup> *Ibidem*.

<sup>(85)</sup> CHR. WOLFF, *Jus naturae*, Pars I cap. I § 40.

proxima in ipsa hominis essentia atque natura continetur »<sup>(86)</sup>. « Obligatio primitiva » und « obligatio connata » sind identisch. Sie fallen zusammen mit der ersten, unwandelbaren und niemals disponiblen Pflicht des Menschen, der « *obligatio universalis* ».

Hier liegt das Zentrum des *Wolff'schen* Naturrechtsdenkens. Das Recht ist zuvörderst eine *subjektive Pflicht* des *Individuums*, der *Mensch als Rechtsperson*:

« Obligatio universalis est, qua quilibet homo tenetur, quatenus homo est. Ita quilibet homo conservare tenetur corpus suum, quia homo est, seu quatenus tanquam homo consideratur, ad corpus suum conservandum obligatus intelligitur. Haec igitur obligatio universalis est. Nemo est mortalium, qui sit ab hac obligatione liber »<sup>(87)</sup>.

Die Pflicht, die jedem Sterblichen kraft seines Menschseins obliegt, charakterisiert zugleich den *status (moralis) naturalis*. Er beschreibt den Zustand des Menschen, « antequam in societates civiles seu civitatem coiverunt »<sup>(88)</sup>. Im *status naturalis* vermag kein staatliches Gesetz zu wirken, nur nach *Naturrecht* sind die Menschen verpflichtet<sup>(89)</sup>. Woraus aber sollte die *vis legis naturalis* begründet werden, wenn nicht wiederum « ex ipsa hominis essentia et natura ». Soweit die Pflichten und Rechte des *status naturalis* sich auf die *obligationes universae* beschränken<sup>(90)</sup>, steht der Mensch im *status naturalis originarius*, « qui determinatur per jura connata connatasque obl(i)gationes »<sup>(91)</sup>.

Zusammenfassend scheint Folgendes wert, im Rahmen dieser Untersuchung hervorgehoben zu werden: Der *status moralis* ist

<sup>(86)</sup> CHR. WOLFF, *Jus naturae*, Pars I cap. I § 17.

<sup>(87)</sup> CHR. WOLFF, *Jus naturae*, Pars I cap. I § 11.

<sup>(88)</sup> CHR. WOLFF, *Jus naturae*, Pars I cap. I § 124. Hier wird die Veränderung des Status-Begriffs gegenüber PUFENDORF wieder deutlich: der *status naturalis* umfaßt nicht mehr die *physischen* Bedingungen des menschlichen Daseins, sondern nur noch Rechte und Pflichten.

<sup>(89)</sup> CHR. WOLFF, *Jus naturae*, Pars I cap. I § 126: « in statu naturali homines reguntur sola lege naturae ».

<sup>(90)</sup> Die *obligationes universae* entsprechen den *obligationes connatae*, die wiederum Rechtsgrund des *jus connatum* sind; vgl. CHR. WOLFF, *Jus naturae*, Pars I cap. I §§ 11, 17, 23 bis 29.

<sup>(91)</sup> *Ibidem*, § 128.

bei *Christian Wolff* unmittelbar gebunden an die Konzeption des *homo moralis*. Im Gegensatz dazu steht *Samuel Pufendorfs* unpersönliches *ens morale*. Dieser Begriff des menschlichen « Rechtsstatus » ist naturrechtlich begründet und leitet sich aus der *obligatio universalis* ab. Sie markiert jene Pflicht des Menschen, die besteht um des Menschseins willen. Niemals und von niemandem kann der Mensch davon entbunden werden. So steht am Beginn der Naturrechtslehre *Wolffs* der Mensch als ein aus der *obligatio universalis* verpflichtetes Individuum: der Mensch als *Rechtsperson*, als *Rechtssubjekt*. Dahinter steht aber nicht eine potentiell allgemeine Rechtsfähigkeit, sondern nur eine ganz bestimmte, spezifizierte Pflichten- und Rechtsstellung. Denn es gibt nur *eine* Pflicht, die jedem Menschen *als Mensch* obliegt. Sie ist als *obligatio universalis* *genau konkretisiert* und nur ein spärlicher Ausschnitt aller *möglichen* Rechtsstellungen. Deshalb darf sie keinesfalls mit einer generell verstandenen *Rechtsfähigkeit* verwechselt werden.

2. *Dogmatische Konsequenzen: der Begriff der « societas » und die Stellung des « servus » bei Christian Wolff.*

In der Rechtslehre *Wolffs* nach der « juristischen Person » zu suchen ist gleichbedeutend mit der Suche nach dem « *homo moralis* ». Eine « juristische Person » im modernen Sinne der Rechtsdogmatik kennt *Wolff* nicht, kann sie nicht kennen.

Denn wenn das System des Rechts (und darin eingeschlossen das Problem der Rechtsfähigkeit des Menschen) aus einer strikten naturrechtlichen Deduktion entwickelt und erklärt werden muß, an deren Spitze (als *die* Legitimationsnorm) die *obligatio universalis* steht, dann sind natürliche Person, naturrechtliche Pflicht und Rechtsperson (*ex definitione*) noch untrennbar verbunden. *Rechtsfunktion* und *Rechtslegitimation* treffen sich in der « *moralischen Natur* » des Menschen. Die dogmatischen Konsequenzen dieser rechtsphilosophischen Grundlegung lassen sich deutlich verfolgen. Sie seien wiederum beispielhaft belegt, und zwar am Recht der « *Gesellschaften* » und an der Stellung des « *servus* », die ja schlechthin als Indikator einer *allgemeinen* Rechtsfähigkeit des Menschen gelten darf.



a) *Der Wolff'sche societas-Begriff.*

Der Begriff der «societas» umfasst bei *Wolff* die *Gesamtheit* der (rechtliche relevanten) Personenvereinigungen. Die *societas* entsteht durch *Vertrag* oder *Quasivertrag* und fordert von den *socii* gemeinschaftliche Anstrengungen um ein bestimmtes Ziel <sup>(92)</sup>. So vielfältig diese Ziele und Zwecke sein können, so bunt ist das Bild der verschiedenen *societates* <sup>(93)</sup>.

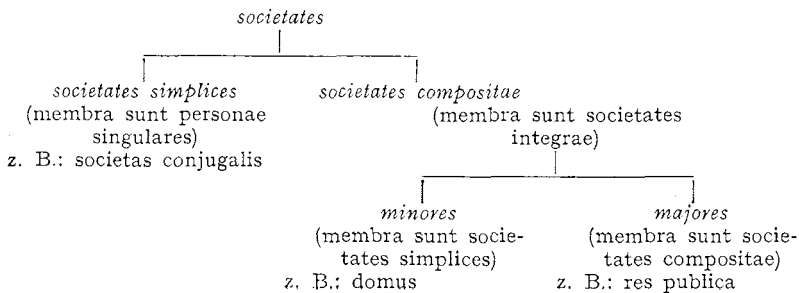
Im einzelnen unterscheidet *Wolff* zwischen *societates simplices* und *societates compositae*. Jene werden von Einzelpersonen gebildet, die Mitglieder der *societates compositae* sind dagegen ursprüngliche Gemeinschaften (*societates integrae*). Innerhalb der *societates compositae* wird ein weiterer Trennungsstrich gezogen: zwischen den *societates compositae minores* und *maiores*. Zu den ersteren zählt etwa das «Haus», zu den letzteren die *civitas* <sup>(94)</sup>.

In ihrer rechtsdogmatischen Ausformung erscheint die *Wolff'sche* Sozietätslehre als konsequente Umsetzung der Theorie vom «homo moralis». Während bei *Pufendorf* die *einzelne Person* ebenso wie die *societates* teilhaben am Charakter der «persona moralis» (denn beide tragen sie die Wesensmerkmale der «entia moralia»), hat sich das Verständnis bei *Wolff* geändert. Die *societas* wird vom Begriff der «persona moralis» (grundsätzlich) nicht erfaßt. Sie beschränkt sich auf ein *vinculum quoddam inter*

<sup>(92)</sup> CHR. WOLFF, *Jus naturae*, Pars VII cap. I § 1: «Societas in genere est pactum, vel quasi pactum de fine quodam conjunctis viribus consequendo».

<sup>(93)</sup> *Ibidem*, § 3: «societates differunt fine, qui intenditur, ac tot dantur societates, quot tantur fines, quos conjunctis viribus consequi datur».

<sup>(94)</sup> Nach CHR. WOLFF ergibt sich folgendes Schema der Personenvereinigungen:



*socios*, sie stellt keinen *originären* Rechtsfaktor im Leben der menschlichen Gemeinschaft dar. Dogmatisch hängt sie unbedingt von der (selbst gewählten) *Verpflichtung des Einzelnen* ab, eine Gemeinschaft der oder jener Art einzugehen <sup>(95)</sup>. Das hat seinen Grund im genannten Verständnis der « Rechtsperson » als « homo moralis », die eben nur der *einzelne Mensch* sein kann (« quatenus homo est »). Eine Ausdehnung der Rechtsfähigkeit darüber hinaus erscheint undenkbar. Die *societas* vermag deshalb konstruktiv nur als ein *pactum* gedacht werden, das die *einzelne natürliche Person* rechtlich bindet: die *societas* ist eine *obligatio perfecta* <sup>(96)</sup>. Sie verkörpert ein *vinculum iuris*, das den Mitgliedern der Gemeinschaft jeweils das Recht einräumt, gegenseitig auf die Einhaltung der vereinbarten Leistungen und Verpflichtungen zu bestehen und sie, wo nötig, mit Zwang durchzusetzen. Weil die *societas* nicht ohne *obligatio*, dieselbe aber nicht ohne den *homo moralis* verstanden und erklärt werden kann, so konzentriert sich bei der « Gesellschaft » alles auf den *nexus moralis*, der die *einzelnen Mitglieder* zu *societates* (ver)bindet. Nur der *socius* kann kraft seiner (naturrechtlichen) Rechtsfähigkeit Anknüpfungspunkt rechtlicher Absprachen und Verpflichtungen sein:

« Si societas fingitur absque obligatione, cum ex ea originem suam deducant jura, nullam quoque in eadem datur sociorum jus. Socii sunt personae morales et relationem quandam ad se invicem habent, adeoque cum homo moralis sit subjectum obligationum et jurium, non concipiuntur nisi per obligationes et jura, quae relationem ad consocios habent, ita ut unusquisque obligetur ceteris in singulari et eidem competat aliquod jus in ceteros. Quemadmodum sine nexu partium natura non facit corpus unum, ita sine nexu morali, qui in obligatione ac ei respondente jure consistit, non fit societas » <sup>(97)</sup>.

Doch ganz ohne die Vorstellung der *societas* als *persona moralis* kommt auch *Christian Wolff* nicht aus. Freilich darf dies nicht überschätzt werden. Es handelt sich hier nicht um ein dog-

---

<sup>(95)</sup> Zur Bedeutung des « quasi pactum » vgl. *Ius naturae*, Pars V cap. III § 504.

<sup>(96)</sup> CHR. WOLFF, *Ius naturae*, Pars VII cap. I § 8.

<sup>(97)</sup> *Ibidem*, § 9.

matisch scharfes Argument, sondern um einen bildnishaften Vergleich («instar unius personae»). Die im Innenverhältnis nur über die Person des Einzelnen («homo moralis») rechtlich begründbare *societas*, jene *obligatio perfecta*, gleicht im Wirksamwerden nach außen und in ihrer *vermögensrechtlichen* Stellung gegenüber Dritten einem *einheitlichen* Zurechnungsobjekt, einer einzigen «Person»:

«Quoniam qui universitatem constituunt in eundem finem consentiunt conjunctim persequendum, consequenter universi idem facere volunt; *universitas quoad finem conjunctim persequendum in oppositione ad alios homines spectatur instar unius personae*, consequenter *hoc respectu personam unam repraesentat*. Universitati una tantummodo est voluntas, et in agendo unum tantummodo repraesentat agens. Quamobrem perinde est ac si una tantummodo esset persona. Quae ei tribuuntur, praedicantur de eodem tanquam una persona »<sup>(98)</sup>.

Daß hinter diesen Ausführungen aber tatsächlich *nicht* die Vorstellung liegt, bei der *universitas*<sup>(99)</sup> gehe es um ein von den Mitgliedern abgespaltenes *Rechtssubjekt*, wird sofort ersichtlich, wenn man auf die rechtliche Struktur der Vermögenslage bei der *universitas* sieht. *Wolff* entwirft sie als eine *communio positiva*:

«Communio positiva est, in qua plures in re indivisa dominium omnibus conjunctim competens pro parte rata habent. Plures hic simul in re una eademque idem jus conjunctim habent, quod alias uni competit. Atque ideo omnes simul repraesentant unam personam, in cujus dominio res est in relatione ad alios, qui extra communionem sunt. Quamdiu res indivisa est, dominium quoque nonnisi unum est, nec tot possunt dici dominia, quod sunt in communiione personae, neque etiam de uno in individuo dici potest, quod habeat in ea re dominium, absolute, sed nonnisi cum addito pro rata »<sup>(100)</sup>.

<sup>(98)</sup> CHR. WOLFF, *Jus naturae*, Pars II cap. II § 113; vgl. ebenso § 115.

<sup>(99)</sup> Zur Abgrenzung zwischen *societas* und *universitas* vgl. *Jus naturae*, Pars II cap. II § 112.

<sup>(100)</sup> CHR. WOLFF, *Jus naturae*, Pars II cap. II § 126. Ebenso *Institutiones*, § 196: «Quodsi pluribus conjunctim in re indivisa pro rata dominium competit, *Communio positiva* vocatur. Quamobrem cum dominus sit persona moralis; *in communiione positiva plures conjunctim spectantur tanquam una persona et de ipsis conjunctim valent, quae de domino praedicantur* ».

Aus der Perspektive des Rechtssubjektes bleibt es also bei der Lehre des *homo moralis*. Rechtsdogmatischer Anknüpfungspunkt sind stets die Mitglieder der Gemeinschaft, *ihnen* steht das Eigentum am « Gesellschaftsvermögen » *pro parte rata* zu.

b) *Der servus als « homo moralis ».*

Ebenso wie *Pufendorf* erkennt auch *Wolff* den Sklaven als *Person* an. Das bedeutet notwendigerweise die Anerkennung als *homo moralis*. Hier zeigt sich ein weiteres Mal, daß der « *homo moralis* » nicht schon den Durchbruch zur Idee von der *allgemeinen Rechtsfähigkeit* des Menschen markiert.

Der Sklave ist Unterworfener, er schuldet seinem Herrn fortwährend die Erbringung von Arbeitsleistung und erhält dafür Verköstigung und Pflege <sup>(101)</sup>. Diese Rechtsmacht der *potestas dominica* <sup>(102)</sup> erlaubt es dem Herrn, nach Belieben den Sklaven zu veräußern und zu verkaufen:

« Quia quilibet jus suum alienare potest pro lubitu; *dominus* quoque *servum*, hoc est jus, quod in ejus operas et ceteras actiones habet, *alienare potest, cui et quomodo voluerit, veluti vendere* » <sup>(103)</sup>.

Daß dies mit der Vorstellung einer allgemeinen Rechtsfähigkeit « des » Menschen nicht in Einklang zu bringen ist, braucht weiter nicht hervorgehoben zu werden. Denn sie bedeutet ja nichts anderes, als daß prinzipiell *jeder* Mensch Träger eines *jeden* Rechts sein kann, soweit nicht besondere, etwa fachliche Qualifikationen vorauszusetzen sind. Bei *Wolff* entscheidet über die möglichen Rechtspositionen aber ein « *status* ». Darin liegt denn auch der Grund, weshalb der Sklave nicht zu den Sachen rechnet. Denn jedem *Menschen* obliegt die *Pflicht*, sich und seinen Status nach Maßen zu vervollkommen. « *Homo persona moralis est, qua-*

<sup>(101)</sup> CHR. WOLFF, *Institutiones*, § 947: « *Servitus est subjectio, qua quis operas perpetuas pro alimentis perpetuis praestare obligatur* ».

<sup>(102)</sup> *Institutiones*, § 955.

<sup>(103)</sup> *Ibidem*, § 957.

tenus spectatur tanquam subjectum certarum obligationum... » (104):

« Eam hominum esse indigentiam, ut nemo solus se statumque suum perficere possit, sed unusquisque aliorum indigeat auxilio. Quamobrem cum lex naturae homines obliget ad se statumque suum perficiendum et imperfectionem avertendum; *lex naturae homines obligat ad se statumque suum conjunctis viribus perficiendum, et unusquisque ad perfectionem alterius conferre obligatur, quantum potest; consequenter quantum fieri potest salva obligatione erga seipsum, et in quibus unus alterius ope indiget, quia scilicet nemini liberum, ut obligationi suae ipse desit, omittere autem actiones, quibus alter, vel status ejus imperfectior redditur* » (105).

Wieder ist die *naturrechtliche obligatio* Ausgangspunkt für die Konkretisierung des einzelnen « status moralis ». Aus der obligatio universalis, sich und seinen Status zu erhalten und Verschlechterung abzuwehren, erwachsen dem Herren Pflichten gegenüber seinen Sklaven. Für jene stellt sich diese Pflicht in gleich unabdingbarem Maße als jus connatum dar. So ist also auch der Sklave *Rechtssubjekt*, freilich nur entsprechend *seines* Status und keineswegs im Sinne voller Rechtsfähigkeit (106).

#### IV. « PERSONA MORALIS », « PERSONENGESELLSCHAFT » UND « JURISTISCHE PERSON ».

Die zweite Hälfte des 18. Jahrhunderts bringt für die « persona moralis » den letzten Abschnitt ihrer Begriffsentwicklung. Es bildet sich jenes Verständnis heraus, das wir heute mit diesem Terminus verbinden. *Christian Wolff* hatte diesen Begriff noch ganz im Sinne der individuellen, natürlichen Person interpretiert.

(104) *Ibidem*, § 96; ebenso *Jus naturae*, Pars I cap. I § 70, vgl. oben Fn. 72.

(105) CHR. WOLFF, *Institutiones*, § 44.

(106) Das spricht entscheidend gegen die Auffassung H. COINGS, oben Fn. 71, S. 65; DERSELBE ebenso in STAUDINGER-COING, *BGB*, 12. Aufl., Berlin 1980, Vorbemerkung § 1 Rd. 2, wonach WOLFF hinter den *einzelnen* Status die *allgemeine Rechtsfähigkeit* als das entscheidende Kriterium für den Menschen als Rechtsperson erkannt habe.

Für ihn steht der « homo moralis » (als rechtsphilosophisches Postulat und dogmatische Struktur) absolut im Vordergrund. Die Folge ist, daß Träger von Rechten und Pflichten nicht « die » *societas*, sondern stets nur die einzelnen Mitglieder derselben sein können.

Gegen Ende dieses Jahrhunderts beobachtet man nun eine bemerkenswerte Veränderung im juristischen Sprachgebrauch: als « persona moralis » steht jetzt die *Vereinigung*, die *societas* selbst. Das Individuum, der *socius*, gerät aus dem Blickfeld des Begriffs, verliert seine zuvor dominierende rechtsdogmatische Stellung und Funktion. Die *qualitas moralis* findet jetzt ihre Begründung in der *gemeinschaftlichen Zweckverfolgung* durch die Sozietät:

« § 284. *Gesellschaft (societas)* ist eine Verbindung mehrerer Menschen, in der Absicht, um mit vereinten Kräften einen Zweck zu erreichen ...

§ 296. Man kann die Gesellschaft wegen der Vereinigung ihrer Kräfte zu einem Zweck als eine *moralische Person* ansehen ... » <sup>(107)</sup>.

Auf den ersten Blick scheint sich also eine gegenläufige Entwicklung durchgesetzt zu haben: nicht mehr der *homo*, sondern die *societas* als « persona moralis ».

Doch diese geänderte Sicht erweist sich bei näherem Zusehen nicht als eine grundlegend neue Rechtsauffassung von der *persona moralis*. Eher gewinnt man den Eindruck, es handle sich um eine terminologische Akzentverschiebung. Dafür spricht vor allem, daß diese Entwicklung nirgends von einer kritischen Auseinandersetzung begleitet und getragen wird. Offensichtlich sah man sich noch durchaus im Einklang mit dem bisherigen rechtsdogmatischen und rechtsphilosophischen Verständnis von der « persona moralis » und bezeichnenderweise bildet die Position *Wolffs* zur

---

<sup>(107)</sup> G. HUFELAND, *Lehrsätze des Naturrechts*, Jena 1790, Neudruck Glashütten i. T. 1973, oder (neben den unten Genannten) etwa L. J. F. HÖPFNER, *Naturrecht des einzelnen Menschen, der Gesellschaften und der Völker* (1780), 5. Aufl., Giessen 1790, §§ 137, 149. - Auf eine ähnliche Begriffsverschiebung bei den Nachfolgern S. PUFENDORFS (denen kein durchgreifender Erfolg beschieden war) weist O. v. GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, oben Fn. 22, S. 420, hin.

Mitte des Jahrhunderts noch immer den Ausgangspunkt der Begriffserklärung und -präzisierung <sup>(108)</sup>. Sie gerät freilich immer stärker in den Hintergrund bis sie schließlich in den Darstellungen des Rechts nicht mehr erscheint. An der Wende zum 19. Jahrhundert bezeichnet die « persona moralis » die « societas » schlechthin. Die Entwicklung der Begriffsgeschichte der « persona moralis », bei *Wolf* bereits in Konturen sichtbar (« instar unius personae »), geht ihrem Ende entgegen.

Die « persona moralis » ist nicht die Vorläuferin der « juristischen Person », sondern, um mit den Worten *Werner Flumes* zu sprechen, zur dogmengeschichtlichen « Urfigur » <sup>(109)</sup> der sog. *Personengesellschaft* <sup>(110)</sup> geworden.

### I. Die « societas » als « persona moralis ».

Die dogmatisch eigenständige Bedeutung und Funktion der « societas » als « persona moralis » hebt als erster und zugleich am schärfsten *Daniel Nettelblatt* (1719 bis 1791) hervor. In seinem ein Jahr vor den « Institutiones » *Wolffs* erschienenen Werk *Systema elementare universae iurisprudentiae naturalis* (1749) gibt er den entscheidenden Anstoß für die künftige Entwicklung.

---

<sup>(108)</sup> Typisch für die Sicht der Nachfolger und Zeitgenossen CHR. WOLFFS etwa: J. G. DARIUS, *Institutiones iurisprudentiae universalis* (1740), 5. Aufl., Jena 1751, § 24: « Plures homines unam personam moralem posse constituere, ita eunico: Persona moralis est homo, quatenus certum habet statum moralem. Status moralis iuribus constituitur. Plures itaque homines, quibus ad commune aliquid obtinendum concessa sunt iura, in uno eodemque statu morali vivunt, atque ideo unam personam moralem constituunt », oder G. ACHENWALL, *Jus naturae* (1750), 6. Aufl., Göttingen 1767, Prologomena § 92: « Quamobrem hactenus omnis societas particularis respectu non-sociorum (exterorum) tenetur obligationibus humanis, et instructa est iuribus humanis naturalibus, unde societas vocatur *persona moralis* (mystica, corpus morale, mysticum) in oppositione ad hominem individuum, tamquam singularem personam ».

<sup>(109)</sup> W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, Berlin-Heidelberg-New York 1977, Bd. I 1, § 11 (S. 2); DERSELBE, *Gesellschaft und Gesamthand*, in *ZHR*, 136 (*Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*), 1972, S. 177 ff.

<sup>(110)</sup> Wer die heutige Diskussion um das « Wesen » der Gesamthandsgesellschaft überblickt, ist geneigt, der « *persona mystica* » nicht nur rechtshistorische Aktualität zuzuerkennen.

*Nettelbladt* trennt streng zwischen einem *natürlichen* und einem *rechtlichen* Personenbegriff (« *persona in sensu generali* » und « *persona in sensu speciali* »). Der *societas* weist er als « *persona moralis* » im Rahmen des *vorrechtlichen* Verständnisses einen *selbständigen* Platz neben dem Individuum, der *persona physica*, zu:

« *Persona in sensu generali idem est ac homo. In sensu speciali vero sub personae nomine venit, homo consideratus cum certo statu. Status autem hoc loco est qualitas, secundum quam diversis iuribus et obligationibus utuntur* » <sup>(111)</sup>,

und er fährt fort:

« *Personae in sensu speciali sumtae differunt pro statuum diversitate; suntque tot earum species, quot sunt status diversi. Personae in sensu generali sumtae vero, sunt vel personae physicae seu singulares, vel personae morales, quae etiam compositae, ut et mysticae appellantur. Dicitur autem physica persona, si est individuum humanum, moralis vero, si quidem unum individuum humanum non est, ast tamen pro uno habetur. Ut itaque plura individua humana, simul sumta moralem personam constituent* » <sup>(112)</sup>.

Hier liegt die für die Zukunft wegweisende Bestimmung der *persona moralis*: nicht mehr begriffen unter dem Aspekt einer *moralphilosophischen Verpflichtung* des Einzelnen, deduktiv gewonnen aus den Grundprinzipien des Naturrechts, sondern als Beschreibung eines *Sachverhalts*. Die *persona moralis* tritt als Personenmehrheit in Gegensatz zur *persona physica*. Aber sie bleibt, mit *Pufendorf* gesprochen, auf der Ebene der *entia physica*. Sie ist eine Erscheinungsform des Terminus « *Person* » *in sensu generali*.

Die *naturrechtliche* (moralphilosophische) Begründung bleibt derjenigen *Wolffs* verhaftet. « *Status moralis* » und « *homo moralis* » sind bei beiden eins: « ... *homo consideratus cum certo statu* ». Was sie trennt, ist lediglich die Tatsache, daß sich der Begriff

---

<sup>(111)</sup> D. NETTELBLADT, *Systema elementare universae iurisprudentiae naturalis*. 3. Aufl., Halae Magdeburgicae MDCCLXVII, § 43.

<sup>(112)</sup> D. NETTELBLADT, *ibidem*, § 45.



der « Person » im *tatsächlichen Sinne* ändert. Auf *dieser Ebene* wird die *societas* zu einem *eigenständigen Zurechnungsobjekt* neben der individuellen Person, dem Menschen. Mit anderen Worten: bei *Wolff* ist der Begriff der « *persona moralis* » ein *Rechtsbegriff* und bezeichnet den « *homo moralis* ». Darüber hinaus gibt es kein Rechtssubjekt. *Nettelblatt* verlagert diesen Terminus ins *Tatsächliche*, postuliert mit der « *persona moralis* » eine soziale Vorgegebenheit. *Juristisch* erscheint sie aber deshalb *nicht* als ein neues Rechtssubjekt, sondern als ein « *certus status* » verschiedener natürlicher Personen. Hier verbirgt sich derselbe subjektiv-individuelle Ansatz wie bei *Wolff*.

Über diese dogmatische Konstruktion, den « *status* » der Einzelperson, erhält in der Lehre von *Nettelblatt* die *persona moralis* ihre *rechtliche Qualität*. Im Hinblick auf den Status kann nämlich *eine physische Person* eine *Vielzahl rechtlicher Personen* darstellen, « *si diversos habet status; quod cum possibile sit, unum hominem plures personas sustinere posse ...* » <sup>(113)</sup>.

Auf diese Weise begegnet uns bei *Nettelblatt*, soweit ersichtlich, zum ersten Mal die Problematik der *modernen Personalgesellschaft* als einer Gesellschaft zur *gesamten Hand*. Bedarf es zur Begründung von Rechten und Pflichten des Rückgriffs auf den *einzelnen socius*, denn nur *er* genießt einen « *rechtlichen status* » (die Rechtsfähigkeit), so gewinnen diese Rechtspositionen doch als solche « *der* » Gesellschaft, der « *persona moralis* », ein neues Gewicht. Die strikte Unterscheidung zwischen Rechten und Pflichten « *der* » Gesellschaft (*societas*) und jenen der Gesellschafter (*singuli*) taucht auf:

« *Quae de obligationibus ... de iuribus ... nec non de possessione ... dicta sunt, facile ad societates, quippe quae morales personae sunt, applicari possunt. ... Unde quae hic dictis addenda sunt, redeunt ad divisionis obligationis in obligationem societatis et singulorum, nec non iuris in ius societatis et singulorum ...* » <sup>(114)</sup>.

---

<sup>(113)</sup> D. NETTELBLADT, *ibidem*, § 44; DERSELBE, *Systema elementare universae iurisprudentiae positivae communis imperii romano germanici*, 2. Aufl., Halae Magdeburgicae MDCCLXII, § 143: « *Unus homo plures personas et plures homines unam personam sustinere possunt ...* ».

<sup>(114)</sup> D. NETTELBLADT, *ibidem*, § 410.

Das grundlegende dogmatische Kriterium, das die Auffassung *Nettelblads* als eine schlüssige Konzeption erweist, ist der Begriff des « status ». Er ermöglicht, trotz der *einen* natürlichen Person eine ganze Reihe von Personen im *Rechtssinne* anzunehmen. Unter dieser Voraussetzung konnte dem Anliegen Rechnung getragen werden, eine vom Individuum unabhängige, rechtlich verfaßte Gemeinschaft zu entwerfen, ohne dabei eine von der natürlichen Person des socius abweichende Rechtsfähigkeit der societas annehmen zu müssen. Die Rechtsfähigkeit der natürlichen Person spaltet sich auf in eine Vielzahl « besonderer » Rechtsfähigkeiten, ausgedrückt durch die verschiedenen *status* des Menschen. Einer dieser *status* wird durch die Pflicht zur *gemeinsamen Zweckverfolgung* geprägt und als Gesamtheit der « Gesellschafter » mit dem Begriff der « persona moralis » belegt. Nur konsequent ist es deshalb, daß zu dieser Zeit die « persona moralis » noch sämtliche Personenverbände umfaßt <sup>(115)</sup>.

Im Mittelpunkt der Argumentation steht noch immer der *personenrechtliche* Statusbegriff. Der Weg zur « juristischen Person » ist hingegen gekennzeichnet durch das Absterben dieser Lehre, Hand in Hand mit der allmählichen Aufnahme und Verarbeitung der Philosophie *Immanuel Kants*.

2. Die « juristische Person »: vom « status » zur allgemeinen Rechtsfähigkeit und vom « Personen- » zum « Vermögensrecht » (*Friedrich Carl v. Savigny*).

a) Das *naturrechtliche* Erbe: « Personenrecht » und *Teilrechtsfähigkeit*.

Die bisherige Untersuchung war eine dogmengeschichtliche Skizze zur « persona moralis ». Man mag, wenn man sich eine gewisse vergrößernde Zusammenfassung gestattet, innerhalb des

---

<sup>(115)</sup> D. NETTELBLADT, *ibidem*, § 406: « Ex generali societatis, et in specie societatis personarum definitione patet ad omnem societatem personarum requiri, a) duos vel plures homines quorum intellectus voluntas et vires tendunt ad idem; b) finem communem non transitorium, qui non est rerum communio; c) consociationem ad hunc finem obtinendum ». - Beachtenswert die Trennung zwischen « societas personarum » und « rerum communio ».

behandelten Zeitraumes *drei* Entwicklungsstufen voneinander unterscheiden <sup>(116)</sup>.

Die erste (*Samuel Pufendorf*) sieht in der « *persona moralis* » eine Erscheinungsform der *entia moralia*. Diese bedeuten *Ordnung* schlechthin, und dementsprechend verkörpert die « *persona moralis* » ein *objektives, rechtliches Ordnungsmodell*. Sie ist ein « Raster », das die Beziehungen der Menschen untereinander nach Maßgabe verschiedener *Status* konkretisiert. Der *Rechtscharakter*, den soziales Leben gewinnt, gründet sich auf die « *impositio* », einen « von außen » wirkenden Regelungsakt, der die rechtliche Ordnung ins Leben ruft.

Auf der zweiten Stufe gewinnt die « *persona moralis* » einen durchgehend *subjektiven* Einschlag. Die « *impositio* » wird überflüssig, « *persona moralis* » ist der Mensch *eo ipso*, als Subjekt verschiedener Rechte und Pflichten (*Christian Wolff*). Parallel dazu wird die Lehre vom « *status moralis* » als eine an *bestimmte* Rechte gekoppelte Rechtsfähigkeit entwickelt.

Auf diesen Gedanken aufruhend vollzieht sich ein dritter Entwicklungsschritt, dem sachliche Bedeutung in Form einer *terminologischen* Neuorientierung zukommt. Die Vorstellung des Menschen als Subjekt von Rechten und Pflichten (« *homo moralis* ») wird zur selbstverständlichen Lehre. Der Begriff der « *persona moralis* » steht in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts so gut wie ausschließlich für die *societas*, nicht mehr für das einzelne Individuum. Ihre konstruktiv-dogmatische Erklärung findet sie als *Vereinigung der Einzelwillen* zu einem *Gesamtwillen*.

<sup>(116)</sup> Zur Geschichte der *Sachproblematik* von Personenvereinigungen und ihren rechtlichen Erklärungsversuchen vgl. insbesondere OTTO v. GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, Leipzig 1895, Bd. I §§ 58 ff.; DERSELBE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, 4 Bde., Berlin 1868 bis 1881.

Für das römische Recht vgl. L. SCHNORR v. CAROLSFELD, *Geschichte der juristischen Person*, erster u. einziger Band, München 1933, Neudruck Aalen 1969.

Vollständigkeitshalber sei im Rahmen dieser naturrechtlichen Studie vermerkt, daß das Sachproblem der « *persona moralis* » unter dem Terminus des « *corpus artificiale* » schon von HUGO GROTIUS behandelt wird, vgl. *De jure belli ac pacis libri tres* (1625), Lib. II cap. IX § 1 ff. (« *Plane autem corpora haec artificialia instar habent corporis naturalis* », § III), zit. nach der Ausgabe Lausannae MDCCCLI, Tom. II, S. 521 ff.

Hier, bei *Daniel Nettelblatt*, stößt man auf erste Anzeichen für die « Verselbständigung » der Sozietät gegenüber den sie bildenden und rechtlich tragenden Einzelpersonen (als eine *personale* Einheit, nicht im Sinne der vermögensrechtliche universitas).

So unterschiedlich die Auffassungen von der « persona moralis » im Einzelfall auch sein mögen, so deutlich ist doch ein verbindendes Argument. Sämtliche Interpretationsversuche der « persona moralis » werden von ihm bestimmt. Es ist die Vorstellung, Rechte und Pflichten des Einzelnen erwachsen diesem aus der Verbindung des Menschen mit einem *Status*. Dieser (wechselnde) *Status* macht den (physischen) Menschen zur *Person* des Rechts, zur « persona moralis », zum « homo moralis ». *Recht*, *Status* und *Person* sind unabdingbar mit einander verknüpft und bilden so die philosophische wie die dogmatische Grundlage eines Gesamtsystems des Rechts überhaupt. Dem Naturrecht ist die Trennung von *Personen-* und *Vermögensrecht* fremd. Alles Recht ist Personenrecht, es ist Ausfluß des einen oder anderen *Status*. Es gibt keine abgrenzbare vermögensrechtliche Sphäre des Individuums, sondern nur den einzelnen, konkreten *Status*. Durch ihn wird der Mensch zur Person im Rechtssinne erhoben und gleichzeitig werden ihm, als *Folge* dieses « Standes », verschiedene (vermögensmäßige) Rechte und Pflichten vermittelt. Der Mensch als « Person » (für sich), als *civis*, als Ehegatte, als *pater familias*, als *socius*, als *servus* etc.: all diese Stellungen beschreiben einen jeweils abgegrenzten *Status*, der sämtliche rechtlichen Belange als eine homogene Rechtsmasse umfaßt.

Der Umkreis der einzelnen *Status* bestimmt das Maß der Rechtsfähigkeit. Mit dem Erwerb eines neuen *Status* wird auch eine neue (weitere) *Teilrechtsfähigkeit* hinzu gewonnen, eine andere möglicherweise aufgegeben.

#### b) *Die Idee der allgemeinen Rechtsfähigkeit des Menschen.*

Solange sich die Rechtslehre zur Begründung von Rechten und Pflichten an der Theorie der *verschiedenen Status* orientierte, war die Idee der *allgemeinen Rechtsfähigkeit* « des » Menschen noch nicht geboren. Das entscheidende Kriterium, das erst noch überwunden werden mußte, war die philosophische Begründung des

Rechts letztlich als Derivat einer *einzigsten naturrechtlichen Pflicht*. Von daher erscheint der jeweilige Status als die Zusammenfassung bestimmter *Pflichten*, die eine bestimmte Stellung im gesellschaftlichen Leben verlangt. Die *Rechte* sind sekundär und nur als Mittel zur Erfüllung der entsprechenden *moralischen*, d. h. *rechtlichen* Pflicht zu verstehen. «Rechtsfähigkeit», das ist hier kein potentielles, rechtliches Vermögen, sondern eine aktuelle Rechts- und Pflichtenlage. «Der» Mensch als *Rechtsperson* wird hingegen nicht bestimmt «*quatenus spectatur tanquam subjectum certarum obligationum atque iurium*»<sup>(117)</sup>, sondern *quatenus spectatur homo*. Dieser Durchbruch gelingt der Rechtslehre endgültig erst unter *Friedrich Carl v. Savigny*:

«Hier ist also die Frage zu beantworten: Wer kann Träger oder Subject eines Rechtsverhältnisses seyn? Diese Frage betrifft das mögliche *Haben* der Rechte, oder die *Rechtsfähigkeit* ... Darum muß der ursprüngliche Begriff der Person oder des Rechtssubjects zusammenfallen mit dem Begriff des Menschen, und diese ursprüngliche Identität beider Begriffe läßt sich in folgender Formel ausdrücken: Jeder einzelne Mensch, und nur der einzelne Mensch, ist rechtsfähig»<sup>(118)</sup>.

Das Postulat der *allgemeinen Rechtsfähigkeit* des Menschen war das Ergebnis der *Trennung von Recht und Moral*, der Bestimmung des *moralischen* Gesetzes als *Gesetz der Freiheit* und des Rechts als *Mittel zur Verwirklichung dieser Freiheit*.

Vorbereitet und grundgelegt wird diese Lehre von *Immanuel Kant* (1724 bis 1804)<sup>(119)</sup>:

«Diese Gesetze der Freiheit heißen, zum Unterschiede von

<sup>(117)</sup> CHR. WOLFF, *Institutiones*, § 96.

<sup>(118)</sup> F. C. v. SAVIGNY, *System*, Bd. 2, S. 1. - Zur Überwindung der Lehre von den «status» durch die Theorie von der allgemeinen Rechtsfähigkeit aufschlußreich P. J. A. FEUERBACH, *Civilistische Versuche*, Bd. 1, Gießen 1803, S. 175 bis 190, und dann vor allem F. C. v. SAVIGNYS Arbeit *Status und Capitis deminutio* als Beylage VI, in *System*, Bd. 2, S. 443 ff. Der Einfluß der alten Status-Lehre war damit freilich noch nicht gebrochen; vgl. zur Rechtsentwicklung einerseits SCHWARZE, Art. *Person*, in J. WEISKE, *Rechtslexikon*, Bd. 7, 2. Aufl., Leipzig 1847, S. 903 f., andererseits G. F. PUCHTA, Art. *Corporation*, *ibidem*, Bd. 3, Leipzig 1844, S. 65 ff.

<sup>(119)</sup> Der Einfluß KANTS kann hier nur ganz grob angedeutet werden; siehe

Naturgesetzen, moralische. So fern sie nur auf bloße äußere Handlungen und deren Gesetzmäßigkeit gehen, heißen sie juristisch; fordern sie aber auch, daß sie (die Gesetze) selbst die Bestimmungsgründe der Handlungen sein sollen, so sind sie ethisch, und alsdann sagt man: die Übereinstimmung mit den ersteren ist die Legalität, die mit den zweiten die Moralität der Handlung. Die Freiheit, auf die sich die erstern Gesetze beziehen, kann nur die Freiheit im äußeren Gebrauche, diejenige aber, auf die sich die letztere beziehen, die Freiheit sowohl im äußern als innern Gebrauche der Willkür sein, sofern sie durch Vernunftgesetze bestimmt wird» <sup>(120)</sup> <sup>(121)</sup>.

Der « homo moralis » des Vernunftrechts wird bei Kant zur « moralischen Persönlichkeit », die nichts anderes ist, als die Freiheit unter moralischem Gesetz:

« Der Begriff der Freiheit ist ein reiner Vernunftbegriff ... Auf diesem (in praktischer Hinsicht) positiven Begriffe der Freiheit gründen sich unbedingte praktische Gesetze, welche moralisch heißen, die in Ansehung unser ... Imperativen ... und zwar kategorische ... Imperativen sind ...

Person ist dasjenige Subjekt, dessen Handlungen einer Zurechnung fähig sind. Die moralische Persönlich-

---

dazu F. WIEACKER, oben Fn. 59, S. 351 ff., insbesondere aber H. KIEFNER, *Der Einfluß Kants auf Theorie und Praxis des Zivilrechts im 19. Jahrhundert*, in *Philosophie und Rechtswissenschaft*, hg. v. J. Blühdorn und K. Ritter (Studien zur Philosophie und Literatur des 19. Jahrhunderts Bd. 3), Frankfurt a. M. 1969, S. 3 ff.; DERSELBE, *Lex frater a fratre*, in *Rechtstheorie*, Bd. 10 (1979), S. 129 ff.

<sup>(120)</sup> I. KANT, *Einleitung in die Metaphysik der Sitten*, I; zit. hier und im folgenden nach der Ausgabe Darmstadt 1981 (hg. v. W. Weischedel), Bd. 7, S. 318.

<sup>(121)</sup> Entwicklung und Bedeutung der « persona moralis » bei I. KANT wären einer gesonderten Untersuchung wert. Erste Hinweise hierzu etwa bei CHR. RITTER, *Der Rechtsgedanke Kants nach den frühen Quellen*, Frankfurt a. M. 1971, S. 58 f., 156, 247 f., 323 ff. Beachtenswert zur Frage der allgemeinen Rechtsfähigkeit des Menschen (« persona iuridica ») das Zitat Refl. 7631, dort S. 323 Fn. 285: « Potest alicui praerogativa iuris nemini iustitiae constitui. Actus, quo aliquis se ipsum capite minuit, et personam iuridicam exuit, non potest esse legitimus sed contradictorius, quia semet ipsum privat iure alteri ius aliquod constituendi et tamen constituit. - Quilibet homo est sui iuris nisi infans et amens ».

keit ist also nichts anderes, als die Freiheit eines vernünftigen Wesens unter moralischen Gesetzen ... » (122).

Das *positive Recht* vermag den *moralischen Anspruch* an den Menschen nicht mehr über die Gesetzgebung durchzusetzen. Es beschränkt sich auf die Normierung der äußeren Handlungen, auf das « äußere Mein und Dein » (123):

«Die Pflichten nach der rechtlichen Gesetzgebung können nur äußere Pflichten sein, weil diese Gesetzgebung nicht verlangt, daß die Idee dieser Pflicht, welche innerlich ist, für sich selbst Bestimmungsgrund der Willkür des Handelnden sei, und, da sie doch einer für Gesetze schicklichen Triebfeder bedarf, nur äußere mit dem Gesetze verbinden kann » (124).

Unter dem Eindruck dieser Philosophie steht der berühmte Satz *Savignys*, mit dem er das Verhältnis von Sitte und Recht bestimmt:

«Der Mensch steht inmitten der äußeren Welt, und das wichtigste Element in dieser seiner Umgebung ist ihm die Berührung mit denen, die ihm gleich sind durch ihre Natur und Bestimmung. Sollen nun in solcher Berührung freye Wesen neben einander bestehen, sich gegenseitig fördernd, nicht hemmend, in ihrer Entwicklung, so ist dieses nur möglich, durch Anerkennung einer unsichtbaren Gränze, innerhalb welcher das Daseyn, und die Wirklichkeit jedes Einzelnen einen sichern, freyen Raum gewinne. Die Regel, wodurch jene Gränze und durch sie dieser freye Raum bestimmt wird, ist das Recht. Damit ist zugleich die Verwandtschaft und die Verschiedenheit zwischen Recht und Sittlichkeit gegeben. Das Recht dient der Sittlichkeit, aber nicht indem es ihr Gebot vollzieht, sondern indem es die freye Entfaltung ihrer, jedem einzelnen Willen inwohnenden, Kraft sichert. Sein Daseyn aber ist ein selbständiges ... » (125).

Daran knüpft *Savigny* an und formuliert die allgemeine Rechtsfähigkeit:

« Alles Recht ist vorhanden um der sittlichen, jedem ein-

(122) I. KANT, *Einleitung in die Metaphysik der Sitten*, IV; Bd. 7, S. 326-327.

(123) I. KANT, *Metaphysik der Sitten*, Rechtslehre § 4; Bd. 7, S. 355 ff.

(124) I. KANT, *Einleitung in die Metaphysik der Sitten*, III; Bd. 7, S. 324.

(125) F. C. V. SAVIGNY, *System*, Bd. I, S. 330 f.

zelen Menschen inwohnenden Freyheit willen. Darum muß der ursprüngliche Begriff der Person oder des Rechtssubjects zusammen fallen mit dem Begriff des Menschen ... » (126).

c) *Vom « Personen- » zum « Vermögensrecht ».*

Der Weg zur Anerkennung der « juristischen Person » war frei, sobald die *juristische* Bedeutung der *Rechtsfähigkeit* aus ihrer rechtsphilosophischen Verklammerung mit der natürlichen Person als moralischer Persönlichkeit gelöst war (127). Auch hier leistet *Savigny* Entscheidendes. Das mag nach dem eben Gesagten befremdlich erscheinen, wurde doch die allgemeine Rechtsfähigkeit gerade im Hinblick auf die freie sittliche Entfaltung des *Menschen* postuliert. Doch diese philosophische Grundlage darf nicht dazu verleiten, die Bedeutung der Rechtsfähigkeit als einen *rein juristischen* Begriff zu übersehen. Zwar verlangt das geschilderte sittliche Wesen der menschlichen Natur die Bejahung der allgemeinen Rechtsfähigkeit. Das heißt aber nicht, daß dieselbe nun auch umgekehrt einen moralischen Begriff darstellen müßte (wie es die Auffassung der Naturrechtler war). Die Rechtsfähigkeit ist nur die Voraussetzung dafür, daß der Mensch auf der Ebene des Rechts jene « äußere Gränze » zu bestimmen imstande ist, die ihm die freie Entfaltung seiner moralischen Persönlichkeit (erst) ermöglichen soll (128).

(126) F. C. v. SAVIGNY, *System*, Bd. 2, S. 2.

(127) Diese dogmengeschichtliche Loslösung aus der rechtsethischen Begründung der (natürlichen) « Rechtsperson » wird heute zwar z. T. (die abweichende Ansicht ergibt sich aus den folgenden Fn.) als de facto zutreffend, aber doch mit Bedauern hingenommen (vgl. F. RITTNER, *Die werdende juristische Person*, Tübingen 1973, S. 180 ff.). Übersehen wird m. E. dabei jedoch, daß hier eine *notwendige* dogmatische Voraussetzung für die « juristische Person » liegt. Ob die Bestimmung des Begriffs der « juristische Person » gerade am rechtsethisch bestimmten Wirken der Person ansetzen soll und kann, wie F. RITTNER, S. 210, annimmt, erscheint deshalb (zumindest dogmengeschichtlich) nicht überzeugend.

(128) Es trifft nicht zu, wenn C. OTT, *Recht und Realität der Unternehmens-korporation*, Tübingen 1977, S. 61, meint, daß hieraus unmittelbar folge, « daß das Recht nur den Menschen als Rechtssubjekt, als Person oder Willenssubjekt anerkennen kann ». Ihn *muß* es als Rechtsperson anerkennen, ist aber wegen der strikten Trennung von Moral und Recht nicht gehindert, weitere Rechtssubjekte



Die Rechtsfähigkeit ist ein ausschließlich *rechtlicher* Begriff. Dieser eigenständigen Bedeutung wegen kann sie auch als von der natürlichen Person unabhängig gedacht werden. Soweit das «*äußere Mein und Dein*» betroffen ist, hindert deshalb nichts daran, sich die Fähigkeit, Träger von Rechten und Pflichten zu sein, auch auf «*künstliche*» Weise vorzustellen:

« Wir betrachten sie jetzt als ausgedehnt auf künstliche, durch bloße Fiction angenommene Subjecte. Ein solches Subject nennen wir eine *juristische Person*, d. h. eine Person, welche blos zu juristischen Zwecken angenommen wird » (129),

und Savigny faßt alsdann seinen Begriff von der juristischen «*Person*» zusammen:

« ... sie ist ein des *Vermögens* fähiges künstlich angenommenes Subject » (130).

Das *Recht* herrscht von nun ab im Bereich des *Vermögens*, die *Sittlichkeit* dort, wo es um die *Person* selbst geht.

---

zu «*juristischen Zwecken*» anzunehmen. Nur dort, wo es um den *ursprünglichen* (*vorrechtlichen*) Personenbegriff geht, vgl. oben Fn. 118, sagt SAVIGNY, allein die natürliche Person könne Rechtssubjekt sein. Seine «*Fiktionstheorie*» ist deshalb auch kein «*systemimmanenter Widerspruch*» (C. OTT, S. 62 u. öfters), sondern im Gegenteil die *konsequente Durchführung* eines *rechtsdogmatisch* verstandenen Begriffs der «*Rechtsperson*». Der *Fortschritt* liegt gerade darin, daß die «*individualistisch-ethische Persönlichkeit des Vernunftrechts*» (C. OTT, S. 64) tatsächlich angetastet wird: die *sittlich-rechtliche Einheit* der «*persona moralis*» wird aufgebrochen und erscheint nunmehr als *sittliche Persönlichkeit* einerseits und *Rechtsperson* andererseits (vgl. dazu die angef. Zitate F. C. v. SAVIGNYS). - Ähnlich wie OTT interpretieren die Lehre F. C. v. SAVIGNYS auch F. WIEACKER, oben Fn. 68, S. 361 f., und aus dem älteren Schrifttum J. BINDER, *Das Problem der juristischen Persönlichkeit*, Leipzig 1907, Neudruck Aalen 1970, S. 12, 15, der aber die konsequente Haltung F. C. v. SAVIGNYS durchaus erkennt.

(129) F. C. v. SAVIGNY, *System*, Bd. 2, S. 236.

(130) F. C. v. SAVIGNY, *System*, Bd. 2, S. 239; neben den gen. Beiträgen zur Lehre der juristischen Person bei F. C. v. SAVIGNY sei ferner auf H. KIEFNER, *Personae vice fungitur? Juristische Person und «industrielle Corporation» im System Savignys*, in *Festschrift für H. Westermann*, Karlsruhe 1974, S. 263 ff., hingewiesen.

## V. SCHLUß.

Kehren wir zurück zu *Johann Christian Hasse*: die « Ehe » als juristische Person? Legt man unser heutiges Verständnis zugrunde, so wird man dies verneinen müssen.

Die « mystische Person » *Hasses* ist mit der « juristischen Person » der Gegenwart nicht gleichzusetzen. Zwar kommt mit ihr tatsächlich schon das *selbständige*, von der natürlichen Person zu trennende *Rechtssubjekt* zum Ausdruck. Andererseits hält sich aber noch immer die naturrechtliche Begründung: das « Rechtssubjekt » ist die « vereinigte Willkür » der Ehegatten <sup>(131)</sup>.

Deutlich ist hinter dieser Konzeption noch die für den Status-Begriff des Naturrechts so typische *Gemengelage von Personen- und Vermögensrecht* zu spüren. Das *vermögensrechtliche* Problem des ehelichen Gesamtgutes wird *personenrechtlich* bewältigt. Der übereinstimmende Wille der Ehegatten überhöht sich zur « mystischen Person » <sup>(132)</sup> und wird neues Zurechnungssubjekt dieses Sondervermögens.

---

<sup>(131)</sup> Vgl. oben Fn. 18. Es wurde bereits darauf hingewiesen, daß J. CHR. HASSES Beitrag nicht der einzige zum Problem der aufkommenden « juristischen Person » im frühen 19. Jahrhundert ist. Die Entwicklung von der « persona moralis » zur « juristischen Person » läßt sich in dieser Zeit gerade am Beispiel der ehelichen Gütergemeinschaft sehr anschaulich verfolgen. Bei keineswegs einheitlichem Sprachgebrauch kann soviel festgehalten werden: das Merkmal für die « juristische Person » ist die von den sie bildenden natürlichen Personen abstrahierte *Rechtsträgerschaft* im Hinblick auf ein *Sondervermögen*. Die dogmatische Argumentation ist noch so gut wie ausschließlich naturrechtlich bestimmt als die *vereinigte Willkür* aller zusammengeschlossenen Personen. Vom heute ausschlaggebenden Kriterium der « körperschaftlichen Struktur » ist noch nicht die Rede. Neben HASSE vgl. zur ehelichen Gütergemeinschaft und der juristischen Person J. H. MÜLLER, *Versuch einer Entwicklung und bestimmten Darstellung des fränkischen Wohnheits-Rechts von der ehelichen Güter-Gemeinschaft*, Nürnberg 1801, insbes. § 6; G. C. SCHÜLER, *Ist das Rechtsverhältniß der Ehegatten bei bestehender Gütergemeinschaft als Miteigenthum zu ideellen Theilen aufzufassen*, in *Juristische Abhandlungen und Rechtsfälle*, Bd. 1, Jena 1847, S. 485 ff. (hg. v. Ortloff, Heimbach, Schüler, Guyet).

<sup>(132)</sup> Aufschlußreich die Entwicklung von der « persona moralis » zur « juristischen Person » und der Sprachgebrauch bei G. HUGO, *Lehrbuch eines civilistischen Cursus*, Bd. 1, Berlin 1792, S. 128: « Zur Vollständigkeit des *Personenrechts*

Erst Savigny gibt dem vermögensrechtlichen Ansatz auch eine vermögensrechtliche Antwort: die «juristische Person» als ein künstliches, ausschließlich des Vermögens fähiges Subjekt. Damit war freilich der «Ehe» als einer «juristischen Person» der Boden entzogen. Denn die prägende *personale Verbindung* zwischen den Ehegatten und der «mystischen Person» als deren «vereinigte Willkühr», hatte jede dogmatische Bedeutung verloren.

---

sollte hier wohl noch die Lehre von den moralischen Personen angehängt werden» (Hervorh. v. Verf.); *Lehrbuch eines civilistischen Cursus*, Bd. 4, 2. Aufl., 1799, S. 10: «Eine Person heißt alles, was für sich selbst das Subjekt eines Rechtsverhältnisses sein kann. Eine Person ist entweder eine *physische* — ein einzelner Mensch, oder eine *juristische* (moralische) — mehrere Menschen, die im Rechtsverstande nur wie ein einzelner angesehen werden»; *Lehrbuch des Naturrechts*, 4. Aufl., Berlin 1819, § 183: «Die Rechtsverhältnisse der Corporationen kommen weit weniger in der Lehre von Personen, als in der von Sachen und Forderungen vor».

WILHELM BRAUNEDER

VON DER MORALISCHEN PERSON  
DES ABGB ZUR JURISTISCHEN PERSON  
DER PRIVATRECHTSWISSENSCHAFT

I. *Vorbemerkung.* — II. *Das ABGB (deutscher « Urtext »):* 1. Die Regelungen der Moralischen Person. — 2. Der Begriff der Moralischen Person. — 3. Juristische Person im ABGB? — III. *Lateinische und italienische ABGB-Texte.* — IV. *Franz von Zeiller:* 1. Die Moralische Person gemäß ABGB. — 2. Weitere Personenmehrheiten als Moralische Personen?: a) « Eine Person », eine « Classe von Personen »; b) Die Rechtsgemeinschaft; c) Die Erwerbsgesellschaft. — 3. Zeillers « Juridische Person ». — V. *Italienische Übersetzungen von Zeillers « Commentar ».* — VI. *Deutsch-österreichische Juristen des Vormärz:* 1. Georg v. Scheidlein. — 2. Joseph Linden. — 3. Michael Schuster. — 4. Johann Luksche. — 5. Ignaz Franz Bergmayr. — 6. Franz Xaver Nippel. — 7. Joseph Winiwarter. — 8. Joseph Ellinger. — VII. *Italienisch-österreichische Juristen des Vormärz:* 1. Onofrio Taglioni. — 2. Agostino Reale. — 3. Gioachino Basevi. — 4. Giuseppe Antonio Castelli. — 5. Die Rolle des Römischen Rechts. — VIII. *Die Wende: Savigny's « Juristische Person » bei Stubenrauch.* — IX. *Überblick und Zusammenfassung.*

I. VORBEMERKUNG.

Die vorliegende Untersuchung (\*) geht vom Text des ABGB aus (1), wie er von seinen Zeitgenossen verstanden werden konnte. Der Text wird vorerst aus sich heraus zu begreifen versucht, ohne

---

(\*) Dank gebührt Frau Dr. Freismuth für Übersetzungen aus dem Italienischen, Frau Dr. Birgit Dadatschek für zahlreiche technische Hilfe und Frau Brigitte Slezak für die geduldige Anfertigung des oft wechselnden Manuskriptes.

(1) Zur Vorgeschichte der entsprechenden ABGB-Bestimmungen vgl. H. SCHNIZER, *Die juristische Person in der Kodifikationsgeschichte des ABGB*, in *Festschr. f. W. Wilburg*, Graz 1965, 143 ff.; R. OSTHEIM, *Zur Rechtsfähigkeit von Verbänden im österr. bürgerl. Recht*, Wien-New York 1967, insbes. 68 ff.

ihm eine spätere Begriffsbildung zugrunde zu legen <sup>(2)</sup>; er wird weiters nicht in einem bestimmten historischen Verständnis erklärt, da den Zeitgenossen des ABGB die Entstehungsgeschichte entweder nicht mehr bekannt war oder von ihnen nicht als Erklärungshilfe genutzt wurde. Als Ausgangspunkt dient die deutsche Fassung des ABGB. Die aus ihr gewonnenen Ergebnisse werden anhand lateinischer und italienischer ABGB-Texte überprüft. Zwar gilt der « deutsche Text des Gesetzbuches » ausdrücklich als « Urtext, wonach die veranstalteten Übersetzungen in die verschiedenen Landessprachen (der österreichischen) Provinzen zu beurteilen sind » <sup>(3)</sup>, doch sieht mit eben dieser Bestimmung das ABGB Übersetzungen vor. Tatsächlich existieren neben inoffiziellen eigene « offizielle Versionen » des ABGB in anderen Sprachen, somit neben dem deutschen weitere ABGB-Texte, die in der Praxis ebenso Anwendung und von der Wissenschaft ebenso Berücksichtigung gefunden haben wie der « Urtext ». Hiebei rücken die « offiziellen » Übersetzungen fast in die Nähe von Legalinterpretationen <sup>(4)</sup>. Sie und auch die nicht-offiziellen Über-

---

<sup>(2)</sup> So aber der Ansatz bei SCHNIZER, *Person*, 143, der zwar einräumt, daß der Ausdruck « Juristische Person » im ABGB nicht vorkomme (144), von diesem Begriff aber ausgeht, über welchen das ABGB « bekanntlich keine geschlossenen Regeln (enthalte) », dessen hierfür (!) verwendete Terminologie « unscharf, mehrdeutig und schwankend » sei. Zu den Folgen dieses Ansatzes vgl. Fn. 18, 19, 21 — ähnlich auch OSTHEIM, *Rechtsfähigkeit*, 86, der zwar bezüglich des ABGB zu dem auch hier gewonnenen Ergebnis kommt, dieses aber durch die — vermeintliche — Meinung der unmittelbar nachfolgenden Autoren umstößt (vgl. Fn. 16, 24).

<sup>(3)</sup> Kundmachungspatent zum ABGB/letzter Absatz. - Zu den Übersetzungen siehe A. Th. MICHEL, *Handbuch des allgemeinen Privatrechtes*, I/1, Wien-Olmütz 1856; jüngst zu den italienischen Übersetzungen: F. RANIERI, in H. COING (Hrsg.), *Handbuch der Quellen und Literatur der Neueren europ. Privatrechtsgeschichte*, III/1, München 1982, 231. - Zur Geschichte der italienischen ABGB-Übersetzungen essentiell die Ausführungen eines Zeitgenossen aus dem in Fn. 6 genannten Grund: Th. DOLLNER, *Versuch einer vierten Auslegung des streitigen Satzes in § 1475 des allg. b.G.B. über den Einfluß der Abwesenheit auf die ordentliche Ersitzung von dreißig Jahren*, in *Zs. f. österr. Rechtsgelehrsamkeit und polit. Gesetzeskunde* 1838/II, 333 ff.

<sup>(4)</sup> Vgl. neben der Festsetzung offizieller Übersetzungen - etwa für die italienischen Gebiete Hofkanzlei-Dekret 6.X.1823 (JGS 1823/1970) — deren Richtigstellungen, etwa zur italienischen Übersetzung des § 994: Justiz-Hofdekret 5.III. 1847 (JGS 1847/1043).

setzungen geben jedenfalls Aufschluß darüber, wie von den Übersetzern der deutsche ABGB-Text verstanden werden konnte (5).

Nach dieser Bestandsaufnahme des ABGB wird gezeigt, welchen Sinn erst Zeiller und dann die übrigen Vertreter der Privatrechtswissenschaft den entsprechenden Regelungen des ABGB entnahmen oder ihnen verliehen. Aus den Gründen, die eben zur Heranziehung von ABGB-Übersetzungen genannt worden sind, wird ein kurzer Blick auf die italienische ABGB-Zivilistik des Vormärz geworfen.

Die Untersuchung erstreckt sich auf den Zeitraum vom Inkrafttreten des ABGB bis knapp nach 1850. In der österreichischen Privatrechtswissenschaft dominiert in diesem Zeitraum die sogenannte « Exegetische Schule », die bald nach der Mitte des 19. Jahrhunderts von der Pandektenwissenschaft abgelöst wird (6), ein Wandel, der sich auch in der hier behandelten Problematik deutlich niederschlägt.

## II. DAS ABGB (DEUTSCHER « URTEXT »).

### I. Die Regelungen der Moralischen Person.

Dem ABGB ist die Bezeichnung « Juristische Person » unbekannt (?). Es kennt als Rechtssubjekt neben der physischen

---

(5) Als Auslegungshilfe wurden italienische ABGB-Übersetzungen schon 1838 herangezogen: DOLLNER, wie Fn. 3, 297 ff., der sie als Bestätigung einer bestimmten Auslegung des § 1475 (ebda 333) verwendet.

(6) Zu Exegetik und Pandektistik in Österreich vgl. insbes. H. LENTZE, *Die österreichische Rechtswissenschaft vor dem Jahre 1848*, in *Die juristische Bildung in der Slowakei und Ungarn bis zum Jahre 1848*, Bratislava 1968, 157 ff.; DERS., *Die Eingliederung der österreichischen Zivilrechtswissenschaft in die deutsche Pandektenwissenschaft*, in A. CSIZMADIA - K. KOVAC (Hrsg.), *Die Entwicklung des Zivilrechts in Mitteleuropa (1848-1944)*, Budapest 1970, 59 ff.; DERS., *Die Universitätsreform des Ministers Graf Leo Thun-Hohenstein*, Wien 1962; und darauf aufbauend W. OGRIS, *Die historische Schule der österreichischen Zivilistik*, in *Festschr. H. Lentze*, Innsbruck-München 1969, 449 ff.: insbes. auch zur Exegetik: W. BRAUNEDER, *Rechtsfortbildung durch Juristenrecht in Exegetik und Pandektistik in Österreich* (Vortrag 24. Deutscher Rechtshistorikertag/Zürich 1982), in *Zeitschrift f. Neuere Rechtsgeschichte* 1983|1-2.

(?) SCHNIZER, *Person*, 144; OSTHEIM, *Rechtsfähigkeit*, 40.

Person (§ 16) eine «Moralische Person» (Marginale vor § 26), die es als «moralischer Körper» (§ 1454), «Körper» schlechthin (§§ 13, 559, 1023, 1472) und auch als «Gemeinschaft»<sup>(8)</sup> (§ 1023) charakterisiert<sup>(9)</sup>. Zu den Moralischen Personen zählt das ABGB ausdrücklich die «Gemeinden» (§ 27)<sup>(10)</sup>.

Gemäß § 26 handelt es sich bei der «Moralischen Person» (Marginale) um eine «erlaubte Gesellschaft» (Text). Da das ABGB im 27. Hauptstück des II. Teiles eine «Gesellschaft», einen «Gesellschaftsvertrag» regelt (§§ 1275 ff.), ist zu klären, ob dieses Hauptstück zum Bestand an Normen über die Moralische Person gerechnet werden muß. Dies wäre vor allem dann geboten, wenn es Regeln für Gesellschaften im allgemeinen aufstellen würde. Dies ist aber nicht der Fall, geregelt wird hier eine spezielle Gesellschaft, nämlich die «Erwerbsgesellschaft» (Marginale vor § 1175), auch enthält die Überschrift des Hauptstücks keineswegs das Wort «Gesellschaft», sondern spricht «Von dem Vertrage über eine Gemeinschaft der Güter»<sup>(11)</sup>. Daß trotz zum Teil identen Gebrauchs des Ausdrucks «Gesellschaft» für die Moralische Person und die Erwerbsgesellschaft das ABGB beide nicht identifiziert oder diese jener unterordnet, zeigt — neben anderen Gründen<sup>(12)</sup> — das ursprünglich offizielle Register zum ABGB: Es enthält unter «Person/Moralische» Verweisungen auf «Personen-Rechte, Gesellschaft, Gemeinden». Abgesehen davon, daß auf «Personen-Rechte» verwiesen ist, und nicht auf «Sachen-Rechte», worunter

<sup>(8)</sup> Nicht zu verwechseln mit der «Gemeinschaft des Eigentums und anderer dinglicher Rechte» im Sinne von §§ 825 ff. ABGB und der «Gemeinschaft der Güter» im Sinne von §§ 1175 ff. ABGB. - Zu diesen W. BRAUNEDER, *Gesellschaft - Gemeinschaft - Gütergemeinschaft*, in *Forschungsband Franz v. Zeiller*, Wien 1980, 14 ff.

<sup>(9)</sup> Vgl. das ursprünglich amtliche «Alphabetische Register über den Inhalt der drei Teile des ABGB ...», das unter «Person/Moralische» u.a. auf «Gemeinden» verweist, wo u.a. auf §§ 1023, 1472 weiterverwiesen wird.

<sup>(10)</sup> Vgl. die auch § 27 umfassende Marginale vor § 26; die §§ 529, 1452, 1472 (zitiert i. d. F.); ferner im ABGB-Register (wie Fn. 9) die Verweisung unter «Person/Moralische» sowie unter «Körper», «Gemeinden».

<sup>(11)</sup> Zur schwankenden Terminologie dieses Hauptstücks und ihrer Entwicklung BRAUNEDER, *Gesellschaft*, 31 ff.

<sup>(12)</sup> Dazu BRAUNEDER, *Gesellschaft*, 32.

aber die §§ 1175 ff. subsumiert sind, führt das Register unter « Gesellschaft » nicht diese Paragraphen an, sondern mit den §§ 26, 1472, 1485 ausschließlich solche aus dem Kreise der eben zur Moralischen Person genannten. Der Hinweis auf das 27. Hauptstück des II. Teiles hingegen findet sich unter dem Stichwort « Gemeinschaft der Güter. Vertrag hierüber »<sup>(13)</sup>.

Trotz dieser klaren Etikett-Zuteilung steht der Ausdruck « Gesellschaft » im Text des ABGB in doppelter Bedeutung; einmal seiner naturrechtlichen Herkunft nach für Personenmehrheiten, die, so gemäß § 26 « erlaubt », eine Moralische Person darstellen; zum andern im Sinne der gemeinrechtlichen Tradition für die *societas*, die Erwerbsgesellschaft<sup>(14)</sup>. In beiden Bedeutungen kommt dem Ausdruck « Gesellschaft » gleicher Rang zu, er bezeichnet nicht etwa einmal einen über-, einmal einen untergeordneten Begriff.

Sieht man sich nach weiteren Bestimmungen um, die Aspekte der Moralischen Person regeln oder auf ihr Wesen Rückschlüsse zulassen könnten, fallen jene ins Auge, die Personenmehrheiten als « Eine Person » ansprechen (§§ 547, 559, 828). Allerdings gibt es keinen Hinweis darauf, daß dieser Ausdruck als Synonym für den Terminus Moralische Person oder eines seiner nachweisbaren Synonyme steht. Auch macht das jeweilige Wortumfeld deutlich, daß hier nur ein Bild eingepreßt, aber kein Rechtsinstitut angesprochen werden soll: Erbe und Erblasser sollen « für Eine Person gehalten » werden (§ 547), bestimmte Erben « (müssen) als Eine Person angesehen », « nur als Eine Person betrachtet » werden (§ 559); auch dinglich Mitberechtigte (insbesondere Miteigentümer) « (stellen) nur Eine Person vor » (§ 828), d.h., sie « (werden) für eine einzige Person angesehen » (§ 361). In allen diesen Fällen soll eine Rechtsfolge durch das Bild verdeutlicht werden, in dem mehrere Personen nur « Eine », d.h. ganz untechnisch eine « Einzige » Person « vorstellen » (§ 828), für eine solche « gehalten » (§ 547), « angesehen » (§§ 361, 559), « betrachtet » (§ 559) werden müssen, ohne daß sie eine Rechtsperson « darstellen », eine solche tatsächlich

<sup>(13)</sup> Diese Zuteilung der Ausdrücke zu verschiedenen Begriffen liegt 1823 noch dem Repertorium über die « Justizgesetzsammlung » zugrunde.

<sup>(14)</sup> BRAUNEDER, *Gesellschaft*, 15 f.



« sind ». Dieser Sprachgebrauch findet sich im ABGB auch an anderen Stellen: So zählt es das Bestandsrecht nicht zu den dinglichen Rechten (§ 308); wird es jedoch im Grundbuch eingetragen, ist es « als ein dingliches Recht *zu betrachten* » (§ 1095) <sup>(15)</sup>. Im Falle des § 361 (Miteigentum) wird der Unterschied zwischen mehreren Miteigentümern und mehreren Sondereigentümern verbildlicht, in § 828 das Verhältnis zwischen mehreren dinglich Mitberechtigten im Sinne des Einstimmigkeitsprinzips und in § 559 die Erbteilung nach Stämmen; daß schließlich Erbe und Erblasser « für Eine Person gehalten » werden, wiederholt in bildhafter Form nur den vorausgehenden Satz, wonach der Erbe nach Annahme der Erbschaft « in Rücksicht auf dieselbe den Erblasser *vor(stellt)* » (§ 547). Es wäre ja auch absurd, Erblasser und Erben zusammen als Personenmehrheit mit Rechtspersönlichkeit im Sinne der Moralischen Person aufzufassen. So zeigt gerade § 547 durch seinen sachlichen Gehalt, daß mit den Verben « vorstellen » und « halten » nur bildhafte Vergleiche gezogen werden sollen, wie eben auch durch Verwendung von « vorstellen » in § 828.

Angesichts dieser bloß bildhaften Zeitwörter wie « ansehen », « halten » etc. einerseits und der wenig festen Terminologie des ABGB andererseits fällt es sogar auf, daß das ABGB die « Eine Person » nie mit der « Moralischen Person » in eine verbale Verbindung bringt.

Insgesamt bleibt daher festzuhalten, daß bei der Begriffsbestimmung der Moralischen Person diese bloß bildhaften, die Moralische Person nicht tangierenden Bestimmungen außer Betracht bleiben <sup>(16)</sup>.

So sind die Regeln über die Moralische Person äußerst dürftig: Von ihr sprechen *expressis verbis* nur drei Paragraphen (§§ 26,

<sup>(15)</sup> Ebenso werden ungeborene Kinder u.U. « als Geborene *angesehen* » (§ 22), solche aus einer ungültigen Ehe sind in bestimmten Fällen « als eheliche *anzusehen* » (§ 160), die *universitas rerum* wird « als Eine Sache *angesehen* ... und wird als ein Ganzes *betrachtet* » (§ 302), der Verlierer einer Wette « ist als ein Geschenkgeber *anzusehen* » (§ 1270), um einige weitere, aber lange nicht alle Beispiele zu erwähnen.

<sup>(16)</sup> So auch SCHNIZER, *Person*, 152, der hierin Regelungen von Rechtsgemeinschaften erblickt; anders jedoch OSTHEIM, *Rechtspersönlichkeit*, 86, der diese Bestimmungen aufgrund der — vermeintlichen — Meinung späterer Autoren als solche über die « Moralische Person » wertet.

286, 529). Dazu verwenden fünf weitere das Synonym « Körper » (§§ 13, 559, 1023, 1454, 1472), auf einen von ihnen (§ 1472) verweist ein weiterer Paragraph (§ 1485).

Allerdings identifiziert das ABGB die Moralische Person nahezu mit der « Gemeinde », obgleich diese nur einen Unterfall der ersteren darstellt: So werden Regeln aufgestellt für die « Gemeinde oder eine *andere* moralische Person » (§ 529), für « Gemeinden und *andere* moralische Körper » (§ 1454), für die « Gemeinde und *andere* erlaubte Körper » (§ 1472) <sup>(17)</sup>.

Nimmt man Bestimmungen, die mit der Gemeinde *pars pro toto* <sup>(18)</sup> von der Moralischen Person handeln, zum Kreis der allgemeinen Bestimmungen über die Moralische Person hinzu, vergrößert er sich von den eben erwähnten neun Paragraphen (§§ 13, 26, 286, 529, 559, 1023, 1454, 1472, 1485) um drei weitere (§§ 288, 337, 1482) auf doch nur dürftige zwölf Paragraphen <sup>(19)</sup>.

Diese auffallende Kargheit <sup>(20)</sup> an gesetzlichen Regeln folgt aus zwei Komponenten. Die eine ist in der naturrechtlichen Kon-

<sup>(17)</sup> Vgl. auch § 559: « Ein Körper, eine Gemeinde ... ».

<sup>(18)</sup> Als Spezialfall ist die « Gemeinde » erfaßt in den §§ 21, 27, 189, 290, 539, 867. - Anders SCHNIZER, *Person*, 143 Fn. 3; dazu u. Fn. 21.

<sup>(19)</sup> Eine andere Zahl nennt SCHNIZER, *Person*, 143: Er spricht von « 15 ... Vorschriften (über) Rechtsverhältnisse juristischer Personen besonders », zählt hiezu aber (Fn. 1) nur 14 Paragraphen auf, allerdings als offenbar eigene « Vorschrift » die « Marginalrubrik vor § 26 ». Auf somit 14 Paragraphen kommt Schnizer, da er einerseits zu den hier erwähnten 12 Paragraphen die §§ 13, 1485 nicht rechnet, jedoch die aber in Fn. 18 genannten ohne die §§ 189, 290 hinzuzählt. Die §§ 189, 1485 erwähnt Schnizer überhaupt nicht, die §§ 13, 290 zählen mit den §§ 573, 646, 760, 802, 811, 1317 bei ihm zu jenen (a.a.O. Fn. 2), in welchen « Einrichtungen erwähnt werden, die als Rechtspersönlichkeit in Frage kommen ». Diese Wertung ist jedoch dem Gesetzestext allein nicht zu entnehmen: Die §§ 646 (Stiftungen) und 1317 (öffentl. Verpfändungsanstalten) gewinnen erst durch die verwiesenen politischen Vorschriften einen speziellen Inhalt, ähnlich § 760 (Kammer) und § 573 (Orden); daß die « Masse » der §§ 802, 811 im Sinne von « Nachlaß » Rechtspersönlichkeit besitzt, war nicht zeitgenössische Ansicht (vgl. u. bei Fn. 54). Schnizer subsumiert jedoch diese Bestimmungen unter den Begriff der « Juristischen Person », nicht den der « Moralischen Person », womit er eine spätere Deutung in das ABGB hineinragt.

<sup>(20)</sup> Vgl. etwa im BGB 68 Paragraphen (§§ 21 ff.), im ZGB 38 Artikel (52 ff.); das ZGB/DDR kennt zwar keine Regeln, doch hat hier die Lehre entsprechend ergänzt (J. GÖHRING - M. POSCH, *Zivilrecht*, I, Berlin-Ost 1981, 102 ff.).

zeption des Personenrechts zu sehen. Wie die Rechtsfähigkeit der physischen Person ergibt sich auch die der Moralischen Person nicht erst aus der positiven Rechtsordnung. Erstere folgt « aus dem Charakter der Persönlichkeit » (Marginale vor § 16), diese leitet sich aus dem « Verhältnisse einer moralischen Person » (Marginale vor § 26) als « erlaubte Gesellschaft » her, somit aus der Tatsache, daß sie nicht « verboten (ist) ... oder offenbar der Sicherheit, öffentlichen Ordnung oder den guten Sitten » (§ 26) widerspricht. Die Rechtsfähigkeit der physischen wie auch die der Moralischen Person ist vor-positivrechtlich, nämlich naturrechtlich, begründet; sie gleicht damit den angeborenen natürlichen Rechten der physischen Person (§ 16), die « so lange als bestehend angenommen (werden) », als nicht eine « gesetzmäßige Beschränkung », in diesem Falle die gesetzlich statuierte Unerlaubtheit, vorliegt (vgl. § 17).

Die zweite Ursache der geringen Anzahl an positiven Regeln über die Moralische Person im ABGB liegt in seiner Gesetzestechnik begründet. Dies einmal insoferne, als es die Moralischen den physischen Personen grundsätzlich gleichstellt und deren Regelungen unterwirft. Zum anderen benützt das ABGB hinsichtlich der « Gemeinden » das Mittel globaler Verweisungen auf andere Gesetze wie auf die « Landesverfassung » (§ 288), das « Staatsrecht », die « politischen Verordnungen » (§ 290) und vor allem die « politischen Gesetze » (grundsätzlich § 27, auch § 867).

## 2. *Der Begriff der Moralischen Person.*

Die Moralische Person besteht aus den « Mitglieder(n) einer erlaubten Gesellschaft », die « im Verhältnisse gegen Andere ... in der Regel gleiche Rechte mit den einzelnen Personen » genießen — soweit der grundlegende § 26. Mit der Differenzierung in einerseits « Kirchen », andererseits « Gemeinden und andere moralische Körper » (§ 1454) unterscheidet das ABGB geistliche und weltliche Moralische Personen.

Weitere Begriffsmerkmale ergeben sich aus den Regeln über die « Gemeinde ». Sie werden gleichfalls grundsätzlich in « geistliche Gemeinden » (§ 539) und, argumentum e contrario, weltliche Gemeinden unterschieden.

Unter dem Begriff « Gemeinde » versteht das ABGB keineswegs die Ortsgemeinde oder ein ähnliches territoriales Gebilde <sup>(21)</sup>. Ein solches ist freilich auch gemeint, wie es sich etwa im Zusammenziehen der Begriffe « Staats- und Gemeindegüter » bzw. « Staats- und Gemeindevermögen » zeigt (§ 290) <sup>(22)</sup>. Grundsätzlich gilt aber als « Gemeinde » eine Moralische Person, die als « Gemeinschaft », « Körper » <sup>(23)</sup> aus « Mitgliedern » (§§ 337, 1482), « Gliedern » (§§ 539, 867) besteht, durch « Stellvertreter » handelt (§ 867), über ein eigenes « Gemeindevermögen » bzw. über « Gemeindegüter » verfügen kann (§ 290) und von « weltlichen und (= oder) geistlichen Vorsteher(n) » (§ 189) geleitet wird.

Der Begriff der Moralischen Person des ABGB umfaßt somit allgemein als « erlaubte Gesellschaft » und insbes. als « Gemeinde » mit den eben beschriebenen Merkmalen stets nur organisierte Personenmehrheiten, die durch Organe handeln <sup>(24)</sup>. Nicht unter den Begriff fallen einfache Personenmehrheiten <sup>(25)</sup> und Rechtsgemeinschaften sowie Vermögensmassen mit Rechtspersönlichkeit <sup>(26)</sup>.

### 3. Juristische Person im ABGB?

Der Begriff der Moralischen Person des ABGB deckt sich nicht mit dem der Juristischen Person. Der Unterschied liegt darin,

<sup>(21)</sup> Die « Ortsgemeinde » im heutigen Verständnis wurde in Österreich erst 1848 begründet; vorher gab es nicht eine « Politische Gemeinde » (so SCHNIZER, 143, Fn. 3), sondern mehrere wie etwa die Katastralgemeinde, die Steuergemeinde, denen es aber an Selbstverwaltung ermangelte! Vor allem aus diesem Grund kann die « Gemeinde » des ABGB mit der Gemeinde im heutigen Sprachgebrauch nicht gleichgestellt werden.

<sup>(22)</sup> Es ist dies im Gegensatz zu SCHNIZER, *Person*, 143, Fn. 3, die einzige eindeutige Bestimmung über eine « Politische Gemeinde », da alle anderen bei Schnizer angeführten Bestimmungen (§§ 286, 288, 1457, 1472) durchaus auch auf die « geistlichen Gemeinden » wie z.B. Orden zu beziehen sind - insbes. die §§ 1454 und 1472, in denen auch von « Kirchen » die Rede ist.

<sup>(23)</sup> § 1023: Auf ihn verweist das ABGB-Register (wie Fn. 9) unter « Gemeinde »; vgl. auch die Ausdrücke « Gemeinde(n) » und andere moralische (bzw. erlaubte) Körper » in §§ 1454 bzw. 1472.

<sup>(24)</sup> So auch OSTHEIM, *Rechtsfähigkeit*, 86: Es « läge ... nahe », in § 26 « lediglich Korporationen » geregelt zu sehen; er erweitert jedoch um andere Personenmehrheiten, und zwar — vermeintlich — im Sinne Zeillers und Nippels.

<sup>(25)</sup> Anders OSTHEIM: vgl. o. Fn. 7.

<sup>(26)</sup> Anders SCHNIZER: vgl. u. Fn. 27.

daß die erstere nur eine von mehreren Erscheinungsformen der letzteren umfaßt, nämlich die Körperschaft. Anders als diese bildet aber die Moralische Person als solche bereits einen eigenen Rechtsbegriff; sie ist nicht wie die Körperschaft eine von mehreren Erscheinungsformen eines umfassenderen Rechtsinstituts.

Die weiteren Erscheinungsformen der Juristischen Person, Stiftung und Anstalt, sind zwar dem ABGB bekannt (§§ 646, 849), doch bringt es diese in keinerlei Verbindung zur Moralischen Person. Es kennt keine Regeln, welche in gleicher oder analoger Weise auf diese, die Stiftung und die Anstalt anzuwenden wären. Mehr noch: Es regelt Stiftung und Anstalt bewußt nicht, sondern überläßt sie den « politischen Verordnungen » (§ 646) <sup>(27)</sup>.

Dem ABGB ist daher nicht nur der Name « Juristische Person » fremd, sondern der Begriff <sup>(28)</sup>.

### III. LATEINISCHE UND ITALIENISCHE ABGB-TEXTE.

Die hier verwendeten Übersetzungen <sup>(29)</sup>, offizielle <sup>(30)</sup> wie nicht-offizielle <sup>(31)</sup>, bieten erstaunlicherweise in ihrer Wortwahl kein

<sup>(27)</sup> Mit dieser Verweisung ist noch nicht gesagt, daß die Stiftung als « Gegenstand des öffentlichen Rechts betrachtet wurde » (so SCHNIZER, *Person*, 155). Die Begriffe « Politische Gesetze » und « Öffentliches Recht » waren und sind nach heutigem Verständnis keineswegs ident: Sonst wäre z.B. das bäuerliche Erbrecht durch die Verweisung auf « politische Gesetze » in § 761 entgegen dem damaligen und heutigen Rechtszustand öffentliches Recht!

<sup>(28)</sup> Anders SCHNIZER, *Person*, 155, der davon spricht, « daß dem ABGB die faktische juristische Person bekannt ist ». Dieses Ergebnis läßt sich historisch und überdies auch nach Schnizers eigener Darstellung nicht halten: Er betont selbst, daß der österr. Rechtsordnung — nicht dem ABGB! — « Stiftungen und Anstalten als Rechtsträger bekannt waren », die er bekanntlich (vgl. oben Fn. 27) dem öffentlichen Recht zuweist. Was aber außerhalb des ABGB steht, sollte nicht mit einem seiner Inhalte zu einem ihm unbekanntem Begriff verschmolzen werden. Eben dies wird sich als Produkt der weiteren Entwicklung darstellen.

<sup>(29)</sup> Zu ABGB-Übersetzungen vgl. o. Fn. 3, 4.

<sup>(30)</sup> Lat. CCU = Codex civilis universalis pro omnibus terris hereditariis germanicis imperii austriaci, Vienna 1817; die Übertragung besorgte J. WINIWAR-TER aufgrund seiner in Fn. 31 angegebenen lat. ABGB-Ausgabe (Ellinger, Handbuch wie Fn. 186 in Fn.), so daß wenigstens für unser Thema die lat. ABGB-

einheitliches Übertragungsbild. Dies trifft vor allem auf das Verhältnis der Übersetzungen zum deutschen Text zu, sodann aber auch auf die italienischen Texte untereinander, die nicht alle gleich übersetzen. Vorweggenommen sei, daß Bertolini sowohl einen italienischen wie einen lateinischen Text kommentiert (siehe unten V), die zum Teil die deutschen Termini technici unterschiedlich wiedergeben, so daß auch eine Beziehung zwischen lateinischer und italienischer Übersetzung <sup>(32)</sup> hergestellt werden kann.

Der Ausdruck «Moralische Person» wird, begrifflicherweise, stets mit «*persona moralis*» bzw. «*persona morale*» wiedergegeben. Anders schon der Terminus «Gemeinde»: Die italienischen Texte verwenden dafür durchgehend «*comunità*» bis auf § 559, wo «*università*» steht; die lateinischen Fassungen hingegen übersetzen nur zum Teil mit «*communitas*» (§§ 27, 189, 529, 867, 1454, 1472, 1482), zu einem erheblichen Teil auch mit «*universitas*» (§§ 286, 288, 290, 337, 559).

Geradezu in bunter Vielfalt begegnet «Körper» in den Übersetzungen. Ins Lateinische ist dieser Ausdruck übertragen mit «*communitas*» (§ 13), «*corpus*» (§ 559), «*societas*» (§ 1472) und vor allem mit «*persona moralis*» (§§ 1023, 1454). Die offizielle italienische Übersetzung verwendet stets «*corporazioni*», andere zu §§ 13, 559 und 1023 «*comunità*», zu § 1472 «*società*» und zu § 1454 sogar «*persona morale*».

---

Ausgaben ident sind (CCUA = Winiwarter, Codex). - Ital.: Codice Civile Generale Austriaco. Edizione seconda e sola ufficiale, Milano 1815 (in bezug auf unser Thema in der ihr folgenden Ausgabe Wien 1877 keine Änderungen); ihr folgt ausdrücklich BASEVI, *Annotazioni* (wie Fn. 215), 12.

<sup>(31)</sup> Lat.: WINIWARTER, Codex wie Fn. 30, - Ital.: CCUA = Codice Civile Universale Austriaco, Wien 1815; mit ihr textlich ident: Codice Civile Universale Austriaco. Versione ufficiale colle citazioni delle leggi romane, Venezia 1816 (hier fehlen allerdings die Marginal-Rubriken; «*versione ufficiale*» seit 1823 — vgl. o. Fn. 4 — unrichtig). Offenbar der Ausgabe Wien 1815 folgen die Übersetzungen des Zeiller-Kommentars von BERTOLINI und CALDERONI, wie Fn. 73, 74, da sie im Gegensatz zur Ausgabe Venedig 1816 die Marginal-Rubriken mit abdrucken.

<sup>(32)</sup> Insbes. zu § 1028: S. in der Folge.

Anders betrachtet: Mit « *persona moralis/morale* » geben lateinische bzw. italienische Fassungen nicht nur den Ausdruck « Moralische Person » wieder, sondern auch « Körper », mit « *communitas/comunità* » nicht nur « Gemeinde », sondern gleichfalls « Körper »; überdies mit « *universitas* » nicht nur « Gemeinde », sondern auch « Gemeinschaft » (CCU § 1023).

Besonders anschaulich für die Übersetzungsvielfalt an sich und insbesondere im Gebrauch von « *persona moralis/morale* » sind die Übertragungen des Doppelausdrucks « Körper (Gemeinschaft) » in § 1023: Es steht « *persona moralis (universitas)* » (CCU) neben « *comunità (persona morale)* » (CCUA) und « *corporazione (unione)* » (CCGA)!

Nie wird jedoch der Ausdruck « Eine Person » mit « *persona moralis/morale* » oder einem ihrer Synonyme übersetzt; er ist stets wiedergegeben mit « *una (sola) persona* ». Daß hier nur ein Bild gebraucht wird, zeigen die lateinischen Übersetzungen: « ansehen » (§§ 361, 559), « halten » (§ 547) und « betrachten » (§ 559) werden stets mit « *habere* » wiedergegeben; im Italienischen steht « *considerare* » sowohl für « halten » (§ 547) als auch für « ansehen » (§ 559), sowohl dafür (§ 361) wie auch für « betrachten » (§ 559) « *riguardare* ».

Grundsätzlich bezeugt die Übersetzungs-Vielfalt den synonymen Gebrauch mehrerer Ausdrücke für den Begriff Moralische Person, wozu aber, wie eben erwähnt, der Terminus « Eine Person » nicht zählt, er dient nicht als Etikett der Moralischen Person. Sodann erweist die Übersetzung von « Gemeinde » mit auch « *universitas* » (Köperschaft), daß hierunter nicht spezifisch die Ortsgemeinde oder ein ähnliches Gebilde verstanden wird, sondern der Begriff darüber hinausgeht. Schließlich zeigen alle Übersetzungen, daß die Moralische Person gerade in ihren Synonymen als Personenmehrheit verstanden wird. Darauf deutet insbesondere das prägnante und in der offiziellen Übersetzung konsequent gebrauchte « *corporazioni* » hin, ebenso « *societas/società* » (CCU bzw. CCGA § 1472). Die Wiedergabe des Ausdrucks « einzelne Person » nicht bloß mit « *persona physica* » (CCU § 26), sondern im Lateinischen auch mit « *persona singola* » zeigt deutlich ein Gegenüberstellen der einzelnen Person zu mehreren Personen.

## IV. FRANZ VON ZEILLER.

Zeillers Auffassungen über das ABGB finden sich nicht bloß in seinem bekannten Kommentar <sup>(33)</sup>, sondern auch in einer meist unbeachteten Arbeit, die eine Art Kurzkomentar darstellt <sup>(34)</sup>. Dieser erschien 1816-1820, also nach dem « Commentar ». Beide Werke zusammen bieten ein vollständigeres Bild von Zeillers Auffassungen dar, als wenn man dieses nur auf den « Commentar » stützt.

I. *Die Moralische Person gemäß ABGB.*

Zeiller läßt manche Konturen der Moralischen Person deutlicher werden als das ABGB selbst. So grundsätzlich ihre vor-positivrechtliche Existenz: « ... eben dadurch, daß man sie im Staate bestehen läßt, (wird sie) des bürgerlichen Schutzes und der bürgerlichen Rechte teilhaft » <sup>(35)</sup>.

In stärkerem Maße als es dem Gesetze selbst entnommen werden kann, sind Zeiller die Bestimmungen über die « Gemeinde » einfach solche über die Moralische Person schlechthin. Dies trifft sowohl auf Bestimmungen zu, die mit der « Gemeinde » pars pro toto die Moralische Person ansprechen wie auch auf Spezialbestimmungen für die « Gemeinde » als Sonderfall der Moralischen Person: So identifiziert er « Gemeinde » mit « Gesellschaften, Gemeinheiten » (zu § 288) <sup>(36)</sup>, mit « einer Moralischen Person oder Gemeinheit » (zu § 337) <sup>(37)</sup>, mit « erlaubte(n) Gesellschaften und Gemeinschaften » (zu § 867) <sup>(38)</sup>, die « Gemeinden und anderen erlaubten

---

<sup>(33)</sup> F. v. ZEILLER, *Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch ...*, Wien-Triest 1811-1813.

<sup>(34)</sup> F. v. ZEILLER, *Abhandlung über die Principien des allg. bürgerl. Gesetzbuches ...*, I, in *Materialien f. Gesetzkunde und Rechtspflege in den Oesterr. Staaten* II, Wien 1802, 166 ff.; II, in: ebda III, 175 ff.; III, in: ebda IV, 163 ff.

<sup>(35)</sup> ZEILLER, *Comm.*, I, 129.

<sup>(36)</sup> ZEILLER, *Comm.*, II, 7. « Gemeinheit » auch zu § 27: ebda I, 133.

<sup>(37)</sup> ZEILLER, *Comm.*, II, 83.

<sup>(38)</sup> ZEILLER, *Comm.*, III, 25.



Körper» des § 1472 mit der «Moralischen Person»<sup>(39)</sup>. Der teils schon vom ABGB-Text vermittelte Eindruck, daß diese Ausdrücke gemeinsam mit den Bezeichnungen «Moralische Person» und «Körper» Synonyme sind<sup>(40)</sup>, erfährt damit eine Bekräftigung.

Näheren Aufschluß gibt Zeiller über jene Gebilde, die unter den Begriff «Gemeinde» subsumiert werden können. Grundsätzlich unterscheidet er «weltliche und geistliche Gemeinden» (zu §§ 27, 867)<sup>(41)</sup>. Zu den ersteren zählen «Städte, Märkte, Dörfer» (zu §§ 27, 867), «Municipalitäten», aber auch die «Staatsgesellschaft» (zu § 1472)<sup>(42)</sup>, ferner «Innungen, öffentliche Institute, Stiftungen» (zu § 867), «Armenanstalten» (zu § 1197), «Versorgungsanstalten» (zu § 1472)<sup>(43)</sup>; zu den geistlichen Gemeinden, «Kirchen und Corporationen» (zu § 290)<sup>(44)</sup>, «Kirchen und Klöster» (zu § 867)<sup>(45)</sup>.

Mit der Aufzählung von öffentlichen Instituten, Stiftungen, Armen- bzw. Versorgungsanstalten scheint Zeiller vom Begriff der Moralischen Person im Sinne des ABGB abzuweichen, da er ihm auch Vermögensmassen unterstellt. Doch handelt es sich nur um einen scheinbaren Widerspruch: Tatsächlich klammert auch Zeiller die Stiftungen aus dem Regelungsbereich des ABGB aus; überdies stellt er noch ausdrücklich fest, daß sie «in Hinsicht auf die Verwaltung der politischen ... Behörde» unterliegen (zu § 646)<sup>(46)</sup>.

«Versorgungsanstalten» (§ 1287: «Versorgungsfonds»!), so Zeiller ausdrücklich, «bilden Gesellschaften»<sup>(47)</sup>, keine Vermögensmassen mit Rechtspersönlichkeit.

Während das ABGB nur eine Verwandtschaft der Stiftungen mit den Familienfideikommissen erwähnt, schlägt Zeiller auch eine Brücke zwischen den Stiftungen und den Gemeinden. Jedoch

<sup>(39)</sup> ZEILLER, *Comm.*, IV, 220; ebenso zu §§ 1473, 1485: ebda, 223 f., 244.

<sup>(40)</sup> So auch ZEILLER, *Comm.*, III, 304 (zu § 1023).

<sup>(41)</sup> ZEILLER, *Comm.*, I, 132, bzw. ebda III, 25.

<sup>(42)</sup> ZEILLER, *Comm.*, I, 132, bzw. ebda III, 25, bzw. ebda IV, 220.

<sup>(43)</sup> ZEILLER, *Comm.*, III, 25, 554; ähnlich ebda IV, 222.

<sup>(44)</sup> ZEILLER, *Comm.*, II, 10 Fn. \*\*).

<sup>(45)</sup> ZEILLER, *Comm.*, III, 25.

<sup>(46)</sup> ZEILLER, *Comm.*, II, 578, 909.

<sup>(47)</sup> ZEILLER, *Comm.*, III, 692.

identifiziert er beide nicht; er erwähnt bloß den Fall, daß «Stiftlinge» eine «Gemeinde ... ausmachen» können (zu § 646) <sup>(48)</sup>, das heißt, daß als Stifter nicht nur eine physische, sondern auch eine Moralische Person auftreten darf.

Umgekehrt gedenkt er auch des Falls, daß eine Stiftung einer Personenmehrheit zustehen kann, nämlich einer «Familien-Gemeinschaft» <sup>(49)</sup>: Die Stiftung ist hier aber nur eines von mehreren möglichen, «einer Familie gemeinschaftlich zugestandene(n) Rechte(n)», somit wie diese im Sinne des ABGB eine Sache, aber keine (moralische) Person <sup>(50)</sup>.

Stiftungen und Anstalten sind demnach Zeiller keine Moralischen Personen, sondern vielmehr Einrichtungen, die einer Einzelperson oder einer Personenmehrheit oder insbesondere einer Moralischen Person, im Falle der erwähnten «öffentlichen Institute, Stiftungen» einer «Gemeinde», zugehören können.

Aufschluß über das Wesen der Moralischen Person geben auch Zeillers spärliche Zitate: Bei den grundsätzlichen Ausführungen über sie (zu § 26) verweist Zeiller auf ALR II 6 <sup>(51)</sup>; auf ALR I 7 §§ 24-40 bezüglich des redlichen Besitzes einer Gemeinde (zu § 337) <sup>(52)</sup>, auf Art. 619 CC sowie auf D 7 1 56 bezüglich der Dauer einer Personalservitut einer Moralischen Person (zu § 529) <sup>(53)</sup>. Hievon handelt ALR II 6. Titel «Von Gesellschaften überhaupt, und von Corporationen und Gemeinen (sic!) in Sonderheit», wobei «Gesellschaften überhaupt» allein durch «Verbindung mehrerer Mitglieder des Staats» (ALR II 6 § 1) entstehen; ALR I 7 §§ 26-39 (so das richtig zu stellende Zeiller-Zitat) bezieht sich auf «Corporationen und Gemeinen» als «Spezial»-Gesellschaften;

<sup>(48)</sup> ZEILLER, *Comm.*, II, 578.

<sup>(49)</sup> Zu § 849: ZEILLER, *Comm.*, II, 909.

<sup>(50)</sup> Damit entspricht Zeiller — im Sinne seines Verweises bei § 26 — dem ALR, das auch als Träger von Stiftungen Körperschaften annimmt (II 6 §§ 73, 193 ff.), und zwar in einer so engen Beziehung, daß nach Fortfall dieses Trägers die Stiftung an den Stifter oder seine Erben, in deren Ermangelung als «herrenlose Sache» (!) an den Staat fällt! - Als Beispiel für «öffentliche Institute» erwähnt Zeiller an anderer Stelle «Findel-, Waisen- oder Irrenhäuser» (zu § 189: *Comm.*, I, 411).

<sup>(51)</sup> ZEILLER, *Comm.*, I, 132 Fn. \*).

<sup>(52)</sup> ZEILLER, *Comm.*, II, 83 Fn. \*).

<sup>(53)</sup> ZEILLER, *Comm.*, II, 374 Fn. \*\*).

Art. 619 CC betrifft den Nießbrauch, der nicht « à des particuliers » (einzelnen Personen) zusteht, und D 7 1 56 die « municipia » (Gemeinden). Alle Zitate beziehen sich somit allein auf Personenmehrheiten, keines auf Vermögensmassen.

Vorausblickend auf die weitere Entwicklung sei noch der Frage nachgegangen, ob Zeiller dem Nachlaß vor der Erbserklärung Rechtspersönlichkeit zuerkennt. Es ist dies nicht der Fall <sup>(54)</sup>. Zeiller stellt zu § 811 eindeutig fest: « Vor der Erbserklärung wird die Verlassenschaft so betrachtet, als wenn sie noch von dem Verstorbenen besessen würde (§ 547) »; und zu § 547: Es « ... wird bis zur erfolgten (Erbs-) Erklärung noch immer der Verstorbene für den Eigentümer (der Verlassenschaft) gehalten, und inzwischen die Verlassenschaft in dessen Namen (!) von einem Curator verwaltet ... » <sup>(55)</sup>.

Insgesamt bestätigt Zeiller somit die Auffassung, daß der Begriff der Moralischen Person des ABGB nur Personenmehrheiten, nicht aber Vermögensmassen umfaßt.

## 2. Weitere Personenmehrheiten als Moralische Personen?

Im Gegensatz zum ABGB erweckt Zeiller jedoch den Anschein, als würde er einen weit größeren Kreis an Personenmehrheiten als Moralische Person betrachten. Ausdrücklich auf diese bezieht sich nämlich Zeiller bei einigen Bestimmungen des ABGB über Personenmehrheiten, welche dieses weder mit dem Ausdruck « Moralische Person » noch mit einem seiner Synonyme etikettiert.

### a) « Eine Person », eine « Classe von Personen ».

Zu § 361, wo nach ABGB « die Miteigentümer für eine einzige Person angesehen (werden) », bemerkt Zeiller, daß die Miteigentümer « über das Ganze ... nur gemeinschaftlich, als Eine Mora-

---

<sup>(54)</sup> So jedoch SCHNIZER, *Person*, 143, durch die Zitierung der §§ 802, 811 in Fn. 2 (vgl. o. Fn. 19): Hier ist Zeiller gerade zu § 811 — siehe im folgenden Text — sehr deutlich.

<sup>(55)</sup> ZEILLER, *Comm.*, II, 851 bzw. 406.

<sup>(56)</sup> ZEILLER, *Comm.*, II, 121 bzw. 906.

lische Person betrachtet, verfügen » können; und fast gleichlautend zu § 847, obgleich dieser den Ausdruck « Person » gar nicht verwendet: « Solange eine Gemeinschaft [dinglicher Rechte] noch ungeteilt besteht, ist sie als Eine (Moralische) Person zu betrachten », wozu er ausdrücklich auf § 26 verweist <sup>(56)</sup>. - Es ist nicht zu übersehen, daß Zeiller hier, insbesondere durch die Klammer im Passus zu § 847, die Ausdrücke « Eine Person » und « Moralische Person » gleichsetzt. Ist für Zeiller demnach die « Eine Person » doch stets eine Moralische Person?

Wohl nicht. Hätte es Zeiller auf eine derartige Identifikation angelegt, wäre der Ausdruck « Eine Person » dort zu kommentieren gewesen, wo das Gesetz davon spricht. Dies ist aber nicht geschehen: dreimal nicht im « Commentar » (zu §§ 547, 559, 828), während in der « Abhandlung » Zeiller den Ausdruck « Eine Person » in § 547 mit der Wendung entschärft, daß in Bezug auf den Erblasser die Erben « Seine Person vor(stellen) » <sup>(57)</sup>. Zu § 559 hält Zeiller überdies fest, was unter dem Ausdruck « Eine Person » zu verstehen sei: entweder eine Moralische Person oder ein « Inbegriff von Personen » wie etwa « die Armen » <sup>(58)</sup>. Die Absicht, in der Wendung « Eine Person » stets eine « Moralische Person » zu verstehen, lag ihm ferne.

Daraus folgt weiters, daß Zeiller mit dem Ausdruck « Moralische Person » großzügig umgeht. Diese Ansicht stützt seine Kommentierung des § 651, wo der Fall geregelt ist, daß ein Legat « einer gewissen Classe » von Personen, als « Verwandten, Dienstpersonen oder Armen » ausgesetzt wird. Zeiller verwendet hiezu im Commentar die Wendung « die Classe von Personen (die moralische Person) » ... Dieser Anschein einer Gleichsetzung, d.h. der Ausweitung des Begriffs Moralische Person auf jede « Classe von Personen », trägt, da Zeiller selbst sofort von der « Wahl der einzelnen Personen », denen das Legat zugute kommen soll, spricht und außerdem « Verwandte, Dienstpersonen oder Arme » wahrlich keine Moralische Person im Sinne des § 26 ausmachen.

---

<sup>(57)</sup> ZEILLER, *Abhandlung*, I, 194: Hier empfängt man geradezu den Eindruck, Zeiller korrigiere den ABGB-Text von « Eine » auf « Seine Person »!

<sup>(58)</sup> ZEILLER, *Comm.*, II, 427.

b) *Die Rechtsgemeinschaft.*

Als Hauptfrage gilt es nun zu klären, ob die Rechtsgemeinschaft für Zeiller eine Moralische Person ist. Für die Beantwortung gewinnt die Identifikation « Eine Person » mit Moralische Person für die §§ 361, 847 an Gewicht, denn wir werden an den bloß illustrativen Gebrauch der Wendung « Eine Person » im ABGB erinnert. Dies umso mehr, als tatsächlich das dort hiezu Gesagte nunmehr zu wiederholen ist, und zwar bezüglich des Sprachumfeldes (s.o. II/2): Die Rechtsgemeinschaft wird von Zeiller in den §§ 361, 847 nur als « Eine Person » « *betrachtet* », sie « ist » keine solche — damit aber auch keine Moralische Person, da die beiden Ausdrücke hier ja verschmolzen sind. Zeiller bedient sich derselben Technik wie das ABGB, er will ein einprägsames Bild zeichnen: zu § 361, um die Verfügungsgewalt über die Anteile deutlich von jener über das gesamte Miteigentumsobjekt zu unterscheiden; zu § 847, um die gemeinsame Verfügungsgewalt vor Teilung von jener nach Teilung abzuheben. Es fällt auf, daß dieses Bild nur für spezifische Aussagen verwendet wird, nicht aber für das Rechtsinstitut, die Rechtsgemeinschaft insgesamt! Es ist Zeiller also gar kein Anliegen, eine grundsätzliche Aussage dahingehend zu machen, daß die Rechtsgemeinschaft, da « Eine Person », als eine Moralische Person zu gelten habe.

Diese Technik, ein grundsätzliches Bild nur für eine Detailfrage zu gebrauchen, verwendet Zeiller übrigens auch anderswo<sup>(59)</sup>: Ehegatten werden nach Zeiller « gleichsam nur als Eine Person *betrachtet* », womit er bloß die Schwägerschaft erklären will; allein bei der Gütergemeinschaft unter Ehegatten spricht er von einer « Einheit der Person » beider Ehegatten. Nie aber bilden diese eine Juristische Person, schon gar nicht im Ehegüterrecht einschließlich der Gütergemeinschaft, die eine bloße Rechtsgemeinschaft ist.

Kurzum: Wie das ABGB gebraucht auch Zeiller den bildhaften Ausdruck « Eine Person », geht aber zur Verdeutlichung noch einen Schritt weiter und verwendet den gesetzlich bestimmten und somit eindeutigeren Begriff der Moralischen Person als wei-

<sup>(59)</sup> ZEILLER, *Comm.*, I, 160 bzw. ebda III, 606.

teren Vergleich — nicht aber als übergeordneten Begriff! - Diese Wortinterpretation bestätigt Zeiller in seiner « Abhandlung »: Obwohl er auch hier davon spricht, daß die « vereinigten Mitglieder [einer Rechtsgemeinschaft] ... Eine Person *vor(stellen)* » <sup>(60)</sup>, hält er klar auseinander, daß dingliche Rechte « von einzelnen physischen oder moralischen Personen, als auch von mehreren ungeteilt, in Gemeinschaft erworben werden (können) » <sup>(61)</sup>. Moralische Person und Rechtsgemeinschaft sind zwei verschiedene Arten von Personenmehrheiten, letztere daher auch für Zeiller keine Moralische Person.

c) *Die Erwerbsgesellschaft.*

Im sprachlichen Gegensatz zum ABGB findet Zeiller im « Commentar » (zu §§ 1201 f.) <sup>(62)</sup> weiters, « daß einer erlaubten Erwerbsgesellschaft, als einer Moralischen Person überhaupt, gleiche Rechte und Verbindlichkeiten gegen andere physische und moralische Personen, wie den einzelnen physischen Personen gegeneinander zukommen ». Der Wortlaut ist eindeutig: Die « erlaubte Erwerbsgesellschaft » gilt als « Moralische Person überhaupt ». Da es keine « unerlaubten » Erwerbsgesellschaften gibt <sup>(63)</sup>, wäre die Schlußfolgerung allein aus diesem Satz die: Erwerbsgesellschaften sind Moralische Personen. Den Anschein dieser Identifikation verstärkt der Umstand, daß Zeiller zu den §§ 1201 f. das zu § 26 Gesagte fast wiederholt. Wäre es aber tatsächlich Zeillers Auffassung, daß eine Erwerbsgesellschaft eine Moralische Person darstellt, stünden mit ihr zahlreiche andere Äußerungen Zeillers in einem krassen Widerspruch. So einmal sein Verweis auf ALR II 6 zu § 26, der just einen Verweis auf die dortigen Regelungen über die « Gesellschaft » darstellt! Dieser aber spricht das ALR die Eigenschaft einer Moralischen Person ausdrücklich ab (II 6 § 13)! Einen noch gewichtigeren Einwand gegen seine eigene Auffassung stellen aber zahlreiche Ausführungen Zeillers dar, denen zu entnehmen ist,

---

<sup>(60)</sup> ZEILLER, *Abhandlung*, II, 186.

<sup>(61)</sup> ZEILLER, *Abhandlung*, II, 185.

<sup>(62)</sup> ZEILLER, *Comm.*, III, 560.

<sup>(63)</sup> ZEILLER, *Comm.*, III, 529.

daß es der Erwerbsgesellschaft jeglicher Rechtssubjektivität ermangelt: Grundsätzlich handelt es sich beim « Gesellschafts- (Societäts-) Vertrag » um « einen Vertrag über eine Gemeinschaft der Güter », wodurch eine « Vertragsgemeinschaft » unter ausdrücklichem Hinweis auf « (§ 825) » entsteht <sup>(64)</sup> — also eine Rechtsgemeinschaft, von der wir schon wissen, daß sie für Zeiller keine Moralische Person darstellt. Folgerichtig ist für ihn die Gesellschaft auch nie Eigentümerin des « Gesellschaftsvermögens » (§ 1215), dieses steht vielmehr im « gemeinschaftlichen Eigentum » der Gesellschafter, der « Hauptstamm ... ist ein ausschließendes Eigentum derjenigen, welche ihn herbeigeschafft haben... », es wird jeder Gesellschafter « nach seinem Anteile berechtigt und verpflichtet », ausgenommen bei ausdrücklich zu vereinbarenden Korrealität <sup>(65)</sup>. Ein eigenes, allein der Gesellschaft als Rechtsperson zurechenbares Vermögen ist Zeiller unbekannt, — dies auch in seiner « Abhandlung » just zu den §§ 1201 f., zu denen er im « Commentar » von der Gesellschaft als Moralischer Person spricht <sup>(66)</sup>: « Rechte und Verbindlichkeiten, welche sich auf die Gesellschaft ... beziehen, treffen die Mitglieder nach ihren Anteilen »! Mit dieser abermaligen Erläuterung der §§ 1201 f. widerspricht Zeiller seiner ersten in seinem « Commentar »; nach der letzten Kommentierung kann die Erwerbsgesellschaft keine Moralische Person sein. Der anscheinend so eindeutigen Aussage Zeillers zu §§ 1201 f. in seinem « Commentar » steht damit eine ebenso eindeutig andere gegenüber, die noch dazu durch zahlreiche Äußerungen und den ALR-Verweis im « Commentar » gestützt wird und überdies, da jüngeren Datums, « aus letzter Hand » stammt. - Wie erklärt sich dieser Widerspruch? Die Beziehung zwischen Moralischer Person und Erwerbsgesellschaft bereitet im « Commentar », anders als die dort zwischen Moralischer Person und Rechtsgemeinschaft hergestellte, größere Schwierigkeiten, da in bezug auf die Erwerbsgesellschaft ein Zeitwort fehlt, das wie bei der Rechtsgemeinschaft darlegen könnte, daß sich Zeiller nur eines

---

<sup>(64)</sup> ZEILLER, *Comm.*, III, 528 f.; Verweis auf § 825 auch ebda. 535.

<sup>(65)</sup> ZEILLER, *Comm.*, III, u.a. 535, 548, 563.

<sup>(66)</sup> ZEILLER, *Abhandlung*, III, 165 f.

Bildes bedient. Sieht man von diesem Mangel ab, lassen sich die zur Rechtsgemeinschaft als Quasi-Moralische-Person gezogenen Schlüsse durchaus auf die Erwerbsgesellschaft übertragen: Es begegnet dann auch hier die schon von der Rechtsgemeinschaft bekannte Technik, nicht das Rechtsinstitut insgesamt, sondern nur einen Teilaspekt mit der Figur der Moralischen Person erklären zu wollen; insbesondere bei der Definition der Erwerbsgesellschaft (§ 1175) findet sich von Zeiller kein Hinweis auf die Moralische Person, er charakterisiert diese vielmehr als «gesellschaftlichen Verein», «Vertragsgemeinschaft»<sup>(67)</sup>. Dieser Gleichklang ist an sich für ein und denselben Autor kein Zufall. Es liegt aber eine Zufälligkeit umso weniger vor, als für Zeiller «Gemeinschaft» und «Gesellschaft» so eng nebeneinanderliegen<sup>(68)</sup>, daß bei der Erläuterung des Gesellschafts-Hauptstücks «zugleich auf das Analoge ... von der Gemeinschaft des Eigentums Rücksicht zu nehmen (war)»<sup>(69)</sup>.

Die der Gleichsetzung Moralische Person - Erwerbsgesellschaft widersprechenden Sachausführungen zur letzteren im «Commentar» selbst, die andere Kommentierung der §§ 1201 f. in Zeillers «Abhandlung», die aber eben diesen Sachausführungen völlig entspricht, und seine enge Zusammenschau der Erwerbsgesellschaft mit der Rechtsgemeinschaft lassen den Schluß zu, daß Zeiller mit der nur vereinzelt Gleichsetzung ebenso wie hinsichtlich der Rechtsgemeinschaft keine begriffliche Wertung der Erwerbsgesellschaft als Moralische Person vornehmen, sondern nur ein einprägsames Bild für bestimmte Rechtswirkungen, nämlich für das «Verhältnis gegen Nichtmitglieder» (Marginale vor § 1201) zeichnen wollte. Demnach bildet die Erwerbsgesellschaft wie schon nach ABGB, so auch für Zeiller keine Moralische Person<sup>(70)</sup>.

Der Begriff der Moralischen Person bei Zeiller deckt sich somit mit dem des ABGB: Er umfaßt bloß die Körperschaft.

<sup>(67)</sup> ZEILLER, *Comm.*, III, 528 f., auch u.a. 542, 545.

<sup>(68)</sup> Vgl. BRAUNEDER, *Gesellschaft*, 31; ferner den eben zitierten Ausdruck «Vertragsgemeinschaft» (s.o. wie Fn. 67).

<sup>(69)</sup> ZEILLER, *Abhandlung*, III, 164.

<sup>(70)</sup> Wer diesem Schluß nicht folgt, für den stehen in bezug auf §§ 1201 f. zwei widersprechende Kommentierungen Zeillers einander gegenüber.



### 3. Zeillers « Juridische Person ».

Wie dem ABGB ist Zeiller der Begriff der Juristischen Person als ein Körperschaften, Anstalten und Stiftungen umfassendes Rechtsinstitut unbekannt. Dies zeigt sich bei Zeiller neben der Verwendung des Begriffes der Moralischen Person insbesondere darin, daß er den Ausdruck « Juridische Person » an einer vereinzelt Stelle in einem anderen Sinn gebraucht. Die Bestimmung des § 547, wonach Erbe und Erblasser « in Beziehung auf einen Dritten für eine Person gehalten (werden) », verdeutlicht Zeiller folgendermaßen: Der Erbe stelle « in Beziehung auf einen Dritten (nicht aber auch in Beziehung auf sein eigenes Rechtsverhältnis zu dem Erblasser § 802) dessen (Juridische) Person vor (§ 16) » <sup>(71)</sup>. An dieser Formulierung fällt insbesondere auf, daß Zeiller diese Juridische Person durch den Hinweis auf § 16 als physische Person, nicht aber als Moralische Person wertet. Der Ausdruck dient ihm offenbar dazu, eine Fiktion zu formulieren.

### V. ITALIENISCHE ÜBERSETZUNGEN VON ZEILLERS « COMMENTAR ».

Aus gleichem Grund wie das ABGB an seinen Übertragungen in u. a. das Italienische <sup>(72)</sup>, seien Zeillers Aussagen anhand italienischer Übersetzungen, und zwar durch die Juristen Bertolini <sup>(73)</sup> und Calderoni <sup>(74)</sup>, überprüft. Beiden Übersetzungen kann bescheinigt werden, daß sie äußerst genau übertragen; sie stellen nicht etwa Bearbeitungen dar oder enthalten Richtigstellungen. Abweichungen untereinander und zum (deutschen) Zeiller-Kommentar finden sich nur selten. Da solche aber nicht bewußt angebracht sind, erhöht sich der Wert der Übersetzungen als Hilfsmittel zum Verständnis sowohl des ABGB als auch von Zeillers Kommentar.

<sup>(71)</sup> ZEILLER, *Comm.*, II, 405.

<sup>(72)</sup> Vgl. oben I.

<sup>(73)</sup> B. BERTOLINI, *Commentario sopra il codice civile universale della Monarchia Austriaca di Francesco Nobile de Zeiller*, I-IV, Venezia 1815-1816.

<sup>(74)</sup> F. CALDERONI, *Commentario sopra il codice civile universale austriaco del signor Francesco de Zeiller*, I ff., Venezia 1815.

Sie erfüllen insoferne dieselben Funktionen wie jene deutschen Autoren, die bewußt Zeillers Meinung in andern Worten wiedergeben (s.o.).

Der abweichende Wortlaut an sich unterstützt etwa den weiten Gemeinde-Begriff des ABGB: « Gemeinde » und « Gemeinheit » sind bei Bertolini in gleicher Weise « comunità », bei Calderoni « comuni » (zu § 27) <sup>(75)</sup>; die « geistlichen Gemeinden » für Bertolini « comunità ecclesiastiche » (zu § 27) bzw. « religiose » (zu § 867), bei Calderoni « società ecclesiastiche » (zu § 27), aber auch « comuni ecclesiastiche » (zu § 867) <sup>(76)</sup>.

Ein besonderes Gewicht erhält die wortwörtliche Übertragung dort, wo sie zu ABGB-Paragraphen mit vom Deutschen abweichenden italienischen Fachausdrücken steht <sup>(77)</sup>, was einen weiteren Hinweis auf die Austauschbarkeit und damit synonyme Verwendung bestimmter Termini abgibt. So werden Zeillers Ausführungen über die Moralische Person zu § 1472, der bloß von « Gemeinden und anderen Körpern » spricht, dem italienischen Gesetzestext nach auf « comunità, e di altre lecite società » bezogen <sup>(78)</sup>. Daß Zeiller zu § 1023 gleichfalls über die Moralische Person schreibt, obwohl hier von « Körper (Gemeinschaft) » die Rede ist, erfährt seine Rechtfertigung nunmehr darin, daß diese Ausführungen hier <sup>(79)</sup> auf « comunità (persona morale) » bezogen werden. Bertolini stellt seine Übersetzung überdies nicht nur in bezug zu einem italienischen, sondern auch einem lateinischen ABGB-Text, so daß zu § 1023 gleichzeitig eine Kommentierung der Ausdrücke « persona moralis (universitas) » erfolgt.

Diese Kommentierung sowohl eines italienischen wie eines lateinischen ABGB-Textes zeigt überdies, daß das ABGB und Zeiller mit der Wendung « Eine Person » und dieser mit seiner Steigerung zu « Einer Moralischen Person » nur ein Bild gebrau-

<sup>(75)</sup> BERTOLINI, *Commentario*, I, 124; CALDERONI, *Commentario*, I, 109.

<sup>(76)</sup> BERTOLINI, *Commentario*, I, 124; III/1, 26; CALDERONI, *Commentario*, I, 109; IV, 22.

<sup>(77)</sup> Dazu oben III.

<sup>(78)</sup> BERTOLINI, *Commentario*, IV, 190.

<sup>(79)</sup> BERTOLINI, *Commentario*, III/1, 272 f.; CALDERONI, *Commentario*, IV, 241.

chen, da die deutschen Worte in ihrer italienischen Übersetzung stets dem Lateinischen «habere» gleichgestellt werden <sup>(80)</sup>. Die Bildhaftigkeit der Wendung «Eine Person» bei Zeiller unterstreicht Calderoni überdies an anderer Stelle (zu § 41), wo er diese von Zeiller gebrauchte Wendung nicht mit «una sola persona» wiedergibt, sondern mit «quasi come la medesima persona coll'altro» <sup>(81)</sup>.

Die Auffassung, daß Zeiller auch zu §§ 1201 f. mit dem Ausdruck «als eine Moralische Person» nur ein Bild für eine bestimmte Rechtsfolge im Gesellschaftsverhältnis verwendet, obwohl ein darauf hindeutendes Zeitwort fehlt <sup>(82)</sup>, bestätigt gleichfalls Calderoni: Die Miteigentümer in § 361, die Zeiller «als Eine Moralische Person betrachtet» und Bertolini demgemäß «considerati come una persona morale», sind Calderoni zeitwortlos «come una persona morale» <sup>(83)</sup> wie zu §§ 1201 f.!

Schließlich zeigen beide Übersetzungen, daß der von Zeiller eher beiläufig verwendete Ausdruck «Juridische Person» noch — 1815 — keinen etablierten Begriff darstellt; er wird einmal mit «persona giuridica», einmal mit «persona legale» wiedergegeben <sup>(84)</sup>.

## VI. DEUTSCH-ÖSTERREICHISCHE JURISTEN DES VORMÄRZ.

Die deutsch-österreichischen Juristen des Vormärz stellen eine sehr heterogene Gruppe dar. Einige von ihnen bezwecken mit ihren Arbeiten «lediglich die Verbreitung der Kenntniß der in das bürgerliche Leben eingreifenden Gesetze» <sup>(85)</sup>, und zwar durchaus im Lichte der Erläuterungen Zeillers. So etwa gesteht Scheidlein, «den von Zeiller'schen Commentar häufig benutzt und an vielen Stellen ausgezogen (= exzerpiert) zu haben» <sup>(86)</sup>.

<sup>(80)</sup> BERTOLINI zu §§ 361, 547, 559: *Commentario*, II/1, 112; II/2, 29, 48.

<sup>(81)</sup> CALDERONI, *Commentario*, I, 130.

<sup>(82)</sup> Vgl. oben IV/2/c.

<sup>(83)</sup> CALDERONI, *Commentario*, II, 101.

<sup>(84)</sup> BERTOLINI, *Commentario*, II/2, 30; CALDERONI, *Commentario*, III, 25.

<sup>(85)</sup> NIPPEL, *Handbuch*, wie Fn. 140, III.

<sup>(86)</sup> So SCHEIDLEIN, *Handbuch*, wie Fn. 88, I, III; ähnlich auch: LINDEN, *Recht* (wie Fn. 102), I, V; NIPPEL, *Erläuterung*, I, VI.

Diese bescheidene Zielsetzung eines bloßen Berichts führt dazu, daß dort, « wo die Worte des Gesetzes ohnehin deutlich genug sind, um auch von dem Nicht-Juristen verstanden zu werden, ... selbe gänzlich beibehalten (werden) »<sup>(87)</sup>. Ähnlich schlägt sich die Anlehnung an Zeiller nieder, da seine Ausführungen fast oder präzise wortwörtlich wiederholt zu werden pflegen, und zwar gerade auch in unserem Themenbereich<sup>(88)</sup>. Dieses Naheverhältnis erweckt den Eindruck unfruchtbarer Nachahmung, erweist sich jedoch dann als interessant, wenn Zeillers Wort variiert, seine Ausführungen in ähnlichen, aber doch anderen Wendungen wiedergegeben werden. Zeillers Epigonen zeigen daher nicht bloß, daß seine Sicht des ABGB als maßgebend galt, sondern vor allem, wie er von seinen Zeitgenossen verstanden worden war. Von ihnen unterscheiden sich jene Autoren, die zwar der exegetischen Methode verbunden bleiben<sup>(89)</sup>, sich aber nicht von Vorbildern, wie vor allem von Zeiller, leiten lassen. So hält Schuster Zeillers Kommentar für « institutenmäßig », dem er einen « pandektenartigen Kommentar », « dem Geschäftsmann ein Hilfsbuch », zur Seite stellen möchte<sup>(90)</sup>. Winiwarter wieder betont, daß die neuere Gesetzgebung und Literatur verarbeitet werden müsse<sup>(91)</sup>.

### I. Georg v. Scheidlein.

Bei ihm läßt sich das Vorbild Zeillers, das sprachliche Variieren und auch Vereinfachen seiner Aussagen besonders gut darlegen. So werden zum Teil direkter als bei Zeiller Bestimmungen, die nicht von der Moralischen Person sprechen, sondern hierfür Synonyme verwenden, ausdrücklich für jene vereinnahmt<sup>(92)</sup>,

(87) NIPPEL, *Handbuch*, III.

(88) Z.B. SCHEIDLEIN zu §§ 26, 361, 559, 847, 867, 1023, 1201 f. (*Handbuch*, I, 21 f.; ebda II, 43, 160, 325, 338, 451, 558); vgl. ferner anhand der folgenden Ausführungen.

(89) SCHUSTER, *Kommentar* (wie Fn. 113), XIX.

(90) SCHUSTER, *Kommentar*, VIII, XX f.

(91) WINIWARTER, *Erläuterung*, I (wie Fn. 164), VII.

(92) Zu § 1023: G. SCHEIDLEIN, *Handbuch des österreichischen Privatrechts*, Wien-Triest 1814, II, 451; zu § 1485: DERS., *Handbuch*, III, 102, wo er die in § 1472 aufgezählten « Gemeinden und andere erlaubte Körper » als Moralische Personen anspricht.

ebenso Gesetzesstellen, die sich dem Wortlaut nach nur auf die Gemeinde beziehen <sup>(93)</sup>.

Deutlicher als bei Zeiller <sup>(94)</sup> zeigt sich auch, daß die Wendung « Eine Person » nur als Bild verstanden wird, da Scheidlein die beiden ersten Sätze des § 547 miteinander zu einem Satz verknüpft: In Bezug auf die Erbschaft stelle der Erbe nach ihrer Annahme « den Erblasser vor, so daß beyde ... für eine Person gehalten werden » <sup>(95)</sup>. Bildhafte Wendungen sind aber meist nicht nach Scheidleins Geschmack. Eine « Classe von Personen » (§ 651) charakterisiert er mit « z.B. Verwandte, Dienstpersonen oder Arme » <sup>(96)</sup>, macht also deutlich, daß es sich hier um keine Moralische Person handelt, eine Aussage, die bei Zeiller entgegen der von ihm gebrauchten Wendung Moralische Person erst durch Interpretation zu gewinnen war <sup>(97)</sup>.

Ebenso unterläßt es Scheidlein, zu § 361 die Miteigentümer wie Zeiller als Moralische Person zu bezeichnen, sondern verwendet wie der Gesetzestext bloß den Ausdruck « Eine Person » <sup>(98)</sup>. Während hier die Verkürzung der Zeiller'schen Ausführungen Scheidlein gesetzestreuer als sein Vorbild formulieren läßt, scheint er mit einer anderen Verkürzung gerade zu dieser gesetzestreuen Sicht in krassen Widerspruch zu kommen: Bei § 847 übertrifft er nämlich Zeiller insoferne, als er dessen bildhafte (« betrachten ») Erklärung der Rechtsgemeinschaft als « Eine (Moralische) Person » zu einer Identifikation « als ... einer Moralischen Person » verstümmelt <sup>(99)</sup>. - Dieselbe Wendung übernimmt Scheidlein von Zeiller schließlich auch bei der Erklärung des Außenverhältnisses der Erwerbsgesellschaft (zu §§ 1201 f.) <sup>(100)</sup>, wobei er noch auf « Gesellschaft » schlechthin verkürzt.

Das Plagiat springt in beiden Fällen stark ins Auge, und zwar durch die Übernahme weiterer Sätze sowie durch die gemeinsame

<sup>(93)</sup> Wie Fn. 92 zu § 1485, ferner zu § 867: SCHEIDLEIN, *Handbuch*, II, 338.

<sup>(94)</sup> Siehe oben IV/2 a.

<sup>(95)</sup> SCHEIDLEIN, *Handbuch*, II, 153.

<sup>(96)</sup> SCHEIDLEIN, *Handbuch*, II, 219.

<sup>(97)</sup> Siehe oben IV/2 a.

<sup>(98)</sup> SCHEIDLEIN, *Handbuch*, II, 121.

<sup>(99)</sup> SCHEIDLEIN, *Handbuch*, II, 325; zu Zeiller siehe oben IV/2 b.

<sup>(100)</sup> SCHEIDLEIN, *Handbuch*, II, 558.

Kommentierung der §§ 1201 f. Das bei Zeiller Gesagte — die Moralische Person diene nur als bildhafter Vergleich — gilt somit auch hier, und zwar umso mehr, als Scheidlein die Rechtsgemeinschaft zu § 361, anders als Zeiller, nicht als Moralische Person etikettiert.

Besonders deutlich macht Scheidlein durch seine selbständige Kommentierung des § 646 <sup>(101)</sup>, daß «Stiftungen» als «gemeinnützige Anstalten» nicht zum Begriff der Moralischen Person zählen.

In der Regel einfacher als seinem Vorbild Zeiller ist daher auch Scheidlein zu entnehmen, daß nur Körperschaften als Moralische Person gelten.

## 2. *Joseph Linden.*

Bei Linden <sup>(102)</sup> wird erstmals ersichtlich, daß § 26 einen doppelten Ansatz für das Verständnis seines Inhalts bietet, nämlich die «Moralische Person» der Marginalrubrik und die «erlaubte Gesellschaft» des Textes. Linden geht offenbar von letzterem aus und verweist sogleich auf die Erwerbsgesellschaft der §§ 1175 ff. <sup>(103)</sup>. Dazu scheint ihm seine gemeinrechtliche Zielsetzung <sup>(104)</sup> zu verleiten: Von den zu § 26 angeführten Stellen aus dem Corpus Iuris Civilis <sup>(105)</sup> beziehen sich zahlreiche auch auf die *societas* <sup>(106)</sup>. Aus ihnen und der Tatsache, daß er § 27 nicht eigens erläutert, geht weiters hervor, daß er zwischen Moralischer Person und ihrem Spezialfall Gemeinde ähnlich Zeiller nicht scharf trennt. Dieser Eindruck bestätigt sich in der Folge: Der Bezug der §§ 286 und 529 auf die Moralische Person und auf die Gemeinde ist ihm

<sup>(101)</sup> SCHEIDLEIN, *Handbuch*, II, 215 f.

<sup>(102)</sup> J. LINDEN, *Das früher in Oesterreich übliche gemeine und einheimische Recht nach der Paragraphenfolge des neuen bürgerlichen Gesetzbuches*, I-III, Wien-Triest, 1815-1820.

<sup>(103)</sup> LINDEN, *Recht*, I, 14.

<sup>(104)</sup> Vgl. Titel wie Fn. 102.

<sup>(105)</sup> D 3 4 1 1, 2; D 3 4 6 3; D 3 4 7 1; D 3 4 9; D 47 22; C 1 3; etc.

<sup>(106)</sup> Inst. 1 3 25; D 46 1 22.

ein solcher bloß auf erstere, obwohl er unter anderem auf municipia bezogene Digestenstellen anführt<sup>(107)</sup>. Besonders deutlich wird diese Identifikation bei § 337, dessen « Besitz einer Gemeinde » Linden auf « Gesellschaftsgüter » bezieht, was abermals seine Zitate bekräftigt, da ein Teil die Gemeinde, ein anderer die Gesellschaft betrifft<sup>(108)</sup>.

Die gemeinrechtliche Ausrichtung bringt es auch mit sich, daß er der « Einen Person » keine allzugroße Aufmerksamkeit zollt. Die Miteigentümer bilden nicht « Eine Person » wie nach den §§ 361 und 828, sondern sind erklärt als « Gemeinschaft pro indiviso », welcher eine communio, ein condominium zustehe<sup>(109)</sup>. Hingegen müsse die Moralische Person sehr wohl als « Eine Person angesehen werde(n) » (zu § 559)<sup>(110)</sup>. Die Rechtsgemeinschaft stellt somit für Linden keine Moralische Person dar. Ebenso zählt zu ihr nicht die « hereditas iacens », da sie in Übersetzung der zentralen Digesten-Zitate<sup>(111)</sup> « durch eine Fiktion als Person des Erblassers betrachtet » wird.

Linden entspricht insgesamt dem bisherigen Bild, allerdings mit der gewichtigen Ausnahme, daß er die Erwerbsgesellschaft ausdrücklich als Gesellschaft/Moralische Person ansieht. Dies geschieht allerdings ausschließlich in seiner Bemerkung zu § 26, nicht jedoch zu § 1175, wo überdies auffällt, daß er nur hier D 17 2 (« pro socio ») zitiert, daß er ferner nicht von der Gesellschaft schlechthin, sondern von der « Erwerbsgesellschaft », der « societas quaestuararia » spricht<sup>(112)</sup>. Eine Abgrenzung dürfte aber damit nicht beabsichtigt sein; der Verweis bei § 26 auf § 1175 ist wohl zu stark. So erscheint bei Linden die Moralische Person als eine Personenmehrheit, zu der neben der Körperschaft auch die Er-

<sup>(107)</sup> LINDEN, *Recht*, I, 79; D 3 4 1 1; D 46 1 22; ebda 197 f.: D 7 1 56.

<sup>(108)</sup> LINDEN, *Recht*, I, 101; insbes. D 3 4 1 1, 2; D 3 4 6 3; D 3 4 7 1; D 3 25 9; D 17 2 72.

<sup>(109)</sup> LINDEN, *Recht*, I, 111, 115; vgl. zu § 559: ebda II, 16.

<sup>(110)</sup> Wie eben Fn. 109.

<sup>(111)</sup> LINDEN, *Recht*, II, 2, 11; Inst. 2 14 2 bzw. D 41 1 34, 61; ferner u.a. D 29 2 8, 31; D 41 3 31 5 etc.; allerdings fehlt D 46 1 22.

<sup>(112)</sup> LINDEN, *Recht*, III, 54.

werbsgesellschaft zählt, wenngleich es hiebei wohl doch noch an einer gezielten, systematischen Konstruktion fehlt.

### 3. *Michael Schuster.*

Schusters Kommentar <sup>(113)</sup> ist zwar höchst unvollständig geliebt, zu den §§ 26 und 27 übertreffen seine Ausführungen jedoch schon quantitativ alle bisherigen Darstellungen. Dies vor allem deshalb, weil er zu ihnen eine in Ansatz, Ausführung und Ergebnis neue und andersartige Konstruktion aufbaut: Wie Linden geht er zu § 26 nicht von der Terminologie der Marginale — «Moralische Person» — aus, sondern vom Text — «Gesellschaft» — und verwendet, konsequenter als dieser, in der Folge ausschließlich diesen Ausdruck <sup>(114)</sup>, als dessen Synonym er «Körper» nennt <sup>(115)</sup>. So rückt der Gesellschaftsbegriff naturrechtlicher Prägung <sup>(116)</sup> in den Vordergrund, was sich in einer vom Gesetzestext völlig unabhängigen Definition und in einer ebensolchen Einteilung niederschlägt. Die Gesellschaft ist «jede zu einem fortdauernden gemeinschaftlichen erlaubten Zwecke vereinigte Mehrheit von Personen» <sup>(117)</sup>. In der Einteilung <sup>(118)</sup> steht für sich allein als «größte Gesellschaft ... der Staatsverein». Sodann werden unterschieden die «öffentlichen» Gesellschaften mit «öffentlichem» Zweck, nämlich die Gemeinden im weiteren Sinn, von den «Privat-Gesellschaften» mit einem «Privat-Zweck», nämlich den Gesellschaften im engeren Sinn. Zu den öffentlichen Gesellschaften zählen die Gemeinden im engeren Sinn, und zwar weltliche und geistliche <sup>(119)</sup>, ferner gelehrte oder ökonomische Gesellschaften; die Privatgesellschaften bezwecken Vermögensverwaltung oder Vermögenserwerb, wobei die Erwerbsgesellschaft

---

<sup>(113)</sup> M. SCHUSTER, *Theoretisch-praktischer Kommentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch*, I (einziger Band), Prag 1818.

<sup>(114)</sup> SCHUSTER, *Kommentar*, 341 ff.; «Moralische Person» nur in einem falschen Zitat: s.u. vor Fn. 122.

<sup>(115)</sup> SCHUSTER, *Kommentar*, 346.

<sup>(116)</sup> BRAUNEDER, *Gesellschaft* (wie Fn. 8), 27.

<sup>(117)</sup> SCHUSTER, *Kommentar*, 343.

<sup>(118)</sup> SCHUSTER, *Kommentar*, 343 f.

<sup>(119)</sup> Vgl. auch zu § 27: SCHUSTER, *Kommentar*, 350 ff.



ausdrücklich unter Hinweis auf § 1175 ebenso einbezogen ist <sup>(120)</sup> wie die Rechtsgemeinschaft <sup>(121)</sup>.

Gerade an der Rechtsgemeinschaft zeigt sich, daß Schuster eine Konstruktion fernab des Gesetzes errichtet. Es « heißt ... im 361. und 828. §. » keineswegs, daß die Miteigentümer « eine Moralische Person vor(stellen) »; dieses Zitat <sup>(122)</sup> ist schlechthin falsch. Auch die Zitierung der §§ 559, 1472 und 1454 einmal zur Gemeinde, einmal zur davon unterschiedenen Gesellschaft im engeren Sinn <sup>(123)</sup> erweckt einen unseriösen Eindruck. Unverständlich bleibt der materielle Erklärungswert des Zitats « haereditas personae vice fungitur » (D 46 1 22) <sup>(124)</sup> zum vermeintlichen Charakter der Rechtsgemeinschaft als einer Moralischen Person. Eine Prüfung des materiellen Gehalts etwa jener Bestimmungen, die es verwehren, die Erwerbsgesellschaft als juristische Person aufzufassen <sup>(125)</sup>, wird unterlassen. Mit der Einbeziehung der Erwerbsgesellschaft relativiert Schuster das Element der « Fortdauer » in seiner Definition der Gesellschaft nach § 26: Das Fortdauern kann sich bei der Erwerbsgesellschaft als höchst kurze Zeitspanne darstellen. Bei Winiwarter wird zu zeigen sein, daß gerade hier das Element der Dauer ein Abgrenzungskriterium zur nur vorübergehenden Erwerbsgesellschaft darstellt. Oder meint es Schuster doch auch so? Dann handelt es sich bei seiner Einbeziehung der Erwerbsgesellschaft in den Gesellschaftsbegriff nach § 26 um einen Irrtum. Ganz grundsätzlich aber hat Schuster die Intention des ABGB verkannt, die Gesellschaft/societas nicht als Unterbegriff der Gesellschaft/Moralische Person des § 26 zu werten <sup>(126)</sup>. Hatte die Ähnlichkeit zwischen diesen beiden Arten an Personenmehrheiten Zeiller und seine Epigonen nur dazu bewogen, das Bild der Moralischen Person als Erklärungshilfe für die Rechtsgemeinschaft und die Gesellschaft/societas zu benützen,

---

<sup>(120)</sup> SCHUSTER, *Kommentar*, 344, 348.

<sup>(121)</sup> SCHUSTER, *Kommentar*, 346.

<sup>(122)</sup> SCHUSTER, *Kommentar*, 346.

<sup>(123)</sup> SCHUSTER, *Kommentar*, 344 bzw. 346.

<sup>(124)</sup> SCHUSTER, *Kommentar*, 346 Fn. b).

<sup>(125)</sup> Vgl. o. zu Zeiller IV/2 c.

<sup>(126)</sup> S.o. zum ABGB IV/2 c.

so verleitet sie Schuster zur Zusammenfassung und Subsumtion in einer begrifflichen Konstruktion. Schuster steht somit in einem Gegensatz zu allen bisherigen Vertretern: Im Gegensatz zu ihnen und auch zum Begriffsschema und dem Inhalt des ABGB sind ihm Erwerbsgesellschaft und Rechtsgemeinschaft Moralische Personen nach § 26. Seine Ausführungen hiezu sind zwar in der Anlage originell, entsprechen aber nicht dem positiven Recht.

#### 4. Johann Luksche.

Luksche <sup>(127)</sup> blickt zwar nur auf die ältere Privatrechtsordnung zweier Kronländer, nämlich die Mährens und Schlesiens, zurück, vergleicht aber dennoch stark mit dem Römischen Recht <sup>(128)</sup> und unterscheidet sich daher in bezug auf unser Thema wenig von Linden. Zu § 26 geht er wie dieser nicht von der Marginalrubrik — die er gar nicht abdruckt! — aus, sondern vom Text und damit der «erlaubten Gesellschaft», deren Regelungen er sogleich «in den Institutionen» findet («de societate!»), wovon angeblich die «Grundsätze bisher beybehalten wurden» <sup>(129)</sup>. Bei der Aufzählung der Arten an Gesellschaften verfährt er allerdings sehr pragmatisch, führt hier die Erwerbsgesellschaft nicht auf, dafür aber <sup>(130)</sup> Religionsgesellschaften, auch Freimaurer, gelehrte Gesellschaften, geistliche Kongregationen und Bruderschaften, Bergwerksgesellschaften und vor allem die Handelsgesellschaften, auch die Armen-, Witwen- und ähnliche «Institute», die er ausdrücklich für Gesellschaften hält. Auch die Gemeinde bilde eine Moralische Person <sup>(131)</sup>, näherhin eine «Communität» <sup>(132)</sup>, zu der er an anderer Stelle, ermuntert durch das ausdrücklich zitierte Römische Recht, nunmehr festhält, daß «die Gemeinden Personen vor-

<sup>(127)</sup> J. LUKSCHE, *Das alte und neue Recht Mährens und Schlesiens k.k. öster. Antheils, nach der Ordnung des bürgerlichen Gesetzbuches*, I-II, Brünn 1818.

<sup>(128)</sup> Vgl. z.B. in der Folge und zu §§ 361, 337, 529: LUKSCHE, *Recht*, II, 89, 119, 334 f.

<sup>(129)</sup> LUKSCHE, *Recht*, I, 109.

<sup>(130)</sup> LUKSCHE, *Recht*, I, 110 ff.

<sup>(131)</sup> LUKSCHE, *Recht*, I, 113.

<sup>(132)</sup> LUKSCHE, *Recht*, I, 105.

stellen» (133). Zu ihnen zählt er (134) weltliche und geistliche Gemeinden, vor allem neben den Ortsgemeinden die Stände (!), Zünfte und Klöster. Die praxisorientierte Aufzählung — ohne Erwebsgesellschaft! — und etwa auch die Identifikation der «moralischen Körper» mit den collegia in C 6 24 8 (135) scheint die Gleichstellung der Gesellschaft/Moralische Person mit der societas nach Inst. I 3 25 zu modifizieren: Moralische Personen sind Luksche doch wohl eher nur die Körperschaften und nicht auch bloße Gesellschaften.

### 5. Ignaz Franz Bergmayr.

Bergmayrs zivilistische Grundaussagen spielen dem Zweck seiner Darstellung nach (136) keine zentrale Rolle und man sollte ihnen daher wenig Bedeutung beimessen. Zur Moralischen Person äußert er sich völlig unsystematisch erst anlässlich der Einteilung der Sachen in § 286; § 26 war ihm keine Erläuterung wert. In modifizierter Anlehnung an den Text des § 286 sind für ihn Moralische Personen «kleinere oder größere Gesellschaften oder ganze Gemeinden» (137): Es wird übersehen, daß § 286 von «größeren Gesellschaften» gar nicht spricht und mit dem Ausdruck «kleinere Gesellschaften oder ganze Gemeinden» erläutert, daß das Gemeinvermögen nicht als Staats- sondern als Privatvermögen gilt wie eben auch das «kleinerer Gesellschaften», sofern sie Moralische Personen darstellen. Am systematisch unrichtigen Ort schafft sich Bergmayr durch ein falsches Zitat oder ein irriges Gesetzesverständnis einen Begriff der Moralischen Person, dem er «Abteilungen der Armee» unterstellen kann, sofern sie einen in «Dienst- und Oekonomiesachen» geschlossenen Körper bilden. Hierzu zählt er Regiment, selbständiges Bataillon, Armeekorps,

---

(133) LUKSCHE, *Recht*, II, 12, 13.

(134) LUKSCHE, *Recht*, I, 105; ebda II, 12 f.

(135) LUKSCHE, *Recht*, II, 113.

(136) I. F. BERGMAYR, *Das bürgerliche Recht der k.k. Oesterreichischen Armee und der Militär-Gränz-Provinzen*, I-III, Wien, 1827-1837.

(137) BERGMAYR, *Recht*, II/1, 4.

auch die «Communion eines Militär-Gränz-Hauses» im Bereich der Militärgrenze <sup>(138)</sup>.

Sosehr Bergmayr das ABGB vergewaltigt, fehlt es dieser Aufzählung nicht an einem inneren Sinn. Falls unter dem Hinweis auf die «Oekonomiesachen» gesagt sein soll, daß die «geschlossenen Körper» wie «Eine Person» im Rechtsverkehr auftreten, hätten wir sozusagen eine «Moralische Person des öffentlichen Rechts», speziell des Militärrechts, vor uns. So mag die Kenntnis der Militärpraxis Bergmayr zu seinem Verständnis der Moralischen Person verleitet haben.

Aber auch unter dieser Voraussetzung steht Bergmayr weder mit dem ABGB, noch mit der Lehre in Einklang, und zwar insofern, als nach beider Verständnis diese Moralischen Personen des Militärrechts sicherlich dem Gemeinde-Begriff zu unterstellen wären. So aber errichtet Bergmayr eine Konstruktion, die auf der gar nicht zentralen Bestimmung des § 286 aufbaut und in diesem gar keinen Rückhalt findet.

Jedenfalls verbleibt Bergmayr im Bereich der Personennmehrheit mit Rechtspersönlichkeit, womit er dem ABGB entspricht. Mit seinem Ansatz stellt er sich in die Nähe jener, die von einem umfassenden Gesellschafts-Begriff ausgehend die Moralische Person erklären wollen.

## 6. Franz Xaver Nippel.

Nippel zeigt sich Zeiller mehr verbunden als Schuster, doch weniger als Scheidlein. Gerade zu unserem Thema erweist er sich teils als höchst originell, teils aber doch als wenig gedankenvoller Abschreiber Zeiller'scher Floskeln. Wie bei Zeiller offenbaren sich auch Nippels Anschauungen nicht nur aufgrund seines Hauptwerkes, des Kommentars («Erläuterung») <sup>(139)</sup>, sondern vollständig

<sup>(138)</sup> BERGMAYR, *Recht*, II/1, 4.

<sup>(139)</sup> F. X. NIPPEL, *Erläuterung des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches*, I-IX, Grätz 1830-1838, I, VI. Ein gewichtiger Unterschied zu Zeillers Kommentar besteht in den zahlreichen Erörterungen hypothetischer Fälle und in der Einbeziehung anderer Rechtsquellen, was sich aus der Zielsetzung versteht, auch den «practischen Nutzen» befördern zu wollen: Erläuterung I, VI.

erst im Zusammenhang mit einer früheren Arbeit, dem « Handbuch » <sup>(140)</sup>.

Bezüglich der Regelungen, welche die Moralische Person betreffen, haftet Nippel nicht am Ausdruck: Die Moralische Person werde « oft ein Körper genannt » <sup>(141)</sup>, und tatsächlich bezieht er Paragraphen, die den Ausdruck « Körper », aber nicht « Moralische Person » gebrauchen, ganz selbstverständlich auf diese (§§ 13, 1023) <sup>(142)</sup>. Zur Moralischen Person zählt ohne weitere Bemerkung die Gemeinde <sup>(143)</sup>, wobei Nippel den weiten Gemeindebegriff wie schon das ABGB und Zeiller gebraucht <sup>(144)</sup>; Moralische Person ist schließlich auch der Staat <sup>(145)</sup>.

Überraschend präzise und originell erklärt Nippel das Wesen der Moralischen Person, allerdings nicht anhand einer fertigen Konstruktion, sondern erst nach und nach <sup>(146)</sup>. Die Moralische Person bilde grundsätzlich neben der « physischen Person » eine der « zweyerley Classen », in die man die Personen einzuteilen pflege <sup>(147)</sup>. Zwei Elemente bestimmen ihr Wesen: Es muß sich um einen « Inbegriff mehrerer Menschen » handeln; diese müssen so verbunden sein, daß sie stets « als eine Person angesehen werden » <sup>(148)</sup>, und zwar aufgrund einer « Verfassung » ihrer inneren Ordnung <sup>(149)</sup>. Hiezu stellt Nippel auf das Willenselement ab <sup>(150)</sup>.

<sup>(140)</sup> F. X. NIPPEL, *Handbuch zur Kenntniß der Privatrechte*, Linz 1827.

<sup>(141)</sup> NIPPEL, *Erläuterung*, I, 165.

<sup>(142)</sup> NIPPEL, *Erläuterung*, I, 114; ebda VII, 111.

<sup>(143)</sup> Vgl. insbes. NIPPEL, *Erläuterung*, III, 3, 128, 700; DERS., *Handbuch*, 92.

<sup>(144)</sup> Insbes. NIPPEL, *Erläuterung*, I, 168 f.; ebda VI, 42.

<sup>(145)</sup> NIPPEL, *Erläuterung*, III, 128.

<sup>(146)</sup> Vgl. die folgenden Anmerkungen.

<sup>(147)</sup> NIPPEL, *Handbuch*, 11.

<sup>(148)</sup> Wie Fn. 147.

<sup>(149)</sup> NIPPEL, *Erläuterung*, VI, 42; DERS., *Handbuch*, 12. - Nippel stellt zwar auf die « Gemeinde » ab, doch liegt, abgesehen von der Gleichsetzung der Gemeinde mit der Moralischen Person überhaupt, die Betonung seiner diesbezüglichen Ausführungen darauf, daß deren « besondere Verfassung » (*Handbuch*, a.a.O.) sich aus den politischen Gesetzen ergebe.

<sup>(150)</sup> In Verbindung mit dem Umstand, daß er nicht sogleich 1830 zu § 26 diese Ansicht systematisch darlegt, erweckt er den Anschein, als würde er erst vielleicht 1831 in Band III (s. Fn. 152), jedenfalls 1832 in Bd. V (Fn. 151), Winwarters Ausführungen zu § 26 aus 1831 (s.u. Fn. 165) kopieren. Nippels Konstruk-

Eine Personenmehrheit werde wie eine einzelne physische Person « als Eine Person angesehen », « in so ferne » sie einen gemeinsamen, einheitlichen Willen bilde und äußere; komme ein solcher nicht zustande, gelte die Personenmehrheit nicht als « Eine Person » <sup>(151)</sup>. Eine Moralische Person stelle nun deshalb immer « Eine Person » dar, da sie stets wie eine « Physische Person nur *einen* Willen hat » <sup>(152)</sup>. Personenmehrheiten bilden somit zufällig, zeitweise « Eine Person », damit aber noch keine Moralische Person wie etwa die Rechtsgemeinschaft bei Willenseinigung, oder zwingend und stets « Eine Person » wie im Falle der Moralischen Person.

Damit erklärt sich auch, daß « Eine Person » durchaus keine Moralische Person sein muß; dies vor allem dann nicht, wenn das Argument der Willenseinigung der Personenmehrheit keine Rolle spielen kann wie in § 547 <sup>(153)</sup> — hier dient, wie zum ABGB-Text ausgeführt, die « Eine Person » (Erblasser-Erbe) nur als Bild —, während die « Eine Person » des § 559 ausdrücklich beide Fälle (bloße Personenmehrheit durch Bestimmung des Erblassers und Moralische Person) umfaßt <sup>(154)</sup>.

Zum Begriff der Stiftung macht Nippel deutlich, daß er — wie weniger scharf das ABGB und seine Zeitgenossen — die « unselbständige Stiftung » vor Augen hat, das heißt, ein nicht rechtsfähiges Sondervermögen im Eigentum einer Moralischen Person: Unter Stiftungen versteht Nippel ein Vermögen, das « zugunsten » einer « Kirche oder Anstalt » dieser (!) mit bestimmten Verpflichtungen überlassen wird <sup>(155)</sup>. Auch der ruhende Nachlaß bildet keine Moralische Person <sup>(156)</sup>.

---

tion baut jedoch, beginnend mit 1827 in seinem Handbuch, auf derart homogen ineinander eingreifenden Elementen auf, die seine Eigenständigkeit unter Beweis stellen.

<sup>(151)</sup> Zu §§ 828 f.: NIPPEL, *Erläuterung*, V, 256 f.

<sup>(152)</sup> Zu § 337: NIPPEL, *Erläuterung*, III, 128, zwar zur Gemeinde, aber hier *pars pro toto* als « erlaubte Gesellschaft ».

<sup>(153)</sup> NIPPEL, *Erläuterung*, IV, 46.

<sup>(154)</sup> NIPPEL, *Erläuterung*, IV, 72 f.

<sup>(155)</sup> NIPPEL, *Erläuterung*, IV, 272 f.

<sup>(156)</sup> Zu § 547: NIPPEL, *Erläuterung*, IV, 47; zu § 812 unter Berufung auf Zeiler: ebda V, 208 f.

Die somit klar erkennbare Grundposition, wie schon das ABGB den Begriff der Moralischen Person auf die Korporation zu beziehen, scheint Nippel in seiner « Erläuterung » jedoch zweimal zu durchbrechen: In der Kommentierung des § 847 nennt er die Rechtsgemeinschaft, in der zu §§ 1201 f. die Erwerbsgesellschaft eine Moralische Person <sup>(157)</sup>. Doch der erste Anschein trügt. Dies deshalb, da Nippel in beiden Fällen einfach die Ausführungen Zeillers wortwörtlich und unter ausdrücklicher Berufung wiederholt. Er steuert keine neuen Argumente bei, im Gegenteil, er schwächt — ähnlich Zeiller — die übernommenen Wendungen in beiden Fällen selbst ab: Zu § 361 hält er in der « Erläuterung » trotz seines Hinweises auf Zeiller anders als dieser die Rechtsgemeinschaft ausdrücklich nicht für eine Moralische Person <sup>(158)</sup>, wie auch seine Ausführungen im « Handbuch » zu §§ 1201 f. die Gesellschaft keineswegs als Moralische Person beschreiben oder gar benennen <sup>(159)</sup>. So muß aus den gleichen Gründen wie zu Zeiller <sup>(160)</sup> festgehalten werden: Die Rechtsgemeinschaft und die Gesellschaft subsumiert Nippel nicht unter den Begriff der Moralischen Person, sondern verwendet sie bei diesen nur als Bild zur Verdeutlichung spezifischer Rechtsfolgen. Überdies geschieht dies nicht aus eigenem Antrieb, sondern durch die Übernahme Zeiller'scher Wendungen, während er dort, wo er solchen nicht folgt, auch das Bild nicht verwendet <sup>(161)</sup>. Im gedankenlos strapazierten Vorbild Zeiller zeigt sich die eingangs erwähnte Epigonenhaftigkeit Nippels.

Schließlich besteht zu Zeiller noch eine ungewollte Parallele: Nippel kennt gleichfalls den Ausdruck « Juridische Person ». Er verwendet ihn allerdings nicht wie dieser im Zusammenhang mit dem ruhenden Nachlaß (zu § 547), sondern spricht von der « Ge-

<sup>(157)</sup> NIPPEL, *Erläuterung*, V, 290 bzw. ebda VII, 523.

<sup>(158)</sup> NIPPEL, *Erläuterung*, III, 198 f.

<sup>(159)</sup> NIPPEL, *Handbuch*, 158.

<sup>(160)</sup> S.o. IV/2 b, c.

<sup>(161)</sup> OSTHEIM, *Rechtsfähigkeit*, 86, zieht aus dem Widerspruch zwischen § 361 und § 847 keine Folgerung, da er die Übernahme von Zeiller zwar erwähnt, aber unbeachtet läßt und überdies Zeiller anders als hier versteht; gleiches gilt für die Ausführungen zu §§ 1201 f., wozu, wie auch sonst, Ostheim das « Handbuch » nicht benutzt hat.

meinde als einer juridischen Person » (zu § 337) <sup>(162)</sup>. Wie Zeiller benennt Nippel damit eine von der Rechtsordnung erzeugte, fingierte Person. Doch verwendet er den Ausdruck anders als Zeiller: Für diesen fingiert die Rechtsordnung, daß eine physische Person (der Erbe) eine andere physische Person (den Erblasser) vorstelle; für Nippel hingegen besteht die Fiktion darin, daß eine Personenmehrheit und nicht eine physische Person als solche angesehen wird. Er bezieht den Ausdruck « Juridische Person » überdies nicht spezifisch auf die Gemeinde, sondern auf diese « als eine erlaubte Gesellschaft » <sup>(163)</sup>, also auf die Moralische Person schlechthin. Zwar nur ver einzelt und beiläufig steht hier der Ausdruck « Juridische Person » doch schon in einem der heutigen Begriffswelt stark angenäherten Sinn.

### 7. *Joseph Winiwarter.*

Winiwarters Ausführungen zu unserem Thema sind ähnlich originell wie die Nippels, doch klarer und kompakter <sup>(164)</sup>. - Die Moralische Person umschreibt er <sup>(165)</sup> als « eine Vereinigung mehrerer Menschen zu einem fortdauernden, nicht in der Erwerbung bestehenden Zwecke, in Folge welcher sich jeder einzelne dem Willen der Gesamtheit unterworfen hat ». Wie schon bei Nippel stellt das Willenselement ein entscheidenden Kriterium dar: Die Moralische Person hat « nur Einen, nämlich den durch den Beschluß der Gesamtheit ausgesprochenen Willen ». Gleichfalls wie Nippel sieht er im Willen das Abgrenzungskriterium zur « Gemeinschaft (communio) », aber doch anders als dieser: War bei Nippel der Unterschied der, daß die Moralische Person einen gemeinsamen Willen besitzen muß, die Gemeinschaft hingegen nur zeitweise einen solchen bekunden kann, liegt für Winiwarter

<sup>(162)</sup> NIPPEL, *Erläuterung*, III, 128.

<sup>(163)</sup> Wie Fn. 162.

<sup>(164)</sup> J. WINIWARTER, *Das Oesterreichische bürgerliche Recht ...*, I-V, Wien 1831-1838; als Erklärungshilfe dient zufolge der Zitate aus dem Westgalizischen Gesetzbuch (WGGB) auch: DERS., *Codex Civilis Universalis ... ex idiomate germanico in latinum translatus*, Wien 1812.

<sup>(165)</sup> Zum Folgenden: WINIWARTER, *Recht*, I, 131.



die Andersartigkeit der Gemeinschaft darin begründet, daß ihre Mitglieder neben dem eventuell gemeinsamen Willen zwingend einen eigenen zufolge ihrer Verfügungsmacht über Anteile haben können.

Das Bild der «Einen Person», wie es das ABGB gebraucht, spielt daher bei Winiwarter kaum eine erklärungsbedürftige Rolle <sup>(166)</sup> - mit einer Ausnahme allerdings zu § 828 <sup>(167)</sup>, wo er aber Nippel fast wortwörtlich wiedergibt. Zeillers bildhafte Verwendung des Ausdrucks Moralische Person übernimmt Nippel nicht <sup>(168)</sup>. Als Synonym für «Eine Person» verwendet er zu § 559 allerdings den Ausdruck «intellektuelle Person», mit dem er auch die Moralische Person (zu § 26) bezeichnet. Dies ist aber von der Sache her nicht als Identifikation zu werten und auch nicht, wie zu zeigen sein wird, vom Gebrauch der Sprache, da dieser Ausdruck ein Synonym zur Wendung «juridische Person», diese aber kein solches zum Terminus «Moralische Person» darstellt.

Auch die «Erwerbsgesellschaft (societas quaestuarialis)» trennt Winiwarter scharf von der Moralischen Person, obwohl letztere «auch eine Gesellschaft, ein Körper (universitas, collegium)» heißt <sup>(169)</sup>; wenn er von der «Gesellschaft» spricht, ist nicht die societas, sondern die Moralische Person gemeint <sup>(170)</sup>. Winiwarter ist aber nicht nur insoferne gesetzestreu, als er den doppelten Gesellschafts-Begriff des ABGB <sup>(171)</sup> schon äußerlich erkennt, er unterscheidet auch der Sache nach <sup>(172)</sup>: Im Gegensatz zu Gesellschaft/Moralische Person stellt die Gesellschaft/societas «ein bloßes, auf Sachenrechte sich beziehendes Vertragsverhältnis» dar; ist nur auf eine «bestimmte kürzere Zeit» und nicht zu einem «fortdauernden Zweck» angelegt; erlischt «durch den Tod ihrer oder den Austritt einzelner Mitglieder». Einen weiteren Unter-

<sup>(166)</sup> Vgl. zu §§ 361, 547; WINIWARTER, *Recht*, II, 106; ebda III, 31.

<sup>(167)</sup> WINIWARTER, *Recht*, III, 410.

<sup>(168)</sup> NIPPEL, *Erläuterung*, VI, 256 f.; WINIWARTER, *Recht*, III, 410; dieser 1834, jener schon 1832.

<sup>(169)</sup> Vgl. zu §§ 361, 847, 1201 f.: WINIWARTER, *Recht*, II, 106; ebda III, 425; ebda IV, 393.

<sup>(170)</sup> Wie Fn. 169.

<sup>(171)</sup> S.o. II/I.

<sup>(172)</sup> WINIWARTER, *Recht*, I, 131 f.

schied erwähnt er nur beiläufig: Die Moralische Person besitzt eine « Verfassung » <sup>(173)</sup>.

Zu den Moralischen Personen zählt Winiwarter auch die Gemeinden <sup>(174)</sup>. Ihre Besonderheit bestehe darin, daß sie keine selbst gegebene, sondern eine oktroyierte « Verfassung » aufweisen und überdies unter einem mit « Zwangsgewalt ausgerüsteten Vorsteher stehen » <sup>(175)</sup>. Die Gemeinde stellt für Winiwarter aber eine so spezielle Art der Moralischen Person dar, daß sie « von andern moralischen Personen wesentlich verschieden » sei <sup>(176)</sup>. Anders als Zeiller bezieht er daher die §§ 288, 337 und 867 nur auf die Gemeinde und nicht auf die Moralische Person schlechthin <sup>(177)</sup>.

Kurz erweckt Winiwarter den Anschein, als würde er auch die « Anstalten ... als Kirchen, Schulen, Kranken- und Armenhäuser, Stiftungen u. dgl. » zu den Moralischen Personen rechnen, da er nämlich nicht nur darüber referiert, daß man « zuweilen » diese Zuordnung treffe, sondern selbst die Ansicht äußert, § 286 setze die « Existenz Moralischer Personen in diesem Sinne (voraus) » <sup>(178)</sup>. Doch er kritisiert diese Meinung und lehnt sie mit dem Argument ab, daß « die physischen oder Moralischen Personen im Sinne des § 26, zu deren Vortheile dergleichen Anstalten bestehen, ... hier als die eigentlichen Rechts-Subjekte gedacht werden müssen, z.B. die Mitglieder einer Familie, die Stadt oder die Gemeinde, für die sie errichtet wurden » <sup>(179)</sup>. Anstalten und Stiftungen sind daher, wie er vor allem auch zu letzteren (§ 646) zeigt <sup>(180)</sup>, unselbständige Vermögensmassen <sup>(181)</sup>.

Festzuhalten ist schließlich, daß Winiwarter auch den Ausdruck « juristische Person » verwendet: Zu § 26 verdeutlicht er damit den

<sup>(173)</sup> WINIWARTER, *Recht*, I, 135.

<sup>(174)</sup> Zu § 26: WINIWARTER, *Recht*, I, 132; zu § 27: ebda I, 134 ff.

<sup>(175)</sup> WINIWARTER, *Recht*, I, 135.

<sup>(176)</sup> WINIWARTER, *Recht*, II, 58.

<sup>(177)</sup> WINIWARTER, *Recht*, II, 4, 58; ebda IV, 22.

<sup>(178)</sup> WINIWARTER, *Recht*, I, 133.

<sup>(179)</sup> WINIWARTER, *Recht*, I, 134.

<sup>(180)</sup> WINIWARTER, *Recht*, III, 145.

<sup>(181)</sup> So auch durch den Hinweis auf II § 412 WGGB zu § 646 ABGB: WINIWARTER, *Codex*, 113, da das WGGB Stiftungen als Vermögenswidmungen an Personenmehrheiten oder Einzelpersonen definiert.

Umstand, daß eine Personenmehrheit « ungeachtet ihrer Mehrheit als Eine Person » «gedacht wird»<sup>(182)</sup>; zu § 547 bemerkt er, die Verlassenschaft « bekommt ... eine juristische Persönlichkeit », da « das Gesetz an(nimmt), daß (sie) noch von dem Verstorbenen besessen werde »<sup>(183)</sup>. Um den Gebrauch des Ausdrucks « juristische Person/Persönlichkeit » voll zu erfassen, bedarf es noch des Hinweises, daß Winiwarter § 26 weiters mit dem Verweis verdeutlicht, die Moralische Person sei eine « persona intellectu iuris »<sup>(184)</sup> und die in § 559 erwähnten Personenmehrheiten, die für den hier genannten Zweck vom Gesetz als « Eine Person gerechnet (werden) », als « intellektuelle Person » bezeichnet<sup>(185)</sup>. Die « juristische Person/Persönlichkeit » ist damit eine Person, die nicht die Natur schafft, sondern « das Gesetz » « annimmt »: entweder eine Personenmehrheit mit Rechtspersönlichkeit wie die Moralische Person (§ 26) oder eine Personenmehrheit ohne Rechtspersönlichkeit (§ 559), aber auch eine als fortlebend fingierte Einzelperson (§ 547). Winiwarters « juristische Person » entspricht damit nicht der heutigen Begrifflichkeit.

#### 8. *Joseph Ellinger.*

Ellinger gibt sich ambitionslos: Sein « Handbuch » — 1. Auflage 1843 — soll für « praktische Prüfungen » neben einschlägigen Nebengesetzen « in kurzen Erläuterungen » auf die « Anwendung des im Gesetze ausgesprochenen Grundsatzes aufmerksam (machen) »<sup>(186)</sup>.

Mit der Moralischen Person weiß sich Ellinger offenbar nichts anzufangen: Er verwendet diesen Ausdruck nie. Den Ausgangspunkt seiner Überlegungen stellt wie bei Schuster<sup>(187)</sup> die « Gesellschaft » im Text des § 26 dar. Wohl daraus versteht es sich,

<sup>(182)</sup> WINIWARTER, *Recht*, I, 131.

<sup>(183)</sup> WINIWARTER, *Recht*, III, 31.

<sup>(184)</sup> WINIWARTER, *Recht*, I, 131.

<sup>(185)</sup> WINIWARTER, *Recht*, III, 47.

<sup>(186)</sup> J. ELLINGER, *Handbuch des österreichischen Civil-Rechtes*, 1. Aufl., Wien 1843, VII.

<sup>(187)</sup> Zu Schuster o. VI/3.

daß er einerseits wie Schuster der Gesellschaft des § 26 ausdrücklich die « Erwerbsgesellschaften » unter Hinweis auf das « 27. Hauptstück » zuzählt und andererseits davon, im Gegensatz zu Schuster, die « Gemeinschaften (§§ 361 und 828) » sowie die « Gemeinden (27) » als jeweils eigene, « wesentlich von einander unterschieden(e) » Begriffe abhebt <sup>(188)</sup>. Die « Gesellschaft » definiert Ellinger als « Vereinigung mehrerer physischer Personen zu einem gemeinsamen fortdauernden Zweck » mit wechselseitigen Rechten und Pflichten; die « Gemeinschaft » erklärt er mit der Bruchteilsgemeinschaft; die « Gemeinde » ist ein « Inbegriff mehrerer Personen, welche in politischer Hinsicht ein Ganzes ausmachen » <sup>(189)</sup>, obwohl zu den Gemeinden ausdrücklich auch die geistlichen Gemeinden zählen <sup>(190)</sup>. Die Einbeziehung der Erwerbsgesellschaft in die Gesellschaft nach § 26 ist kein einmaliges Versehen; « erlaubte Vereine » und « selbst (!) Erwerbsgesellschaften » sind auch zu § 1472 gleichgestellt <sup>(191)</sup>, in der 5. Auflage <sup>(192)</sup> wird zu § 26 ein Verweis auf § 1175 (Begriff der Erwerbsgesellschaft) nachgetragen. Die « drei Begriffe » verbindet zwar kein Oberbegriff wie bei Schuster, jedoch ihre Darstellung in einer einheitlichen Kommentierung zu § 26, offenbar auch die auf alle erstreckte Vorstellung, daß sie in gleicher Weise « Eine Person » ausmachen <sup>(193)</sup>, sowie aus § 337 abgeleitete, idente Rechtsfolgen <sup>(194)</sup>.

Schließlich erwähnt Ellinger noch eine vierte Gruppe, auf welche die Regeln des § 337 « analog » anwendbar seien, nämlich « Rechtssubjekte ..., die für sich keinen Willen haben » wie « Kirchen, Stiftungen etc. » <sup>(195)</sup>.

Weniges läßt sich bei Ellinger mit der vorausgegangenen Lehre in Einklang bringen <sup>(196)</sup>. Nimmt man an, er wolle wie diese die

<sup>(188)</sup> ELLINGER, *Handbuch*, 31 f.

<sup>(189)</sup> ELLINGER, *Handbuch*, 32.

<sup>(190)</sup> ELLINGER, *Handbuch*, 32, 403.

<sup>(191)</sup> ELLINGER, *Handbuch*, 671.

<sup>(192)</sup> Wien 1853, 27. Nicht beigesetzt jedenfalls in der hier zitierten 1. Auflage und in der 7. Auflage, Wien 1877, 29.

<sup>(193)</sup> ELLINGER, *Handbuch*, 32.

<sup>(194)</sup> ELLINGER, *Handbuch*, 164.

<sup>(195)</sup> ELLINGER, *Handbuch*, 164.

<sup>(196)</sup> Vor allem überrascht, daß er von den klaren Aussagen Winiwarters, die

Rechtsgemeinschaft scharf zur Gesellschaft (in seinem Sinn) und zur Gemeinde abgrenzen, ergibt sich eine ebenso tiefe Kluft zwischen letzteren. Widersprüchlich ist auch, daß er die « Kirchen » nicht zu den geistlichen Gemeinden zählt, sondern mit den Stiftungen in einen Topf wirft. Insgesamt bietet er ein unausgeglichenes, unfundiertes Bild, das sich bis zur letzten, der 7. Auflage 1877 hinschleppt.

## VII. ITALIENISCH-ÖSTERREICHISCHE JURISTEN DES VORMÄRZ.

Mit den nachstehenden Ausführungen wird den italienischen Juristen in Lombardo-Venetien nur eine exemplarische, keine vollständige Behandlung zuteil.

### 1. *Onofrio Taglioni.*

Taglioni's « Commentario »<sup>(197)</sup>, eigentlich eine nach der Stoffanordnung des ABGB gegliederte Darstellung des in ihm enthaltenen Privatrechts<sup>(198)</sup>, interessiert wegen der « Selbständigkeit der Ansichten des Verfassers »<sup>(199)</sup>, der sich insbesondere auch kritisch — positiv wie negativ — mit Zeiller auseinandersetzt.

Im besonderen Maße sieht Taglioni die Gemeinde/comunità nur als eine besondere Art der Moralischen Person; sie sei « non dissimili dalle lecite società » (zu § 27)<sup>(200)</sup>; Regeln über die Ge-

---

die Erwerbsgesellschaft und Rechtsgemeinschaft nicht zur Moralischen Person zählen, abweicht: s. IV/7.

<sup>(197)</sup> O. TAGLIONI, *Commentario al codice civile universale austriaco*, I-X, Milano 1816-1828.

<sup>(198)</sup> So fehlt ein Abdruck des Gesetzestextes, auch sind die einzelnen Paragraphen nicht in ihrer Reihenfolge erläutert, sondern es wird eine Gesamtdarstellung der einzelnen Hauptstücke unter Bezugnahme auf dessen und auch andere Paragraphen geboten; vgl. auch C. A. CANNATA, *Das ABGB und die juristische Kultur in der Lombardei*, in *Forschungsband F. v. Zeiller*, Wien 1980, 51, der gleichfalls den Kommentar-Charakter verneint und, wohl nicht ganz zutreffend, von einem « Handbuch » spricht.

<sup>(199)</sup> CANNATA, wie Fn. 198, 50.

<sup>(200)</sup> TAGLIONI, *Commentario*, I, 59.

meinde wie § 867 bezieht er daher auch auf « qualunque lecite società »<sup>(201)</sup>. In der häufigen Bezeichnung der Moralischen Person als « (lecite) società »<sup>(202)</sup> in der Gegenüberstellung der « persone singole » (und nicht « fisiche »)<sup>(203)</sup> und etwa auch der Übersetzung von « moralischer Körper » (§ 1454) mit « corporazioni morali »<sup>(204)</sup> zeigt sich, daß die Moralische Person für Taglioni nur eine Personenmehrheit darstellt. Weder die Rechtsgemeinschaft noch die Gesellschaft stuft er verbal wie Zeiller oder der Sache nach als Moralische Person ein<sup>(205)</sup>. Auch die « hereditas iacens » gilt ihm nicht als Moralische Person<sup>(206)</sup>.

## 2. *Agostino Reale.*

Reales « Istituzioni »<sup>(207)</sup>, von ähnlichem, aber gesetzesverbundenerem Charakter wie Taglioni's « Commentario », folgen zwar häufig Zeillers Kommentar<sup>(208)</sup>, halten sich jedoch ihm gegenüber völlig selbständig. Reale folgt in der Regel sehr nüchtern dem Gesetzestext. Weder die Wendung « Eine Person » noch jene Umstände wie bei Zeiller veranlassen ihn, bildhaft zu werden.

Die Moralische Person des §26 tritt für ihn in zwei Erscheinungsformen auf: Als « società lecita » und als « comunità »<sup>(209)</sup>. Der Gemeindebegriff umfaßt sowohl geistliche wie weltliche Gemeinden<sup>(210)</sup>. Durch seine spärliche Kommentierung fällt eine Identität der Gemeinde mit der Moralischen Person nicht so ins Auge wie etwa bei Zeiller. Allerdings ist ihm die « comunità » eine « società »<sup>(211)</sup>.

<sup>(201)</sup> TAGLIONI, *Commentario*, VI, 34.

<sup>(202)</sup> TAGLIONI, *Commentario*, I, 58, 59; ebda VI, 34; ebda X, 147.

<sup>(203)</sup> TAGLIONI, *Commentario*, I, 58 f.; ebda II, 178.

<sup>(204)</sup> TAGLIONI, *Commentario*, X, 48.

<sup>(205)</sup> TAGLIONI zu §§ 361, 847, 1201 f.: *Commentario*, III, 21; ebda V, 297; ebda VII, 335 f.

<sup>(206)</sup> TAGLIONI, *Commentario*, IV, 254.

<sup>(207)</sup> A. REALE, *Istituzioni del diritto civile austriaco ...*, I-III, Pavia 1829-1832.

<sup>(208)</sup> Z.B. zu § 1472: REALE, *Istituzioni*, III, 524.

<sup>(209)</sup> REALE, *Istituzioni*, I, 92.

<sup>(210)</sup> REALE, *Istituzioni*, I, 93.

<sup>(211)</sup> REALE, *Istituzioni*, I, 93.

Die « *società lecita* » definiert Reale als eine « Gemeinschaft von zwei oder mehreren Personen, die zu einem bestimmten Zweck errichtet wurde » und im Sinne des § 26 erlaubt ist. Diese Definition erfaßt die « Gesellschaft » schlechthin. Es fehlt, im Gegensatz etwa zu Winiwarter, das Kriterium der Dauer, um sie von der « Erwerbsgesellschaft » deutlich abzuheben, die er überdies auch schlechthin « *società* » nennt <sup>(212)</sup>. Dennoch trennt er beide insoferne, als er die Erwerbsgesellschaft eigens definiert und sie in keiner Weise mit der « Gesellschaft » des § 26 in Verbindung bringt. Insoferne gleicht er Winiwarter. Auch bleibt die Moralische Person auf eine Personenmehrheit im Sinne des § 26 beschränkt, weder zur Rechtsgemeinschaft <sup>(213)</sup> noch zur *hereditas iacens* <sup>(214)</sup> finden sich Hinweise, daß er sie als Moralische Personen betrachtet. Somit entspricht das Bild der Moralischen Person bei Reale dem bei Winiwarter, wenngleich es bei weitem nicht so scharf ausgeprägt ist.

### 3. *Gioachino Basevi.*

Basevis « *Annotazioni pratiche* » hatten bis 1855 sechs respektable Auflagen erfahren. Die kurzen und tatsächlich praxisorientierten Anmerkungen enthalten wenig Theoretisches. Zum Gemeindebegriff erweckt Basevi den Eindruck, als umfasse er in erster Linie die Ortsgemeinde <sup>(215)</sup>. Die Einbeziehung auch der « *collegi ecclesiastici* » erscheint fast als Ausnahme <sup>(216)</sup>, worin sich die tatsächliche Verordnungs-Praxis des Vormärz widerspiegelt <sup>(217)</sup>, Rechtsgemeinschaft und Gesellschaft betitelt er nicht als Moralische Person <sup>(218)</sup>.

Da es Basevi nicht um ein theoretisches Abhandeln geht, überrascht, daß er nüchtern und wie selbstverständlich die « ere-

<sup>(212)</sup> REALE, *Istituzioni*, III, 342.

<sup>(213)</sup> REALE, *Istituzioni*, I, 102; ebda II/2, 457.

<sup>(214)</sup> REALE, *Istituzioni*, II/2, 128.

<sup>(215)</sup> Eindeutig zu §§ 27, 288: G. BASEVI, *Annotazioni pratiche al codice civile austriaco*, Milano 1847, 24, 96; eher neutral zu §§ 290, 337: ebda 96, III.

<sup>(216)</sup> BASEVI, *Annotazioni*, 305 (zu § 867).

<sup>(217)</sup> S.U. IX vor Fn. 262, 263.

<sup>(218)</sup> Vgl. §§ 361, 847, 1201 f.: BASEVI, *Annotazioni*, 118, 298, 451 f.

dità giacente » für eine « persona morale » hält, und zwar zweimal: zu § 547, wonach die « eredità giacente ... per finzione di diritto di una persona morale » ausmache, und zu § 286, wo sich Basevi auf D 41 1 61 beruft, und damit die gemeinrechtliche Grundlage dieser Konstruktion aufdeckt <sup>(219)</sup>.

#### 4. *Giuseppe Antonio Castelli.*

Castelli ABGB-Ausgabe, die er insbesondere um römischrechtliche Zitate, Verfügungen und Gerichtsentscheidungen kommentarhaft vermehrt, kann zum Wesen der Moralischen Person nur Fragmentarisches entnommen werden. So wird einerseits deutlich, daß zum Gemeindebegriff auch die geistlichen Gemeinden neben den Ortsgemeinden zählen <sup>(220)</sup> und die Stiftungen als Sondervermögen einer comunità oder einer comunità religiosa unselbständigen Charakter <sup>(221)</sup> haben. Die hereditas iacens sieht Castelli im Gegensatz zu Basevi, aber auch aufgrund des Römischen Rechts, nicht als Moralische Person an, sondern « haeres censetur cum defuncto una eademque persona » <sup>(222)</sup>.

#### 5. *Die Rolle des Römischen Rechts.*

In der italienischen ABGB-Zivilistik fällt die starke Beziehung zum Römischen Recht auf, die sich insbesondere im Anführen von Zitaten aus dem Corpus Iuris Civilis zu einzelnen Paragraphen des ABGB zeigt. Die italienische ABGB-Ausgabe Venedig 1816 « Colle citazioni delle leggi romane » (hier CCUA) <sup>(223)</sup> erweckt den Anschein, als würden sie die hier fehlenden Marginalrubriken ersetzen. Bei Castelli <sup>(224)</sup> stehen sie gleichrangig neben Erlässen der österreichischen Behörden.

<sup>(219)</sup> BASEVI, *Annotazioni*, 188 bzw. 95.

<sup>(220)</sup> G. A. CASTELLI, *I paragrafi del codice civile generale ...*, 2. Aufl., Milano 1830, 12 f.

<sup>(221)</sup> CASTELLI, *Paragrafi*, 228.

<sup>(222)</sup> CASTELLI, *Paragrafi*, 187.

<sup>(223)</sup> S.o. III.

<sup>(224)</sup> Zu unserem Thema etwa CASTELLI, *Paragrafi*, 103, 191.



Die starke Anlehnung an das Römische Recht bringt es mit sich, daß die italienischen Juristen sich der Moralischen Person als einer spezifischen Institution wenig aufgeschlossen zeigen. Sowohl CCUA und der ihm in der Zitierung des Römischen Rechts sehr ähnliche Castelli führen zum zentralen § 26 keine Belegstellen aus dem Corpus Iuris Civilis an; allein zu § 286 findet sich mit D 1 81 ein Hinweis auf die universitas <sup>(225)</sup>, allen übrigen zentralen Paragraphen zur Moralischen Person fehlen einschlägige Hinweise oder solche überhaupt. Auf die Rolle des Römischen Rechts ist es auch zurückzuführen, daß die Betrachtung der Moralischen Person als erlaubte Gesellschaft im Vordergrund steht. Leicht fällt durch den romanistischen Bezug die Abgrenzung zur Rechtsgemeinschaft, die sich mit dem Hinweis auf D 10 3 28 ff. zu § 828 als *communio* von der Moralischen Person als Gesellschaft abhebt <sup>(226)</sup>.

#### VIII. DIE WENDE: SAVIGNY'S « JURISTISCHE PERSON » BEI STUBENRAUCH.

Die einzelnen Ansichten über Wesen und Arten der Moralischen Person hatten sich vor 1850 immer immun gegen ausländische Auffassungen erwiesen.

Rosshirts Abhandlung « Über juristische Personen » aus 1827 <sup>(227)</sup> war zwar Winiwarter bekannt <sup>(228)</sup> und er folgt ihm auch in der Ablehnung der Ansicht, Stiftungen und die *hereditas iacens* seien Juristische Personen. Eine echte Auseinandersetzung mit den bei Rosshirt wiedergegebenen gegenteiligen Ansichten von insbesondere Heise und Schwappe <sup>(229)</sup> fehlt jedoch. Immerhin schlägt sich die Begegnung mit Rosshirts Ausführungen bei Winiwarter insofern nieder, als er von allen österreichischen Juristen am häufigsten von der « juristischen Person » spricht.

Savignys Erklärung der Juristischen Person (1840) bleibt vorerst ohne Widerhall, obwohl Ellinger Savigny insgesamt vehement

<sup>(225)</sup> CASTELLI, *Paragrafi*, 102; ebenso zu § 288: ebda 103.

<sup>(226)</sup> CASTELLI, *Paragrafi*, 296.

<sup>(227)</sup> (N.) ROSSHIRT, in *Archiv f. d. Civilistische Praxis*, X, 1827, 313 ff.

<sup>(228)</sup> WINIWARTER, *Recht*, I, 134 Fn. I.

<sup>(229)</sup> Vgl. ROSSHIRT, wie Fn. 227, 314 ff., 321.

ablehnt <sup>(230)</sup>, was freilich keinen Hinweis auf ein Vertrautsein mit seinen Werken abgeben muß. Bei Stubenrauch tritt jedoch die große Wende ein: Er übernimmt Savigny's Konstruktion. Sowohl in bezug auf Rosshirt wie Savigny fällt damit jedenfalls auf, daß man von ausländischen Erörterungen erst nach rund zehn Jahren Notiz nahm.

Eindeutig und offen folgt Stubenrauch <sup>(231)</sup> in der gemeinsamen Kommentierung der §§ 26 und 27 Savignys « System des heutigen Römischen Rechts » von 1840 <sup>(232)</sup>. Abgesehen von einem Hinweis auf eine Kontroverse zwischen Nippel und Schuster <sup>(233)</sup> findet sich aus der Literatur ausschließlich Savigny zitiert <sup>(234)</sup>, dem er tatsächlich zum Teil wörtlich folgt.

Stubenrauch spricht wie Savigny nicht mehr von der Moralischen Person, sondern von der Juristischen Person und unterscheidet Körperschaften einerseits und Stiftungen und Anstalten andererseits <sup>(235)</sup>. Das Verhältnis dieser — neuen — Begrifflichkeit zum ABGB, nur kurz in Fußnoten angedeutet <sup>(236)</sup>, ist das der Identität. Stubenrauch geht wie selbstverständlich von einer solchen zwischen der Moralischen Person des ABGB und der Juristischen Person Savignys aus und sieht mit diesem <sup>(237)</sup> einen Unterschied nur im Ausdruck, nicht im Begriff <sup>(238)</sup>. Neben dieser Identität besteht für ihn eine weiter zwischen den « Körpern » des ABGB und der Körperschaft Savignys <sup>(239)</sup>. Aus der Gleichsetzung der Moralischen Person mit der Juristischen Person — und nicht, wie es richtig wäre der Moralischen Person mit ihrem Sy-

<sup>(230)</sup> Bei ELLINGER, wie Fn. 186, 6 f.

<sup>(231)</sup> M. v. STUBENRAUCH, *Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch ...*, I-III, Wien 1854-1858.

<sup>(232)</sup> F.C. v. SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, II, 1840, 235-373 (so auch das Zitat bei WINIWARTER, *Gesetzbuch*, I, 141 Fn. \*\*).

<sup>(233)</sup> STUBENRAUCH, *Gesetzbuch*, I, 144 ff.

<sup>(234)</sup> Auf jeder Seite oft auch mehrmals mit Ausnahme 144.

<sup>(235)</sup> STUBENRAUCH, *Gesetzbuch*, I, 141 ff.

<sup>(236)</sup> Siehe die beiden folgen Fn. 237, 238.

<sup>(237)</sup> STUBENRAUCH, *Gesetzbuch*, I, 141 Fn. \*\*\*).

<sup>(238)</sup> Vgl. ferner zu §§ 29, 1023: STUBENRAUCH, *Gesetzbuch*, II, 234; ebda III, 223.

<sup>(239)</sup> STUBENRAUCH, *Gesetzbuch*, I, 141 Fn. \*).

nonym « Körper » und der Körperschaft — versteht es sich, daß die ausdrückliche Zuerkennung der Rechtspersönlichkeit an Stiftungen und Anstalten weiters nicht erklärungsbedürftig erscheint <sup>(240)</sup>.

Zu den Körperschaften gehören insbesondere die Gemeinden, wobei dieser Begriff zu §§ 26 und 27 auf die Ortsgemeinden beschränkt und neben etwa religiöse Genossenschaften und Kirchen gestellt ist <sup>(241)</sup>. Daß das ABGB prinzipiell einen weiten Gemeindebegriff kennt, der auch geistliche Gemeinden einschließt, entnimmt man, entsprechend der Vorrangigkeit des Savigny'schen Begriffs, vorerst nur einer Fußnote <sup>(242)</sup>, dem Text erst später in der Kommentierung des § 867 <sup>(243)</sup>.

Keine Juristische Person bildet ausdrücklich die Rechtsgemeinschaft <sup>(244)</sup>, da sie « kein juristisches Ganzes » ausmache und « nur so lange alle einverstanden sind, Eine Person vor(stelle) » <sup>(245)</sup>.

Stubenrauch weicht vorerst allerdings von Savigny und auch der bisher vorherrschenden österreichischen Doktrin in zwei entscheidenden Punkten ab: Zur Körperschaft zählt er weiters ausdrücklich die « Erwerbsgesellschaften » im Sinne der §§ 1175 ff. <sup>(246)</sup>, diese auch verstanden als « Gesellschaften im engeren Sinn » in Unterscheidung zu « Corporationen (Gesellschaften) » <sup>(247)</sup>, sowie « die Armen » gemäß §§ 221 und 829 <sup>(248)</sup>. Vor allem mit der letztgenannten Zuordnung erscheint Stubenrauch nahezu unglaubwürdig. Man könnte ihm nur zubilligen, daß er in der Behandlung der Erwerbsgesellschaft und der Armen in ganz spezifischen Situationen als « Eine Person » einen jener « juristischen Zwecke » erblickt, für welche die Rechtsfähigkeit « auf künstliche, durch

<sup>(240)</sup> Daher wohl auch keine Erläuterung des § 646 (Stiftungen): STUBENRAUCH, *Gesetzbuch*, II, 446.

<sup>(241)</sup> STUBENRAUCH, *Gesetzbuch*, I, 142.

<sup>(242)</sup> STUBENRAUCH, *Gesetzbuch*, I, 142 Fn. \*\*).

<sup>(243)</sup> STUBENRAUCH, *Gesetzbuch*, III, 27 f.

<sup>(244)</sup> STUBENRAUCH, *Gesetzbuch*, I, 147, 720.

<sup>(245)</sup> STUBENRAUCH, *Gesetzbuch*, I, 147.

<sup>(246)</sup> Zu §§ 829, 847 f.: STUBENRAUCH, *Gesetzbuch*, II, 839, 866.

<sup>(247)</sup> STUBENRAUCH, *Gesetzbuch*, I, 145. Vgl. auch zu §§ 547, 559: ebda II, 244 in Verbindung mit 277, 299.

<sup>(248)</sup> STUBENRAUCH, *Gesetzbuch*, I, 142.

bloße Fiction angenommene Subjekte » ausgedehnt wird <sup>(249)</sup>. Damit aber wäre Savignys Begriff der Juristischen Person erheblich modifiziert und das Begriffselement der Dauer nach zuletzt Winiwarter verlassen, vor allem aber Stubenrauch in sich widersprüchlich: Zum einen insoferne, als er die Rechtsgemeinschaft, obwohl sie unter Umständen (s. eben) « Eine Person vor(stellt) », nicht als Juristische Person auffaßt, und zum andern, da auf « die Armen » ein Begriffsmerkmal der Korporation nicht zutrifft, nämlich das Bestehen von Rechtsbeziehungen zwischen den Mitgliedern <sup>(250)</sup>.

Von der Ansicht, « die Armen » stellten eine Juristische Person dar, weicht Stubenrauch allerdings schon im 2. Band seines Kommentars 1855 ab und erklärt ausdrücklich <sup>(251)</sup>, er habe sich im 1. Band geirrt, womit aber doch deutlich wird, daß es sich hier um kein Versehen gehandelt hatte. Als Grund gibt er nicht den Mangel von Rechtsbeziehungen zwischen den Mitgliedern an, sondern den, daß « den Armen » « das Merkmal der Vereinigung zu einem bestimmten Zwecke mangelt ».

Auch in Beziehung auf die Erwerbsgesellschaft ändert er seine Ansicht, allerdings nicht so radikal, sondern modifizierend. Zwar bezieht er noch § 1201 wie selbstverständlich auf die « erlaubte Gesellschaft » unter ausdrücklichem Hinweis auf § 26 <sup>(252)</sup> (ohne sie aber hier Juristische Person zu nennen!), doch folgt er zu § 1472 Ungers inzwischen ausgebreiteter Konstruktion der « kollektiven Personeneinheit » als einer Zwischenform zwischen bloßer Gesellschaft und Juristischer Person. Stubenrauch unterstellt nur diese Zwischenform gemeinsam mit der Juristischen Person dem Begriff « Körper » in § 1472, nicht aber die « einfache Gesellschaft ». Sie ist damit nicht nur aus dem Begriff der Juristischen Person ausgeklammert, sondern zu ihr in einen Gegensatz gestellt.

So hat Stubenrauch in einer notwendig doppelten Beziehung eine Wende eingeleitet: Zum einen kennt er nun auch Stiftungen und Anstalten mit eigener Rechtspersönlichkeit, die dadurch ebenso

---

<sup>(249)</sup> STUBENRAUCH, *Gesetzbuch*, I, 141.

<sup>(250)</sup> STUBENRAUCH, *Gesetzbuch*, I, 145.

<sup>(251)</sup> STUBENRAUCH, *Gesetzbuch*, II, 297.

<sup>(252)</sup> STUBENRAUCH, *Gesetzbuch*, III, 395.

Juristische Personen sind wie die Körperschaften, zum anderen stellt er damit den wissenschaftlichen Begriff vor das Gesetzbuch, das es ersterem unterordnet. Allerdings erscheint diese Operation noch nicht als bewußter Vorgang wie bei den späteren Pandektisten: Stubenrauch geht eben mit Savigny von der Identität der Begriffe Moralische Person und Juristische Person aus und scheint hier vorerst ohne Widersprüche das ABGB unterbringen zu können. Dabei geraten ihm freilich auch die Erwerbsgesellschaft und « die Armen » fälschlicherweise unter den neuen Begriff, was ihn späterhin zu Revision zwingt.

Stubenrauch schließt ein Kapitel der österreichischen Privatrechtsgeschichte ab, nämlich das der « Moralischen Person ». Er eröffnet aber gleichzeitig das neue Kapitel der « Juristischen Person », das er sogleich mit Problemen belädt.

#### IX. ÜBERBLICK UND ZUSAMMENFASSUNG.

Im hier untersuchten Zeitraum — bis kurz nach 1850 — beschäftigt sich keine Monographie mit der Moralischen Person insgesamt oder wenigstens einem ihrer wichtigen Teilaspekte. Auch eine beiläufige monographische Behandlung hat die Moralische Person nicht gefunden. Die originelle Darstellung des Fabrikenrechts von Wildner etwa enthält zwar einen eigenen Abschnitt über « Fabriksgesellschaften » <sup>(253)</sup>, wozu die Vorschriften über die Erwerbsgesellschaft des ABGB des öfteren bemüht werden, behandelt insbesondere deren « Rechtsverhältnis nach außen » <sup>(254)</sup>, gibt aber dennoch keinerlei Hinweise zur Moralischen Person.

Um ihr Wesen und ihr Verständnis aufgrund der zeitgenössischen Jurisprudenz aufzuhellen, bleibt man auf die allgemeinen Kommentare und erläuternden Darstellungen zum ABGB verwiesen. Dabei ist zu beachten, daß diesen eine höchst unterschiedliche Aussagekraft schon allein aufgrund ihrer verschiedenartigen Zielsetzungen zukommt <sup>(255)</sup>. Von den hier skizzierten deutschen

<sup>(253)</sup> I. WILDNER, *Das österreichische Fabrikenrecht*, Wien 1838, 129 ff.

<sup>(254)</sup> WILDNER, *Fabrikenrecht*, 116 ff.

<sup>(255)</sup> Eine Charakteristik der vormärzlichen Autoren aus der kritischen Sicht der Pandektistik geben die beiden Schüler J. Ungers L. PFAFF - F. HOFMANN, *Commentar zum österr. allg. bürgerl. Gesetzbuche*, I/1, Wien, 1877 60 ff.

und italienischen Autoren geht es allen außer Linden, Luksche und Bergmayr primär um eine Erklärung des ABGB-Textes. Diese Feststellung trifft in einem engeren Sinn auf Zeiller, Scheidlein, Taglioni und Reale zu, die fast ausschließlich die Paragraphen des Gesetzbuches in ihrer Reihenfolge erläutern, wie ähnlich auch Ellinger und Basevi, jedoch wesentlich knapper, ohne wissenschaftliche Ambitionen und unter Hinweis auf Nebengesetze. Schuster, Nippel und Winiwarter entwerfen darüber hinaus ein breiteres Bild des Privatrechtssystems, in dem sie die Bestimmungen des ABGB wesentlich zusammenhängender und in Verbindung mit anderen, einschlägigen Vorschriften kommentieren, auch kritisch Literatur und ausländische Gesetzbücher heranziehen. Für Linden, Luksche und Bergmayr hingegen steht ein abwägend-kritisches oder zusammenhängend-systematisches Erklären des ABGB-Inhalts gar nicht im Zentrum ihres Bemühens; sie wollen diesen vielmehr mit anderen Rechten, und zwar höchst ambitionslos, vergleichen.

Gemäß diesen Intentionen darf man die Aussagekraft der einzelnen Autoren nicht gleich bemessen, sondern muß Gewichtungen vornehmen.

Zentrale Bedeutung kommt einmal Zeiller, Scheidlein, Taglioni und Reale zu. Sie liegt hauptsächlich in der Erklärung der einzelnen ABGB-Paragraphen, weniger in ihrer systematischen Zusammenschau als Rechtsfiguren, Rechtsinstitute. Ihre Auffassung über solche muß, wie auch hier, aus mehreren Kommentarstellen erschlossen werden, und zwar durch Abwägen ihrer Zusammengehörigkeit, allenfalls durch Ausdeutung von Widersprüchen und Aussonderung von nicht in Betracht kommenden Passagen. Eine zentrale Rolle spielen ferner Schuster, Nippel und Winiwarter, die, über die einzelnen Paragraphen des Gesetzbuches hinaus, die Moralische Person als Rechtsinstitut behandeln — wofür signifikant erscheint, daß sie eine gegenüber dem ABGB eigenständige Definition der Moralischen Person geben.

Von sekundärer Bedeutung erscheint sodann die Meinung der übrigen Autoren wie Linden, Luksche, Bergmayr, Ellinger und Basevi.

Wie schon dem ABGB ist für die zentralen Autoren die Moralische Person eine organisierte, auf Dauer angelegte Personenmehr-

heit, deren Rechtssubjektivität unabhängig und neben ihren Mitgliedern besteht. Eine Moralische Person besonderer Art bilden derartige Personenverbände dann, wenn sie hierarchisch organisiert und mit einer spezifischen Gewalt gegenüber ihren Mitgliedern ausgestattet sind: Es sind dies die Gemeinden weltlicher und geistlicher Art. Nicht zur Moralischen Person zählen Anstalten und Stiftungen, ihnen kommt keine eigene Rechtssubjektivität zu; Gleiches gilt für die *hereditas iacens*. Rechtsgemeinschaft und Erwerbsgesellschaft/*societas* zählen gleichfalls nicht zur Moralischen Person, obwohl sie wie diese nach außen so auftreten können, als würde nicht eine Vielzahl an Personen, sondern nur eine einzelne Person handeln.

Für ein einheitliches Auftreten mehrerer Personen im Rechtsverkehr verwendet schon das ABGB das Bild der « Eine Person », das auch auf die Moralische Person erstreckt wird. Ihm folgen einige Autoren, insbesondere Zeiller, der dieses Bild insoferne überzeichnet, als er die Moralische Person selbst als bildhaft-einprägsame Erklärungshilfe für einzelne Rechtswirkungen der Rechtsgemeinschaft und der Erwerbsgesellschaft/*societas* verwendet. Diese bildhafte Art der Darstellung bei Zeiller übernehmen zwar einige Autoren, doch nimmt sie insgesamt ab; den italienischen Juristen war sie stets fremd.

Die « Eine Person » des ABGB bewegt jedoch Nippel und Winiwarter zu einer neuen Begriffsbildung: Moralische Person und Rechtsgemeinschaft sind zwar auseinanderzuhalten, stellen aber durch das einheitliche Auftreten nach außen « Eine Person » vor, und zwar die Moralische Person zufolge des durch Organe für alle Mitglieder verbindlichen Willen stets, die Rechtsgemeinschaft nur dann, wenn ein einheitlicher Wille abgegeben wird. Hier liegt der Versuch vor, dem Gesetz dort eine Begrifflichkeit zu unterlegen, wo es an eine solche gar nicht gedacht hat.

Von dieser Übereinstimmung aller zentraler Autoren weicht lediglich Schuster in einem Punkt ab: Zur Moralischen Person zählt er außer Körperschaften noch die Erwerbsgesellschaft und die Rechtsgemeinschaft, wozu ihn aber eine gesetzesfremde, unfundierte Konstruktion verleitet.

Auffallender sind die Abweichungen bei den Autoren sekundärer Bedeutung, bei ihnen größer aber auch die Unklarheit der

Aussagen wie bei Linden oder ihre offenbaren Ungereimtheiten wie bei Bergmayr und Ellinger. Sie führen bei Linden und Ellinger zur Subsumtion der Erwerbsgesellschaft unter die Moralische Person. Diese Ausdehnung des Begriffs der Moralischen Person erfolgt somit nicht sosehr bei den Autoren von vorrangiger, sondern bei jenen von sekundärer Bedeutung. Gleichfalls nur einer von ihnen, Basevi, begreift auch die *hereditas iacens* als Moralische Person.

So stellen sich alle Abweichungen vom Begriff der Moralischen Person im Sinne des ABGB und von so gut wie allen Autoren von zentraler Bedeutung als Ausnahmen dar, die sich überwiegend bei Autoren von sekundärem Rang finden. Diese Ausnahmen bleiben darauf beschränkt, die Erwerbsgesellschaft und die *hereditas iacens* als Moralische Person einzuordnen.

Nie entspricht der Begriff der Moralischen Person jenem der Juristischen Person im heutigen Verständnis: Anstalten und Stiftungen bleiben stets außerhalb. Der Ausdruck «juridische Person» ist zwar bekannt, wird jedoch nur vereinzelt und in anderer Bedeutung verwendet: Er verdeutlicht stets den Umstand, daß die Rechtsordnung ein Rechtssubjekt, das nicht natürliche Person ist, fingiert: Bei Zeiller und Winiwarter den «fortlebenden» Erblasser, bei Nippel mit der Gemeinde indirekt die Moralische Person, bei Winiwarter auch eine Personenmehrheit mit nur zufällig rechtlicher Gleichbehandlung.

In der juristischen Fachliteratur entspricht dem Mangel an Monographien ein solcher an direkt einschlägigen Abhandlungen über die Moralische Person. Doch berühren einige Beiträge und Rezensionen unser Thema.

Beispielsweise erhitze die Frage nach der «Redlichkeit oder Unredlichkeit des Besitzes einer Gemeinde» mehrfach die juristische Fachwelt, ohne sie aber hiebei zu grundsätzlichen Äußerungen über das Wesen der Gemeinde als Moralischer Person zu verleiten<sup>(256)</sup>. Hiefür könnte maßgebend sein, daß in der Praxis unter «Gemeinde» bis zum ABGB offenbar ausschließlich und

---

<sup>(256)</sup> Vgl. Th. DOLLNER, in *Zs. f. österr. Rechtsgelehrsamkeit und polit. Gesetzeshkunde* 1835/2, 103 ff.; ferner eine Replik von F. v. MINASIEWICZ und eine Duplik Th. DOLLNERS, in ebda 1836/I, 100 ff. bzw. 104 ff.



nach seinem Inkrafttreten überwiegen die Ortsgemeinde und nur in seltenen Fällen eine «geistliche Gemeinde» verstanden wurde<sup>(257)</sup>. Mehrfach bestätigt findet sich die Ansicht, daß «Anstalten» nur dann Moralische Personen darstellen, wenn sie in Wahrheit keine Anstalten, sondern Gesellschaften sind wie Versorgungsanstalten<sup>(258)</sup>, Pensions-Institute<sup>(259)</sup>, Versicherungsanstalten schlechthin<sup>(260)</sup>: Sie alle sind «gesellschaftliche Anstalten» mit «Gesellschaftsmitgliedern»<sup>(261)</sup>. Dieser Umstand tritt auch deutlich in der Praxis zutage: Stiftungen sind Sondervermögen in der Hand des «Fiscus» oder «einzelner Privater oder Gemeinden oder Corporationen»<sup>(262)</sup>; Anstalten bedürfen zu ihrer Errichtung einer Gesellschaft wie insbesondere die Sparkassen einen «Verein von Menschenfreunden» oder eine «Gemeinde»<sup>(263)</sup>.

Das Wesen der Moralischen Person legen zwei Beiträge sehr deutlich offen. 1828 erklärt Hohler anhand der Versorgungsanstalten des § 1237, daß «Gesellschaften» mit Statuten, die als «öffentlich genehmigte Vertragspunkte einer Privatgesellschaft» aufzufassen sind, eben durch diese «öffentliche Genehmigung» eine erlaubte

<sup>(257)</sup> Vgl. die Repertorien zur Justizgesetzsammlung bis 1820 (1823) bzw. ab 1821 (1854) unter den Stichworten Gemeinde und Composita: In 21 einschlägigen Bestimmungen zwischen 1821 und 1848 wird nur in 3 unter «Gemeinde» nicht die Ortsgemeinde verstanden (1821/1763, 1836/154, 1837/198).

<sup>(258)</sup> Vgl. die Rezensionen von A. S. v. KREMER über Abhandlungen zur Versorgungs-Anstalt der Ersten österreichischen Sparkasse, in *Zs. f. österr. Rechtsgelehrsamkeit und polit. Gesetzeskunde* 1826/3, insbes. 56 ff., 59; sowie ebda 1829/3, 251 ff.

<sup>(259)</sup> M v. STUBENRAUCH, *Einige Bemerkungen über den gegenwärtigen Stand des Wiener allgemeinen Witwen- und Waisen-Pensions-Institutes*, in *Zs. f. österr. Rechtsgelehrsamkeit und polit. Gesetzeskunde* 1840/3, insbes. 100 ff., 105.

<sup>(260)</sup> E. Th. HOHLER, *Civilrechtliche Erörterung des § 1287 d. a.b.G.B. über die gesellschaftlichen Versorgungsanstalten*, in *Zs. f. österr. Rechtsgelehrsamkeit und polit. Gesetzeskunde* 1828/2, 97 ff.

<sup>(261)</sup> HOHLER, wie Fn. 260, 99, 103 etc. bzw. 100.

<sup>(262)</sup> Vgl. JGS 1821/1730, 1763, 142. Zu Stiftungen s. insbes. J. N. v. SAVAGERI, *Chronologisch-geschichtliche Sammlung aller bestehenden Stiftungen ...*, I, Brünn 1832. Im Gegensatz dazu betonen 1895 C.F. MAUTNER v. MARKHOF - E. GUGLIA, *Die Wiener Stiftungen*, XI f., deren Charakter als juristische Person.

<sup>(263)</sup> Vgl. JGS 1844/832, ferner 1843/763, 1846/925. - Öffentliche Fonds galten als Landesvermögen und wirtschafteten unter der Aufsicht der staatlichen Behörden: H.-H. BRANDT, *Der österreichische Neoabsolutismus*, I, Göttingen 1978, 22 f.

Gesellschaft gemäß § 26 und somit eine Moralische Person nach § 26 oder unter den Bedingungen des § 27 eine Gemeinde darstellen<sup>(264)</sup>. Ebenso beschreibt 1848 ein anonymes «Dr. Maximilian W.» die öffentliche Handelsgesellschaft «als Moralische Person», und zwar einerseits weil sie «unter der Firma» Verträge abschließen<sup>(265)</sup>, sich als Gesellschaft neben ihren Mitgliedern verpflichten<sup>(266)</sup>, und nicht diese nach ihren Anteilen, «sondern die Societaet» selbst Eigentümerin des Gesellschaftsvermögens sei<sup>(267)</sup>; andererseits, weil sie durch ihre Protokollierung als erlaubt im Sinne des § 26 gelte<sup>(268)</sup>. Wie die öffentliche Handelsgesellschaft müsse zwar auch die stille Handelsgesellschaft protokolliert werden, doch erhalte sie damit nicht die Eigenschaft einer Moralischen Person, da sie nach außen nicht unter einer Firma auftrete<sup>(269)</sup>.

So stoßen wir auch in den juristischen Fachzeitschriften wieder auf das Wesen der Moralischen Person als einer Körperschaft. Überdies zeigt sich, daß die Erlaubnis im Sinne des § 26 in einem, modern gesprochen, individuellen Verwaltungsakt bestehen muß und dafür nicht eine generelle gesetzliche Regelung genügt. Beide Gründe verwehren es daher, die Erwerbsgesellschaft als Moralische Person anzusehen: Sie ist keine Körperschaft, ihre bloße gesetzliche Regelung in §§ 1175 ff. würde nicht als Erlaubnis im Sinne des § 26 gelten.

Damit rundet sich das Bild: Die Moralische Person der österreichischen Rechtswissenschaft in der 1. Hälfte des 19. Jahrhunderts ist eine staatlich anerkannte Körperschaft. Die Juristische Person in ihrer Dreiteilung in Körperschaft, Anstalt und Stiftung bleibt bis 1853 der österreichischen Privatrechtswissenschaft fremd. In diese wird sie erst durch die Pandektistik eingeführt und an die Stelle der Moralischen Person gesetzt, und zwar erstmals durch Stubenrauch in Übernahme von Savigny.

<sup>(264)</sup> HOHLER, wie Fn. 260, 104 f.

<sup>(265)</sup> DR. MAXIMILIAN W., *Studien über Handelsgesellschaften*, in *Oesterr. Zs. f. Rechts- und Staatswissenschaft* 1848/2, 3.

<sup>(266)</sup> MAXIMILIAN W., Fn. 265, 8.

<sup>(267)</sup> MAXIMILIAN W., wie Fn. 265, 18.

<sup>(268)</sup> MAXIMILIAN W., wie Fn. 265, 2 f.

<sup>(269)</sup> MAXIMILIAN W., Fn. 265, 2 f., 20 ff.



MALTE DIESELHORST

ZUR THEORIE DER JURISTISCHEN PERSON  
BEI CARL FRIEDRICH VON SAVIGNY

I. Die Stellung der natürlichen Person im Rechtssystem Savignys. — II. Begründung, Bedeutung und Anwendung der Fiktionstheorie der Juristischen Person bei Savigny. — III. Entstehung und Untergang Juristischer Personen. — IV. Rechte der Juristischen Personen; Problematik der Handlungsfähigkeit. — V. Verfassung; Allmacht der Mehrheit? — VI. Zusammenfassung.

I. 1) Die Stellung der natürlichen Person im Rechtssystem Savignys (1) wird umrissen durch folgendes, viel bekanntes Zitat zu Beginn des zweiten Buches seines Systems «Die Rechtsverhältnisse» (Wesen und Arten der Rechtsverhältnisse, § 52 Wesen der Rechtsverhältnisse = System I 331-332).

«Der Mensch steht inmitten der äußeren Welt und das wichtigste Element in dieser seiner Umgebung ist ihm die Berührung mit denen, die ihm gleich sind durch ihre Natur und Bestimmung. Sollen nun in solcher Berührung freye Wesen nebeneinander bestehen, sich gegenseitig fördernd, nicht hemmend in ihrer Entwicklung, so ist dieses nur möglich durch Anerkennung einer unsichtbaren Gränze, innerhalb welcher das Dasein und die Wirksamkeit jedes Einzelnen einen sicheren, freyen Raum gewinne. Die Regel wodurch jene Gränze und durch sie dieser freye Raum bestimmt wird, ist das Recht. Damit ist zugleich die Verwandtschaft und die Verschiedenheit zwischen Recht und Sittlichkeit gegeben. Das Recht dient der Sittlichkeit, aber nicht indem es ihr Gebot vollzieht, sondern indem es die freye Entfaltung ihrer,

---

(1) Hierzu auch Wolfgang HENKEL, *Zur Theorie der juristischen Person im 19. Jahrhundert*; Jur. Diss. Göttingen 1972, S. 71-76.

jedem einzelnen Willen innewohnenden Kraft sichert. Sein Dasein aber ist ein selbständiges, und darum ist es kein Widerspruch, wenn im einzelnen Falle die Möglichkeit unsittlicher Ausübung eines wirklich vorhandenen Rechts behauptet wird ».

2) In diesem Zitat umreißt Savigny in klassischer Weise die Stellung des Menschen zu seinen Mitmenschen, und daraus folgend die Aufgabe des Rechts im Unterschied zu derjenigen der Sittlichkeit.

a) Freie Entwicklung der Fähigkeiten und Kräfte eines jeden durch wechselseitige Förderung, so könnte man dieses humanistische Ideal schlagwortartig umreißen. Um ein solches scheint es sich mir zu handeln, wie es etwa in idealistischer Überhöhung auch in Wilhelm von Humboldts Jugendschrift: «Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen» anzutreffen ist. Genuin christlich scheint mir dagegen dies Ideal nicht zu sein, wenigstens nicht ausgesprochen christlich.

b) Hieraus folgt die Aufgabe des Rechts, das Dasein und die Wirksamkeit jedes Einzelnen durch Anerkennung einer unsichtbaren Grenze zu schützen. Man hat hierin eine Anlehnung an Kant gesehen <sup>(2)</sup>, was durchaus möglich erscheint, wenn man im Auge behält, daß die anthropologischen Bestimmungen bei Kant und Savigny verschieden sind: hie der Dualismus des homo noumenon und des homo phainomenon, dort die Idee sich frei wechselseitig fördernder Individuen. Das Recht garantiert bei Kant dem homo phainomenon um der sittlichen Bestimmung des homo noumenon willen einen Freiraum <sup>(3)</sup>. Savigny zieht diese Distinktionen nicht, jedenfalls nicht in dieser Schärfe.

c) Die dienende Funktion des Rechts — es hat sein Dasein um der Sittlichkeit willen — ist sodann bei Savigny wie bei Kant die entsprechende.

---

<sup>(2)</sup> WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl. S. 397 mit Anm. 69, vgl. auch COING, *Zur Geschichte des Privatrechtssystems*, S. 67-72; vgl. insbesondere KANT, *Metaphysik der Sitten, Einleitung in die Rechtslehre*, § C, A 33-34; B 34-35.

<sup>(3)</sup> Vgl. die vorige Anmerkung am Ende.

3) Aus dem Gesagten ergibt sich, daß für Savigny grundsätzlich nur der einzelne Mensch rechtsfähig ist. « Alles Recht ist vorhanden, um der sittlichen jedem einzelnen Menschen inwohnenden Freyheit willen. Darum muß der ursprüngliche Begriff der Person oder des Rechtssubjekts zusammenfallen mit dem Begriff des Menschen, und diese ursprüngliche Identität beider Begriffe läßt sich in folgender Formel ausdrücken: Jeder einzelne Mensch, und nur der einzelne Mensch, ist rechtsfähig » (4).

II. Würde es bei dem Gesagten bleiben, so wären nur Menschen, « natürliche Personen », Rechtssubjekte. Allein Savigny sieht sich genötigt, darüberhinaus gewissen Sozialgebilden Rechtsfähigkeit zuzuerkennen, den sog. Juristischen Personen (5). Charakteristisch ist es nun hierbei, daß dies im Wege der künstlichen Gleichstellung mit den natürlichen Personen, d.h. im Wege der Fiktion geschieht (6): Daß der Zusammenschluß mehrerer oder einer Vielzahl von Menschen als solcher eine gleiche Dignität wie der einzelne Mensch besäße, kommt Savigny um der sittlichen Bestimmung — nur — des Einzelmenschen willen nicht in den Sinn.

1) Das folgende Savigny-Zitat stellt nach dem Vorausgegangenen nur eine Wiederholung dar: « Die Rechtsfähigkeit wurde oben dargestellt als zusammenfallend mit dem Begriff des einzelnen Menschen. Wir betrachten sie jetzt als ausgedehnt auf künstliche durch bloße Fiktion angenommene Subjekte. Ein solches Subjekt nennen wir eine Juristische Person, d.h. eine Person, welche bloß zu juristischen Zwecken angenommen wird. In ihr finden wir einen Träger von Rechtsverhältnissen noch neben den einzelnen Menschen » (7) (8).

---

(4) SAVIGNY, *System* II § 60 S. 2.

(5) Der Terminus Juristische Person war schon vorher gebräuchlich, so bei Heise, dies aber in einer abweichenden Bedeutung, vgl. hierzu FLUME, *Savigny und die Lehre von der Juristischen Person*, in *Festschrift Wieacker*, S. 340-341.

(6) So auch HENKEL a.a.O. (Anm. 1) S. 78.

(7) SAVIGNY, *System* II § 85 S. 236.

(8) Vgl. zu Savignys Fiktionstheorie auch WIEACKER, *Zur Theorie der Juristischen Person des Privatrechts*, in *Festschrift für Ernst-Rudolf Huber*, S. 361-362.

In der Folge macht Savigny zwei wichtige Einschränkungen:

a) Die künstliche Fähigkeit der Juristischen Person dürfe nur auf die Verhältnisse des Privatrechts bezogen werden <sup>(9)</sup> und innerhalb des Privatrechts kommen nur die Vermögensverhältnisse, nicht die Familie in Betracht <sup>(10)</sup>.

Die Begründung Savignys zu a): « Wir befinden uns hier überhaupt nur im Gebiete des Privatrechtes », scheint nur formal einleuchtend: Das Dasein der Juristischen Personen des *öffentlichen* Rechts (wie wir uns heute ausdrücken würden), der Länder, Städte usw. müßte in einer umfassenden Lehre von der Juristischen Person m.E. mit geklärt werden. Wie dem auch sei, die weitere Ausscheidung der Familienverhältnisse durch Savigny scheint jedenfalls einleuchtend. Seine Begründung: « Alles Familienverhältnis, in seinem ursprünglichen Begriff, bezieht sich auf die natürlichen Menschen und die juristische Behandlung desselben ist etwas abgeleitetes und untergeordnetes, daher ist eine Anwendung desselben auf Substrate, die nicht Menschen sind, unmöglich » <sup>(11)</sup>.

Daß die Juristische Person hingegen Vermögensrechtsverhältnisse eingehen könne, begründet Savigny wie folgt: « Das Vermögen ist seinem Wesen nach Machterweiterung, also Sicherung und Erhöhung der freien Tätigkeit. Dieses Verhältnis läßt sich ebensogut auf die Juristische Person, wie auf den einzelnen Menschen anwenden: ihre Zwecke (worauf das ganze Bedürfnis ihrer Annahme beruht) können ebensogut durch Vermögen gefördert werden, wie die Zwecke des einzelnen Menschen » <sup>(12)</sup>.

Diese Begründung Savignys ist aufschlußreich. Daß das Vermögen eine Machterweiterung zum Zwecke der Förderung der freien Tätigkeit sei, gilt doch wohl nur oder wenigstens vorwiegend für den ökonomischen Bereich. Freie Tätigkeit hatte Savigny aber anderenorts als wertvoll angesehen, sofern ihr die sittliche Bestimmung des Menschen zugrundeliege, sich wechselseitig zu

<sup>(9)</sup> SAVIGNY, *System* II § 85 S. 236.

<sup>(10)</sup> a.a.O. (Anm. 9) S. 238.

<sup>(11)</sup> a.a.O. (Anm. 9) vgl. auch HENKEL a.a.O. (Anm. 1) S. 80.

<sup>(12)</sup> a.a.O. (Anm. 9) S. 239.

fördern; - kann nun aber die Juristische Person Träger der Sittlichkeit im damit skizzierten Sinn sein?

Noch ein zweites ist auffallend: Während Savigny die Juristische Person fingiert und das Substrat dieser Fiktion wenigstens zunächst außer Betracht bleibt, hebt Savigny hier die Zwecke hervor, die maßgeblich sind für die Zuerkennung der Qualität einer Juristischen Person. Es sind dies doch, vom Sonderfall der Stiftung einmal abgesehen, regelmäßig die gemeinsamen Zwecke einer Personenmehrheit, die für den Zusammenschluß oder das Miteinanderleben maßgeblich sind. Die damit angeschnittene Zweckbetrachtung geht aber nicht weiter in die Theorie Savignys ein.

Lassen wir Savigny abschließend noch einmal zu Wort kommen: « Hieraus ergibt sich, daß bei den Juristischen Personen folgende Rechtsverhältnisse vorkommen können: Eigentum und jura in re, Obligationen, Erwerb durch Erbschaft, ferner Gewalt über Sklaven und Patronat; im Neueren Recht auch Colonat.

Dagegen sind auf sie nicht anwendbar: Ehe, väterliche Gewalt, Verwandtschaft; ferner manus, mancipii causa und Vormundschaft. Und nunmehr können wir den Begriff der Juristischen Person noch näher dahin bestimmen: sie ist ein des Vermögens fähiges künstlich angenommenes Subjekt » <sup>(13)</sup>.

2. In der Folge geht Savigny auf Arten der Juristischen Personen ein <sup>(14)</sup> und unternimmt damit eine typisierende Klassifizierung.

a) Er hebt zunächst Juristische Personen mit « natürlichem Dasein »: Gemeinden, Städte und Dörfer von Juristischen Personen mit künstlichem oder willkürlichem Dasein ab. Die letzteren, alle Stiftungen und Gesellschaften, welchen die Eigenschaft Juristische

<sup>(13)</sup> a.a.O S. 239 (Anm. 9).

<sup>(14)</sup> Damit wendet er sich den Sozialgebilden zu, die auch für Savigny selbstverständliche, wenngleich nicht voll in den Blick genommene Grundlage der Fiktion waren, durch die sie Juristische Personen und damit Rechtsträger wurden; vgl. FLUME, *Savigny und die Lehre von der Juristischen Person*, in *Festschrift Wieacker*, S. 343, 345, 347.



Person zu sein, besonders beigelegt sei, verdankten lediglich dem willkürlichen Entschluß eines Einzelnen oder mehrerer ihr Dasein.

Ob die Unterscheidung Savignys ganz treffend ist, möchte immerhin zweifelhaft sein. M.E. kommt den Städten und Gemeinden ein geschichtlich gewordenes, insofern auch im Gegensatz zur natürlichen Welt, wenn man so will ein künstliches Dasein zu. Immerhin ist die Pointe der Gegensatzbildung Savignys erkennbar und wohl auch treffend.

Im übrigen wird deutlich, daß Savigny den Gemeinden, Städten und Dörfern eine wichtige Bedeutung beimißt. Juristische Personen sind sie zwar nur in ihrem privatrechtlichen Dasein, aber als solche bilden sie nach Savigny einen Haupttypus der Juristischen Person.

Die Juristischen Personen, die lediglich dem willkürlichen Entschluß eines einzelnen oder mehrerer ihr Dasein verdanken, unterteilt Savigny lediglich in Gesellschaften, welchen die Eigenschaft Juristische Person zu sein, besonders beigelegt ist und in Stiftungen.

Was hat man sich unter den angeführten Gesellschaften vorzustellen? Etwa die Aktiengesellschaft? Diese Rechtsform war in Preußen 1838 für Eisenbahnunternehmungen anerkannt worden<sup>(15)</sup>, aber erst 1843 wurde ein Aktiengesetz für Preußen erlassen<sup>(16)</sup> und Savigny, der als Leiter des Gesetzgebungsministeriums mit der Materie befaßt war, nahm erst im Jahre 1853 im 2. Band seines Obligationenrechts zu den «industriellen Korporationen» Stellung. Wir teilen diese seine Stellungnahme erst im Anhang zu dem Unterpunkt 2) (Arten der Juristischen Person) mit.

Im übrigen mag Savigny unter den genannten Begriff auch den heutigen Idealverein eingeordnet haben. Ein besonderer Hinweis findet sich indessen nicht.

Stiftungen freilich führt Savigny ausdrücklich an. Ihre Rechtsform erklärt er am Beispiel eines Hospitals (System II S. 244 Nb). «Das wahre Subjekt der Rechte ist also ein als (Juristische) Person

---

<sup>(15)</sup> Vgl. HATTENHAUER, *Die geistesgeschichtlichen Grundlagen des Deutschen Rechtes*, 2. Aufl. 1980, S. 248-249.

<sup>(16)</sup> Vgl. HATTENHAUER, a.a.O. (Anm. 15).

anerkannter Begriff, nämlich der Zweck der Menschenliebe, der an diesem Ort, auf bestimmte Weise durch bestimmte Mittel, erreicht werden soll ».

Andere Betrachtungsweisen scheiden aus. Insbesondere: soll das Hospital eine Corporation sein, deren Mitglieder die Kranken wären?

b) Ein weiteres Unterscheidungsmerkmal charakterisiert Savigny so: Einige Juristische Personen hätten eine sichtbare Erscheinung in einer Anzahl einzelner Mitglieder, die als ein Ganzes zusammengefaßt die Juristische Person bildeten: diese seien die Corporationen. Hierhin gehörten Gemeinden, Innungen, diejenigen Gesellschaften, denen die Rechte Juristischer Personen verliehen sei (leider ohne Beispiele). Das Wesen der Corporationen sei: Das Subjekt der Rechte bestehe nicht in den einzelnen Mitgliedern — selbst nicht in allen Mitgliedern zusammengenommen — sondern in dem idealen Ganzen <sup>(17)</sup>. Eine einzelne, wichtige Folge: durch den Wechsel einzelner oder sogar aller Mitglieder werde das Wesen der Juristischen Person nicht affiziert.

Hier nimmt Savigny den Korporationsbegriff auf, der im kirchlichen, dann im staatlich - ständischen Bereich ausgebildet worden war. Savigny erkennt der Korporation ein begrenztes Eigenleben zu: sie sei mehr als die Summe ihrer Mitglieder und daher auch von ihrem Wechsel unabhängig. Rechtsqualität hat aber dieses « ideale Ganze » nicht schon eo ipso, sondern erst durch staatliche Verleihung; es ist dann eine fingierte (Juristische) Person.

Von den eben geschilderten Juristischen Personen, « die eine sichtbare Erscheinung » haben, hebt Savigny diejenigen ab, die eine mehr ideale Existenz hätten, die auf einem allgemeinen, durch sie zu erreichenden Zweck beruhe. Savigny meint und nennt die Stiftung, deren hauptsächlichste Zwecke seien: Religionsübung, Geistesbildung, Wohltätigkeit.

---

<sup>(17)</sup> Ob die Fiktion der Rechtssubjektivität der jeweiligen Korporation für Savigny zu einer vollständigen Trennung von Korporation und den sie bildenden Mitgliedern führte, wie HENKEL a.a.O (Anmerkung 1) S. 85 meint, erscheint mir immerhin zweifelhaft, bezeichnet doch Savigny die Korporation als eine « ideale Einheit ».

c) Schließlich erwähnt Savigny den Fiskus, der eine Sonderstellung einnehme. Wollte man ihn als Corporation aller Staatsgenossen auffassen, meint Savigny, so würde dies zu einer verwirrenden Gleichstellung der ungleichartigsten Rechtsverhältnisse führen. Mit anderen Worten, die Struktur des Staatsverbandes soll den Fiskus als Juristische Person des Privatrechts nicht bestimmen. - Ist hier nicht gleichwohl eine Abhängigkeit vorhanden? -

d) Zur Rechtsnatur der Aktiengesellschaften äußert sich Savigny, wie schon erwähnt, im 2. Band seines Obligationenrechtes, Kap. 2, III: «Schuldbriefe industrieller Corporationen» (S. 112 ff). Dort führt er aus: die Aktien an Eisenbahnunternehmen o.ä. seien Urkunden über Antheile am Eigenthum einer Eisenbahn oder einer anderen industriellen Anstalt, und der Inhaber einer solchen Aktie sei ein Miteigentümer (S. 113). Es folgt die aufschlußreiche Anmerkung (f<sup>1</sup>): Für dieses Rechtsverhältnis sei eine zweifache Auffassung denkbar: Man könne nämlich erstens die Corporation (wohl die Gesamtheit der mitberechtigten Unternehmer der Aktiengesellschaft) als Eigentümer der Anstalt (d.h. wohl des Unternehmens) ansehen, so daß dann die einzelnen Aktionäre als Gläubiger der Corporation oder als bloße Nutzungsberechtigte gedacht werden müßten. - Man könne aber auch zweitens (welches seine, Savignys Auffassung sei) die Aktionäre als Miteigentümer der Anstalt (des Unternehmens) ansehen, so daß die corporative Verfassung bloß die leichtere und vollständigere Vertretung nach außen zum Zwecke habe. - Unter korporativer Verfassung hat man auch hier wohl die Verfassung der Gesamtheit der mitberechtigten Unternehmer der Aktiengesellschaft zu verstehen. - Für diese seine Auffassung, fährt Savigny a.a.O. fort, spreche der Umstand, daß ursprünglich gewiß eine reine Societät (also Miteigenthum der Einzelnen) vorhanden sei und daß die spätere Ertheilung der Corporationsrechte gewiß nicht dazu bestimmt sei, das innere Rechtsverhältnis wesentlich umzuändern.

Der Nachsatz Savignys gibt den Grund für seine Anschauung an: Ein (Eisenbahn)- Unternehmen ist für ihn ursprünglich eine Sozietät (d.h. eine Gesellschaft) die, — insofern folgt Savigny dem römischen Recht — Miteigenthum der Gesellschafter zur Folge

habe. Die korporative Verfassung erfolge dann um der leichteren und vollständigeren Vertretung nach außen hin. — Dies ist der Schritt zur Juristischen Person —. Alsdann meint Savigny, von dieser Corporation « die Anstalt », d.h. das Unternehmen abheben zu sollen, an dem die Aktionäre Miteigentum hätten.

Der heutigen Auffassung der Aktiengesellschaft als einer Sonderform des wirtschaftlichen Vereines wird Savigny damit freilich nicht gerecht. In der Gegenwart wird der Streit darum geführt, die Rechte der Aktionäre (= der Mitglieder am Unternehmen) zugunsten der Mitbestimmung der Arbeitnehmer einzuschränken <sup>(18)</sup>

III. In einem eigenen § 89 widmet sich Savigny den Bedingungen des Entstehens und dem Untergang Juristischer Personen.

1. Bei Gemeinden und dem Fiskus sei es müßig, meint Savigny, nach den Bedingungen ihres Entstehens zu fragen <sup>(19)</sup>. - Man wird an die Distinktionen Savignys: « Juristische Person mit natürlichem Dasein » erinnert <sup>(20)</sup>.

2. Im übrigen sei aber die Genehmigung der höchsten Gewalt im Staate nötig, damit ein Zusammenschluß oder eine Stiftung den Charakter einer Juristischen Person erhalte <sup>(21)</sup>.

Die wesentliche Begründung Savignys: « Die Nothwendigkeit der Staatsgenehmigung zur Entstehung jeder Juristischen Person hat, unabhängig von politischen Rücksichten, einen durchgreifenden juristischen Grund. Der einzelne Mensch trägt seinen Anspruch auf Rechtsfähigkeit schon in seiner leiblichen Erscheinung mit sich ... Durch diese Erscheinung weiß jeder Andere, daß er in ihm eigene Rechte zu ehren, jeder Richter, daß er in ihm solche Rechte zu schützen hat. Wird nun die natürliche Rechtsfähigkeit des einzelnen Menschen durch Fiktion auf ein ideales Subjekt übertragen, so fehlt jene natürliche Beglaubigung

---

<sup>(18)</sup> Vgl. etwa FLUME, *Savigny und die Lehre von der Juristischen Person*, in *Festschrift Wieacker*, S. 358-359.

<sup>(19)</sup> *System* II S. 275.

<sup>(20)</sup> Vgl. oben S. 5-6.

<sup>(21)</sup> *System* II S. 275.

gänzlich; nur der Wille der höchsten Gewalt kann dieselbe ersetzen, indem er künstliche Rechtssubjekte schafft, und wollte man dieselbe Macht der Privatwillkür überlassen, so würde unvermeidlich die höchste Ungewißheit des Rechtszustandes entstehen, selbst abgesehen von dem großen Mißbrauch der durch unredlichen Willen möglich wäre» <sup>(22)</sup>. Politische Gründe — so die mögliche Gefährlichkeit der Corporationen — und staatswirtschaftliche Gründe — so bei Stiftungen —, die vielleicht übertriebene Vermehrungen des Vermögens in todter Hand — träten hinzu.

Was ist zu dieser Beweisführung Savignys zu sagen? M.E. trifft sie insofern nicht zu, als sie nicht das reine Konzessions-system begründet; das System der Normativbestimmungen und Eintragung in das jeweilige Register, das im geltenden deutschen Recht vorherrscht, ist um der Rechtsgleichheit willen vorzuziehen. Folgt man dem, ist damit noch nichts gegen die Fiktionstheorie der Juristischen Person gesagt: die Fiktion wäre dann eben bei Eintragung ins Register perfekt.

3. Auch die Auflösung einer Juristischen Person, fährt Savigny fort, bedürfe der Genehmigung der höchsten Gewalt. Denn vom Dasein und der Willkür der gegenwärtigen Mitglieder sei ja die Juristische Person unabhängig, — eine Auffassung, die Savigny in § 86 nur für die sog. Corporationen vertreten hatte. — Dagegen könnten Juristische Personen auch durch den einseitigen Willen des Staates, wider den Willen der Mitglieder, aufgehoben werden, wenn sie der Sicherheit oder dem Wohl des Staates nachtheilig würden, so Corporationen, so auch Stiftungen. — Diese Auffassung Savignys, die für seine politischen Auffassungen charakteristisch sein dürfte, wird man nicht ohne weiteres akzeptieren können. Vielmehr können nur Rechtsgründe zur Aufhebung der Rechtsfähigkeit der jeweiligen Juristischen Person führen, vgl. etwa § 3 I 1 Vereinsgesetz.

IV. In den folgenden §§ 90-95 wendet sich Savigny den Rechten von Juristischen Personen zu.

<sup>(22)</sup> *System* II S. 277-278.

1. Da Vermögenrechte in der Regel nur durch Handlungen erworben werden können, Handlungen indessen ein denkendes und wollendes Wesen, den Menschen voraussetzen, was eben die Juristischen Personen als Fiktionen nicht seien, erscheine hier der innere Widerspruch eines der Vermögensrechte fähigen Subjekts, welches doch die Bedingungen zum Erwerb derselben nicht erfüllen könne. Dieser Widerspruch werde bei den Juristischen Personen durch ihre Verfassung aufgehoben, die die Vertretungen der jeweiligen juristischen Person als künstliche Anstalt regelten. - Ein analoges Problem sieht Savigny in der Vertretung eines Geschäftsunfähigen durch seinen Vormund <sup>(23)</sup>.

Nicht etwa könne man das Problem des Rechtserwerbs einer Juristischen Person dadurch lösen, fährt Savigny fort, daß sich etwa alle Mitglieder einer Corporation zu gemeinsamem Handeln vereinigten. Die Totalität der Mitglieder einer Corporation sei von ihr als einem idealen Wesen strikt zu unterscheiden <sup>(24)</sup>. Im Prinzip löst Savigny das Problem der Vertretung durch eine weitere Fiktion: Das Handeln des Vertreters gilt als solches der fingierten Juristischen Person. Man vergleiche seine spätere Äußerung (System II § 94 S. 312): «Ihr (d.h. der Juristischen Person) reales Dasein beruht auf dem vertretenden Willen bestimmter einzelner Menschen, der ihr *in Folge einer Fiktion*, als ihr eigener Wille angerechnet wird». - *Hier* greift Savigny indessen nur auf die Verfassung der jeweiligen Juristischen Person zurück. Damit hat Savigny in einem positiven Sinne zweifellos recht, wenngleich vorläufig die Frage offenbleibt, wer die Verfassung setzt. In einem vorpositiven Sinne ist die Frage durch den Rekurs auf die Verfassung nicht erledigt, und auch nicht durch den Rekurs auf eine weitere Fiktion.

Die Lehre v. Gierkes von der Juristischen Person als reale Verbandspersönlichkeit täte sich mit diesem Problem leichter, indem sie den Vertreter als Organ auffaßte, wenn sie m.E. nicht zu viel begründete.

---

<sup>(23)</sup> System II S. 281-283.

<sup>(24)</sup> System II S. 281 ff.

2. An Rechten können der Juristischen Person zukommen <sup>(25)</sup> Eigentum <sup>(26)</sup>, Usus fructus, nicht aber usus, da er nur im eigenen, persönlichen Gebrauch des Berechtigten besteht, wiederum aber Praedialservituten <sup>(27)</sup>, auch Besitz, dieser letzte sei zwar ein faktisches Verhältnis, gleichwohl finde bei ihm eine Art Vertretung statt: die notwendigen Voraussetzungen des Besitzerwerbes müßten in der Person des Vertreters erfüllt sein <sup>(28)</sup>. Selbstverständlich kann die Juristische Person durch ihre Vertreter rechtsgeschäftliche Forderungen erwerben, wie auch ebensolche Verbindlichkeiten auf sich ziehen <sup>(29)</sup>. Auch sei die Juristische Person (aktiv wie passiv) klageberechtigt <sup>(30)</sup>. Auch — passive — Erbfähigkeit komme der Juristischen Person zu (nach dem Ablauf einer verhältnismäßig langen Entwicklung) <sup>(31)</sup>.

3. Weiter stehe der Juristischen Person ggfs. die Injurienklage zu, da diese nur an die verletzte Persönlichkeit geknüpft sei — (kann man von einer solchen bei der Fiktion eines Menschen sprechen?) — nicht gerade an die verletzte Empfindung.

4. Kennzeichnend für die Auffassungen Savignys ist sodann, daß er sowohl leugnet, daß Juristische Personen Verbrechen begehen könnten, als auch, daß sie deliktfähig seien.

a) Das erste lehnt Savigny ab, da die Juristische Person nur zum Zwecke der Vermögensrechtsfähigkeit fingiert werde, also ganz außer dem Bereich des Criminalrechts liege. Eine Vertretung der Juristischen Person durch Fiktion könne nur im Zivilrecht, nicht im Criminalrecht beachtet werden. Das angebliche Verbrechen der Juristischen Person sei stets nur das Verbrechen ihrer Mitglieder oder ihrer Vorsteher <sup>(32)</sup>.

---

<sup>(25)</sup> Vgl. schon oben S. 6.

<sup>(26)</sup> *System* II S. 285-289.

<sup>(27)</sup> *System* II S. 289-290.

<sup>(28)</sup> *System* II S. 290-293.

<sup>(29)</sup> *System* II S. 294-295.

<sup>(30)</sup> *System* II S. 295-298.

<sup>(31)</sup> *System* II S. 299-309.

<sup>(32)</sup> *System* II S. 310-316.

b) In der Folge lehnt Savigny es auch ab, Delikte der Vertreter der Juristischen Person dieser selbst zuzurechnen: « Jedes wahre Delikt setzt dolus oder culpa voraus, mithin Gesinnung und Zurechnung, kann also bei Juristischen Personen ebenso wenig angenommen werden, als bei Unmündigen und Wahnsinnigen » <sup>(33)</sup>.

5. Bei der Zuerkennung — nur — der Vermögensrechte an die Juristische Person ist Savigny im wesentlichen konsequent und auch zutreffend <sup>(34)</sup>.

Die weitergehende Befugnis, die Injurienklage zu erheben, deutet darauf hin, daß einer Juristischen Person meist ein Personenverband zugrunde liegt, der beleidigungsfähig scheint, da seine Angehörigen es auch insoweit sind.

Die Vertretung der Juristischen Person kommt den verfassungsmäßigen Vertretern zu, denen Handeln im Wege der Fiktion (S. 13) dem fiktiven Gebilde der Juristischen Person zugerechnet wird. Man braucht sich nicht das aus der Theorie der realen Verbandspersönlichkeit ergebende Bild der Organschaft zu eigen zu machen, um zu sehen, daß wohl der Ausschluß strafrechtlicher

<sup>(33)</sup> *System* II S. 317.

<sup>(34)</sup> Dementsprechend wird der Juristischen Person heute i.S.d. Art. 19 III GG die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG zugestanden, das Recht auf freie Entfaltung (Art. 2 Abs. 2 GG) « nur so weit, wie das anerkannte Betätigungsfeld einer derartigen Juristischen Person reicht » so LARENZ, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, 5. Aufl., S. 178.

Das Namensrecht (§ 12 BGB) muß der Juristischen Person zukommen, weil sie unter ihrem Namen, wie eine natürliche Person im Rechtsleben auftritt. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht kommt ihr dagegen nicht zu. Vgl. LARENZ, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, 5. Aufl., S. 118.

Außer dem von Larenz genannten Art. 14 GG dürften gem. Art. 19 III GG wohl noch folgende Grundrechte auf die Juristischen Personen Anwendung finden: Art. 3 (Gleichheit vor dem Gesetz), selbstverständlich Art. 9 (Vereinigungsfreiheit), auch Art. 101 (keine Ausnahmegerichte) sowie Art. 103 (Anspruch auf rechtliches Gehör). Wahrscheinlich kommt den Juristischen Personen auch Art. 12 (Berufsfreiheit) sowie möglicherweise Art. 17 (Petitionsrecht) zugute. - Ob Art. 9 (Briefgeheimnis) hier Anwendung finden kann, erscheint mir immerhin zweifelhaft, ist aber doch wohl im Hinblick auf die schutzwürdigen Interessen einer Juristischen Person auf Geheimhaltung ihrer Geschäftskorrespondenz zu bejahen.



Verantwortlichkeit der Juristischen Person, nicht aber in gleicher Weise der Ausschluß ihrer deliktischen Verantwortung für das Handeln ihrer Vertreter am Platze ist. «Denn die Billigkeit verlangt, daß eine Vermögensmasse, die die Vorteile einer bestimmten Verwaltung genießt, auch den durch diese Verwaltung angerichteten Schaden tragen muß»<sup>(35)</sup>.

V. 1. Schon um die Vertretung der Juristischen Person in privatrechtlichen Angelegenheiten zu regeln, bedarf es einer Verfassung, meint Savigny, insofern sich wiederholend. Bei den «Körperschaften des öffentlichen Rechts» also insbesondere den Stadtgemeinden, sei indessen regelmäßig eine Verfassung schon vorhanden, die dann auch die Vertretungen im privatrechtlichen Bereich regeln<sup>(36)</sup>.

2. Im übrigen hält es Savigny bei der Verschiedenheit der Juristischen Person für fruchtlos, allgemeine Grundsätze über ihre Verfassung aufzustellen. Nur dies lasse sich allgemein behaupten, daß dem Staate über alle, aus gleichem Grund wie bei den Unmündigen (= Rechts- aber nicht Handlungsfähigkeit), Schutz und Aufsicht zukomme. Bei vielen Juristischen Personen trete ein höheres und unmittelbares Staatsinteresse hinzu, weil sie für dauernde allgemeine Zwecke zu wirken bestimmt seien oder wohl gar (wie die Gemeinden) die Grundbestandteile des Staates selbst bildeten<sup>(37)</sup>.

3. Eingehender handelt Savigny über die sog. Corporationen, also Stadtgemeinden, Dörfer, Innungen, Zünfte, auch (in zweiter Linie) Gesellschaften, denen die Rechtsfähigkeit beigelegt worden sei, vgl. oben S. 8. Hier sage man, meint Savigny, es sei aus praktischen Gründen der Mehrheitswille erforderlich, weil Einstimmigkeit aller Angehörigen einer Corporation nicht oder doch nur schwer zustande kommen könne, wenngleich sie an sich zu for-

---

<sup>(35)</sup> Vgl. v. TUHR I S. 464.

<sup>(36)</sup> *System* II S. 324.

<sup>(37)</sup> *System* II S. 325.

dern sei. Gegen diese « grundirrig » Lehre von der demokratischen Struktur einer jeden Corporation wendet sich Savigny. Viele Corporationen, etwa Städte, hätten für ihre öffentlichen Aufgaben eine ausgebildete Verfassung — Bürgermeister, Rat und Bürgervertretung — und man dürfe diese Organe nicht wohl ignorieren. Außerdem — für die konservative Denkart Savignys charakteristisch — seien in Corporationen Mitglieder verschiedener Klassen anzutreffen, die man nicht gleichstellen dürfe, so etwa bei Dorfgemeinden Vollbauern und Halbbauern, Kossäthen und Häusler<sup>(38)</sup>. Schließlich und vor allem dürfe man nicht die Totalität der jetzt lebenden Mitglieder mit der Corporation selbst verwechseln, die eine ideale Existenz und somit eine unvergängliche Dauer habe, unabhängig vom Wechsel der Individuen<sup>(39)</sup> (s. oben S. 8). Insbesondere sollten und müßten die jetzigen Corporationsmitglieder in ihrem Schalten und Walten auch Rücksicht auf die Zukünftigen nehmen<sup>(40)</sup>.

4. In der Folge unterscheidet Savigny zwischen Geschäften der laufenden Verwaltung und solchen, « welche in den Zustand der Juristischen Person selbst und ihres Vermögens verändernd eingreifen »<sup>(41)</sup>.

a) Bei den ersten werde gewöhnlich eine regelmäßige Form solcher Geschäfte, entweder gesetzlich oder durch Herkommen festgestellt sein<sup>(42)</sup>.

b) Zu den letztgenannten Geschäften gehöre — so Savigny — die Abfassung neuer Statuten, die Festsetzung der Besteuerung der Mitglieder zu den Zwecken der Corporation, die Auflösung der Corporation und Veränderungen in der Substanz des Corporationsvermögens. Zur Abfassung neuer Statuten und der Festsetzung der Besteuerung der Mitglieder sei das Majoritätsprinzip

<sup>(38)</sup> *System* II S. 329 ff.

<sup>(39)</sup> Vgl. hierzu auch FLUME, *Savigny und die Lehre von der Juristischen Person*, in *Festschrift Wieacker*, S. 347-348.

<sup>(40)</sup> *System* II S. 335 ff.

<sup>(41)</sup> *System* S. 339 ff.

<sup>(42)</sup> *System* II S. 339.

schädlich, weniger das Einstimmigkeitsprinzip, indessen sei auch insofern eine Aufsicht des Staates notwendig. Zur Auflösung der Corporation sei ohnehin die Genehmigung des Staates notwendig, da gegebenenfalls die Minorität die Corporation fortsetzen wolle. Bei Veränderungen in der Substanz des Corporationsvermögens sei gleichfalls in der Regel die Aufsicht durch den Staat «in seiner richterlichen Funktion als Beschützer aller Rechte» <sup>(43)</sup> vonnöten, um Schaden zu verhüten <sup>(44)</sup>.

5. Auffallend ist, daß Savigny hier nicht um eine Typologie der Verfassungsformen der Juristischen Personen bemüht ist. Das Substrat der jeweiligen fingierten Juristischen Personen tritt insofern zu wenig in Erscheinung. Dies gilt auch für die sogenannten Corporationen, denen sich Savigny näher zuwendet <sup>(45)</sup>.

Besteht nicht ein «natürlicher» Unterschied zwischen einer Stadtgemeinde einerseits, einem Dorf andererseits, einer Innung und einer Gesellschaft, der Rechtsfähigkeit beigelegt worden ist, um was für eine Gesellschaft es sich auch handeln möge?

Eindeutig wendet Savigny sich nur gegen das Mehrheitsprinzip und die dahinterliegende Auffassung von der demokratischen Struktur der sog. Corporationen. Eben diese (ggfs. repräsentativ) — demokratische Struktur eignet aber heute sowohl den sogenannten Gebietskörperschaften als auch den Ideal- und Wirtschaftsvereinen des Privatrechts, die lediglich, zumal bei gravierenden Akten, an die Bedingungen der staatlichen Rahmengesetzgebung gebunden sind. Um Savignys Beispiele aufzugreifen: Die Abfassung neuer Statuten scheint uns mit Savigny grundsätzlich

<sup>(43)</sup> *System* II S. 350.

<sup>(44)</sup> Vgl. zum vorangegangenen den ganzen § 99 S. 345-351 sowie § 100 S. 352-359.

<sup>(45)</sup> WIEACKER, *Zur Juristischen Person des Privatrechts*, in *Festschrift für Ernst-Rudolf Huber*, S. 363 meint, die «Kehrseite» der Leistung Savignys, die Rechtsfähigkeit einer Juristischen Person nur in ihrer Vermögensfähigkeit zu sehen, sei die Verdrängung der von den gemein- und vernunftrechtlichen Korporationstheorien stets gewürdigten sozialen Realität der Körperschaft aus dem Rechtsbegriff der Juristischen Person gewesen. Der Widerspruch FLUMES hiergegen, *Savigny und die Lehre der Juristischen Person*, in *Festschrift Wieacker*, S. 343 dürfte weitgehend fehlgehen.

Sache der Gesamtheit der Mitglieder einer Korporation, wenn unter einer solchen ein Ideal- oder Wirtschaftsverein verstanden wird; — die Gebietskörperschaften leben heute nach staatlichem Recht; — im übrigen hat — gegen Savigny — grundsätzlich jedes Mitglied eines Vereins gleiche Rechte bei der Abfassung der Statuten. Die Besteuerung zu den Zwecken der juristischen Korporation scheint Sache einer ggfs. qualifizierten Mehrheit (u.U. der Repräsentanten) der betreffenden Korporation; als solche dürfte nur eine Gebietskörperschaft in Betracht kommen. Der Rahmen der Statutenänderung bzw. der Besteuerung mag durch staatliches Gesetz vorgegeben sein (eine formlose « Genehmigung » des Staates könnte leicht mit Willkür verwechselt werden).

Inwiefern zur Auflösung eines Ideal- oder Wirtschaftsvereins die Genehmigung des Staates erforderlich sein soll, ist nicht einzusehen; wohl kann er an die Bedingungen einer staatlichen Rahmengesetzgebung geknüpft sein.

Eben dasselbe gilt m.E. von Veränderungen des Vermögens « in der Substanz » einer öffentlich-rechtlichen Gebietskörperschaft und allenfalls eines Ideal- oder Wirtschaftsvereins.

Es wird deutlich: ebensowenig wie die Gleichsetzung aller « Corporationen » berechtigt ist, scheint es grundsätzlich die Ablehnung ihrer demokratischen Struktur. Wo Interessen zumal einer Minderheit verletzt werden können, hat das Gesetz zu wachen, nicht das ungebundene staatliche Ermessen. Dies sind Einwendungen, die auf den Kern der Savignyschen Theorie der Juristischen Person zurückführen.

VI. Savigny hat sehr klar gesehen, daß der Grund der Rechtsordnung der Schutz der sittlichen Bestimmung des Menschen ist; insofern ist er berechtigt, den Juristischen Personen Rechtsfähigkeit nur im Wege der Fiktion zuzusprechen <sup>(46)</sup>. Indessen bleibt das Substrat der Juristischen Personen — das doch ihre Gleichstellung mit den natürlichen Personen durch die Rechtsordnung begründet, allzu blaß <sup>(47)</sup>.

<sup>(46)</sup> Vgl. auch ausführlich Henkel a.a.O. (Anm. 1) S. 104-108.

<sup>(47)</sup> Anders Flume, der dafür hält, Savigny habe die einer jeweiligen Juri-

Insbesondere die — heutigen — Juristischen Personen des öffentlichen Rechts, Stadtgemeinden, Innungen, Dörfer sind in ihrer Unterschiedlichkeit zu denen des Privatrechts nicht erfaßt, auch da nicht, wo sie nach Privatrecht handeln.

Nur die Juristischen Personen des Privatrechts stehen der freien Bildung durch die Rechtsgenossen offen, nicht jene. Insofern scheint es auch wenig sinnvoll, einen übergreifenden Corporationsbegriff zu bilden (oder zu übernehmen) wie Savigny dies tut. Eine überindividuelle Existenz haben in gewissem Sinne nur die Corporationen öffentlichen Rechts, die für Savigny freilich wohl im Vordergrund des Interesses standen.

Was die Juristischen Personen des Privatrechts angeht, so ist auch hier zu bedauern, daß er sie nicht in ihrer sozialen Typizität erfaßt. Denn auch insofern unterscheiden sich Idealverein, Wirtschaftsverein und Stiftung. Hätte Savigny den jeweiligen sozialen Typus klarer herausgearbeitet, so wäre er auch zu klareren Aussagen über seine jeweilige Verfassung gelangt. Zu seiner Unterlassung mag seine Auffassung von der Juristischen Person als einer fiktiven beigetragen haben <sup>(48)</sup>.

Unberührt davon bleibt das Verdienst des Savignyschen Grundansatzes. Während die Theorie der realen Verbandspersönlichkeit <sup>(49)</sup>, die Genießertheorie und die Zweckvermögenstheorie die jeweilige soziale Realität erklären wollen: die Theorie der realen Verbandspersönlichkeit u.a. den Idealverein, die Genießertheorie die Aktiengesellschaft und die GmbH und die Zweckvermögens-

stischen Person zugrundeliegenden Sozialgebilde für eine Realität gehalten. Vgl. FLUME, *Savigny und die Lehre von der Juristischen Person*, in *Festschrift Wieacker*, S. 343-344. - Selbst wenn dies zutrifft, so hat er sie doch nicht seiner besonderen Aufmerksamkeit gewürdigt. Weiter ist zu bedenken: die Realität der Juristischen Personen zumal des Privatrechts wird auch durch ihre Verfassung, d.h. durch ihre Rechtsordnung geschaffen.

<sup>(48)</sup> Vgl. WIEACKER, *Zur Theorie der Juristischen Person des Privatrechts*, in *Festschrift für Ernst-Rudolf Huber*, S. 367: « Die « Realität » der Verbände ist die Einsicht, welche die Personifikationsmodelle — (also m.E. auch die Theorie Savignys (der Verfasser) — wie die Zweckvermögensmodelle einer allgemeinen Theorie der Juristischen Person schuldig geblieben waren ».

<sup>(49)</sup> Kritik bei WIEACKER, *Zur Theorie der Juristischen Person des Privatrechts*, in *Festschrift für Ernst-Rudolf Huber*, S. 368-370.

theorie die Stiftung und Sonderformen des Gesellschaftsrechts, stellt die Fiktionstheorie Savignys klar, daß es die staatliche Rechtsordnung ist, die gewissen sozialen Gebilden (Teil —) Rechtsfähigkeit verleiht, eine Rechtsfähigkeit, die dem einzelnen Menschen von Natur voll zukommt.



HANS KIEFNER

## DAS STÄDEL'SCHE KUNSTINSTITUT

*Zugleich zu C. F. Mühlenbruchs  
Beurteilung eines berühmten Rechtsfalls*

### I.

« Zu den seltenern Civilsachen, welche mit einem rechtswissenschaftlichen Interesse ein allgemeines verbinden, gehört der Rechtsstreit, der über das Daseyn oder über die Fortdauer des Städelschen Kunstinstituts zu Frankfurt — bereits seit beinahe *zehen* Jahren — geführt wird », schrieb K. S. Zachariä 1827 in den Heidelberger Jahrbüchern der Literatur in einer Rezension über die in dieser Sache erstatteten Rechtsgutachten der juristischen Fakultäten zu Göttingen, Kiel und Leipzig <sup>(1)</sup>. In der Tat, es handelte sich um eine *cause célèbre* <sup>(2)</sup>, die in den Jahrzehnten nach dem Tod des Erblässers *Johann Friedrich Städel* <sup>(3)</sup> am 2. Dezember 1816 in Frankfurt a.M. zu vielfältigen Meinungsäußerungen Anlaß gegeben und die Dogmatik des Stiftungsrechts im 19. Jahrhundert nachhaltig gefördert hat.

Zunächst war es meine Absicht, diesen « Fall » — seine Prozeßgeschichte und seine rechtliche Würdigung in der Literatur, einschließlich der Gutachten juristischer Fakultäten — und seinen

---

(1) Vgl. unten Abschn. IV 2. lit. e), S. 417.

(2) Ganz einmalig war der Fall freilich nicht; vgl. die Angaben unten Abschn. IV 2. litt. 1)-o).

(3) Geboren am 1. November 1728 in Frankfurt, « Handelsmann », reich geworden durch Gewürzhandel und als Bankier. Vgl. ZIEMKE, *Das Städelsche Kunstinstitut - die Geschichte einer Stiftung* (1980) 5. - Herrn Dr. Ziemke, Frankfurt, danke ich für liebenswürdig gewährte mündliche Hinweise.



dogmatischen Ertrag für die Privatrechtstheorie des 19. Jahrhunderts eingehend darzustellen. Das hätte indes, wovon ich mich nach und nach immer mehr überzeugen mußte, eine Monographie gegeben. Um die einer Abhandlung im vorgegebenen Rahmen gesteckten Grenzen nicht zu sprengen, werde ich deshalb im folgenden zwar das Städel'sche Testament vollständig mitteilen (II), auf seine Vorgeschichte und den Prozeßverlauf aber nur knapp eingehen (III), zur Information lediglich einen Überblick über die Literatur geben (IV), mich ebenso in der eigenen Darstellung der Problematik kurz fassen (V), um dann den Beitrag *Christian Friedrich Mühlenbruchs* in dieser Sache zu referieren und zu würdigen (VI), gewissermaßen als Vorstudie, oder besser als ersten Teil umfassenderer Studien zur Entwicklung des Stiftungsrechts im 19. Jahrhundert (4). Eine gewisse Willkür mag diesem Verfahren, *einen* Autor herauszugreifen, wohl anhaften. Zu rechtfertigen ist das immerhin mit dem Rang dieses Autors, der mir bisher nicht genügend beachtet zu sein scheint (5): Er hat in den «Schul»-streitigkeiten der ersten Dezennien des 19. Jahrhunderts als Theoretiker und Praktiker zugleich eine durchaus eigene, besonnene Stellung ein- und manches von dem vorweggenommen, was später Savigny auch vertreten hat, und eben deshalb in Vergessenheit geraten sein dürfte — «bekannt» ist Mühlenbruch heute eigentlich nur noch durch seine *Zessionslehre* (6). Im übrigen ist er derjenige, der in Sachen Städel am ausführlichsten und einläßlichsten sich geäußert hat, sowohl in seiner «Rechtlichen Beurteilung des Städel'schen Beerbungsfalles,

---

(4) Die vor allem auch die *unselbständige* Stiftung miteinbeziehen müßten, über deren Vorkommen und Bedeutung man nur schlecht unterrichtet ist. Vgl. auch unten Anm. 95.

(5) MÜHLENBRUCH hat gelebt von 1785 bis 1843. Er lehrte an den Universitäten Rostock, Greifswald, Königsberg, Halle und Göttingen. In Rostock war er zeitweilig Advokat und Ratsherr, in Halle Vice-Ordinarius des Spruchkollegs. Über ihn vgl. LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft* (1910) III.2 (Text) 375 ff., (Noten) 176 f.; MEJER in der *Allgemeinen deutschen Biographie* Bd. 22 (1885) 463 ff. Weitere Hinweise bei RÜCKERT, *August Ludwig Reyschers Leben und Rechtstheorie. 1802-1880* (1974) 232 FN 290.

(6) *Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte*, 1. Aufl. 1817, 3. Aufl. 1836. Vgl. dazu LUIG, *Zur Geschichte der Zessionslehre* (1966) 47 ff.

Nebst einer Einleitung über das Verhältniß der Theorie zur Praxis» (7), wie in seiner Kommentierung des Titels *De hereditibus instituendis* (D. 28. 5) im 40. Teil von Glücks Pandecten (8).

## II.

Der «Stiftungs-Brief» (9):

Im Namen Gottes!

Nachdem ich, der hiesige Bürger und Handelsmann *Johann Friedrich Städel*, seit langem den Entschluß gefaßt habe, meine beträchtliche Sammlung von Gemälden, Kupferstichen und Kunstsachen, nebst meinem gesammten dereinst zurücklassenden Vermögen, in soweit letzteres nicht durch besondere Legate eine Verminderung erleidet, der Stiftung eines besonderen, für sich bestehenden und meinen Namen führenden Kunstinstituts zum Besten hiesiger Stadt und Bürgerschaft zu widmen, auch zu dem Ende bereits früherhin und namentlich unterm 26sten Jänner 1793 und 18ten Januar 1812 testamentarische Verordnungen von mir errichtet worden sind, inzwischen aber meine geliebte Vaterstadt in ihre Selbstverwaltung, und nach Abschaffung der französischen Einrichtungen und Gesetze, in den Genuß der vorhin dahier gegolten habenden gemeinen und statutarischen Rechte zurückgetreten ist; so habe ich mich entschlossen, unter Cassir- und Annullirung der obgedachten und aller frühern leztwilligen Dispositionen, mit Beobachtung der Förmlichkeiten des gemeinen Rechts, bey, Gott sey Dank! noch genießenden vollen Seelenkräften, wie es nach meinem Ableben mit meinem rücklassenden zeitlichen Vermögen gehalten werden soll, hiermit zu verordnen.

Ich will und verordne solchemnach wie folgt:

§. 1. Meine Sammlung von Gemälden, Handzeichnungen, Kupferstichen und Kunstsachen, sammt dazu gehörigen Büchern, soll die

---

(7) Vgl. unten Abschn. IV 2. lit. g); xvi + 296 S. Im folgenden mit *Abh.* oder, wo unmißverständlich, nur mit der Seitenzahl zitiert.

(8) Vgl. unten Abschn. IV 2. lit. j).

(9) Ich gebe den Text wieder, der in den unten bei Anm. 40 vollständig zitierten *Actenstücken* als I. Stück (S. 1 ff.) abgedruckt ist. - Kursiv Gesetztes ist im Original gesperrt gedruckt. Das gilt auch für alle sonstigen wörtlichen Zitate.

Grundlage eines zum Besten hiesiger Stadt und Bürgerschaft hiermit von mir gestiftet werdenden Städelischen Kunstinstituts seyn.

Dieses Städelische Kunstinstitut setze ich zu meinem Universal-Erben in meinen gesammten dereinstigen Nachlaß an beweglichem und unbeweglichem Vermögen, mit alleiniger Ausnahme der von mir in der Testaments-Beylage für meine Verwandte, Freunde und andere Personen gestifteten oder noch fernerhin, durch von mir ge- und unterschriebene, oder auch nur unterschriebene Zettel gestiftet werdenden Legaten, in bester Rechtsform hiermit ein:

§. 2. Da meine Absicht dahin gerichtet ist, daß dieses von mir gestiftete Städelische Kunstinstitut der hiesigen Stadt zu einer wahren Zierde gereichen und zugleich deren Bürgerschaft nützlich werden möge; so will ich, daß nicht nur meine vorräthige Sammlung an Gemälden, Handzeichnungen und Kupferstichen, nebst denen in das Kunstfach einschlagenden Büchern, auch sonstigen Kunstsachen erhalten, und von Jahr zu Jahr vermehrt - bey vorkommenden Gelegenheiten durch Austausch der vorhandenen schlechtern und mittelmäßigen Stücke gegen bessere, vervollkommnet, sondern auch angehenden Künstlern und Liebhabern, an bestimmten Tagen und Stunden unter gehöriger Aufsicht zum Gebrauch und Ansicht ganz frey und unentgeltlich geöffnet werde.

Zugleich aber verordne ich, daß Kinder unbemittelter dahier verbürgerter Eltern ohne Unterschied des Geschlechtes und der Religion, welche sich den Künsten und Bauprofessionen widmen wollen, zur Erlernung der Anfangsgründe des Zeichnens, durch geschickte Lehrer, oder in dem dahier bereits bestehenden Städtischen Zeichnungs-Institut - und wenn sie ihre glückliche natürliche Anlagen und Fähigkeiten bey diesem ersten Unterricht erprobet, auch durch Fleiß und gute Aufführung sich einer weitem Unterstützung würdig gemacht haben, durch andere Meister in der historischen - und Landschaftsmahlerey, im Kupferstechen in allen Manieren, in der reinen und angewandten Mathematik, ganz besonders aber in der Baukunst, und denen in das Kunstfach einschlagenden Wissenschaften unentgeltlich unterrichtet werden - und die nöthige Unterstützung *dahier*, auch wohl, nach befindenden Umständen und der sich bey einem oder dem andern Individuum zeigenden eminenten Fähigkeiten und guten Aufführung, *in der Fremde*, - um sich zu nützlichen und brauchbaren Bürgern und Künstlern zu bilden, aus diesem meinem Kunstinstitut erhalten sollen.

§. 3. Die ganze Einrichtung dieses meines gestifteten Kunstinstituts; somit auch die Anstellung und Verabschiedung des nöthigen Stiftungs-Personals; - die Regulirung der Besoldungen; die Verlegung des Instituts aus meinem auf dem Roßmarkt gelegenen Hause in ein anderes geräumigeres zu dem Zweck eigends zu erkaufen- und neu zu erbauendes Haus, wo sodann das erstere an den Meistbietenden zu verkaufen

wäre; die Veräußerung der zu meinem Nachlaß gehörigen Immobilien und Mobilien; die Verwaltung des ganzen Stiftungs-Fonds, dessen Capitalien auf dahiesige und auswärtige Hypotheken, auf den Inhaber lautende Obligationen aller Gattung - bey in- und auswärtigen Anlehen, in Consortien, auch auf Versätze von Obligationen, disponirt werden können (wobey ich doch besonders verfüge, daß die bey meinem Ableben sich vorfindende Wechselbriefe längstens nur noch auf ein Jahr von der Verfallzeit an, wenn sonst kein erheblicher Anstand obwaltet, nach dem Gutfinden der Stiftungsadministratoren prolongirt, daß aber nachher und nach Ablauf dieser Zeit, schlechterdings keine Darleihen auf simple mit keinem Pfand versehene Wechsel weiter gemacht werden dürfen); die jährliche Vergrößerung dieses meines Stiftungs-Fonds aus einem Theil der jährlichen Zinsen, damit derselbe bey sich etwa ereignenden Verlusten nicht in der Folge geschwächt werde, und vielmehr von Zeit zu Zeit zunehme; die Einziehung der Aktiv-Ausstände; die Wahl der Lehrer, welche den jungen Leuten Unterricht ertheilen - die Bestimmung, welche Subjecte aus dem Institut Unterstützung genießen sollen? wie viel? und auf wie lange? - die Prüfung deren Moralität und die Ahndung eines unsittlichen Betragens; ihre alsbaldige Abschaffung, wenn sie sich, ihre Eltern oder Vormünder, durch ein ungebührliches Betragen der empfangenen Unterstützung unwürdig machen; alles dieses, so wie die ganze unumschränkte Verwaltung des Instituts und was in irgend einer Hinsicht damit in Verbindung stehet, bleibt ohne irgend eine obrigkeitliche Rücksprache oder Genehmigung einholen zu dürfen, dem freyen Ermessen der von mir gleich weiter unten angeordneten Stiftungs-Administratoren lediglich überlassen.

Ich ernenne nemlich

§. 4. zu Vorstehern und Administratoren dieses meines von mir gestifteten und zum Universal-Erben instituirten Städelischen Kunstinstituts, wie auch zu Vollziehern meiner letzten Willensverordnungen nach alphabetischer Namens-Ordnung nachfolgende meine Freunde, welche mir die Annahme gütigst zugesagt haben - als nemlich

Herrn Doctor Juris *Johann Georg Grambs*,  
 Herrn geheimen Finanz-Rath *Johann Gerhard Hofmann*,  
 Herrn Handelsmann *Philipp Nicolaus Schmidt*,  
 Herrn Handelsmann *Johann Carl Städel*, und  
 Herrn Doctor Juris *Carl Friedrich Stark*.

Da ich zu ihnen das volle Zutrauen hege, daß sie dieses mein gestiftetes Kunstinstitut wohl verwalten werden, so verordne ich zwar, daß sie sogleich nach meinem Ableben und ihre Nachfolger in der Zukunft bey dem hiesigen Schöffen- und Appellations-Gerichte, wenn

gleich dessen Namen und Einrichtung sich in der Folge ändern würde - auf diese meine Stiftungsurkunde in Eidespflichten zu nehmen sind - es ist aber dabey mein Wille, daß diese Männer für ihre freywillig übernommene Verwaltung auf keinerley Art verantwortlich gemacht werden sollen.

Diese meine ernannte Herren Administratoren sollen sammt oder sonders als die Repräsentanten des von mir zum Universal-Erben eingesetzten Städelischen Kunstinstituts um die Einweisung in den Besitz meiner Verlassenschaft bey der Behörde nachsuchen, und nachdem diese erfolgt seyn wird, als ernannte Testamentsvollzieher die von mir gemachten Partikular-Vermächtnisse vorschriftsmäßig aus der Verlassenschafts-Masse berichtigen.

Bey dem Abgang eines oder des andern der Administratoren, ergänzen dieselben sich durch freye Wahl mit einer würdigen Person aus der dahiesigen Bürgerschaft, und wenn die Stimmen getheilt wären, durch das Loos. Bey Abfassung sonstiger Administrationsbeschlüsse entscheidet die Mehrheit der Stimmen, und sollten sich in der Folgezeit etwa wichtige Fälle ereignen, bey welchen die Herren Administratoren eine noch anderweitige Berathung für dienlich und zweckmäßig erachten sollten: so wünsche ich, daß sie sich alsdann vorzüglich an den jetzigen zweiten Herrn Bürgermeister und Director des Gerichts erster Instanz, Herrn *Johann Wilhelm Metzler* wenden möchten, von dessen Freundschaft und patriotischen Gesinnungen ich vollkommen gewärtige und überzeugt bin, daß er sie zum Besten meiner Stiftung zu allen Zeiten mit seinem gütigen Rath und gründlichen Einsichten mit Vergnügen unterstützen werde.

§. 5. Gleichwie aus dem oben erklärten Zwecke und der Absicht dieser meiner Stiftung, so wie aus der den Administratoren im §. 3. ertheilten unbeschränkten Gewalt, die Administrationsbefugnisse sich von selbst ergeben, und es überflüßig wäre, ausser dem bereits oben erwähnten in ein näheres und umständlicheres Detail dieserhalb einzugehen, also will ich nur zur Richtschnur der Administration noch Folgendes bemerken:

Es liegt nemlich

a) in meinem Willen, daß dieses von mir gestiftete Städelische Kunstinstitut für sich bestehen, und mit keinem andern, ja selbst mit keinem Kunstinstitut jemals verbunden, und daß solches von den von mir ernannten und angeordneten Vorstehern ausschließlich verwaltet und besorgt werden solle.

So sehr ich auch

b) wünsche, daß in der Zukunft dieses Institut durch Beiträge, Vermächtnisse und Geschenke anderer Kunstliebhaber und Unter-

stützer der schönen Künste vermehrt werde, so dürfen doch solche Beiträge unter Bedingnissen, welche dem Geiste meines Instituts oder meinem erklärten Willen im mindesten zuwider sind, schlechterdings nicht angenommen werden, wenn auch der augenscheinliche Vortheil des Instituts dabey zu Tage liegen sollte. -

c) dürfen von den zum Kunstinstitut gehörigen Gemälden, Handzeichnungen, Kupferstichen, Büchern und andern Kunstsachen keine ausgeliehen, oder unter irgend einem Vorwand aus dem Locale des Instituts, es seye an wen es wolle, mithin auch nicht an einen der Mitadministratoren verabfolgt werden, und gleichwie

d) ich bereits oben §. 2. erwähnt habe, daß den Administratoren frey stehet, selbst unter den von mir hinterlassen werdenden Gemälden, Zeichnungen und Kupferstichen, auch sonstigen Kunstsachen und Büchern, diejenigen abzusondern und auszuschließen, welche nicht würdig befunden würden, in dem Institute aufbewahrt zu werden, also sollen auch die Administratoren *nur solche* als Gaben-Vermächtnisse und Schenkungen annehmen, welche nemliche Prüfung ausgehalten haben, maßen ich in Ansehung meiner eigenen Sammlung nemliche vorsichtige Auswahl verordnet habe, Niemand dadurch sich beleidigt finden kann.

§. 6. Meine beiden Handlungsdiener,

Herr *Gottfried Köcher*, und

Herr *Johann Gottfried Jäger*,

beide von hier, deren erster seit 20 Jahren, der andere seit 7 Jahren sich in meinen Diensten zu meiner völligen Zufriedenheit befunden und noch befinden, sollen zwar, mit Beybehaltung ihres bisherigen Gehalts, welcher ihnen von Jahr zu Jahr jedesmal mit Fünzig Gulden vermehrt worden, und eines von der Administration zu bestimmenden Quantums für die Kost, im Hause des Instituts bey dem Personale des Instituts angestellt werden, jedoch nur so lange, als dieses mit dem Beyfall und der Zufriedenheit der Herren Vorsteher geschehen kann, indem meine Absicht nicht ist, ihnen auf den Gegenfall ein erworbenes Recht auf ihre Lebenszeit einräumen zu wollen, vielmehr steht nach §. 3. auch ihre Entlassung in dem Befinden der Herren Vorsteher, und wenn einer oder der andere sich verehelichen würde, so hat derselbe ohne Widerrede das dermalige Locale des Instituts zu verlassen, und wegen einer in der Nähe des Kunstinstituts zu beziehenden Wohnung den Beyfall der Herren Administratoren sich zu erbitten, sofort mit der Summe sich zu begnügen, welche ihm dieselben jährlich für das Logis zu bestimmen sich geneigt finden lassen werden.

§. 7. Da ich mein ganzes Vertrauen in die Einsicht und Rechtschaffenheit der von mir ernannten und künftig entweder noch weiter von

mir - auf den Fall, daß einer oder der andere vor mir verstürbe - ernannt oder von ihnen vorschriftsmäßig aus der hiesigen Bürgerschaft erwählt werdenden Herren Administratoren sowohl bey der ersten Einrichtung als bey dem Fortgange dieses Städelischen Kunstinstituts, setze, und es weder rätlich noch nützlich ist, alle künftige Einrichtungen im Voraus durch Instructionen zu bestimmen; so genüget es mir, den Geist und die Absicht meines Instituts in dem Vorstehenden sattsam ausgedruckt, und den Herren Vorstehern alle unbeschränkte Macht und Gewalt zur Erreichung meiner wohlgemeinten Intention ertheilt zu haben.

Doch will ich

§. 8. soviel nemlich die jährlichen Einnahmen und Ausgaben, die desfalls zu führende ordentliche Buchhalterey, und was dahin gehörig ist, belangt, zu beständigen Stiftungs-Rechnungs-Revisoren hiernit ernannt haben:

- 1) den zeitigen Herrn Stadtschultheißen,
- 2) den jedesmaligen Herrn Syndicum primarium,
- 3) den zeitigen Herrn Seniozem des löblichen Bürger-Ausschusses, und
- 4) zwey von letzterm aus seiner Mitte zu wählende des Rechnungswesens verständige Mitglieder.

Diesen Herren Revisoren sollen Bücher und Rechnungen jährlich an einem bestimmten Tage in einer Session der Herren Vorsteher des Instituts zur Revision vorgelegt werden.

Für diese Bemühung bestimme ich jedem derselben eine jährliche Remuneration von zehen Dukaten in Gold, welche demselben aus dem Stiftungsfond zu verabreichen sind.

Nebst diesem ist mein Wunsch, daß die hiesige Bürgerschaft durch die Administration von Zeit zu Zeit von dem Fortgang des Instituts und seinen wohlthätigen Wirkungen eine allgemeine Kenntniß erhalte.

§. 9. Gleichwie nun dieses, und was in den beyliegenden und noch ferner etwa beyzulegenden Schedeln, (welche als gegenwärtigem Testamente wörtlich einverleibt anzusehen sind) enthalten, mein reiflich überlegter letzter und liebster Wille ist, also will und verlange ich, daß derselbe in allen Stücken genau befolgt werde, und daß daferne derselbe wider Verhoffen als ein solennes Testament nicht bestehen könnte, dennoch als Codicill und auf jede andere Art und Weise, als den Rechten nach am besten geschehen kann und mag, aufrecht und bey Kräften erhalten werde.

Urkundlich meiner eigenhändigen vor dem Herrn Notar und sieben besonders requirirten Testamentszeugen vollzogenen Unterschrift und Besiegelung.

So geschehen Frankfurt am Main Mittwochs den fünfzehnten März im Jahr Eintausend Achthundert und Fünfzehn.

(L.S.) *Johann Friedrich Städel* als Testirer.

(L.S.) *Bernhard Otto Fuß* als erbetener Testamentszeuge.

(L.S.) *Johann Michael Hänel* als erbetener Testamentszeuge.

(L.S.) *Emanuel Winkler* als erbetener Testamentszeuge.

(L.S.) *Johann Christian Reges* als erbetener Testamentszeuge.

(L.S.) *Heinrich Ludwig Roos* als erbetener Testamentszeuge.

(L.S.) *August Wilhelm Berninger* als erbetener Testamentszeuge.

(L.S.) *Conrad Heinrich Nagel* als erbetener Testamentszeuge.

Daß die vorstehende Testaments-Handlung in meiner des unterzeichneten, hierzu besonders requirirten, Notars Gegenwart, durchaus nach gesetzlicher Vorschrift, besonders mit genauer Beobachtung der Einheit des Akts, auch unter nochmaliger Rekognition von allerseits Hand und Siegel, sey vollzogen worden; solches wird hierdurch von mir auf besonderes Ersuchen sub fide notariali mit Hand und Siegel beurkundet. So geschehen Frankfurt am Main den 15ten März 1815.

*Carl Wilhelm Cordier,*

(L.S.)

Not.

bey der freyen Stadt Frankfurt a.M.  
immatr. öffentl. geschwornen Notar.

Eröffnet und verlesen bey dem Stadtgericht

Dienstags den 3ten Dezember 1816.

*Hartmann,*

1r Secretär.

### III.

1. Dieses Testament war nicht das erste, das Städel errichtet hatte. Zwei frühere letztwillige Verfügungen waren ihm vorhergegangen; ein Testament vom 26. Januar 1793 und ein weiteres vom 18. Januar 1812, dieses veranlaßt offensichtlich durch die staats- und zivilrechtlichen Veränderungen der Rechtslage im damaligen Großherzogtum Frankfurt. Beide Testamente sind, da nicht zu den Prozeßakten gelangt, nicht bekannt; bekannt ist



aber das auf den Antrag Städel's am 21. November 1811 ergangene großherzogliche Dekret <sup>(10)</sup>:

Nachdem Uns Johann Friedrich Städel von Frankfurt zu erkennen gegeben hat, daß er entschlossen sei, seine Sammlung von Malereien, Kupferstichen und anderen Kunstsachen einem zum Besten der Stadt Frankfurt und Bürgerschaft durch letzten Willen zu stiftenden, den Namen Städelischen Kunstinstitute führenden, eigenen und für sich bestehenden Institute zu vermachen, *diesem Institute zu seiner Einrichtung, Erhaltung und successiven Vergrößerung einen ansehnlichen Theil seines Vermögens zuzuwenden*, zu des Instituts Verwaltung besondere Administratoren zu bestellen, welche bei dem Abgange ein oder des Andern durch Tod oder Entsagung sich selbst durch freie Wahl zu ersetzen, auch jährlich einer von ihm anzuordnenden Oberaufsicht Rechnung abzulegen, sonst aber in Verwaltung, Erhaltung, Vergrößerung des Instituts und des dazu gehörigen Fonds nach besonderen von ihm entworfenen Instructionen zu verfahren hätten; *er aber zu Vollziehung dieses Vorhabens, nach Vorschrift des Art. 910. des Codex Napoleon, eines Genehmigungsdecretes von Uns bedürfte*, er uns daher um Ertheilung eines solchen Decretes gebeten hat, und Wir nun diesem rühmlichen Vorhaben seines ganzen Inhaltes Unsere Genehmigung mit Vergnügen gnädigst ertheilt haben, so haben Wir ihm hierüber das gegenwärtige Decret ausfertigen lassen und solches mit Unserer Unterschrift und Siegel versehen.

[Die Aufschrift lautet:]

Genehmigungsdecret zur Stiftung eines Kunstinstitutes und Einsetzung desselben zu seinem légataire universel für Joh. Fried. Städel von Frankfurt.

2. Nach Eintritt des Erbfalls haben die Administratoren namens des Instituts die Erbschaft unbedingt angetreten, dies dem Frankfurter Stadtgericht angezeigt und die Besitzeinweisung sowie den Erlaß einer sogenannten Edictalladung beantragt.

Durch Verfügung (decretum) vom 6. Dezember 1816 ist den Antragstellern aufgegeben worden <sup>(11)</sup>, es sei,

ehe eine Edictalladung ... erlassen werden kann, die Genehmigung des Senats, daß die von dem Defuncto errichtete Stiftung eines Kunst-

<sup>(10)</sup> Nach MÜHLENBRUCH *Abh.* S. 44 f. Die *Hervorhebungen* dürften von ihm stammen.

<sup>(11)</sup> Alles nach MÜHLENBRUCH S. 45; das Dekret nach *Actenstücken* III. S. 18 in der Fußnote.

instituts als eine persona moralis im Staate angesehen werde, beizubringen.

Auf den Bericht des Stadtgerichts hat dann der « große Rath » der Stadt Frankfurt am 10. Dezember 1816 beschlossen <sup>(12)</sup>:

Es wird diese von dem verstorbenen Handelsmann *Joh. Friederich Städel* zum Besten der hiesigen Stadt und Bürgerschaft mit einer, dessen Andenken auf eine ruhmvolle Art verewigenden Liberalität errichtete Stiftung hiermit förmlich angenommen, und hat Löbl. Stadtgericht den Stiftungsbrief dereinstens, wenn die Immission erfolgt seyn wird, nach genommener beglaubter Abschrift in das Stadt-Archiv abzugeben ... sodann ist dem Herrn Stadtschultheißen, dem Herrn Syndicus primarius und dem Herrn Senior des Löbl. ständigen Bürger-Ausschusses davon abschriftl. Mittheilung zu geben, sowohl wegen der von denselben zu übernehmender Bemühung der Rechnungs-Revision, als auch damit von Letzterem die Ernennung der aus der Mitte des belobten Bürgerausschusses zu wählenden des Rechnungswesens verständigen Mitglieder, dereinstens veranlaßt werde ...

Am 10. März 1817 hat sodann das Stadtgericht <sup>(13)</sup> die Administratoren in den Nachlaßbesitz eingewiesen.

Am 11. September 1817 haben Frau Catharina Sidonia Friederica Burguburu und Frau Charlotte Salome Lasplace, beide geborene Städel und beide wohnhaft in Straßburg <sup>(14)</sup>, beim Stadtgericht Frankfurt Klage eingereicht, mit der sie den Nachlaß als Intestaterben in Anspruch nahmen, weil das Testament nichtig sei. Am 18. September 1817 hat sich der Bruder der Klägerinnen,

<sup>(12)</sup> *Actenstücke* II. S. 10.

<sup>(13)</sup> Nachdem sich auf die Ediktalladung niemand gemeldet hatte. Dies und das folgende zur Klagerhebung nach dem Tatbestand des Urteils *in petitorio* des Appellationsgerichts Frankfurt vom 16. Dezember 1825, verfaßt vom Bonner Spruchkollegium (s. gleich im Text); *Actenstücke* VI. S. 30 ff.

<sup>(14)</sup> Die Familie des unverheiratet gebliebenen Erblassers gehörte im 17. Jahrhundert zum Straßburger Patriziat. In welchem Grad in der Seitenlinie die Intestaterben mit ihm verwandt waren, habe ich nicht feststellen können. Da der Frankfurter Zweig der Städel's schon Ende des 17. Jahrhunderts aus Straßburg ausgewandert war (vgl. ZIEMKE *aaO.* 5; oben Anm. 3), kann es nur eine sehr entfernte Verwandtschaft gewesen sein. Als Intestaterbe wäre wohl auch *Johann Carl Städel* in Betracht gekommen, einer der in § 4 der Testamentsurkunde berufenen Administratoren. Er ist aber schon vor dem Erblasser verstorben (Fußnote zu § 4; vgl. oben Anm. 9).

der französische Cavallerie-Capitain Ludwig Sigismund Städel zu Paris, der Klage angeschlossen.

Der Verlauf des Prozesses insgesamt sowohl *in possessorio* wie *in petitorio* kann hier nicht geschildert werden. Das Possessorium ist im wesentlichen zuungunsten der Kläger ausgegangen; das Petitorium hat nicht durch Urteil, sondern durch Vergleich geendet, nachdem die Kläger in erster Instanz vor dem Stadtgericht (Urteil vom 24. Februar 1823), und in der zweiten vor dem Appellationsgericht in Frankfurt ebenfalls unterlegen waren durch Urteil vom 16. Dezember 1825 der Juristenfakultät zu Bonn als Spruchkollegium <sup>(15)</sup>. Letztinstanzlich — im Weg der Oberappellation an das OAG Lübeck — lag die Sache dem Spruchkollegium der Hallenser Fakultät vor; Mühlenbruch war der Referent. Die Entscheidung wurde im Jahr 1828 erwartet <sup>(16)</sup>; zu ihr ist es dann nicht mehr gekommen. Der Inhalt des Vergleichs ist nicht bekannt, da nicht publiziert <sup>(17)</sup>.

An sich verdiente dieses — von einigen Lücken abgesehen gut dokumentierte — Verfahren in der Tat eine genaue Darstellung; es vermittelte ein anschauliches Bild sowohl der Prozeßpraxis um 1820 wie der gemeinrechtlichen Prozeßtheorie, und stellte darüber hinaus ein vorzügliches Paradigma der richterlichen Anwendung materiellen gemeinen Rechts am Vorabend des Pandektismus dar. Hier kann dies nur als nachhaltiges Plaidoyer für die Pflege der Prozeßrechtsgeschichte, auch und gerade in praktischer Absicht, bemerkt werden: es ist nicht nur wichtig, was in Methodologien der Zeit über Rechtsanwendung geschrieben worden ist, sondern ebenso und m.E. vornehmlich, wie Prozeß- und materielles Recht in concreto angewendet worden sind <sup>(18)</sup>. Erst wenn man darüber

---

<sup>(15)</sup> Vgl. schon Anm. 13. - Bereits vorher waren Spruchkollegien tätig geworden: *In possessorio* waren Urteile der Landshuter und der Jenenser Fakultät ergangen (*Actenstücke* III. S. 11 und IV. S. 19 ff.), *in petitorio* ein erstinstanzliches Urteil der Tübinger juristischen Fakultät (vgl. *Actenstücke* VI. S. 35 f.).

<sup>(16)</sup> MÜHLENBRUCH *Abh.* S. 46. Das Hallesche Spruchkollegium hatte sich einer Entscheidung enthalten; vgl. unten bei Anm. 84.

<sup>(17)</sup> Vgl. aber unten Anm. 168; im übrigen ZIEMKE *aaO.* (Anm. 3) 6 f.

<sup>(18)</sup> So etwa, wie das SCHEUERMANN (unter begrenzter Fragestellung) gemacht hat: *Einflüsse der historischen Rechtsschule auf die oberstrichterliche gemeinrechtliche Zivilrechtspraxis bis zum Jahre 1861* (1972).

mehr weiß, als es heute der Fall ist, wird man Genaueres über das wirkliche Verhältnis zwischen Theorie und Praxis, hier für das frühe 19. Jahrhundert <sup>(19)</sup>, sagen können, anstatt nur über Theorie und Theorie der Praxis <sup>(20)</sup>.

#### IV.

Um wenigstens einen äußeren Eindruck von der Fülle der Stellungnahmen zum Fall der Städelschen Stiftung zu verschaffen, wenn es schon nicht möglich ist, sie hier ihrem Inhalt nach zu würdigen, gebe ich im folgenden eine Übersicht dessen, was mir dazu bekannt geworden ist <sup>(21)</sup>; unter Ausschluß der Urteile von Rechtsfakultäten als Spruchkollegien, denn insoweit handelt es sich nicht um Literatur <sup>(22)</sup>.

1. a) Für die Kläger haben Gutachten erstattet die juristischen Fakultäten zu Göttingen im September 1826 <sup>(23)</sup>, zu Kiel ebenfalls 1826 <sup>(24)</sup>, und zu Leipzig im Juli 1826. Das Leipziger Gutachten ist verfaßt von K. F. C. Wenck <sup>(25)</sup>; der Anwalt der Kläger hat es, weil nicht wunschgemäß ausgefallen, nur auszugsweise in einem Promemoria publiziert <sup>(26)</sup>. Das ärgerte Wenck mit Recht,

---

<sup>(19)</sup> Nicht unwichtig auch für die Beurteilung des Kodifikationsstreits zu Beginn des Jahrhunderts!

<sup>(20)</sup> Vgl. im übrigen das ganz vorzügliche Buch von Jan SCHRÖDER, *Wissenschaftstheorie und Lehre der «practischen Jurisprudenz» auf deutschen Universitäten an der Wende zum 19. Jahrhundert* (1979), insbesondere die Einleitung. - Die Praxisferne mancher heutigen Praxistheorie, zumal wenn sie einseitig ideologischen Prämissen verpflichtet ist, steht auf einem andern Blatt; einer vernünftig theoriegeleiteten Praxis ist damit nach meiner eigenen Erfahrung als Richter (vgl. unten Anm. 62 und 182) wenig gedient.

<sup>(21)</sup> Wo ich etwas nicht selbst gesehen habe, ist dies ausdrücklich vermerkt.

<sup>(22)</sup> Vgl. oben Anm. 15: Landshut, Jena, Tübingen.

<sup>(23)</sup> Gedruckt in Straßburg; vgl. PAULUS [unter 2. lit. d)] S. 10, ZACHARIÄ [unter 2. lit. e)] S. 417.

<sup>(24)</sup> Ebenfalls gedruckt (o.O. und o.J.?); vgl. PAULUS *aaO.* 9 f.

<sup>(25)</sup> Zu ihm LANDSBERG *aaO.*, (oben Anm. 5) *Text* S. 62 f., *Noten* S. 25 f.

<sup>(26)</sup> Vgl. außer WENCK in seiner unter 2. lit. f) genannten Abhandlung S. 2 ZACHARIÄ *aaO.* 417 und PAULUS *aaO.* 10 f.

er hat deshalb das Gutachten 1827 vollständig drucken lassen <sup>(27)</sup>. Daß, zu seinem weiteren Ärger, hernach die Administratoren den für ihren Standpunkt sprechenden Teil des für die Prozeßgegner erstatteten Leipziger Gutachtens in Separatabdrucken verbreiteten, konnte er hernach nicht verhindern <sup>(28)</sup>. - Ich habe mir keines dieser drei Gutachten verschaffen können.

b) Für die Beklagtenseite <sup>(29)</sup> haben Gutachten erstattet die juristischen Fakultäten in Berlin, Gießen (Juni 1827), Heidelberg und München (27. Juni 1827). Da im Berliner Gutachten die Einlegung der Oberappellation und die Aktenversendung — an die juristische Fakultät der Universität Halle — erwähnt werden <sup>(30)</sup>, dürfte es ebenfalls aus dem Jahr 1827 stammen. Das Heidelberger Gutachten hingegen dürfte vermutlich das früheste dieser Gutachten sein.

Daß Savigny an der Abfassung des Berliner Gutachtens beteiligt war, ist übrigens ganz unwahrscheinlich. Zuständig dafür, Responsa zu erstatten, war das Spruchkollegium der Fakultät, wie sich aus § 4 seiner Statuten ergibt <sup>(31)</sup>. So ist auch hier verfahren worden, denn das Gutachten ist unterfertigt von « Ordinarius, Senior, Professores und Doctores der Juristenfakultät auf der Königl. Preußischen Universität Berlin » <sup>(32)</sup>; das entspricht wörtlich der in § 55 der Statuten vorgeschriebenen Unterschriftenformel <sup>(33)</sup>. Nach den Feststellungen Emil Seckels nun ist Savigny aus dem Spruchkollegium « ausgetreten nach 19.V.26. » <sup>(34)</sup>;

---

<sup>(27)</sup> *De pia causa in eodem testamento et constituta et ad hereditatem vocata*, Lipsiae 1827, zit. nach WENCK aaO. 2.

<sup>(28)</sup> WENCK aaO.

<sup>(29)</sup> Problematisch mußte schon die richtige Bezeichnung der beklagten Partei sein: Im Urteil des Stadtgerichts Frankfurt vom 24. Februar 1823 z.B. wird im Rubrum « die Administration » als Beklagte genannt; es wird also die Stiftung als Prozeßpartei angesehen. Sonst ist aber in diesem Urteil durchweg von « den Beklagten », d.h. von den Administratoren als Partei die Rede.

<sup>(30)</sup> S. 5; vgl. bei und in Anm. 40 unten.

<sup>(31)</sup> Sie sind abgedruckt bei SECKEL, *Geschichte der Berliner juristischen Fakultät als Spruchkollegium*, in: LENZ, *Geschichte der Königlichen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin*, Bd. 3 (1910) 447 ff. [459 ff.].

<sup>(32)</sup> S. 25 (vgl. Anm. 40).

<sup>(33)</sup> Bei SECKEL aaO. 460.

<sup>(34)</sup> SECKEL S. 463.

Austritt von Ordinarien war nach §§ 2 und 3 der Statuten möglich <sup>(35)</sup>.

Bleibt es so immerhin an sich denkbar, daß Savigny im Jahr 1827 noch Mitglied des Spruchkollegiums war, schließen es doch seine persönlichen Lebensumstände <sup>(36)</sup> und der Inhalt des Gutachtens fast mit Sicherheit aus, daß er an ihm beteiligt war. Das Gutachten kommt nämlich u.a. zu dem Ergebnis, eine staatliche Genehmigung zur Errichtung von *piae causae* und damit auch gemeinnütziger Stiftungen als juristischer Person sei *nicht* erforderlich <sup>(37)</sup>. Savigny hat im 2. Band seines Systems die gegen-  
teilige Auffassung mit Nachdruck vertreten <sup>(38)</sup>. Daß er zwischen 1827 und dem Ende der dreißiger Jahre seine Meinung radikal sollte geändert haben, wird man nicht annehmen können <sup>(39)</sup>.

c) Das Berliner, Gießener, Heidelberger und Münchener Gutachten ist nebst anderen Materialien veröffentlicht in den « Actenstücken und Rechtlichen Gutachten in Sachen der Städel'schen Intestat-Erben gegen die Administration des Städel'schen Kunst-Instituts zu Frankfurt am Main. Testamentsanfechtung betreffend », Frankfurt 1827 <sup>(40)</sup>. Nimmt man hinzu, daß neben den

<sup>(35)</sup> Bei SECKEL S. 459; vgl. auch SECKEL S. 452, 454, 456 zum Problem einer zwangsweisen Mitgliedschaft, wie anfangs vorgesehen.

<sup>(36)</sup> Savigny war, seiner angeschlagenen Gesundheit halber, von Ende Juli 1826 bis zum 26. Oktober 1827 von Berlin abwesend (Karlsbad, Genua, Florenz, Rom, Neapel); vgl. SCHELLBERG-FUCHS, *Die Andacht zum Menschenbild. Unbekannte Briefe von Bettine Brentano* (1942) 238, 240, 243, und STOLL, *Friedrich Karl v. Savigny, Professorenjahre in Berlin 1810-1842* (1929) 192 ff.

<sup>(37)</sup> S. 11 ff.

<sup>(38)</sup> *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd. 2 (1840) 275 ff.

<sup>(39)</sup> Letzten Aufschluß können vielleicht die Materialien im Marburger Nachlaß geben - vgl. dazu RÜCKERT, *Der unbekannt Savigny*, in *Quaderni* 9 (1980) 401 ff. [413 ff.], und meine Abhandlung über *Das Rechtsverhältnis*, in *Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart, Festschrift für Helmut Coing* (1982) Bd. 1, S. 149 ff. [169 ff.] -, insbesondere das Pandektenkolleg (aber auch Nachschriften von ihm).

<sup>(40)</sup> Die *Gutachten* sind einzeln paginiert, die *Actenstücke* durchgehend S. 1-55, beginnend mit dem « Stiftungsbrief » (im übrigen der Ratsbeschuß vom 10. Dezember 1816, Urteile der Landshuter und Jenaer Fakultät, sowie des Stadtgerichts und des Appellationsgerichts — Bonner Fakultät — in *petitorio*). Der Druck dürfte von den Administratoren veranlaßt sein. — Die von GWINNER,

bisher genannten Fakultäten als Gutachtern auch die Spruchkollegien der Universitäten Bonn, Jena und Tübingen in richterlicher Funktion tätig geworden waren <sup>(41)</sup> und es in der Oberappellation fast zu einer Entscheidung des Halleschen Kollegiums gekommen wäre <sup>(42)</sup>, dann läßt sich feststellen, daß die Mehrzahl der damaligen deutschen Rechtsfakultäten, und gewiß nicht die unbedeutendsten, mit dem Fall der Städel'schen Stiftung befaßt waren.

2. Literarisch sind die folgenden Autoren hervorgetreten:

a) C. F. Starck, Das Städel'sche Kunst-Institut in Frankfurt am Main, dessen Stiftung, Fortgang und gegenwärtiger Zustand, Frankfurt 1819. Starck dürfte der erste gewesen sein, der den Fall an die Öffentlichkeit gebracht hat. Er war einer der Administratoren und selbst Jurist.

Die eigentliche literarische Auseinandersetzung hat indes erst im Jahr 1827 begonnen:

b) C. A. von Droste, Rechtfertigung des von der Bonner Juristen-Fakultät in der Sache des Städel'schen Kunst-Institutes zu Frankfurt a.M. gegen die Intestat-Erben des verstorbenen J. F. Städel erlassenen Urtheiles zu Gunsten des angefochtenen Testamentes, Bonn 1827. v. Droste war Ordinarius der Bonner Juristenfakultät und Verfasser der Entscheidungsgründe des Bonner Erkenntnisses <sup>(43)</sup>.

c) C. F. Elvers, Theoretisch- praktische Erörterungen aus der Lehre von der testamentarischen Erbfähigkeit, insbesondere juristischer Personen. Veranlaßt durch zwei Gutachten der Kieler und Leipziger Juristenfacultäten gegen die Rechtsbeständigkeit der Stiftung und Erbeseinsetzung des Städel'schen KunstInstituts

---

*Kunst und Künstler in Frankfurt am Main vom dreizehnten Jahrhundert bis zur Eröffnung des Städel'schen Kunstinstituts (1862) S. XI genannten Actenstücke und rechtliche Gutachten in Sachen der Städel'schen Intestaterben gegen die Administration des Städel'schen Kunstinstituts, Frankfurt 1820, habe ich nicht ausfindig machen können (auch sind mir Gutachten aus dem Jahr 1820 oder früher nicht bekannt geworden).*

<sup>(41)</sup> Vgl. oben Anm. 15.

<sup>(42)</sup> Oben bei Anm. 16, unten bei Anm. 84 und 164.

<sup>(43)</sup> Das teilt er bereits auf dem Titelblatt mit.

in Frankfurt am Main, Göttingen 1827. Elvers war Mitglied der Göttinger Fakultät, aber nicht der Referent und damit Verfasser des Gutachtens seiner Fakultät, von deren Ansicht er abwich; er setzte sich deshalb nur mit dem Kieler und Leipziger Gutachten auseinander <sup>(44)</sup>.

d) H. E. G. Paulus, Einfache Rechts- und Verstandes-Ansichten über den Rechtsstreit wegen der Erbfähigkeit der von Joh. Fried. Städel zu Frankfurt a.M. den 15. März 1815 gestifteten Kunst-anstalt, Heidelberg 1827. Diese Abhandlung ist ein Unikum, um nicht zu sagen Kuriosum: Paulus war nämlich nicht Jurist, sondern Geheimer Kirchenrath und Professor der Theologie und Philosophie in Heidelberg <sup>(45)</sup>. Als Anwalt «*richterlicher Gerechtigkeit*» <sup>(46)</sup> hat er sich hier theologorum rabie in juristische Händel verstrickt.

e) K. S. Zachariä, Rechtsgutachten 1) der Juristenfakultät in Göttingen ... - 2) der Juristenfakultät zu Kiel - 3) der Juristenfakultät zu Leipzig ... - über den das Städel'sche Kunstinstitut zu Frankfurt betreffenden Rechtsstreit, Heidelberger Jahrbücher der Literatur 20. Jg., 1827, S. 417-447. Ob Zachariä der Verfasser des Heidelberger Gutachtens war, ist nicht ganz sicher <sup>(47)</sup>.

f) K. F. C. Wenck, Beitrag zur rechtlichen Beurtheilung des Städel'schen Beerbungsfalles, Leipzig 1828. Über Wenck, den Verfasser des Leipziger Gutachtens, ist oben schon das Nötige gesagt <sup>(48)</sup>.

g) C. F. Mühlenbruch, Rechtliche Beurtheilung des Städel'schen Beerbungsfalles Nebst einer Einleitung über das Verhältniß der

<sup>(44)</sup> S. IX.

<sup>(45)</sup> Über ihn vgl. HOHLWEIN in *Die Religion in Geschichte und Gegenwart*, 3. Aufl. Bd. 5 (1961) 192; KAHNIS-TSCHACKERT in *Realencyklopädie für protestantische Theologie und Kirche*, 3. Aufl. Bd. 15 (1904) 90 ff.

<sup>(46)</sup> S. 12. Die Abhandlung ist ursprünglich in PAULUS' Zeitschrift *Sophronizon* erschienen.

<sup>(47)</sup> «Der Verfasser dieser Abhandlung ... will nicht verschweigen, daß er, als er noch Mitglied des hiesigen Spruchkollegiums war, bereits ein Gutachten in der Sache ausgearbeitet, auch den vorliegenden Aufsatz nicht ohne eine besondere Veranlassung geschrieben hat ...»; S. 417.

<sup>(48)</sup> Bei Anm. 25 ff.



Theorie zur Praxis, Halle 1828. Von dieser Abhandlung wird unten unter VI. die Rede sein.

h) J. A. Seuffert, Einige Bemerkungen über die Codicillarclausel und die Auslegung letzter Willen, veranlaßt durch den Städelischen Beerbungsfall, Würzburg 1828. Seuffert war Ordinarius der Würzburger juristischen Fakultät.

i) S. Zimmern, Rezension der Schriften von Elvers, Paulus und Mühlenbruch, in den Jahrbüchern der gesammten deutschen juristischen Literatur (hg. von Schunck) Bd. 7, Erlangen 1828, S. 253-280. Zimmern war Ordinarius der Jenenser Rechtsfakultät <sup>(49)</sup>.

j) C. F. Mühlenbruch, Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld, ein Commentar von D. Christian Friedrich von Glück ... Nach des Verfassers Tode fortgesetzt von ... Mühlenbruch, 40. Theil, Erlangen 1838, S. 89-108, aber auch schon S. 1-88 und im 39. Theil (1837) S. 451 ff.

k) K. L. Arndts, Ausführliche Erläuterung der Pandecten ..., 46. Theil, 1. Abth., 1868, S. 412-432 (De legatis et fideicommissis).

Weiter ist hinzuweisen auf einige Erörterungen über andere, dem Städelischen Fall verwandte Fälle:

l) F. A. Northoff, Die Gültigkeit der Erbeseinsetzung einer zu errichtenden milden Stiftung in dem Testamente des weiland Landrentmeisters Blum zu Hildesheim. Ein theoretisch-praktischer Versuch, Göttingen 1833. Northoff war Rechtsanwalt und Prozeßvertreter der von den Intestaterben des Erblassers beklagten Blum'schen Stiftung <sup>(50)</sup>.

m) Hardeck, Ueber die testamentarische Disposition weiland Landrentmeisters Blum in Hildesheim, Juristische Zeitung für das Königreich Hannover, 7. Jg. 1832, S. 161 ff., 177 ff. Hardeck war Stadtrichter in Hildesheim.

n) G. C. Schüler, Gründung einer milden Stiftung durch Testament. Ein Rechtsfall, in: Juristische Abhandlungen und Rechts-

<sup>(49)</sup> Über ihn LANDSBERG *aaO.*; *Text* S. 293 f., *Noten* S. 126 f. Zimmern war erst seit 1826 in Jena, kann also am Urteil der Jenenser Fakultät (oben Anm. 15) aus dem Jahr 1821 nicht mitgewirkt haben.

<sup>(50)</sup> Vgl. auch unten bei Anm. 186.

fälle, mit besonderer Rücksicht auf die Länder des Sächsischen Rechts und die Entscheidungen des Gesamtoberappellationsgerichts zu Jena, hg. von F. Ortloff u.a., 1. Bd. 1847, S. 421-436. Schüler dürfte entweder Richter am OAG Jena oder Dozent der Jenenser Fakultät gewesen sein <sup>(51)</sup>.

o) Gutachten der Juristenfakultät in Tübingen betreffend die Rödinger'sche und die Ludwig'sche Stiftung, im Württembergischen Archiv für Recht und Rechtsverwaltung Bd. 14, 1871, S. 67-89.

p) Daß schließlich der Städelschen Stiftung, und gelegentlich auch des einen oder andern Parallellfalls, in der zivilrechtlichen Literatur des 19. Jahrhunderts mehr oder weniger ausführlich gedacht wird, versteht sich von selbst. Darüber unterrichtet, bequem zugänglich, Windscheid <sup>(52)</sup>, so daß ich hier nur die Namen nenne: Beseler, Bluntschli, Böhlau, Brinz, Demelius, Dernburg, Gierke, Kierulff, Puchta, Randa, Roth, Schirmer, Sintenis, Stobbe, Unger. Vollständig ist auch das noch nicht, aber darauf kommt es hier nicht an <sup>(53)</sup>.

## V.

1. Der Wortlaut des Testaments ist oben vollständig wiedergegeben, weil er einen anschaulichen Eindruck über Stil, Technik und inhaltliche Qualität der zeitgenössischen Kautelarjurisprudenz

---

<sup>(51)</sup> Er gehörte zu den Mitherausgebern der *Juristischen Abhandlungen*.

<sup>(52)</sup> *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 7. Aufl. (1891, die letzte von WINDSCHEIDS Hand) Bd. 3, S. 51 FN 3; Bd. 1, S. 152 FN 2.

<sup>(53)</sup> In Lehrbüchern zum geltenden bürgerlichen Recht wird, soviel ich sehe, der Fall erwähnt nur noch von ENNECERUS-NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 15. Aufl., 1. Halbbd. (1959) 720 FN 20. - Ich erinnere mich, vom Städel Fall zum erstenmal als Jurastudent im 1. Semester gehört zu haben, in der Vorlesung von *Walter Krusch* in Tübingen anfangs der 50er Jahre über den Allgemeinen Teil des bürgerlichen Rechts. Ich pflege, diesem Vorbild folgend, im Kolleg über den Allgemeinen Teil die §§ 83, 84 BGB am Beispiel des Städelschen Testaments zu erläutern (KRUSCH ist Verfasser des interessanten, erst Jahre nach seinem Tod erschienenen Buchs *Seite und Einheit. Grundfragen des Rechts*, 1962).

vermittelt, denn daß Städel selbst sein Testament formuliert hat, kann mit Sicherheit ausgeschlossen werden. Ob der Notar Cordier der « Testamentsconcipt » <sup>(54)</sup> war, muß offenbleiben. Im ganzen wird man sagen können, daß das Testament — hat man sich nur einmal in den allerdings sehr schwerfälligen Kanzleistil eingelesen, was den Zeitgenossen geringere Mühe bereitet haben dürfte als uns heute — klar und eindeutig abgefaßt ist, und es ist im Grund erstaunlich, daß es hernach so gewagten Interpretationen ausgesetzt war, um dem Willen des Erblassers zum Erfolg zu verhelfen. Eine entscheidende Schwäche hatte es freilich, was die nachmaligen Auslegungskünste derer, die für die Stiftung und damit gegen die Intestaterben das Wort ergriffen haben, erklärlich macht: Der Konzipient hatte das Testament auf der Grundlage einer zweifelhaften Rechtsauffassung konzipiert. Er muß die Ansicht vertreten haben, es bedürfe zur testamentarischen Errichtung einer rechtsfähigen Stiftung nicht der staatlichen Genehmigung, jedenfalls nicht zu Lebzeiten des Erblassers. Insofern hat er den Erblasser schlecht beraten, denn darauf durfte er sich nicht verlassen, daß das Testament wegen fehlender Genehmigung von den Intestaterben nicht angegriffen, und daß im Fall einer *hereditatis petitio* dann nicht — wegen Nichtigkeit der Erbeinsetzung mangels eines rechtsfähigen Erben — gegen die Administratoren als Erbschaftsbesitzer erkannt werden würde. Auch durfte sich der Konzipient, falls ihm dieser Gedanke überhaupt gekommen sein sollte, nicht auf die gerichtliche Anerkennung einer *ex tunc*-Wirkung einer Genehmigung nach Eintritt des Erbfalls verlassen, und schließlich auch nicht auf, wenigstens im Ergebnis, die Rettung des Erblasserwillens durch die Kodizillarklausel. Man fragt sich nach den Gründen dieser Unterlassungssünde. Sie können nicht darin gelegen haben, daß Städel seinen Plan, eine Stiftung zu errichten, geheimhalten wollte. Er hatte ja für sein zweites Testament vom 18. Januar 1812 sogar schon vor dessen Errichtung auf die großherzogliche Genehmigung einer Stiftung durch letzten Willen angetragen und so seine Absicht publik gemacht <sup>(55)</sup>. Zu vermuten ist vielmehr, daß sein Berater

<sup>(54)</sup> So MÜHLENBRUCH *Abh.* S. 104.

<sup>(55)</sup> Das war in Frankfurt auch bekannt: GOETHE schreibt 1816 noch vor

dem Irrtum erlegen ist, nach Wegfall der Vorschrift des art. 910 des Code civil sei eine Genehmigungsbedürftigkeit schlechthin entfallen. Ob für die testamentarische Stiftung vom 26. Januar 1793 eine Genehmigung eingeholt worden war, ist im übrigen nicht bekannt; wahrscheinlich ist es nicht. Möglicherweise war man nämlich — das hätte den vermuteten Irrtum nur bekräftigen können — in Frankfurt der Ansicht, es bedürfe in derartigen Fällen nach gemeinem Recht einer Genehmigung jedenfalls vor Eintritt des Erbfalls nicht, denn Adlerflycht bemerkt in seinem «Privatrecht der freien Stadt Frankfurt», es sei «völlig gleichgültig, ob die juristische Person zur Zeit der Testamentserrichtung schon existierte, oder erst durch das Testament gegründet wurde»; von einer Genehmigung ist nicht die Rede <sup>(56)</sup>. Adlerflycht hat das allerdings erst 1824 geschrieben; man kann deshalb nicht ausschließen, daß er sich diese Meinung gerade erst aufgrund des Städelfalls gebildet hat. Immerhin hat auch das Stadtgericht mit seinem Dekret vom 6. Dezember 1816 erkennen lassen, daß es eine nach dem Tod des Erblassers erteilte Genehmigung für ausreichend erachte. Nur: darauf verlassen durfte sich der Konzipient keinesfalls, daß die Sache, sollte sie streitig werden, von Frankfurter Gerichten — Stadtgericht und Appellationsgericht — nach der Frankfurter herrschenden Meinung entschieden werden würde, sollte es eine solche gegeben haben; er mußte mit dem OAG Lübeck und der Möglichkeit der Aktenversendung rechnen.

2. Daß das «Kunstinstitut» als mit dem Erbfall entstehende rechtsfähige Stiftung zum Alleinerben des Nachlasses des Erb-

---

Städels Tod im 1. Heft von *Kunst und Alterthum am Rhein und Main* über Frankfurt u.a. folgendes: «... schon gegenwärtig ist einem wichtigen, für sich bestehenden Institut eine sichere Gründung zugebracht ... Man will wissen, daß dieser im Stillen unablässig vaterländisch denkende, treffliche Mann [nämlich der «Dekan aller hier lebenden echten Kunstfreunde, Herr Städel», wie Goethe zuvor bemerkte] seine Kunstschatze sämtlich, nebst geräumigem Local und ansehnlichen Capitalien, dem gemeinsamen Nutzen gewidmet habe ...». Vgl. GOETHE'S *Werke* Bd. 34. 1, Weimar 1902 (*Sophienausgabe*) S. 107 f. mit Bd. 34.2 (1904) S. 8. Nicht enthalten in der *Hamburger Ausgabe*; vgl. Bd. 14, 6. Aufl. (1981) 799 f.

<sup>(56)</sup> Frankfurt 1824, S. 439 FN a),

lassers eingesetzt sein sollte, leidet nach § 1 Abs. 2 der Urkunde, in Verbindung mit der Vorrede, keinen vernünftigen Zweifel. Insbesondere kann man bei unvoreingenommener Lektüre nicht annehmen, Städel habe eine unselbständige Stiftung in der Rechtsträgerschaft der Stadt Frankfurt gewollt, d.h. die Stadt als Universalerin einsetzen wollen. Das ließe sich mit dem eindeutigen Wortlaut der Erbeinsetzung des Instituts und der Betonung seiner Selbständigkeit vor allem in der Vorrede — «besonderes, für sich bestehendes» Institut — nicht vereinbaren <sup>(57)</sup>.

Der übrige Inhalt des Testaments bestätigt dies nur. Insbesondere ist hier auf § 3 der Urkunde zu verweisen. Die in dieser Bestimmung den Administratoren — als den «Repräsentanten des ... zum Universal-Erben eingesetzten Städelischen Kunstinstituts» (§ 4 Abs. 3) — eingeräumte Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht sind schlechterdings nur verständlich, wenn sie als Organ einer rechtsfähigen Stiftung gedacht und gewollt sind: Eingehung von obligatorischen Geschäften, Veräußerungs- und sonstige Verfügungsgeschäfte, die «ganze unumschränkte Verwaltung ... ohne irgend eine obrigkeitliche Rücksprache oder Genehmigung» einholen zu müssen, nach «freyem Ermessen» der Administratoren. Nähme man an, Städel habe eine unselbständige Stiftung errichten wollen, dann müßte man auch annehmen, er habe seiner Heimatstadt eine selbtherrlich schaltende und waltende Fondsverwaltung aufdrängen und dieser Verpflichtungs- und Verfügungsmacht über künftiges städtisches, wenn auch zweckgebundenes Vermögen einräumen wollen, und dies unter Ausschluß einer Regreßhaftung der Administratoren in § 4 Abs. 2 a.E. Daß dann die Gefahr bestünde, daß die Stadt die Erbschaft gar nicht anträte, konnte sich Städel als «Handelsmann» selbst sagen, ohne dafür den juristischen Rat seines Konzipienten zu benötigen. Sinnlos wäre im übrigen unter dieser Prämisse einer intendierten unselbständigen Stiftung die städtische Rechnungsrevision gemäß § 8: die Aufsicht über das Rechnungswesen einer unselbständigen Stiftung durch den Rechtsträger wäre eine bare Selbstverständlichkeit.

---

<sup>(57)</sup> Vgl. auch § 5 lit. a).

3. Auch sonst — außer dem klar ausgedrückten Willen der testamentarischen Begründung einer Stiftung als juristischer Person und ihrer Erbeinsetzung — lagen, von der fraglichen Genehmigung abgesehen, die Voraussetzungen eines Stiftungsgeschäfts vor: Die Vermögensausstattung des künftigen Rechtssubjekts, nicht nur in Gemälden und Büchern bestehend, sondern ebenso in sonstigen Mobilien und Immobilien und wohl auch beträchtlichem Kapital (ob und gegebenenfalls inwieweit der Nachlaß durch Vindikationslegate geschmälert war — § 1 Abs. 2 kann wohl nur auf *legata per vindicationem* bezogen werden, vielleicht auch die « Partikular-Vermächtnisse » in § 4 Abs. 3 — ist nicht bekannt) <sup>(58)</sup>. Der Stiftungszweck ist ebenso vor allem in § 2 klar ausgedrückt, und schließlich ist die innere Organisation der Stiftung und ihre Verwaltung sehr genau geregelt, bis hin etwa zur Ergänzung des Kollegiums der Administratoren durch Kooptation, und zu den Abstimmungsmodalitäten (§ 4 Abs. 4).

4. Besondere Aufmerksamkeit verdient schließlich die *Kodizillarklausel* <sup>(59)</sup> in § 9 Abs. 1 der Urkunde. Sie ist, wie das üblich war, dem Testament beigefügt für den Fall, daß dieses wegen Solennitätsverstößen nicht wirksam sein sollte. Im Blick auf ein fraglich erscheinendes Genehmigungserfordernis war sie — aus der Sicht des Erblassers — wohl nicht gemeint, was aber ihre Anwendbarkeit im Fall irgendeines anderen Unwirksamkeitsgrundes als dem des Solennitätsfehlers noch nicht ausschließen mußte.

Bei Unwirksamkeit des Testaments wegen fehlender Erbfähigkeit des « Instituts » und damit dem Eintritt der Intestaterbfolge der Damen Burguburu und Laspalace sowie des Capitain Städel müßten diese an sich mit einem Universal-fideikommiß zugunsten des (unwirksam) eingesetzten Erben beschwert gewesen sein, u.U. unter Abzug der trebellianischen Quart. Indes: der Universal-fideikommissar existierte im Zeitpunkt des Erbfalls nicht. Und

---

<sup>(58)</sup> PAULUS [oben Abschn. IV 2. lit. d)] gibt S. 24 den Wert der Vermächtnisse mit « ohngefähr 90000 fl. » an. Darin dürften aber auch Damnationslegate enthalten sein. Woher Paulus seine Kenntnis hatte, sagt er nicht.

<sup>(59)</sup> Zu ihr ADLERFLYCHT *aaO.* 645 f.; WINDSCHEID *aaO.* (Anm. 52) Bd. 3, S. 267 ff.

wenn man sich über diese Schwierigkeit immerhin mit einer Analogie zur Vermächtnisanordnung zugunsten eines *nondum conceptus* <sup>(60)</sup> vielleicht hinweghelfen mochte, so mußte es doch mehr als fraglich erscheinen, ob in der Beschwerung mit einem Universal-fideikommiß den Intestaterben auch die Verpflichtung auferlegt sein konnte, den Universalvermächtnisnehmer überhaupt erst rechtlich existent zu machen, d.h. selbst ein Stiftungsgeschäft unter Lebenden vorzunehmen und die Genehmigung zu erwirken. Unter diesem Gesichtspunkt konnte die Annahme, die Kodizillarklausel sei selbst ebenfalls unwirksam, durchaus näherliegen als die einer derartigen Verpflichtung der Intestaterben, für die es vor allem an einem Gläubiger fehlte.

5. Im Fall der Unwirksamkeit des Testaments und der Kodizillarklausel konnte dann allerdings erwogen werden, ob die « Casir- und Annullirung » des Testaments vom 18. Januar 1812 in der Vorrede der Urkunde vom 15. März 1815, d.h. der Widerruf des vorletzten Testaments, nicht ebenfalls nichtig war, mit der Folge, daß das Testament vom 18. Januar 1812 seine Wirksamkeit nicht verloren hatte. Dann mußte es entscheidend auf die Gültigkeit und die rechtliche Tragweite des großherzoglichen Dekrets vom 21. November 1811 ankommen, das auf der Grundlage des art. 910 des Code civil <sup>(61)</sup> ergangen war; diese Problematik sei hier nur angedeutet.

6. Ein Rechtsfall also voller Rechtsprobleme! Sie lagen nicht eigentlich in der Auslegung des Erblasserwillens - der war hinreichend klar geäußert; sie ergaben sich vielmehr aus Gründen zweifelhaften objektiven Rechts, die der Konzipient und ebenso der Notar Cordier, falls er nicht ohnehin mit diesem identisch war, nicht genügend bedacht hatten, und die sich leicht hätten vermeiden, wenn man nur die geplante Stiftung vor oder nach Testamenterrichtung, aber noch zu Lebzeiten des Erblassers, wenigstens vorsorglich hätte genehmigen lassen. Insofern ist der Städelfall ein klassisches und lehrreiches Beispiel unzureichender

<sup>(60)</sup> Vgl. WINDSCHEID Bd. 3, S. 251.

<sup>(61)</sup> Wortlaut unten Anm. 146.

Rechtsberatung bei der Abfassung eines notariell beurkundeten Testaments; zum Schaden der damals Beteiligten, man denke nur an die Prozeßkosten. Er war aber auch Anlaß, die aufgeworfenen Rechtsfragen intensiv zu erörtern und damit das Stiftungsrecht dogmatisch zu fördern, wie die oben mitgeteilte Literatur zeigt, in der freilich auch Scheinprobleme diskutiert worden sind — aber auch das ist noch lehrreich <sup>(62)</sup>.

7. Vorausgesetzt ist im Vorhergehenden schon immer, daß das Privatrecht der Stadt Frankfurt im Jahr 1815 auf der Neufassung der Reformation von 1611 nebst den später erlassenen Verordnungen (z.B. über das Notariat, das gerichtliche Verfahren, Aktenversendung und Rechtsmittel) beruhte, im übrigen — und das heißt hier: vor allem — gemeines Recht war <sup>(63)</sup>. So richteten sich die Solennitätserfordernisse bei der Testamenterrichtung nach der, insoweit romanistisch geprägten, Reformation <sup>(64)</sup>; die Mitwirkung eines Notars war an sich nicht notwendig <sup>(65)</sup>. Der zulässige Testamentsinhalt hingegen bestimmte sich im wesentlichen nach *gemeinem Recht*, so z.B. — worauf es hier ankam — die Erbeinsetzung einer *pia causa* resp. gemeinnützigen Stiftung als *persona moralis*. Dasselbe gilt für die Kodizillarklausel, das Universal-fideikommiß, die trebellianische Quart <sup>(66)</sup>. Dem allem

---

<sup>(62)</sup> Auch heute lebt die Rechtsfortbildung in der Gerichtspraxis auf manchen Gebieten nicht zuletzt von nicht sorgfältig, insbesondere nicht umsichtig genug abgefaßten notariellen Urkunden, d.h. von Urkundsgeschäften, bei denen der Notar nicht alle in Erwägung zu ziehenden Umstände, unter zutreffender rechtlicher Würdigung, berücksichtigt hat. Aus eigener Erfahrung als Richter an einem Oberlandesgericht — OLG Hamm in dessen Beschwerdesenat — ist mir so mancher kleine «Städelfall» in Erbscheinserteilungs- oder -einziehungsverfahren geläufig; ich nenne weiter Grundbuch- und Wohnungseigentumssachen (Teilungserklärungen nach § 8 des Wohnungseigentumsgesetzes), Handelsregistersachen und Notarkostensachen nach § 156 der Kostenordnung, in denen es häufig auf die Beurteilung von notariellen Urkundsgeschäften verschiedenartigster Provenienz ankommt. Vgl. auch oben Anm. 20 und unten Anm. 182.

<sup>(63)</sup> ADLERFLYCHT *aaO.* XII f., GEHRKE in COING, *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, Bd. II.2 (1976) 387 ff.

<sup>(64)</sup> ADLERFLYCHT S. 507 ff.

<sup>(65)</sup> ADLERFLYCHT S. 509.

<sup>(66)</sup> ADLERFLYCHT S. 439, 645 f., 552 f., 557 ff.



trägt das Städelsche Testament, in dessen Vorrede ja auch ausdrücklich die «gemeinen und staturarischen Rechte» berufen sind, Rechnung — wieder abgesehen vom umstrittenen Genehmigungserfordernis. Es erfüllt die Solennitätsvoraussetzungen der Reformation und ist seinem Inhalt nach gemeinrechtlich, und war dementsprechend zu beurteilen, während bei Unwirksamkeit auch der Kodizillarklausel u.U. das Recht des Code civil auf das Testament vom 18. Januar 1812 anzuwenden war.

## VI.

### *C. F. Mühlenbruchs Beurteilung der Städelschen Stiftung*

I. Die Monographie Mühlenbruchs ist, abgesehen von der *Vorrede* <sup>(67)</sup>, in neun Abschnitte gegliedert. In der Sache selbst erörtert er zunächst die Frage: «*Wer ist in dem Städelschen Testamente eigentlich zum Erben eingesetzt? das Kunstinstitut oder die Stadt Frankfurt?*» <sup>(68)</sup>. Hieran schließen sich an die Frage: «*Konnte das Städelsche Kunstinstitut, ohne als juristische Person vom Staate anerkannt zu seyn, zum Erben eingesetzt werden?*» <sup>(69)</sup>, und die weitere: «*Ist durch das grossherzogl. Decret vom 11. Nov. 1811 das Städelsche Kunstinstitut als juristische und erbfähige Person förmlich constituirt?*» <sup>(70)</sup>. Dem folgen eine Erörterung über die Frage: «*Ist die am 10. Dec. 1816, durch einen Beschluß des Senats der Stadt Frankfurt erfolgte Bestätigung der Stiftung hinreichend, um das Städelsche Testament und die darin verfügte Erbeinsetzung des Instituts aufrecht zu erhalten?*» <sup>(71)</sup>, eine Untersuchung über den «*Einfluß der Codicillarklausel auf das Städelsche Testament*» <sup>(72)</sup>, und einige «*Schlußbemerkungen*» <sup>(73)</sup>.

<sup>(67)</sup> S. III-XVI.

<sup>(68)</sup> S. 61-139.

<sup>(69)</sup> S. 140-214.

<sup>(70)</sup> S. 214-264. Statt 11. müßte es 21. Nov. heißen.

<sup>(71)</sup> S. 264-277. «Senat» ist gleichbedeutend mit «großem Rath»; vgl. oben bei Anm. 12.

<sup>(72)</sup> S. 277-289.

<sup>(73)</sup> S. 289-296.

Der Sacherörterung vorher gehen eine Schilderung des Sachverhalts: «*Der Städel'sche Erbrechtsfall*»<sup>(74)</sup> und «*Allgemeine Bemerkungen über diesen Rechtsfall*»<sup>(75)</sup>. Diesen beiden Abschnitten vorausgeschickt ist schließlich die «*Einleitung, oder Bemerkungen über das Verhältniß der Theorie zur Praxis*»<sup>(76)</sup>. Auf sie gehe ich, obwohl «*Einleitung*», erst am Schluß ein<sup>(77)</sup>.

2. «*Es gilt hier einen höhern Zweck, als alle Kunstinstitute der Welt: das Recht. Wird dieses um eines Zweckes willen gebeugt, wird es das Spiel der Willkür, des Witzes oder des Scharfsinnes; was soll dem Menschen da alle Cultur, welche ihm durch die Kunst zugeführt wird? Ist erst die Ehrfurcht vor dem Gesetze verschwunden, so wird auch der Sinn für das Recht selbst ertötet werden und das beharrlichste Anschauen heiliger Personen und Geschichten wird das Verlorene nicht ersetzen, so wenig als es wahre Frömmigkeit schaffen kann!*».

Aus dieser Prämisse leitet Mühlenbruch seine nie zu verleugnende Überzeugung her, «*daß auf die rechtliche Beurtheilung dieser Streitsache der Zweck der Stiftung von gar keinem Einflusse seyn dürfe, außer in sofern sich daraus etwa die juristische Natur des Instituts erkennen*» lasse. «*Im Uebrigen aber ist es ganz einerlei, ob eine wohlthätige Stiftung oder ein durchaus unbedeutender und unbekannter Mensch zum Erben eingesetzt ist: Beide sind vor dem Gesetze vollkommen gleich*»<sup>(78)</sup>.

In Konsequenz dieser streng rechtlichen Auffassung ist Mühlenbruch zu dem Ergebnis gelangt, das Städel'sche Testament sei unwirksam; nur über die Kodizillarklausel könne dem Erblasserwillen Rechnung getragen werden. Das war nicht das Ergebnis eines amüsischen Juristen, gar eines Kunstbanausen. Zwar wissen wir nichts über eine Beziehung Mühlenbruchs gerade zur Malerei. Bekannt ist aber seine Neigung zu Musik und Theater; er ist

---

<sup>(74)</sup> S. 38-47.

<sup>(75)</sup> S. 48-61.

<sup>(76)</sup> S. 1-38.

<sup>(77)</sup> Unten in diesem Abschnitt unter 9.

<sup>(78)</sup> S. 60, in den «*Allgemeinen Bemerkungen über diesen Rechtsfall*».

sogar als Liedkomponist hervorgetreten <sup>(79)</sup>. Als musischer Mensch hat er sich — das wird man von vornherein annehmen dürfen — über das individuelle Interesse des Erblässers an seiner Gemäldesammlung <sup>(80)</sup>, verbunden mit seinen kunstpädagogischen Zielen, und über das öffentliche Interesse am Bestand der Stiftung sicher nicht leichtfertig hinweggesetzt zugunsten der handfest materiellen Interessen der Intestaterben, bemäntelt als nur rechtlichen Standpunkt. Ihm ging es in der Tat um die Wahrung des Rechts als Schranke der Willkür, um den Sinn für das Recht und die Achtung vor dem Gesetz, vor dem jeder gleich ist. Recht war für ihn ebenso ein Teil der Kultur, wie Kunst, und im Konfliktfall der höherrangige Wert, der « höhere Zweck ». Der Städelfall hatte so für ihn eine sehr grundsätzliche Bedeutung — Mühlenbruch dürfte einer der ersten sein, bei dem sich so exemplarische Bemerkungen zum Spannungsverhältnis zwischen privatem und öffentlichem Kunstinteresse einerseits und Recht andererseits finden. Dem tut es keinen Abbruch, daß er dazu gewiß auch durch manche Äußerung, nicht immer sine ira et studio abgegeben, provoziert war, insbesondere durch den juristisch inkompetenten Paulus <sup>(81)</sup>, aber auch durch einige für die beklagten Administratoren erstatteten Gutachten <sup>(82)</sup>, die ihm durch den Wunsch diktiert schienen, der Stiftung um dem Preis rechtlicher Gewissenhaftig-

---

<sup>(79)</sup> Vgl. MEJER *aaO.* (oben Anm. 5) S. 464 f. Über das Hallesche Musikleben im ersten Drittel des 19. Jahrhunderts unterrichtet SERAUKY in: *Die Musik in Geschichte und Gegenwart* Bd. 5 (1956) 1358 ff. [unter III., S. 1365]; DERS., *Musikgeschichte der Stadt Halle* Bd. II.2, *Von Wilhelm Friedemann Bach bis Robert Franz* (1942) 406 ff.

<sup>(80)</sup> Über ihren Bestand im Jahr 1823 vgl. STARCK, *Beschreibung des Städtelischen Kunst-Instituts in Frankfurt am Main und der bis jetzt daselbst befindlichen Kunstgegenstände*, Frankfurt 1823. Die « Oel-Gemälde » sind dort S. 7 ff. einzeln aufgeführt, Handzeichnungen, Kupferstiche, Bibliothek, « Gyps-Abgüsse » und einige Antiken, Bronzen und Schnitzereien nur pauschal S. 5 f.

<sup>(81)</sup> Oben bei Anm. 45 f. Mit ihm setzt er sich besonders eingehend und nicht ohne Schärfe auseinander.

<sup>(82)</sup> Insbesondere durch das Berliner und Münchener Gutachten. WENCK [oben Abschn. IV 2. lit. f.] S. 2 spricht von einem « wahren Streit der Facultäten, freilich in einem ganz andern Sinne, als ihn Kant ehemals darstellte », und beklagt, daß « die Sache durch die große Leidenschaftlichkeit der Parteien verwirrt » werde.

keit unter die Arme zu greifen: « Er » — Mühlenbruch — « stieß auf künstlich angelegte Argumentationen, auf erschlichene Vordersätze, auf Paralogismen, auf Begriffsverwechslungen, auf unrichtige Interpretationen, auf innere Widersprüche; er wurde gewahr, daß man anerkannte Rechts- und Auslegungsgrundsätze entweder ohne Beweis verwarf, oder unbeachtet ließ, oder von ihnen eine falsche Anwendung machte, daß man bald eine allgemein hingeworfene und unsichere Andeutung, bald eine schielende und halbwahre Bemerkung, wodurch flüchtige Leser am leichtesten gewonnen werden, da vorbrachte, wo es auf klaren und gründlichen Beweis ankam, u. dgl. m. » <sup>(83)</sup>. Als Referent des vom OAG Lübeck erforderten letztinstanzlichen Erkenntnisses des Halleschen Spruchkollegiums hatte er sich im übrigen seine Meinung nicht als Gutachter, sondern in richterlicher Funktion gebildet, und man mag es im Rückblick begrüßen, daß das Spruchkollegium wegen eines Gerüchts, das über die zu erwartende Entscheidung kursierte — « es stehe ... übel für das Institut » — sein Mandat von sich aus zurückgegeben hat <sup>(84)</sup>. Dies gab Mühlenbruch die Gelegenheit, sich literarisch so prinzipiell zu äußern; in den Entscheidungsgründen eines Urteils hätte er das nicht tun können. Für seine Veröffentlichung hatte er übrigens die « Billigung seiner Collegen, welche sich dadurch natürlich nicht für den Inhalt der Schrift selbst verantwortlich machen wollten oder konnten » <sup>(85)</sup>.

### 3. *Erbeinsetzung.*

Nach Auffassung des Stadtgerichts Frankfurt und der Bonner Fakultät, sowie der Fakultäten zu Berlin, Heidelberg und München, und v. Drostes, Elvers' und Zachariäs war testamentarisch eingesetzte Alleinerbin des Städel'schen Nachlasses die Stadt Frankfurt. Für das Münchener Kollegium war « nicht nur der Natur der Sache nach, sondern sogar *wörtlich* » die Stadt zur Erbin berufen; die übrigen insoweit vertretenen Auffassungen waren

<sup>(83)</sup> S. XIV (*Vorrede*).

<sup>(84)</sup> S. VIII, IX f. MÜHLENBRUCH schildert die Affäre S. VIII ff. ausführlich.

<sup>(85)</sup> S. XII.

ein Ergebnis vermeintlicher Auslegung teils des Testaments, teils des objektiven Rechts <sup>(86)</sup>.

a) Mit dem letzten Gesichtspunkt setzt sich Mühlenbruch zuerst auseinander, d.h. mit der « rechtlichen Natur des Verhältnisses, welche darin bestehen soll, daß die Persönlichkeit der Stiftung identisch sei mit der Persönlichkeit dessen, für den sie gestiftet ist » <sup>(87)</sup>. Dem liege die Idee zugrunde, « das Vermögen gemeinnütziger Stiftungen gehör[e] dem Staate an, wenn nicht andere, physische oder juristische, Personen, als Subject desselben bezeichnet sind » <sup>(88)</sup>, wobei Mühlenbruch bei « juristischen Personen » als Stiftungsträgern an privatrechtliche Korporationen, nicht aber an Stiftungen denkt, was in diesem Zusammenhang sinnlos wäre <sup>(89)</sup>. Es geht also um die Frage, ob es rechtsfähige Stiftungen überhaupt geben könne, oder nicht vielmehr alle Stiftungen nur als unselbständige denkbar seien.

aa) Zu ihrer Beantwortung geht Mühlenbruch — er betont diesen Gesichtspunkt nachhaltig — zunächst von der Unterworfenheit jeglichen Privatvermögens unter die Staatshoheit aus, insbesondere von der Gebundenheit des Privateigentums aus Gründen des Gemeinwohls, wobei er u.a. auf die Steuerhoheit des Staates hinweist, den Sprachgebrauch der älteren Publizistik über « *Staatseigenthum* » freilich als falsch verwirft <sup>(90)</sup>.

Bei juristischen Personen nun sei der staatliche Einfluß größer als hinsichtlich des Vermögens physischer Personen. Es ist von der « Obervormundschaft » des Staats über moralische Personen die Rede, ja, sie könnten « gewissermaßen alle als zum Staatsorganismus gehörig betrachtet werden », was eine bekannte Wahrheit sei <sup>(91)</sup>. Aus den Aufsichts- und Eingriffsbefugnissen des Staats allein indes folge für Stiftungen — auf sie beschränkt sich Mühlenbruch nunmehr — keineswegs, daß er Inhaber ihres Ver-

<sup>(86)</sup> S. 61 ff., Münchener Gutachten (oben bei und in Anm. 40) S. 23 sub 1)

<sup>(87)</sup> S. 63.

<sup>(88)</sup> S. 63.

<sup>(89)</sup> Vgl. auch S. 64: « moralische Person [, die] nicht aus einer Mehrheit physischer Personen besteht ».

<sup>(90)</sup> S. 64.

<sup>(91)</sup> S. 65.

mögens sei; sonst könnte auch der unter Vormundschaft oder väterlicher Gewalt Stehende nicht Subjekt von Vermögensrechten sein. Bloße Eigentumsbeschränkungen könnten Eigentum nicht aufheben, seinen Inhaber nicht verändern <sup>(92)</sup>. Eine publizistische Lösung aus dem Gedanken des *dominium eminens* ist damit verworfen.

bb) Unrichtig sei, so fährt Mühlenbruch fort <sup>(93)</sup>, auch die Auffassung, die in den Destinatären einer milden oder andern gemeinnützigen Anstalt ihr Rechtssubjekt sehe — die Armen, die Kranken, die dann Vertragskontrahent, Prozeßpartei etc. sein müßten <sup>(94)</sup>.

Rechtshaber gemeinnütziger Institute könne allerdings der Staat sein, eine Stadt oder eine Korporation; mit allen Konsequenzen, die sich daraus ergäben, z.B. auch hinsichtlich der Erfüllung von Verbindlichkeiten <sup>(95)</sup>. Mühlenbruch gedenkt hier

<sup>(92)</sup> S. 68 f.

<sup>(93)</sup> S. 70.

<sup>(94)</sup> S. 78 (79) FN 68 a.E. wird auch der Gedanke verworfen, die Vorsteher einer Stiftung seien die wahren Rechtshaber.

<sup>(95)</sup> S. 70 f. MÜHLENBRUCH berührt hier die Problematik der *unselbständigen* Stiftung — ein besonders unaufgehelltes Kapitel des Privatrechts des 19. und unseres Jahrhunderts. Das liegt natürlich auch daran, daß mangels eigener Rechtspersönlichkeit derartige Stiftungen als solche nicht an die Öffentlichkeit treten, obwohl sie, wie zu vermuten, z.T. erhebliche Sondervermögenskomplexe darstellen. Es beruht mehr oder weniger auf Zufälligkeiten, wenn man darüber etwas erfährt. Mir ist z.B. der Fall einer um 1850 als unselbständige Stiftung in der Trägerschaft einer rechtsfähigen privatrechtlichen Korporation — einer Kongregation — gegründeten Krankenanstalt bekanntgeworden: Aus kleinsten Anfängen — zwei Krankenstübchen — war innerhalb von etwa hundert Jahren ein Großkrankenhaus mit allen Errungenschaften moderner klinischer Behandlung entstanden. Der Trägerin war rechtlich und faktisch die Einflußnahme auf die Stiftungsorganisation und -verwaltung mehr und mehr entglitten; die « Organe » der unselbständigen Stiftung traten praktisch wie die Organe einer selbständigen auf. Die Haftung jedoch mit ihrem gesamten, nicht nur dem Stiftungs-Vermögen, war der Kongregation ungeschmälert verblieben. Vielleicht ist das ein nicht untypisches Beispiel dafür, wie manche im 19. Jahrhundert gegründete nicht rechtsfähige Stiftung ihrem Träger im Lauf der Zeit über den Kopf gewachsen sein mag. Hier lohnte sich wohl Rechtstatsachenforschung in engster Verknüpfung mit privatrechtshistorischer Forschung. Dogmatisch und rechtspolitisch müßte m.E. die Möglichkeit einer Beschränkung der Haftung des Stiftungsträgers auf

besonders der Staatsanstalten, sowohl der unselbständigen, wie auch solcher, denen das «Recht juristischer Personen» erteilt ist <sup>(96)</sup>, d.h. der rechtsfähigen Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts. Die Möglichkeit des öffentlichrechtlichen Charakters von unselbständigen oder selbständigen Stiftungen wird also von ihm keineswegs geleugnet, sofern ein öffentlichrechtlicher Stiftungsakt gegeben ist oder dies, soweit es unselbständige Stiftungen anlangt, dem Willen des privaten Stifters entspricht <sup>(97)</sup>. Nur: notwendig und damit zwingend ist dies nach Mühlenbruch nicht — «die übrigen auf Privatstiftungen beruhenden Anstalten bilden, besonders in Ansehung ihrer Vermögensverhältnisse, eine für sich bestehende Person ... Das eigentliche Subject des Rechts nun ist das Institut selbst, ganz abstrahirt von den Personen, deren Nutzen es bezweckt oder befördert» <sup>(98)</sup>.

cc) Damit war eine Grundfrage des Rechts der juristischen Person berührt: Gibt es Rechtssubjekte, die nicht korporativen Charakter haben? Kann die Stiftung «ihr eigenes Subject seyn» <sup>(99)</sup>?

Die Antwort lag für Mühlenbruch in der konsequenten Übertragung der Fiktionstheorie von der Korporation auf die Stiftung, unter Berufung auf D. 3. 4. 7. 1: *Si quid universitati debetur, singulis non debetur, nec quod debet universitas singuli debent*. «Die Persönlichkeit», der *universitas* nämlich, «ruht hier also auf dem Begriff, — auf einer Fiktion <sup>(100)</sup>. So gut eine Mehrheit

das Stiftungsvermögen, und umgekehrt die der Unabhängigkeit des Stiftungsvermögens vom Schicksal des sonstigen Vermögens des Stiftungsträgers — mit den Konsequenzen, die sich daraus in der Frage der Publizität ergäben — untersucht werden [zum letzteren MESTMÄCKER-REUTER, in: *Stiftungen in Europa* (1971) 141, und REUTER im *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (Bd. 1, 1978) RdNr. 38 vor § 80. Im ganzen ist die lebhafteste Diskussion über das Stiftungsrecht in den letzten Jahrzehnten dem Recht der unselbständigen Stiftung nur wenig zugute gekommen].

<sup>(96)</sup> S. 72.

<sup>(97)</sup> Vermutlich ist MÜHLENBRUCH einer der ersten im 19. Jahrhundert, der jedenfalls in Ansätzen das gesamte Recht der Stiftung — öffentliche wie private, selbständige wie unselbständige — in den Blick genommen hat; S. 70 ff.

<sup>(98)</sup> S. 74 f.

<sup>(99)</sup> S. 77.

<sup>(100)</sup> S. 77.

einzelner Personen durch die Idee als zu einer Einheit verknüpft gedacht werden muß, gerade eben so gut kann auch ein Inbegriff von Vermögensrechten in Beziehung auf einen bestimmten Zweck (Beides zusammen oder in ungeteilter Einheit gehört zu dem Begriff einer Stiftung) mit Persönlichkeit bekleidet werden. Alle von physischer Unmöglichkeit hergenommenen Demonstrationen könnten auch gegen eine *universitas personarum* gerichtet werden, und kommen überhaupt nicht in Betracht, wenn von rein juristischen Begriffen die Rede ist » (101). Mühlenbruch beruft sich, außer auf gelehrte Tradition, übrigens auch auf Erfahrung vor allem in Stiftungsprozessen, um die praktische Anwendbarkeit dieser Grundsätze darzutun (102).

Mit ihnen war, vor Savigny (103), das Recht der selbständigen Stiftung und damit zugleich auch ihre Abgrenzung zur rechtsfähigen Korporation auf eine klare, knappe Formel gebracht, und eine m.E. bis heute brauchbare dogmatische Grundlage des Stiftungsrechts geschaffen (104). Man erwartete freilich eine Begründung der Fiktionstheorie selbst, und wäre Mühlenbruch sie schuldig geblieben, so müßte er sich den Vorwurf einer bloß doktrinären Behauptung gefallen lassen. Er ist sie indes nicht schuldig geblieben, denn in seiner Erörterung des zweiten Grundproblems der Entstehung rechtsfähiger Stiftungen — bedarf es der staatlichen Genehmigung? — ist er darauf ausführlich eingegangen. Ob seine Begründung ganz überzeugt, ist eine andere Frage (105).

b) Im weiteren wendet sich Mühlenbruch der Auslegung des Testaments selbst zu, d.h. der Frage, *wer* von Städel als Erbe eingesetzt worden war, die Stiftung oder die Stadt Frankfurt (106).

---

(101) S. 77 f.

(102) S. 78 ff., 82; Rekurs auf « eigene Erfahrung » S. 78 (79) FN 68.

(103) Gedruckt war bis 1828 nur der Satz: « ... *juristische Personen*, d.h. solche, die bloß durch eine juristische Fiction als Subjecte von Rechten betrachtet werden »; *Das Recht des Besitzes* (1803) 190 — es ging um die Frage des Besitzserwerbs nicht wollen könnender Personen (§ 21). Der Satz steht unverändert noch auf S. 281 der 6. Aufl. (1837), der letzten von SAVIGNY selbst.

(104) Vgl. auch unten bei Anm. 187 f.

(105) Dazu kritisch unten bei Anm. 183 ff.

(106) Vgl. oben bei Anm. 86.



aa) Nach dem Wortlaut des Testaments konnte hier nicht zweifelhaft sein, daß die Stiftung Alleinerbin sein sollte. Mühlenbruch stützt sich denn auch auf D. 32. 25. 1: *Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio*. Hingegen gehe die Absicht dem bloßen Wortverstand vor, wenn sie klar sei und mit dem Wortlaut nicht geradezu im Widerspruch stehe. Bei Mehrdeutigkeit des Wortlauts schliesslich sei die Auslegung vorzuziehen, die der Absicht des Erblassers am besten entspreche <sup>(107)</sup>. Mehrdeutigkeit lag hier indes nicht vor, der Wille des Erblassers entsprach vielmehr durchaus dem, was er wörtlich erklärt hatte - abgesehen davon, daß ein abweichender Wille sich mit dem eindeutigen Wortlaut von § 1 Abs. 2 der Urkunde nicht hätte vereinbaren lassen und deshalb unbeachtlich gewesen wäre. M.a.W.: es gab insoweit gar nichts auszulegen; an eine Erbeinsetzung der Stadt Frankfurt zu denken war abwegig.

bb) Wenn sich Mühlenbruch dennoch ausführlich damit auseinandergesetzt hat, so deshalb, um die in der Tat fast abenteuerlichen Auslegungsmethoden und -ergebnisse anderer <sup>(108)</sup> zu widerlegen, nicht selten mit *deductiones ad absurdum*. Das kann hier im einzelnen nicht dargestellt werden, denn dazu bedürfte es des detaillierten Eingehens auf die Gegenmeinungen. Sie stützten sich z.B. auf die Vorrede und auf die §§ 1 Abs. 1 und 2 Abs. 1 der Urkunde, wo von der Errichtung des Instituts « zum Besten hiesiger Stadt und Bürgerschaft » und davon die Rede ist, daß es « der hiesigen Stadt zu einer wahren Zierde gereichen und zugleich deren Bürgerschaft nützlich werden möge »; daraus ergebe sich die Erbeinsetzung der Stadt. Mühlenbruch sah in diesen Formulierungen zutreffend nur die Verlautbarung einer *causa testandi* im Sinn eines für die Auslegung des eindeutig erklärten Verfügungswillens unbeachtlichen Motivs <sup>(109)</sup>. Im übrigen folgte er seinen Gegnern bis in subtilste Wortinterpretationen hinein: so über das Pronomen « *dieses* » in § 1 Abs. 2 am Anfang und seine grammatische und logische Beziehung im Zusammen-

---

<sup>(107)</sup> S. 84.

<sup>(108)</sup> Vgl. oben bei Anm. 81 ff.

<sup>(109)</sup> S. 104 f.

hang der Bestimmung des § 1 (110), oder über das Adverbium «hiermit» in § 1 Abs. 1 der Urkunde — Paulus (111) hatte aus ihm nämlich herleiten wollen, Städel habe bereits zu Lebzeiten mit der Testamentserrichtung, «hiermit», das Institut als *persona moralis*, wenn auch noch nicht als *persona iuridica* ins Leben gerufen. Daß hier Mühlenbruch — der ein temperamentvoller Mann gewesen sein soll (112) — sarkastisch geworden ist, ist verständlich (113).

cc) Sehr nachdrücklich legt Mühlenbruch schließlich die Konsequenzen dar, die es haben müßte, wenn man die Stadt Frankfurt als Erbin betrachtete: Ihre Eingriffsmöglichkeiten in die Verwaltung des Instituts — als unselbständige Stiftung — wären aus Gründen des Gemeinwohls über die Rechnungsrevision (§ 8) hinaus erheblich erweitert (114). Zutreffend weist Mühlenbruch auch auf die Haftungsrisiken für die Stadt hin (115), auf steuerliche Konsequenzen (116), und schließlich auf die prozessualen Folgen: die Stadt war nicht Prozeßpartei (117).

#### 4. *Genehmigungserfordernis.*

Die Frage, ob eine testamentarisch verfügte Stiftung, um mit dem Eintritt des Erbfalls Rechtsfähigkeit zu erlangen und damit Erbe sein zu können, der staatlichen Konzession zu Lebzeiten des Erblassers bedürfe, konnte sich nur für den stellen, der die rechtliche Möglichkeit der selbständigen Stiftung an sich anerkannte und im Falle Städel die Erbeinsetzung der Stiftung an-

(110) S. 107 f.; «... man müßte denn eine Correctur nicht bloß der civilistischen Lehrbücher, sondern auch der deutschen Sprachlehren nach den zur Vertheidigung des Städel'schen Instituts aufgetobenen Maximen für nöthig erachten!» (S. 108).

(111) *AaO.* 33 f., 45 ff.; bei MÜHLENBRUCH S. 112 ff.

(112) MEJER *aaO.* (oben Anm. 5) 464, 466.

(113) Vgl. etwa S. 116 mit der «durch die Persönlichkeit des *Bibliothekars* [bestehenden] Bibliothek als Person?».

(114) S. 128 ff.

(115) S. 133; vgl. auch oben Anm. 95 a.E.

(116) S. 133 f.

(117) S. 134 ff. Dort (s. 136 f.) auch zur «Annahme» der Stiftung durch den Senat in dessen Beschluß vom 10. Dezember 1816, die indessen keine war.

nahm. Beides hat Mühlenbruch bejaht; er war deshalb — anders als seine Gegner — einer Antwort auf diese Frage nicht enthoben; sie gilt dem zweiten Grundproblem der Errichtung rechtsfähiger Stiftungen durch Testament.

a) Mühlenbruch geht von dem Satz aus, « daß ein Erbe [scil. im Zeitpunkt des Erbfalls] Persönlichkeit haben, oder im Staate als Subject von Rechten oder Verbindlichkeiten anerkannt seyn müsse ». Dies folge nicht nur aus dem positiven Recht, sondern mit Notwendigkeit aus dem Begriff der Beerbung, denn der Erbe repräsentiere den Erblasser in dessen übertragbaren Rechtsverhältnissen, gerichtlich wie außergerichtlich <sup>(118)</sup>. Dem Staat nun stehe die Bestimmung der Voraussetzungen zu, unter denen die Rechtssubjektivität im Staat anerkannt werde <sup>(119)</sup>. Dies habe im römischen Recht schon für physische Personen gegolten, wie der auch privatrechtlich unterschiedliche Status von *cives* und *peregrini* zeige, wobei Mühlenbruch auf die von Gai. 4. 37 genannten *actiones ficticiae* hinweist. Insbesondere die Erbfähigkeit — *testamenti factio passiva* — habe sich nicht schon aus der allgemeinen Rechtsfähigkeit ergeben, sondern die Gewährung des *commercium* zur Voraussetzung gehabt <sup>(120)</sup>. Testamentarischer Erbe werden zu können sei mithin « nicht von allgemeiner Rechtsfähigkeit und von reiner Privatwillkür abhängig » gewesen, sondern « ein Gegenstand der Bestimmung des *ius publicum* »; D. 28. 1. 3: *Testamentifactio non privati, sed publici iuris est* <sup>(121)</sup>.

Von vornherein nun sei zu erwarten, daß das römische Recht die Begründung juristischer Personen und die Bestimmung der ihnen zustehenden Rechte nicht weniger vom *ius publicum* abhängig gemacht habe, als die Anerkennung der Rechtspersönlichkeit physischer Personen <sup>(122)</sup>: Jedem Menschen komme « Persönlichkeit als angeborenes, als Ur-Recht » zu; Gegenstand der Staatsgesetze könne nur ihre Anerkennung im Staat sein. Der Begriff einer juristischen Person hingegen sei « eine rein bürgerliche Fic-

---

<sup>(118)</sup> S. 146 f.

<sup>(119)</sup> S. 148.

<sup>(120)</sup> S. 149.

<sup>(121)</sup> S. 150.

<sup>(122)</sup> S. 150 f.

tion», «etwas, das außer dem Staate gar nicht gedacht werden kann, dessen Erschaffung daher auch eben so wenig ein Gegenstand der Privatwillkür seyn darf, als die Aufnahme eines Nichtbürgers unter die Bürger». Überdies folge aus der notwendigen Obervormundschaft des Staates über juristische Personen, daß er an ihrer Entstehung ein viel näheres und unmittelbareres Interesse habe, «als bei einem sonstigen Zuwachs an Rechts-  
subjecten; und schon daraus [folge] mit unwiderleglicher Gewißheit, daß ohne Genehmigung der Staatsregierung die Begründung juristischer Personen nicht möglich» sei <sup>(123)</sup>. «*Homo non potest fingere, sed lex fingit*», fügt Mühlenbruch hinzu <sup>(124)</sup>, um im folgenden dann den Unterschied zwischen Realität und Fiktion, zwischen «dem *wirklichen Seyn* und dem *nur behandelt werden*» auszuführen <sup>(125)</sup>. Daß an sich nur dem Menschen Persönlichkeit zukomme, die Rechtssubjektivität juristischer Personen bloß durch Fiktion begründet werden könne, weil hier etwas als Rechtssubjekt behandelt werde, dem die Voraussetzungen dafür fehlten, «mithin durch Fiction das Mangelnde als vorhanden angenommen» werde, das sei auch die Ansicht der römischen Juristen gewesen. Dafür verweist Mühlenbruch auf die bekannten Stellen: D. 50. 1. 25, D. 46. 1. 22 und D. 37. 1. 2 <sup>(126)</sup>; «*personae vice fungitur*» bildete nachmals auch für Savigny einen Hauptbeleg <sup>(127)</sup>. Auch später — so Mühlenbruch — sei es die «herrschende Doctrinalmeinung» gewesen, daß es zur Entstehung juristischer Personen der staatlichen (oder kirchlichen) Genehmigung bedürfe, entweder durch Einzelakt oder im vorhinein durch Gesetz oder gewohnheitsrechtliche Norm erteilt <sup>(128)</sup>, oder auch durch stillschweigende Billigung der Staatsgewalt <sup>(129)</sup>.

---

<sup>(123)</sup> S. 152.

<sup>(124)</sup> S. 152 und FN 108: «arg. L. 8. D. de castr. pec. XLIX, 17» (D. 49. 17. 8), unter Berufung auf BRUNNEMANN.

<sup>(125)</sup> S. 154 ff., gegen ELVERS [oben Abschn. IV 2. lit. c)].

<sup>(126)</sup> S. 156 f.

<sup>(127)</sup> *System* Bd. 2 (1840) 241 und FN (h); dort freilich nicht, wie bei MÜHLENBRUCH, im Zusammenhang der Frage staatlicher Verleihung der Rechtsfähigkeit stehend (vgl. unten bei Anm. 188).

<sup>(128)</sup> S. 157.

<sup>(129)</sup> S. 158 f.

b) Die Ausführungen Mühlenbruchs zur Genehmigungsbedürftigkeit von *personarum universitates* und zur *hereditas iacens* können hier übergangen werden <sup>(130)</sup>, ebenso im einzelnen die zur Rechts- und Erbfähigkeit der Kirche und kirchlicher Wohltätigkeitsanstalten <sup>(131)</sup>, denn um eine *pia causa* handelte es sich nach Mühlenbruchs Auffassung bei der Stiftung des Städelschen Kunstinstituts eindeutig nicht <sup>(132)</sup>. Auch ließen sich die römischen Grundsätze über *piae causae* nicht auf andere gemeinnützige Anstalten übertragen: vorausgesetzt sei nämlich bei einer *pia causa* stets ihr unmittelbarer Zusammenhang mit der Kirche; er gerade fehle aber bei säkularen gemeinnützigen Anstalten, wie einem Kunstinstitut. Dem römischen Recht seien derartige Einrichtungen überhaupt fremd gewesen; auf solche Neubildungen seien die römischen Rechtssätze anzuwenden, die « die Römer, wären sie ihnen bekannt gewesen, ... angewandt haben würden »; d.h. sie bedürften vor allem wegen der Notwendigkeit der Fiktion der staatlichen Genehmigung <sup>(133)</sup>.

Aber selbst dann, wenn man — konzidiert Mühlenbruch der Gegenmeinung — ein Kunstinstitut wie eine *pia causa* behandle, ergäbe sich nichts zugunsten der Entbehrlichkeit einer obrigkeitlichen Genehmigung <sup>(134)</sup>. C. I. 3. 46, worauf man sich berufe, sei nicht glossiert und deshalb « praktisch nicht anwendbar »; vor allem aber handle es sich um eine *lex restituta* <sup>(135)</sup>. Indes auch dann, wenn man die Stelle als geltendes Recht ansähe, besage sie doch nicht, daß in einer *pia dispositio*, εὐσεβῆς διατύπωσις, die Erbeinsetzung einer zugleich testamentarisch ohne obrigkeitliche

<sup>(130)</sup> S. 160 ff.

<sup>(131)</sup> S. 169 ff.

<sup>(132)</sup> S. 141 ff.

<sup>(133)</sup> S. 176 f. Für diesen Grundsatz der Rechtsanwendung beruft sich MÜHLBRUCH auf SAVIGNY (S. 177 FN 134). Der formuliert vorsichtiger: « ... vielleicht angewendet haben würden », und charakterisiert damit nur das Verfahren der mittelalterlichen Juristen in der Anwendung römischer Grundsätze auf neue Gegenstände des Besitzes; *Recht des Besitzes* 6. Aufl. (1837) 615 f. (sicher gleichlautend mit der mir nicht zugänglichen 5. Aufl. von 1826).

<sup>(134)</sup> S. 178 ff.; um den Fall der Einsetzung einer *incerta persona* handle es sich nicht.

<sup>(135)</sup> S. 182 ff. Nach der KRÜGERSCHEN Ausgabe C. I. 3. 45 (pr.).

Konzession errichteten Stiftung liegen könne <sup>(136)</sup>. Und auch aus C. I. 3. 49 ließe sich für die Gegenmeinung nichts herleiten <sup>(137)</sup>.

c) Mit einem Einwand hatte sich Mühlenbruch auch von seinem Standpunkt aus freilich noch auseinanderzusetzen: daß nämlich die Praxis «nicht consentirte Institute als rechts- und erbfähig» betrachte. Mühlenbruch spricht von «Herkommen»; er meint offenbar entgegenstehendes Gewohnheitsrecht. Obwohl er die Beweislast dafür bei seinen Gegnern sieht, sucht er doch selbst nachzuweisen, daß «die Praxis mit der von uns vertheidigten Ansicht vollkommen übereinstimme und seit Jahrhunderten übereingestimmt habe» <sup>(138)</sup>. Das mag hier im einzelnen auf sich beruhen; m.E. hat Mühlenbruch überzeugend dargetan, daß in der Tat die Praxis stets eine Konzession verlangt hat <sup>(139)</sup> — ob freilich immer eine zu Lebzeiten des Erblassers, wenn es sich um eine testamentarisch errichtete und zum Erben eingesetzte Stiftung handelte, kann an dieser Stelle nicht erörtert werden; Zweifel bleiben insoweit.

Auch für *Frankfurt* im besonderen verneint Mühlenbruch eine entgegengesetzte Gewohnheit, unter Anführung verschiedener bekanntgewordener Fälle von Privatstiftungen <sup>(140)</sup>. Dabei bezieht er sich auch auf das Dekret des Stadtgerichts vom 6. Dezember 1816. Er übersieht hier aber, daß das Stadtgericht offensichtlich eine Genehmigung der Städelschen Stiftung nach Eintritt des Erbfalls als hinreichend ansah, und dabei sicher *nicht* von einer Rückwirkung auf den Zeitpunkt des Erbfalls ausging. Dieses Dekret spricht also eher dafür, daß die Frankfurter Praxis der Auffassung Mühlenbruchs über sie nicht entsprach, vielmehr auch ein — noch — «nicht consentirtes Institut» als erbfähig betrachtete und nur die nachträgliche Konzession als notwendig ansah <sup>(141)</sup>. Man muß mithin, wie oben <sup>(142)</sup> schon vorausgesetzt,

<sup>(136)</sup> S. 184 f.

<sup>(137)</sup> S. 185 ff. Nach heutiger Zählung C. I. 3. 48.

<sup>(138)</sup> S. 191.

<sup>(139)</sup> S. 193 ff.

<sup>(140)</sup> S. 206 ff.

<sup>(141)</sup> MÜHLENBRUCH sagt S. 209 f. nur, daß «wohl» das Dekret «zum Beweise angeführt werden [dürfe], daß man zu der Zeit in Frankfurt eben so wenig,

jedenfalls für Frankfurt davon ausgehen, daß das Erfordernis einer zu Lebzeiten des Erblassers erteilten Genehmigung für testamentarisch errichtete (oder zu errichtende) rechtsfähige Stiftungen umstritten war <sup>(143)</sup>.

5. *Das großherzogliche Dekret vom 21. November 1811.*

Es ging hier um die Frage, ob das auf das Testament vom 18. Januar 1812 bezügliche, im vorhinein erlassene Dekret auch auf das Testament vom 15. März 1815 bezogen, d.h. ob in ihm die nach Mühlenbruch erforderliche staatliche Genehmigung gesehen werden konnte. Dies war fraglich nach Form, Inhalt und Geltungsdauer des Dekrets.

a) Was die Form anlangte, so ergaben sich Zweifel an der Wirksamkeit des Dekrets, weil ihm die Gegenzeichnung (Contrasignatur) des Ministers fehlte. Mühlenbruch hat sich hier auf lesenswerte staats- und organisationsrechtliche Erörterungen eingelassen, wobei er interessanterweise auch gemeinrechtliche Quellen herangezogen hat (so Nov. 114. 1 und C. 1. 23. 4 und 6). Er verneinte die Gültigkeit des Dekrets schon aus diesem formellen Grund <sup>(144)</sup>.

b) Aber auch dann, wenn man die formelle Gültigkeit nicht bestreite, ließe sich nach Mühlenbruch das Dekret auf das Testament vom 15. März 1815 nicht anwenden <sup>(145)</sup>:

aa) Art. 910 des Code civil <sup>(146)</sup> handle gar nicht über die Genehmigung von Stiftungen, sondern nur von der « Autorisation

---

wie überhaupt in Deutschland, an der Nothwendigkeit einer obrigkeitlichen Bestätigung für rechtsfähige Stiftungen zweifelte ».

<sup>(142)</sup> Vgl. bei Anm. 55 f.

<sup>(143)</sup> Wäre die Rechtslage so klar gewesen, wie MÜHLENBRUCH meint, dann wäre das Verhalten des Verfassers des Städel'schen Testaments — und das des Notars — geradezu unverständlich.

<sup>(144)</sup> S. 215 ff.

<sup>(145)</sup> S. 225.

<sup>(146)</sup> Er lautete in der Fassung, von der MÜHLENBRUCH ausging: *Les dispositions entre vifs ou par testament, au profit des hospices, des pauvres d'une commune, ou d'établissements d'utilité publique, n'auront leur effet qu'autant qu'elles seront autorisées par un décret imperial*; vgl. S. 226 mit S. 48 FN 48.

für die zu ihrem Besten geschehenen Liberalitätshandlungen». Da sich da Dekret ausdrücklich auf art. 910 stütze, sei mit ihm auch nur die Genehmigung der Städelschen Zuwendung an die Stiftung zugesichert, falls diese «als juristische Person im Staate förmlich anerkannt seyn würde»; die Genehmigung der Stiftung selbst als juristischer Person liege darin nicht <sup>(147)</sup>. Die weiteren, scharfsinnigen Ausführungen Mühlenbruchs in diesem Zusammenhang, insbesondere zu den Begriffen *héritier*, *légataire universel* und *légataire à titre universel* muß ich hier übergehen <sup>(148)</sup> — die Diskussion darüber hatte sich entzündet an der Aufschrift des Dekrets, in der, wohl im Widerspruch zu seinem Inhalt, von der Einsetzung des Instituts als *légataire universel* die Rede war. Ergebnis für Mühlenbruch war jedenfalls, daß sich ein Schluß auf die Gestattung einer gemeinrechtlichen Erbeinsetzung des Instituts im Testament vom 15. März 1815 aus der «Erlaubniß zur Einsetzung eines *légataire universel*» vom 21. November 1811 nicht ziehen lasse <sup>(149)</sup>.

bb) Auch dann jedoch, wenn man die inhaltlichen Bedenken überwinde, ließe sich das Dekret doch nicht als fortbestehend auf das Testament vom 15. März 1815 beziehen: *cessante causa, cessat effectus*, meint Mühlenbruch. Die einzige Veranlassung für den Städelschen Antrag auf Erlaß des Dekrets sei gewesen, der Vorschrift des art. 910 Code civil zu genügen. Selbst in dem Fall aber, daß das Dekret dem — künftigen — Institut die *testamenti factio passiva* beigelegt habe (was unrichtig sei), sei das doch aus einem Grund geschehen, «welchem jetzt keine fortdauernde Wirkung mehr zugestanden werden» könne <sup>(150)</sup>. Damit war eine grundsätzliche Frage des intertemporalen Rechts berührt: Sollte es sich bei der — von Mühlenbruch nur hypothetisch angenommenen — Verleihung der (Rechts- und) Erbfähigkeit an eine künftige Stiftung durch das Dekret vom 21. November 1811 um ein *ius quaesitum* Städels gehandelt haben, dann allerdings müßte nach allgemeinen Regeln angenommen werden, daß die Verände-

---

<sup>(147)</sup> S. 229 f.

<sup>(148)</sup> S. 237 ff.

<sup>(149)</sup> S. 246.

<sup>(150)</sup> S. 248.



rung der Rechtslage dieses erworbene Recht nicht hätte antasten können. Hier gehe es indes, so Mühlenbruch, nicht um die Frage, wie ein nach früherem Recht errichtetes Testament zu beurteilen sei, vielmehr darum, ob die « Befugnis », in einer bestimmten Weise erst künftig zu testieren, nach dem Wegfall des französischen Rechts habe bestehen bleiben können. Dies sei zu verneinen, vor allem deshalb, weil es sich bei der Konzession (immer unterstellt, das Dekret enthalte sie) nicht um *ius privatum*, sondern um *ius publicum* gehandelt habe. Mühlenbruch lehnte also, ohne es ganz klar auszudrücken, ein *ius quaesitum* Städels ab <sup>(151)</sup>. Da er statt von « Befugnis » aus der Konzession auch von einer « Möglichkeit » und von einem « Dispositionsrecht » Städels sprach, dachte Mühlenbruch der Sache nach, und in modernrechtlicher Terminologie, offenbar an ein öffentlichrechtliches Anwartschaftsrecht, das Städel zwar erworben, das aber den staats- und verwaltungsrechtlichen Wandel nicht überdauert habe.

Im übrigen führt Mühlenbruch auch noch andere, hier zu übergehende Gründe an <sup>(152)</sup> — nicht zuletzt das Argument, Städel habe, wie sich aus der Vorrede der Urkunde vom 15. März 1815 ergebe, auf sein « Dispositionsrecht » aus dem Dekret verzichtet <sup>(153)</sup>.

#### 6. Der Senatsbeschuß vom 10. Dezember 1816.

a) Auch hier konnten Bedenken hinsichtlich der formellen Gültigkeit bestehen, weil möglicherweise der Senat der Stadt Frankfurt zum Erlaß seines Beschlusses sachlich nicht zuständig war. Mühlenbruch setzte sich darüber aber hinweg, weil ein Beschluß des zuständigen Organs ja noch hätte herbeigeführt werden können <sup>(154)</sup>.

b) Entscheidend war für ihn, daß einem Beschluß des Senats (oder des statt seiner zuständigen Organs) *ex tunc*-Wirkung nicht zukommen könne, weil mit dem Tod Städels mangels Erbfähigkeit der eingesetzten Stiftung Intestaterbfolge eingetreten sei und

<sup>(151)</sup> S. 250 ff., 256.

<sup>(152)</sup> S. 258 ff.

<sup>(153)</sup> S. 260 f.

<sup>(154)</sup> S. 264 f.

den Intestaterben ihr erworbenes Recht nicht nachträglich durch die Staatsgewalt entzogen werden, weil ferner eine Genehmigung Mängel, die im *ius publicum* ihren Grund hätten, nicht rückwirkend beseitigen könne, und weil die Regel gelte: *quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere* (D. 50. 17. 29), was für Testamente bedeute, daß auch der Bedachte sowohl im Zeitpunkt der Testamentserrichtung, wie zur Zeit des Todes des Erblassers die *testamenti factio (passiva)* gehabt haben müsse <sup>(155)</sup>.

Zwar sei die ausdrücklich unter der Bedingung der Erbfähigkeit erklärte Erbeinsetzung eines Unfähigen nach römischem Recht möglich. Eine *condicio tacita* hingegen sei ausgeschlossen — abgesehen davon habe der Erblasser offensichtlich eine obrigkeitliche Genehmigung nicht für notwendig gehalten, sodaß auch nicht ein zu vermutender Wille Städel's in das Testament hineininterpretiert werden könne, bedingt zu testieren. Auch eine Analogie endlich zur Erbeinsetzung eines *postumus* sei unzulässig <sup>(156)</sup>.

### 7. Die Kodizillarklausel.

a) Für Mühlenbruch mußte es, da er die Unwirksamkeit des Testaments bejaht hatte, auf die Wirksamkeit der Kodizillarklausel in § 9 der Urkunde ankommen. Er hatte insoweit selbst Zweifel: Die Kodizillarklausel könne den Mangel der Erbfähigkeit nicht ergänzen, es bestünden prozessuale Bedenken, die Frankfurter Reformation und spätere städtische Verordnungen kennen die Kodizillarklausel nicht. Mühlenbruch hielt diese Zweifel indes aus Gründen des *favor testamenti* für überwindbar <sup>(157)</sup>:

aa) Das Schweigen des statutarischen Rechts besage nicht, daß das Recht der Kodizillarklausel in Frankfurt nicht gelte. Sie werde dort auch durchaus als gebräuchlich praktiziert <sup>(158)</sup>.

bb) Die beklagten Administratoren hätten sich im Prozeß zwar auf die Kodizillarklausel nicht berufen. Dennoch sei sie

---

<sup>(155)</sup> S. 266 f. - Danach hätte nicht einmal die Genehmigung der Stiftung nach Testamentserrichtung, aber noch vor dem Eintritt des Erbfalls genügt!

<sup>(156)</sup> S. 267 ff., 274 ff.

<sup>(157)</sup> S. 277 ff.

<sup>(158)</sup> S. 281 f.

Gegenstand des Verfahrens geworden, denn das Städelsche Testament unterliege seinem ganzen Inhalt nach der richterlichen Beurteilung, und es sei lediglich «Gegenstand der richterlichen Reflexion, zu bestimmen, was sich aus demselben für und wider das Recht des Einen und des Andern der streitenden Theile» ergebe. Es könne deshalb nur vom richterlichen Ergänzungsrecht (C. 2. 11 l. un.) die Rede sein, nicht aber von der richterlichen Supplikation einer Einrede, wobei Mühlenbruch gegen Gönner den bemerkenswerten Einwand macht, die von jenem hierüber «vorgetragene[n] Lehren [seien] bloße Abstractionen aus dem Begriffe, den dieser Schriftsteller sich über die gemeinrechtliche Verhandlungsmaxime gebildet» habe. «Die viel weniger strengen und auch in der Praxis anerkannteren Grundsätze» fänden sich «sehr gut entwickelt» in W. H. Puchtas Abhandlung über die «Gränzen des Richteramts in bürgerl. Rechtssachen»<sup>(159)</sup>.

cc) Die Kodizillarklausel habe die Wirkung, «das Testament in einen Codicillus ab intestato zu verwandeln». Die Erbfähigkeit werde dem Institut durch sie also nicht beigelegt. Darin ist Mühlenbruch sicher zuzustimmen. Er meint dann weiter, es leide «wohl keinen Zweifel ..., daß der Erblasser seinen Erben die Errichtung eines Kunstinstituts unter den von ihm im Testamente bestimmten Bedingungen auftragen konnte»; es sei so «nur eine Verpflichtung für die Intestaterben begründet, für die gehörige Errichtung desselben in Gemäßheit und unter Berücksichtigung der testamentarischen Anordnungen Sorge zu tragen»<sup>(160)</sup>.

Dies nun scheint mir das schwächste Glied der gesamten Argumentationskette in der Mühlenbruchschen Abhandlung zu sein: Gewiß ließ eine Kodizillarklausel eine Gesamtvermächtnisforderung gegen den Intestaterben entstehen, die dieser zu er-

---

<sup>(159)</sup> S. 280 f. (die Codexstelle nach moderner Zählung C. 2. 10. 1). Wolfgang Heinrich Puchta war der Vater des Romanisten. Das genannte Buch ist 1819 erschienen und wichtig vor allem auch wegen seiner Behandlung des nichtstreitigen Verfahrens - das Verfahren in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit war ein besonderes Stiefkind der Prozeßrechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts (zur Supplikation von Einreden *aaO.* 107 ff.). Für GÖNNER ist mit MÜHLENBRUCH (S. 278) auf dessen *Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses*, 1. Bd. 2. Aufl. (1804) 251 ff. zu verweisen.

<sup>(160)</sup> S. 279 f.

füllen hatte. Das setzte aber doch immer einen existierenden Universal-fideikommissar voraus, in dessen Person diese Forderung hätte entstehen können. Hier, im Falle Städel, fehlte ein Gesamtvermächtnisnehmer; eine Vermächtnisforderung konnte gar nicht entstanden sein. Die Verpflichtung der Intestaterben wäre deshalb (wem gegenüber?) dahin gegangen, den Universal-fideikommissar durch genehmigtes Stiftungsgeschäft und damit die Voraussetzungen für die Entstehung eines Gesamtvermächtnisanspruchs gegen sie überhaupt erst zu schaffen, um dann den so begründeten Anspruch erfüllen zu können - ein gemeinrechtlich unerhörter Fall, für den der sonst so um Quellentreue besorgte Mühlenbruch <sup>(161)</sup> keine Quelle beibringen konnte, denn es gibt sie nicht. Das gesteht er im Grund auch selbst ein: es leide « wohl keinen Zweifel »! Das ist fast beschwörende Behauptung, aber keine Begründung.

b) Im weiteren erörtert Mühlenbruch dann noch das Problem der trebellianischen Quart. Da der Fall einer *pia causa* für ihn nicht vorlag, bejahte er zugunsten der Intestaterben den Abzug der Trebellianica <sup>(162)</sup>.

c) Das Ergebnis war demnach für Mühlenbruch, daß <sup>(163)</sup>

*den Klägern, als den eigentlichen Erben, die gesammte Städel'sche Verlassenschaft mit allen Accessionen und den wirklich bezogenen und vernachlässigten Nutzungen, vom Tage des erhaltenen Besitzes an gerechnet, jedoch unter Abzug der rechtskräftig gestatteten Verwendungen und Unterhaltungskosten, - nicht minder die sämtlichen zu dem Städel'schen Nachlasse gehörigen Documente, Bücher und andere Scripturen, nach einem zu Recht beständigen Inventarium, oder, in dessen Ermangelung, einer eidlichen Specification, von den Administratoren herausgegeben, - denselben auch eine vollständige, specificirte und mit genauen Belägen versehene Rechnung über die bisherige Verwaltung des Nachlasses abgelegt werde;*

sodann aber

*die Kläger die Bestätigung des Instituts, in Grundlage der über dessen Einrichtung und Verwaltung im Testamente enthaltenen Anordnungen,*

---

<sup>(161)</sup> Er zitiert viel mehr Quellenbelege, als ich im Vorhergehenden habe anführen können.

<sup>(162)</sup> S. 284 ff.

<sup>(163)</sup> S. 283 f.

*bei der competirenden Behörde nachsuchen, und, wenn dieselbe erfolgt ist, die Erbschaft, so weit sie solche nicht für sich zu behalten befugt sind, den im Testamente ernannten Administratoren restituieren, wonächst denn die Wirksamkeit der Administratoren, so wie es das Testament bestimmt, und ohne weitere Concurrenz der Intestaterben, eintritt.*

aa) Hier zeigt sich noch einmal die Schwäche der Position Mühlenbruchs: Er geht, jedenfalls *expressis verbis*, in dieser zu einer Art *Votum* verdichteten Quintessenz seiner Abhandlung nur noch von einer Verpflichtung der Intestaterben aus, die Bestätigung des Instituts «in Grundlage der über dessen Einrichtung und Verwaltung im Testamente enthaltenen Anordnungen» bei der zuständigen Behörde nachzusuchen. Er sagt nicht mehr eindeutig, daß zuvörderst von den Intestaterben ein Stiftungsgeschäft unter Lebenden vorgenommen werden müßte, verweist vielmehr einfach auf das Testament, mit der *sybillinischen* Formulierung: «*in*» Grundlage ... Es bleibt offen, ob Mühlenbruch hier nicht doch das Stiftungsgeschäft schon im Testament selbst sehen will — das geht aber nicht, denn das Testament war nach seiner Auffassung unwirksam; oder ob er (nur noch) *implicite* auf die Notwendigkeit eines Stiftungsgeschäfts der Intestaterben hinweist, dessen Inhalt sich aus dem Inhalt des unwirksamen Testaments ergeben soll, also auf Grund des Testaments.

Auch ist es übrigens nicht richtig, daß die «*Wirksamkeit der Administratoren*» erst mit der Herausgabe an sie eintreten würde; anzuknüpfen war insoweit an die Genehmigung des Stiftungsgeschäfts der Intestaterben. Vielleicht hat sich Mühlenbruch indes hier nur unklar ausgedrückt, und ist «*wonächst*» nicht auf den Zeitpunkt der Restituierung, sondern auf den der Genehmigung zu beziehen, was sprachlich nicht unmöglich ist.

bb) Ob die Entscheidung des Halleschen Spruchkollegiums so ausgefallen wäre, wie es Mühlenbruchs Intentionen entsprochen hätte, ist ungewiß. Einstimmig habe es sich, so berichtet er <sup>(164)</sup>, dafür ausgesprochen, «daß die Erhaltung des Städelschen Kunstinstituts auf jeden Fall vermittelt der dem Testament beigefüg-

---

(164) S. VII.

ten Codicillarklausel möglich werde». Bis auf eine Ausnahme hätten auch sämtliche Mitglieder seiner Ansicht über die Erbeinsetzung der Stiftung, über die Genehmigungsbedürftigkeit und über die abzulehnende Rückwirkung des Senatsbeschlusses vom 10. Dezember 1816 zugestimmt. Nur für seine — damals freilich noch nicht voll entwickelte — Auffassung über das großherzogliche Dekret vom 21. November 1811 habe er die Mehrheit nicht gewinnen können; deshalb sei die eigentliche Abstimmung darüber vorerst ausgesetzt worden.

Man wird demzufolge annehmen dürfen, daß — wäre es zu einem letztinstanzlichen Urteil gekommen — entweder aufgrund des Dekrets vom 21. November 1811 und damit entgegen der Meinung Mühlenbruchs die Genehmigung der Stiftung und mithin ihre wirksame Erbeinsetzung bejaht worden wären, mit der Folge der Zurückweisung der Oberappellation. Oder aber es wäre die Wirksamkeit des Testaments verneint, die der Kodizillarklausel jedoch bejaht worden mit der Konsequenz, daß der Klage auf Herausgabe des Nachlasses an die Intestaterben, unter Aufhebung des Appellations- und des erstinstanzlichen Urteils, stattzugeben gewesen wäre, aber zugleich und nur unter dem Ausspruch der Verpflichtungen der Intestaterben als Universalfideikommittenten, etwas genauer allerdings formuliert als von Mühlenbruch vorgeschlagen <sup>(165)</sup>.

So übel stand die Sache also nicht für das Institut, wie jenes Gerücht wissen wollte <sup>(166)</sup>; im schlimmsten Fall wäre, vom Ergebnis her gesehen, neben Kostenfolgen und Zeitverlust eben der Abzug der trebellianischen Quart zu gewärtigen gewesen — die zumindest künftige Existenz des Instituts als rechtsfähige Stiftung scheint auch für den Fall eines streitigen Ausgangs des Verfahrens nicht auf dem Spiel gestanden zu haben. Mit einem rechtskräftig gewordenen Urteil als Titel hätten im übrigen die Administratoren als Prozeßpartei die Intestaterben zur geneh-

---

<sup>(165)</sup> Da die erforderlichen Sachverhaltsfeststellungen getroffen waren, wäre eine bloß kassatorische, an das Appellationsgericht zurückverweisende Entscheidung nicht in Betracht gekommen.

<sup>(166)</sup> Oben bei Anm. 84.

migten <sup>(167)</sup> Stiftungsgründung als Judikatsschuld, und damit zur Begründung der Gesamtvermächtnisforderung und schließlich zu deren Erfüllung zwingen können <sup>(168)</sup>.

### 8. Die Schlußbemerkungen

Mühlenbruchs befassen sich kritisch mit einigen Aspekten vor allem des Verfahrens, so mit der Ablehnung des Gesuchs der Kläger auf Aktenversendung schon in der ersten Instanz *in petitorio*, und mit der den Klägern verweigerten Exhibition der beiden früheren Testamente Städels <sup>(169)</sup>. Jedenfalls auf das zweite Testament vom 18. Januar 1812 hätte es im Zusammenhang mit dem großherzoglichen Dekret vom 21. November 1811 immerhin ankommen können, allerdings nicht vom Standpunkt Mühlenbruchs aus, der das Dekret schon aus formellem Grund als ungültig ansah. Damit, und mit seiner Auffassung über die Wirksamkeit der Kodizillarklausel, dürfte es auch zusammenhängen, daß er auf das Problem nicht eingegangen ist, ob möglicherweise das Testament vom 18. Januar 1812 als nicht widerrufen noch gültig war: Nur unter den Voraussetzungen der Unwirksamkeit auch der Kodizillarklausel, der formellen Gültigkeit des Dekrets und seiner inhaltlichen Qualifikation als Stiftungsgenehmigung hätte sich diese Frage gestellt, die dann auch intertemporal unter dem Gesichtspunkt eines wirklichen *ius quaesitum* wohl zugunsten der Stiftung als wirksam eingesetzter Erbin hätte beantwortet werden müssen. Eventualiter freilich hätte das Mühlenbruch erörtern können.

---

<sup>(167)</sup> Genau genommen konnten die Intestaterben natürlich nur verpflichtet sein, die Genehmigung zu beantragen; an ihrer Erteilung durch die zuständige Behörde war aber gewiß nicht zu zweifeln, sodaß diese Nuance hier vernachlässigt werden kann.

<sup>(168)</sup> Nach einer Bemerkung in Glucks *Pandecten* 40 (1838) 105 FN 62 kann man annehmen, daß der geschlossene Vergleich inhaltlich in etwa so ausgefallen ist, wie es der kodizillarrechtlichen Lösung entsprach; die Intestaterben werden also vermutlich die trebellianische Quart erhalten haben. Vielleicht hat man geradezu die Mühlenbruchsche Ansicht dem Vergleichsschluß zugrundegelegt; so kann man jedenfalls seine Bemerkung verstehen - zeitlich wäre das wohl möglich gewesen.

<sup>(169)</sup> S. 290 ff., 292 ff.

9. *Theorie und Praxis.*

a) Seiner Erörterung des Städel'schen Rechtsfalls, und durch ihn veranlaßt, hat Mühlenbruch eine Einleitung über das «*Verhältniß der Theorie zur Praxis*» vorangestellt. Eigentlich hätte er das besser umgekehrt formuliert, denn seine Kritik gilt weniger der Theorie, mehr der richterlichen Praxis seiner Zeit, der er Neigung zu Willkür und Mißachtung des positiven Rechts vorhält. Zwar bleibt auch die wissenschaftliche Theorie wegen ihrer Praxisferne nicht ungeschoren; eine «*ausgebildete Jurisprudenz*», für die eine innige Verbindung von Theorie und Praxis kennzeichnend sei, wie sie die römischen Juristen gehandhabt hätten, fehle «*unserm Zeitalter*» noch ganz <sup>(170)</sup>. Der Theorie wirft er Lebensfremdheit, antiquarische Lehren und bloße Spekulation vor, wobei er übrigens Hugos und Savignys «*richtige Ansichten über die Natur unserer praktischen Rechtsquellen*» ausnimmt, die freilich bei den Jüngeren zu «*übertriebenen Vorstellungen von dem geringen Werthe des eigentlich positiven Theils unsers Rechts für die Praxis*» geführt hätten <sup>(171)</sup>. Wogegen sich Mühlenbruch wendet, ist die Zerstörung der Rechtssicherheit durch lässigen Umgang mit dem positiven Recht unter Berufung auf die *aequitas*. Aufgabe der Wissenschaft sei es, «*dem positiven Rechte sein Ansehen mit Kraft und Nachdruck zu erhalten*», der Praxis, sich an die «*juristischen Principien*» des positiven Rechts zu halten <sup>(172)</sup>. Zwar sei die *aequitas* — darunter versteht Mühlenbruch das «*allgemeine Rechts- und Sittengesetz in Beziehung auf die Individualität eines vorkommenden Falls*» — aus den Gerichtshöfen nicht zu verbannen; als Vehikel «*legislativer Kritik*» dürfe sie indes bei der Rechtsanwendung nicht herhalten <sup>(173)</sup>.

b) Zwei Grundsätze nun formuliert Mühlenbruch in seinem Richterbrevier <sup>(174)</sup>:

*Erstlich: ein Rechtsbegriff oder Grundsatz, welcher an und für sich*

<sup>(170)</sup> S. 2.

<sup>(171)</sup> S. 8 f. mit FN 1: für SAVIGNY verweist MÜHLENBRUCH auf den Beruf, insbesondere auf den 3. und 4. Abschnitt («*Gesetze und Rechtsbücher*» und «*Römisches Recht*»).

<sup>(172)</sup> S. 10.

<sup>(173)</sup> S. 11.

<sup>(174)</sup> S. 12 und 15.



als anwendbar erscheint, er mag durch das recipirte Recht zu uns gekommen, oder durch ein ausdrückliches Gesetz sanctionirt, oder durch die Doctrin entstanden, fortgepflanzt und als gemeine Meinung anerkannt seyn, muß auch so lange für anwendbar gehalten werden, bis ein juristisch gültiger Beweis des Gegentheils hergestellt ist.

Eine zweite Regel ist: daß der Richter, indem er die Billigkeit übt, nicht ein neues Recht in thesi schaffe und anwende.

aa) Der erste Grundsatz ist der alte der *fundata intentio*, den Mühlenbruch mit Nachdruck einschärft. Er wollte damit die Berufung auf den Wegfall der einen Rechtssatz einst mehr oder weniger zufällig veranlassenden historischen Umstände und damit auf den Wegfall des Rechtssatzes selbst abschneiden<sup>(175)</sup>. Darin steckt auch — für die praktische Rechtsanwendung — eine Abgrenzung zur historischen Schule; zwar wohl nicht gegen Savigny selbst, aber gegen die Übertreibungen mancher ihrer Anhänger: Die Ergebnisse einer vorwiegend nur noch geschichtlichen Interpretation der Quellen ließen sich in der Tat mißbrauchen; höchst «unpraktische», weil lediglich auf historischem Erkenntnisinteresse beruhende Resultate konnten unter der Flagge der *aequitas* zu praktischen Argumenten einer Kadijurisprudenz werden - *cessante ratione cessat lex ipsa*. Diesem Satz konnte Mühlenbruch nur einen ganz engen Anwendungsbereich zugestehen<sup>(176)</sup>.

bb) Die zweite Regel Mühlenbruchs zielte zum einen auf die Beschränkung der «Privatautonomie» — er kennt den Begriff, gleichbedeutend mit «Privatwillkür» — durch *ius publicum*, insbesondere durch Formvorschriften für Rechtsgeschäfte<sup>(177)</sup>, was

<sup>(175)</sup> S. 13 ff.

<sup>(176)</sup> S. 15 mit 14 FN 4.

<sup>(177)</sup> S. 17. - Es wäre lohnend, der Geschichte des Begriffs «Privatautonomie» in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts nachzugehen. Er scheint — in dem heute geläufigen Sinn — zuerst von Germanisten gebraucht worden zu sein und seinen besonderen Anwendungsbereich im Kollisionsrecht gehabt zu haben (als «autonome» Unterwerfung unter ein bestimmtes örtliches Recht; SAVIGNY verwirft diesen Sprachgebrauch zu Recht; *System* Bd. 8 [1849] 112 f.). Vgl. EICHHORN, *Einleitung in das deutsche Privatrecht*, 1. Aufl. 1823, 5. Aufl. (1845) 99, 109; MITTERMAIER, *Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts*, 1. Aufl. 1823, 4. Aufl. I. Abt. (1830) 95; PUCHTA, *Das Gewohnheitsrecht* Bd. 1 (1828) 158, Bd. 2 (1837) 107 FN 149; WÄCHTER, *Über die Collision der Privatrechtsgesetze*, im *Archiv für die civilistische Praxis* Bd. 25 (1842) 1 ff. [35].

er anhand von Beispielen vornehmlich aus dem Gebiet des Erbrechts demonstriert <sup>(178)</sup>. Mühlenbruch spricht sich für rigorose Beachtung von Formvorschriften aus; ... *perquam durum est, sed ita lex scripta est* (D. 40. 9. 12. 1): «Das nicht Geschehene als geschehen anzunehmen, das Ungültige für gültig zu erklären, übersteigt die Grenzen der richterlichen Befugniß. Nur dem Gesetzgeber ist dies gestattet ... » <sup>(179)</sup>.

Zum andern bezeichnet die zweite Regel die Schranken richterlicher Auslegung von Rechtsgeschäften <sup>(180)</sup>, wieder mit besonderer Rücksicht auf das Erbrecht. Es geht also um das alte Problem von *verba* und *voluntas*. Mühlenbruch war zwar kein Q. Mucius Scaevola, aber auch kein L. Licinius Crassus: Bei Wahrung der Form bildete der noch mögliche Sinn der *verba* für ihn stets die äußerste Grenze einer richterlichen Auslegung, wobei er darauf abstellte, welcher Sinn «nach anerkanntem und feststehendem Sprachgebrauche den Ausdrücken [des Erklärenden] beigelegt werden» müsse <sup>(181)</sup>, d.h. auf ein objektives Kriterium. Innerhalb dieser Grenzen freilich ist der Wille stets zu beachten.

c) Viele, wenn nicht alle dieser Grundsätze sah Mühlenbruch im Städelfall verletzt. Er selbst hat sich, das wird man ihm einräumen müssen, an sie gehalten, sieht man von seiner Behandlung der Kodizillarklausel ab, die m.E. gemeinrechtlich nicht haltbar war; hier hat Mühlenbruch die *aequitas* als *favor codicilli* über die vom objektiven Recht gesetzten Schranken hinaus strapaziert. Gesündigt hatten nach seiner Ansicht im übrigen nicht nur Praktiker, «Geschäftsmänner», sondern ebenso auch gelehrte Gremien, vor allem die Berliner und die Münchener Fakultät mit ihren Parteigutachten (also nicht in richterlicher Funktion).

(178) S. 21 ff.

(179) S. 30.

(180) S. 30 ff.

(181) S. 34 f. - Auf die *causa Curiana*, welche «wirklich einige Aehnlichkeit mit unserm Rechtsfalle hat», ohne «eine solche Analogie streng durchführen zu wollen», um nicht «ad absurdum geführt zu werden», spielt übrigens WENCK [oben Abschn. IV 2. lit. f)] S. 6 f. mit FN \*) auf S. 7 in der Tat an.

d) Dies führt zu einem letzten Gesichtspunkt zum Thema Wissenschaft und Praxis, den Mühlenbruch schon in der Vorrede seiner Abhandlung erwähnt: die Einrichtung der Aktenversendung an die Spruchkollegien juristischer Fakultäten. Er schätzte den Wert dieser Einrichtung hoch ein wegen der «gegenseitigen und lebendigen Rückwirkung, der Theorie auf die Praxis und umgekehrt», und war um ihren Fortbestand besorgt. Die schon jetzt «schroff hervortretende, höchst verderbliche ... Opposition zwischen Theoretikern und Praktikern» sieht er als Folge verminderter Aktenversendungen und des justizpolitisch verfehlten, um sich greifenden Grundsatzes, die Mitglieder und Präsidenten höherer Gerichte «*nur* aus der Klasse der Geschäftsmänner zu nehmen. Hört jener wechselseitige Einfluß erst ganz auf, — und er muß aufhören, sobald dem Gelehrten alle Gelegenheit entzogen wird, sich eine Kenntniß des praktischen Lebens durch unmittelbare Anschauung und Mitwirkung zu verschaffen, — so werden wir zwar noch große Rechtsgelehrte und routinirte Geschäftsmänner, allein keine *Deutsche Jurisprudenz* mehr haben» (182).

10. Zustimmendes wie Kritisches zu Mühlenbruchs Auffassungen ist im Vorhergehenden hie und da schon bemerkt worden. Hier soll, ohne Anspruch auf Vollständigkeit, auf einige Fragen noch zusammenfassend eingegangen werden.

a) aa) Mühlenbruch hat, noch vor Savigny (183), die Fiktions-  
theorie zur Begründung der Rechtssubjektivität juristischer Personen literarisch vertreten. Vor allem zur Profilierung der selbständigen Stiftung — unter dem Gesichtspunkt des Stiftungs-

---

(182) S. x f. Wie MÜHLENBRUCH urteilte im Rückblick, aus der Sicht der Hochschule, auch Emil SECKEL (oben Anm. 31) S. 450: «An der Gerichtspraxis in angemessener Weise ohne Erschöpfung ihrer Arbeitskraft die Theoretiker zu beteiligen, mußten diese selbst und mußte eine weitblickende Unterrichtsverwaltung wünschen». Heute (und schon seit langem) gibt es in der ordentlichen Gerichtsbarkeit, vor allem an Oberlandesgerichten, eine allerdings sehr beschränkte Zahl von Richterplanstellen für Professoren juristischer Fakultäten; ich kann dem Urteil Seckels, auf die heutigen Verhältnisse übertragen, nur zustimmen (vgl. auch oben Anm. 62 und 20). - Literatur zur Spruchfähigkeit von Fakultäten bei SCHRÖDER (oben Anm. 20) I FN 5.

(183) Oben Anm. 103.

zwecks — gegenüber der rechtsfähigen Korporation war das m.E. ein dogmatischer Fortschritt. Gleichwohl war für Mühlenbruch, wie mir scheint, diese Begründung mit einer Fiktion nicht zwingend, ja im Grund überflüssig und damit irreführend. Sie steht bei ihm, anders als bei Savigny, in unlösbarem Zusammenhang mit der Frage, worauf Rechtssubjektivität im Staat überhaupt beruhe.

Die physische Person hat nach Mühlenbruch zwar Persönlichkeit als angeborenes Urrecht; ihre Persönlichkeit kann außerhalb des Staates gedacht werden. Im Staat aber, anders kann man Mühlenbruch nicht verstehen <sup>(184)</sup>, beruht die Anerkennung auch der physischen Person als Rechtssubjekt auf Staatsgesetzen, d.h. auf dem positiven Recht. Das entspricht § 1 I 1 ALR, wonach « der Mensch ..., in so fern er gewisse Rechte in der bürgerlichen Gesellschaft genießt, eine Person genannt » wird. Zugespißt formuliert kann man also sagen, daß auch die natürliche Person positivrechtlich eine « juristische » Person ist. Der Unterschied zwischen der Rechtspersönlichkeit der physischen Personen und der von Korporationen und Stiftungen besteht dann nur darin, daß die letztere außerhalb des Staats, d.h. seines positiven Rechts, nicht gedacht werden kann, weil es an einem « Urrecht » fehlt. Darin allein, im fehlenden Urrecht als dem der Korporation und der Stiftung « Mangelnden », müßte die Rechtfertigung einer « rein bürgerlichen Fiction » liegen, vermöge deren « das Mangelnde als vorhanden angenommen » wird — das Urrecht müßte fingiert werden. Das aber ist völlig überflüssig. Das positive Recht brauchte sich in seiner Anerkennung von Rechtssubjekten um das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein eines außerpositiven Urrechts nicht zu kümmern; das mochte naturrechtlich von Bedeutung sein, « rein bürgerlich » kam es darauf gerade nicht an. Es wird hier — Mühlenbruch zu Ende gedacht — etwas Überflüssiges fingiert. Von seinem Standpunkt aus konnte das positivrechtliche « wirkliche Seyn » der natürlichen Person im Staat zwar quantitativ, dem Umfang seiner Rechte nach, nicht aber qualitativ ein

---

(184) Oben bei Anm. 122.

anderes sein als das der «juristischen» Person. Die Annahme einer Fiktion verdunkelte das nur und wirkte deshalb irreführend.

Mühlenbruch selbst ist 1838 zurückhaltender geworden. Er sagt, in Glücks Pandecten <sup>(185)</sup>, Persönlichkeit, als *Rechtsfähigkeit*, sei «ein juristischer Begriff; der Staatsgewalt kommt es daher zu, sowohl die Bedingungen zu bestimmen, unter welchen die Persönlichkeit anerkannt werden soll, als auch den Umfang der damit verknüpften Rechte. Es steht überdies aber jener Begriff in einer natürlichen, ja fast [sic!] nothwendigen, Verbindung mit menschlichen Einzelwesen: Person ist ein Mensch, der auf bürgerliche Rechtsfähigkeit Anspruch machen darf. Der Begriff einer ideellen oder juristischen Persönlichkeit beruht auf weiterer Abstraction, — er ist ein fingirter und übertragener». Ich vermag weder eine «weitere Abstraction» — wovon? — noch auch hier den Sinn einer Fiktion zu erkennen, abgesehen davon, daß Abstraktion und Fiktion in einem sich doch wohl ausschließen dürften: indem ich abstrahiere, sehe ich von etwas Vorhandenem ab, wenn ich hingegen fingiere, denke ich etwas Nichtvorhandenes hinzu; beides zugleich ist ein Widerspruch in sich.

Wenn schließlich Mühlenbruch zustimmend die folgende Passage Northoffs zitiert <sup>(186)</sup>, gibt er die Fiktionstheorie praktisch auf: «Damit überhaupt Etwas als Person oder als Rechtssubject im Staate da stehe, ist Genehmigung oder Anerkennung dieser Eigenschaft durch den Staat erforderlich. Es giebt nach positivem Recht überhaupt kein Rechtssubject, ohne daß dasselbe durch den Staat, durch den Gesamtwillen der bürgerlichen Gesellschaft oder durch das Organ, mittelst dessen dieser auf gesetzmäßige Weise sich verkündet, als solches anerkannt sei. *Dieser Satz findet sowohl auf physische als auf juristische Personen Anwendung.* — Die Gleichheit des Gegenstandes erfordert nothwendig auch eine rechtliche Gleichheit der Voraussetzungen».

In der Einkleidung also, die Mühlenbruch der Fiktionstheorie gegeben hatte, war sie nicht überzeugend. Das mindert ihre

---

<sup>(185)</sup> Bd. 40 S. 5 f.

<sup>(186)</sup> Ebenda S. 6 FN 6 (S. 7). Ich gebe den Text, der bei NORTHOFF [oben Abschn. IV 2. lit. 1)] S. 93 steht, in der Version MÜHLENBRUCHS, die kleine, aber sachlich belanglose sprachliche Abweichungen enthält.

Brauchbarkeit an sich nicht <sup>(187)</sup>; sie bietet m.E. jedenfalls für die Stiftung eine akzeptable dogmatische Vorstellung, sofern man, wie etwa Savigny, davon ausgeht, daß « jeder einzelne Mensch, und nur der einzelne Mensch, ... rechtsfähig » ist <sup>(188)</sup>, unabhängig von staatlicher Anerkennung, und man sie eben, wieder mit Savigny, wirklich als Theorie versteht, die die (beschränkte) Anwendung von an sich ausschließlich für das einzelne Individuum geltenden Rechtssätzen auf künstliche, angenommene Subjekte begrifflich macht.

bb) Im wesentlichen hat, von der eben bemerkten mehr versteckten Abschwächung der Fiktionstheorie und einem gleich zu berührenden Punkt abgesehen, Mühlenbruch an seinen Auffassungen von 1828 über das Städelsche Testament in Glücks Pandecten festgehalten <sup>(189)</sup>. Vieles, was einen allzu individuellen Fallbezug hatte, konnte hier wegbleiben; anderes, z.B. zur Geschichte und Dogmatik der *piae causae*, zur Frage der staatlichen Autorisierung juristischer Personen, zur Erbfähigkeit ist breiter ausgeführt, in den Grundzügen aber unverändert. Insgesamt kann man durchaus sagen, daß Mühlenbruch vor allem es war, der schon 1828 die Theorie der rechtsfähigen Stiftung für das 19. Jahrhundert konzipiert hat. Der im Zitieren anderer so sparsame Savigny hat denn auch an Mühlenbruchs Buch von 1828 « die richtige Lehre von der Entstehung juristischer Personen » hervorgehoben, allerdings nicht im Zusammenhang der Fiktionsfrage, sondern anlässlich seiner Erörterung der Konzessionsbedürftigkeit rechtsfähiger Stiftungen <sup>(190)</sup>.

An seiner Ansicht über die Wirksamkeit der Kodizillarklausel der Städelschen Testamentsurkunde hat Mühlenbruch im Ergebnis ebenfalls festgehalten, sie in der Begründung aber modifiziert <sup>(191)</sup>, und zwar erheblich. 1828 war er, gemeinrechtlich zutreffend, von

---

<sup>(187)</sup> Die Zweckvermögenstheorie und sonstige Theorien sind ihr jedenfalls nicht überlegen.

<sup>(188)</sup> *System* Bd. 2, S. 2; vgl. S. 236.

<sup>(189)</sup> Vgl. oben Abschn. IV 2. lit. j).

<sup>(190)</sup> *System* Bd. 2 S. 277 FN (c).

<sup>(191)</sup> *Glück* Bd. 40 S. 105 FN 62.

einem Universal-fideikommiß ausgegangen <sup>(192)</sup>; 1838 ist stattdessen von einem *modus* die Rede. Offenbar hat Mühlenbruch versucht, auf die Einwände von Seuffert und Zimmern <sup>(193)</sup> hin so das Problem des (noch) nicht existierenden Universal-fideikommissars als Inhaber einer Gesamtvermächtnisforderung zu ungehen. Nur: Die Kodizillarklausel beschwerte den Intestaterben eben nicht mit einer Auflage, sondern mit einem nach Vermächtnisrecht zu beurteilenden Universal-fideikommiß und erzeugte folglich einen obligatorischen Anspruch des Universal-fideikommissars; vgl. etwa C. 6. 43. 1 <sup>(194)</sup>. Die Annahme eines *modus* hätte allenfalls das Ergebnis einer gewagten Konversion sein können, wovon Mühlenbruch aber nichts sagt <sup>(195)</sup>.

cc) Die Doktrin des Stiftungsrechts nach Mühlenbruch (und Savigny) — darauf kann hier eben nur hingewiesen werden — ist gekennzeichnet durch den Streit um das Konzessionserfordernis und die Erfindung der Zweckvermögenstheorie durch Brinz. Darüber informiert in Glücks Pandecten selbst Arndts, der im Theorienstreit keine entschiedene Position bezieht, in der Frage der staatlichen Genehmigung Mühlenbruch entgegentritt <sup>(196)</sup>.

b) Ernst Landsberg hebt in seiner « Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft » die Selbständigkeit Mühlenbruchs gegenüber der historischen Schule hervor, ohne daß er geradezu in Opposition zu ihr gestanden habe <sup>(197)</sup>. Die Frage nach einer genaueren Ortsbestimmung liegt nahe; der Versuch einer Antwort setzte freilich den Überblick über das Gesamtopus Mühlenbruchs voraus, der mir fehlt. Deshalb muß ich mich auf Hinweise beschränken,

<sup>(192)</sup> *Abh.* S. 284 ff. Allerdings ist S. 279 und im folgenden auch von « Aufträgen » an die gesetzlichen Erben die Rede, nie aber von « Auflagen ».

<sup>(193)</sup> Oben Absch. IV 2, litt. h) und i). ZIMMERN hat mit seinen Ausführungen S. 273 ff. m.E. im wesentlichen das Richtige getroffen; er kommt deshalb S. 277 ff. auch zur Frage nach der Wirksamkeit des Testaments vom 18. Januar 1812 (vgl. schon oben bei Anm. 61).

<sup>(194)</sup> Vgl. WINDSCHEID (oben Anm. 52) Bd. 3 S. 358 FN 1 zur obligatorischen Wirkung.

<sup>(195)</sup> Unklar ist insoweit auch, was MÜHLENBRUCH in seinem *Lehrbuch des Pandekten-Rechts* Bd. 3, 3. Aufl. (1840) 398 über den Intestatkodizill schreibt.

<sup>(196)</sup> Glück Bd. 46. 1 (1868) 412 ff., vgl. FN 74, 76 und 77.

<sup>(197)</sup> Oben Anm. 5; *Text* S. 375.

die sich nur auf seine Erörterung des Städel'schen Stiftungsfalls stützen können.

aa) Eine Frage ist die, ob Mühlenbruch untergründig noch von spätnaturrechtlichen Vorstellungen ausgeht. Einiges scheint dagegen zu sprechen: Im Zusammenhang der *aequitas* in Gerichtshöfen ist vom allgemeinen Rechts- und Sittengesetz die Rede <sup>(198)</sup>; das möchte kantisch klingen. Privatautonomie, Privatwillkür ist offenbar für Mühlenbruch ein selbstverständliches Element des Privatrechts, so sehr er ihre Grenzen im Interesse der Rechtssicherheit betont <sup>(199)</sup>. Der «rein juristische Begriff» spielt seine Rolle, das «rein Juristische» wird hervorgehoben <sup>(200)</sup>; das ist auch bei und nach Savigny zu finden.

Gleichwohl wird man zögern, in den «Anfangsgründen» seiner Rechtslehre, um Kant zu verfremden, eine volle Übereinstimmung Mühlenbruchs mit «modernen» Auffassungen über die Grundlagen des Privatrechts nach der Zerstörung der theoretischen Grundlagen des Naturrechts <sup>(201)</sup> zu bejahen. Das zeigt m.E. sein noch landrechtliches Verständnis der physischen Person, die nicht schlechthin — wie für Kant und Savigny — *Zweck an sich selbst* und mithin *ausschließlich* Rechtssubjekt ist (was erst die Fiktions-*theorie* sinnvoll machte). Ferner geht die Bestimmung der *aequitas* als die Anwendung des allgemeinen Rechts- und Sittengesetzes im Einzelfall noch nicht von einer strikten Trennung zwischen Recht und Ethik aus. Und sollte Mühlenbruch je die Ausführungen über die *aequitas* im «Anhang zur Einleitung in die Rechtslehre» vor Augen gehabt haben, so hat er doch übersehen, daß die Billigkeit «keineswegs ein Grund zur Aufforderung bloß an die ethische Pflicht Anderer» sei, vielmehr an die *rechtliche*, und daß «ein *Gerichtshof der Billigkeit* ... einen Widerspruch in sich schließe» <sup>(202)</sup>.

Dies alles legt doch wohl die Vermutung nahe, daß Mühlenbruch mit naturrechtlichen Restvorstellungen jedenfalls nicht bewußt gebrochen hatte.

<sup>(198)</sup> Oben bei Anm. 173.

<sup>(199)</sup> Oben bei Anm. 177.

<sup>(200)</sup> Oben bei Anm. 101; vgl. auch *Abh.* S. 214.

<sup>(201)</sup> WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl. (1967) 351 f.

<sup>(202)</sup> KANT, *Metaphysik der Sitten*, nach der *Akademie-Ausgabe* Bd. 6 S. 234.



bb) Sie werden freilich für ihn auch keine große Bedeutung mehr gehabt haben. Wenn er ganz selbstverständlich von der Privatwillkür und der Privatautonomie spricht, dann hat er damit im Widerspruch zum naturrechtlichen Erbe und seiner Pflichtenlehre ein wesentliches Stück des Individualismus im Privatrecht des 19. Jahrhunderts übernommen. Die Schranken privater Rechte und ihrer Ausübung verlegt er charakteristischerweise in das öffentliche Recht, unter ausdrücklicher Ablehnung eines *dominium eminens* - kennzeichnend ist etwa der Hinweis auf die Steuerhoheit des Staates <sup>(203)</sup>.

cc) Inwieweit der « rein juristische Begriff » bei Mühlenbruch schon die Tendenz mit sich führt, sein für das spätere 19. Jahrhundert so spezifisches Eigenleben zu entfalten, d.h. Erwägungen wirtschaftlicher, sozialer, sittlicher, kurz: « politischer » Zwecke im weitesten Sinn bei der Rechtsanwendung zu eliminieren, ist eine schwer zu beantwortende Frage. Mit überkommenen Vorstellungen des 18. Jahrhunderts ließ sich das nicht vereinbaren; Savigny hatte sich 1828 dazu literarisch noch nicht geäußert. Man mutete Mühlenbruch wohl zu viel zu, nähme man an, er habe den « reinen » Rechtsbegriff schon generell methodisch bewußt eingesetzt. Nur in einem, für ihn allerdings wichtigen Fall hatte er, insoweit allerdings exemplarisch, die « von physischer Unmöglichkeit hergenommenen Demonstrationen » gegen die Anwendung eines Rechtsbegriffs abgeschnitten <sup>(204)</sup>. Das wird man aber noch nicht ohne weiteres verallgemeinern dürfen.

c) Bleibt so die Stellung Mühlenbruchs in grundsätzlichen Fragen zwiespältig, so ist doch eindeutig seine entschiedene Haltung gegenüber den Quellen des zu seiner Zeit geltenden positiven Rechts und ihrer Anwendung. Aus dem Postulat der Rechtssicherheit folgte für ihn strikte Gesetzestreue, die man nicht schon als vorweggenommenen Gesetzespositivismus schelten sollte. Quellentreue war freilich leichter zu fordern, denn zu verwirklichen, beim Zustand der Quellen selbst, wie dem von Theorie und Praxis. Das zeigte der Städelfall zur Genüge. Klagen über

---

<sup>(203)</sup> Oben bei Anm. 90.

<sup>(204)</sup> Oben bei Anm. 101.

den Zustand des materiellen Rechts selbst finden sich übrigens bei Mühlenbruch nicht; Andeutungen über die Notwendigkeit eines Zivilgesetzbuchs fehlen ganz - verständlich schon deshalb, weil 1828 die Kodifikationsfrage aufzuwerfen politisch eine Chimäre gewesen wäre (allenfalls an partikuläre Gesetzbücher war zu denken). Mühlenbruch war wohl der Auffassung, eine die praktischen Bedürfnisse kennende und sich an ihnen auch orientierende Rechtswissenschaft müsse in der Lage sein, einer nicht theoriefeindlichen Praxis das geltende gemeine Recht so zu vermitteln, daß eine sichere Rechtspflege möglich sei.

Vieles von dem, was dann 1840 Savigny über Theorie und Praxis in der Vorrede zu seinem System gesagt hat <sup>(205)</sup>, könnte auch Mühlenbruchs Zustimmung gefunden haben (er ist 1843 gestorben). Er war jedenfalls einer jener «Theoretiker [, die] stets zugleich ein praktisches Element in sich tragen», und der von ihm so eingehend erörterte Städelfall — um an ihn noch einmal zu erinnern — ein «Rechtsfall», der «ein Rechtsinstitut zu so lebendiger Anschauung gebracht hat, wie es ... durch Bücherstudium und eigenes Nachdenken nie » hätte gelingen können <sup>(206)</sup>.

---

<sup>(205)</sup> Bd. I S. XIX ff.

<sup>(206)</sup> S. XXI.



JAN SCHRÖDER

ZUR ÄLTEREN GENOSSENSCHAFTSTHEORIE.  
DIE BEGRÜNDUNG  
DES MODERNEN KÖRPERSCHAFTSBEGRIFFS  
DURCH GEORG BESELER

*Einleitung.*

Nach heute fast allgemeiner Ansicht <sup>(1)</sup> ist die Genossenschaftstheorie durch Georg Beseler begründet und durch Otto von Gierke ausgebaut und vollendet worden. In der von Gierke ihr gegebenen Gestalt erscheint sie als eine allgemeine Rechtstheorie der menschlichen Verbände, die nicht nur — weit über das Privatrecht und die Lehre von der juristischen Person hinausgehend — alle Verbandsbildungen des modernen Rechts umfaßt, sondern auch die mittelalterliche und neuzeitliche Geschichte der Verbände in Deutschland <sup>(2)</sup>. Für das Privatrecht hat Gierke den Kern seiner Theorie in der Lehre gesehen, daß die juristischen Personen «reale Verbandspersönlichkeiten» und nicht nur fingierte Personen seien <sup>(3)</sup>, und der Gegensatz zwischen deutschrechtlichen

---

<sup>(1)</sup> H. THIEME, *Genossenschaftstheorie*, in *Staatslexikon*, hrsg. v.d. Görres-Gesellschaft, 6. Aufl., III (Freiburg 1959), 764-768 (764); F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl., Göttingen 1967, 409, 455; H. STRADAL, *Genossenschaft*, in *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte* (HRG), hrsg. v. A. Erler u. E. Kaufmann, I (Berlin 1971), 1522-1527 (1526); A. LAUFS, *Genossenschaftsdoktrin und Genossenschaftsgesetzgebung vor hundert Jahren*, in *Juristische Schulung*, 1968, 311-315 (311). - Zu als Vorläufer der Genossenschaftstheorie bezeichneten Autoren s.u. Abschnitt III.

<sup>(2)</sup> Vgl. etwa die Rektoratsrede O. v. GIERKES, *Das Wesen der menschlichen Verbände*, 1902 (Reprint Darmstadt 1954).

<sup>(3)</sup> O. v. GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, Berlin 1887, 5 («reale Gesamtperson»).

Vorstellungen von der Realität der Verbände und der romanistischen Fiktionstheorie bestimmt für ihn auch die wechselvolle Geschichte der deutschen Verbände und der deutschen Verbandstheorien (4).

Da sich die moderne Diskussion der Genossenschaftstheorie weitgehend auf die Lehre Gierkes konzentriert (5), sind es eben diese Gierkeschen Antithesen, welche die Einschätzung des dogmatischen Werts und der geschichtlichen Funktion der Genossenschaftstheorie bestimmen. In der gegenwärtigen Privatrechtsdogmatik ist der Streit um das Wesen der juristischen Person allerdings zurückgetreten; er «ist abgeklungen» (6) und «besitzt ... keine praktische Bedeutung mehr» (7), er ist ein «Theorienstreit», der «uns heute so wenig befriedigt» (8). Die Distanz, die man hier inzwischen gegenüber der Gierkeschen Doktrin gewonnen hat, zeigt sich eindrucksvoll in der Äußerung Flumes (9), daß die Lehre von der realen Verbandspersonlichkeit «nicht als eine wissenschaftliche Lehre gewertet werden» könne. Um so überraschender ist es, daß in der Privatrechtsgeschichte noch vielfach die Gierkesche Problemsicht vorherrscht. So bewegt sich

(4) Vgl. den kurzen historischen Abriss in O. v. GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, I, Leipzig 1895, 456 ff.

(5) Aus der speziell die Genossenschaftstheorie betreffenden Literatur H. THIEME und A. LAUFS wie oben N. 1. Aus der Literatur zur Theorie der juristischen Person im 19. Jahrhundert vgl. etwa die Gewichtung bei T. VORMBAUM, *Die Rechtsfähigkeit der Vereine im 19. Jahrhundert*, Berlin etc. 1976, S. 53-58 (davon nur eine Seite über die ältere Genossenschaftstheorie); F. SCHIKORSKI, *Die Auseinandersetzung um den Körperschaftsbegriff in der Rechtslehre des 19. Jahrhunderts*, Berlin 1978, 14 (Aussparung der Vorläufer Gierkes), 173-237 über Gierke; EKKEHARD KAUFMANN, *Körperschaft (juristische Person)*, in HRG II (Berlin 1978), 1147-1155 (nur über Gierke, 1149-1152); K.-J. BIEBACK, *Die öffentliche Körperschaft*, Berlin 1976, 430-433 (über Beseler und Bähr), 433-446 (über Gierke).

(6) K. LARENZ, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, 5. Aufl., München 1980, 117.

(7) HEINRICH LANGE - H. KÖHLER, *BGB. Allgemeiner Teil*, 17. Aufl., München 1980, 143.

(8) R. REINHARDT, *Gesellschaftsrecht*, Tübingen 1973, 28.

(9) W. FLUME, *Savigny und die Lehre von der juristischen Person*, in *Festschrift für F. Wieacker zum 70. Geburtstag*, Göttingen 1978, 340-360 (356).

eine Reihe neuerer Arbeiten zum (privatrechtlichen) Körperschaftsbegriff im 19. Jahrhundert noch ganz innerhalb von Gierkes Deutungsschema - sei es, daß die « Fiktionstheorien » der Theorie von der realen Verbandsperson (und eventuell noch der des Zweckvermögens) gegenübergestellt werden <sup>(10)</sup>, sei es, daß die Antithese zwischen romanistischer und germanistischer Lehre benutzt wird <sup>(11)</sup>. Auf dieser Grundlage kann dann freilich die Auseinandersetzung des 19. Jahrhunderts um die juristische Person als bloßer « Professorenstreit » erscheinen <sup>(12)</sup>, und der Genossenschaftstheorie allenfalls das bescheidene Verdienst zukommen, « die Wirklichkeit der Körperschaften und Stiftungen als juristischer Personen ... wieder bewußt gemacht zu haben » <sup>(13)</sup>.

In Wirklichkeit geht die Bedeutung der — jedenfalls der älteren — Genossenschaftstheorie weit darüber hinaus; es ist mit Recht gesagt worden, daß « selten ... ein Rechtsgebiet durch eine Theorie in einem solchen Umfang beeinflußt und verändert worden » sei, « wie das Recht der juristischen Persönlichkeit durch die Genossenschaftstheorie » <sup>(14)</sup>. Worin dieser Einfluß liegt, läßt sich aber eben nicht ermesen, wenn man lediglich den Beitrag der älteren Genossenschaftslehre zur (*Meta-*)Theorie des Wesens der juristischen Person, wie sie vor allem das Anliegen der jüngeren Genossenschaftslehre Gierkes war, in Betracht zieht. Viel

<sup>(10)</sup> So vor allem WOLFGANG HENKEL, *Zur Geschichte der Juristischen Person im 19. Jahrhundert. Geschichte und Kritik der Fiktionstheorien*, Jur. Diss., Göttingen 1973, wo Beseler und Bluntschli als Vertreter « germanistischer Kritik an den Fiktionstheorien » behandelt werden (135 ff.). Ähnlich C. TIETZE, *Zur Theorie der juristischen Person in der deutschen Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts*, Jur. Diss., Göttingen 1974 (es werden noch erörtert: « Genießertheorie », « Amtstheorie », Theorie der « Zweckpersonifikation »; über Beseler nur 2 Sätze im Zusammenhang mit der Lehre von der Verbandsrealität, S. 39). Auch E. KAUFMANN (N. 5), der allerdings mit Recht den gesellschaftlichen Bezug der Genossenschaftstheorie betont.

<sup>(11)</sup> So bei F. SCHIKORSKI (N. 5). Hier ist dieser Ansatz aber gewissermaßen « unschädlich », da es dem Autor weniger um die geschichtliche Entwicklung, als um die rechtstheoretische Begründung der verschiedenen Körperschaftstheorien geht.

<sup>(12)</sup> H. HATTENHAUER, *Die geistesgeschichtlichen Grundlagen des deutschen Rechts*, 2. Aufl., Heidelberg etc. 1980, 173.

<sup>(13)</sup> W. FLUME (N. 9), 355.

<sup>(14)</sup> T. VORMBAUM (N. 5), 53.

mehr als bei Gierke steht in der älteren Genossenschaftslehre die praktische Frage im Vordergrund, welche Verbände überhaupt als Körperschaften und damit als juristische Personen anzusehen sind, also die Frage nicht nach dem «Wesen», sondern nach dem (wenn man so will: extensionalen) *Begriff* der Körperschaft. Gerade das für die Entwicklung der privatrechtlichen Lehre von der juristischen Person im 19. Jahrhundert entscheidende Problem der Einordnung des schon vor 1850 massenhaft entstehenden neuartigen Verbandstyps der freien, nicht mehr ständisch gebundenen, Vereinigung zu wirtschaftlichen oder ideellen Zwecken <sup>(15)</sup> und die damit zusammenhängende Frage der freien Körperschaftsbildung hat Beseler zum Ausbau seiner Genossenschaftslehre veranlaßt. Die verschiedenen Standpunkte in dieser Frage lassen sich aber keineswegs mit den Gierkeschen Antithesen erfassen, etwa so, daß die Anhänger der freien Körperschaftsbildung durchweg Germanisten und Vertreter der Verbandsrealität (Gegenbeispiele: Brinz, Arndts, Windscheid, Unger) <sup>(16)</sup>, die Gegner aber durchweg Romanisten und Vertreter der Fiktionstheorie gewesen wären (Gegenbeispiele: Thöl, Gerber, Roth, Stobbe) <sup>(17)</sup>; die wirklich maßgeblichen Gesichtspunkte waren offenbar ganz andere. Im folgenden soll daher der Beitrag

---

<sup>(15)</sup> Dazu ideengeschichtlich: FRIEDRICH MÜLLER, *Korporation und Assoziation*, Berlin 1965; sozialgeschichtlich: T. NIPPERDEY, *Verein als soziale Struktur im späten 18. und frühen 19. Jahrhundert*, in H. BOOCKMANN u. a., *Geschichtswissenschaft und Vereinswesen im 19. Jahrhundert*, Göttingen 1972, 1-44; W. CONZE, *Sozialgeschichte 1800-1850*, in *Handbuch der deutschen Wirtschafts- und Sozialgeschichte*, hrsg. v. H. Aubin und W. Zorn, II, Stuttgart 1976, 470 ff.

<sup>(16)</sup> A. BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, 2. Abteilung, 2. Hälfte, 1. Lieferung (Erlangen 1868), 1063 ff.; L. ARNDTS, *Lehrbuch der Pandekten*, 6. Aufl., München 1868, 47 f.; J. UNGER, *Zur Lehre von den juristischen Personen*, in *Kritische Übersicht der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, hrsg. von Arndts, Bluntschli und Pözl, 6 (München 1859), 147-188 (148-156); B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 3. Aufl., Düsseldorf 1870, 145-147.

<sup>(17)</sup> H. THÖL, *Volksrecht. Juristenrecht. Genossenschaften. Stände. Gemeines Recht*, Rostock und Schwerin 1846, 31 ff.; C. F. GERBER, *System des Deutschen Privatrechts*, 1. Abtheilung, Jena 1848, 104; O. STOBBE, *Handbuch des Deutschen Privatrechts*, 1. Band, 3. Aufl., Berlin 1893, 458 ff.; P. v. ROTH, *System des Deutschen Privatrechts*, 1. Theil, Tübingen 1880, 411 ff. — Zutreffend zum Ganzen W. MUMMENHOFF, *Gründungssysteme und Rechtsfähigkeit*, Köln etc. 1979, 36: «die Fronten ... (gehen) quer durch die verschiedenen Lager».

der älteren Genossenschaftstheorie zur Entwicklung des privatrechtlichen Körperschaftsbegriffs im 19. Jahrhundert mit dem Ziel untersucht werden, die Hintergründe der verschiedenen Positionen etwas besser zu beleuchten, als dies mit den Deutungsschemata der jüngeren Genossenschaftstheorie bisher geschehen ist. Dabei beschränkt sich die Untersuchung auf die Zeit bis zum Auftreten Gierkes (1868 mit dem ersten Band des « Genossenschaftsrechts ») und konzentriert sich namentlich auf den Vormärz; Vollständigkeit ist im Hinblick auf die große Fülle der Literatur zur juristischen Person in den fünfziger und sechziger Jahren des vorigen Jahrhunderts nicht angestrebt. Ich beginne mit einer kurzen Übersicht über die Entwicklung der Genossenschaftstheorie ab 1835 (I.), es folgt ein Versuch von deren Einordnung in die privatrechtliche Körperschaftslehre ihrer Zeit (II.) und schließlich ein Blick auf eventuelle Vorläufer der Genossenschaftstheorie im 19. Jahrhundert (III.).

## I. DIE ENTWICKLUNG DER ÄLTEREN GENOSSENSCHAFTSTHEORIE <sup>(18)</sup>.

### 1. Die erste Phase.

Die ältere Genossenschaftstheorie beginnt mit dem ersten Band von Georg Beselers « Lehre von den Erbverträgen » aus dem Jahr 1835 <sup>(19)</sup>. Beseler stellt sich die Frage, wie sich das ding-

---

<sup>(18)</sup> Zur älteren Genossenschaftstheorie am ausführlichsten P. VON ROTH, *Zur Lehre von der Genossenschaft. Rechtsgutachten in der Streitsache der Gemeinde Burgsinn gegen die Freiherrn von Thüngen*, München 1876, 62-70. Über die Entwicklung der Gesamthandlehre Beselers G. BUCHDA, *Geschichte und Kritik der deutschen Gesamthandlehre*, Marburg 1936, 166-171. Eine materialreiche, aber weniger auf die Sachprobleme der älteren Genossenschaftstheorie eingehende, Zusammenstellung bei O. GIERKE, *Genossenschaftstheorie* (N. 3), 1 ff. Unergiebig R. SOHM, *Die deutsche Genossenschaft*, in *Festgabe der Leipziger Juristenfakultät für Dr. Bernhard Windscheid zum 22. Dezember 1888*, Leipzig 1888, 139-181 (enthält eine eigene Theorie der Genossenschaft). In der modernen Literatur werden unter verschiedenen Aspekten einige ältere Genossenschaftstheoretiker behandelt bei VORMBAUM (N. 5), BIEBACK (N. 5), und HENKEL (N. 10).

<sup>(19)</sup> G. BESELER, *Die Lehre von den Erbverträgen*, 1. Teil, Göttingen 1835, 69-88.



liche Recht, das dem durch einen Erbvertrag Begünstigten eingeräumt wird, zu dem Recht des Veräußerers verhält. Sollen sowohl der Veräußerer als auch der Erwerber « Proprietätsrechte » erhalten, dann läßt sich dieses Verhältnis nach römischem Recht nur in zweierlei Weise denken: Entweder haben beide Beteiligten einen (ideellen) Eigentumsbruchteil (*communio*), oder es besteht ungeteiltes Eigentum. Dieses müßte dann aber einem gegenüber den beiden Beteiligten selbständigen Rechtssubjekt, einer « Gemeinheit » (*universitas*) zustehen. Beide Lösungen sind offenbar unpassend, die erste deshalb, weil bei der *communio* jeder Teilhhaber jederzeit auf Teilung klagen könnte, die zweite deshalb, weil nicht ersichtlich ist, was für ein selbständiges Rechtssubjekt Veräußerer und Erwerber beim Erbvertrag eigentlich darstellen sollten. Die Rechtswissenschaft dürfe daher diesen und ähnlichen (später als « Gesamthand » bezeichneten) Verhältnissen nicht « anderswo gewonnene Begriffe unterlege(n) » — d.h. die römischen —, sondern sie müsse « aus ihnen selbst die Momente lerne(n), welche ihre Beschaffenheit bestimmt haben »<sup>(20)</sup>. Nun sei « ein eigenthümlicher Zug des germanischen Lebens der corporative Trieb, der dasselbe beseelte ». Es bestehe « keine schroffe Absonderung, wie bei der römischen *Universitas* und *Communio*; sondern in vielgestaltiger Gliederung sind die Genossenschaften durch alle Verhältnisse verzweigt. Die Hoffnung ist eitel, daß hier die Schwierigkeit einer genauen Untersuchung durch die Beantwortung der Frage umgangen werden könne, ob im einzelnen Fall z.B. eine *Universitas* oder *Societas* vorliege: diese Begriffe umfassen nur die Extreme; dazwischen liegt eine große Mannigfaltigkeit von genossenschaftlichen Verbindungen »<sup>(21)</sup>. Als Beispiel nennt Beseler vor allem die Ganerbschaften, bei denen weder *universitas* vorlag, denn nur die Einzelnen waren berechtigt und verpflichtet, noch *communio*, denn die Verbindung war auf Dauer gerichtet und konnte nur gemeinsam aufgehoben werden. Entsprechend seien nun auch ähnliche Rechtsverhältnisse zu behandeln, zum Beispiel die eheliche Gütergemeinschaft oder sonstiges ge-

<sup>(20)</sup> G. BESELER, *Erbverträge* I (N. 19), 78.

<sup>(21)</sup> G. BESELER, *Erbverträge* I (N. 19), 80.

meinsames Eigentum mehrerer Personen <sup>(22)</sup>. Der römische Begriff des Eigentums kann und darf also im deutschen Recht nicht durchgeführt werden; hier gibt es auch die Möglichkeit, daß das Eigentum mehreren (einer « Genossenschaft ») ungeteilt zusteht. Beseler belebt also hier mit Hilfe seines noch recht vagen « Genossenschafts »-Begriffs zunächst einmal die aus dem 17. Jahrhundert stammende deutschrechtliche Lehre <sup>(23)</sup> des « Gesamt-Eigentums » (wir würden sagen: Gesamthandseigentums) wieder und verteidigt sie gegen die römischrechtlichen Konstruktionen der Gesamthand als juristischer Person, wie sie Hasse vorgelegt hatte <sup>(24)</sup>, oder als bloßer Bruchteilsgemeinschaft, wie sie Duncker <sup>(25)</sup> einige Jahre später versuchen würde. Von einer über die Frage der Eigentumsverhältnisse hinausgehenden Anwendung des Genossenschaftsgedankens auf die Theorie der juristischen Person ist noch nicht die Rede.

In diesem Rahmen hält sich in seiner « Staats- und Rechtsgeschichte der Stadt und Landschaft Zürich » (I. Teil 1838) auch Johann Caspar Bluntschli <sup>(26)</sup>, der den Gedanken offenbar als erster aufgegriffen hat. Er geht aber schon ein Stück weiter als Beseler, indem er den Genossenschaftsbegriff erstmals auf ein als juristische Person anerkanntes Gebilde, nämlich die Gemeinde anwendet. Davon abgesehen interessiert aber auch ihn der neue Begriff nur im Zusammenhang mit den Eigentumsverhältnissen an den unverteilten Gemeindegütern, den Allmenden. Die mittelalterliche Gemeinde sei eine Genossenschaft, an denen das deutsche Recht « bekanntlich (!) überaus reich » sei, und diese Genossenschaften bewegen sich zwischen den Extremen der universitas und societas « und nähern sich bald mehr dem einen

<sup>(22)</sup> G. BESELER, *Erbverträge* I (N. 19), 81-87.

<sup>(23)</sup> Ihr Begründer ist JUSTUS VERACIUS (vielleicht Pseudonym für Nicolaus Beckmann), dazu G. BUCHDA (N. 18), 115 ff.

<sup>(24)</sup> J. C. HASSE, *Beitrag zur Revision der bisherigen Theorie von der ehelichen Gütergemeinschaft nach deutschem Privatrecht*, Kiel 1808; dazu G. BUCHDA (N. 18), 152 ff. und F. EBEL, *Die Ehe als juristische Person*, in *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 25 (1978), 637-642 (641).

<sup>(25)</sup> L. DUNCKER, *Das Gesamteigentum*, Marburg 1843; dazu G. BUCHDA (N. 18), 149 ff.

<sup>(26)</sup> J. C. BLUNTSCHLI, *Staats- und Rechtsgeschichte der Stadt und Landschaft Zürich*, I. Theil, Zürich 1838, 81 f.

bald mehr dem anderen ». Die Allmende sei teils Eigentum der einzelnen Hausväter, teils der Gemeinde, je nachdem, ob Verfügungen über das Ganze oder über das einzelne Nutzungsrecht vorliegen. Eine universitas liege deshalb nicht vor, weil auch « die einzelnen Glieder Rechte auf das Vermögen » der Genossenschaft hätten, eine societas deshalb nicht, weil das Mehrheitsprinzip gelte und kein einzelner Genosse Teilung verlangen dürfe. In der Frage, ob die Gemeinden auch zu seiner Zeit noch Genossenschaften sind, scheint sich Bluntschli nicht ganz sicher zu sein, zwar leide der Begriff des (genossenschaftlichen) « Gesamt-eigentums noch heutzutage Anwendung » <sup>(27)</sup>, jedoch komme den Gemeinden nunmehr « der Charakter der römischen Universitas wenigstens sehr viel mehr zu als früher » <sup>(28)</sup>.

Bluntschlis Ausführungen haben wiederum Karl Josef Anton Mittermaier beeindruckt, der in einem 1839 erschienenen Aufsatz hervorhebt, daß jedenfalls die ursprüngliche deutsche Gemeinde « weder einer römischen Universitas noch einer Gesellschaft gleichgestellt werden » könne (hier wird Bluntschli zitiert, nicht aber Beseler), sondern vielmehr « auf dem lebendigen genossenschaftlichen Princip » beruhe <sup>(29)</sup>. Die Bereitwilligkeit, mit der Mittermaier diesen Gedanken aufnahm, hängt vielleicht damit zusammen, daß er selbst schon vor mehr als einem Vierteljahrhundert auf die deutschen Genossenschaften aufmerksam gemacht hatte (dazu unten III:). Mittermaier tut jedoch ebenso wenig wie Bluntschli den weiteren Schritt, die Genossenschaftsidee nun auch in die moderne Theorie der juristischen Person einzuführen, sondern bleibt bei der historischen Genossenschaftslehre stehen. Das wird besonders deutlich in der fünften (1837-38) und sechsten Auflage (1842-43) von Mittermaiers « Grundsätzen des deutschen Privatrechts », wo der Gedanke einer zwischen

---

<sup>(27)</sup> J. C. BLUNTSCHLI, *Staats- und Rechtsgesch.* (N. 26), 2. Theil, Zürich 1839, 84.

<sup>(28)</sup> J. C. BLUNTSCHLI, *Staats- und Rechtsgesch.* (N. 36), 2. Theil, Zürich 1839, 71.

<sup>(29)</sup> K. J. A. MITTERMAIER, *Über das Verhältnis der Justiz zur Verwaltung, über Verwaltungssachen, Administrativjustiz und Kompetenzkonflikte*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 21 und 22, hier 22 (1839), 76.

universitas und societas stehenden deutschen Rechtsbildung nur im Zusammenhang mit dem Gesamteigentum (das Mittermaier übrigens ablehnt), nicht aber im Zusammenhang mit der Lehre von der Gemeinde diskutiert wird <sup>(30)</sup>. Ähnlich verfahren George Phillips <sup>(31)</sup> und Romeo Maurenbrecher <sup>(32)</sup> in den 1838-39 bzw. 1840 erschienenen zweiten Auflagen ihrer Lehrbücher des deutschen Privatrechts. Überall erscheint der Genossenschaftsgedanke nur als eine neue Begründung für das — teils abgelehnte, teils bejahte — deutschrechtliche Institut des Gesamteigentums <sup>(33)</sup>.

## 2. Die zweite Phase.

Demgegenüber eröffnet Georg Beselers berühmtes Buch über «Volksrecht und Juristenrecht» <sup>(34)</sup> eine völlig neue Phase der älteren Genossenschaftstheorie <sup>(35)</sup>. Beseler setzt nunmehr den Genossenschaftsgedanken in Beziehung zur Lehre vom Rechts-subjekt und wendet ihn erstmals — insofern weit über Bluntschli

---

<sup>(30)</sup> K. J. A. MITTERMAIER, *Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts*, 1. Abtheilung, 5. Aufl., Regensburg 1837, 306 (Beginn des Abschnitts über Gemeinden: nichts über Genossenschaft), 377-379 (gegen Gesamteigentum, mit Erwähnung von Beselers «Erbverträgen»); ebenso 6. Aufl., Regensburg 1842, 330, 412-414.

<sup>(31)</sup> G. PHILLIPS, *Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts*, 1. Band, 2. Aufl., Berlin 1838, 327-344 (über Gemeinden, keine Bezugnahme auf die Genossenschaftslehre), 528-535 (über Gesamteigentum, mit mehrfacher Zitierung von Beselers «Erbverträgen»).

<sup>(32)</sup> R. MAURENBRECHER, *Lehrbuch des gesammten heutigen gemeinen deutschen Privatrechts*, 1. Band, 2. Aufl., Bonn 1840, 347-384 (über moralische Personen, dabei allerdings Polemik gegen Ausdehnung des Begriffs der moralischen Person durch «neuere Germanisten» — 348 Fußn. 4 — und gegen die Gesamteigentumslehre im Zusammenhang mit den Gemeindegütern, 353; auch Erwähnung von Beselers «Erbverträgen» im Zusammenhang mit den Markgenossenschaften — polemisch: 376 Fußn. 11 — und den Ganerbschaften, 382 Fußn. 1), 451-454 (über Gesamteigentum, mit ausführlicher Polemik gegen Beseler, 452 Fußn. 4).

<sup>(33)</sup> So bereits P. v. ROTH, *Genossenschaft* (N. 18), 64 («veränderte Formulierung dessen, was man vorher als Gesamteigenthum bezeichnet hatte»); G. BUCHDA (N. 18), 169 («Schwerpunkt noch im Gesamteigentume»).

<sup>(34)</sup> G. BESELER, *Volksrecht und Juristenrecht*, Leipzig 1843, 157-194.

<sup>(35)</sup> So auch P. v. ROTH und G. BUCHDA wie N. 33.

und Mittermaier hinausgehend — nicht mehr nur auf die überkommenen (oder gar nur noch historischen), sondern auch auf die modernen Verbandsbildungen an; die Liste reicht von den politischen, gemeindlichen und kirchlichen Verbänden über die «Genossenschaften für Handel und Gewerbe», vor allem die Aktiengesellschaften, bis zu den Idealvereinen und den Familiengenossenschaften <sup>(36)</sup>. Die Genossenschaftstheorie hat sich hier aus einer Lehre vom gemeinschaftlichen Eigentum zu einer Lehre von den juristischen Personen überhaupt ausgeweitet. Beseler stellt die Verbindung in der Weise her, daß er die Genossenschaft neben der Gemeinde als die zweite Unterart der «Corporation» bezeichnet, der ja ihrerseits «der weitere Begriff der juristischen Person unter» liegt, «von der sie eine besondere Art bildet». Unter «Corporation» versteht Beseler die Vereinigung mehrerer Personen, die «zur Erreichung gemeinschaftlicher Zwecke auf die Dauer errichtet ist» <sup>(37)</sup>, und da er vom Grundsatz der freien Körperschaftsbildung ausgeht, gehören für ihn auch etwa Aktiengesellschaften und auf ideelle Zwecke gerichtete Vereine zu den Corporationen. An seine ältere Lehre knüpft Beseler aber insofern an als die Genossenschaft nicht mit der römischen universitas identisch sein, sich von ihr vielmehr dadurch unterscheiden soll, daß bei ihr «unter den mannigfaltigsten Combinationen das Recht der Gesamtheit mit dem der einzelnen Mitglieder durchwachsen ist» <sup>(38)</sup>. Hier ergibt sich eine große Skala verschiedener Möglichkeiten: Entweder dient das Vermögen nur dem Vereinszweck, dann wird «das ganze Rechtsverhältniß ... nach dem strengen Princip der juristischen Person beurtheilt», oder es bestehen an ihm Sonderrechte einzelner Mitglieder, oder das Vermögen ist zugleich «einheitliches Corporationsgut» und «in ideelle Theile zerlegt ... Miteigenthum der einzelnen Genossen» (Aktiengesellschaft) usw. <sup>(39)</sup>. Indem also Beseler einerseits an der Verbindung von Genossenschaftsbegriff und Gesamthandlehre festhält, aber andererseits die Genossenschaften nun auch zu juristischen Per-

<sup>(36)</sup> G. BESELER, *Volksrecht* (N. 34), 165-169.

<sup>(37)</sup> G. BESELER, *Volksrecht* (N. 34), 161.

<sup>(38)</sup> G. BESELER, *Volksrecht* (N. 34), 164.

<sup>(39)</sup> G. BESELER, *Volksrecht* (N. 34), 185-193.

sonen gemacht hat, gerät er in die Schwierigkeit, eine Reihe schlichter Gesamthandsverhältnisse nun zugleich unter den Begriff der « Corporation » bringen zu müssen <sup>(40)</sup>. Er hat diese Schwierigkeiten nicht voll auflösen können, sie aber deutlich gesehen, wie sich daran zeigt, daß ihn die Einordnung der offenen Handels- und Kommanditgesellschaft («mehr ... eine durch das genossenschaftliche Princip modificirte Form des Gesellschaftsvertrags») <sup>(41)</sup> und der ehelichen Gütergemeinschaft (es «kommt hier das genossenschaftliche Princip nur beschränkt zur Anwendung») <sup>(42)</sup> als Genossenschaft und damit als juristische Person offensichtlich nicht befriedigt.

Es ist charakteristisch für den beherrschenden Einfluß Beselers auf die Entwicklung der älteren Genossenschaftslehre, daß diese neue Richtung der Theorie mit allen ihren Vorzügen, aber auch ihren Schwächen (gemessen an der späteren erneuten Weiterentwicklung des Gedankens durch Beseler) von den anderen Anhängern des Genossenschaftsbegriffs nachvollzogen wird. Der Genossenschaftsgedanke wird jetzt allgemein über die Frage des gemeinschaftlichen Eigentums hinaus auch auf die anderen verbandlichen Rechtsverhältnisse (aktives und passives Prozeßführungsrecht des Verbandes, Grundbuchfähigkeit, Nichthaftung der Verbandsmitglieder für die Verbandsschulden usw.) angewendet und so mit der Lehre von der juristischen Person verknüpft, man bleibt aber dabei, daß die Genossenschaft, anders als die römische universitas, kein von der Gesamtheit ihrer Mitglieder verschiedenes Rechtssubjekt mit eigenem Vermögen sei, daß vielmehr das Eigentum an den Sachen «der» Genossenschaft den Mitgliedern gemeinschaftlich — wenn auch nicht nach dem Vorbild der jederzeit auflösbaren römischen *communio* — zustehe. So bezeichnet nun Mittermaier in der 7. Auflage seiner «Grundsätze» (1847) auch die Gemeinde als Genossenschaft, stellt aber wieder die Genossenschaft den römischen Begriffen univer-

---

<sup>(40)</sup> Daß Beseler diese Konsequenz dann doch nicht zieht — vgl. die N. 41, 42 zitierten Stellen — hat schon H. THÖL (N. 17), 27, 29 kritisiert.

<sup>(41)</sup> G. BESELER, *Volksrecht* (N. 34), 167.

<sup>(42)</sup> G. BESELER, *Volksrecht* (N. 34), 169.

sitas und societas als etwas Drittes gegenüber <sup>(43)</sup>. Noch 1843, offenbar kurz nach dem Erscheinen von Beselers «*Volksrecht und Juristenrecht*», wird die Genossenschaftstheorie in dem «*Lehrbuch des gemeinen deutschen Privatrechts*» des Göttinger Privatdozenten Carl Wilhelm Wolff aufgegriffen. Wolff bleibt einerseits dem Ursprung der Genossenschaftstheorie insofern verhaftet, als für ihn «*Gesammt-Eigenthum das einer Genossenschaft zustehende Eigenthum*» ist <sup>(44)</sup>, gibt aber — wie kurz vor ihm Beseler — dem Genossenschaftsbegriff auch noch eine weitere rechtliche Bedeutung: Die Genossenschaft soll kraft Gewohnheitsrechts schuld- und rechtsfähig, aktiv und passiv parteifähig (und im Prozeß «*Rechtssubject*») sein, sich offenbar auch ohne staatliche Erlaubnis bilden können, allerdings (mit Ausnahme der Gemeinden aller Art und der Zünfte) nicht zu den juristischen Personen gehören <sup>(45)</sup>. Der Begriff Genossenschaft wird von Wolff nicht bestimmt, er rechnet insgesamt 15 Verbandsformen dazu, u. a. die Gemeinden, Gilden, Zünfte, Aktiengesellschaften, Ganerbschaften und auch — hier wird wieder wie bei Beseler das Dilemma deutlich, zu dem die beibehaltene Gleichsetzung von Genossenschaft und Gesamthand führt — die Ehe <sup>(46)</sup>.

Den bei Wolff angedeuteten Gedanken eines *neben* dem römischrechtlichen (*universitas*) stehenden deutschrechtlichen Korporationsbegriffs hat vor allem Julius Weiske in mehreren Schrif-

---

<sup>(43)</sup> K. J. A. MITTERMAIER, *Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts*, 7. Aufl., Regensburg 1847, 343, 350 (erstmalig wird auch die moderne Gemeinde als «*Genossenschaft*» bezeichnet). Sonderbarerweise fehlt in der Literaturangabe 343 Fußn. 1 der Hinweis auf Beselers «*Volksrecht ...*»; Mittermaier holt ihn 589 Fußn. 10 nach (zum Begriff der Genossenschaft «*vorzüglich das oben weggelassene Werk von Beseler Volksrecht ...*»). Der Einfluß Beselers zeigt sich auch daran, daß Mittermaier nun auch für die Markgenossenschaften mit dem Begriff der Genossenschaft arbeitet (589, in der 6. Aufl., 553 f. waren sie noch moralische Personen) und auch den «*Deichband*» nach den Regeln der Genossenschaft beurteilen will (629 mit Fußn. 7, noch nicht in der 6. Aufl., 591 mit Fußn. 6).

<sup>(44)</sup> C. W. WOLFF, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Privatrechts*, 1. Band (einziger), Göttingen 1843, 242.

<sup>(45)</sup> C. W. WOLFF (N. 44), 175-177.

<sup>(46)</sup> C. W. WOLFF (N. 44), 138.

ten <sup>(47)</sup> ausgebaut, jedoch ohne die Bezeichnung « Genossenschaft » zu übernehmen. Nach Weiske besteht die römischrechtliche Korporation in einem von den Mitgliedern unabhängigen Rechtssubjekt, während bei der « teutschrechtlichen Corporation » gerade nur die Gesamtheit der Mitglieder das Rechtssubjekt ausmacht <sup>(48)</sup>. Diese Konstruktion hat im wesentlichen den Zweck, die Lehre vom Gesamteigentum auf eine neue Formel zu bringen, es ist das einer teutschen Corporation zustehende Eigentum <sup>(49)</sup>. Für die Erfassung der weiteren Rechtsverhältnisse moderner Verbandsformen stellt Weiskes Arbeit aber eher einen Rückschritt gegenüber Beseler und auch Wolff dar, da Weiske die freie Körperschaftsbildung ablehnt <sup>(50)</sup> und nicht einmal genau anzugeben vermag, welche Gebilde denn nun eigentlich unter den deutschen bzw. den römischen Korporationsbegriff fallen sollen <sup>(51)</sup>. Nur in Nuancen von Weiske, in dessen Ausführungen Gerber eine vorher nicht erreichte « Qual der Begriffsverwirrung » erblickte <sup>(52)</sup>, unterscheidet sich die Fassung des Genossenschaftsbegriffs in dem 1848 erschienenen « Lehrbuch des gemeinen Deutschen Privatrechts » von Achill Renaud. Hier werden die Korporationen in solche im engeren Sinne und in Genossenschaften unterteilt, diese fallen mit der Gesamtheit ihrer jeweiligen Mitglieder zusammen, jene nicht <sup>(53)</sup>. Wiederum wird diese Unterscheidung

---

<sup>(47)</sup> J. WEISKE, *Ein juristischer Beitrag zur Gesetzgebung über Actienvereine*, in *Neue Jahrbücher der Geschichte und Politik*, 1 (Leipzig 1842), 244-277. Weiske nimmt hier für die Actiengesellschaften seine später auf breiterer Grundlage entwickelte Theorie des Unterschiedes zwischen römischer und deutscher Korporation (juristischer Person) vorweg; die Aktiengesellschaft soll eine « teutsche juristische Person » sein (251 f.). Vgl. hierzu ausführlich B. BAUMS-STAMMBERGER, *Der Versuch einer Aktiengesetzgebung in Sachsen 1836-37*, Jur. Diss., Hagen 1980, 97-102. Eingehender dann J. WEISKE, *Über Corporationen nach römischen und teutschen Rechtsbegriffen* (= Praktische Untersuchungen auf dem Gebiete des einheimischen Rechts, III), Leipzig 1847 (Reprint Frankfurt/Main 1970).

<sup>(48)</sup> J. WEISKE, *Über Corporationen* (N. 47), 146, 163, 168.

<sup>(49)</sup> J. WEISKE, *Über Corporationen* (N. 47), 165 f.

<sup>(50)</sup> J. WEISKE, *Über Corporationen* (N. 47), 171 f.

<sup>(51)</sup> J. WEISKE, *Über Corporationen* (N. 47), 172 f.

<sup>(52)</sup> C. F. GERBER, *System* (N. 17), 102-103 Fußn. 3.

<sup>(53)</sup> A. RENAUD, *Lehrbuch des gemeinen Deutschen Privatrechts*, 1. Band, Pforzheim 1848, 142. Renaud war übrigens schon 1845 als Anhänger der Genos-



vor allem für die Eigentumsverhältnisse nutzbar gemacht: Bei der Genossenschaft stehen die Mitglieder — anders als bei der (römischrechtlichen) Korporation im engeren Sinne — in einer «privatrechtlichen Beziehung zum Corporationsvermögen» (54). Renaud schwächt allerdings die traditionelle Vorstellung des genossenschaftlichen Gesamteigentums insofern ab, als er das Eigentum doch der Korporation selbst, den Mitgliedern nur gewisse Nutzungs- und Verfügungsrechte zuspricht (55). Gleichwohl rechnet er auch die Ehe zu den Genossenschaften (56) (sie wäre demnach als solche vermögens- und parteifähig!). Freie Körperschaftsbildung will Renaud ebensowenig zulassen wie Weiske (57).

Interessanter als diese Beiträge ist ein von dem Jenaer Oberappellationsgerichtsrat Georg Christian Schüler stammender Aufsatz «Über die aus Personenklassen mit gemeinsamen Rechte bestehenden Genossenschaften ...» von 1847 (58), der ein frühes Zeugnis für das Eindringen der Genossenschaftstheorie in die gerichtliche Praxis (59) darstellt. Schüler vertritt hier die Auffassung, daß nicht nur Verbände, die ein gemeinsames Vermögen haben, sondern auch «solche Personenklassen», die «nur übereinstimmende Rechtsverhältnisse haben», wie z.B. «Anspanner, Hintersiedler, Fröhner, Huthberechtigte», sich im Prozeß «als eine Einheit» vertreten lassen können (60) und überhaupt den Genossenschaften und damit auch den juristischen Personen zu-

---

senschaftstheorie aufgetreten, wie seine Abhandlung: *Die Gemeindebenutzungen*, in *Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft*, 9 (Tübingen 1845), 1-100 (80 f.) zeigt.

(54) A. RENAUD, *Lehrbuch* (N. 53), 143.

(55) A. RENAUD, *Lehrbuch* (N. 53), 143 f.

(56) A. RENAUD, *Lehrbuch* (N. 53), 147.

(57) A. RENAUD, *Lehrbuch* (N. 53), 147.

(58) G. C. SCHÜLER, *Ueber die aus Personenklassen mit gemeinsamen Rechtsverhältnissen bestehenden Genossenschaften, besonders über deren juristische Persönlichkeit mit Rücksicht auf Proceßvertretung*, in *Juristische Abhandlungen und Rechtsfälle*, von F. Ortloff, C. W. E. Heimbach, G. C. Schüler und C. J. Guyet, 1. Band, Jena 1847, 223-265. Dort auch (266-326) eine weitere Abhandlung «Vier Rechtsfälle, genossenschaftliche Rechtsverhältnisse betreffend» Schülers, die für die hier erörterten Fragen aber unergiebig ist.

(59) Dazu vor allem T. VORMBAUM (N. 5), 49 ff.

(60) G. C. SCHÜLER (N. 58), 228.

zurechnen sind <sup>(61)</sup>. Im folgenden setzt sich Schüler dann energisch für die Rechtsfähigkeit der modernen (ideellen oder wirtschaftlichen) « Klubs und Vereine » <sup>(62)</sup> und für die freie Körperschaftsbildung <sup>(63)</sup> ein. Indem Schüler aber mit Hilfe des Genossenschaftsbegriffs den Bereich der juristischen Person nicht nur auf bloße Gesamthandsverhältnisse, sondern sogar auch — noch über Bessler und die anderen genannten Autoren hinausgehend — auf lediglich gleichartige Berechtigungen und Verpflichtungen ausdehnt, setzt er sich eher noch gravierenderen Einwänden aus als die anderen Genossenschaftstheoretiker.

In die zweite Phase der älteren Genossenschaftstheorie gehört schließlich auch noch Bluntschli « Deutsches Privatrecht » von 1853. Die Genossenschaft erscheint hier als eine Art der juristischen Person neben Staat, Gemeinde, universitas, Behörden, Anstalten und Stiftungen, verselbständigten Vermögensmassen <sup>(64)</sup>. Die Genossenschaften sind aktiv und passiv parteifähig, sind vermögens- und schuldfähig <sup>(65)</sup>. Die Genossen haben jedoch, anders als bei den universitates, Teil am Vermögen der Genossenschaft <sup>(66)</sup>. Zu den Genossenschaften zählt auch die Ehe und die « moderne Handelsgesellschaft » <sup>(67)</sup>, in deren Einordnung sich Bluntschli allerdings nicht mehr ganz sicher ist. Man darf sicherlich bei der Kritik an den Widersprüchen dieser Lehre <sup>(68)</sup> nicht die große rechtspolitische Umwälzung übersehen, die Bluntschli mit der Verankerung des Prinzips der freien Körperschaftsbildung in seinem « Privatrechtlichen Gesetzbuch für den Kanton Zürich » in den Privatrechtsordnungen der Ostschweiz (und des deutschen Sprachraums überhaupt) eingeleitet hat <sup>(69)</sup>. Man muß

---

<sup>(61)</sup> G. C. SCHÜLER (N. 58), 229, 247 f.

<sup>(62)</sup> G. C. SCHÜLER (N. 58), 249.

<sup>(63)</sup> G. C. SCHÜLER (N. 58), 246 f., 252-260.

<sup>(64)</sup> J. C. BLUNTSCHLI, *Deutsches Privatrecht*, München 1853 (hier zitiert nach der 3. Aufl., 1864), 67.

<sup>(65)</sup> J. C. BLUNTSCHLI, *Dt. Privatrecht* (N. 64), 90.

<sup>(66)</sup> J. C. BLUNTSCHLI, *Dt. Privatrecht* (N. 64), 67, 85.

<sup>(67)</sup> J. C. BLUNTSCHLI, *Dt. Privatrecht* (N. 64), 86 f., 91 f.

<sup>(68)</sup> Vgl. T. VORMBAUM (N. 5), 56 Fußn. 214.

<sup>(69)</sup> Dazu C. P. WIEDEMANN, *Beiträge zur Lehre von den idealen Vereinen*, Zürich 1908, 71-74.

aber auch sehen, daß die Theorie in dieser Form nicht lebensfähig war. Wenn man einmal dazu überging, die Genossenschaft als juristische Person zu betrachten, also als im Prozeß, im Grundbuchverkehr, in der Eingehung und Haftung für Verpflichtungen gegenüber ihren Mitgliedern selbständige Einheit, dann konnte man nicht einsichtig machen, warum diese Verselbständigung ausgerechnet bei den Eigentumsverhältnissen Halt machen und nur ein « Gesamteigentum » (kein verselbständigtes Eigentum der Genossenschaft) vorliegen sollte - und das galt umso mehr, als die Eigentumsanteile der Genossen ja weder durch Teilungsklage, noch durch Veräußerung (mit Ausnahme der Anteile an Aktiengesellschaften) sollten realisiert werden können. Und auf der anderen Seite führte die aus der ersten Phase der Genossenschaftstheorie übernommene Gleichsetzung von Genossenschaft und Gesamthand dazu, auch Gebilde ohne jeden korporativen Charakter, wie die Ehe, zu den juristischen Personen zu rechnen. Die — wohl erstmals von Gerber erhobene — Kritik an dem in dieser Phase der Theorie geschaffenen « Zwitterwesen » zwischen juristischer Person und Gesellschaft <sup>(70)</sup> war insofern durchaus berechtigt.

### 3. Die dritte Phase.

In der Darstellung des Rechts der juristischen Personen in seinem 1847 erschienenen « System des gemeinen deutschen Pri-

---

<sup>(70)</sup> In C. F. GERBER, Rezension von C. W. WOLFF, *Lehrbuch des gem. dt. Privatrechts* (N. 44), in *Neue Jenaische Allgemeine Literatur-Zeitung*, 1844, 1076-1081, 1215-1220 (1216 li.Sp.) wird der Gedanke so gefaßt, daß es kein Mittelding zwischen physischen (communio) und fingierten Rechtssubjekten (juristischen Personen) gebe; entsprechend später z.B. C. F. GERBER, *Bemerkungen zur Beurteilung genossenschaftlicher Verhältnisse*, in *Zeitschrift für Civilrecht und Proceß*, hrsg. v. J. T. B. v. Linde, T. G. L. Marezoll, A. W. v. Schröder, Neue Folge 12 (Gießen 1855), 192-216 (210). Ebenso auch schon H. THÖL (N. 17) 25 f. Der Einwand, daß universitas und communio (societas) Komplementärbegriffe darstellen, ein Mittelding zwischen beidem also eine « logische Unmöglichkeit » (THÖL, a.a.O.) sei, wird von da an ständig gegen die Genossenschaftstheorie erhoben. Der Vorwurf trifft aber, was oft übersehen wird, nicht mehr die Fassung, die Beseler schon 1847 in seinem « System » dem Genossenschaftsbegriff gegeben hat\*

vatrechts » überwindet Beseler diese Widersprüche <sup>(71)</sup>, indem er die Genossenschaft im engeren Sinne von der bloßen « materiellen Rechtsgemeinschaft » und der modifizierten *communio* abgrenzt. Wie in « Volksrecht und Juristenrecht » geht Beseler davon aus, daß die Corporation eine Art der juristischen Person ist und ihrerseits wieder in Gemeinden und Genossenschaften zerfällt <sup>(72)</sup>. Anders als 1843 soll es aber nicht mehr das Charakteristikum der Genossenschaft sein, daß sie im Gegensatz zur römischen *universitas* mit dem Recht der Mitglieder « durchwachsen » ist. Nur soviel wird noch gesagt, daß die Körperschaft « eine selbständige Berechtigung der einzelnen Mitglieder im Verein neben sich duldet », daß ein « Sonderrecht der Mitglieder » bestehen kann (nicht aber bestehen muß!) <sup>(73)</sup>, vom Gesamteigentum der Genossen ist aber nicht mehr die Rede. Die bloße Gesamthandsgemeinschaft, durch die kein « neues, selbständiges Rechtssubject ... begründet » wird — hierher werden die eheliche Gütergemeinschaft und die Vergabung von Todes wegen gerechnet — trennt nun Beseler von den Korporationen und Genossenschaften « im technischen Sinne » als bloße « materielle Rechtsgemeinschaften » ab <sup>(74)</sup>. Eine dritte Gruppe, gleichfalls ohne Rechtsfähigkeit, bilden die (z.B. durch Ausschluß der Teilungsklage oder Geltung des Mehrheitsprinzips) modifizierten *communiones*, zu denen die Handelsgesellschaft gehört <sup>(75)</sup>.

---

Es kann keine Rede davon sein, daß erst O. v. Gierke mit der « unglückseligen dogmatischen Mittelstellung zwischen Gesellschaft und juristischer Person, wovon Beseler ausgegangen war » aufgeräumt hätte (so aber R. v. STINTZING - E. LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, 3. Abteilung, 2. Halbband, München und Berlin 1910, 913). Zur in diesem Punkt zwischen Gierke und dem Beseler von 1847 bestehenden Übereinstimmung richtig G. BUCHDA (N. 18), 171.

<sup>(71)</sup> Eine neue (dritte) Phase der Beselerschen Lehre sieht hierin auch G. BUCHDA (N. 18), 169-171; auch P. v. ROTH, *Genossenschaft* (N. 18) spricht von der « neuesten Phase in der Genossenschaftslehre » (69).

<sup>(72)</sup> G. BESELER, *System des gemeinen deutschen Privatrechts*, 1. Band, Leipzig 1847, 364.

<sup>(73)</sup> G. BESELER, *System* (N. 72), 358 f.

<sup>(74)</sup> G. BESELER, *System* (N. 72), 359.

<sup>(75)</sup> G. BESELER, *System* (N. 72), 359 f.

Damit wird nun den ganz unterschiedlichen Sachproblemen der zwei Phasen der älteren Genossenschaftstheorie auch ein verschiedener dogmatischer Standort zugewiesen. Das Problem der ersten Phase, die Beobachtung, daß es eine weder unter den Begriff der juristischen Person, noch unter den der römischen *communio* fallende deutschrechtliche Form der gemeinschaftlichen Berechtigung (das Gesamteigentum, oder modern: die Gesamthand) gibt, wird mit der Figur der materiellen Rechtsgemeinschaft erfaßt. Das ganz anders gelagerte Problem der zweiten Phase, die Einordnung der modernen Verbandsformen, findet seine Lösung in einem — wie noch zu zeigen sein wird — neuartigen Körperschaftsbegriff. Die vorher zu einem ungehörlich weiten und daher in sich widersprüchlichen Begriff der Genossenschaft verbundenen Problembereiche treten wieder auseinander, und die Endgültigkeit dieser Trennung wird daran erkennbar, daß nach 1848 kein Versuch mehr gemacht worden ist, zu dem älteren, weiten Genossenschaftsbegriff zurückzukehren<sup>(76)</sup>. Schon 1863 sprach Carl Salkowski von dem « schon halb vergessene(n) ... Streit über die juristische Existenz und das Wesen sog. Genossenschaften »<sup>(77)</sup>. Die alte Genossenschaftstheorie konnte nach Beselers Differenzierung nur noch einerseits als Theorie der Gesamthand, andererseits als Theorie der Körperschaft weiterleben. Die Weiterführung der älteren Genossenschaftstheorie durch Otto

---

<sup>(76)</sup> Allerdings geht die Lehre von der Gesellschaft mit formeller Personeneinheit, die eine Zeit lang Anhänger gefunden hat, in eine ähnliche Richtung. Vertreter waren z.B. J. JOLLY, *Das Recht der Actiengesellschaften*, in *Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft*, 11 (Tübingen 1847), 317-449 (besonders 322-326) und J. UNGER, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, I. Band, Leipzig 1856 (hier zitiert nach der unveränderten dritten Aufl., Leipzig 1868), 330-337. Ähnlich auch C. SALKOWSKI, *Bemerkungen zur Lehre von den Juristischen Personen*, insbesondere den sogenannten corporativen Societäten und Genossenschaften, Leipzig 1863, 12, 14 f., 46 f. und öfter. Noch einmal in die Richtung der älteren Lehre geht sehr viel später R. SOHM (N. 18) mit seinem Verständnis der Genossenschaft als korporativ organisierter Gesamthand (169), die im gegenwärtigen Recht noch in Gestalt der « unprivilegierten Vereine » (177) vorkomme.

<sup>(77)</sup> C. SALKOWSKI (N. 76), I.

Bähr (1864) <sup>(78)</sup> und Gierke hat dann auch diese Differenzierung — die sich ja auch im modernen Recht findet — nicht wieder beseitigt, sondern nur durch eine über das Privatrecht hinausgreifende allgemeine Theorie der menschlichen Verbände auf eine zum Teil neue Grundlage gestellt.

Zusammenfassend ist also zu sagen, daß der Beitrag der älteren Genossenschaftslehre zur Privatrechtstheorie (also abgesehen von ihrem Beitrag zur Rechtsgeschichte) ein doppelter ist:

1. eine Erneuerung der Lehre vom « Gesamteigentum » (der Gesamthand), als einer zwischen dem Eigentum einer juristischen Person einerseits und dem bloßen Miteigentum mehrerer Personen nach ideellen Bruchteilen andererseits stehenden Form gemeinschaftlicher Berechtigung, und

2. eine Erneuerung der Lehre von der (privatrechtlichen) Körperschaft. In der abschließenden Fassung, die Beseler in seinem « System des gemeinen deutschen Privatrechts » (1. Auflage 1847) der Genossenschaftstheorie gegeben hat, treten diese beiden Gesichtspunkte — anders als in der vorherigen Phase der Genossenschaftstheorie — deutlich auseinander. Die folgenden Ausführungen beschränken sich darauf, den Beitrag Beselers zum *Körperschaftsbegriff* genauer zu betrachten. Dies nicht nur deshalb, weil die Gesamthandsproblematik ungleich weniger Gewicht hat als die der juristischen Person, sondern auch deshalb, weil Beselers Gesamthandlehre mehr als ein Durchgangsstadium in der Geschichte dieser Theorie erscheint. Hingegen stellt seine Körperschaftslehre einen Neubeginn dar, der auch noch für die aktuelle Problematik der juristischen Person hohe Bedeutung hat. Dies wird allerdings in der modernen Literatur aus dem in der Einleitung angegebenen Grund, nämlich der oft unkritischen Übernahme des Gierkeschen Deutungsschemas, nicht recht klar; ich versuche es im folgenden zu begründen.

---

<sup>(78)</sup> O. BÄHR, *Der Rechtsstaat. Eine publicistische Skizze*, 1864 (Reprint Aalen 1961), 18-44. Mit Recht behandelt K.-J. BIEBACK (N. 5), 432 f. diese in der einschlägigen Literatur meist übersehenen Ausführungen als Beitrag zur Genossenschaftstheorie.

## II. DER BEITRAG BESELERS ZUR ENTWICKLUNG DES PRIVATRECHTLICHEN KÖRPERSCHAFTSBEGRIFFS.

### 1. Zur Entwicklung des Körperschafts-(Korporations-)Begriffs in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts <sup>(79)</sup>.

In der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts stehen sich, wenn ich recht sehe, ein materieller und ein zivilrechtlich-technischer Begriff der «Korporation» gegenüber. Der materielle Begriff findet sich etwa im Allgemeinen Landrecht für die Preussischen Staaten von 1794, wo es heißt, daß «die Rechte der Corporationen und Gemeinen» «nur solchen vom Staat genehmigten Gesellschaften zu» kommen, «die sich zu einem fortdauernden gemeinnützigen Zweck verbunden haben» (II, 6, § 25) <sup>(80)</sup>. Noch deutlicher hat der Gesetzesverfasser Carl Gottlieb Svarez solche bestätigten und auf einen dauernden, gemeinnützigen Zweck gerichtete Verbindungen «öffentliche Gesellschaften oder Korporationen» genannt <sup>(81)</sup>. Es handelt sich also um öffentliche, dauernde Verbände wie Gemeinden, Zünfte, Gilden, Innungen. *Friedrich Müller* hat gezeigt, wie namentlich in der konservativen Staats-

---

<sup>(79)</sup> Eine ergiebige Darstellung existiert nicht: O. v. GIERKE'S Werk, *Die Staats- und Korporationslehre der Neuzeit* (= *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, 4. Band, 1913, Reprint Graz 1954) reicht nur bis zum Ende des 18. Jahrhunderts. Einige Hinweise bei O. v. GIERKE, *Dt. Privatrecht* (N. 4), 463-468, und in der stark von dem Gierkeschen Deutungsschema abhängigen Arbeit von W. HENKEL (N. 10), 41 ff. Vgl. auch B. BAUMS-STAMMBERGER (N. 47), 37 ff.

<sup>(80)</sup> Jedenfalls seit H. ROSIN, *Zur Lehre von der Korporation und Gesellschaft, insbesondere der erlaubten Privatgesellschaft, nach ALR und heutigem preussischem Recht*, in *Gruchots Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts*, 27 (Berlin 1883), 108-146 (108 f. und öfter) wird behauptet, ALR II, 6 beziehe sich nur auf Verbände mit «korporativer Tendenz», so auch O. v. GIERKE, *Genossenschaftstheorie* (N. 3), 101 ff., jetzt wieder T. BAUMS, Einführung zu *ders.* (Hg.), *Gesetz über die Aktiengesellschaften für die königlich preussischen Staaten vom 9. November 1843*, Aalen 1981, 11-44 (15). Das mag richtig sein, man muß sich aber klarinachen, daß der dabei verwendete Körperschaftsbegriff nicht der des ALR ist.

<sup>(81)</sup> C. G. SVAREZ, *Vorträge über Recht und Staat*, hrsg. von H. Conrad und G. Kleinheyder, Köln u. Opladen 1960, 47. Dazu G. KLEINHEYDER, *Staat und Bürger im Recht*, Bonn 1959, 135.

lehre und -philosophie des frühen 19. Jahrhunderts die Korporation als eine das Leben ihrer Mitglieder umfassend bestimmende, ständische Verbindung aufgefaßt und der nur zu begrenzten Zwecken dienenden, freien, gewissermaßen quer durch die Stände gehenden, «Assoziation» entgegengesetzt (und ihr gegenüber favorisiert) wird<sup>(82)</sup>. Dieses Verständnis prägt vor allem auch die in der Mitte des 19. Jahrhunderts einflußreichsten philosophischen System Hegels und Stahls. Stahl unterscheidet bei den vom Volk entfaltenen «Gemeinschaften für Partikular-Zwecke» (im Gegensatz zum Staat als der «Gemeinschaft für die Totalität der Lebenszwecke») «die Gemeinde und die Standesgemeinschaft (Korporation)»<sup>(83)</sup> und erklärt, daß die (freie) Assoziation «die Korporation nicht ersetzen» könne<sup>(84)</sup>; auch für Hegel sind die Korporationen umfassende, (berufs-)ständische Gemeinschaften<sup>(85)</sup>. Aber sogar der liberale Carl Theodor Welcker erklärt in seinem Artikel «Corporation» in der zweiten Auflage des Rotteck-Welckerschen «Staats-Lexikons» (1846): «Eine Corporation ist eine dauernde, unsterbliche, innige Vereinigung mehrerer einzelnen Menschen zu einer größeren Gesamtpersönlichkeit für einen höheren unsterblichen Menschheitszweck»<sup>(86)</sup>.

Die zivilrechtliche Literatur vom Anfang des 19. Jahrhunderts übernimmt zum Teil diesen Korporationsbegriff (wobei zu beachten ist, daß sich dieser Begriff keineswegs mit dem sehr viel weiteren der «moralischen Person» in ihrem Verständnis durch das späte

<sup>(82)</sup> F. MÜLLER (N. 15), zur konservativen Theorie 86-142, vgl. außer Stahl (138 ff. u. öfter) auch etwa die Zitate aus Schlegel (96) und Baader (103, 133).

<sup>(83)</sup> F. J. STAHL, *Die Philosophie des Rechts*, 2. Band, 2. Abteilung (4. Buch), 5. Aufl., Tübingen 1878, Reprint Hildesheim 1963, 15.

<sup>(84)</sup> F. J. STAHL (N. 83), 83.

<sup>(85)</sup> G. W. F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (1821) = *Werke* (auf der Grundlage der Werke von 1832-1845 neu edierte Ausgabe, Frankfurt a.M. 1970) VII, § 250 (S. 393): «der Stand des Gewerbes, ist auf das Besondere wesentlich gerichtet, und ihm ist daher vornehmlich die Korporation eigentümlich». Zur Hegelschen Korporationslehre: F. MÜLLER (N. 15), 157 ff.; K. J. BIEBACK (N. 5), 239 ff.

<sup>(86)</sup> C. WELCKER, *Corporation, Corpus, universitas, moralische Person, Personengemeinheit, Gemeinheit (Collegium)*, in *Das Staats-Lexikon*, hrsg. v. C. v. Rotteck u. C. Welcker, neue Aufl., 3. Band, Altona 1846, 560-563 (560).



18. Jahrhundert deckt) <sup>(87)</sup>. Christian Friedrich Glück definiert in seinem Pandektenkommentar: « Eine Universitas personarum, eine Gemeinheit, Gemeinde, Collegium, Korpus oder Korporation ist überhaupt eine vom Staate oder desselben Oberhaupte ausdrücklich genehmigte oder privilegirte Gesellschaft, die sich zu einem fortdauernden gemeinnützigen Zweck verbunden hat » <sup>(88)</sup>. Offenbar wird hier genau der Begriff des preußischen Allgemeinen Landrechts übernommen <sup>(89)</sup>. Man könnte denken, diese Aussage sei nicht repräsentativ für die Zeit, da Glück eben ein preußischer Jurist war und seine Vorlage, das Lehrbuch Johann August Hellfelds, keinen gemeinnützigen Zweck fordert. Aber auch Hellfeld verlangt einen dauernden Zweck <sup>(90)</sup> und Anton Friedrich Justus Thibaut nennt in den früheren Auflagen seines Systems « Gemeinheit, universitas » nur solche Personenmehrheiten, die sich zu einem « immerwährenden Zweck » verbunden haben <sup>(91)</sup>. Und berücksichtigt man, daß « Gemeinheit » zu dieser Zeit vielfach als Synonym für « Gemeinde » angesehen wurde <sup>(92)</sup>, so wird deutlich, daß eben doch mit dem Begriff « Korporation » die Vorstellung einer öffentlichen, dauernden Personenvereinigung verbunden war.

Die Tendenz in der zivilrechtlichen (pandektistischen) Lehre ging allerdings dahin, diesen materiellen Begriff durch einen technischen, nur von den Rechtsfolgen her konzipierten, Begriff der juristischen Person zu ersetzen, nach dem keine bestimmten Anforderungen mehr an das Substrat, das zum Rechtssubjekt

---

<sup>(87)</sup> Vgl. O. v. GIERKE, *Genossenschaftsrecht*, IV (N. 79), 531 f., 565 u. öfter.

<sup>(88)</sup> C. F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld, ein Commentar*, I. Theil, 2. Aufl., Erlangen 1797, 493.

<sup>(89)</sup> Richtig K. PFEIFER (N. 95), 27 Fußn. 1.

<sup>(90)</sup> J. A. HELLFELD, *Jurisprudentia forensis secundum pandectarum ordinem*, besorgt von G. E. Oeltze, 4. Aufl., Jena 1801, 29: « Est autem universitas societas ex approbatione imperantis ad perpetuum quendam finem in civitate existens ».

<sup>(91)</sup> A. F. J. THIBAUT, *System des Pandekten-Rechts*, I. Band, Jena 1803, 145; ebenso 4. Aufl., Jena 1814, 166 f.

<sup>(92)</sup> J. C. ADELUNG, *Grammatisch-kritisches Wörterbuch der Hochdeutschen Mundart*, revidirt und berichtigt von F. X. Schönberger, 2. Theil, Wien 1814, 551 hat nur die Bedeutung 1) « eine Gemeinde », 2) « Ein einer solchen Gemeinde gehöriges Gut ».

erhobene Gebilde, gestellt wurden außer der, daß es vom Staat als Rechtssubjekt anerkannt sei und, bei Korporationen, daß es aus einer Verbindung mehrerer Personen zu irgendeinem Zweck bestehe. Vor allem Arnold Heise scheint in seinen berühmten Pandektenvorlesungen diese Entwicklung gefördert zu haben. In einer Göttinger Vorlesung vom Winter 1816-17 nennt er als «Requisite» der universitas die «Vereinigung mehrerer Menschen», die «Bestätigung der Staatsgewalt» und einen «bestimmten Zweck» der Vereinigung. In diesem Punkt fügt er hinzu: «Man sagt sie erfordere einen finis perpetuus. Doch das ist irrig»<sup>(93)</sup>. Ebenso erklärt Wening-Ingenheim in seinem auf Heises Vorlesungen beruhenden Lehrbuch, «Gemeinheit (universitas, corpus)» sei «eine vom Staate anerkannte, bestätigte Vereinigung mehrerer Menschen zu einem bestimmten Zwecke. Daß der letztere ein immer währender, ewig dauernder sey, fordern die Gesetze nirgends»<sup>(94)</sup>. Im Gefolge Heises wird nun zuweilen betont, daß die Korporation keinen besonders gearteten Zweck voraussetze<sup>(95)</sup>, und sogar Thibaut hat in den späteren Auflagen seines «Systems» (jedenfalls ab 1834) das Erfordernis des immerwährenden Zwecks fallengelassen<sup>(96)</sup>. Wenn auch in der Literatur noch der dreißiger Jahre zuweilen vom dauernden Zweck die Rede ist<sup>(97)</sup>, so wird doch der technische, vom Substrat der Korporation weitgehend absehende, Begriff ganz vor-

<sup>(93)</sup> A. HEISE, *Pandektenvorlesung*, Göttingen, Winter 1816-17 (ungedruckte Nachschrift, im Institut für Römisches Recht der Universität Bonn, Signatur VI Au 161), I. Band, 285.

<sup>(94)</sup> J. N. v. WENING-INGENHEIM, *Lehrbuch des Gemeinen Civilrechts*, I. Band, München 1822, 113.

<sup>(95)</sup> Ausdrücklich K. PFEIFER, *Die Lehre von den juristischen Personen nach gemeinem und württembergischem Rechte*, Tübingen 1847 (Reprint Frankfurt a.M. 1970), 26.

<sup>(96)</sup> A. F. J. THIBAUT (N. 91), 7. Aufl., Jena 1834, I. Band, 103 (jede «Mehrheit von Personen», die «das Recht bekommen hat ..., eine einzige moralische Person ... zu bilden»).

<sup>(97)</sup> F. MACKELDEY, *Lehrbuch des heutigen Römischen Rechts*, I. Band, Gießen 1831, 192; R. MAURENBRECHER, *Lehrbuch des Privatrechts* (wie N. 22), I. Abtheilung, Bonn 1832, 168; G. PHILLIPS, *Grundsätze des gemeinen Deutschen Privatrechts*, 2. Aufl., I. Band, Berlin 1838, 332. Alle diese Autoren fordern aber auch staatliche Anerkennung und führen daher ihren Korporationsbegriff nicht konsequent durch.

herrschend <sup>(98)</sup>. Für Savigny (1840) ist die juristische Person « ein des Vermögens fähiges künstlich angenommenes Subject » <sup>(99)</sup>. Dabei haben die Corporationen — anders als die Stiftungen — « eine sichtbare Erscheinung in einer Anzahl einzelner Mitglieder », jedoch liegt das « Wesen aller Corporationen » lediglich darin, « daß das Subject der Rechte nicht in den einzelnen Mitgliedern ... besteht, sondern in dem idealen Ganzen » <sup>(100)</sup>. Puchta sieht den Unterschied zwischen der privaten Gesellschaft, der bloßen Personenmehrheit, und der Korporation nicht in irgendwelchen strukturellen Merkmalen, sondern nur und gerade darin, daß bei der Korporation das Vermögen ihr und nicht « den Gliedern der juristischen Person gehört » <sup>(101)</sup>. Nicht die Struktur des Vereins, sondern die staatliche Anerkennung bestimmt also die Korporationsqualität, der Staat verleiht « Korporationsrechte » <sup>(102)</sup> und kann dadurch eine Gesellschaft zur juristischen Person (Korporation) « umwandeln » <sup>(103)</sup>.

<sup>(98)</sup> K. BUCHER, *System der Pandekten*, Erlangen 1822, 56 (« Gemeinheit ... ist ein Inbegriff mehrerer einzelner Personen, welche zusammen als ein Subject betrachtet werden »); J. A. SEUFFERT, *Lehrbuch des praktischen Pandektenrechts*, 1. Band, Würzburg 1825, 62 (« Unter universitas, Gemeinheit, versteht man den zu bestimmten Zwecken gebildeten Verein mehrerer Menschen, welcher vom Staat als besonderes Rechtssubject anerkannt ist »); C. F. MÜHLENBRUCH, *Lehrbuch des Pandekten-Rechts*, 1. Theil, Halle 1835, 365: « Die Persönlichkeit kann geknüpft werden a) an eine Mehrheit von physischen Personen, die im Begriff ein einziges Rechtssubjekt bilden, und entweder gleichzeitig vorhanden sind - universitates personarum ... ». Später spricht Mühlenbruch allerdings auch einmal von « bleibendem Zweck » (373), handelt dort aber nicht gerade von den rechtsfähigen Vereinigungen; J. F. L. GÖSCHEN, *Vorlesungen über das gemeine Civilrecht*, hrsg. v. A. Erxleben, 1. Band, Göttingen 1838: Substrat der universitas besteht in einer « Mehrzahl physischer Personen », die « zu einem gemeinschaftlichen Zwecke zusammentritt », diese « verwandelt » sich dadurch, daß sie « als mögliches Subject von Rechten und Verbindlichkeiten anerkannt wird » in eine juristische Person (201).

<sup>(99)</sup> F. C. v. SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, 2. Band, Berlin 1840, 239.

<sup>(100)</sup> F. C. v. SAVIGNY, *System* (N. 99), 243.

<sup>(101)</sup> G. F. PUCHTA, *Corporationen*, in *Rechtslexikon für Juristen aller teutschen Staaten*, redigirt von J. Weiske, 3. Band, 2. Ausgabe, Leipzig 1844, 65-79 (73 f.).

<sup>(102)</sup> G. F. PUCHTA, *Corporationen* (N. 101), 77 (« Ertheilung der Corporationsrechte »); F. C. v. SAVIGNY, *System* (N. 99), 279 (« Ertheilung der Rechte einer juristischen Person »).

Mit diesem rein technischen Korporationsgriff scheint sich auf den ersten Blick die Zivilrechtswissenschaft vom alten, ständischen Korporationsbegriff gelöst und auch den modernen, freien Assoziationen, namentlich den in den dreißiger, vor allem den vierziger Jahren des 19. Jahrhunderts massenhaft entstehenden wirtschaftlichen (vor allem Aktiengesellschaften) und ideellen Vereinigungen den Weg zur Rechtspersönlichkeit gebahnt zu haben. Dieser Eindruck täuscht aber aus mehreren Gründen. Einmal wurde überall die Korporationseigenschaft und damit Rechtspersönlichkeit an die staatliche Anerkennung geknüpft. Und wenn auch, namentlich durch Mühlenbruch und Puchta <sup>(104)</sup>, diese Lehre in der Weise aufgelockert wurde, daß auch eine Anerkennung durch allgemeinen Rechtssatz, sogar durch Gewohnheitsrecht ausreiche, so bestand doch Anfang der vierziger Jahre noch weitgehend Einigkeit darüber, daß ein derartiger Rechtssatz etwa für die Aktiengesellschaften und die Idealvereine jedenfalls gemeinrechtlich nicht existierte <sup>(105)</sup>. Man wird aber noch darüber hinausgehen und sagen müssen, daß dem scheinbar neuen, technischen Korporationsbegriff auch in der Zivilrechtswissenschaft *materiell* vielfach noch der alte ständische Korporationsbegriff unterlegt wurde. So führt etwa Puchta in seinem Pandektenlehrbuch als Beispiele für «Universitates personarum» nur den Staat, die Gemeinden, die «Corporationen, welche in Verbindung mit einzelnen Staatsanstalten stehen, so daß sie öffentlichen Zwecken dienen» und die Kirchen und kirchlichen Korporationen an <sup>(106)</sup>. Savigny macht deutliche Unterschiede zwischen den

---

<sup>(103)</sup> J. F. L. GÖSCHEN wie N. 98; K. PFEIFER (N. 95), 36 u. öfter. Zutreffend stellt F. SCHIKORSKI (N. 5) 85 u. öfter fest, daß die Frage nach dem korporativen Substrat bei den Anhängern dieser Richtung (Savigny-Puchta) vernachlässigt wird.

<sup>(104)</sup> C. F. MÜHLENBRUCH, *Rechtliche Beurtheilung des Städtischen Beerbungsfalles*, Halle 1828, 157-160; G. F. PUCHTA, *Corporationen* (N. 101), 67 f.; C. F. GERBER, *System* (N. 17), 104.

<sup>(105)</sup> C. F. MÜHLENBRUCH, *Rechtl. Beurtheilung* (N. 104), 161 (Vereine); G. F. PUCHTA, *Corporationen* (N. 101), 76 f. (Aktiengesellschaften etc.); C. F. GERBER wie N. 104.

<sup>(106)</sup> G. F. PUCHTA, *Pandekten*, 5. Aufl., besorgt von A. Rudorff, Leipzig 1850, 39 f.

gewachsenen (Fiskus, Gemeinden, Zünfte, Innungen) und den « willkürlichen » Korporationen <sup>(107)</sup>, für die er die Beispiele auffälligerweise vorwiegend der römischen Geschichte entnimmt <sup>(108)</sup> und deren spezielle staatliche Konzessionierung er — anders als beim Fiskus und den Gemeinden — verlangt <sup>(109)</sup>. Vor allem aber wird beim Streit um die Rechtsnatur der konzessionierten Aktiengesellschaften das Fortwirken des alten ständischen Korporationsbegriffs deutlich. Es wird gegen die Korporationsqualität der Aktiengesellschaft eingewendet, daß sie sich von « der dem öffentlichen Rechte angehörigen corporativen, organischen, politischen Gesellschaftsart » unterscheide, daß Korporationen nur « Gesellschaften des öffentlichen Rechts » genannt werden könnten (Marbach) <sup>(110)</sup>, daß Korporationen auf einen « immerwährenden Zweck » gerichtet seien und den Grund ihrer Existenz nicht im Vertrag ihrer Mitglieder, sondern « in dem Willen der gesetzgebenden Gewalt » hätten (Treitschke) <sup>(111)</sup>, daß unter dem Namen « Korporation » « gewöhnlich bloß verstanden werden bleibende Vereine zu *öffentlichen Zwecken* » (Reyscher) <sup>(112)</sup>.

Puchta verlangt für Korporationen, deren Zwecke « bloß privater Art » sind, wie den Aktiengesellschaften, außer der staatlichen Konzessionierung noch « die specielle Ertheilung der Corporationsrechte von Seiten des Regenten »: « Außerdem sind es bloße Gesellschaften » <sup>(113)</sup>; Gerber hält die Verleihung der Rechtspersönlichkeit an Aktiengesellschaften, « welche keinen allge-

<sup>(107)</sup> F. C. v. SAVIGNY, *System* II (N. 99), 242 f.

<sup>(108)</sup> F. C. v. SAVIGNY, *System* II (N. 99), 253 ff.

<sup>(109)</sup> F. C. v. SAVIGNY, *System* II (N. 99), 275.

<sup>(110)</sup> F. A. MARBACH, *Ein Wort über den Rechtscharakter der Actiengesellschaft*, Leipzig 1844, 20, 13. Daß Marbach zu den Anhängern der Genossenschaftstheorie gehöre, wie C. J. A. MITTERMAIER, *Grundsätze*, 7. Aufl. (N. 43), I. Band, 343 Fußn. 1 anzudeuten scheint, ist unzutreffend.

<sup>(111)</sup> TREITSCHKE, *Einige Fragen, Actiengesellschaften betreffend*, in *Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft*, 5 (Leipzig 1841), 324-353 (338 f.).

<sup>(112)</sup> A. L. REYSCHER, *Über das Verhältniß der Aktionäre zu den Gläubigern der Actiengesellschaft*, in *Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft*, 13 (Tübingen 1852), 382-413 (387). Allerdings sieht Reyscher in den Aktiengesellschaften doch juristische Personen (387 u. öfter).

<sup>(113)</sup> G. F. PUCHTA, *Corporationen*, wie N. 105.

meinen und von dem Privatinteresse der einzelnen Mitglieder unabhängigen Zweck haben ... für etwa Unnatürliches, Zweckwidriges und Bedenkliches » und betrachtet « Corporationen dieser Art als *uneigentliche*, den eigentlichen nur nachgebildete » <sup>(114)</sup>. Auch Savignys gerade in jüngster Zeit viel diskutierte Konstruktion der Aktiengesellschaft <sup>(115)</sup> läßt sich unter diesem Gesichtspunkt wohl zwanglos erklären. Savigny meint, daß bei der mit Korporationsrechten privilegierten Aktiengesellschaft die « korporative Verfassung lediglich die leichtere und vollständigere Vertretung nach außen zum Zweck hat », da « ursprünglich gewiß eine reine Societät ... vorhanden ist, und ... die spätere Ertheilung der Korporationsrechte gewiß nicht dazu bestimmt ist, das innere Rechtsverhältniß wesentlich umzuändern » <sup>(116)</sup>. Wenn auch diese Sätze schon den Zeitgenossen « nicht ganz klar » (Unger) <sup>(117)</sup> waren, so lassen sie doch jedenfalls so viel erkennen, daß Savigny die Aktiengesellschaft ihrem Wesen nach eben nicht für eine Korporation hält, seinem technischen Korporationsbegriff (der die Korporationsqualität der Aktiengesellschaft an sich nicht ausschliesse) also einen engeren materiellen Korporationsbegriff unterlegt <sup>(118)</sup>.

Im Grunde gibt es also zwei korporationserzeugende Elemente in diesem Stadium der zivilrechtlichen Körperschaftstheorie: den

<sup>(114)</sup> C. F. GERBER, *Bemerkungen* (N. 70), 205 f.

<sup>(115)</sup> Wichtiges neues Material hat T. BAUMS (N. 80) in Gestalt der Materialien zum preußischen Aktiengesetz von 1843 erschlossen. Herrn Dr. Baums möchte ich auch für viele weitere Hinweise zur Geschichte des Rechts der Aktiengesellschaften danken. - Zu Savignys Staatsratsvotum über die rechtliche Einordnung der Aktiengesellschaften: T. BAUMS, aaO, 31-34, zu Savignys Äußerungen im Obligationenrecht: T. BAUMS, aaO, 38-44; W. FLUME (N. 9), 357-359; H. KIEFNER, *Personae vice fungitur? Juristische Person und «industrielle Corporation» im System Savignys*, in *Festschrift für Harry Westermann*, Karlsruhe 1974, 263-274; J. WILHELM, *Rechtsform und Haftung bei der juristischen Person*, 81 f., 342 f.

<sup>(116)</sup> F. C. v. SAVIGNY, *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts*, 2. Band, Berlin 1853, 113-114 Fußn. f'.

<sup>(117)</sup> J. UNGER, *Zur Lehre* (N. 16), 184. - Bei A. RENAUD, *Das Recht der Actiengesellschaften*, 2. Aufl., Leipzig 1875, 142 Fußn. 1, erscheint Savigny sogar als Anhänger der Genossenschaftstheorie bzw. der Theorie von der Gesellschaft mit formeller Personeneinheit.

<sup>(118)</sup> So m. E. zutreffend auch J. WILHELM (N. 115), 343.

Staat und, im späten Absolutismus und frühen Konstitutionalismus natürlich nur unter staatlicher Kontrolle, die « Stände » (abgeschwächt noch dort sichtbar, wo man vorstaatliche Gebilde, wie Gemeinden, ohne besondere Konzession entstehen läßt) <sup>(119)</sup>.

Die freie, quer durch die Stände gehende, privatrechtliche Vereinigung kann nach diesen Grundsätzen keine Korporation ohne staatliche Genehmigung hervorbringen. Sie ist nur Gesellschaft, « societas », und erst unter dem Eindruck der Angriffe Beselers auf diese Qualifizierung entschloß man sich, durch « Modifikationen » des römisch-rechtlichen societas-Begriffs (vor allem durch Ausschluß der Teilungsklage) die gröbsten Unzuträglichkeiten dieser Einordnung zu beseitigen <sup>(120)</sup>. Es blieb aber nach dieser Auffassung dabei, daß diese Verbände als solche nicht Rechte und Pflichten haben, nicht klagen und verklagt werden, nicht in öffentliche Bücher eingetragen werden konnten usw.

## 2. Beselers Neufassung des Korporationsbegriffs.

In « Volksrecht und Juristenrecht » (1843) bestimmt Beseler die Korporation als die Vereinigung mehrerer Personen « zur Erreichung gemeinschaftlicher Zwecke auf die Dauer errichtet » <sup>(121)</sup>. Diese Formulierung klingt an sich harmlos und könnte als bloße Wiederaufnahme der älteren materiellen Körperschaftsdefinitionen mißverstanden werden. Aber Beseler fordert eben keinen gemeinnützigen, öffentlichen Zweck mehr, und anders als Autoren wie Phillips und Maurenbrecher <sup>(122)</sup>, die auch nur noch einen dauernden Zweck verlangen, macht Beseler mit diesem Begriff

---

<sup>(119)</sup> F. C. v. SAVIGNY, *System* II (N. 99), 275; « Die meisten Gemeinden sind so alt, ja älter als der Staat ... ».

<sup>(120)</sup> So zuerst wohl H. THÖL (N. 17), 56; C. F. GERBER, *System* (N. 17), 103 Fußn. 4.

<sup>(121)</sup> G. BESELER, *Volksrecht* (N. 34), 161. Im Druck steht übrigens « mehrer Pernen ». S. H. HATTENHAUER, *Grundbegriffe des Bürgerl. Recht*, 1982, 30.

<sup>(122)</sup> Wie N. 97. PHILLIPS setzt nämlich außerdem « spezielle Genehmigung » des Staates voraus (335), so ist ihm auch die Aktiengesellschaft « Societät » (2. Band, 473 f.); MAURENBRECHER (N. 97) verlangt außerdem « landesherrliches Privilegium » (170), auch für ihn ist die Aktiengesellschaft « Gesellschaft » (2. Abtheilung, Bonn 1834, 439 f.), wenn auch nicht römische « societas ».

ernst, indem er — im 19. Jahrhundert wohl erstmals <sup>(123)</sup> — Freiheit der Körperschaftsbildung (wenn auch mit einigen Ausnahmen) <sup>(124)</sup> behauptet und somit auch etwa Idealvereine und Aktiengesellschaften zu den Korporationen, also den juristischen Personen, rechnet <sup>(125)</sup>.

Das gewissermaßen Revolutionäre dieses Korporationsbegriffs ist denn auch Beselers Kritikern sofort aufgefallen. Heinrich Thöl hat in seiner «geharnischte(n) Streitschrift» <sup>(126)</sup> gegen Beselers «Volksrecht» (1846) sogleich diesen Punkt aufgegriffen. Er bemängelt, daß Beseler «den nun einmal herkömmlichen und geläufigen Ausdruck Corporation ... mit einem andern, der den Sprachgebrauch gar nicht für sich hat» vertauscht habe, er weist darauf hin, daß «der Sprachgebrauch in einem sehr gesunden Tact es vermieden hat und vermeiden wird, Vereine, welche nicht juristische Personen sind, Corporationen zu nennen» <sup>(127)</sup> (nach Beseler sind sie aber eben juristische Personen!) und kommt dann zum Kern der Sache: «Es ist in der gebildeten Sprache unerhört, daß man von der Corporation zweier Kaufleute ... redet, daß man einen Mäßigkeitsverein, eine Liedertafel, einen Armenverein ... so ohne Weiteres eine Corporation nennt. Auch hat man noch nie von der Corporation der Eheleute ... gehört» <sup>(128)</sup>. Nicht weniger deutlich hat der neben Thöl erbitterteste Gegner der

---

<sup>(123)</sup> Die Frage wird auf breiterer Front vor allem anlässlich des Städel'schen Erbfalls (dazu H. KIEFNER in diesem Band) diskutiert; dabei votieren mehrere Autoren für Genehmigungsfreiheit der Stiftungen, für freie Körperschaftsbildung aber wohl nur C. F. ELVERS, *Theoretisch-praktische Erörterungen aus der Lehre von der testamentarischen Erbfähigkeit insbesondere juristischer Personen*, Göttingen 1827, 157 ff.; vgl. O. v. GIERKE, *Genossenschaftstheorie* (N. 3), 15 f. Fußn. 1. ELVERS' Ausführungen laufen in der Sache auf die spätere Theorie der freien Körperschaftsbildung hinaus (vgl. besonders 202), die Genehmigungsfreiheit wird bei ihm aber offenbar auf «stillschweigende Billigung der Gesetzgebung» (197), also nicht auf «Volksrecht» gestützt. Vgl. auch C. F. MÜHLENBRUCH, *Rechtl. Beurtheilung* (N. 104), 158 Fußn. - Zu etwaigen «Vorläufern» Beselers in der Lehre von der Aktiengesellschaft s. unten III.

<sup>(124)</sup> G. BESELER, *Volksrecht* (N. 34), 169-181.

<sup>(125)</sup> G. BESELER, *Volksrecht* (N. 34), 166-168.

<sup>(126)</sup> So O. v. GIERKE, *Genossenschaftstheorie* (N. 3), 4 Fußn.

<sup>(127)</sup> H. THÖL (N. 17), 20.

<sup>(128)</sup> H. THÖL (N. 17), 21.



Genossenschaftstheorie, Carl Friedrich Gerber, die Beselersche Neuerung herausgespürt: « Er (sc. Beseler) will nun den Begriff der Corporation dahin umgestalten und materiell erweitern, daß er fähig wird, eine Menge genossenschaftlicher Verhältnisse aufzunehmen, die man bisher nicht zu den Corporationen rechnete. Diese Veränderungen beziehen sich einmal auf die Begründung; eine Genossenschaft (d.h. Corporation) soll auch da, wo nach der bisherigen Annahme nicht schon ein allgemeiner Rechtssatz sie entstehen ließe, zu ihrer Begründung lediglich des Willens der Parteien, also nicht eines Aktes der Staatsgewalt bedürfen » (129).

Diese Darstellung war ganz zutreffend. Beseler hatte an Stelle des nach der älteren Lehre korporationserzeugenden Standes bzw. Staates den Willen der sich vereinigenden Mitglieder gesetzt. Dadurch stellte sich allerdings das Problem der Abgrenzung zwischen Korporation und bloßer (nicht rechtsfähiger) Gesellschaft ganz neu: das Kriterium konnte nunmehr weder in der Art des Zwecks (älterer materieller Begriff: fortdauernd, gemeinnützig), noch (technischer Begriff) in der staatlichen Anerkennung gefunden werden, es mußte vielmehr in der inneren Struktur der Vereinigung gesucht werden. Insofern traf Thöls Kritik in der Tat einen wunden Punkt, als das Merkmal der Errichtung « auf die Dauer » zur Abgrenzung nicht ausreichte, und Thöls Frage « Wie unterscheidet sich nun aber die Dauer von einer Dauer? » (130) war ganz berechtigt. Wirklich ist Beseler — auch in Folge der oben schon dargestellten Gleichsetzung von Gesamthand und Korporation (Genossenschaft) (131) — die Abgrenzung von Gesellschaft-Gesamthand und Körperschaft in « Volksrecht und Juristenrecht » noch nicht gelungen, denn Errichtung auf (irgendeine) « Dauer » liegt bei jeder Gesellschaft, auch bei der Ehe und der offenen Handelsgesellschaft vor. Beseler hat die spätere Lösung zwar schon 1843 gespürt, wenn er gerade Gebilde wie die Ehe, die offene Handelsgesellschaft und die « Schiffsrhederei » (132) dann doch nicht zu den eigentlichen Genossenschaften (Korpo-

(129) C. F. GERBER, *Bemerkungen* (N. 70), 194.

(130) H. THÖL (N. 17), 23.

(131) Oben zu N. 34 ff.

(132) G. BESELER, *Volksrecht* (N. 34), 167, 169.

rationen) zählen will; unvermittelt spricht er von der «rechte(n) corporative(n) Haltung», die etwa der «Schiffsrhederei» fehle<sup>(133)</sup>. Damit war nun aber ein weiteres, über die Ausgangsdefinition der «Corporation» hinausgehendes Abgrenzungskriterium eingeführt, das auf der Grundlage der älteren Lehre um so überraschender sein mußte, als bisher noch niemals (lediglich) die verfassungsmäßige Struktur zum entscheidenden Merkmal der Korporation gemacht worden war. Thöl und Gerber empfinden denn auch offensichtlich die Wendung «corporative Haltung» als neu und ungewöhnlich und setzen sie wie ein seltsames literarisches Fundstück distanzierend in Anführungszeichen<sup>(134)</sup>.

Die richtige Lösung lag aber nach der Theorie der freien Körperschaftsbildung in der Tat darin, nicht mehr auf die staatliche Anerkennung, sondern auf die verfassungsmäßige Struktur der Vereinigung zu sehen. Beseler hat mit großer Zähigkeit an dieser Frage weitergearbeitet und festzustellen versucht, was denn die korporative Verfassung (Haltung, Tendenz) — Ausdrücke, die durch ihn nach und nach üblich werden — nun eigentlich ausmacht. In der ersten Auflage seines «Systems» (1847) kehrt er zwar zum technischen Korporationsbegriff zurück<sup>(135)</sup>, erkennt aber das Problem nun deutlicher, weil er jetzt scharf zwischen Korporation einerseits und materieller Rechtsgemeinschaft (Gesamthand) sowie modifizierter Gesellschaft andererseits unterscheidet<sup>(136)</sup>. So widmet er der Abgrenzung zwischen Korporation (Genossenschaft) und Gesellschaft nun mehr als zwei Seiten<sup>(137)</sup>: Als Kern schält sich heraus, daß sich der Verein «trotz des Wechsels der Mitglieder auf dem Grunde seiner Verfassung fortwährend in gleichmäßiger Wirksamkeit ... erhält», daß «die Vorsteher als solche am Geschäftsleben Theil nehmen, ein Ver-

<sup>(133)</sup> G. Beseler, *Volksrecht* (N. 34), 167.

<sup>(134)</sup> H. THÖL (N. 17), 28 f.; C. F. GERBER, *Bemerkungen* (N. 70), 195 zu G. BESELER, *System I* (N. 72), 381.

<sup>(135)</sup> G. BESELER, *System I* (N. 72), 351 («Mehrheit einzelner Menschen ..., welche zu gemeinsamen Zwecken verbunden, als Ganzes betrachtet mit einer selbständigen Persönlichkeit versehen ist»).

<sup>(136)</sup> G. BESELER, *System I* (N. 72), 358 f.

<sup>(137)</sup> G. BESELER, *System I* (N. 72), 379-382.

mögen vorhanden, welches unmittelbar nur dem Vereinszweck zu dienen bestimmt ist» — «kurz wenn sich die ganze Einrichtung consolidirt hat und eine corporative Haltung bekundet, so wird ... der Charakter der Genossenschaft deutlich und unverkennbar hervortreten» <sup>(138)</sup>. In den späteren Auflagen des «Systems» folgt dann der genaueren Erfassung des Unterschiedes zwischen Korporation und Gesellschaft auch eine verbesserte Definition, nach der die Korporation schließlich erscheint als «der Verein von Menschen mit einem in der Verfassung gesicherten selbständigen Zwecke, welcher auf die Dauer berechnet ist» <sup>(139)</sup>.

Ich habe von «der Begründung des modernen Körperschaftsbegriffs» durch Beseler gesprochen. Das ist folgendermaßen zu präzisieren: Beseler hat den modernen Begriff der Körperschaft vorweggenommen, soweit man nicht unter «Körperschaft» positivistisch nur solche Gebilde versteht, denen nach geltendem Recht Rechtsfähigkeit zukommt <sup>(140)</sup>. Daß ein solcher nicht-positivistischer Körperschaftsbegriff auch in einem Privatrechtssystem Bedeutung hat, welches (wie das gegenwärtige deutsche) nicht von der freien Körperschaftsbildung ausgeht, zeigt sich bei

<sup>(138)</sup> G. BESELER, *System I* (N. 72), 381.

<sup>(139)</sup> G. BESELER, *System I*, 4. Aufl., Berlin 1885, 255. Schon in der 2. Aufl., Berlin 1866, 234, kommt Beseler wieder zum «dauernden Zweck»: Corporation ist «der zu gemeinsamen dauernden Zwecken verbundene Verein einzelner Menschen, welcher mit einer selbständigen Persönlichkeit versehen ist ...». Die dritte Auflage war mir nicht zugänglich.

<sup>(140)</sup> Vgl. etwa die Definitionen: «bestandfeste, vom Mitgliederbestand unabhängige, meist vielgliedrige Verbände» (F. LAUFKE, *Körperschaft*, in *Staatslexikon* (N. 1), V, 1960, 50); «die allg. Rechtsform eines Personenverbandes als einer selbständigen rechtl. und sozialen, oft auch wirtschaftl. Einheit zur Verfolgung mehr oder weniger genau bestimmter Anliegen ihrer wechselnden Mitglieder» (HANS J. WOLFF, *Körperschaft*, in *Evangelisches Staatslexikon*, hrsg. v. H. Kunst, R. Herzog, W. Schneemelcher, 2. Aufl., Berlin 1975, 1319); «Eine auf die Dauer angelegte freiwillige Personenvereinigung, die in ihrem Bestand vom Mitgliederwechsel unabhängig ist, eine körperschaftliche Verfassung sowie einen Gesamtnamen hat, und von ihren Mitgliedern selbst verwaltet wird» (zu «Verein»: L. ENNECERUS - H. C. NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 15. Aufl., Tübingen 1959, I. Halbband, 621). Andererseits K. LARENZ (N. 6), 116: «Vereinigungen, die auf eine gewisse Dauer angelegt sind, nach außen als Einheit auftreten und rechtsfähig sind» (Hervorhebung von mir).

der modernen Diskussion um den nichtrechtsfähigen Verein und die (Kapital-) Vorgesellschaft: Indem man diese Gebilde, die positivrechtlich nicht rechtsfähig sind, gerade wegen ihrer körperschaftlichen Struktur doch den rechtsfähigen annähert <sup>(141)</sup>, erweist sich die Kraft des — gewissermaßen « vorrechtlichen » — strukturellen Körperschaftsbegriffs, wie ihn erstmals wohl Beseler formuliert hat.

### 3. *Die Ausbreitung des neuen Korporationsbegriffs in und außerhalb der Genossenschaftstheorie bis zum Auftreten Gierkes.*

Beseler war der einzige unter den älteren Genossenschaftstheoretikern, der über die ursprüngliche Identifizierung von Genossenschaft und Gesamthand hinausgeschritten und zu einer Differenzierung zwischen Genossenschaft (Korporation) und Gesamthand gelangt ist. Er war daher auch der einzige, der das Abgrenzungsproblem klar gesehen hat. Das ist zu beachten, wenn man nach Spuren des neuen strukturellen Körperschaftsbegriffs bei den anderen Genossenschaftstheoretikern sucht: sie könnten sich nur da finden lassen, wo nicht nur freie Körperschaftsbildung bejaht (anders Weiske und Renaud) <sup>(142)</sup>, sondern auch die Genossenschaft (Korporation) von der Gesamthand-Gesellschaft unterschieden wurde. Das ist aber in der zweiten Phase der älteren Genossenschaftstheorie noch nicht geschehen, und dieser zweiten Phase blieben alle Autoren außer Beseler verhaftet. So findet sich etwa bei C. W. Wolff nur das ältere Beselersche Kriterium der Errichtung « auf die Dauer » <sup>(143)</sup> und bei Bluntschli überhaupt keine klare Abgrenzung <sup>(144)</sup>. Deutlicher scheint Schüler

---

<sup>(141)</sup> Vgl. nur etwa K. LARENZ (N. 6), 156 ff. (« steht seiner ganzen Struktur nach einem rechtsfähigen Verein um vieles näher als der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts ») zum nichtrechtsfähigen Verein; R. REINHARDT (N. 8), 317 ff. zur Vorgesellschaft.

<sup>(142)</sup> J. WEISKE wie N. 50; A. RENAUD wie N. 57.

<sup>(143)</sup> C. W. WOLFF (N. 44), 176.

<sup>(144)</sup> Vgl. J. C. BLUNTSCHLI, *Dt. Privatr.* (N. 64), 67, 82, 86, 92 (wo B. sogar gegen allzu « schneidende » Begriffe und « kalte Abstraction » polemisiert). Allerdings kommen Wendungen wie « korporativer Wille » (aaO, 96), « korporative

das Problem erfaßt zu haben, wenn er *communio* und juristische Person durch die «fortdauernde, von der Persönlichkeit der ... Mitglieder unabhängige Persönlichkeit» des Vereins voneinander abgrenzt <sup>(145)</sup>, und schon nicht mehr unter dem Einfluß der älteren Gesamthands-Genossenschaft hat dann Bähr (1864) das maßgebliche Kriterium in der Schaffung eines «Gesamtwillens ..., der innerhalb eines bestimmten Bereichs frei waltet» gesehen <sup>(146)</sup>.

Viel klarer mußte die Problematik jedoch bei den außerhalb der Genossenschaftstheorie stehenden Autoren hervortreten, die sich für freie Körperschaftsbildung einsetzten. Ganz richtig hat Beseler erklärt, mit seiner Abgrenzung von Korporation und Gesellschaft «müssen alle diejenigen im Princip einverstanden sein, welche die Staatsgenehmigung nicht für wesentlich halten» <sup>(147)</sup>. Die Gruppe dieser Autoren wird, nachdem vor 1848 offenbar auf zivilrechtlicher Seite nur Beseler (1843, 1847) und Schüler (1847) <sup>(148)</sup> generell für freie Körperschaftsbildung eingetreten waren, immer größer. Außer den Germanisten Reyscher, Bluntschli und Bähr <sup>(149)</sup> kommen von mehr romanistisch orientierten Autoren bis 1868 jedenfalls hinzu: Unger, Bekker, Fitting, Demelius, Arnolds, Windscheid, Brinz, Baron und Randa <sup>(150)</sup> —

Organisation» (J. C. BLUNTSCHLI, *Das zürcherische Personen- und Familienrecht mit Erläuterungen*, I. Band, Zürich 1854, 36), «korporativ gegliedert» (J. C. BLUNTSCHLI, *Das zürcherische Obligationenrecht mit Erläuterungen*, Zürich 1855, 285 zur Unterscheidung von «Kollektivgesellschaft» und Aktiengesellschaft) bei B. vor, gewinnen aber im «Dt. Privatrecht» keine entscheidende Abgrenzungsfunktion.

<sup>(145)</sup> G. C. SCHÜLER (N. 58), 252, 254.

<sup>(146)</sup> O. BÄHR (N. 78), 27.

<sup>(147)</sup> G. BESELER, *System I* (N. 72), 4. Aufl., Berlin 1885, 279 Fußn. II.

<sup>(148)</sup> G. BESELER, *Volksrecht*, wie N. 124; G. C. SCHÜLER wie N. 63. C. W. WOLFF wie N. 45 nimmt hingegen nur für die, von den juristischen Personen unterschiedenen, «Genossenschaften» Genehmigungsfreiheit an.

<sup>(149)</sup> A. L. REYSCHER (N. 112), 397 (für Aktiengesellschaften); J. C. BLUNTSCHLI, *Dt. Privatr.* (N. 64), 68, 84, 90, 96 f.; O. BÄHR (N. 78), 28-30.

<sup>(150)</sup> J. UNGER, *Zur Lehre* (N. 16), 148 ff.; E. I. BEKKER, *Zweckvermögen, insbesondere Peculium, Handelsvermögen und Actiengesellschaften*, in *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht*, 4 (Erlangen 1861), 499-567 (557, für Aktiengesellschaft); H. FITTING, *Rezension von K. DIETZEL, Die Besteuerung der Actiengesellschaften ...*, in *Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, I. (München 1859), 581-592 (585 f.); (G.) DEMELIUS, *Über fingirte Persön-*

eine sicherlich überraschende Liste, wenn man an der Gierkeschen Vorstellung festhält, daß die freie Körperschaftsbildung etwas spezifisch Deutschrechtliches sei! Interessant ist vor allem die Entwicklung Ungers, die eine um etwas mehr als zehn Jahre verzögerte Parallele zur Entwicklung Beselers darstellt. Unger hat schon in seinem «System des österreichischen allgemeinen Privatrechts» (I, 1856) klar erkannt, daß die «wichtigen und unabweisbar vorhandenen Erscheinungen» des «heutigen Rechtslebens», wie «Dampfschiffahrts- und Eisenbahngesellschaften ... Provinzial- und Localvereine zu religiösen, literarischen, artistischen, socialen Zwecken wie Clubs, Ressourcen, Harmonien, Lesevereine, Kunstvereine u.s.f.» nicht angemessen als bloße «societas» aufgefaßt werden können<sup>(151)</sup>. An ihrer Einordnung als Korporation sieht er sich aber durch das seiner Meinung nach hier bestehende Erfordernis «specieller Concession von Seiten der Staatsgewalt»<sup>(152)</sup> verhindert. So konstruiert er in den «Genossenschaften» der zweiten Phase ähnelndes Zwischengebilde der «Gesellschaften mit formeller (collectiver) Personeneinheit», die nach außen verselbständigt sein, nach innen aber nur in der Gesamtheit der Mitglieder bestehen, vor allem aber kraft «allgemeinem Rechtssatz» ohne Staatsgenehmigung sollen entstehen können<sup>(153)</sup>. Drei Jahre später läßt er diese Konstruk-

---

lichkeit, in *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, hrsg. v. C. F. Gerber und R. Ihering, 4 (Jena 1861), 113-158 (138); L. ARNDTS, *Lehrbuch der Pandekten*, 6. Aufl., München 1868, 47 f. (frühere Auflagen waren mir nicht zugänglich); B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, 3. Aufl., Düsseldorf 1870, 145-147 (§ 60, frühere Auflagen waren mir nicht zugänglich); A. BRINZ (N. 16), 1063 ff.; J. BARON, *Pandekten*, Leipzig 1872, 73 f., wohl auch schon J. BARON, *Die Gesamtrechtsverhältnisse im Römischen Recht*, Marburg und Leipzig 1864 (Reprint Frankfurt/Main 1969), besonders 7 ff.; A. RANDA, I. *Das Zweckvermögen. Die juristische Person. Die Handelsgesellschaft*. - II. *Die nichtkaufmännischen sogenannten Collectivgenossenschaften*, in *Archiv für deutsches Wechselrecht und Handelsrecht*, hrsg. v. E. Siebenhaar, 15 (Leipzig 1866), 1-36, 337-404 (besonders 14-18).

<sup>(151)</sup> J. UNGER, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, I. Band, Leipzig 1856 (zitiert nach der unveränderten 3. Aufl., Leipzig 1868), 331 f. mit Fußn. 12.

<sup>(152)</sup> J. UNGER, *System I* (N. 151), 339.

<sup>(153)</sup> J. UNGER, *System I* (N. 151), 334 f.

tion — ähnlich wie Beseler in der dritten Phase die Gesamthands-Genossenschaft — fallen und schlägt die modernen Verbände den Korporationen zu, deren Begriff er nun auf der Grundlage des Prinzips der freien Körperschaftsbildung neu faßt <sup>(154)</sup>. Charakteristisch ist, daß diese Verbände im «System» von 1856 nur «eine der corporativen ähnliche Verfassung» <sup>(155)</sup>, 1859 aber eindeutig «corporative Tendenz» haben sollten <sup>(156)</sup>. Ein genaueres Eingehen auf diesen Begriff hält Unger jetzt sogar schon für überflüssig, dies sei «eine quaestio facti, über deren Lösung in der Regel kein Zweifel herrschen wird» <sup>(157)</sup>.

In der Sache war wohl allen der genannten Autoren klar, daß ihr Eintreten für die freie Körperschaftsbildung einen neuen, nicht mehr formal auf die staatliche Genehmigung, sondern auf die innere Struktur des Verbandes abstellenden Körperschaftsbegriff erforderte. Julius Baron hat denn auch gesagt: «Daß das Wesen der Corporationen heutzutage noch so wenig bekannt ist, hat m.E. zum großen Theil in der *formellen Behandlung* der juristischen Person seinen Grund» <sup>(158)</sup>. Worin allerdings das «Wesen» der Korporation nach dem neuen, materiellen Begriff bestehen sollte, darüber herrschte — wenn man auf die verschiedenen Definitionen sieht — keine volle Einigkeit. Das ist aber auch nicht verwunderlich, wenn man bedenkt, wie lange selbst Beseler bis zur endgültigen (und vielleicht immer noch nicht voll befriedigenden) Fassung seines Korporationsbegriffs gebraucht hat. So konnte noch Randa 1866 die Frage nach der Grenze zwischen Verein und Gesellschaft als eine «bisher wenig ventilirte» bezeichnen <sup>(159)</sup>. Immerhin ist man sich aber doch darüber einig, daß es auf bestimmte in der Struktur der Verbindung liegende Merkmale ankommt, sei es auf den die Mitglieder überdauernden Zweck <sup>(160)</sup>, sei es auf die Selbständigkeit des Vermö-

<sup>(154)</sup> J. UNGER, *Zur Lehre*, wie N. 16.

<sup>(155)</sup> J. UNGER, *System I* (N. 151), 332.

<sup>(156)</sup> J. UNGER, *Zur Lehre* (N. 16), 156.

<sup>(157)</sup> Wie N. 156.

<sup>(158)</sup> J. BARON, *Die Gesamtrechtsverhältnisse* (N. 150), 9.

<sup>(159)</sup> A. RANDA (N. 150), 18.

<sup>(160)</sup> So J. BARON, *Pandekten* (N. 150), 73.

gens <sup>(161)</sup>, sei es auf die Unabhängigkeit vom Wechsel der Mitglieder <sup>(162)</sup>.

Entschiedener noch als in den Ansätzen zu einer Definition der Körperschaft tritt die Abwendung vom technischen, formalen älteren Korporationsbegriff in der Polemik gegen dessen Anhänger zutage. Vielen der neuen Autoren ist der Gedanke, daß die dem Recht vorgegebene *Struktur* eine Personenvereinigung zur rechtsfähigen Körperschaft macht, schon so selbstverständlich geworden, daß sie die alten Vorstellungen von der Verleihung der «Korporationsrechte» und von der «Umwandlung» einer Gesellschaft in eine Körperschaft durch staatliche Privilegierung gar nicht mehr verstehen. So meint bereits Schüler, es sei «schon Ausfluß einer unrichtigen Ansicht, wenn man von Ertheilung der Rechte einer juristischen Person redet; es sind dieß keine besonderen Rechte, welche, wie ein Privilegium, der Verleihung bedürfen, sondern ob eine Gesellschaft eine juristische Person bilde ... kann bloß aus der Einrichtung der Gesellschaft selbst beurtheilt werden» <sup>(163)</sup>. Ihm folgt Unger: man solle «nicht von Verleihung von Corporationsrechten, sondern nur von Anerkennung der Corporationsqualität sprechen» <sup>(164)</sup>. Bähr sagt: «der Verein lebt nach dem allgemeinen Rechtsbewußtsein aller in und außer ihm Stehenden ein so vollkommen genossenschaftliches (d.h. einheitliches, juristisch-persönliches) Leben, daß eine 'Ertheilung der Corporationsrechte' daran auch nicht das Mindeste ab- und zuthut» <sup>(165)</sup>. Reyscher polemisiert gegen Eichhorn, der die beschränkte Haftung der Aktiengesellschaft von einem staatlichen «Octroi» abhängig machen wollte: «Zunächst ist nicht einzusehen, wie eine Aktien-Unternehmung ... nun plötzlich durch die

---

<sup>(161)</sup> So vor allem die Anhänger der Zweckvermögenstheorie; G. DEMELIUS (N. 150), 132; H. FITTING (N. 150), 585; auch L. ARNDTS (N. 16), 47 und A. RANDA (N. 150), 19.

<sup>(162)</sup> So A. BRINZ (N. 16), 1009. Allerdings wird hier die Korporation nicht als juristische Person verstanden, sondern entsprechend der Brinzschen Zweckvermögenstheorie nur als etwas, «wofür» ein Zweckvermögen «gehören» kann.

<sup>(163)</sup> G. C. SCHÜLER (N. 58), 257 f.

<sup>(164)</sup> J. UNGER, *Zur Lehre* (N. 16), 155.

<sup>(165)</sup> O. BÄHR (N. 78), 29.



Regierungs-Erlaubniß ... etwas Anderes werden soll » <sup>(166)</sup>, und Renaud gegen Savignys Formulierung, daß der Aktiengesellschaft eine korporative Verfassung « verliehen » werde, denn « eine derartige Verfassung ist dem Actienvereine an und für sich und ohne Verleihung von Corporationsrechten eigenthümlich » <sup>(167)</sup>. Die alte Sichtweise hat sich genau umgekehrt: War früher die Aktiengesellschaft ihrem Wesen nach *societas* und konnte allenfalls durch staatliche Privilegierung (und vielleicht nicht einmal dadurch) zur Körperschaft werden, so ist sie nun ihrem Wesen nach Körperschaft und die staatliche Konzession ändert daran nichts.

So dringt bei den Anhängern der freien Körperschaftsbildung ein neuer, auf die Struktur der Verbindung abstellender Körperschaftsbegriff durch. Freilich tritt er nur neben die technischen, formalen (damit positivistischen) Definitionen, denn herrschend ist der neue Körperschaftsbegriff im 19. Jahrhundert nicht, vor allem nicht in der Praxis <sup>(168)</sup>, geworden. Er hat sich aber als Alternative zum positivistischen Körperschaftsverständnis bis in die Gegenwart behauptet.

#### 4. *Zu den Gründen für die Entstehung des neuen Korporationsbegriffs.*

Daß die Entwicklung des neuen Körperschaftsbegriffs nicht mit Gierke als Ausdruck einer Opposition deutscher gegen römische Rechtsprinzipien und Wiederentdeckung der Verbandswirklichkeit gegenüber der Fiktionstheorie interpretiert werden kann, dürfte schon jetzt klar geworden sein. Schon allein das Beispiel Ungers widerlegt schlagend die Gierkeschen Antithesen: Unger hat sich weder für die Wiederbelebung germanischer Rechtsideen, noch für die Realität der Verbandsperson eingesetzt (vielmehr noch 1859 an der Fiktionstheorie festgehalten) und ist

<sup>(166)</sup> A. L. REYSCHER (N. 112), 399, gegen K. F. EICHHORN, *Einleitung in das deutsche Privatrecht*, 5. Aufl., Göttingen 1845, 913.

<sup>(167)</sup> A. RENAUD, *Aktiengesellschaften* (N. 117), 166, gegen die oben N. 116 zitierte Äußerung Savignys.

<sup>(168)</sup> Dazu O. v. GIERKE, *Genossenschaftstheorie* (N. 3), 56-78 (bes. 59); T. VORBAUM (N. 5), 49-53, 58-60.

doch, um den «wichtigen und unabweisbar vorhandenen Erscheinungen» des «heutigen Rechtslebens» gerecht zu werden, zum Anhänger der freien Körperschaftsbildung und des neuen Korporationsbegriffs geworden<sup>(169)</sup>. Man wird den wirklichen Gründen für diese Entscheidung wohl eher auf die Spur kommen, wenn man sich vergegenwärtigt, von welchem Körperschaftsverständnis sich Beseler und die ihm folgenden Anhänger der freien Körperschaftsbildung abgesetzt haben. Wir haben gesehen, daß zwei ältere Korporationsbegriffe bekämpft werden: einmal der ältere materielle Begriff, nach dem Korporationen «öffentliche», ständische oder berufsständische, das Leben ihrer Mitglieder umfassend bestimmende Verbindungen sind, dann der technische, formale Begriff, nach dem Korporationen ohne Rücksicht auf ihre Struktur vom Staat beliebig geschaffen (und unterdrückt) werden können.

a) *Die Abwendung vom älteren materiellen Korporationsbegriff.* — Beseler und seine Nachfolger wenden sich vom alten «ständischen» Korporationsverständnis ab und begünstigen freie, quer durch die Stände gehende «Assoziationen». Damit setzen sie Vereinigungsfreiheit, also «den Gedanken des allgemeinen Staatsbürgertums..., der allgemeinen formalen Rechtsgleichheit»<sup>(170)</sup> — das Vereinswesen des 19. Jahrhunderts ist ja auch geradezu als Ausdruck für die Entfaltung der liberalen, bürgerlichen Gesellschaft angesehen worden<sup>(171)</sup> — und eine weitgehende egalitäre, liberale Privatrechtsordnung voraus. Tatsächlich sind die Beziehungen der Anhänger der freien Körperschaftsbildung zum politischen Liberalismus gar nicht zu übersehen: Die beiden ein-

---

<sup>(169)</sup> Oben zu N. 151-157. Wie wenig sich dies mit der Gierkeschen Interpretation richtig einordnen läßt, zeigt O. v. GIERKE, *Genossenschaftstheorie* (N. 3), 2 Fußn. 2, wo die Rückkehr Ungers «zur romanistischen Theorie» beklagt wird (die doch nur eine Hinwendung zum verbesserten Körperschaftsbegriff Beselers von 1847 ist!), und W. HENKEL (N. 10), 125, nach dem Unger «in der Nachfolge Puchtas» stehen soll!

<sup>(170)</sup> F. MÜLLER (N. 15), 19.

<sup>(171)</sup> F. SCHNABEL, *Deutsche Geschichte im 19. Jahrhundert*, 2. Band, 2. Aufl., Freiburg 1949, 210; T. NIPPERDEY (N. 15), 13 und öfter; W. CONZE (N. 15), 470; F. MÜLLER (N. 15), 15 ff., 314 ff.; K.-J. BIBBACK (N. 5), 225.

zigen vor 1848 für freie Körperschaftsbildung eintretenden Genossenschaftstheoretiker (Beseler und Schüler) waren in der Frankfurter Nationalversammlung als Mitglieder rechts- (Beseler: Casino) bzw. linksliberaler (Schüler: Deutscher Hof) Fraktionen tätig <sup>(172)</sup>, von den später auftretenden Anhängern der freien Körperschaftsbildung war Arndts gleichfalls rechtsliberaler Paulskirchenabgeordneter (Pariser Hof) <sup>(173)</sup> und waren auch die meisten anderen (Reyscher, Bluntschli, Unger, Bähr, Brinz, Windscheid) <sup>(174)</sup> jedenfalls einem bürgerlich-nationalen Liberalismus zuzurechnen und in diesem Sinne häufig auch politisch aktiv. Dagegen war von den beiden schärfsten Gegnern der Genossenschaftstheorie der eine entschieden konservativ (Gerber) und der andere jedenfalls als Jurist « unpolitisch » (Thöl) <sup>(175)</sup>.

Man wird sich allerdings vor der « Erklärung » der Forderung nach freier Körperschaftsbildung aus dem politischen « Liberalismus » nicht nur wegen der großen Spannweite, den der Begriff

<sup>(172)</sup> W. FIEDLER (Hrsg.), *Die erste deutsche Nationalversammlung 1848-49. Handschriftliche Selbstzeugnisse ihrer Mitglieder*, Königstein 1980, Blatt 180 (Beseler), 93 (Schüler). Zu Schüler, der zeitweise auch Honorarprofessor in Jena war, siehe J. GÜNTHER, *Lebensskizzen der Professoren der Universität Jena*, Jena 1858 (Reprint Aalen 1979), 97-100.

<sup>(173)</sup> W. FIEDLER (N. 172), Blatt 12.

<sup>(174)</sup> Reyscher: J. RÜCKERT, *A. L. Reyschers Leben und Rechtstheorie*, Berlin 1974, 65 (« energischer Liberaler »); Bluntschli: STINTZING-LANDSBERG (N. 70), 552 (« gemäßigter Liberalismus »); Unger: STINTZING-LANDSBERG (N. 70), 917 (« ausgeprägt liberal »); Bähr: STINTZING-LANDSBERG (N. 70), Notenband 276 (nationalliberal); Brinz: STINTZING-LANDSBERG (N. 70), Notenband 352 (« bürgerlicher Liberalismus »); Windscheid: ERIK WOLF, *Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, 4. Aufl., Tübingen 1963, 598 (« politischer Nationalliberalismus »).

<sup>(175)</sup> Als konservativ wird man Thöl, der für die Göttinger Sieben eingetreten ist, kaum bezeichnen können; er rückte aber schon 1848 mehr nach rechts und war in der Paulskirche bezeichnenderweise zunächst parteilos, trat dann dem « Augsburger Hof » bei, der zu dieser Zeit mehr die konservative Seite unterstützte (F. GERCKE, *Heinrich Thöl*, Göttingen 1931, 28-30). Vgl. aber die Urteile F. GERCKES, aaO, 28: T. war « viel zu sehr Wissenschaftler, um im politischen Leben eine größere Rolle spielen zu können » und V. EHRENBERGS (*Heinrich Thöl*, Stuttgart 1885, 4 f.): « und seine politische und legislatorische Thätigkeit ... ist doch ohne nachhaltigen Einfluß auf die Art seiner wissenschaftlichen Wirksamkeit geblieben ».

«liberal» in der Mitte des 19. Jahrhunderts hat, hüten müssen, sondern auch vor allem deshalb, weil das Beiwort «liberal» gerade in dieser Frühzeit des politischen Parteiwesens eben doch nur wieder eine zusammenfassende Bezeichnung für eine Summe bestimmter einzelner Wertenscheidungen <sup>(176)</sup>, daher als solches eigentlich nichtssagend ist. Daß aber die Wertentscheidung für oder gegen eine ständische Privatrechtsordnung gerade auch die Auseinandersetzung um den Körperschaftsbegriff der Genossenschaftstheorie bestimmt, wird in einigen Äußerungen Beselers einerseits und Gerbers andererseits doch offenkundig. Im Grunde sind Beseler und Gerber ganz darin einig, daß das mittelalterliche deutsche Recht (im Gegensatz zum römischen Recht) eine Fülle von frei aus dem «Associationstrieb» entstandenen Genossenschaften kennt. Ihre Meinungen gehen aber dort völlig auseinander, wo es um die Konsequenzen geht, die aus dieser Erscheinung für das geltende Recht zu ziehen sind. Gerber sagt: «Während die mittelalterliche Genossenschaft das einzelne Mitglied nach seiner ganzen Persönlichkeit als Mensch, als Bürger, als Vermögensbesitzer einschließt ..., nimmt die moderne Genossenschaft ihre Mitglieder nur in Rücksicht auf einen Geldbetrag in Anspruch, ist gleichgültig gegen jede Individualität der Person ... und umfaßt alle denkbaren Güter und Interessen der Welt, je nach der einzigen Rücksicht, ob sie einen Geldgewinn versprechen. Jene alten Genossenschaften tragen das Princip des strengsten Conservatismus in sich, da sie eine in objektiver Ordnung geschlossene Welt präsentiren; die neueren Genossenschaften enthalten das Princip einer unaufhaltsamen Destruction, da sie die wirtschaftlichen Werthe gewaltsam von ihrer natürlichen und individuellen Basis trennen und willkürlich in dem unmenschlichen und abstrakten Interesse des Geldgewinns vereinen. Wenn man von dem deutschen Associationsbetriebe redet, sollte man doch diese moderne Erscheinung nicht in Verbindung mit den mittelalterlichen Genossenschaften bringen, und die ungeheuere Kluft

---

<sup>(176)</sup> Vgl. etwa E. R. HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, Band II, 2. Aufl., Stuttgart etc. 1960, 612 f.; W. FIEDLER (N. 172), 24 f. zur Parteiengliederung in der Paulskirchenversammlung.

ermessen, die zwischen beiden in der Mitte liegt » (177). Es ist vor allem Beseler, der hier ungenannt attackiert wird. Gerber hat genau gesehen, daß nicht beides zugleich möglich war: die Rückbeziehung der Körperschaftslehre auf die ständischen mittelalterlichen Genossenschaften und die Verteidigung der ständeungebundenen modernen «Assoziationen». Das war aber auch Beseler klar. Und so hat er sich dann — genau umgekehrt als Gerber — gegen die in «objektiver Ordnung geschlossene Welt» des Mittelalters entschieden und ist von der historischen Anknüpfung seiner Genossenschaftstheorie abgerückt. Das wird schon in der «geschichtlichen Einleitung» zum Genossenschaftskapitel von «Volksrecht und Juristenrecht» deutlich. Es geht Beseler bei seiner Genossenschaftstheorie eben doch nicht um eine Wiederbelebung des mittelalterlichen Genossenschaftswesens in einer ständisch abgestuften, ungleich berechtigten Gesellschaft von Individuen, die nicht als solche, sondern nur durch ihren Stand «frei» sind, sondern es ist «die Aufgabe der modernen, durch das Christentum geläuterten Zeit ..., die Idee des Vaterlandes und der Freiheit in einer zahlreichen im Wesentlichen gleichberechtigten Bevölkerung zur Geltung zu bringen» (178). Gerade dadurch zeichnet sich die Gegenwart aus, daß «an dem festen Unterbau der politischen Freiheit mit Erfolg gearbeitet worden ist», daß sich «der Associationsgeist ... mit frischer Kraft» regt. Die Folgerung kann dann aber nur so lauten, daß die Genossenschaftstheorie auf der Grundlage des modernen Vereinswesens aufgebaut werden muß, und Beseler zieht sie auch: «Daher ist aber die juristische Beurteilung der Genossenschaften auch vorzugsweise dem Rechtsleben der Gegenwart zu entnehmen ...» (179). So entfernt Beseler schließlich doch die Fassade der historischen Genossenschaften, um das Prinzip der modernen, nicht ständegebundenen freien Assoziation bestimmen zu können.

Der Zusammenhang zwischen moderner Genossenschafts-(Korporations-)theorie und Berufung auf politische Freiheit und Gleich-

(177) C. F. GERBER, *Zur Theorie der Reallasten* (1858), in *Gesammelte juristische Abhandlungen*, II, Jena 1872, 213-260 (215 Fußn.); vgl. dazu W. WILHELM, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert*, Frankfurt/Main 1958, 99-101.

(178) G. BESELER, *Volksrecht* (N. 34), 159.

(179) G. BESELER, *Volksrecht* (N. 34), 160.

heit einerseits und Bekämpfung der modernen Genossenschaftstheorie wegen Favorisierung einer «in objektiver Ordnung geschlossenen Welt» ständischer Korporationen andererseits, wird in dieser Konfrontation Beselers mit Gerber wohl hinreichend deutlich. Im Detail der Argumentation tritt er sonst weniger hervor, weil der alte ständische Korporationsbegriff doch nur noch selten offen verteidigt wurde, und im Vordergrund der Auseinandersetzung mehr der technische, positivistische Körperschaftsbegriff stand. Immerhin zeigt sich der genannte Zusammenhang zuweilen dort, wo die Entstehung juristischer und natürlicher Personen zueinander in Parallele gesetzt wird. So weist Pfeifer, ein Gegner des modernen «genossenschaftlichen» Korporationsbegriffs, darauf hin, daß «die einzelnen Standesgenossen aus eigener Machtvollkommenheit die Rechtsfähigkeit sich selbst oder Andern nicht einmal *erhöhen*, z.B. einen bürgerlichen adelig, einen Minderjährigen volljährig machen» können und leitet daraus ab, daß dann eine juristische Person zu ihrer Entstehung erst recht der staatlichen Anerkennung bedürfe<sup>(180)</sup>. Hier dient also die Vorstellung von einer ständischen Abstufung der Rechtsfähigkeit natürlicher Personen als Argument gegen die freie Körperschaftsbildung und damit den strukturellen Körperschaftsbegriff. Umgekehrt wird dann das Prinzip einer natürlichen Rechtsfähigkeit und damit Privatrechtsgleichheit aller Menschen als Argument zugunsten der freien Körperschaftsbildung vorgebracht. So etwa bei Puchta: die Behauptung einer generellen Konzessionsbedürftigkeit juristischer Personen sei «ebensowenig richtig, als wenn Jemand sich vorstellte, bei der Entstehung einer natürlichen Person sei es eigentlich das Naturgemäße, daß bei jedem neuen Menschen die Geburt erst angezeigt und eine obrigkeitliche Declaration seiner als Person nachgesucht werde»<sup>(181)</sup>. Puchta

---

<sup>(180)</sup> K. PFEIFER (N. 95), 36. Vgl. auch C. F. MÜHLENBRUCH, *Rechtl. Beurtheilung* (N. 104), 151, wo zwar die Persönlichkeit des Menschen als «Ur-Recht» bezeichnet, aber sogleich deren «Anerkennung im Staate» als «Gegenstand der Staatsgesetze» bezeichnet wird, daraus soll dann offenbar folgen, daß die Existenz juristischer Personen als «eine rein bürgerliche Fiction» ganz in das Belieben der Staatsgewalt gestellt ist.

<sup>(181)</sup> C. F. PUCHTA, *Corporationen* (N. 101), 68.

führt dann allerdings diesen Gedanken nicht konsequent durch, indem er für alle privaten Verbindungen doch Konzession verlangt, aber bezeichnenderweise hat Unger jenes von Puchta «in treffender Weise» vorgetragene Argument aufgegriffen und in seine auf freie Körperschaftsbildung hinauslaufende Beweisführung eingebaut <sup>(182)</sup>.

b) *Die Abwendung vom technischen Korporationsbegriff.* — Sehr viel schwieriger als die Bekämpfung des alten materiellen Korporationsbegriffs, der nur auf der Grundlage einer ständisch abgestuften Privatrechtsordnung Gültigkeit haben konnte, mußte sich die des technischen Korporationsbegriffs gestalten. Denn in der Fassung, die dem für diesen Begriff essentiellen Erfordernis der staatlichen Genehmigung in den vierziger Jahren des 19. Jahrhunderts gegeben worden war <sup>(183)</sup>, enthielt er eine eigentlich für jedes positivistische Rechtsdenken selbstverständliche Wahrheit: daß nämlich die mit der Korporationseigenschaft verbundenen Rechtsfolgen der juristischen Persönlichkeit auch einen entsprechenden positiven Rechtssatz voraussetzen. Jede Gegenposition mußte hier — in einer noch zu präzisierenden Weise — nicht-positivistisch sein. Daß *diese* Problematik, anders als die historisch überwundene der ständisch differenzierten Privatrechtsordnung, rechtstheoretisch unverändert aktuell ist, wird an den schon erwähnten Streitfragen um die (Teil-?) Rechtspersönlichkeit der vom positiven Recht eben nicht als juristische Personen anerkannten nichtrechtsfähigen Vereine und (Kapital-) Vorgesellschaften <sup>(184)</sup> deutlich.

Die zur Bewältigung des Problems von den Genossenschaftstheoretikern einerseits und den sonstigen Anhängern der freien Körperschaftsbildung andererseits eingeschlagenen Wege unterschieden sich nun in charakteristischer Weise. Beseler hat in «Volksrecht und Juristenrecht» den Schritt gewagt, eine Anerkennung der körperschaftlichen Rechtsfähigkeit durch generellen oder speziellen staatlichen Rechtssatz für überhaupt nicht erfor-

---

<sup>(182)</sup> J. UNGER, *Zur Lehre* (N. 16), 148.

<sup>(183)</sup> Oben zu N. 104.

<sup>(184)</sup> Oben zu N. 141.

derlich zu erklären. Genossenschaften entstünden «entweder auf dem Wege der historischen Entwicklung oder durch einen bestimmten Act der Constituirung» <sup>(185)</sup>. Erzeugendes Prinzip sollte in beiden Fällen «der Associationsgeist mit seiner schaffenden Kraft» <sup>(186)</sup> sein. Wollte Beseler damit überhaupt auf einen die Rechtsfähigkeit begründenden *Rechtssatz* verzichten? Seine Gegner haben ihn so verstanden: «Was ist nun unter dem schaffenden Associationsgeiste zu verstehen?» fragt Thöl und antwortet selbst: «Nach der ganzen ... Darstellung weiter nichts, als die Neigung der Nation, Vereine der mannigfaltigsten Art zu bilden. Offenbar etwas rein *Factisches*, woraus der fragliche Rechtsgrund sich nicht ergibt» <sup>(187)</sup>. Das war ein scheinbar durchgreifender Einwand gegen Beselers Beweisführung. Man konnte behaupten, Beseler komme zu Rechtsfolgen ohne sie begründenden *Rechtssatz*, er leite aus bloßen sozialen Tatsachen Rechtsfolgen ab. Das Argument wird von Gerber aufgegriffen — es liege bei Beseler eine «unrichtige(n) Verwechslung des juristischen Elements mit dem rein menschlichen» vor <sup>(188)</sup> —, später auch etwa von Ferdinand Walter <sup>(189)</sup> und Anton Randa («die 'Vorstellung des Lebens' kann keinen *Rechtssatz* ersetzen») <sup>(190)</sup>.

In Wirklichkeit verwechselte Beseler aber keineswegs Recht und Faktum. Nur hatte er einen anderen *Rechtsbegriff* als seine Gegner. Das wird im ersten Band seines «Systems» etwas deutlicher, wenn er dort im Hinblick auf die Genossenschaften von «natürlicher Rechtsbildung» <sup>(191)</sup> spricht, ist aber im Kontext von «Volksrecht und Juristenrecht» eigentlich auch nicht miß-

<sup>(185)</sup> G. BESELER, *Volksrecht* (N. 34), 169.

<sup>(186)</sup> G. BESELER, *Volksrecht* (N. 34), 172.

<sup>(187)</sup> H. THÖL (N. 17), 36 (Hervorhebung von mir).

<sup>(188)</sup> C. F. GERBER, *System* (N. 17), 103 f.

<sup>(189)</sup> F. WALTER, *System des gemeinen deutschen Privatrechts*, Bonn 1855, 85 Fußn. 7: Die Behauptung, die Gemeinde sei keine Fiktion, beruhe «auf einer Verwechslung des Gemeinde als Thatsache mit der Eigenschaft der Gemeinde als Rechtssubject».

<sup>(190)</sup> A. RANDA (N. 150), 16 Fußn. 22 (gegen Windscheids Verteidigung der «Persönlichkeit» von Stiftungen und Korporationen).

<sup>(191)</sup> G. BESELER, *System I* (N. 72), 355.



zuverstehen <sup>(192)</sup>. Beseler bleibt beim Ausgangspunkt der historischen Rechtsschule stehen, wonach das Recht in der Volksüberzeugung entsteht <sup>(193)</sup>. Während Savigny und Puchta (und mit ihnen fast alle Zivilrechtler schon vor der Jahrhundertmitte) diese Erkenntnis dahingehend relativiert hatten, daß in Zeiten « steigender Cultur » sich das Volksbewußtsein in den Juristenstand verlagere <sup>(194)</sup> und reines Volksrecht nur noch ganz vereinzelt entstehe <sup>(195)</sup>, beharrt Beseler darauf, daß « bei lebenskräftigen gesunden Völkern » auch noch im Stande höherer « Cultur » Volksrecht vielfältig sich bilden könne <sup>(196)</sup>. Darin liegt der rechtstheoretische Ausgangspunkt von « Volksrecht und Juristenrecht », und die Genossenschaften sind Beselers wichtigster Beleg für seine These. Wenn daher Beselers Vorstellung vom Volksrecht, das die rechtsfähigen Genossenschaften erzeugt, entgegengehalten wurde, daß die Existenz von Genossenschaften ein reines « Faktum » sei, so wurde eben schon stillschweigend und undiskutiert die ganz herrschende Lehre zu Grunde gelegt, daß im modernen Rechtsleben « Recht » nur durch Gesetzgebung oder Jurisprudenz entstehen könne. Eine Auseinandersetzung mit Beselers davon abweichendem Rechtsbegriff, nach dem auch die Volksüberzeugung Rechtsquelle ist, lag darin nicht. Beseler konnte sich sogar gegenüber der Lehre vom Erfordernis staatlicher Verleihung der Rechtsfähigkeit auf die neuere Gewohnheitsrechtslehre Savignys und Puchtas berufen, nach der die Entstehung von Gewohnheitsrecht keine Billigung des Staates voraussetzt <sup>(197)</sup> — er verschwie

---

<sup>(192)</sup> Zum Genossenschaftskapitel leitet Beseler mit der Bemerkung über, das Volksrecht werde sich « in seinem ganzen Werthe zeigen », wenn er es nunmehr am Institut der Genossenschaft nachweise: G. BESELER, *Volksrecht* (N. 34), 157.

<sup>(193)</sup> F. C. v. SAVIGNY, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1814, 8 (« gemeinsame Ueberzeugung des Volkes »).

<sup>(194)</sup> F. C. v. SAVIGNY, *Vom Beruf* (N. 193), 12. Vgl. dazu JAN SCHRÖDER, *Savignys Spezialistendogma und die « soziologische » Jurisprudenz*, in *Rechtstheorie*, 7 (Berlin 1976), 23-52.

<sup>(195)</sup> F. C. v. SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, I. Band, Berlin 1840, 200; G. F. PUCHTA, *Das Gewohnheitsrecht*, I. Band, Erlangen 1828, 216 f.

<sup>(196)</sup> G. BESELER, *Volksrecht* (N. 34), 64 f.

<sup>(197)</sup> G. BESELER, *Volksrecht* (N. 34), 173 f.; ebenso G. C. SCHÜLER (N. 58), 258 f. mit dem Vorwurf gegen Savigny, er identifiziere bei der Lehre von der ju-

dabei allerdings, daß das Organ des Gewohnheitsrechts für Savigny und Puchta eben praktisch doch nur die Juristen waren, und von einem Juristen-Gewohnheitsrecht im Hinblick auf die Rechtsfähigkeit der Genossenschaften natürlich nicht die Rede sein konnte.

Im Ergebnis setzt Beseler jedenfalls dem etatistisch-positivistischen Rechtsbegriff, nach welchem das Recht durch den Staat entsteht, und dem diesen ergänzenden — man könnte sagen — «jurisprudentiell»-positivistischen Rechtsbegriff, demgemäß Recht (auch) als Juristen-Gewohnheitsrecht entstehen kann, einen «soziologischen» Rechtsbegriff entgegen, nach dem Recht auch durch die Volksüberzeugung produziert werden kann. Und in der Frage der freien Körperschaftsbildung behauptet er — dies ist die zweite Prämisse seiner Deduktion —, daß insofern ein entsprechendes Volksrecht existiere. Die erste Prämisse Beselers soll hier nicht diskutiert werden, sie ist bekanntlich von der späteren «soziologischen» Rechtstheorie aufgegriffen und weiter ausgebaut<sup>(198)</sup>, aber nicht «herrschend» geworden. Für die zweite Prämisse aber hat es Beseler an Beweisen fehlen lassen. Seine Hinweise auf den gewaltigen Aufschwung des Genossenschaftswesens in jüngster Zeit sind zwar ganz richtig: Gerade die späten dreißiger und vierziger Jahre des vorigen Jahrhunderts sehen eine nahezu explosionsartige Vermehrung der modernen «freien» Assoziationen: so werden etwa in Preußen 1800 und 1835 nur insgesamt 28, 1836-1850 aber 118 Aktiengesellschaften gegründet<sup>(199)</sup>, so wächst dort etwa die Zahl der landwirtschaftlichen Vereine von 88 im Jahr 1838 auf 382 im Jahr 1848 an<sup>(200)</sup>, und

---

ristischen Person anders als sonst «den Staat selbst mit der centralisirten Staatsgewalt».

<sup>(198)</sup> Vgl. E. EHRLICH, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, 1913 (zitiert nach der unveränderten 3. Aufl., Berlin 1967), 372-375, und dazu JAN SCHRÖDER (N. 194), 41.

<sup>(199)</sup> K. BÖSELNANN, *Die Entwicklung des Aktienwesens im 19. Jahrhundert*, Berlin 1939, 200 (Anlage 2). Vgl. auch T. BAUMS (N. 80), 26 f. mit weiteren Nachweisen.

<sup>(200)</sup> Nach O. v. GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, I. Band (*Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft*), 1868 (Reprint Graz 1954), 899 Fußn. 46, 893-903 zahlreiche weitere Angaben zur Vereinsentwicklung im 19. Jahrhundert. Vgl. auch T. NIPPERDEY (N. 15), 1-4.

es ist natürlich kein Zufall, daß eben in dieser Zeit Gesetzgebung und Rechtswissenschaft sich intensiv mit diesen Verbänden zu beschäftigen beginnen <sup>(201)</sup>. Den weiteren Nachweis, daß diese Verbindungen nach den Vorstellungen des Volkes auch rechtsfähig sein sollten, hat Beseler aber nicht erbracht. Insofern ist der Kritik Thöls durchaus zuzustimmen: «Es wäre bei dieser Lebensfrage für die Lehre von den Genossenschaften wohl am Ort gewesen, ... eine genaue Nachweisung zu geben, in welchen Erscheinungen diese Volksansicht hervortritt, ... während man nun auf Treu und Glauben die behauptete Volksansicht als vorhanden annehmen soll» <sup>(200)</sup>. Diese Kritik trifft die anderen Genossenschaftstheoretiker, die sich durchweg ähnlich wie Beseler für die freie Körperschaftsbildung auf «Sitte, Herkommen und Recht» (Schüler) <sup>(203)</sup>, auf das «neue Leben» (Bluntschli) <sup>(204)</sup> berufen haben <sup>(205)</sup>, genauso.

<sup>(201)</sup> Besonders deutlich bei den Aktiengesellschaften. Außer dem preußischen Gesetz von 1843 — dazu T. BAUMS (N. 80) — entstehen z.B. Entwürfe in Sachsen 1836 — dazu B. BAUMS-STAMMBERGER (N. 47) — und Württemberg (Handelsgesetzbuch 1839) — dazu C. BERGFELD, *Der Entwurf eines Handelsgesetzbuch für das Königreich Württemberg von 1839*, in *Ius Commune*, 7 (Frankfurt 1978), 226-249 —. Im Zuge dieser Entwicklung schwillt dann auch das aktienrechtliche Schrifttum stark an, so nennen etwa T. C. F. ENSLIN - W. ENGELMANN, *Bibliotheca Juridica*, Leipzig 1840, unter «Gesellschaftsvertrag. Actiengesellschaften» für die Zeit von 1750 bis 1839 nur 3 monographische Titel, im Supplement 1, Leipzig 1849, aber allein für die Zeit von 1839 bis 1848 vier Titel, darunter die erste umfassende Monographie von M. PÖHLS, *Das Recht der Actiengesellschaften*, Hamburg 1842. Vgl. zum Ganzen etwa K. J. HOPT, *Ideelle und wirtschaftliche Grundlagen der Aktien-, Bank- und Börsenrechtsentwicklung im 19. Jahrhundert*, in *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert*, hrsg. v. H. Coing und W. Wilhelm, Band 5, Frankfurt/Main 1980, 128-168 (165).

<sup>(202)</sup> H. THÖL (N. 17), 37.

<sup>(203)</sup> G. C. SCHÜLER (N. 58), 247, s. auch 259 («allgemeine Rechtsansicht und öffentliche Meinung»). Vgl. auch N. 214.

<sup>(204)</sup> J. C. BLUNTSCHLI, *Dt. Privatr.* (N. 64), 97 («Rechtsbildungen des neuen Lebens»), auch z.B. der Vorwurf an «viele Juristen», sie seien unfähig, «aus den reichen Erscheinungen des Lebens die dasselbe bestimmenden und sich in ihnen offenbarenden Rechtsgedanken und Principien wissenschaftlich herzu-leiten» (68).

<sup>(205)</sup> Vgl. noch O. BÄHR (N. 78), 29: «Und wo sucht man denn einen solchen Rechtssatz, wenn nicht in dem allgemeinen Bewußtsein, welches eben darin zu

Wird also bei den Genossenschaftstheoretikern der (etatistisch- und «jurisprudentiell») positivistische, technische Körperschaftsbegriff durch einen die Anfänge der historischen Schule aufnehmenden «soziologischen Rechtsbegriff» bekämpft, so gehen die sonstigen Anhänger der freien Körperschaftsbildung ganz andere Wege. Zum Teil versucht man, sich im Rahmen eines jurisprudentiellen (z.B. durch Behauptung von Handelsgewohnheitsrecht für die freie Bildung von Aktiengesellschaften) <sup>(206)</sup> oder etatistischen Positivismus zu halten. Das letzte ließ sich gemeinrechtlich insofern einigermaßen plausibel behaupten, als die einschlägigen Corpus-Iuris-Stellen nur die Vereinsbildung, nicht aber die Rechtsfähigkeit von obrigkeitlicher Erlaubnis abhängig machten <sup>(207)</sup>. Nachdem aber seit 1848 durch die Frankfurter Reichsverfassung (§ 162) und dann in den meisten Ländern durch Verfassungen und Vereinsgesetze die freie Vereinsbildung gesetzlich zugelassen war <sup>(208)</sup>, konnte man daran denken, daraus nun auch die freie Körperschaftsbildung, also die Freiheit zur Bildung *rechtsfähiger* Vereine abzuleiten <sup>(209)</sup>. Allerdings war diese Ablei-

---

Tage tritt, daß trotz der Verkümmerniß jener Lehre (sc. von der Korporation) durch die Wissenschaft fort und fort Schöpfungen entstehen, denen jene Idee auf das Entschiedenste zu Grunde liegt?»).

<sup>(206)</sup> So etwa E. I. BEKKER (N. 150), 557. In der Tat gab es deutsche Territorien, in denen Aktiengesellschaften ohne besondere staatliche Genehmigung Rechtspersönlichkeit erlangten, vgl. z.B. G. A. KIESSELBACH, *Die wirtschafts- und rechtsgeschichtliche Entwicklung der Seeversicherung in Hamburg*, Hamburg 1901, 54, über die Hamburger Assekuranz-Aktiengesellschaften des 18. Jahrhunderts, die ohne staatliche Konzession «alle Rechte einer juristischen Person» ausübten (freundlicher Hinweis von Herrn Dr. Winfried M. Hammacher, Bonn).

<sup>(207)</sup> So vor allem B. WINDSCHEID (N. 16), 146; A. BRINZ (N. 16), 1063; A. RANDA (N. 150), 16-18; J. UNGER, *Zur Lehre* (N. 16), 152; L. ARNDTS (N. 16), 48. Das Gegenteil behauptete allerdings die ältere Lehre, allen voran F. C. v. SAVIGNY, *System II* (N. 99), 258 f., 276. Demgegenüber hat sich aber die im Text vertretene Auffassung als die «heute herrschende» behauptet (P. JÖRS - W. KUNKEL, *Römisches Privatrecht*, 3. Aufl., Berlin etc. 1949, Reprint 1978, 75).

<sup>(208)</sup> Zur Entwicklung O. V. GIERKE, *Genossenschaftsrecht I* (N. 200), 884 ff.; zum Vormärz F. MÜLLER (N. 15), 250 ff.

<sup>(209)</sup> So besonders deutlich J. BARON, *Pandekten* (N. 150), 73 f., vor allem aber L. v. STEIN, *Die Verwaltungslehre*, 1. Theil, 3. Abteilung, 2. Aufl., Stuttgart 1869 (Reprint Aalen 1962), 233 («Mit der Freiheit des Vereinswesens tritt ... der

tung wohl doch nicht ganz so zwingend; es ist bezeichnend, daß nicht einmal die liberalen Staatsrechtler in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts ohne weiteres von der Freiheit der Vereinsbildung auf die Freiheit der Körperschaftsbildung geschlossen haben <sup>(210)</sup>, und daß auch im modernen Recht dieser Schluß nicht gezogen wird <sup>(211)</sup>.

So bedurfte es weiterer, nicht mehr positivistischer rechtstheoretischer Hilfsmittel, um von der Vereinsfreiheit zur freien Körperschaftsbildung zu kommen. Wenn man aber, wie Unger und wohl alle romanistischen Anhänger der neuen Körperschaftstheorie, den « soziologischen » Rechtsbegriff Beselers ablehnte, war *dieser* Weg verschlossen. Unger hat sich denn auch eines ganz anderen Arguments bedient. Er meint, « wenn sich die juristische Persönlichkeit als die begrifflich nothwendige Eigenschaft eines Vereins dar » stelle, so sei « mit der rechtlich anerkannten Existenz eines solchen Vereins auch schon implicite seine Corporationsqualität gesetzt und anerkannt », denn: « Die juristische Persönlichkeit solcher Vereine negiren, heißt sie selbst negiren, da sie nur als Corporation rechtlich gedacht werden können » <sup>(212)</sup>. Salkowski hat diese Beweisführung « ein unglaublich kühnes und

---

Grundsatz ein, daß der Verein durch seine Constituirung selbst eine juristische Persönlichkeit ist »).

<sup>(210)</sup> Vgl. etwa C. v. ROTTECK, *Lehrbuch des Vernunftrechts und der Staatswissenschaften*, 2. Band, 2. Aufl., Stuttgart 1840 (Reprint Aalen 1964), 143 ff., der sich für die freie Bildung « gesellschaftlicher Verbindungen » einsetzt, aber die Frage der Rechtspersönlichkeit nicht erwähnt, obwohl sein Begriff von « Gesellschaft » an sich auch korporativ strukturierte Gebilde umfassen müßte (vgl. aaO, I. Band, 275 ff.). Nach F. MÜLLER (N. 15), 264, ist die Forderung nach freier Vereins- und freier Körperschaftsbildung « für den Frühliberalismus noch nicht typisch », nach K.-J. BIEBACK (N. 5), 159, soll sie überhaupt nur von S. JORDAN, *Versuche über allgemeines Staatsrecht*, 1828, 443 f. erhoben worden sein (das Buch war mir nicht zugänglich). Jordan scheint diesen Gedanken aber später wieder aufgegeben zu haben, denn in seinem « Lehrbuch des allgemeinen und deutschen Staatsrechts », I. Abtheilung, Kassel 1831, 86, nimmt er den Fall, daß der Verein « die Eigenschaft einer moralischen Person erlangen will » explizit vom Bürgerrecht der « freien Einigung » aus.

<sup>(211)</sup> Vgl. nur etwa K. LARENZ, *Allg. Teil* (N. 6), 120 und L. ENNECCERUS - H. C. NIPPERDEY (N. 140), 633.

<sup>(212)</sup> J. UNGER, *Zur Lehre* (N. 16), 154.

naives Verfahren » <sup>(213)</sup> genannt. Sie ist aber rechtstheoretisch durchaus möglich, wenn man sie als Hinweis auf bestimmte dem positiven Recht vorgegebene Gesetzlichkeiten, die sich aus der Struktur des Gegenstandes ergeben, versteht: es ist das alte Argument von der Natur der Sache, das hier vorgebracht wird. Noch deutlicher äußert sich etwa gleichzeitig Fitting: Der Staat habe nur die Wahl, ob er einen bestimmten Zweck, dem ein Vermögen gewidmet werden soll, als berechtigt und erlaubt anerkenne oder nicht. « Im ersten Fall hat er damit von selbst kraft Natur- und Vernunftnothwendigkeit die zur Erreichung des Zweckes erforderliche Wirthschaft für eine selbständige, d.h. das Daseyn einer juristischen Person anerkannt ». Und Fitting behauptet sogar, es stehe « so wenig in der Macht des Staates und des Rechtes, Erholungsvereinen u. dgl., wenn man sie überhaupt bestehen lassen will, den Charakter selbständiger Wirthschaften, d.h. juristischer Personen zu nehmen, als mit Wirksamkeit zu bestimmen, daß zweimal zwei fünf sein soll » <sup>(214)</sup>.

Es laufen also zwei sehr verschiedene Begründungsarten bei der Verteidigung der freien Körperschaftsbildung und damit des neuen, strukturellen Körperschaftsbegriffs und der Bekämpfung des positivistischen technischen Körperschaftsverständnisses nebeneinander her: ein — für die Genossenschaftstheoretiker typischer — « soziologischer » Rechtsbegriff und ein (allerdings auch außerhalb der Genossenschaftstheorie keineswegs durchweg vorfindbares) « Natur-der-Sache »-Denken. Innerlich verschieden sind diese Begründungsweisen, weil die eine (soziologischer Rechtsbegriff) von den « Realfaktoren » des Rechts herkommt, geschichtlich und relativ ist, die andere (Natur der Sache) von den « Ideal-faktoren » des Rechts ausgeht und an sich absolute, überzeitliche

---

<sup>(213)</sup> C. SALKOWSKI (N. 76), 20.

<sup>(214)</sup> H. FITTING (N. 150), 585 f. Ähnlich auch schon C. F. GÜNTHER, vgl. dazu unten III. zu N. 242. Zuweilen mischen sich auch Volksrechts- und « Natur-der-Sache »-Argumentation, etwa bei G. C. SCHÜLER (N. 58), der (253. Fußn. 21) die Rechtssubjektivität einer erlaubten korporativ strukturierten Vereinigung auch aus « logischen Denkgesetzen » herleiten will, und bei A. L. REYSCHER (N. 112), der einerseits « Folgerungen aus dem Begriff und Wesen eines vorhandenen Rechtsverhältnisses » zu ziehen verlangt, andererseits betont, daß es sich

Geltung beansprucht. Zugleich erschöpfen diese beiden Begründungsweisen wohl (prinzipiell) überhaupt den Argumentationsvorrat, der gegen einen «jurisprudentiellen» und etatistischen Positivismus verwendet werden kann; es ist nicht überraschend, daß sie in der modernen Diskussion um die Einordnung «körperschaftlicher», aber nicht rechtsfähiger Verbände wiederkehren <sup>(215)</sup>.

### III. VORLÄUFER DER ÄLTEREN GENOSSENSCHAFTSTHEORIE?

Sieht man, wie wir es tun, die Neuerung Beselers in der Körperschaftslehre darin, daß er dem alten materiellen (ständischen) und dem technischen (positivistischen) einen modernen, auch die freien Assoziationen umfassenden, strukturellen Körperschaftsbegriff auf der Basis einer soziologischen Rechtstheorie entgegenstellt, dann gewinnt man damit zugleich einen Maßstab zur Beurteilung der Frage, inwieweit es Vorläufer der älteren Genossenschaftstheorie gegeben hat. Die Existenz solcher Vorläufer ist in der Literatur zuweilen behauptet worden, allerdings — wie wir sehen werden — auf der Grundlage eines jeweils sehr unterschiedlichen Verständnisses von dem, was die Genossenschaftstheorie eigentlich charakterisiert. Ich gehe die in diesem Zusam-

---

um « durch die Bedürfnisse des Verkehrs und den Willen der Beteiligten hervorgerufene(n) » Verbindungen handele, die nicht erst staatlicher Bestätigung bedürften (zur « Natur der Sache » bei Reyscher vgl. J. RÜCKERT (N. 174), 351 ff.). - Im vorangegangenen Text wird « Natur der Sache » nur im Sinne einer dem positiven Recht vorgegebenen *überzeitlichen* Struktur verstanden. Natürlich ist auch ein empirischer « Natur-der-Sache »-Begriff möglich — Beispiele dafür gerade aus Beseler und Bluntschli bei R. DREIER, *Zum Begriff der « Natur der Sache »*, Berlin 1965, 46 f. —, der dann auch einen « soziologischen » Rechtsbegriff mitumfassen könnte.

<sup>(215)</sup> Vgl. K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 4. Aufl., Berlin etc. 1979, 409, wo gerade die Angleichung des Rechts der nichtrechtsfähigen an das der rechtsfähigen Vereine als Beispiel für den Sieg der « Natur der Sache » über das positive Recht (§ 54 BGB) angeführt wird. Vgl. aber etwa auch die Gewerkschafts-Entscheidung des Bundesgerichtshofs (amtliche Sammlung, Zivilsachen, Band 42, Köln etc. 1965, 210 ff.) mit ihren Hinweisen auf die « soziale Wirklichkeit » (212, 216).

menhang genannten Autoren in der zeitlichen Reihenfolge ihrer einschlägigen Publikationen durch.

### I. Mittermaier.

*Kroeschell* hat vor einiger Zeit auf Mittermaiers « Einleitung in das Studium der Geschichte des germanischen Rechts » (1812) und die dort gemachten Bemerkungen über das germanische Genossenschaftswesen hingewiesen <sup>(216)</sup>. Mittermaier äußert in der genannten Schrift, daß « besonders merkwürdig » die Autonomie der Germanen gewesen sei « und ein gewisser in neuesten Zeiten oft verächtlich genannter Zunftgeist, besser zu bezeichnen als: *das System der Genossenschaften* » <sup>(217)</sup>. Die Autonomie habe zu Verbänden geführt, in denen sich « die gleich Interessirten an einander an » schlossen, wie Comitaten, Zünften, Innungen, Vehmgerichten, Universitäten, und « die innerliche Verfassung dieser Kreise war die zweckmäßigste, weil sie die selbst gewählte ... war ». Dieses System der Genossenschaft habe sich auch in den unterschiedlichen Gerichten ausgesprochen, in denen « jeder nur von seines Gleichen gerichtet werden konnte » — in diesem Zusammenhang verweist Mittermaier auf die Abhandlung Johann Carl Heinrich Dreyers « von den Wirkungen der Genossenschaft » — und in verschiedenen anderen Rechtseinrichtungen, die den Gedanken der Ebenbürtigkeit durchführen. Das System der Genossenschaft habe schließlich auch die Stadtrechte, Willküren und die anderen « für einzelne Stände geltenden Gesetze hervor » gebracht <sup>(218)</sup>. Mittermaier erklärt, die Historie habe sich « noch lange nicht genug » mit diesen Erscheinungen beschäftigt und beklagt abschließend, daß « diese Autonomie und ihre Wirkungen » aufgehört hätten, « wie die Staatsregierung sich ausbreitete,

<sup>(216)</sup> K. KROESCHELL, *Zielsetzung und Arbeitsweise der Wissenschaft vom gemeinen deutschen Privatrecht*, in *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert*, hrsg. v. H. Coing und W. Wilhelm, I, Frankfurt/Main 1974, 249-276 (253, 270).

<sup>(217)</sup> K. J. A. MITTERMAIER, *Einleitung in das Studium der Geschichte des germanischen Rechts*, Landshut 1812, 74.

<sup>(218)</sup> K. J. A. MITTERMAIER, *Einleitung* (N. 217), 75 f.



und vieles was einst herrlich blühte, muß den jetzigen Verhältnissen widersprechend erscheinen »<sup>(219)</sup>.

Es ist offensichtlich, daß Mittermaier nur von den historischen, nicht von den modernen Genossenschaften handelt. Seine Bemerkungen können daher jedenfalls nicht als Anregung der modernen, privatrechtsdogmatischen Körperschaftstheorie, wie sie von Beseler begründet worden ist, bezeichnet werden. Was Mittermaier unter « Genossenschaften » versteht, sind « Korporationen » im alten Sinne, also ständische Verbindungen, keine modernen freien « Assoziationen », wie sie Gegenstand der zweiten und dritten Phase der Genossenschaftstheorie im Vormärz waren. In diesem Zusammenhang ist gerade Mittermaiers Hinweis auf die Dreyersche Abhandlung aufschlußreich. Wir haben in Dreyer keinen weiteren, noch älteren Vorläufer der älteren Genossenschaftstheorie vor uns, sondern Dreyer handelt von etwas, das mit dem Begriff der Genossenschaft als eines Verbandes scheinbar gar keinen Zusammenhang mehr hat, nämlich von der « Genossenschaft » im, wenn man so will, subjektiven Sinne von Ebenbürtigkeit, Teilhabe an einem korporativ (genossenschaftlich) geschlossenen Stand<sup>(220)</sup>. Dieser zweite Begriff von Genossenschaft steht im 18. Jahrhundert sogar im Vordergrund vor dem objektiven Begriff und verliert sich offenbar erst in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts<sup>(221)</sup>. Wir können jetzt auch erklären, warum

<sup>(219)</sup> K. J. A. MITTERMAIER, *Einleitung* (N. 217), 76 f.

<sup>(220)</sup> J. C. H. DREYER, *Versuch einer Abhandlung von den Wirkungen der Genossenschaft, Comparität, Ebenbürtigkeit, Oder Standes- und Geburths-Gleichheit nach Teutschen Rechten*, in DERS., *Sammlung vermischter Abhandlungen*, 3. Theil, Rostock und Wismar 1763, 1129-1324.

<sup>(221)</sup> ZEDLERS *Großes vollständiges Universal-Lexicon aller Wissenschaften und Künste*, 10 (Leipzig und Halle 1735), 887 hat nur den subjektiven Begriff (« Genossenschaft ist so viel, als Gleichheit am Stande oder an der Geburt »); bei C. G. HALTAUS, *Glossarium Germanicum Medii Aevi*, Leipzig 1758, 660, werden beide Begriffe nebeneinander gestellt (« Genossenschaft, societas, consortium, comparitas »); ebenso bei J. C. ADELUNG (N. 92), 569 (« 1) der Zustand, da zwey oder mehrere einerley Umstände miteinander gemein haben ... Besonders wurde es ehemals von der Gleichheit des Standes gebraucht. 2) Die Genossen selbst, als ein Ganzes betrachtet, in welcher Bedeutung es an einigen Orten für Zunft, Innung, Gesellschaft üblich ist. Im Hochdeutschen wird es in beyden Bedeutungen wenig gebraucht »), fast wörtlich ebenso F. WACHTER, in J. S. ERSCH - J. F.

das so ist, oder doch eine entsprechende Hypothese wagen: Solange unter « Genossenschaft » (Korporation) im objektiven Sinne ein ständischer Lebensverband begriffen wurde, bestand zwischen dem objektiven und dem subjektiven Begriff der Genossenschaft im Sinne von Standesgleichheit, Ebenbürtigkeit ein innerer Zusammenhang. Dieser Zusammenhang mußte sich aber verlieren, als man begann, auch freie, quer durch die Stände gehende Assoziationen unter den objektiven Genossenschaftsbegriff zu nehmen, und damit verlor sich — etwa seit der Jahrhundertmitte — der subjektive Genossenschaftsbegriff überhaupt. Für das Verständnis Mittermaiers im Jahr 1812 ist bezeichnend, daß hier noch subjektiver und objektiver Begriff ineinander fließen. Mittermaier kann also allenfalls als Vorläufer der Genossenschaftstheorie als *rechtsgeschichtlicher* Theorie angesehen werden.

Das Interesse und Verständnis, welches Mittermaier der späteren Beselerschen Lehre entgegengebracht hat <sup>(222)</sup>, ist allerdings auffällig und wohl daraus zu erklären, daß sich Mittermaier seit langem schon selbst mit entsprechenden Überlegungen beschäftigt hatte. Spuren davon zeigen schon frühe Auflagen seines Privatrechtslehrbuchs, wenn etwa « das unpassende Hereinziehen des römischen Rechts » in die rechtliche Behandlung der Gemeinden gerügt wird <sup>(223)</sup>. Von der dogmatischen Konsequenz und der rechtspolitischen Energie Beselers ist Mittermaier aber jedenfalls auf dem Gebiet der « Genossenschaft » weit entfernt. Beseler hat dies übrigens auch — mit Recht — selbst getadelt <sup>(224)</sup>.

---

GRUBER, *Allgemeine Encyclopädie der Wissenschaften und Künste*, 58. Theil, 1854, 216. Dagegen steht bei J. u. W. GRIMM, *Deutsches Wörterbuch*, IV. Band, 1. Abteilung, 2. Teil (1897), 3482 f. die objektive Bedeutung ganz im Vordergrund, erst unter 3) wird auch die subjektive Bedeutung eingeführt (« übrigens auch begrifflich, nicht persönlich, gemeinschaft ... genossenschaft von glück und gefahr »).

<sup>(222)</sup> Dazu oben zu N. 29, 30.

<sup>(223)</sup> So bereits K. J. A. MITTERMAIER, *Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts*, Landshut 1824, 122 (« ungeeignete Anwendung des römischen Rechts » auf die Gemeinden); ähnlich schon C. v. WEYHE, *Wissenschaftliche Bearbeitung des allgemeinen deutschen Privatrechts*, Göttingen 1815, 143 (allerdings weniger für die privatrechtlichen Verhältnisse). Vgl. auch die bei MITTERMAIER, aaO, Fußn. 9 Zitierten.

<sup>(224)</sup> G. BESELER, *Volksrecht* (N. 34), 165 Fußn. gegen MITTERMAIERS unent-

## 2. *Maurenbrecher. Elvers.*

Als ein weiterer Vorgänger der Genossenschaftstheorie ist Romeo Maurenbrecher genannt worden <sup>(225)</sup>. Maurenbrechers «Lehrbuch des heutigen gemeinen deutschen Privatrechts» (I. Abteilung 1832) ist das erste germanistische Privatrechtssystem, das den «Juristischen Personen» ein eigenes, an die Lehre von den physischen Personen angeschlossenes, Kapitel widmet <sup>(226)</sup>; der Autor betont entschieden den prinzipiellen Unterschied zwischen römischen und «eigenthümlich deutschen» juristischen Personen und hat eine Definition der «Corporation», die der Beselerschen von 1843 ähnelt («Vereinigung mehrerer physischer Personen zu einem dauernden gemeinschaftlichen Zwecke, die juristisch als Ein Subject von Rechten in Betracht kommen») <sup>(227)</sup>. Maurenbrecher weist auch (erstmalig in der germanistischen Literatur?) auf die modernen Verbände wie «unsere vielfachen Vereine zu literarischen oder artistischen oder geselligen Zwecken (die s.g. Museen, Cassinos und geschlossenen Gesellschaften)» hin <sup>(228)</sup>. Damit nähert er sich der Genossenschaftstheorie der zweiten

schiedene Behandlung der bergrechtlichen Gewerkschaft (*Grundsätze*, 6. Aufl. (N. 30), 634 f.).

<sup>(225)</sup> F. SCHIKORSKI (N. 5), 19 Fußn. 4: Maurenbrecher habe «schon früh» die «Differenzen zwischen römischen und deutschem Begriff der 'Jur. Person' ... erkannt».

<sup>(226)</sup> R. MAURENBRECHER, *Lehrbuch* (N. 97), I. Buch, I. Abschn., I. Kap.: «Von den physischen Personen» (126 ff.), 2. Kap.: «Von den juristischen Personen» (167 ff.). Dieses Vorgehen war bis dahin offenbar nicht üblich, allerdings hatte K. J. A. MITTERMAIER, *Grundsätze* (N. 223), seit der 1. Auflage, 1824, im Rahmen der Hauptabtheilung «Von den Subjecten der Rechte» eine VI. Abteilung «Von Verbindung der Personen in Korporationen und von den dadurch bewirkten Verhältnissen» (121 ff.), ähnlich W. T. KRAUT, *Grundriß zu Vorlesungen über das deutsche Privatrecht*, Göttingen 1830, 109 ff. («Von Verbindung der Personen in Corporationen»). Mittermaier und Kraut behandeln aber nur die Gemeinden und (Kraut) Zünfte. Darüber wollte Maurenbrecher offensichtlich hinausgehen, vgl. R. MAURENBRECHER, *Lehrbuch*, 2. Aufl. (N. 32), 348-349 Fußn. 5: «In allen Compendien fehlt bis jetzt die deutsche Corporationstheorie. Man handelt bloß die *Gemeinden* ab».

<sup>(227)</sup> R. MAURENBRECHER (N. 97), 168.

<sup>(228)</sup> R. MAURENBRECHER (N. 97), 169.

Phase sicherlich sehr viel stärker an als etwa Mittermaier. Es fehlen aber doch gerade die Essentialien der späteren Körperschaftslehre Beselers. Maurenbrecher will wiederum, genauso wie die anderen älteren Schriftsteller, die Entstehung juristischer Personen nach den «Regeln des römischen Rechtes» von einem landesherrlichen Privileg abhängig machen <sup>(229)</sup>, und führt daher seinen «genossenschaftlichen» Korporationsbegriff, dem an sich auch nichtprivilegierte Vereine und Aktiengesellschaften unterfallen müßten, nicht durch <sup>(230)</sup>. Damit bietet er doch nur eine etwas inkonsequente Variante des technischen, formalen Korporationsbegriffs.

Mit sehr viel mehr Recht könnte man Christian Friedrich Elvers' Verdienste um die genossenschaftliche Körperschaftslehre hervorheben, was Beseler und Gierke <sup>(231)</sup> auch getan haben. In seiner schon erwähnten Abhandlung zum Städelschen Erbfall von 1827 hat sich Elvers nachdrücklich für freie Körperschaftsbildung ausgesprochen <sup>(232)</sup>, und wie allein er damit stand, zeigt die Bemerkung Mühlenbruchs: «denn Gründe für diese Behauptung sind nicht angeführt, und konnten (!) natürlich nicht angeführt werden» <sup>(233)</sup>. Elvers faßt allerdings, wie dies auch in der zweiten Phase der älteren Genossenschaftstheorie geschehen ist, den Begriff der juristischen Person sehr weit, nicht nur die «s.g. Klub's, oder dauernden Verbindungen zum gesellschaftlichen Vergnügen», sondern auch etwa Handelsgesellschaften und «in gewisser Hinsicht» sogar Ehegatten, Eltern und Kinder, sollen juristische Personen sein <sup>(234)</sup>. Vor allem aber läßt es Elvers an einer rechtstheoretisch haltbaren Begründung für die freie Körperschaftsbildung fehlen: letztlich scheint er sich auf «still-

---

<sup>(229)</sup> R. MAURENBRECHER (N. 97), 170.

<sup>(230)</sup> S. o. N. 122.

<sup>(231)</sup> G. BESELER, *System I* (N. 72), 355 Fußn. 4; O. v. GIERKE, *Genossenschaftstheorie* (N. 3), 15-16 Fußn. 1: Hinweis auf Elvers' Eintreten für freie Körperschaftsbildung.

<sup>(232)</sup> C. F. ELVERS wie N. 123.

<sup>(233)</sup> C. F. MÜHLENBRUCH, *Rechtl. Beurtheilung* (N. 104), 154 (zu Elvers' Behauptung, auch Verbände könnten an sich Persönlichkeit haben).

<sup>(234)</sup> C. F. ELVERS (N. 123), 201 f.

schweigende Billigung der Gesetzgebung » zurückzuziehen <sup>(235)</sup>, und diese Begründung war jedenfalls für die modernen Verbandsformen angesichts der Gängelung des Vereinswesens durch die deutschen Staaten in der Restaurationszeit kaum einsichtig. So erklärt sich die allgemeine Ablehnung, auf die Elvers mit seinen Vorstellungen stieß.

### 3. *Carl Friedrich Günther.*

Schließlich ist als Vertreter der Genossenschaftstheorie auch der Verfasser des Berichts der 1. Deputation der ersten sächsischen Kammer zu dem (nie Gesetz gewordenen) sächsischen Entwurf eines Aktiengesetzbuchs vom 14.11.1836 bezeichnet worden <sup>(236)</sup>. Es handelt sich um den Leipziger Rechtsprofessor und damaligen « Ordinarius » Carl Friedrich Günther <sup>(237)</sup>. Günther hat sich vor allem dagegen gesträubt, daß — wie der sächsische Entwurf es vorsah — nicht staatlich bestätigte Aktiengesellschaften nach dem Recht der römischen « societas » behandelt werden sollten. Er weist demgegenüber darauf hin, daß die Gründer von Aktiengesellschaften « ganz unstreitig » beabsichtigten, « ein von ihren Personen unterschiedenes Rechtssubjekt aufzustellen » <sup>(238)</sup>. Deshalb sollen auch die nicht bestätigten Aktiengesellschaften jedenfalls nach innen als von den Mitgliedern unterschiedene Rechtssubjekte behandelt werden, z.B. seien die

<sup>(235)</sup> C. F. ELVERS (N. 123), 197.

<sup>(236)</sup> H. SCHUMACHER, *Die Entwicklung der inneren Organisation der Aktiengesellschaft im deutschen Recht bis zum Allgemeinen Deutschen Handels-Gesetzbuch*, Stuttgart 1937, 41-43. Nicht recht verständlich ist in diesem Zusammenhang allerdings Schumachers Hinweis auf das Gutachten der Berliner Kaufmannsältesten über Aktiengesellschaften (abgedruckt in E. GANS, *Beiträge zur Revision der Preußischen Gesetzgebung*, Berlin 1830-1832, 177 ff.; dazu SCHUMACHER, aaO, 38-40).

<sup>(237)</sup> Vgl. H. SCHUMACHER (N. 236), 41; B. BAUMS-STAMMBERGER (N. 47), 68 f. Der Bericht ist abgedruckt in den Beilagen zu den Protokollen der 1. Kammer, sächs. Landtagsakten 1836-37, 1. Sammlung, 414-434, und bei B. BAUMS-STAMMBERGER (N. 47), 132 ff. (nach diesem Abdruck werden im folgenden die Seitenzahlen des Erstdrucks zitiert).

<sup>(238)</sup> C. F. GÜNTHER, *Bericht* (N. 237), 419.

Mitglieder nicht als Miteigentümer zu betrachten, könnten auch nicht Teilung verlangen und hafteten nicht für die Gesellschaftsschulden <sup>(239)</sup>. Andererseits will Günther jedoch daran festhalten, daß « nach den bei uns angenommenen Rechtsgrundsätzen der Staat nur diejenigen Vereine seinerseits als moralische Personen ansieht, die er als solche anerkannt (bestätigt) hat ». Deshalb kann die Aktiengesellschaft ohne Bestätigung z.B. als solche keine Grundstücke erwerben, nicht Bankrott machen, auch nicht klagen oder verklagt werden (als Ausweg entwickelt Günther eine besondere « Handelndenhaftung ») <sup>(240)</sup>.

Günthers Position deckt sich demnach nicht völlig mit der von Beselers neuer Körperschaftstheorie, da er für die « äußeren » Rechtsverhältnisse der Aktiengesellschaften am Konzessionserfordernis festhält. Andererseits tut er aber doch einen bemerkenswerten Schritt in die Richtung der freien Körperschaftsbildung und des neuen Körperschaftsbegriffs, wenn er nach innen ganz auf den Willen der Gründer und die Struktur der Vereinigung abstellen will und insofern der staatlichen Reglementierung jede Wirksamkeit abspricht <sup>(241)</sup>. Günther nimmt hier die spätere « Natur-der-Sache »-Argumentation vorweg, indem er behauptet, daß es ein « mit Notwendigkeit gegebenes Element der Gesetze gebe ». Dieses sei « schon durch die faktischen Umstände und Verhältnisse gegeben, so daß es aus diesen nur entwickelt und dargestellt zu werden braucht. Denn in jedem Zustande und Verhältnisse, in dem sich Menschen untereinander befinden, liegt zugleich die Rechtsnorm, nach der ihre Handlungen zu beurteilen sind, und läßt sich aus denselben durch Subsumtion des Grundes und Zweckes dieser Zustände und Verhältnisse unter die höchsten Grundsätze des Rechts mit strenger Konsequenz entwickeln. Abweichung von dieser Konsequenz muß stets üble Folgen nach sich ziehen » <sup>(242)</sup>. Es ist also keineswegs ganz unrichtig, wenn man Günther mit dem Körperschaftsbegriff der

---

<sup>(239)</sup> C. F. GÜNTHER, *Bericht* (N. 237), 429 f., 418-420 (keine Haftung).

<sup>(240)</sup> C. F. GÜNTHER, *Bericht* (N. 237), 430, 431-433 (Handelndenhaftung).

<sup>(241)</sup> Mit Recht sieht B. BAUMS-STAMMBERGER (N. 47), 81 Fußn. 2 insoweit eine Parallele zur modernen Diskussion um den nichtrechtsfähigen Verein.

<sup>(242)</sup> C. F. GÜNTHER, *Bericht* (N. 237), 419 f.

Genossenschaftstheorie in Verbindung bringt, nur muß man beachten, daß er gewissermaßen auf halbem Wege stehenbleibt <sup>(243)</sup> und seine rechtstheoretische Position weniger dem soziologischen Rechtsbegriff der Genossenschaftstheoretiker als dem « Natur-der-Sache »-Denken anderer Anhänger des neuen, strukturellen Körperschaftsbegriffs (Unger, Fitting) entspricht.

In ganzen läßt sich also sagen: Die Position Beselers in der Körperschaftslehre wird von keinem der genannten Autoren ganz erreicht. Allerdings nähern sich einige ihr an (Evers, Günther), und das geschieht bezeichnenderweise Ende der zwanziger, Mitte der dreißiger Jahre, als das Phänomen der modernen Vereinsbildung mehr und mehr sichtbar wird und wissenschaftliche und gesetzgeberische Aufmerksamkeit auf sich zieht. Im Hinblick darauf könnte man fragen, ob nicht Beseler mit seiner auf den Erscheinungen des Rechtslebens aufbauenden Lehre doch tiefer gesehen hat als die « Natur-der-Sache »-Theoretiker.

#### *Zusammenfassung.*

I. In der älteren Genossenschaftstheorie (beginnend 1835 mit Beselers « Lehre von den Erbverträgen ») werden vor allem zwei Probleme behandelt: die Gesamthand (Gesamteigentum) und die « körperschaftliche » Personenverbindung, insbesondere die modernen Ideal- und Wirtschaftsvereine. Dabei beschränkt man sich in der ersten Phase auf die Gesamthand, in der zweiten Phase (ab 1843) werden Gesamthand und Körperschaft zum Begriff « Genossenschaft » verbunden, erst in der dritten Phase (Beselers System I, 1847) werden Gesamthands- und Körperschaftsproblematik wieder voneinander getrennt.

II. Dabei entwickelt Beseler einen neuen, auf die Struktur der Vereinigung abstellenden Körperschaftsbegriff. Er tritt hiermit in Gegensatz zum älteren materiellen Begriff der Korporation als ständischer, « öffentlicher », das Leben ihrer Mitglieder umfassend bestimmender Personenverbindung und zum techni-

---

<sup>(243)</sup> Auch in weiteren, von Günther beeinflussten Arbeiten wird — wenigstens im Hinblick auf die Parteifähigkeit usw. — nicht ganz auf das Erfordernis der staatlichen Genehmigung verzichtet, vgl. B. BAUMS-STAMMBERGER (N. 47) zur Dissertation von A. A. Sintenis (91 f.) und zu einem Gutachten der Leipziger Juristenfakultät 1842 (110, auszugsweiser Abdruck 158-161). Überhaupt hat, soweit ich sehe, keiner der Juristen, die 1836-1842 an der in Sachsen geführten Diskussion um die Aktiengesellschaften beteiligt waren, sich ohne Einschränkung für freie Körperschaftsbildung ausgesprochen; das gilt auch für WEISKE (s. o. zu N. 50).

schen, formalen Begriff der Korporation als durch staatliche Anerkennung, ohne Rücksicht auf seine Struktur, geschaffenen rechtsfähigen Personenverbandes. Der neue Begriff und die damit verbundene Voraussetzung der freien Körperschaftsbildung ist von einer Reihe von Autoren noch vor dem Auftreten Gierkes übernommen worden. Er hat sich bis zur Gegenwart — allerdings nur neben dem positivistisch-formalen Körperschaftsbegriff — behauptet.

Die Gründe für den neuen Körperschaftsbegriff liegen nicht, wie Gierke und eine Reihe moderner Autoren behauptet haben, in der Wiederbelebung deutsch-rechtlicher Gedanken und Bekämpfung der « Fiktionstheorie ». Vielmehr sind zwei Momente bestimmend:

a) Ein egalitäres, nicht mehr ständisches Privatrechtsdenken, indem man entgegen der älteren materiellen Korporationslehre für die Rechtssubjektivität freier, quer durch die « Stände » gehender « Assoziationen » eintritt.

b) Ein antipositivistisches Denken, indem man das technische Korporationsverständnis, wonach der Staat beliebig Körperschaften schaffen kann, verwirft. Dabei berufen sich die Anhänger der Genossenschaftstheorie auf einen soziologischen Rechtsbegriff, während andere (nicht alle) Anhänger des neuen Körperschaftsbegriffs sich auf die « Natur der Sache » stützen. Diese Argumentationsformen bestimmen auch noch die moderne Diskussion um die Einordnung körperschaftlicher Gebilde, die vom Staat nicht als Rechtssubjekt anerkannt sind.

III. In der Literatur werden mehrere Autoren als Vorläufer der älteren Genossenschaftstheorie bezeichnet. Eine vollständige Vorwegnahme von Beselers *Körperschaftsbegriff* findet sich jedoch nirgends; immerhin zeigen sich vor allem bei Elvers und Günther wichtige Elemente der genossenschaftlichen Körperschaftslehre.





JES BJARUP

THE CONCEPT OF A PERSON ACCORDING  
TO ANDERS SANDØE ØRSTED

In March 1802, Hof- og Stadsretten in Copenhagen rendered two judgements deciding questions of law arising upon rights of property in slaves. The owners, Greve Rantzow and Generalmajorinde Henriette de Schimmelmänn, had formerly stayed on the Danish West Indies but had now moved to Denmark for permanent residence. Greve Rantzow had bought the negro David Tams on St. Croix and brought him into Denmark as his slave for personal services. The other slave, Hans Jonathan, was born on St. Croix as the son of the slave Emilia Regia owned by Generalmajorinde de Schimmelmänn who had brought both with her to Copenhagen.

David Tams and Hans Jonathan had run away from their masters, had been arrested by the police and jailed. The masters had now filed a declaration against David and Hans to the jurisdiction of the court to the effect that the arrests were justified and that the owners were entitled to return David Tams and Hans Jonathan, as their slaves and property, to the West Indies. David Tams and Hans Jonathan, by their attorneys, filed the demurrer to this plea, viz. that their arrests were unjustified, and that their status of slavery were dissolved on arrival in Denmark. They further brought a plea for damages on account of the grievances of the arrest, loss of esteem, and injuries inflicted upon them by their masters.

The court decided the cases in favour of the owners. The court's argument was that a slave did not acquire his freedom by being brought into the King's European territory, since there was no rule in the Danish legal system which expressly or by

analogy laid this result down. The owner's right to property was legally acquired according to the law of the Danish West Indies, and it could not be assumed that this right, once legally acquired, was terminated because the object had left the territory where it had been acquired and brought into another territory. The judgements of the court were then that the arrests were justified. Further Greve Rantzow was entitled «to carry off the negro David Tams as his slave to the West Indies», and Generalmajorinde de Schimmelmänn was entitled to «carry off the mulatto Hans Jonathan as her slave to the West Indies».

Among the judges deciding the legal issues was Anders Sandøe Ørsted. He reported the cases in a juridical journal edited by him and wrote a comment on the cases, «Beholdes Ejendomsretten over en Vestindisk Negerlave, naar han føres ind i Kongens Europæiske Stater» (1).

These cases raise important moral and legal issues. They raise the question of the legitimacy of slavery depending upon the distinction between slaves and free men. Does this distinction exist by law only or by nature? Are human beings persons by law or by nature? Is it within the province of the court to decide upon the justice or injustice, the policy or impolicy of laws providing for slavery?

I shall limit this paper to Ørsted's answer to these questions as presented in his comment on the judicial decisions. Before doing this, a few words about Anders Sandøe Ørsted who lived from 1778 to 1860.

---

(1) (Does the right of property in a West-Indian negro-slave continue when he is brought into the King's European States), in *Juridisk Maanedstidende*, vol. 1, København 1802, p. 223-235. The cases are reported in the same journal at p. 280, Rantzow v. Tams, and p. 438, de Schimmelmänn v. Jonathan. The latter case as well as Ørsted's comment is reprinted, in a somewhat extended version, in *Arkiv for Retsvidenskaben*, vol. 1, København 1824, as *Beholdes Herredømmet over en Vestindisk Slave, naar han betræder dansk-europæisk Grund* (Does dominion over a West-Indian slave continue, when he sets foot on Danish-European soil) p. 459-485. The decision is reported at p. 33. For a contemporary assessment see Knud WAABEN, *A. S. Ørsted og neger-slaverne i København* (A. S. Ørsted and the Negro-Slaves in Copenhagen), in *Juristen*, København 1964, p. 321-343.

He is not so well-known outside Denmark as is his brother Hans Christian Ørsted (1777-1831), the physicist who discovered electromagnetism. Nevertheless, it has been claimed, by Frantz Dahl, that Anders Sandøe Ørsted is one of the world's greatest jurists <sup>(2)</sup>. To be sure Ørsted has played an important role as a jurist in Danish political affairs. Although he applied for the chair in the University of Copenhagen, he never succeeded in being appointed a professor in law. He then served as a judge and later as a deputy member of the Danish Chancellery from 1813 to 1848. He was a member of the constituent assembly which drafted the Danish Constitution of 1849. It must be noticed that Ørsted protested emphatically against the various provisions of the Constitution, but he did not formally vote against the Constitution which the committee voted to be enacted as Danmarks Riges Grundlov. It was formally sanctioned by the King Frederik VII on 5th June 1848.

Ørsted was then elected President of Videnskabernes Selskab in 1848. During a political crisis after the war between Denmark and Prussia he was appointed Prime Minister in 1853 and was responsible for the Act of Succession of 1853 as well as the Constitutional Act of 1854. This Act was a step backwards to the days before the 5th June 1849. The Act extended the King's authority to determine the representation of the Chamber, Rigsraadet. Further the power of Rigsraadet, e.g. to impose and control taxation, was severely limited.

Ørsted was voted out of office by a general election in 1854. He spent his last years by writing his autobiography in four volumes.

For Ørsted, law is the common spiritual substance of a society, expressed in concrete form partly in written or positive law based upon the rational will of the King, partly in unwritten law, i.e. rules arising from the necessary relations of the nature of things. This substance is the cohesive force which has to be transmitted and imparted by education, and it is the business of jurists to educate the citizens according to the law, so that they may receive its content into their consciousness.

---

<sup>(2)</sup> Frantz DAHL, *Anders Sandøe Ørsted as a Jurist*, Copenhagen 1932.

Ørsted stresses the importance of jurists as organs of the spirit of their society. In this respect Ørsted is very much influenced by his contemporary F. C. von Savigny, although Ørsted does not share Savigny's dislike for codifications. On the contrary Ørsted is committed to the belief that men can be made happy and free by law, or at least materially helped to that condition by legal means.

Making freedom the goal of individual endeavour requires the need for education rather than the need for establishing institutions of parliamentary democracy to adjust and harmonize the freedom of individuals. Hence Ørsted's opposition to the free Danish Constitution of 5th June 1848. Ørsted's opposition stems from his dissatisfaction with the Kantian idea of freedom and Ørsted's following Kant's successors, Fichte and Schelling, in the romantic school. Ørsted shares their desire to establish that the freedom which man must enjoy be absolute, and not just be limited as Kant had held. For Ørsted, absolute freedom is the only thing which will satisfy man, since it alone enables him to achieve the full development of his personality.

It is the business of the state to establish and promote absolute freedom or the general good as the only healthy form of social life. For Ørsted this depends less on perfecting the machinery of government than on developing the energies and public spirit of the people. Ørsted parts company with the traditional doctrine of natural rights which attempts to give an answer to the question what the general good is. What is wrong with this doctrine is that it is formal and a priori. Ørsted puts in its place a relativist and thoroughly historical conception of the nature of the general good. Ørsted is in the tradition of Montesquieu stressing that each society must solve the task of realizing the general good in response to its own particular spirit where the historical, sociological, political and economic conditions will shape the solution and must be allowed for by the legislator.

Ørsted relies in this respect very much on the vague formula «the nature of things» <sup>(3)</sup>. Using this vague formula Ørsted

---

<sup>(3)</sup> For a discussion of this formula in Ørsted's writings see Ditlev TAMM, *Fra «Lovkyndighed» til «Retsvidenskab»*, København 1976. With a summary

develops a new conception of rationality, according to which the rational is that which gives complete expression to the uniqueness and diversity to be found in each individual character, rather than putting the emphasis upon human nature in general. Thus, it becomes possible for Ørsted to identify law with actual social conduct. All legal rules are the expression of the psychological or spiritual nature of man and of the nature of human society, as well as man's spiritual aims. The appeal to the formula «the nature of things» provides the theoretical basis for Ørsted's conception of the state, where the state is eventually destined to become an entity within which every side of human nature can find satisfaction, and do justice to the richness and variety of human capacities for achieving the full development of the individual's personality.

The aim of the state is not only to provide for the purely external needs of security and protection of the rights of individuals. This is only to administer one part of human nature. It ignores the inner spiritual life of individuals and their welfare. The aim of a completely rational state must also take account of the concrete totality of human life. Thus, there is no limits of state actions.

Ørsted ignores that men not only want protection from one another as individuals, they may also want security against their rulers' governing them in ways that do violence to their sense of right. The traditional doctrine of natural rights is precisely meant to express a standard above the state as a limit upon the wills of individuals and governments.

Ørsted parts company with this tradition, stressing that all rights depend upon the state. The state defines men's rights and protect them adequately through impartial enforcement by the courts.

In this respect Ørsted's view is that the maintenance of a healthy and uncorrupt form of social life is best guaranteed by

---

in German. Also Jørgen DALBERG-LARSEN, *Retsvidenskabn som Samfundsvi-  
denskab*, København 1977, Ch. 9. With a summary in German, and Stig JØRGENSEN,  
*Vertrag und Recht*, København 1968, p. 49 ff.

promoting the proper spirit of individuals who administer the legal rules. This is, I take it, what Frantz Dahl means by claiming that Ørsted «created Danico-Norwegian legal science, a national science» (4).

Ørsted's view is that the whole character of legal science must be altered. This is based upon the quest for a more profound conception of rationality than that which characterized the prevailing view of reason, as presented in the textbooks produced and used by the holders of the professorship in law in the University of Copenhagen, Lauritz Nørregaard and F. T. Hurtigkarl.

It must be noticed that Ørsted was turned down, when he applied for a professorship. As a consequence of this Ørsted's legal writings consist partly in articles on legal questions and comments on judgements in juridical journals founded by Ørsted, and partly in commentaries on the textbooks produced by Nørregaard and Hurtigkarl.

Thus, Ørsted produced, in three densely printed books, «Supplement til Generalauditeur Nørregaards Forelæsninger over den Danske og Norske Lovkyndighed» in the years between 1804 to 1812, as well as «Haandbog over den Danske og Norske Lovkyndighed med stadigt Hensyn til Hr. Etatsraad og Professor Hurtigkarls Lærebog» in 1822 to 1835. A work comprising six volumes.

Ørsted's new conception of rationality is based upon his formula «the nature of things». This formula does justice to the diversity and complexity of legal relations between persons and human nature itself. It offers more than the discovery of the abstract uniformity of the rights of man by claiming that every people instinctly creates the rules which are best calculated to express its character at the particular stage of consciousness to which it has attained.

For Ørsted the higher notion of rationality, based upon the nature of things, is held to be essentially intuitive, and is identified, in particular, with the intuitive perception of the learned jurist. He has the power to think and to act, and embodies the unity of theory and practice.

---

(4) DAHL, *op. cit.* (note 2) at p. 27.

Ørsted follows the Kantian conception of scientific knowledge as forming a system. Ordinary knowledge forms a mere aggregate which is turned into genuine knowledge by being systematically organized according to fundamental principles. The problem is then to provide the proper system based upon the proper principles. For Ørsted the proper principles are the principles of right and freedom, which state the compulsion upon each person to restrict his freedom in the recognition of the possibility of the freedom of others, giving rise to the concept of legal relation between persons. This relationship involves the idea of reciprocity or co-existence between one person's rights and another person's obligations. The true position concerning legal relations is that the individual is capable of achieving freedom only within the state which determines his rights and obligations. This involves the construction of a new scheme of classification of rights.

Ørsted's complaint against the received classification of law into public and private law is that this classification is defective. The categories of rights into rights of persons and rights of things are, for example, overlapping categories. The status of a person is often the source of various legal relations to things. Properly speaking, there are no rights without a person's relation to things, when the term « things » is understood in a wide sense as denoting any object, of material or immaterial character, which the legal system recognizes. It follows that the division between rights of persons and rights of things must be redefined to secure that it is based upon one and only one basis of division. This basis is legal relations arising out of personal status and legal relations arising without any regard to the personal status of human beings. The concept of personal status then becomes crucial. This raises the problem, Ørsted says, to separate what is essential from what is accidental in the concept of personal status.

Ørsted does notice the insufficiency of the received classification of a person's status in terms of the person's internal status, e.g. birth, sex, mental and bodily defects, and age, and external status, e.g. property, rank, freedom, family relationship, nationality and profession. Although Ørsted is very much interested in systematization, he does not put forward any new scheme of



classification. His writings follow closely the received categories. Ørsted realizes the significance of categories but he also admits that it is difficult to start afresh and construct «another architectonic» which puts everything in its proper place in a natural order <sup>(5)</sup>.

Ørsted abides then by the accepted system. His aim is to provide materials for a new system. So Ørsted cannot be said to have «created Danico-Norwegian legal science» in the sense that Ørsted puts forward a new architectonic or classification for organizing legal knowledge. Rather, if Ørsted creates legal science, then he does so by providing «an outline of the Danish hermeneutics» as the Danish jurist J. F. W. Schlegel puts it <sup>(6)</sup>.

Ørsted's hermeneutics is concerned with the proper principles for interpretation of legal rules. The foundation for these principles is not absolute justice but the common good, general interest or public welfare, which finds representative expression in the legal rules issued by the rational will of the King. The judges have only to ask what is the will of the King in order to decide the legal issues presented to them. It is not within the province of the judges to decide upon the justice or injustice of the King's laws. The duty of the judge is to apply and interpret the law according to its true intent and meaning.

This may be illustrated by reverting to the decision concerning the status of slaves, and Ørsted's note to these decisions. Ørsted's note is based upon his formula of the fundamental principle of rights. According to this principle rights and obligations of whatever sort belong to a person alone. The fundamental principle is that human beings, as persons, are free. Slaves are human beings, but not persons. Hence they have no obligations because they have no rights, and vice versa. As Ørsted says, slavery is alone made possible by the master's superior force over the slave and this relation cannot possibly have any legal foundation <sup>(7)</sup>.

---

<sup>(5)</sup> ØRSTED, *Haandbog*, vol. I, p. 484, cf. *Supplement*, vol. I, p. 116.

<sup>(6)</sup> J. F. W. SCHLEGEL, *Juridisk Encyclopædie*, København 1825, p. 125.

<sup>(7)</sup> ØRSTED, *Juridisk Maanedstidende*, p. 225, *Arkiv for Retsvidenskaben*, p. 462 f.

This raises a problem, since slavery does exist on the Danish West Indies, on the basis of statutes, whereas this is not the case in Denmark. What happens if a master brings his slave with him from the West Indies to Denmark? In legal terms, the question is: Does a slave who is brought to Denmark by his master forthwith become free under Danish law or does the status of slavery under colonial law still adhere to him? To claim that the slave becomes free, «his own master» in Ørsted's phrase, on coming to Denmark is tantamount to claiming that human beings are persons by nature. That is to say the right to freedom is not dependent upon membership of a state, but exists prior to the state. The right to freedom is a natural right of every human being <sup>(8)</sup>.

By contrast, to claim that the status of slavery still adheres to a human being in a state which does not legally recognize slavery is tantamount to claiming that human beings are not persons by nature but by law only. There are no natural rights but only legal rights. Rights cannot, then, be regarded as existing prior to the state. They exist rather as a consequence of the existence of a legal system in a society, and the rights of persons depend upon their status in this society. For the slave, the legal consequence of the first view is that the master cannot legally seize his slave. The slave cannot legally be forcibly removed from Denmark against his will. By contrast, the legal consequence of the latter view is that the master, living in Denmark, may legally compel his slave to be returned to the West Indies, since the slave in the eyes of the law is his property.

Faced with these alternatives the legal position established by Ørsted is to claim that a slave brought to Denmark comes under the protection of the Danish legal system.

Ørsted takes it for granted that

1. the judge has an obligation to apply positive laws as absolute rules even if he finds that these rules contravene with the doctrine of natural law;

---

<sup>(8)</sup> Cp. Ulpian's remark, «Iure naturali omnes liberi nascuntur», Digest 1. 1. 4. Slavery exists only by virtue of *ius gentium*, cf. Digest 1. 1. 5.

2. the judge may resort to the basic principles of the doctrine of natural rights in the absence of positive laws;
3. there is no authority whatsoever for slavery in the doctrines of natural law;
4. the legal relationship between persons is reciprocal, i.e. there is no right without an obligation, and vice versa;
5. there is a reason for everything in the sense that reasoning runs from ground to consequent founded and exhibited in the nature of things.

The core of Ørsted's view is his assertion that facts about the world have a rational demonstrable ground or that facts have a sufficient reason. There is a necessary connection between facts and their grounds, or the conditions of facts and their grounds. The task for the jurist is to discover and present the grounds of all legal relations, in the sense of their reasons.

The propositions 1 to 5 are considered by Ørsted to be self-evident truths. Hence they are trustworthy. The point is that Ørsted claims that they are ultimately certified by reason and may therefore be said to be rational. This may very well be disputed, but to do this is beyond the scope of this paper.

According to 3, Ørsted claims that slavery is contrary to the law of nature. More important, slavery is repugnant to principles of Christian humanity. The only foundation for slavery is the law, which determines whether one human being, i.e. the master, can call another human being, i.e. the slave, his property. In this respect Ørsted makes a distinction between the law which determines the title to rights and the law which determines the exercise of rights so acquired. As regards the title Ørsted stresses that the state of slavery is illegal in Denmark, but supported by positive law on the West Indies where the legislative authority, viz. the Danish King, has recognized its existence in statutes concerning slaves. The reason behind these statutes, cf. point 5 above, is that slavery is needed for the maintenance of the sugar plantages. This is a valid reason on the West Indies for introducing and maintaining slavery, Ørsted says. This may be disputed, however, since the work done by slaves is in the

end the dearest <sup>(9)</sup>. So Ørsted's economic reason does not operate at all. Perhaps this is why Ørsted continues to claim that this reason does not apply to the conditions in Denmark. If slavery is contrary to the Danish legal system, the legal question is whether it is dissolved when the master brings his slave with him to Denmark.

This raises another legal question concerning conflicts of law. The conflict is between the Danish legal system valid for the West Indies and the Danish legal system valid for Denmark. Ørsted solves this conflict by resorting to the principle of security. Legally acquired rights ought to be recognized and respected even outside the territory, i.e. the West Indies, where they are acquired in so far as such recognition and respect do not contravene the legal system of the territory, i.e. Denmark, where the right is appropriated.

This, of course, raises the question whether slavery does contravene the Danish legal system. In this respect Ørsted's position is ambiguous. The judge has an obligation to respect the master's right to his property, cf. point 1 above. It follows that the legal position of the slave established by Ørsted is not that a slave on setting foot in Denmark becomes free. On the contrary Ørsted affirms the master's property rights in slaves. However, the master's exercise of this right is limited by the Danish legal system. Thus, contract for sale of a slave cannot legally take place in Denmark. The manner of enforcing the right acquired by the colonial statutes is strictly governed by Danish statutes. Thus, the slave comes under the protection of the Danish laws.

Ørsted admits, however, that the slave can be legally removed from Denmark to the West Indies against his will if his master so wishes. Indeed the master, wishing to go to the West Indies himself, has an obligation to bring the slave with him in case the slave suffers from illness or is not capable of working. Ørsted's argument is that the master cannot evade his duty, and the slave's residence in Denmark does not entitle him to be supported according to the poor laws. So it is fair to say,

---

<sup>(9)</sup> Cf. Adam SMITH, *The Wealth of Nations* (ed. A. Skinner), Penguin 1974, p. 488 (Book III, Ch. II).

I think, that the protection of a black person under the Danish legal system is different from the protection of a white person.

Ørsted has no high opinion of slaves. He claims that slaves « do not know how to appreciate the moral value of freedom » <sup>(10)</sup>. Ørsted offers no argument for his claim. Perhaps he believes that this is a self-evident truth. It gives Ørsted some difficulties concerning questions of slaves as witnesses and their reliability.

Ørsted holds to the prejudices of his time. He had a view, based upon the formula « the nature of things », that fitted them. He stated forcefully what many of his contemporaries believed and because of his authority slavery was not abolished formally in Denmark until 1848.

To revert to the question concerning the exercise of the master's rights in Denmark, Ørsted cites with approval « the great learned in law » Blackstone's opinion that

« a slave or negro the instant he lands in England becomes a free man; that is the law will protect him in the enjoyment of his person and his property. Yet with regard to any right which the master may have lawfully acquired to the perfected service of John or Thomas this will remain exactly in the same state as before; for this is no more than the same state of subjection for life which every apprentice submits to for the state of seven years or sometimes for a longer period » <sup>(11)</sup>.

Ørsted then goes on to argue that the slave's subjection to his master has a contractual basis. This involves Ørsted in a difficulty, since he on the one hand explicitly says that « the slave as being a slave cannot bring obligations upon himself » <sup>(12)</sup>. This is tantamount to considering the slave as a thing. On the

---

<sup>(10)</sup> ØRSTED, *Arkiv*, p. 483.

<sup>(11)</sup> ØRSTED, *Arkiv*, p. 460 referring to W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, 5th ed., vol. I, p. 424 f. Ørsted does not refer to Blackstone's statement p. 127 « The spirit of liberty is so deeply implanted in our constitution and rooted even in our very soil that a slave or negro the very moment he lands in England falls under the protection of the laws and with regard to all natural rights becomes eo instanti a free man, though the master's right to his service may possibly still continue ». Quoted from E. FIDDES, *Lord Mansfield and the Somerset Case*, in *Law Quarterly Review*, vol. 50, 1934, p. 499, at p. 506. - It seems that Ørsted did not know the Somerset Case.

<sup>(12)</sup> ØRSTED, *Arkiv*, p. 482.

other hand Ørsted claims that the slave as an apprentice lawfully can bring an obligation upon himself to serve his master for life. This is tantamount to considering the slave as a person.

This raises the question whether the law of contract permits a person to subject himself for life to serve another person. Ørsted's answer to this question is affirmative. He concedes that a contract to the effect of total subjection involves a considerable curtailment of the person's personal liberty. He also concedes that there is a good reason for the legislator to forbid such contracts. What Ørsted has in mind is, I think, that there are limitations to what persons are legally free to do. Persons are not, in general, free to enslave themselves. This may be established by using John Locke's argument that

« a man, not having the power of his own life, cannot, by compact, or his own consent, enslave himself to anyone, nor put himself under the absolute, arbitrary power of another, to take away his life, when he pleases » (13).

Locke tries to show this by his assertion that God's ban on suicide, which all men can accept, entails that one must always preserve oneself. Locke's argument claims that men's natural rights to their lives, liberties and estates are given by the laws of nature, and limited by those laws.

Nevertheless Ørsted argues that there is no valid legal reason against a contract of subjection, since it creates correlative rights and obligations. Such contracts are not forbidden by positive law. And it may even find support in the doctrine of natural rights, cf. point 2 above.

Hugo Grotius, for example, declares that

« to every man it is permitted to enslave himself to anyone he pleases for private ownership, as is evident from the Hebraic and from the Roman law » (14).

Ørsted does not explicitly refer to this theory of natural rights.

---

(13) JOHN LOCKE, *Two Treatises of Government* (ed. P. Laslett), Cambridge 1963, p. 325 (Book II, Ch. IV, § 23).

(14) HUGO GROTIUS, *De Jure Belli Ac Pacis Libri Tres* (transl. by Francis W. Kelsen), vol. 2, Book I, Oxford 1925, p. 103 (Book I, Ch. III, VIII, 1). For a discussion see Richard Tuck, *Natural Rights Theories*, Cambridge 1979.

According to this theory of natural rights as active rights men are free and independent persons making their own decisions and being held to them. Persons are masters of their own destiny, and their freedom is a property which can be exchanged in the same way and under the same terms as any other property.

This is perhaps Ørsted's justification for the subjection of the slave David Tams to Greve Rantzow and the slave Hans Jonathan to Generalmajorinde de Schimmelmann. The flaw in Ørsted's argument is, however, that it presupposes that David Tams and Hans Jonathan have exercised a choice and consented to such contracts. They never did, as is manifest from the legal proceedings.

The theory of a person's active rights stresses the importance of the individual's own capacity to make choices, but Ørsted never allowed David Tams and Hans Jonathan to make these choices. Hence Ørsted's justification is not based upon the facts. It follows that Ørsted violates his own principle of sufficient reason, point 5 above. The flaw in Ørsted's justification is not the theory that contracts of enslavement are unlawful, being contrary to the doctrine of natural rights. The flaw is rather that Ørsted does not follow his own theory to its logical conclusion and allow people to exercise their own reason and will and thus become masters of their own destiny.

Ørsted's judgements in the cases brought before him to decide are then groundless. His commentary on the judgements fails to justify these judgements on sound principles. This illustrates Ørsted's hermeneutics, his reliance on the formula «the nature of things». This formula is used by Ørsted for his own purposes to talk his way out of embarrassing moral and legal issues and justify the existing system of government, which ostensibly brings about the true nation of freedom and happiness.

I do not know what happened to David Tams and Hans Jonathan. I do know that Ørsted never regretted to have rendered his decisions. I also know that Ørsted is praised as the founder of Danish legal science and as one of the world's greatest jurists. In my opinion this is an overstatement. It is also sad to note that Ørsted believed that to be a person depends upon the colour of your skin.

DITLEV TAMM

DIE JURISTISCHE PERSON  
IN DER DÄNISCHEN RECHTSWISSENSCHAFT  
DES 19. JAHRHUNDERTS

I.

Der Begriff der juristischen Person führt in der heutigen dänischen Rechtswissenschaft ein eher zurückgezogenes Dasein. Diesem Mangel an Interesse für das Denkbild der juristischen Person entspricht aber auch eine auffallende Zurückhaltung in der älteren dänischen Rechtswissenschaft, was die Entwicklung einer selbständigen Lehre von der juristischen oder — wie sie früher hiess: moralischen — Person betrifft. Immerhin taucht die juristische Person in den Darstellungen des dänischen Privatrechts am Anfang des 19. Jahrhunderts als Zeichen des schon damals massgebenden Einflusses der deutschen Rechtswissenschaft auf. Der Wandel der Auffassung von der juristischen Person in der deutschen Rechtswissenschaft spiegelt sich überhaupt in den Darstellungen des dänischen Rechts deutlich ab. Der Versuch, die Geschichte der moralischen Person in der dänischen Rechtstheorie zu schreiben, wird damit zugleich ein Beitrag zur Ergründung der fremden Einflüsse, die für die Entwicklung der dänischen Rechtswissenschaft im 19. Jahrhundert massgebend waren. Von den grossen Theorien über die juristische Person, die sich in der deutschen Rechtslehre des 19. Jahrhunderts geltend machten, erlangte jedoch nur die sogenannte Fiktionstheorie grössere Bedeutung für die dänische Rechtswissenschaft. Nur wenige der spätere Versuche, die Fiktionstheorie zu ergänzen oder durch eine andere Lehre zu ersetzen, fanden hier Beachtung.

Mit dem Verlassen der Fiktionstheorie verschwand aber auch die juristische Person als Komplement der natürlichen Person aus



der Lehre von den Rechtssubjekten in den Darstellungen des Personenrechts. Andere von der dänischen Rechtswissenschaft verwendete Bezeichnungen wie kollektive Einheiten, Zwecksobjekte, künstliche Rechtssubjekte usw. zeigten jedoch den Bedarf an einer rechtlichen Konstruktion zur Bezeichnung der Träger jener Rechte und Pflichten auf, die nicht unmittelbar Einzelpersonen zugeschrieben werden konnten. Von den verschiedenen Phasen der Entwicklung der Lehre von der juristischen Person bis heute soll hier die Zeit seit dem ausgehenden 18. Jahrhundert, der Geburtsstunde einer selbständigen dänischen Rechtswissenschaft, betrachtet werden. Obgleich die Theorie der juristischen Person an Bedeutung eingebüsst hat, zeigt die dogmengeschichtliche Entwicklung, dass das Bemühen früherer Generationen von Juristen um die Bewältigung der juristischen Begriffe als Voraussetzung einer neuen Erkenntnis ihrer Bedeutsamkeit anzusehen ist. Dass diese Erkenntnis dazu geführt hat, dass die Konstruktion der juristischen Person aufgegeben wurde, darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass eine Hilfskonstruktion zur Erklärung der Rechtslage, wo man früher von einer juristischen Person sprach, ungeachtet neuer, an Hand der Dogmatik des 19. Jahrhunderts gewonnener Einsichten, nicht überflüssig geworden ist.

Als Hauptorientierungspunkte bezüglich der Lehre von der juristischen Person in der dänischen Rechtswissenschaft sei also von Anfang an auf den Einfluss der grossen deutschen Theorien des 19. Jahrhunderts und auf die Tendenz der heutigen Rechtslehre, die Subjektsprobleme des Personen-, Vereins- und Gesellschaftsrechts auch ohne den Begriff einer juristischen Person zu meistern, hingewiesen.

## II.

Der Fachausdruck «juridisk person» — juristische Person — taucht erst 1829 in der dänischen Rechtswissenschaft auf. Den Ausdruck «moralische Person» findet man jedoch schon in den Darstellungen des Naturrechts im 18. Jahrhundert. In einer Darlegung der Anfangsgründe des Naturrechts aus dem Jahr 1784 <sup>(1)</sup>

(1) NØRREGAARD, *Natur-Rettens første Grunde* (1784<sup>a</sup>), S. 344.

definiert Lauritz Nørregaard<sup>(2)</sup> die moralische Person als einer Anzahl Menschen, die als eine Person betrachtet werden. Diese Begriffsbestimmung findet man jedoch nicht im Personenrecht, sondern im Abschnitt über das natürliche Gesellschaftsrecht, wo verschiedene Regierungsformen besprochen werden. F. T. Hurtigkarl<sup>(3)</sup>, ebenfalls Professor für Rechtswissenschaft an der Universität Kopenhagen um 1800, erörtert die moralische Person in Verbindung mit dem Gesellschaftsrecht. Sämtliche Mitglieder einer Personengesellschaft sind seiner Meinung nach als eine moralische Person anzusehen und sind daher normalerweise auch solidarisch verpflichtet, wenn die Gesellschaft einen Vertrag mit einem Dritten abgeschlossen hat<sup>(4)</sup>. Die Bezeichnung moralische Person wird also in Hurtigkarls Darstellung des dänischen Privatrechts gleichbedeutend mit solidarischem Schuldverhältnis verwendet. Eine eingehende Erörterung der Frage, was eigentlich unter einer «moralischen Person» zu verstehen sei, findet man in den älteren Darstellungen des dänischen Rechts nicht; in der Verwendung der Bezeichnung «moralische Person» kommt jedoch zum Ausdruck, dass die dänischen Darlegungen, die ja überhaupt unter dem Einfluss des Naturrechts standen, auch von der allgemeinen naturrechtlichen Auffassung, die Personenverbände als moralische Personen betrachtete, beherrscht waren<sup>(5)</sup>.

<sup>(2)</sup> Siehe über Nørregaard (1745-1804) Fz. DAHL, *Grundzüge der dänischen Rechtswissenschaft*, Lpz. 1937, S. 23 f.; Klaus LUIG, *Institutionenlehrbücher des nationalen Rechts im 17. und 18. Jahrhundert*, in *Ius Commune* III (1970), S. 64 f. Einen allgemeinen Überblick über die Entwicklung der dänischen Rechtswissenschaft gibt auch Stig JØRGENSEN, *Skandinavische Rechtswissenschaft 1850-1950*, in *ÖZfÖR* 27 (1976), S. 241-269.

<sup>(3)</sup> 1763-1829. Die Bedeutung von Hurtigkarls Darstellung des dänischen Privatrechts liegt besonders darin, dass sie von A.S. Ørsted als Grundlage für dessen massgebendes *Haandbog over den Danske og Norske Lovkyndighed* I-VI (1822-1835) verwendet wurde. Vgl. DAHL, *l.c.*, S. 24 und 40; Ditlev TAMM, *Anders Sandøe Ørsted and the Influence from Civil Law upon Danish Private Law*, in *Scandinavian Studies in Law* 1978, S. 245-265.

<sup>(4)</sup> «Siden samtlige Interessentkabets Medlemmer maa ansees som en moralsk Person maa de ogsaa i Almindelighed, naar en Handel er paa Interessentkabets Vegne indgaaet med Tredjemand, være En for Alle og Alle for En forpligtede til at præstere det, Handelen gaaer ud paa ...», *l.c.* (oben N. 3) II, 2. S. 269.

<sup>(5)</sup> Zur Bedeutung des Begriffs der moralischen Person siehe GIERKE, *Deut-*

Auch Anders Sandøe Ørsted hielt in seinen frühen Aufsätzen noch an diesem alten Begriff der moralischen Person fest. In einer Abhandlung aus dem Jahr 1809 erörterte er die Frage, ob moralische Personen Gegenstand strafbarer Ehrverletzungen sein könnten <sup>(6)</sup>. Ørsted kam zu dem Ergebnis, dass diese in der dänischen juristischen Literatur bisher nicht behandelte Frage negativ zu beantworten sei. Nur wenn gleichzeitig etwas Entehrendes über die Einzelpersonen, die die Grundlage der moralischen Person bildeten, gesagt worden sei, könne von Strafe die Rede sein <sup>(7)</sup>.

Ørsted vertritt hier noch die ältere Auffassung von der moralischen Person als einfachem Ausdruck einer Personengruppe, ohne dass der moralischen Person als solcher selbständige Persönlichkeit zuerkannt wird.

Im Gegensatz zu dieser naturrechtlichen Auffassung, wonach ein Personenverband in rechtlicher Beziehung als moralische Person betrachtet wurde, entwickelte sich in der dänischen Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts erst später die Vorstellung von einer juristischen Person als einem selbständigen, von den einzelnen Personen des Verbandes verschiedenen Rechtssubjekt.

Es war charakteristisch für die vom Naturrecht beeinflussten Darstellungen des dänischen Rechts, dass der Begriff der moralischen Person nicht im Abschnitt über das Personenrecht, der am Anfang stand, zu finden war. Zwar hatten schon Pufendorf und nach ihm Christian Wolff den Begriff der «*persona moralis*» als Person im rechtlichen Sinn geprägt <sup>(8)</sup>. Die Grundlage der Darstellung des Personenrechts war aber seit dem 16. Jahrhundert die

---

*ches Privatrecht* I (1895), S. 469 f.; HENKEL, *Zur Theorie der juristischen Person im 19. Jahrhundert*, S. 26 ff.

<sup>(6)</sup> *Over Injurier mod moralske Personer*, in *Juridisk Arkiv* No. 18, S. 202-211.

<sup>(7)</sup> Anderenorts hat Ørsted später die Frage der Deliktshaftung der moralischen Person erörtert. Ørsteds Antwort auf die — wie er sich ausdrückt — von den neueren deutschen Kriminalisten ständig gestellte Frage, ob sogenannte moralische Personen sich einer strafbaren Handlung schuldig machen könnten, war die, dass eine solche strafrechtliche Verantwortlichkeit nicht anerkannt werden könne. Nicht die Korporation als solche, sondern nur ihre einzelnen Mitglieder konnten strafbare Handlungen begehen. Siehe *Arkiv for Retsvidenskaben* III (1826), S. 298.

<sup>(8)</sup> Siehe COING, *Zur Geschichte des Privatrechtssystems*, Frankfurt 1962, S. 65 f.

Statuslehre, die die römische Dreiteilung des Status (*libertas*, *civitas* und *familia*) zum Ausgangspunkt nahm. Bei Pufendorf, wo man den Begriff der « *personae morales* » findet, war die rechtliche Stellung der Personen auch durch ihren Status bestimmt — « *homines singuli aut per vinculum morale in unum systema connexi, considerati cum statu suo aut munere in quo in vita communi versantur* »<sup>(9)</sup>. Hier werden die drei Formen des römischen Status mit anderen Eigenschaften verbunden, die für die Rechtsstellung des Menschen von Bedeutung sind, z.B. Amt oder Nobilität. *Personae morales* sind sowohl natürliche Personen als auch Verbände mehrerer Personen — « *simplices vel compositae* ». Im *Usus Modernus Pandectarum* wurde die römische Statuslehre durch die Lehre vom sogenannten *Status naturalis* als Bezeichnung für die physischen Eigenschaften eines Menschen, die von rechtlicher Bedeutung waren, wie Alter, Geschlecht, Zurechnungsfähigkeit usw. ergänzt. Auch in den dänischen Darstellungen des Privatrechts am Ende des 18. Jahrhunderts findet man diese Verkettung der römischen Statuslehre mit dem natürlichen Status. In den Werken Nørregaards und Hurtigkarls wird die Rechtsstellung der Person in den sogenannten inneren Stand, d.h. die Unterschiede in bezug auf Geburt, Form, Geschlecht, Seele, Körper und Alter, und den äusseren Stand, d.h. Vermögen, Achtung und Freiheit, eingeteilt. Von da aus ging man weiter und berücksichtigte den Zivilstand, das Verhältnis zwischen Eltern und Kindern, Herren und Dienern, sowie Unterschiede, die sich auf solche Umstände wie Staatsbürgerschaft, Obrigkeit, Adel, Stadtbewohner oder Bauern gründeten.

Eine solche Gliederung des Rechts der Person lag noch der grundlegenden Darstellung des dänischen und norwegischen Privatrechts von Anders Sandøe Ørsted aus dem Jahr 1822 f. zugrunde. Das Personenrecht wird hier als jener Teil des Rechtssystems definiert, der die Rechte und Pflichten abhandelt, die sich aus dem verschiedenen Stand der Personen ergeben<sup>(10)</sup>. Ørsted war sich jedoch im klaren über die Unvollkommenheiten dieses Systems. Entweder konnte man es als zu eng gefasst betrachten, weil man nur die im Rechtssubjekt selbst vorhandenen Eigenschaften als

(9) *De Jure Naturae et Gentium* I, 1, 12.

(10) Siehe *Haandbog over den Danske og Norske Lovkyndighed* I (1822), S. 65 f.

Ausdruck der verschiedenen Stände der Personen gelten lassen wollte, oder aber konnte man die Definition als zu breit auffassen, weil in den äusseren Stand alles mit einbezogen wurde, was das Verhältnis zu anderen betraf. Ørsted wies in diesem Zusammenhang darauf hin, dass es nichts mit dem Stand eines Menschen zu tun habe, ob er ein Haus besitze, sich als Bevollmächtigter angeboten habe, jemandem etwas schulde oder von jemandem etwas zu fordern habe, eine Missetat begangen oder einen Prozess anhängig gemacht habe usw., dass aber dagegen sein Alter und Geschlecht, seine Stellung als Ehegatte, Familienvater, Vormund, Kind im Elternhaus, Mündel, Dienstbote oder als Adliger, Beamter, Bürger oder Bauer sehr wohl zu seinem Stand gehöre. Es fehlte jedoch an einem bestimmten Merkmal, das alle diese zum Stand gehörigen Umstände mit logischer Präzision kennzeichnen und sie von denen, die nicht dazugehörten, hätte trennen können. Einige dieser Umstände oder Eigenschaften gehörten zum natürlichen Stand, andere gründeten sich auf das Gesetz oder auf persönliche Handlungen, wie z.B. die Vormundschaft, die Ehe oder das Dienstverhältnis. Für Ørsted war es auch eine Zweifelsfrage, ob die Lehre von den Verträgen Unmündiger und Minderjähriger dem Personenrecht oder dem Sachenrecht zuzuweisen sei.

Angesichts dieser Auffassung des Personenrechts war in diesem Teil des Rechtssystems kein Platz für die moralische oder juristische Person. Der Grossteil der Stände, von denen die Rede sein konnte, war nur von Bedeutung für die natürlichen Personen. Ørstedes Darstellung des Personenrechts scheint noch unbeeinflusst von der geänderten Auffassung des juristischen Begriffs der Person zu sein, die sich nach 1800 auf der Basis der Kantschen Philosophie durchsetzte und zur Anerkennung der sittlichen Freiheit des Menschen als Grundlage seines persönlichen Werts führte <sup>(11)</sup>. Ørstedes Darstellung des dänischen (und norwegischen) Rechts war ursprünglich als Ergänzung der vorliegenden Privatrechtssysteme

---

<sup>(11)</sup> Ørsted gilt zwar als einer der ersten Kantianer in Dänemark; er hatte schon 1798 eine Darstellung des Verhältnisses zwischen Tugendlehre und Rechtslehre nach der Kantschen Lehre veröffentlicht: *Om Sammenhængen mellem Dydelæren og Retslærens Princip*. Bei seinen späteren juristischen Erörterungen spielte seine philosophische Grundposition jedoch nur eine bescheidene Rolle.

der Universitätsprofessoren Nørregaard und Hurtigkarl gedacht, und noch 1822, als der erste Band erschien, fühlte er sich an ihr System gebunden, obwohl er gewissen Einwände hatte. Erst in einem Anhang zum sechsten Band seiner Darstellung des Privatrechts, erschienen 1835 <sup>(12)</sup>, findet man einige ergänzenden Ausführungen zum Personenrecht, wo Ørsted auf die Frage der sogenannten moralischen oder — wie er sagt — besser juristischen, auch idealischen oder mystischen Personen eingeht, die er bisher nur ganz flüchtig berührt habe, die aber in den « neueren Systemen » eingehend behandelt worden seien. Der Begriff ist dadurch — schreibt er — sowohl schärfer aufgefasst als auch durch umfassende Anwendung für die Wissenschaft fruchtbar gemacht worden. Noch 1822 findet man bei Ørsted keine Erwähnung der juristischen Person, und es erhebt sich daher die Frage, worauf die Änderung seiner Auffassung in den Jahren zwischen 1822 und 1835 zurückzuführen ist. Schon 1809 hatte Ørsted sich mit der moralischen Person beschäftigt. Was er jedoch im Jahr 1835 schreibt, baut auf einer ganz neuen Auffassung von dieser Frage auf.

Ørsted war nicht der erste, der den Begriff der juristischen Person in einer neuen Bedeutung in der dänischen Rechtswissenschaft einführte. Schon 1829 hatte ein anderer dänischer Jurist, P. G. Bang, in einer umfassenden Abhandlung über das Gesellschaftsrecht die juristische Person, ausgehend von der neueren deutschen Rechtswissenschaft, erörtert. Ørsted war jedoch der erste, der die juristische Person in einer systematischen Darstellung des dänischen Rechts behandelte und sie dem Personenrecht zuordnete.

### III.

Die neue Auffassung von der juristischen Person wurde in der dänischen Rechtswissenschaft zum ersten Mal von P. G. Bang vertreten. Das Wesen einer Person besteht darin — so schreibt er im Jahr 1829 in einem Aufsatz über das Gesellschaftsrecht <sup>(13)</sup> —

<sup>(12)</sup> *Haandbog* (oben N. 10) VI (1835), S. 468.

<sup>(13)</sup> *Udvikling af Læren om Interessentskab og de samme nærmest vedkommende Retsforhold*, in *Juridisk Tidsskrift* 16. 1. Über die juristische Person, bes. S. 48 f.

dass sie Gegenstand eines Inbegriffs von Rechten ist. Da eine juristische, moralische oder mystische Person einer natürlichen Person gegenübergestellt wird, und da diese schliesslich der einzelne Mensch, als Subjekt von Rechten und Pflichten gedacht, ist, so wird — und hier kommt das entscheidende Neue — die juristische Person als jede Verbindung, Einrichtung oder sonstige Einheit definiert, die als Subjekt, als Inbegriff der Rechte ausserhalb der einzelnen Menschen betrachtet wird, und der als solcher Rechtsqualität zusteht. Das künstliche Ganze, das als juristische Person betrachtet wird, ist für Bang das Entscheidende. Zur Entstehung einer juristischen Person genügt es keineswegs, dass sich mehrere Personen als Gesamtschuldner in einem Rechtsverhältnis verbinden. Eine juristische Person liegt nur dann vor, wenn ein neues Rechtssubjekt entsteht, und Bang stellt sich die Aufgabe, nach Erörterung der verschiedenen Formen von Gesellschaften festzulegen, in welchen Fällen eine eigentliche juristische Person entstanden ist. Bang beschränkt seinen Begriff der juristischen Person nicht auf Personenverbände. Auch Grundstücke und Vermögen, die einem bestimmten Zweck gewidmet sind, werden mit einbegriffen.

Bangs Auffassung von dem Problem der juristischen Person muss in Zusammenhang mit seiner gesamten wissenschaftlichen Richtung gesehen werden. Nach Vollendung der juristischen Studien in Kopenhagen hatte Bang auf einer Studienreise nach Berlin in der 1820er Jahren Savigny und der historischen Schule ein intensives Studium gewidmet. Er kann wohl als der erste Anhänger der historischen Schule in Dänemark betrachtet werden. Während Ørsted die historische Schule als eine unter mehreren möglichen Richtungen der Rechtswissenschaft betrachtete <sup>(14)</sup>, spielte die römisch-rechtliche Grundlage des juristischen Studiums eine entscheidende Rolle für Bang. Seine Abhandlung über die Gesellschaften ist als vergleichende Untersuchung der römischen und dänischen Rechtssätze betreffs der Gesellschaften angelegt, und es ist für ihn eine allgemeine Frage, inwieweit die römischen Grund-

---

<sup>(14)</sup> Über diese eher eklektische Verwendung des fremden Rechts bei Ørsted, siehe Ditlev TAMM, *Fra «Lovkyndighed» til «Retsvidenskab»*, *Studier over betydningen af fremmed ret for Anders Sandøe Ørstedes privatretlige forfatterskab* (1976).

sätze auch im dänischen Recht als geltend betrachtet werden können. Als wesentlichen Unterschied zwischen dänischen und römischem Recht hob Bang hervor, dass nach dänischem Recht keine staatliche Genehmigung zur Entstehung einer juristischen Person erforderlich sei. Er stellte fest, dass die dänische Gesetzgebung kein allgemeines Verbot der Errichtung von juristischen Personen enthalte, und konnte sich diesbezüglich auf eine königliche Verordnung aus dem Jahr 1810 berufen, die ganz allgemein die Errichtung von Witwenkassen zuliess. Als Beleg dafür, dass keine staatliche Genehmigung erforderlich sei, führte er auch ein Urteil des Obersten Gerichtshofs aus dem Jahr 1827 <sup>(15)</sup> an, worin anerkannt wurde, dass Privatleute eine spezielle moralische Person errichten konnten. Mit diesem Urteil war die Klage der Gläubiger einer Gesellschaft gegen die Gesellschafter — eigentlich Aktionäre — einer Fabrik mit der Begründung abgewiesen worden, dass im Gesellschaftsvertrag keine persönliche Haftung der Gesellschafter stipuliert war. Es war also eine Aktiengesellschaft entstanden, übrigens die einzige Gesellschaftsform, die Bang als eigentliche juristische Person anerkannte. Als Bezeichnung für die Gesellschaften, die nach seiner Auffassung als juristische Person im eigentlichen Sinn anzusehen sind, benutzt Bang den aus dem Code de commerce übernommenen Ausdruck anonyme Gesellschaften oder sociétés anonymes. Die Gesellschaften, die normalerweise auf Aktien basiert waren, fordern jeden, der sich geschäftlich mit ihnen einlässt, dazu auf, näher zu untersuchen, welche Mittel durch den Zusammenschluss aufgebracht wurden und für die übernommenen Verpflichtungen haften, und niemand soll auf die persönliche Verlässlichkeit der Gesellschafter vertrauen, schreibt Bang zu dieser Frage. Mit diesen Ausführungen war die juristische Person als besonderes Rechtssubjekt neben der natürlichen Person in der dänischen Rechtswissenschaft eingeführt worden.

Entscheidend für die Stellungnahme Bangs zur juristischen Person war seine Belesenheit in der zeitgenössischen deutschen Literatur. Bekanntlich wurde der Ausdruck juristische Person als terminus technicus wohl zum ersten Mal von Gustav Hugo verwen-

---

<sup>(15)</sup> SCHLEGEL, *Samling af Højesteretsdomme* (1864) III, S. 375.



det <sup>(16)</sup>, aber erst von Arnold Heise in *Grundriss eines Systems des gemeinen Civilrechts* (1807) in einer anderen Bedeutung als jener der hiesigen moralischen Person gebraucht <sup>(17)</sup>; diese Auffassung wurde später auch von Hugo vertreten, der sich in neueren Ausgaben des vierten Bandes seines civilistischen Cursus ausdrücklich von den älteren Bezeichnungen wie moralische oder mystische Person distanziert. Zur Unterstützung seiner neuen Auffassung verweist Bang ausdrücklich auf Heise, dessen Grundriss er in der dritten Ausgabe seines Werkes, die 1819 erschien, verwendet hat. Bang zitiert auch das weitverbreitete Lehrbuch von Mackeldey, wo eine ähnliche Auffassung von der juristischen Person wie bei Heise zu finden ist <sup>(18)</sup>. Er zitiert aber auch ältere Literatur, wo die hiesige naturrechtliche Auffassung von der moralischen Person vertreten wird. Das gilt vom *Liber Quaestionum* von S. Zachariae (1805) <sup>(19)</sup> und von J. C. Hasses Werk über das deutsche Ehegüterrecht. In diesem Werk wird u.a. die Frage erörtert, ob die Gütergemeinschaft der Ehegatten als moralische oder juristische Person anzusehen sei. Hasse verwendet aber die Bezeichnung juristische Person im alten Sinn gleichbedeutend mit moralischer Person und betrachtet die eheliche Gütergemeinschaft des deutschen Rechts als juristische Person in diesem Sinn <sup>(20)</sup>. Diese Auffassung zitiert Bang ohne Einwendung. Ob er selbst auch dieser Meinung huldigte, oder ob er Hasse nur zitierte, um den weiten

<sup>(16)</sup> *Lehrbuch des Naturrechts als einer Philosophie des positiven Rechts*, Berlin 1798, S. 45. Siehe Helmut SCHNIZER, *Die juristische Person in der Kodifikationsgeschichte des ABGB*, in *Festschrift zum 60. Geburtstag von Walter Wilburg*, Graz 1965, S. 144.

<sup>(17)</sup> F. FLUME, *Savigny und die Lehre von der juristische Person*, in *Festschrift für Franz Wieacker zum 70. Geburtstag*, Gött. 1978, S. 340.

<sup>(18)</sup> MACKELDEY, *Lehrbuch des heutigen römischen Rechts*, Giessen 1822<sup>4</sup>, S. 158 betrachtet als juristische Person alles, « Was im Staate ausser den einzelnen Menschen Subject von Rechten ist ..., selbst einzelne Grundstücke und Güter, sofern ihnen Servitute (iura praediorum) und Privilegien zustehen können ». So auch Heise in der dritten Ausgabe seines Grundrisses (1819), S. 25, N. 15, dagegen nicht in der ersten Ausgabe 1807 (Vgl. S. 10).

<sup>(19)</sup> Carl Salomo ZACHARIAE, *Liber Quaestionum*, Wittenbergae 1805, S. 57-95: Quaestio X. De iure universitatis, wo die Unterschiede zwischen « societates » und « universitates » hervorgehoben werden.

<sup>(20)</sup> J. C. HASSE, *Beytrag zur Revision der bisherigen Theorie von der ehelichen Gütergemeinschaft nach deutschen Privatrecht*, Kiel 1808, S. 99 f.

Anwendungsbereich der juristischen Person im allgemeinen anzudeuten, lässt sich aus seinen Ausführungen nicht erschliessen. In seiner Lehre vom Gesellschaftsrecht hat die eheliche Gütergemeinschaft keinen Platz.

Den Schritt vom Gesellschaftsrecht zum Personenrecht tut die juristische Person erst in Ørstedes Darstellung des dänischen Privatrechts. Ørsted gehörte einer älteren Juristengeneration an als Bang. Es ist daher nicht zu verwundern, dass seine frühen Ausführungen zur juristischen Person noch im Bann der naturrechtlichen Auffassung von der moralischen Person standen. Die ältere Auffassung Ørstedes entspricht dem, was er in einem seiner bevorzugten deutschen Handbücher, den *Ausführlichen Erläuterungen der Pandekten* von Glück<sup>(21)</sup> oder bei Thibaut im *System des Pandectenrechts*, das er ebenfalls oft zitiert, lesen konnte<sup>(22)</sup>. Als Ørsted sich 1822 mit dem Personenrecht beschäftigte, sah er keinen Grund dazu, auch auf die juristische Person einzugehen. Wahrscheinlich haben die Ausführungen Bangs Ørsted den Weg zu einem neuen Verständnis der juristischen Person gebahnt. Eine Bestätigung dieser Auffassung konnte er in der zeitgenössischen deutschen juristischen Literatur finden. Er verweist selbst auf die « neueren Systeme », die den Unterschied zwischen natürlichen und juristischen Personen dem Personenrecht zuordnen.

Dass Ørsted die Bedeutung des neuen Begriffs der juristischen Person erst verhältnismässig spät erfasste, mag sich daraus erklären, dass seine allgemeine Kenntnis der fremden juristischen Literatur schon nicht mehr so umfassend war wie um 1800<sup>(23)</sup>, als er seine schriftstellerische Tätigkeit einleitete. Neuere Darstellungen

---

(21) « Ein jeder einzelne Mensch nun, sofern er, ausser dem Socialverhältnisse, für sich betrachtet wird, ist eine physische Person. Haben sich hingegen mehrere Menschen zur Erreichung eines gemeinnützigen Zweckes, mit Genehmigung des Staates, dergestalt vereinigt, dass sie im rechtlichen Verstande gleichsam nur wie eine Person angesehen werden, so nennt man eine solche Person eine moralische Person » (II, S. 62).

(22) THIBAUT, *System des Pandectenrechts* II, Jena 1814<sup>4</sup>, § 219.

(23) Über Ørstedes fremdrechtliche Kenntnisse um 1800 siehe GAGNÉR, *Ørstedes vetenskap, de tyska kriminalisterna och naturrättsläran*, in *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 1980, S. 367 f. Über die Frage von Ørstedes Kenntnis fremder juristischer Literatur im allgemeinen siehe Ditlev TAMM, *Fra « Lovkyndighed » til « Retsvidenskab »* (1976), vgl. oben N. 3.

gen des römischen Privatrechts von Mackeldey und Schweppe <sup>(24)</sup>, die er beide kannte, sowie verschiedene Ausführungen zum bekannten Städelschen Rechtsfall, der ihn auch beschäftigte, insbesondere die Darstellung Mühlenbruchs <sup>(25)</sup>, mögen ihn darauf aufmerksam gemacht haben, dass die Darlegung der juristischen Person systematisch zum Personenrecht gehöre.

Die von Heise, Mackeldey und Mühlenbruch vertretene Auffassung von der juristischen Person wurde schon von Gierke als Vorstadium der Entwicklung der Savignysche Fiktionstheorie betrachtet <sup>(26)</sup>. Insoweit können auch die Ausführungen Bangs und Ørstedes als ein Teil dieser Bewegung in Richtung einer Verselbständigung der juristischen Person als Rechtssubjekt angesehen werden. Was Bang und insbesondere Ørsted zur juristischen Person ausführten, wurde massgebend für die dänische Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts, in der nun der Gedanke der juristischen Person als fiktives Rechtssubjekt dominierte.

In seiner Darstellung der juristischen Person im Jahr 1835 nahm Ørsted Stellung zu einer Reihe von Fragen, u.a. zum Begriff der juristischen Person, ob eine staatliche Genehmigung Voraussetzung für die Entstehung einer juristischen Person sei, wer über die juristische Person verfügen könne, sowie ihr Verhältnis Dritten gegenüber.

Der Begriff des Rechtssubjekts ist für Ørsted der Schlüssel zu dieser Problematik. Im Grunde genommen gibt es kein anderes Rechtssubjekt und keine andere Person im juristischen Sinn als den Menschen, stellt er einleitend fest. Von Zeit zu Zeit ist es jedoch notwendig, sich ein Rechtssubjekt vorzustellen, jemanden, dem ein Inbegriff von Mitteln, die einer Einrichtung zugunsten einer unbestimmten Anzahl von Menschen gewidmet sind, gehören kann, z.B. eine Stiftung, ein Gut, ein Vermögen oder dergleichen. Dieses bloss gedachte Rechtssubjekt, das die Bestimmung der Mittel mehr oder weniger deutlich zum Ausdruck bringt, ist nun

---

<sup>(24)</sup> SCHWEPPE, *Das römische Privatrecht in seiner heutigen Anwendung* I, Gött. 1828, S. 141 f. und S. 179 f.

<sup>(25)</sup> MÜHLENBRUCH, *Rechtliche Beurteilung des Städelschen Beerbungsfalles*, Halle 1828, bes. S. 72 f.

<sup>(26)</sup> GIERKE, *Deutsches Privatrecht* I, S. 469 f.

das, was man als juristische Person bezeichnet. Obwohl man weiss, dass das Recht als solches nicht diesem abstrakten Wesen inneohnt, ist diese Bezeichnung nach der Auffassung Ørsteds nicht nur zweckmässig, sondern auch notwendig. Als Beispiele solcher juristischer Personen nennt er den Staat, die Gemeinde, Stiftungen, Fideikomnisse sowie eine Reihe verschiedener Sparten der Betätigung des Staates und der Gemeinden, die mit eigenen Mitteln ausgestattet sind.

Für Ørsted war das entscheidende Merkmal der Entstehung einer juristischen Person, dass bestimmte Mittel nicht als einzelnen Individuen gehörig betrachtet werden konnten und nicht zu deren absoluten Verfügung standen. Eine Vereinigung von mehreren Personen war daher nicht als juristische Person zu betrachten, wenn die Mittel der Verfügung der Mitglieder unterworfen waren, und die Mitglieder persönlich für die Verbindlichkeiten hafteten. Nur Gesellschaften, deren Mitglieder der Gesellschaft einen bestimmten Teil ihres Vermögens überliessen, ohne persönlich für die Verpflichtungen der Gesellschaft zu haften, konnten als juristische Personen betrachtet werden. Als juristische Person galt also — ebenso wie bei P. G. Bang — die Aktiengesellschaft. Als weiteres Beispiel der Entstehung einer juristischen Person nennt Ørsted eine Lotterie. In diesem Fall habe eine Einzelperson durch Absonderung eines Vermögensanteils, ohne eine persönliche Haftung für diesen zu übernehmen, eine eigene juristische Person geschaffen. Ørsted konnte sich jedoch der Meinung Mackeldeys, dass auch Grundstücke, wenn sie Gegenstand von Servituten sein konnten, als juristische Personen gelten sollten, nicht anschliessen. In diesem Fall war Ørsted der Meinung, dass es sich um eine bestimmte Person handle, weil die Forderung nur deren Recht am Grundstück betreffe<sup>(27)</sup>. Dieselbe Betrachtung, dass nämlich nur die Rede von den Rechten und Verpflichtungen bestimmter Personen sei, musste auch zur Verwerfung des Gedankens führen, dass Erb- oder Konkursmassen juristische Personen seien. Auch

---

(27) Vgl. SCHWEPPE, *l.c.* (oben N. 22), S. 178: «Sachen können wohl nicht hierher (zu den juristischen Personen) gerechnet werden, denn dass man von Rechten und Lasten eines Grundstücks redet, ist nur ein uneigentlicher Ausdruck für Rechte und Lasten jedes Inhabers ...».

hier sah Ørsted kein «gedachtes Rechtssubjekt», das nicht in bestimmte, individuelle Personen aufgelöst werden konnte<sup>(28)</sup>.

In Anbetracht des Einflusses des Staates auf die Rechtsverhältnisse juristischer Personen fand auch Ørsted, dass die Genehmigung des Staates zur Etablierung einer juristischen Person im Prinzip unnötig sei. Dagegen konnte sich eine öffentliche Bestätigung aus anderen Gründen als notwendig erweisen, z.B. um die Verwaltung einer Stiftung zu sichern<sup>(29)</sup>. Der Staat konnte aber auch aus anderen Gründen eingreifen. Ein Privatmann konnte nicht nach eigenem Gutdünken mit zeitlich unbegrenzter Gültigkeit vorschreiben, auf welche Weise ein Teil der Wirtschaftlichen Ressourcen zu verwenden sei. Der Staat konnte daher eingreifen, wenn sich die Anordnung des Stifters unter geänderten Verhältnissen als mit den Rechten des Nachkommen dermassen unvereinbar erwies, dass man ihr nicht folgen konnte, ohne eine Verletzung dieser Rechte zu dulden<sup>(30)</sup>. Was Vereine betrifft, musste der Staat auch zum Eingreifen berechtigt sein, wenn sie sich als schädlich oder gefährlich erwiesen. An sich war jedoch keine Genehmigung zur Gründung eines Vereins erforderlich.

Was die Verwaltung der Angelegenheiten der juristischen Person betrifft, stellte Ørsted die allgemeine Regel auf, dass ein bloss gedachtes Wesen auf die Verwaltung durch andere angewiesen sei. Die juristische Person wollte er als einen Unmündigen mit einem öffentlichen Vormund ansehen, obgleich hier eine andere Regelung galt als für Unmündige.

<sup>(28)</sup> Vgl. auch hier SCHWEPPE, *l.c.*: « Und dass man von Rechten und Verbindlichkeiten einer Hereditas spricht, hat nur Bedeutung durch Beziehung auf den Erblasser und den künftigen Erben ».

<sup>(29)</sup> In der dänischen Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts wird die Auffassung, dass eine staatliche Genehmigung zur Errichtung einer juristischen Person erforderlich sei, nur von T. Algreen-Ussing vertreten, siehe *Haandbog i den danske Arveret*, 1855, S. 166.

<sup>(30)</sup> *Haandbog* VI, S. 480. In einer Abhandlung (ursprünglich als Vortrag gehalten) in *Eunomia* I (1815), S. 1-38, hatte Ørsted die Frage des Rechts des Staates, private Stiftungen zu ändern, erörtert. Er fand, dass ein solches Recht anerkannt werden könne, wenn die Stiftung offensichtlich gegen das Allgemeinwohl verstosse. Ørsted ging in dieser Beziehung nicht so weit wie Kant im bekannten Anhang zur *Methaphysik der Sitten* (1797): Von den Rechten des Staates in Ansehung ewiger Stiftungen für seine Untertanen.

Im Verhältnis zu Dritten mussten im allgemeinen dieselben Regeln gelten wie für natürliche Personen <sup>(31)</sup>. Nur der Frage, ob eine juristische Person auch ohne staatliche Genehmigung Grundeigentum erwerben könne, widmet Ørsted in diesem Zusammenhang eine eingehende Untersuchung. Ausgehend von den Bestimmungen des schleswig-holsteinischen Rechts und des Code civil, die solche Erwerbungen seitens der toten Hand nicht zuließen, warf Ørsted die Frage auf, ob der allgemeine Grundsatz, dass es mit der Wohlfahrt des Staates und mit allgemeinen staatsrechtlichen Grundsätzen unvereinbar sei, dass Grundeigentum dem allgemeinen Umsatz entzogen werde, gelten sollte, auch ohne ausdrücklich in der Gesetzgebung festgelegt zu sein — was zur Folge hätte, dass solche Erwerbungen nicht stattfinden könnten. So weit wollte Ørsted jedoch nicht gehen. Einer Stiftung könnten sowohl Grundeigentum als auch andere Güter überlassen werden.

Die Frage, ob eine juristische Person als Erbe eingesetzt werden könne, bejaht Ørsted, auch für den Fall, dass die juristische Person im Zeitpunkt der Testamentserrichtung noch nicht existiert. Ørsted distanzierte sich von dem Satz, den mehrere Rechtslehrer aus dem im römischen Recht geltenden Verbot der Einsetzung von persona oder corpora incerta ableiten wollten, dass solche Testamente zugunsten noch nicht anerkannter juristischer Personen als nichtig anzusehen seien und auch durch spätere Anerkennung nicht gültig werden könnten. Ørsted verweist diesbezüglich auf die Diskussion über das Testament von J. F. Städel, der sein Vermögen zur Errichtung und Erhaltung des Städel'schen Kunstinstituts in Frankfurt testiert hatte <sup>(32)</sup>.

Die Frage, ob eine juristische Person entstanden sei, war nach der Lehre von P. G. Bang von Bedeutung bei der Auflösung von Gesellschaften. Nach seiner Auffassung konnten nur solche Gesellschaften, die als juristische Personen anzusehen waren, einem selbständigen Vollstreckungsverfahren unterzogen werden. Seiner

---

<sup>(31)</sup> Vgl. ZACHARIAE, *l.c.* (oben N. 17), S. 87: « Regula haec sit: Universitas eadem iure privato, quo singuli cives utitur; ... ».

<sup>(32)</sup> Vgl. *Haandbog* IV, S. 595. Über Ørsted und den Städel'schen Beerbungsfall, siehe Ditlev TAMM, *Fra « Lovkyndighed » til « Retsvidenskab »*, S. 102-104. Allgemein, LIERMANN, *Handbuch des Stiftungsrechts* I, Tüb. 1963, S. 243 f.

Meinung nach konnte eine Gesellschaft nicht als insolvent betrachtet werden, wenn bloss einer der Gesellschafter imstande war, die Schulden zu bezahlen. Konnte man anderseits keine Deckung bei den Gesellschaftern erhalten, so musste sich die Zwangsvollstreckung gegen jeden einzelnen Gesellschafter und nicht nur gegen die Gesellschaft als solche richten. Dieser Lehre konnte Ørsted nicht zustimmen. Er fand, dass das Gesellschaftsvermögen als eine selbständige Masse anzusehen sei, die den Gläubigern der Gesellschaft mit Vorrang vor den Sondergläubigern der Gesellschafter hatte. Zur Begründung seiner Auffassung verwies Ørsted unter anderem auf ein französisches Urteil aus dem Jahr 1834<sup>(33)</sup>, in dem erklärt wurde, « que le principe qui place les valeurs sociales en dehors de l'action des créanciers particuliers des associés est un principe général et absolu, qu'il s'applique à toutes les sociétés de quelque nature qu'elles soient ... ». Ørsted schloss sich dieser Auffassung an, indem er der Eigenschaft einer Gesellschaft als juristische Person keine Bedeutung für die Zwangsvollstreckung beimessen wollte.

#### IV.

Die Wendung in der Geschichte der juristischen Person, die mit den Ausführungen Savignys eintrat, lässt sich auch in der dänischen Rechtswissenschaft verfolgen. Nur wenige Werke der dänischen Rechtswissenschaft stehen ihrer ganzen Anlage nach im gleichen Ausmass unter dem Einfluss eines bestimmten fremden Werks wie die Darstellung des allgemeinen Teils des Privatrechts, die der dänische Rechtsgelehrte A. W. Scheel<sup>(34)</sup> in den Jahren 1865-1866 herausgab. Das System des heutigen römischen Rechts von Savigny war für die Gesamtkonzeption dieses Werks von entscheidender Bedeutung. Eine solche Darstellung des allgemeinen Teils des Privatrechts war wohl schon von Ørsted als ein de-

<sup>(33)</sup> ØRSTED, *Haandbog* (oben N. 3), Band V, S. 450 und VI, S. 667 f. Urteil der Cour Royale de Paris, abgedruckt in der *Gazette des Tribunaux* vom 12. März 1834.

<sup>(34)</sup> Über Scheel (1799-1879) und Savigny siehe Fz. DAHL, in *ZRG* 1916, S. 511 f. und *Grundzüge der dänischen Rechtswissenschaft*, S. 49 f.

sideratum erwähnt worden <sup>(35)</sup>, aber erst Scheel gelang es, mit Savigny als Vorbild eine selbständige Darstellung des allgemeinen Teils des Rechtssystems zu bewerkstelligen. Scheels Gesamtkonzeption eines vollständigen Rechtssystems umfasste auch Handbücher des Personen- und Familienrecht. Zur selben Zeit hatten andere Rechtswissenschaftler neue Darstellungen des Sachen-, Obligationen- und Erbrechts ausgearbeitet <sup>(36)</sup>. Die Aufgabe, ein vollständiges System der dänischen Rechtswissenschaft nach den neuen methodischen Vorbildern des Pandktenystems zu schaffen, wurde auf diese Weise gelöst. Die Werke Ørsteds waren von grosser Bedeutung für die nach ihm kommenden Generationen dänischer Rechtswissenschaftler. In systematischer Hinsicht und in bezug auf die von Ørsted nicht ausreichend untersuchten Fragen wurde die deutsche Rechtswissenschaft massgebend. Ein besonders deutliches Beispiel ist Scheels Darlegung der juristischen Person. Schon in seiner Definition des subjektiven Rechts und der Aufgabe der Rechtsnormen, die Grenzen des individuellen Willens aufzuzeigen und ihm den Raum zuzuweisen, in dem er unabhängig vom Willen anderer herrschen kann, legt Scheel <sup>(37)</sup> Zeugnis von seiner Abhängigkeit von der Systematisierung des Privatrechts Savignys ab, deren Ausgangspunkt die ethische Persönlichkeit des Menschen ist. Die sittliche Freiheit des Menschen war nach Kant'schem Vorbild der Ausgangspunkt der Lehre Savignys von der Rechtspersönlichkeit und dem subjektiven Recht. Wie die Lehre vom Rechtssubjekt baut auch Scheels Darstellung der juristischen Person ganz auf den Ergebnissen Savignys auf, wie sie im Zweiten Teil seines Systems dargestellt werden.

Die Ausführungen Savignys finden sich fast wörtlich bei Scheel wieder: Alle Rechte sind da um der bei jedem Menschen vorhandenen moralischen Freiheit willen, und daher fällt der Begriff der Person oder des Rechtssubjekts ursprünglich mit dem Begriff des Menschen zusammen, so dass jeder Mensch ein Rechtssubjekt ist,

---

<sup>(35)</sup> ØRSTED, *Haandbog* I, S. 489.

<sup>(36)</sup> Eine Übersicht über die systematischen Darstellungen des dänischen Rechts folgt im Band III des Handbuchs der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte. Vorläufig muss noch auf die oben in N. 1 genannte Darstellung Franz DAHLS, S. 46 f. verwiesen werden.

<sup>(37)</sup> SCHEEL, *Privatrettens almindelige Del* II, S. 1.



und auch nur Menschen Rechtssubjekte sind <sup>(38)</sup>. Dieser ursprüngliche Begriff kann aber, setzt Scheel fort, auf zweierlei Weise modifiziert werden, er wird entweder eingeschränkt, wodurch gewissen Menschen die Rechtsfähigkeit abgesprochen wird, oder erweitert, wodurch die Rechtsfähigkeit einem Etwas ausserhalb des einzelnen Menschen zuerkannt wird <sup>(39)</sup>. Die Auffassung Savignys von der juristischen Person als einem künstlichen, « durch blosser Fiktion angenommenen Subjekte », das « bloss zu juristischen Zwecken » angenommen wird, als « Träger von Rechtsverhältnissen noch neben den einzelnen Menschen » <sup>(40)</sup>, spiegelt sich auch in der Auffassung Scheels von der juristischen Person als einem « Rechtssubjekt ausserhalb der einzelnen Menschen » wider <sup>(41)</sup>. Ebenso wie Savigny beschränkt sich auch Scheel auf das Privatrecht, indem er die Darstellung der öffentlich-rechtlichen juristischen Personen, des Staates und der Gemeinden, in den diesbezüglichen Teil des Rechtssystems verweist.

Was den Inhalt der Darstellung der Rechte der juristischen Person betrifft, war es für Scheel natürlicher, an die Ausführungen Ørstedts als an die theoretische Durchführung der Lehre von der juristischen Person bei Savigny anzuknüpfen. Ebenso wie Ørsted lehnte er es ab, ein Grundstück als juristische Person zu betrachten, und er ging noch weiter als Ørsted, indem er auch einen abgesonderten Vermögensanteil, wie z.B. die von Ørsted erwähnte Lotterie, nicht als juristische Person anerkennen wollte. Lehen und Fideikommiss wollte er nicht als juristische Personen gelten lassen, sondern betrachtete den Inhaber des Fideikommissrechts als dessen Eigentümer. Dass eine Gütergemeinschaft, eine Erbschaft, ein Veräusserungsgeschäft, keine eigenen juristischen

---

<sup>(38)</sup> SCHEEL, *Personretten*, S. 1.

<sup>(39)</sup> Vgl. SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts* II, S. 2: « Indessen kann dieser ursprüngliche Begriff der Person durch das positive Recht zweyerley, in der aufgestellten Formel bereits angedeutete, Modificationen empfangen, einschränkende und ausdehnende. Es kann nämlich erstens manchen einzelnen Menschen die Rechtsfähigkeit ganz oder theilweise versagt werden. Es kann zweytens die Rechtsfähigkeit auf irgend Etwas ausser dem einzelnen Menschen übertragen, also eine juristische Person gebildet werden ».

<sup>(40)</sup> SAVIGNY, *System* II, S. 236.

<sup>(41)</sup> SCHEEL, *Personretten*, S. 722.

Personen, verschieden von der am Rechtsverhältnis beteiligten Personen, sein konnten, musste daher um so mehr einleuchten.

Was das Gesellschaftsrecht betraf, betrachtete Scheel gewöhnliche Gesamthandgesellschaften als juristische Personen. Er ging jedoch noch weiter und überschritt damit die von Ørsted abgesteckten Grenzen für die Anerkennung einer juristischen Person. Die Aktiengesellschaft, die von der dänischen Rechtswissenschaft im übrigen einstimmig als juristische Person anerkannt wurde, fiel nach Scheel nicht unter den Begriff der juristischen Person. Entscheidend war für ihn dabei die Betrachtung, dass die Aktionäre, wenn die Satzung nicht ausdrücklich eine Einschränkung vorschrieb, und wenn sie die der Gesellschaft vom Aufsichtsrat auferlegten Verpflichtungen erfüllten, frei über die Angelegenheiten und das Vermögen der Gesellschaft verfügen konnten. Eine juristische Person lag nach der Meinung Scheels nicht vor, wenn die Mitglieder eine solche Verfügungsgewalt besaßen <sup>(42)</sup>.

Die juristischen Personen des Privatrechts teilte Scheel in einerseits Korporationen, die allgemeine Bezeichnung Savignys für die Gesellschaften, die ausserhalb von Staat und Gemeinden als juristische Personen anzusehen waren — die *universitates personarum* — und andererseits Stiftungen, die juristischen Personen, die keinen Zusammenschluss von Menschen voraussetzten, ein. Den Zweck der letzteren Einrichtungen definierte Scheel in Übereinstimmung mit Savigny als « Geistesbildung und Wohltätigkeit » <sup>(43)</sup>.

Was die Errichtung von Korporationen und Stiftungen betraf, war es Scheel ganz klar, dass die Genehmigung der Regierung grundsätzlich als unnötig betrachtet werden konnte. Ausser der schon von P. G. Bang zitierten Verordnung über Pensions- und Witwenkassen konnte Scheel zur Begründung dieser Auffassung jetzt auch auf die in der neuen Verfassung von 1849 gewährleistete Vereinsfreiheit verweisen. Auch die Errichtung von Stiftungen,

---

<sup>(42)</sup> Dem Resultat nach, aber mit anderer Begründung, stimmt Scheel mit Savigny, der die Aktiengesellschaft auch nicht als juristische Person ansehen wollte, überein, vgl. KIEFNER, *Personae vice fungitur*, in *FS für Harry Westermann* (1974), S. 267.

<sup>(43)</sup> Vgl. SAVIGNY, *System II*, S. 244.

die eine dauernde Einschränkung der Verfügungsgewalt über wirtschaftliche Ressourcen mit sich führe, bedürfe keiner Genehmigung.

Staat und Gemeinde wurden auch von Scheel als juristische Personen aufgefasst, die Erörterung ihrer rechtlichen Stellung aber in das öffentliche Recht verwiesen. Scheels Hauptbeispiel für Korporationen waren noch Handwerkerzünfte und Gewerbevereine <sup>(44)</sup>. Indem er eine scharfe Trennung zwischen der juristischen Person und den Mitgliedern der Korporation vornahm, näherte Scheel sich der auch von Savigny verwendeten Konstruktion, die auf der römisch-kanonischen Auffassung von der Korporation als einer « persona ficta » aufbaute; diesen Ausdruck verwendet Scheel zwar nicht, ebensowenig wie er von einer Fiktion spricht, doch zeigt es sich deutlich, dass seine Theorie auf einer solchen Auffassung fusst. Dass zur Etablierung einer juristischen Person keine staatliche Genehmigung verlangt wird, ist ein wesentlicher Unterschied zwischen den Ansichten Scheels und Savignys. Dass man die Entstehung einer juristischen Person ausschliesslich vom Willen des Stifters abhängig machte, könnte nach Savignys Auffassung zu Rechtsunsicherheit führen, eine Gefahr, der die dänische Rechtswissenschaft keine entscheidende Bedeutung beimass.

Wo es um die Untersuchung der einzelnen Rechtsverhältnisse geht, in denen juristischen Personen auftreten können, schliesst sich Scheel eng an die Systematik Savignys an. Besitz, Eigentum, Servitute, Pfandrecht usw., obligationenrechtliche Verhältnisse und Erbrecht werden erwähnt. Verbrechen konnten juristischen Personen gegenüber begangen werden, dagegen konnten juristische Personen nach Scheels Auffassung nicht Gegenstand von Ehrenkränkungen sein.

Was die Deliktsfähigkeit betrifft, war die herrschende Auffassung <sup>(45)</sup> bis zum Ende des 19. Jahrhunderts die, dass juristische

---

<sup>(44)</sup> Vgl. KIEFNER, *l.c.*, S. 264, dass man sich « dem Eindruck der vorindustrielle Idylle kaum entziehen » kann.

<sup>(45)</sup> HURWITZ, *Bidrag til læren om kollektive enheders pønale ansvar* (1935), S. 15. Vgl. HENKEL (oben N. 5), S. 93 und SCHWANDER, *Der Einfluss der Realitäts- und Fiktionstheorie auf die Lehre der strafrechtlichen Verantwortung der juristischen Personen*, in *Ius und Lex*, FG Max Gutzwiler, Basel 1959, S. 603-619.

Personen auch als Verbrecher angesehen werden könnten, während eine neuere, insbesondere von Savigny vertretene Auffassung die Deliktsfähigkeit ablehnte. Eine juristische Person konnte nicht den rechtswidrigen Willen äussern, der Voraussetzung für die Strafbarkeit war. Das Verbrechen musste von natürlichen Personen begangen werden. Dem Vorstand der juristischen Person die Verbrechen zuzurechnen, die von natürlichen Personen begangen wurden, hiesse jedoch Schuld und Verantwortung zu trennen, was nach Scheels Auffassung gegen jede rechte Strafrechtslehre verstossen würde, und damit hätte die Strafe ihren Zweck verfehlt. Man konnte den Willen des Vorstandes nicht mit dem Eigenwillen der juristischen Person identifizieren. Dass man künstliche Rechtssubjekten gegenüber auch mit Konfiskation einschreiten und ihnen Geldbussen auferlegen konnte, stand auf einem anderen Blatt.

Auch Savigny wäre es als ein Vorstoss gegen « ein Grundprinzip des Kriminalrechts » erschienen, ein Verbrechen zu bestrafen, als wäre es von einer juristischen Person begangen worden. Die Deliktsfähigkeit setzte denkende Wesen voraus, zu welchen die juristische Person nicht gezählt werden konnte. Der Verbrecher und der zu Bestrafende mussten identisch sein. Der Wille, der bei den juristischen Personen zu fingieren war, galt nur, soweit es in vermögensrechtlicher Hinsicht notwendig war, konnte aber nicht auf strafrechtliche Verhältnisse ausgedehnt werden. Juristische Personen konnten nicht selbst ihrem Willen Ausdruck geben, sondern mussten sich zu diesem Zweck von natürlichen Personen vertreten lassen. Was solche Personen aber im Namen der juristischen Person taten, konnte für diese nur insoweit bindend sein, als man sich im Rahmen der Fiktion hielt, auf der die Existenz der juristischen Person beruhte. Was darüber hinausging, konnte der juristischen Person nicht zugerechnet werden. Savigny konnte daher feststellen, dass « alles, was man als Verbrechen der juristischen Person ansieht, ist stets nur Verbrechen ihrer Mitglieder oder Vorsteher, also einzelner Menschen oder natürlicher Personen » (46). Die Betrachtungen Savignys über die Deliktsfähigkeit der juristischen Person findet man bei Scheel wieder. Auch er stellt fest, dass die juristische Person keine Handlungsfähigkeit besitze und

---

(46) SAVIGNY, *System* II, S. 313.

es daher anderen überlassen müsse, ihre Angelegenheiten zu verwalten, welche anderen auch, wenn dabei ein Verbrechen begangen wird, als die eigentlichen Verantwortlichen anzusehen sind.

## V.

Die Angriffe auf die Fiktionstheorie, die seit der Mitte des 19. Jahrhunderts in Deutschland einsetzten <sup>(47)</sup>, sind auch in der dänischen Rechtswissenschaft deutlich spürbar. Hinter den Bestrebungen, der juristischen Person tunlichst jede Bedeutung abzuschreiben, ist wohl eine allgemeine Skepsis in bezug auf die Anwendbarkeit dieses Begriffs zu ahnen. Was sich in der deutschen Rechtswissenschaft an Theoriebildungen in dieser Hinsicht entwickelte, war von grosser Bedeutung für die dänische Rechtswissenschaft. Die Gierkesche Theorie der realen Verbandspersönlichkeit fand zwar keine Anhänger unter den dänischen Juristen, doch erlangten die Ergebnisse der Forschungen von Brinz, Bekker und Ihering zur Frage des rechtlichen Charakters der juristischen Person schon früh Bedeutung für die Auffassung der dänischen Rechtstheorie von der juristischen Person. Der Gedanke Iherings, dass die juristische Person «ein Figurant, ein blosser Mechanismus, um in bequemer Weise die Beziehungen der Gemeinschaft nach aussen hin zu vermitteln» sei, fand auch in Dänemark Anhänger.

Carl Goos hat sich in seiner Darstellung der allgemeinen Rechtslehre eingehend mit der juristischen Person beschäftigt. Seine Ausführungen zu dieser Frage finden wir in Verbindung mit der Behandlung des Rechtssubjekts <sup>(48)</sup>. Grundsätzlich will Goos nur Menschen als Rechtssubjekte betrachten. Er findet, dass weder Rechte noch Pflichten ohne Subjekt gedacht werden könnten. Es gebe aber Rechtsverhältnisse, wo kein spezielles Subjekt, sondern

---

<sup>(47)</sup> WIEACKER, *Zur Theorie der juristischen Person des Privatrechts*, in *FS Ernst Rudolf Huber* (1973), S. 358 ff. Ein Überblick gibt C. TIETZE, *Zur Theorie der juristischen Person in der deutschen Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts*, Gött. 1974.

<sup>(48)</sup> Goos (1835-1917), *Forelæsninger over den almindelige Retslære I* (1885), S. 162 f. und S. 172 f.

gewisse Zwecke geschützt würden. Die juristische Person bezeichnet seiner Auffassung nach ein fingiertes Subjekt, und die Aufgabe der Rechtslehre bestehe darin, zu zeigen, welche realen Rechtsverhältnisse sich hinter den Fiktionen verbergen. Die Bezeichnung juristische Person ist nach Goos der Ausdruck einer wirklichen Rechtssubjektivität unter besonderen Umständen. Goos distanziert sich ausdrücklich davon, von einem subjektlosen Rechtsverhältnis zu sprechen, wo ein bestimmter Zweck geschützt wird. Wenn der Zweck geschützt wird, wird auch das Subjekt geschützt, um dessen willen sich jemand den Zweck gesetzt hat. Die Formel — geschützt wird ein Zweck und nicht ein Subjekt — ist daher laut Goos entweder sinnlos oder ein blosses Wortspiel.

Die Ausführungen von Goos zum Begriff der juristischen Person zielen darauf ab, die Fälle einzukreisen, wo diese Fiktion anwendbar ist. Goos stellt aber keine Theorie der juristischen Person auf, obwohl seine Bezeichnung der juristischen Person als technisches Hilfsmittel und seine Hervorhebung der Subjekte, die sich hinter der Kontruktion verbergen, in Richtung der Auffassung Iherings deuten. Goos geht aber nicht so weit wie Ihering, wo es darum geht, die Nutzniesser mit der juristischen Person zu identifizieren.

An sich erklärt die Fiktion gar nichts, behauptet Goos, man muss die wirklichen menschlichen Subjekte dahinter aufzeigen können. Die Fiktion kann höchstens als ein nützliches Hilfsmittel betrachtet werden. Man muss jedoch zwei Dinge beachten, wenn man die Fiktion verwendet. Erstens soll sie dort keine Anwendung finden, wo sie überflüssig ist, und zweitens soll sie auch nicht als gemeinsame Bezeichnung für Verhältnisse, die real verschieden sind, benutzt werden. Die Fiktion sollte daher dort nicht benutzt werden, wo der wirkliche Träger der Rechte und Pflichten eine hinreichend individualisierte Einzelperson ist, und auch nicht z.B. im Fall einer Leibesfrucht, wo doch nur ein Mesch als mögliches Subjekt in Betracht kommt. Auch eine Gruppe von Personen kann nicht als juristische Person angesehen werden, wenn sie aus bestimmt nachweisbaren oder individualisierten Einzelpersonen besteht. Ein Problem entsteht jedoch in den Fällen, wo eine Gruppe von Personen, die aus bestimmten Einzelpersonen besteht, rechtlich auch in anderer Weise, als blosser kollektiver Ausdruck dieser

Einzelpersonen, in Erscheinung tritt. Die klassischen Beispiele dafür sind die Aktiengesellschaft und die Gütergemeinschaft der Ehegatten, beides Fälle, wo man behauptet hat, dass es sich um juristische Personen handle. Die Verwendung der juristischen Person als Erklärungsmodell, um intrikate juristische Fragen zu lösen, wäre aber nach Goos gleichbedeutend mit einem wissenschaftlichen Fallissement<sup>(49)</sup>. Die wissenschaftliche Erklärung müsse mit der Hinantsetzung der Fiktion beginnen. Entscheidend sei das Ziel. Wenn die Normen auf bestimmte Einzelpersonen abzielen, hat man es nicht nötig, von einer juristischen Person zu reden. Nur wenn der Träger der Rechte oder Pflichten aus einem unbestimmten Kreis besteht, wo keine Individualisierung des Rechtssubjekts möglich ist, kann die Fiktion Anwendung finden. Als Beispiele hierfür können bürgerliche und politische Vereine, Stiftungen und Korporationen angeführt werden. Entscheidend ist, dass die Rechte oder Pflichten schon entstanden sind, und dass die eventuell Berechtigten durch Hinweis auf bestimmte Personen nicht erschöpfend aufgezeigt werden können. Unter Hervorhebung der ersten Bedingung, dass die Forderung schon entstanden sein müsse, lehnte es Goos ab, die Gläubiger aus einem Inhaberpapier als eine juristische Person zu betrachten, die aus der Reihe der schon vorhandenen Gläubiger, denen sich auch spätere Erwerber anschliessen sollten, bestehe.

Goos' wissenschaftliche Tätigkeit entfaltete sich insbesondere auf zwei Gebieten, dem der allgemeinen Rechtslehre und dem des Strafrechts. Im Strafrecht<sup>(50)</sup> behandelte er die Frage, ob juristische Personen eine rechtlich geschützte Ehre hätten. In diesem Zusammenhang spricht er auch von kollektiven Einheiten. Er kommt zu dem Ergebnis, dass juristische Personen nicht Gegenstand einer Ehrverletzung sein könnten und hebt in dieser Beziehung hervor, dass die juristische oder moralische Person als ein blosser Begriff zu betrachten sei. Die einzelnen Personen, die als Grundlage der juristischen Person anzusehen seien, könnten

---

<sup>(49)</sup> Der Ausdruck stammt von AAGESEN, *Bidrag til Læren om Interessentskab*, in *Ugeskrift for Retsvæsen* 1877, S. 77. Vgl. Ihering, der von Fiktionen als «theoretischem Notstand» und «technischer Notlüge» spricht.

<sup>(50)</sup> *Den danske Strafferets Specielle Del I* (1895), S. 210.

nur dann gerichtliche Hilfe in Anspruch nehmen, wenn auch über sie etwas Beleidigendes ausgesagt worden sei.

Eine strafrechtliche Verfolgung juristischer Personen kam nach Goos' Auffassung nicht in Frage. Juristische Personen konnten seiner Meinung nach keine Verbrechen begehen und keiner Strafe unterworfen werden.

Ende des 19. Jahrhunderts beginnt der Begriff der juristischen Person aus dem Rechtssystem zu verschwinden. In den Werken Viggo Bentzons <sup>(51)</sup> ist die Rede von künstlicher Rechtssubjektivität oder von Zwecksobjekten, Bezeichnungen, die Verwandtschaft mit der Terminologie der Kritiker der Fiktionstheorie in der deutschen Rechtswissenschaft zeigen. Es galt nun in erster Reihe, eine bequeme Bezeichnung zu finden, die die verschiedenen Verhältnisse zusammenfassen konnte. Bentzon hob insbesondere hervor, dass nicht ein und dieselben Bestimmungen für alle juristischen Personen gelten. Es handle sich um eine Gradation, eine mehr oder weniger analoge Anwendung der Normen, die für Einzelpersonen im Verhältnis zum Dritten gelten. Die Hervorhebung des Zwecks als etwas Entscheidendes, ebenso wie in den Werken von Brinz und Bekker, und der Gedanke, dass die juristische Person ein rein technisches Hilfsmittel sei, trugen in hohem Mass zur Reduktion der Bedeutung der juristischen Person in der dänischen Rechtswissenschaft bei.

Auch der Einfluss der französischen Rechtswissenschaft, insoweit hier auf den Ergebnissen der deutschen Rechtswissenschaft weiteraufgebaut wurde, ist in der Entwicklung der Auffassung von den atypischen aufgespaltenen Rechtssubjekten in der dänischen Rechtswissenschaft — wo Verfügung, Nutzniessung und Verpflichtung als verschiedene Seiten des Rechtsverhältnisses voneinander getrennt wurden — spürbar. Vor allem fand die Lehre Demoques von den « sujets de jouissance et sujets de gestion de droit » <sup>(52)</sup> Widerhall in der dänischen Auffassung von der juristischen Person. Alf Ross hat in seiner Analyse der juristischen Person im Werk *Recht und Gerechtigkeit* ihre juristische Bedeutung weit-

<sup>(51)</sup> VIGGO BENTZON (1861-1937), *Personvetten* (1916-1918), S. 246.

<sup>(52)</sup> DEMOQUE, *Les Notions Fondamentales du Droit privé*, Paris 1911.



gehend reduziert, indem er sie in ihre Bestandteile: Pflicht-, Verfügungs- und Interessenssubjekt zerlegt<sup>(53)</sup>.

Die Bestrebungen der deutschen Rechtswissenschaft, die juristische Person ihrer Lebensfreude zu berauben, wurden in der dänischen Theorie als das Attentat auf die, oder gar der Mord an der juristischen Person beschrieben<sup>(54)</sup>.

Die juristische Person nimmt heute eine sehr zurückgezogene Stellung ein, aus der sie nur gelegentlich als bequeme Erklärung gewisser Besonderheiten des Gesellschaftsrechts hervorgeholt wird, während die sonst als Relikt aus einer konstruktiven Zeit, deren Begriffe sich nur mit grösster Vorsicht von einer modernen Rechtswissenschaft verwenden lassen, angesehen wird.

Charakteristisch für die Auffassung eines modernen dänischen Juristen ist folgende Äusserung eines Steuerrechtlers über die Anwendung des Begriffs der juristischen Person. Man muss, schreibt er, um Missverständnisse zu vermeiden, von vornherein betonen, dass die Anwendung des Ausdrucks «juristische Person» keineswegs voraussetzt, dass man eine feste, eindeutige Vorstellung davon hat, wann eine juristische Person vorliegt, oder welche Folgen es hat, dass man eine Korporation oder Stiftung als juristische Person bezeichnet. Der Ausdruck ist bloss eine praktische, wenngleich sehr unbestimmte Andeutung einer aus gesellschaftsrechtlichen oder zivilrechtlichen Gründen anerkannten, grösseren oder geringeren Selbständigkeit unter verschiedenen Verhältnissen, die das Eine miteinander gemein haben, dass sie, von anderen als steuerrechtlichen Gesichtspunkten aus gesehen, relevant sind. Im Steuerrecht der meisten Länder musste man seine Zuflucht zu der Pauschalbezeichnung juristische Person oder «legal entity» nehmen, um damit die Abgrenzung der Steuerpflicht gegenüber den im übrigen Rechtssystem gesetzlich festgelegten oder doch allgemein akzeptierten Standpunkten durch einen bestimmten, allerdings unklaren, Hinweis zu illustrieren. Die juristische Person wird auf diese Weise zu einem festen Bestandteil des Vokabulariums des

<sup>(53)</sup> Ross, *Ret og Retfærdighed* (1953), S. 218.

<sup>(54)</sup> Erst ANDERSEN, *Træk af juraens udvikling* II (1980), S. 694-703; *Personretten* (1966), S. 94 f.

internationalen Steuerrechts und ist jedenfalls in dieser Hinsicht eine Realität, die respektiert werden muss<sup>(55)</sup>. Auf die gleiche Weise wird die juristische Person im dänischen Gesellschaftsrecht ausschliesslich als Ausdruck ihrer Funktion als praktische und im Ausland allgemein anerkannte Bezeichnung für Vereine und Institutionen mit Rechtsfähigkeit aufgefasst<sup>(56)</sup>. Aus der Bezeichnung « juristische Person » können jedoch keine Folgerungen gezogen werden. Auf diese Weise spielt die juristische Person auch heute noch eine bescheidene Rolle in der dänischen Rechtswissenschaft.

---

<sup>(55)</sup> Thøger NIELSEN, in *Juristen* 1961, S. 609 f.

<sup>(56)</sup> Bernhard GOMARD, *Aktieselskabsret* (1970<sup>2</sup>), vgl. für Norwegen Mads Henry ANDENÆS, *Aksjeselskabsrett* (1981), S. 42. Vgl. zu dieser Auffassung im allgem. auch Frederik VINDING KRUSE, *Das Eigentumsrecht I* (1931), S. 409 f.



PETER STEIN

NINETEENTH CENTURY ENGLISH COMPANY LAW  
AND THEORIES OF LEGAL PERSONALITY

Legal personality is a classic example of the way in which English law manages to avoid theory as long as possible and then turns to contemporary continental doctrine when at last it needs a theoretical explanation of the institutions which it has developed pragmatically.

The common law had long been familiar with the notion of the corporation, composed of several individuals having a personality in law distinct from that of each of those individuals. Blackstone in his *Commentaries* identified five characteristics of such persons: first, perpetual succession ensuring that the corporation would outlast the lives of the original members; secondly, the capacity to sue and be sued in its corporate name; thirdly, the right to hold property, including land, even though its perpetual character violated the principles of the feudal system; fourthly, the possession of a common seal by which the corporation could obligate itself in law; and fifthly, the power to make rules for the better government of its members (1).

Such a corporate body could not, however, be created at will by its members. Every corporation was required to have specific recognition by the state, either through a charter granted by the Crown or by a special Act of Parliament. The precise status of each body would be delineated by its charter or Act. So, if any question arose about the extent of its powers, it would be settled by reference to the precise words of the foundation docu-

---

(1) *Commentaries on the Laws of England* (1765), I, 475-6.

ment rather than by reference to any general doctrine of corporations. The procedure for obtaining a royal charter or a special Act of Parliament was costly and so such creations were rare. Many associations of men remained unincorporated for centuries. Well known examples of bodies that have never been incorporated include the Inns of Court, Lloyds of London, the centre of the insurance world, and the London Stock Exchange <sup>(2)</sup>.

The main difficulties deriving from lack of incorporation were to ensure the continuity of the association and to distinguish the property of the association from that of its members. These difficulties were largely overcome by using the device of the trust <sup>(3)</sup>. Property was transferred to trustees for the benefit of the members of the association. The number of trustees was usually small, and it was a simple matter to replace trustees who died or retired by the appointment of new trustees. The effect was that the association could remain in being indefinitely and that its property was separated from that of its members. The trustees were legally obliged to apply the property of the association for the benefit of the members. They in turn could normally transfer their beneficial interests to others without affecting the continuation of the association. Yet technically the members were not owners of the association's property and it was not therefore available to satisfy the claims of the private creditors of the members.

The factor which caused the need for some theoretical doctrine regarding the personality of associations was the rise of a particular form of association, the joint-stock company, that is, an association of a number of individuals having transferable shares in a common fund. Since the only legal persons whose existence the common law acknowledged were individuals and corporations, it did not at first regard joint stock companies as having a distinct

---

<sup>(2)</sup> D. LLOYD, *The Law relating to Unincorporated Associations*, London 1938, 21 ff.

<sup>(3)</sup> F. W. MAITLAND, *Trust and Corporation*, *Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und Öffentliches Recht*, (1904), reprinted in MAITLAND, *Selected Essays*, ed. H. D. Hazeldine, G. Lapsley and P. H. Winfield, Cambridge 1936, 141 ff.

existence <sup>(4)</sup>. They were regarded as partnerships, and English law has never treated partnerships as having legal personality, except for certain very limited procedural purposes. Yet to a people as much engaged in trade as the English, the advantages of an association whose capital was divided into readily transferable shares was obvious, and traders frequently formed such associations. Whether or not such associations were actually illegal at common law is a matter of doubt, but their existence was tolerated, although all attempts by the members to limit their liability for the debts of the company were unsuccessful. At the beginning of the eighteenth century there had been a tremendous wave of company promotion which resulted in the formation of many companies which failed. Consequently in 1720, Parliament passed the so-called Bubble Act <sup>(5)</sup>, named after the calamitous failure of the South Sea Company. The statute spoke of «the growth of dangerous and mischeivous undertakings and projects wherein the undertakers and subscribers have presumed to act as if they were corporate bodies and have pretended to make their shares transferable». It then declared all such undertakings to be illegal and public nuisances.

The Bubble Act remained in force for just over a hundred years until its repeal in 1825. At the beginning of the nineteenth century the economic prosperity of England began to reach a scale in which it was not possible for individual capitalists to engage without the collaboration of others. They needed to form bodies which could sue and be sued in the corporate name, but whose members would be liable individually for its debts. Opinion did not favour the limitation of liability among the members of a trading company. So joint stock companies became legal again, but were still treated as partnerships. The inconveniences of this procedure were manifest.

For example, when a joint stock company was considered a partnership, if one shareholder wished to proceed to have the

---

<sup>(4)</sup> For what follows, T. B. NAPIER, *The history of joint-stock and limited liability companies in A Century of Law Reform: lectures at the Council of Legal Education*, London 1901, 379 ff. W. HOLDSWORTH, *A History of English Law*, VIII, London 1925, 213 ff.; LLOYD, *Unincorporated Associations*, cit., 40 ff.

<sup>(5)</sup> 6 George I, c. 18.

company dissolved he had in effect to proceed not only against the directors of the company but also against all the other shareholders as well. Each of them had a right to reply to his allegations separately. The procedural problems of bringing several actions were enormous, and were not solved by some feeble attempts to alleviate the situation.

Those who were familiar with the civil law of the continent were loud in their condemnation of the English law of partnership. As late as 1856, J.G. Phillimore, a Reader at the Inns of Court school of law, wrote:

«The vocabulary of vituperation might exhaust itself, without adequately describing the unmeasurable follies and frightful evils of the English law of partnership... and the means by which an endeavour has been made, by 'privilegia' to shelter a very inconsiderable, and by no means the most meritorious part of the community from its pernicious consequences. Deep and inefaceable is the stain which these transactions have branded on the English name ... instead of laying down a general rule co-extensive with the subject, to which all classes might apply, special privileges have been granted to some favoured persons to do what is inexorably refused to others ... if substantial justice was ever blundered upon, it was in spite of [the law's] provisions and the scholastic mind of its interpreters »<sup>(6)</sup>.

In the twenty years after the repeal of the Bubble Act, attempts were made to facilitate the grant to trading companies of the privileges of incorporation by the Crown, but such a grant was still a matter of official discretion. In 1844 an Act<sup>(7)</sup> was passed which allowed persons to form themselves into a joint stock company which could sue and be sued in the corporate name without a special grant either from the Crown or from Parliament. However the members of such a company were individually liable for the company's debts, just as if they were members of an ordinary partnership (so long as the creditor could show that he could not obtain payment of his debt from the company).

As a result of the 1844 Act, a joint stock company could be created by its members merely by satisfying certain formal requi-

<sup>(6)</sup> *Principles and Maxims of Jurisprudence*, London 1856, 190.

<sup>(7)</sup> 7 and 8 Victoria, c. 110.

rements of registration. Yet such a company was still thought of as a special sort of partnership rather than as a special sort of corporation. Despite the fact that it could sue and be sued separately from its members, the fact that they were still liable in full for its debts made it resemble a trading partnership and so it was not considered a separate person from its members.

In 1851, a House of Commons Select Committee on the Law of Partnership <sup>(8)</sup> took evidence on the desirability of introducing limitation of liability of partners. One of the witnesses was Mr. Phillimore, who expressed « the strongest opinion in its favour », based on the views of continental textwriters, such as Pardessus, Troplong and Casaregis, and on the experience of France, the north Italian states, Holland and the Rhenish provinces, particularly in regard to the *société en commandite*.

The Committee were urged to recommend the extension of limited liability to « the shareholders in many useful enterprises, often promising at the same time public benefit and private profit, which are constantly called for by the increasing population and wants of our towns and populous districts ». The Committee thought that « cautious persons of moderate capital » should not be deterred from participating in such undertakings by the risk of unlimited liability. They thought it « desirable to remove any obstacles which may now prevent the middle and even the more thriving of the working classes from taking shares in such investments, under the sanction of and conjointly with their richer neighbours; as thereby their self-respect is upheld, their industry and intelligence encouraged, and an additional motive is given to them to preserve order and respect the laws of property ».

However the Committee were « unwilling to proceed in such a matter without the greatest caution », and recommended the establishment of an expert Commission to go into the question again. The Mercantile Law Commissioners <sup>(9)</sup> framed a series

---

<sup>(8)</sup> *Report of the Select Committee on the Law of Partnership*, 8 July 1851, *House of Commons Proceedings*, 1851, XVIII, 1 ff.

<sup>(9)</sup> *First Report on Assimilation of Mercantile Laws in the United Kingdom and whether Alterations should be made in the Law of Partnership as regards limited or unlimited liability*, *House of Commons Proceedings*, 1854, XXVII, 445 ff.



of questions which they circulated both in Britain and on the continent. They acknowledged that « the opinions received from foreign countries preponderate in favour of limited liability ». Yet they concluded that to change English law in that sense would not « operate beneficially on the general trading interests of the country », although it might be advantageous to allow limited liability in certain particular undertakings such as the provision of docks, railways and shipping companies, and of baths and reading rooms for the poor.

Nevertheless the political pressure for limited liability prevailed over the caution of the lawyers. In 1855 an Act <sup>(10)</sup> was passed which at last conceded to any group of seven persons the right to form themselves, by registration according to the procedure of the 1844 Act, into a company with limited liability. The President of the Board of Trade, Robert Lowe, justified the new measure to Parliament as follows:

« I am arguing in favour of human liberty — that people may be permitted to deal how and with whom they choose, without the officious interference of the State ... We should profit by the lessons of the science of political economy; to interfere with and abridge men's liberty, to undertake to do for them what they can do for themselves ... is helping the fraudulent to mislead them ... Having given them a pattern, the State leaves them to manage their own affairs and has no desire to force on these little republics any particular constitution ... The only way that the Legislature should interfere is by giving the greatest publicity to the affairs of such companies, that every one may know on what grounds he is dealing » <sup>(11)</sup>.

At the same time the State prohibited the formation of large unincorporated business partnerships by limiting the number of members of an ordinary partnership for profit to twenty. Thereaf-

---

<sup>(10)</sup> 18 and 19 Victoria, c. 133. The Act was almost immediately repealed and replaced by another in 1856, 19 and 20 Victoria, c. 47, which was the model for the Act of 1862, 25 and 26 Victoria, c. 89, the foundation of company law in England for the rest of the nineteenth century.

<sup>(11)</sup> Hansard, CXL, 110-138, quoted in B. C. HUNT, *The Development of the Business Corporation in England, 1800-1867*, Cambridge, Mass. 1936, 134-5.

ter the corporate form became the norm for trading companies. In the six years following 1856, 2,500 companies were created with limited liability, and after the enactment of the great consolidating Act of 1862 the numbers increased still further. Between 1863 and 1866, 3,500 limited companies were registered <sup>(12)</sup>.

We must now consider how the changes produced by this ferment of legislative activity were considered in legal theory. Equally dramatic changes were taking place at the same time in the academic study of law. In 1846 a Select Committee on Legal Education, set up by the House of Commons, reported that no legal education, worthy of the name, existed in England <sup>(13)</sup>. Lawyers learned their craft by attaching themselves to practitioners, but there was no provision, in the universities or elsewhere, for courses on the scientific and philosophical aspects of law. As a result of the Committee's recommendations there was a revival of legal education, both in the universities and at the Inns of Court in London, with particular emphasis on the « scientific » or theoretical aspects of law.

It was natural that those who were charged with providing this instruction should turn to German scholarship for inspiration. One of the very few English textbooks on jurisprudence, in the sense of legal theory, was John Austin's *Province of Jurisprudence Determined*. Austin, a protégé of Bentham, was the first Professor of Jurisprudence in the University of London, and after his appointment in 1826 had studied in Bonn, where he was much influenced by the systematic legal expositions of the early Pandectists. His book, published in 1831, caused little interest when it first appeared, but with the revival of legal education it was studied with enthusiasm. It was Austin who seems to have introduced

---

<sup>(12)</sup> HUNT, *op. cit.*, 143-5.

<sup>(13)</sup> *Report from the Select Committee on Legal Education*, 25 August 1846, *House of Commons Proceedings*, 1846, X, Concluding Resolutions, sec. 3; cf. P. STEIN, *Legal Theory and the Reform of Legal Education in mid-nineteenth century England*, in *L'Educazione Giuridica, II, Profili storici*, ed. A. Giuliani and N. Picardi, Perugia 1979, 185 ff.; P. STEIN, *Continental Influences on English Legal Thought, 1600-1900*, in *La Formazione storica del Diritto moderno in Europa, Atti del III Congresso internazionale della Società italiana di Storia del Diritto*, Firenze 1977, III, 1119 ff.

the term «legal person» into English, as a translation of «*juristische Person*». He does not deal with the topic of persons in the *Province of Jurisprudence Determined*, but in his Lectures, which were published posthumously by his widow, he distinguishes physical or natural persons from fictitious or legal persons <sup>(14)</sup>. The main example of the latter category were collections or aggregates of physical persons, such as the *collegia* of Roman law and corporations aggregate of English law. Austin observes that since all rights reside in natural persons, rights can only be ascribed to legal persons «by a figment and for the sake of brevity of discourse».

In 1855 another former English student at Bonn, Nathaniel Lindley, published a translation of the general part of Thibaut's *System des Pandektenrechts* with the title *Introduction to the Study of Jurisprudence*. It was this work which seems to have spoken of «moral person» for the first time in English. «Every association of persons possessing the right of forming out of its members, taken collectively, one single moral person (*corpus*) is termed a corporation, *universitas, collegium*» <sup>(15)</sup>. In the notes which he added in an appendix giving the equivalent English law to that stated in Thibaut's text, Lindley states the traditional doctrine that «a corporation cannot be created by private individuals without the authority of the Legislature or the Crown».

In 1860 Lindley published a *Treatise on the Law of Partnerships, including its application to Joint Stock and other Companies*. At the outset he distinguished between Corporations and Partnerships. A Corporation, he said, is «a fictitious person, created by special authority and endowed by that authority with a capacity to acquire rights and incur obligations, as a means to the end for the attainment of which the corporation is created». Although it consists of several individuals, its rights and obligations are quite separate from theirs, and are enforceable only collectively. A Partnership, on the other hand, is not a collective whole distinct from the individuals composing it, and its rights and liabilities are theirs and are enforceable by and against them individually. Lindley con-

---

<sup>(14)</sup> Lecture XII in *Lectures on Jurisprudence*, II, London 1863, 12 ff.

<sup>(15)</sup> Sec. 113, p. 105 and note, p. lxxi.

cluded that what constitutes a partnership is an agreement by a number of persons to carry on a business for profit, and to share the profits «not as members of a body corporate but merely as individuals who have entered into an agreement to that effect» (p. 2).

He then pointed out that Partnerships are subdivided into Partnerships commonly so called and Companies. The first consists of a few individuals known to each other who cannot retire from the firm without the consent of the others. The latter consists of many individuals «not necessarily acquainted with each other at all, so that it is a matter of comparative indifference whether changes amongst them are affected or not ... It may be said that the law of companies is composed of little else than the law of partnership modified and adapted to the wants of a large and fluctuating number of members» (p. 3).

Lindley was one of the few English lawyers of his time who was sensitive to the niceties of analytical jurisprudence; yet he was not ready to recognise that a business company, albeit that it could sue and be sued and own property of its own, was a separate legal person from its members in the same sense that a corporation was a separate legal person. The sticking point seems to have been the question of the members' liability<sup>(16)</sup>. Even with the introduction of the limited liability of shareholders, there was still a possibility that a shareholder who held shares that were not fully paid would be liable for the company's debts up to the limit of the face value of his shares. The fact that the new trading companies were entirely creatures of statute and had no real basis in the traditional English common law made them difficult to categorise. There was no recognised class to which they could be assigned. As Lindley rather lamely admitted, recently «associations unknown to the common law have struggled into existence, and after much opposition have become legal.

---

<sup>(16)</sup> Lindley was probably also influenced by the prevalence of the doctrine, stated in a *dictum* of de Grey, C. J. in *Grace v. Smith*, 2. W. Black. 998 (1774), that those who share profits incur liabilities as if they were partners; cf. A. J. JACOBSON, *The Private use of Public authority: Sovereignty and Association in the Common Law*, in 29 *Buffalo Law Review* (1980) 642 ff.

These are commonly called companies. They are not pure partnerships, for their members are recognised as an aggregate body; nor are they pure corporations, for their members are more or less liable to contribute to the debts of the collective whole». They are intermediate associations «partaking of the nature of both» (pp. 3-4).

In view of this bewilderment as to the precise character of joint stock companies, it is not surprising that the judges themselves found it difficult to decide how they should be treated. In 1862 a Companies Act <sup>(17)</sup>, which consolidated the previous legislation, was passed. This Act provided the legal framework within which disputes about the nature and powers of companies were to be decided. It required that the objects of the company had to be set out in a Memorandum of Association, published when the company was formed, which could not subsequently be changed. Many of the disputes that arose in the next few years concerned the power of the company to make contracts. What happened if the directors of the company did something which was *ultra vires*, in the sense that it was not covered by the objects set out in the Memorandum of Association <sup>(18)</sup>? At first the judges assumed that the directors were acting as agents for the shareholders and that if they made a contract outside the objects, the defect could be cured by ratification of the shareholders. As Mr. Justice Willes said in a case in 1871, «the principle, by which a person on whose behalf an act is done without his authority may ratify and adopt it, is as old as any proposition known to law» <sup>(19)</sup>. This implied that the shareholders and the company were the same person in law, just as partners and the partnership were one and the same.

This view was decisively rejected in 1875 in the great case of *Ashbury Railway Co. v. Riche* <sup>(20)</sup>, when Lord Cairns in the House of Lords pointed out that the purpose of the Companies Act, in restricting the scope of the company's activities to the objects

<sup>(17)</sup> 25 and 26 Victoria, c. 89.

<sup>(18)</sup> C. H. S. FOOT, *Judge and Jurist in the reign of Victoria*, London, 1959, 62 ff.

<sup>(19)</sup> *Phosphate of Lime Co. v. Green* (1871) L. R. C.P. 43.

<sup>(20)</sup> (1875) L.R. 7 H.L. 653.

stated in the Memorandum of Association, was not merely to protect the shareholders but also to protect the public, for example, prospective investors and creditors of the company. If, therefore, a contract which purported to be made on behalf of a company was *ultra vires*, it was void *ab initio* and nothing that the shareholders decided subsequently could validate it. The company was a distinct person from the shareholders, who should therefore not be equated with partners.

Even those who accepted that the company, as a creature of statute, was something different from its shareholders tended to apply the familiar concepts of agency or trust to its activities. In 1872, the Lord Chancellor, Lord Selbourne, was faced with a case in which the chairman of one company held in his own name shares in another company bought with the money of the first company. The purchase was *ultra vires*, and therefore illegal. Nevertheless by applying trust doctrines, he held that the shares belonged to the first company, with whose money they had been bought. Lord Selbourne said: « The company is a mere abstraction of law. All that it does, all that the law imputes to it as its act must be that which can be legally done within the powers vested in it by law ... The directors are mere trustees or agents of the company » <sup>(21)</sup>.

So he applied the ordinary rule of the law of trusts that property acquired with trust money spent in an unauthorised way nevertheless accrues to the beneficiaries of the trust. Thus the shares were in equity the property of the first company.

A few years later, it was recognised that it was inappropriate always to consider the directors of a company as trustees. As Lord Justice James said in 1880, « The distinction between a director and a trustee is an essential distinction founded on the very nature of things. A trustee is a man who is the owner of the property and deals with it as principal, as owner, and as master, subject only to an equitable obligation to account to some persons to whom he stands in the relation of trustee... The office of director is that of paid servant of the company » <sup>(22)</sup>.

---

<sup>(21)</sup> *Great Eastern Railway Co. v. Turner* (1872) L.R. 8 Ch. 149 at 152.

<sup>(22)</sup> *Smith v. Anderson* (1880) 15 Ch. D. 247 at 275.

The situation of joint stock companies from the 1870's on required clarification from legal theorists. Like their predecessors, the theorists of the time turned to German scholarship for guidance.

In 1871 William Markby published his *Elements of Law*, based on lectures which he had delivered to Indian students of law in Calcutta. In his doctrine of persons, Markby relied on Savigny's chapter on *juristische Personen* in the *System des heutigen römischen Rechts*. He observed that aggregates of persons, such as a bank or a railway company, were spoken of as owning property or making contracts, « as if they were ordinary men. This is, of course, a pure fiction... There is a fictitious or, as I prefer to call it, a juristical person (to distinguish it from a real person) to which all the rights are supposed to belong and upon whom all the duties and obligations are imposed »<sup>(23)</sup>.

Markby noted that « the attribution of a capacity for rights and duties to an imaginary person is not to be looked on simply as the resource of an advanced and highly technical system of jurisprudence ». In early times property was regarded as belonging to the family as a whole. Yet he did not feel it was unhistorical to regard the attribution of personality to an association as fictitious. Markby uses the term « juristical person » and criticises the use, by Thibaut and others, of the expression « moral person ». He continues, « The same expression is used in the Italian Civil Code, art. 3. This is a new abuse of a term already pretty well misused »<sup>(24)</sup>.

A few years later Sir Frederick Pollock, perhaps the most influential English legal theorist of his time, also subscribed to the fiction theory of legal personality, but with a qualification:

« We may call the artificial person a fictitious substratum or substance conceived as supporting legal attributes, remembering always that we must think of legal fictions as derived from  *fingere*  not in the sense of feigning but in the sense of creating or fashioning. Nor would it be very difficult to show, were

---

<sup>(23)</sup> *Elements of Law*, 1st ed., London 1871, 60, cited by FIFOOT, *op. cit.*, 78-79.

<sup>(24)</sup> Quoted from 3rd ed., London 1885, 83-84.

it not a matter of metaphysical rather than legal interest, that what we call the artificial identity of a corporation is, within its own sphere and for its own purposes, just as real as any other identity » <sup>(25)</sup>.

Almost *faute de mieux*, the fiction theory, as defined by Savigny, predominated in the latter half of the nineteenth century. The main difficulty which it created in practice has been well described by Hallis:

« The members of a body corporate, who are individual human beings, are real persons, but the person of the corporate body is something artificial. It is not born of, and does not live in and through, the living group of its members, but is something independent of them. It has its origin not in the active life of its members but in an act of the state ... In short, the chief difficulty which the Fiction theory presents is its first and obvious implication, that the corporate person is something apart from the members of the corporate body, since it is a fiction while they are realities » <sup>(26)</sup>.

The most striking application of this idea was in the case of *Salomon and Salomon & Co.* Mr. Salomon, a shoemaker, converted his business into a limited liability company under the 1862 Act. He held all the shares except six which were assigned to members of his family. When it was formed, the Company issued debentures, secured on the assets of the company, to Mr. Salomon as a private individual. When the company got into difficulties and was wound up, he claimed that, as a debenture holder, he was a preferred creditor of his company over all other creditors. The Court of Appeal thought otherwise. It would be a device to defraud creditors. As Lord Justice Lopes said, « one substantial man and six mere dummies » did not make a company <sup>(27)</sup>. However the House of Lords reversed the decision of the Court of Appeal. According to Lord Halsbury, the important question was « whether

<sup>(25)</sup> *Principles of Contract*, 1st. ed., London 1876, 81.

<sup>(26)</sup> F. HALLIS, *Corporate Personality: a study in Jurisprudence*, London 1930, xlii.

<sup>(27)</sup> Sub nom. *Broderip v. Salomon*, [1895] 2 Ch. 323 at 341.



in truth that artificial creation of the Legislature had been validly constituted » (28). If so, Salomon and Co. Limited was a person in law distinct from its individual members, and it could contract with them in the same way as with outsiders. « Either the limited company was a legal entity or it was not. If it was, the business belonged to it and not to Mr. Salomon. If it was not, there was no person... It is impossible to say at the same time that there is a company and that there is not » (29).

By the end of the nineteenth century, the fiction theory predominated in England but increasing dissatisfaction was being felt about its implications when applied to the law of companies.

Meanwhile, in Germany, an attack on the fiction theory had been mounted by Otto von Gierke, who considered it the invention of Romanists such as Savigny. In the Germanic legal tradition, he held, the personality of a corporate body was a reality, a living organism with a group-will of its own. It acts through the men who are its organs in the way a human acts through his mouth or his hands. Gierke's theory appealed to the great historian of English law, Frederic William Maitland.

Between the first edition of Pollock and Maitland's *History of English Law*, published in 1895, and the second edition, which appeared in 1898, Maitland made substantial changes in the relevant section, which he expressly attributed to « repeated perusal of Dr. Gierke's great work, *Das deutsche Genossenschaftsrecht* ». In the first edition, the section was entitled « Fictitious Persons ». It contained a warning against regarding various ancient forms of group ownership as early forms of corporation. A distinction must be made between a group of men acting together and a group of men forming a body.

« There is no fiction at work at all until men are ready to distinguish between what belongs to or is done by the corporation and what belongs to or is done by the sum of the corporators. When five or a hundred men are saying, ' This land belongs to us, it belongs to us when we are taken all together ' we must not at once attribute to them even a first glimmering notion of

---

(28) *Salomon v. Salomon & Co.*, [1897] A.C. 22 at 29.

(29) At p. 31.

a corporation aggregate. That they have not got until they are prepared to say 'It belongs to us, but it does not belong to us as a collection of individuals'. Until this negative half of the doctrine is being grasped there is nothing that we shall dare to call a corporation » <sup>(30)</sup>.

In the second edition the section was headed «Corporations and Churches» and that passage was omitted. Instead we read that «the theory which speaks of the corporation's personality as fictitious, a theory which English lawyers borrowed from medieval canonists, has never suited our English law very well. It should at all events be known that on the continent of Europe this doctrine no longer enjoys an undisputed orthodoxy either among the students of the Roman *universitas* or among the students of medieval and modern corporations » <sup>(31)</sup>.

Following Maitland's lead, several academic lawyers, including the influential Pollock, adopted the realist theory. In Pollock's *First Book of Jurisprudence*, published in 1896, he denied that real persons were only individual human beings. «A person is such not because he is human but because rights and duties are ascribed to him ... there are persons in law which are not individual human beings... groups permanent or temporary behave as individuals... In the history of institutions collective rights and responsibilities were antecedent to those of the individual. In archaic systems of law, as in Hindu and to some extent in Slavonic society, we can still find the individual hardly disengaged from the bonds of the family » <sup>(32)</sup>. The implication was that it was now unhisto-

---

<sup>(30)</sup> F. POLLOCK and F. W. MAITLAND, *The History of English Law*, 1st ed., London 1895, I. 471-2.

<sup>(31)</sup> *Op. cit.*, 2nd ed., London 1898, I. 489. FIFOOT, *op. cit.*, 80, incorrectly attributes the passage to the first edition. Cf. also MAITLAND's introduction to his translation of GIERKE's *Political Theories of the Middle Age*, Cambridge, 1900.

<sup>(32)</sup> Pp. 108-9; another influential students' book, J. W. SALMOND, *First Principles of Jurisprudence*, London 1893, 209, adhered staunchly to the fiction theory: «Although the persons are fictitious, the acts or interests imputed or attributed to them are commonly though not necessarily real, being usually the acts or interests of real persons, falsely attributed for divers reasons of conveniency to fictitious representatives of such persons. The acts and interests fictitiously imputed to a joint stock company are those of the shareholders ».

rical to regard an association as a fictitious person. Particularly in regard to the status of trade unions, it was felt that the realist theory was more practical than the fiction theory. As A. V. Dicey said, « When a body of ... men bind themselves together to act in a particular way for some common purpose, they create a body which by no fiction of law but from the very nature of things, differs from the individuals of whom it is constituted »<sup>(33)</sup>.

The conflict between the fiction theory of Savigny and the realist theory of Gierke can be seen in the attitudes of the judges in the case of *Continental Tyre and Rubber Co., Ltd. v. Daimler Co. Ltd.* The case involved a company, incorporated in England and carrying on business in England, but which was in effect a subsidiary of a German company whose products it sold. All but one of its 25,000 shares were held by Germans. The legal question was whether the company was English and so, despite the outbreak of war between England and Germany, could sue in English courts.

The Court of Appeal, by a majority of five to one, applied what they considered to be the established legal principle, confirmed in the *Salomon* case, which enshrined the fiction theory. The company was a separate entity from its members. So long as it was validly constituted as an English company, the status of its members was irrelevant. Lord Justice Buckley, dissenting, said, « the artificial legal entity has no independent power of motion. It is moved by the corporators »<sup>(34)</sup>, and they were clearly German.

The House of Lords overruled the Court of Appeal, and held that to establish the status of the company the circumstances required investigation into the character of its control and management. Lord Parker of Waddington declared that the character must come from those running the company and where was that to be found « if resort is not to be had to the predominant character of its shareholders and corporators »<sup>(35)</sup>? Lord Halsbury, in

<sup>(33)</sup> *The Combination Laws*, in 17 *Harvard Law Review*, 1904, 513. The passage is reproduced almost verbatim in DICEY, *Law and Opinion in England during the nineteenth century*, 1st ed., 1905; 2nd ed., 1914, 154, where the statement is described as « a fact, which has received far too little notice from English lawyers ».

<sup>(34)</sup> [1915] 1 K.B. 893 at 918.

<sup>(35)</sup> [1916] 2 A.C. 307 at 341.

a surprising throwback to earlier ideas, which were quite contrary to his forthright judgment in *Salomon's* case, called the company « a partnership in all that constitutes a partnership except the names, and in some respects the position of those who I shall call the managing partners » <sup>(36)</sup>.

The different attitudes expressed by the House of Lords in *Salomon's* case and in the *Daimler* case illustrate the dilemma of English lawyers. The fiction theory attracted them as being « rational, coherent and for the most part clear » <sup>(37)</sup>, and it had behind it the almost magical authority of Savigny. The realist theory seemed more rooted in historical experience, more suited to the ethos of the English common law, and in some ways it produced more practical results. Lacking a theory of their own, the common lawyers applied whichever seemed to produce the result they desired, and left it to the professors to explain what had been decided as rationally as they could.

---

<sup>(36)</sup> At p. 316.

<sup>(37)</sup> P. W. DUFF, *Personality in Roman Private Law*, Cambridge 1938, 211.



CLAES PETERSON

JURISTISCHE PERSON UND BEGRENZTE HAFTUNG  
DER AKTIONÄRE. EIN BEITRAG ZUR GESCHICHTE  
DES AKTIENRECHTS IN SCHWEDEN

*Einleitung.*

Der Durchbruch der Aktiengesellschaft als dominierende Gesellschaftsform zur Organisation grosser Unternehmen stand im Zusammenhang mit der industriekapitalistischen Entwicklung in Europa während des 19. Jahrhunderts. Dass die Aktiengesellschaft einen so grossen Erfolg und eine solche Ausbreitung hatte, lag daran, dass sie juristisch technisch gesehen weit grössere Vorteile anzubieten hatte als die traditionelle Personengesellschaft, die Einmanngesellschaft und die Handelsgesellschaft, wenn es galt, grosse und risikoreiche Unternehmen in Gang zu setzen. Bezeichnend für die Aktiengesellschaft war, dass sie aus einer gewissen Kapitalmasse, dem Grundkapital, bestand, das durch die Einlagen der Mitglieder gebildet wurde. Die Aktiengesellschaft war in eine bestimmte Anzahl von Anteilen, die sogenannten Aktien, zerlegt. Doch die auffallendste Eigenschaft war, dass die Aktionäre von aller persönlichen Haftung für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft, deren Sicherheit stattdessen ausschliesslich auf dem Aktienkapital ruhte, befreit waren.

Die Verteilung einer grossen Zahl von Aktien auf viele Hände ermöglichte es, ein Kapital von der Grösse zu sammeln, das, abgesehen von den Unternehmungen, die in staatlicher Regie geführt wurden, früher nur in Ausnahmefällen möglich gewesen war. Die begrenzte Haftung hatte selbstredend einen entscheidenden Einfluss auf die Bereitschaft, in einer Aktiengesellschaft Geld anzulegen, da man dadurch von vornherein die Grösse des wirtschaftlichen Risikos genau einschätzen konnte.

Zweifelsohne war die Aktiengesellschaft ein wichtiger, wenn nicht sogar zentraler dynamischer Faktor in der wirtschaftlichen und sozialen Entwicklung des 19. Jahrhunderts. Die Aktiengesellschaft schaffte die wirtschaftlichen Voraussetzungen für die Entwicklung und den Gebrauch einer kapitalintensiven Technik, die man im Rahmen der alten Gesellschaftsformen nicht hatte erreichen können. Deshalb war während der Durchbruchperiode des Industrialismus die Meinung weit verbreitet, dass die Aktiengesellschaft eine für Staat und Gesellschaft nützliche Einrichtung war. Die Nachteile dieser Einrichtung machten sich jedoch schnell auf eine brutale Art und Weise geltend. Die begrenzte Haftung verlockte nämlich zu allerhand Betrugereien und Schwindel. Besonders bekannt dafür ist die Periode in der Geschichte der Aktiengesellschaft, die als «Gründer»-Periode bezeichnet wird, als der Missbrauch der Aktiengesellschaftsform zu wirtschaftlichen Krisen führte.

Die Institution der Aktiengesellschaft wurde infolge der vielen juristischen und wirtschaftlichen Probleme, die sie begleiteten, eines der meist diskutierten Themen in der Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts, ganz besonders in der deutschen. Natürlich zogen die Sicherheitsfragen grosse Aufmerksamkeit auf sich, da der Gebrauch der Aktiengesellschaftsinstitution in Zukunft davon abhing, ob es gelang, eine Lösung dafür zu finden, die Aktionäre und die dritte Person vor Missbrauch dieser Gemeinschaftsform zu schützen. Vor allem widmete man der Frage, ob die Aktiengesellschaft als selbstständiges Rechtssubjekt, als juristische Person, zu betrachten sei, oder nicht, grosses Interesse, und wenn man sie bejahte, wie sollte dann diese juristische Person konstruiert werden? Die Frage zum Wesen der Rechtspersönlichkeit, namentlich der Aktiengesellschaft, war Anlass zu einer teilweise polemischen Diskussion geführt von deutschen Juristen, und der Umfang der Literatur zu diesem Gebiet ist dementsprechend gross.

In Schweden gab es keine Debatte, die der deutschen gleichkam. Es lagen zwar Meinungsverschiedenheiten zwischen Juristen vor, was die Auffassung der rechtlichen Natur der Aktiengesellschaft betraf, doch diese hatten keine grössere Bedeutung für die juristisch technische Entwicklung.

Vorliegende Arbeit ist eine Untersuchung einiger Aspekte der rechtsdogmatischen Problematik, mit der sich die schwedische Rechtspraxis, Gesetzgebung und juristische Doktrin aufgrund der weiteren Verbreitung der Aktiengesellschaft nach Mitte des 19. Jahrhunderts auseinandersetzen hatte.

I. *Die naturrechtliche Personentheorie in der schwedischen juristischen Doktrin.*

In der schwedischen juristischen Doktrin war die naturrechtliche Personentheorie bis zur Mitte des 19. Jahrhunderts vorherrschend <sup>(1)</sup>. Die im modernen Zivilrecht so zentralen Kategorien Rechtssubjekt und Rechtsfähigkeit waren dieser Rechtstradition fremd. Heute geht man von dem Grundsatz aus, dass jedes menschliche Individuum ein Rechtssubjekt ist, das Rechtsfähigkeit besitzt oder die Fähigkeit hat, Rechte zu erwerben und Pflichten auf sich zu nehmen. Unabhängig von sozialer Stellung, Rasse, Geschlecht u.a. werden alle Menschen von der Rechtsordnung formal gleich behandelt (der Grundsatz der Gleichheit aller vor dem Gesetz). In Übereinstimmung mit diesem Prinzip haben demzufolge alle Rechtssubjekte gleiches Recht, Eigentum jeder Art zu erwerben, ein wahlfreies Gewerbe zu treiben, Verträge abzuschliessen (Vertragsfreiheit) samt als Partei an einer Gerichtsverhandlung teilzunehmen (Parteifähigkeit).

Das Naturrecht erkannte dem Individuum keine generelle Rechtsfähigkeit dieser Art zu. Stattdessen waren es die rechtliche Stellung oder der Status, der seinerseits von der Zugehörigkeit zu einer bestimmten Körperschaft oder Personengruppe abhing, die entscheidend waren für das Ausmass der Rechtsfähigkeit des einzelnen Menschen. Diese Konzeption stammte aus der Personentheorie des römischen Rechts, nach der jeder Mensch, auch der Sklave, eine « persona » war. Juristisch technisch gesehen entsprach daher die « persona » nicht einer allgemeinen Rechts-

---

(1) Siehe Karl OLIVECRONA, der in seiner Dissertation *Studier över begreppet juridisk person i romersk och modern rätt*, Uppsala 1928, S. 108-121 sich mit dem Persönlichkeitsbegriff der älteren schwedischen Doktrin befasst hat.



fähigkeit oder der Fähigkeit, Träger von Rechten und Pflichten zu sein.

In dem römischen Recht gab es keine Theorie zu einer allgemeinen Rechtsfähigkeit, die an das Individuum geknüpft war. Die jedem Einzelnen zustehenden Rechte hingen stattdessen von der Gruppenzugehörigkeit des Betreffenden ab <sup>(2)</sup>.

Was die Rechtsstellung des Einzelnen betraf, machte das römische Recht nicht nur einen Unterschied zwischen freien Menschen und Sklaven, sondern die freien Menschen waren ihrerseits unterteilt in Mitbürger (cives) und Nicht-Mitbürger (peregrini). Eine weitere grundlegende Distinktion wurde zwischen den römischen Mitbürgern vorgenommen: solche, die eigene Geschäftsfähigkeit hatten (sui iuris) und solche, die der Bevormundung des pater familias unterstellt waren (alieni iuris). Zusammenfassend ist zu sagen, dass das römische Recht bei der Bestimmung der Rechtsfähigkeit (status) eines Individuums von drei verschiedenen Ebenen ausging: 1. Freiheit (status libertatis), 2. Mitbürgerschaft (status civitatis), 3. Familienzugehörigkeit (status familiae) <sup>(3)</sup>. Es war diese Statuslehre, die sich während des Mittelalters weiterentwickelte und später von den Naturrechtsjuristen des 17. und 18. Jahrhunderts angewendet wurde als Basis zur Bestimmung des Rechtsfähigkeitsumfangs des einzelnen Individuums <sup>(4)</sup>.

Es würde in diesem Zusammenhang zu weit führen, auch die Entwicklung der Personentheorie in der kontinentaleuropäischen und englischen Naturrechtsdoktrin zu behandeln <sup>(5)</sup>. Die hier vorliegende Untersuchung beschränkt sich deshalb auf eine Ana-

---

<sup>(2)</sup> Max KASER, *Das römische Privatrecht*, München 1955, S. 234; siehe auch Siegmund SCHLOSSMANN, *Persona und πρόσωπον im Recht und im christlichen Dogma*, Kiel und Leipzig 1906, S. 31-35.

<sup>(3)</sup> Paul JÖRS & Wolfgang KUNKEL, *Römisches Privatrecht*, 2. Auflage, Berlin 1935, S. 72-73.

<sup>(4)</sup> J.-A. ROBILLIARD, *Sur la notion de condition (status) en S. Thomas*, in *Revue des Sciences Philosophiques et Théologiques*, 24 (1936), S. 104-107 und Otto von GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, Bd. 3, Berlin 1881, S. 204.

<sup>(5)</sup> Siehe Otto von GIERKE, *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien*, Breslau 1913, S. 234-263 und *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, Bd. 4, Berlin 1913, S. 411-447.

lyse des Personenbegriffs bei schwedischen Juristen, die naturrechtliche Theorien vertraten, und deren Auffassung in dieser Beziehung die allgemein anerkannte während der betreffenden Periode ist. Die Juristen, die diesbezüglich von Interesse sind, sind Olof Rabenius, Practices Professor in Uppsala 1766-1772, Matthias Calonius, juris Professor an der Åbo Akademie ab 1778 und Mitglied des Obersten Gerichtshofes 1793-1800 sowie Lars Tengwall, Professor des schwedischen und römischen Rechts an der Universität Lund 1785-1809 <sup>(6)</sup>.

Olof Rabenius war der erste, der in der schwedischen juristischen Doktrin eine etwas ausführlichere Personentheorie vorlegte. In der Dissertation « *Primae jurisprudentiae communis Suecanae* » von 1760 entwickelte Rabenius eine Typologie, die in ihren Grundzügen noch weit in das 19. Jahrhundert hinein Leitfaden der juristischen Doktrin war <sup>(7)</sup>, und ihre Gültigkeit so lange behielt, wie die alte soziale und rechtliche Kategorisierung der Menschen in Stände und andere begrenzte Körperschaften noch bestand <sup>(8)</sup>.

Die Grundregel, von der Rabenius ausging, lautete folgendermassen:

« *Homo autem, cum certo statu consideratus est, persona in sensu juridico sumta* » (§ 174).

In juristischer Hinsicht war demnach das Individuum ein Rechtssubjekt in dem Masse wie es Inhaber eines gewissen Status

<sup>(6)</sup> Jan Eric ALMQUIST, *Svensk juridisk litteraturhistoria*, Stockholm 1946, S. 35-40. Tengwall war von 1782 bis 1785 auch juris et philosophiae practicae Professor in Lund.

<sup>(7)</sup> Siehe z.B. Ebbe Samuel BRING, *Grunderna till Swenska Civil-Lagfarenheten uti systematisk ordning*, Teil 1, Lund 1817, S. 66-68 und Johan HOLMBERGSON, *Juridiska skrifter*, Christianstad 1845, S. 13-14.

<sup>(8)</sup> Der Respondent hiess Peter Rising. Die Konzeption und Typologie des Persönlichkeitsbegriffes bei Rabenius war unauflöslich verbunden mit der sozialen Struktur der Ständegesellschaft und der sozialetischen Weltanschauung der Zeit, was seiner Theorie Allgemeingültigkeit verlieh. In den schwedischen Dissertationen gab es zahlreiche Hinweise auf internationale Autoritäten, allen voran Samuel Pufendorf und Christian Thomasius. Siehe z.B. Johannes UPPMARCK (praeses), *Dissertatio Philosophica de Persona Morali*, Michael ERNST, respondens, Uppsala 1709, S. 20-33.

war oder es einer gewissen Personengruppe angehörte. Ein Individuum konnte gleichzeitig mehreren verschiedenen Personengruppen angehören, es konnte zum Beispiel Adliger, Heerführer, Familienvater u.a. sein, was bedeutete, dass seine Rechtssubjektivität von Fall zu Fall verschieden beurteilt wurde je nach der rechtlichen Stellung, in der es auftrat. Ebenso konnten mehrere Individuen zur gleichen Personengruppe gehören. Sie hatten sodann im Rahmen dieses Kollektivs den gleichen Status oder die gleiche Rechtsstellung. Rabenius drückte sich so über dieses Verhältnis aus:

« Unus homo plures personas Juridicas, & plures homines unam personam Juridicam repraesentare possunt » (§ 175).

Hier führte Rabenius zwar den Terminus *persona juridica* ein, sie bezeichnet jedoch nicht ein von seinem physischen Substrat losgelöstes, selbstständiges Rechtssubjekt. *Persona juridica* bedeutete bei Rabenius bloss, dass das Individuum aus juristischer Sicht gesehen wurde im Gegensatz zu *persona physica* oder *naturalis*, was sich auf die Eigenschaft der Person als menschliches Individuum bezog. In letztgenannter Beziehung, die für sich betrachtet keine direkte juristische Relevanz hatte, waren alle Menschen gleich.

Die Terminologie von Rabenius in diesem Punkt wird verständlicher durch die darauf folgende Einteilung der juristischen Personen (*personae juridicae*) in einfache Personen (*personae simplices*) und zusammengesetzte Personen (*personae compositae*):

« Hinc personae Juridicae, in simplices & compositas dividuntur ».

Mit anderen Worten war sowohl die *persona simplex* als auch die *persona composita* für Rabenius eine juristische Person. *Persona composita* war die Bezeichnung für die kollektive Einheit, doch auch der *persona composita*-Begriff bezeichnete kein im Verhältnis zu den einzelnen Individuen selbständig dastehendes Rechtssubjekt. Ganz im Gegenteil existierte ein Identitätsverhältnis zwischen der Körperschaft und ihren Mitgliedern.

Rabenius erläuterte weiter, dass homo und persona simplex synonyme Ausdrücke seien und dass

«in una persona simplici, status varios deprehendimus, exempli gratia Statum Civitatis, Nobilitatis, Patrisfamilias & c. & quot sunt hi status, tot etiam personae Juridicae, in una hac persona simplici» (§ 176).

In juristischem Sinn konnte ein Individuum mehrere «juristische Personen» beherbergen, was davon abhing, welchen Personengruppen es angehörte oder welche Position im Staat es sich zugute halten konnte.

Die zusammengesetzten oder kollektiven Personen, personae compositae waren ebenfalls unterteilt in diejenigen, die in der Staatsführung sassen (publicae), wie die Stände, die königlichen Kollegien sowie die Beamten im Dienst, und diejenigen, die sich auf die Untertanen bezogen (privatae). In diesem Zusammenhang muss auch erwähnt werden, dass Rabenius' Gebrauch der Begriffe «persona composita publica» respektive «persona composita privata» nicht mit dem modernen Rechtsbegriffspaar öffentliches Recht respektive Zivil- oder Privatrecht vereinbar ist. Bei Rabenius stehen die Begriffe «öffentlich» und «privat» in keinem Gegensatzverhältnis zueinander, sondern sie drücken nur einen hierarchischen Niveauunterschied aus, nämlich Obrigkeit respektive Untertanen. Wie später gezeigt werden soll, klassifizierte Rabenius eine Reihe kollektiver Einheiten als «privat», deren Stellung nach heutiger Betrachtungsweise als öffentlichrechtlich charakterisiert würde. Die Bedeutung, die Rabenius den genannten Begriffen zumass, muss im Hinblick auf die zu jener Zeit waltende Staatsauffassung gesehen werden, derzufolge Staat (civitas, res publica) und Gesellschaft (societas civilis) identische und austauschbare Begriffe waren, und der Staat als einheitliche Sphäre erschien <sup>(9)</sup>.

Die Entwicklung der Gesellschaft als eine dem Staat gegenüber selbstständige Sphäre von Erwerbsfreiheit und freiem Verkehr

---

<sup>(9)</sup> Siehe meine Darstellung zur veränderten Staatsauffassung in Äganderätt, avtalsfrihet och fördelningen av företagens vinster. Vinstandelssystemet i svensk debatt 1865-1895. Vervielfältigt, Juridiska institutionen i Stockholm, S. 21-22.

machte sich in Schweden erst gegen Mitte des 19. Jahrhunderts bemerkbar.

Rabenius zufolge konnte die *persona composita privata* auf drei verschiedene Weisen entstehen:

1. durch Gebot oder Genehmigung der Behörden; als Beispiele führte Rabenius «Versammlungen, öffentliche Ämter und Anstalten» (§ 178) an, die dem Sprachgebrauch der Zeit nach Städte, Universitäten, die Reichsbank und die Ämterzünfte mit einbegriffen.

2. durch die Fiktion des Gesetzes, wenn zwei oder mehrere Personen als eine betrachtet wurden, obwohl sie im wahren Sinne des Gesetzes ganz verschiedene Personen waren. Dieser Fiktion nach waren Erblasser und Erbnehmer sowie die Gläubigern in einem Konkurs als *personae compositae privatae* zu betrachten. Aus den Beispielen ist ersichtlich, dass es sich hier nicht um mit Hilfe juristischer Fiktion gebildete selbstständige Rechtssubjekte handelte (§ 179).

3. durch Vertrag zwischen Einzelpersonen; eine aufgrund eines solchen Vertrags gebildete *persona composita privata* konnte gesetzlich zugelassen oder verboten sein. Als Beispiel für erlaubte nannte Rabenius die Handelsgesellschaft und die Ehe. Der verbotene Typ kollektiver Personen wurde von ihm mit religiösen Gemeinschaften (*conventiculae religiosae*) exemplifiziert (§ 180).

Aus der Darstellung von Rabenius ist zu ersehen, dass die kollektive Einheit, *persona composita*, nicht als ein von seinen physischen Bestandteilen getrenntes, selbstständiges Rechtssubjekt erfasst wurde. *Persona composita* war eher eine zusammenfassende Bezeichnung für die physischen Personen und mit ihnen identisch. Wenn die kollektive Person Rechte erwarb oder sich Pflichten zuzog, waren es gleichzeitig die physischen Personen selbst, die diese Rechte erwarben oder sich diese Pflichten zuzogen. Es entsprach daher vollkommen der Theorie, dass die Handelsgesellschaft als *persona composita* klassifiziert wurde, da ihre Mitglieder nach dem Gesetz von 1734 persönlich und solidarisch für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft hafteten. Die Schulden der kollektiven Person, in diesem Fall die Schulden der Handelsgesellschaft, waren gleichzeitig die persönlichen Schulden der Teilhaber.

Die gleiche Auffassung vertrat Matthias Calonius, der in seinen Vorlesungen den Text von Rabenius versehen mit Erläuterungen und Beispielen teilweise wörtlich wiedergab<sup>(10)</sup>. Mit Rabenius übereinstimmend setzte er fest, dass ein Individuum mehrere «juristische Personen» verkörpern konnte und dass mehrere Individuen eine «juristische Person» bilden konnten. Die Rechte und Pflichten, die der kollektiven Person (*persona composita*) insgesamt zukamen, wurden gleichmässig von den im Kollektiv befindlichen einzelnen Individuen geteilt (*in posteriori hoc casu, quae unius etiam alterius sunt jura et obligationes*).

Ein Individuum konnte Träger mehrerer rechtlicher Qualitäten von Rechtssubjektscharakter sein, d.h., es konnte gleichzeitig «Gatte, Vater, Adliger, Pfarrer usw.» sein. Es konnte so viele Personen darstellen, wie es ihm die Zahl seiner rechtlichen Qualitäten (*status*) erlaubte.

Was die kollektiven Personen betraf, konnten sie entweder «öffentliche» sein, wenn sie zur Staatsführung gehörten, oder «privat», wenn man es mit einem Kollektiv von Untertanen zu tun hatte. Auf diegleiche Art und Weise, deren sich auch Rabenius vor ihm bedient hatte, erklärte Calonius, dass letzteres auf drei verschiedene Wegen entstehen konnte: 1. durch Gebot oder Genehmigung der Staatsgewalt, 2. durch Fiktion des Gesetzes und 3. durch ein Übereinkommen von Einzelnen.

Eine vom sozialen Gesichtspunkt aus konkretere Erläuterung der Personentheorie in der späteren Naturrechtsdoktrin findet man in Lars Tengwalls Lehrbuch «Twistemåls Lagfarenheten». Im allgemeinen war, laut Tengwall, die Fähigkeit eines Individuums, Rechtssubjekt zu sein oder Rechte zu erwerben und Pflichten auf sich zu nehmen, abhängig von der sozialen Stellung oder körperschaftlichen Bindungen. Vor allem war es die Zugehörigkeit zu einem gewissen Stand, die den Individuen ein verschiedenes Mass an Rechtsfähigkeit zugestand. Die variierenden Rechte nannte Tengwall *jura personalia* oder *jura status*,

«da sie den Menschen gehören, die mit gewissen Vorteilen unter gewissen Umständen leben; z.B. Adel, Klerus, Bürger

---

<sup>(10)</sup> Matthias CALONIUS, *Praelectiones in iurisprudentiam civilem*, ediderunt Wilhelm Chydenius et Väinö Nordström. Helsingfors 1908, S. 106-108.

haben jeglicher Rechte, die keinem anderen als denen gehören, die zu jener Klasse von Mitbürgern gezählt werden » (11).

Charakteristisch für die Rechtstradition, die Tengwall vertrat, ist weiterhin seine Bestimmung des Unterschieds zwischen einer Einzelperson und einer kollektiven Person:

« Persona physica ist jeder einzelne Mensch, Cajus, Titius. Persona moralis sind mehrere Einzelne, einer für alle und alle für einen, wenn man sie unter den Bedingungen eines einzelnen, z.B. Rechte, Vorteile und Pflichten sieht, wie z.B. Stand, Gemeinden, Zünfte: Gesellschaften, Dorfgemeinschaften, Gütergemeinschaften (Erben in ungeteiltem Nachlass) » (12).

Als Bezeichnung für die kollektive Person verwendete Tengwall *persona moralis*, was an und für sich schon beweist, dass die kollektive Einheit nicht als ein von dem physischen Substrat getrenntes Rechtssubjekt betrachtet wurde, da die Moralität eine Eigenschaft war, die nur ein Mensch besitzen konnte. Tengwalls Definition des Begriffs *persona moralis* zeigt ebenfalls, dass es sich hier lediglich um eine kollektive Bezeichnung handelte, die nicht von den einzelnen Mitgliedern oder Teilhabern loslösbar war.

Dieser Grundcharakter der moralischen Person tritt besonders in Tengwalls Erklärung der rechtlichen Stellung der Gesellschafter hervor:

« Die Gesellschafter sind eine *persona moralis* im Guten wie im Schlechten, 2, 3, 8 sowie gegen Ende von 5 § 15 Cap. H.B. (handelsbalk) dieses wird immer mit den dortigen Worten Einer für alle und alle für Einen angegeben » (13).

Dass die Handelsgesellschaft eine moralische Person sei, war eine Auffassung, die, wie schon erwähnt, gut mit dem in der Theorie ausgedrückten Identitätsverhältnis zwischen den kollektiven Personen und ihren physischen Bestandteilen übereinstimmt.

---

(11) LARS TENGWALL, *Twistemåls Lagfarenheten utur Sweriges Rikes Lag och Stadgar utdragen och författad*, Lund 1802, S. 25.

(12) TENGWALL, S. 25.

(13) TENGWALL, S. 102.

Die einzelnen Mitglieder hafteten demnach persönlich und solidarisch für die Schulden der Gesellschaft, so wie sie auch die direkten Subjekte für die Rechte der Gesellschaft waren.

Auch auf die Einteilung der Personen in « öffentliche » und « private » trifft man bei Tengwall, ein Begriffspaar, dass er auf folgende Art und Weise definiert:

« Der Unterschied zwischen *personae publicae* und *privatae* bezieht sich auf Obrigkeit und Untertanen. Die Obrigkeit König und Königin sind immer *personae publicae*: so auch die Beamten und Bediensteten im öffentlichen Dienst während der Ausübung ihres Dienstes, aber nicht darüber hinaus » <sup>(14)</sup>.

Diese Definition Tengwalls beleuchtet und erhellt das oben angeführte Begriffsbild zur Bedeutung der Begriffe « öffentlich » und « privat ».

Um noch einmal kurz die obigen Ausführungen zusammenzufassen, so war die moderne Theorie, dass jeder Mensch ein Rechtssubjekt mit gleichem Recht, Rechte zu erwerben und Pflichten auf sich zu nehmen, dem älteren und naturrechtlich gefärbten schwedische Rechtsdenken vollständig fremd. Die Erklärung hierfür liegt in der speziellen sozialen Struktur der Ständegesellschaft. Die Begrenzungen und Hindernisse, die die Ständegesellschaft dem Individuum auferlegte, vor allem in Bezug auf politische, wirtschaftliche und Erwerbstätigkeiten, wurden in der aus dem römischen Recht geholten Statuslehre der Naturrechtsdoktrin juristisch formuliert. Das Mass der Rechtssubjektivität, das dem Individuum beigemessen wurde, war abhängig davon, welchen verschiedenen Körperschaften und Personengruppen es angehörte. Der Inhalt der Rechtssubjektivität konnte daher von Individuum zu Individuum stark variieren bedingt durch den Status, den es besass. Folglich war auch der Gedanke, dass die kollektive Einheit als eigenständiges Rechtssubjekt konstruiert werden könnte, dieser Theorie fremd. Die Rechtsfähigkeit, die die kollektive Person hatte, war identisch mit der Rechtsfähigkeit, die ihren einzelnen physischen Bestandteilen zukam und war ausserdem positiv festgelegt, was bedeutete, dass die

(14) TENGWALL, S. 24.



Rechtssubjektivität nur Rechte in sich schloss, die ausdrücklich im Gesetz angegeben waren, nicht zuletzt Privilegien.

2. *Die Rechtsnatur der Aktiengesellschaft und die Entstehung des Aktiengesetzes von 1848.*

Sogenannte Interessentengemeinschaften (intressentskap) mit begrenzter Haftung der Teilnehmer sind in Schweden seit dem 17. Jahrhundert bekannt <sup>(15)</sup>. Da zu jener Zeit der Aussenhandel die grösste Kapitalinvestition beanspruchte, waren es vor allen Dingen Handelsgesellschaften, die auf diese Weise organisiert wurden. Sie erhielten ihre Rechte kraft eines königlichen Privilegiums oder eines Oktrois. Die Leitung zweier solcher Handelsgesellschaften (Kopparkompaniet und Söderkompaniet) war demnach durch Privilegien der zwanziger Jahre des 17. Jahrhunderts von aller persönlichen Haftung befreit. Die Einlagen, die Einzelne in diese frühen Kompanien machten, hatten jedoch mehr den Charakter von Verlagsdarlehen für den Staat, und aus diesem Grund hafteten sie nicht für die Verbindlichkeiten des Unternehmens. Indem die Kompanien an den Staat gebunden waren, versuchte man, ganz im Sinne des Merkantilismus, Kontrolle über die Preisfestsetzung der Handelswaren zu erreichen und Ausländer von den Unternehmen auszuschliessen. Während der zweiten Hälfte des 17. Jahrhunderts wurden jedoch allmählich eine Reihe königlicher Privilegien für Handels- und Industriebetriebe, die als Interessentengemeinschaften geführt wurden, erteilt, bei denen die Anknüpfung zum Staat schwach oder so gut wie gar nicht vorhanden war. Die staatliche (königliche) Garantie autorisierte eine Form von Monopolrecht und war an sich keine Voraussetzung für eine Begrenzung der Haftung. Die begrenzte Haftung war mit anderen Worten nicht als eine der Gesellschaftsform und dem Oktroi zugehörige Beigabe in das all-

---

<sup>(15)</sup> Die Ausführungen zu den älteren Vereinigungen stützen sich in der Hauptsache auf Hjalmar HAMMARSKJÖLD, *Redogörelse för den utländska bolags- och föreningsvärens utveckling och nuvarande ståndpunkt, den svenska bolagsvärens utveckling samt de svenska föreningarna (för ekonomiskt ändamål)*, Stockholm 1890, S. 58-83.

gemeine Bewusstsein gelangt. Das Monopolrecht war für den Oktroi ausschlaggebend, und die begrenzte Haftung an sich wurde nicht als Privileg erkannt, sondern man betrachtete sie als Folge davon, dass die Teilnehmer anonym verbleiben durften und die Aktien frei übertragbar waren.

Bemerkenswert ist auch, dass die juristische Doktrin der Zeit die Interessentengemeinschaft dem Privilegienrecht zuordnete<sup>(16)</sup>. Die Interessentengemeinschaft wurde um ein Monopol herum gebildet, das aufgrund seines Sonderrechtscharakters nur durch ein Oktroi zu erhalten war. Aus leicht verständlichen Gründen wurden daher diese Gemeinschaften (associationer) nicht in dem Gesetzbuch von 1734 erwähnt, da es nicht aufnahm, « was durch besondere Privilegien festgesetzt ist ». In Übereinstimmung mit diesem Ordnungsprinzip wurden die Interessentengemeinschaften demzufolge in den Manufaktur- und Handwerksprivilegien von 1739 behandelt, deren § 25 vorschrieb:

« Keinem sei es erlaubt, ausser den Interessenten und Mit-eigentümern am Unternehmen, oder dem, den diese gemeinsam dazu auserwählen, Einblick zu gewinnen in die Bücher, Akten und Rechenschaft, die in den Manufakturen und Fabriken, sei es eine Gesellschaft oder nicht, geführt und bewahrt werden. Es möge auch denen, die an den Fabriken Interesse haben und die ihren Namen und Person nicht bekannt machen wollen, darin willfahren werden, sodass keiner, wer auch immer er sei, dazu berechtigt sei, wenn der behörige Manufakturbesitzer die Auskunft verweigert, solches, in welchem Gerichtsstand es auch sei, zu fordern und zu erhalten ».

---

(16) Die internationale Autorität auf dem Gebiet des Handelsrechts J. MARQUARDUS, *Tractatus politico-juridicus de Jure Mercatorum et Commerciorum singulari*, Frankfurt am Main 1662, S. 367 behandelte die Handelskompanien zusammen mit den Kaufmannsgilden. In der schwedischen juristischen Doktrin fasste man Kompanien als privilegienrechtliche Institutionen auf. Siehe Clas RÅLAMB, *Observationes Juris Practicae. Thet är Åthskillige Påminnelser uthi Rättegångs Saker*, Stockholm 1679, S. 32-34, der die Kompanien in dem Kapitel « Om Rättigheter och Tienst » unter der Rubrik « Förmedelst en Öfwerhets wille må Kiöphandel til wisse ställen förordnas eller wisse personer tillägnas » aufnahm. Siehe auch David NEHRMAN, *Juris Prudentia oeconomica, collegio privato exhibita*, undatierte Handschrift des 18. Jahrhunderts, §§ 32-34, Stockholms Universitetsbibliotek (SUB).

Wenn jedoch Anlass zur Vermutung bestand, dass jemand sein Kapital in einer solchen Interessentengemeinschaft anlegte, um seine Gläubiger irrezuführen, war vorgeschrieben, dass die Interessentengemeinschaft die Auskunft über die Grösse des Anteils dieser betreffenden Person am Unternehmen nicht verweigern durfte<sup>(17)</sup>. Begrenzte Haftung wurde nicht ausdrücklich in den Manufaktur- und Handwerksprivilegien erwähnt, aber das Recht zur Anonymität bedeutete in der Praxis, dass die Interessenten oder Miteigentümer die Möglichkeit hatten, der persönlichen Haftung für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft zu entkommen.

Zu dem Privilegcharakter der Interessentengemeinschaft gehörte auch, dass der Oktroi für eine bestimmte Zeit verkündet wurde. Das Privileg konnte ebenfalls von der Staatsgewalt wieder zurückgenommen werden, eine weitere Illustration des Tatbestandes, dass ein vom Staat und dem öffentlichen Recht losgelöstes selbstständiges Zivil- und Privatrecht nicht existierte.

Während des 18. Jahrhunderts wurden eine Reihe grosser Unternehmen im Handels-, Versicherungs-, Bank- und Verkehrswesen als Interessentengemeinschaften gegründet. Beispiele solcher grösseren Unternehmen sind Ostindiska kompaniet, General-Assistance-Contoiret, welches Geldverleih an die Allgemeinheit gegen Pfand in loser Habe betrieb, sowie Trollhätte kanalbolag. Unter den Industriebetrieben, die während dieser Periode als Aktiengesellschaften gegründet wurden, ist vielleicht Mariebergs porslinsfabriksbolag einer der bekanntesten. Alle diese Gesellschaften stützten sich auf die vom Staat (Kungl. Maj:t) erteilten Privilegien. Gewöhnlicherweise wurden die Aktien auf eine namhafte Person ausgestellt, aber es war auch nicht ungewöhnlich, dass sie auf den Inhaber ausgestellt wurden, und in diesem Fall haftete der Teilnehmer praktisch nur mit seiner Kapitaleinlage für die Schulden der Gesellschaft. Direkte Verordnungen zur Begrenzung der Haftung waren jedoch eine Seltenheit. Hingegen gab es unter

---

(17) MODÉE, R. G., *Utdrag utur alle ifrån 1729 års slut utkomne Publique Handlingar, Placater, Förordningar, Resolutioner och Publicationer*, Teil 2, Stockholm 1746, S. 1547-1548.

diesen Gesellschaften solche, die in ihren Satzungen Zuschusspflicht oder eine persönliche Haftung der Teilnehmer stipulierten.

Neben den privilegierten Interessentengemeinschaften kamen während des 18. Jahrhunderts Aktiengesellschaften auf, deren Gesellschaftssatzungen nicht staatlich sanktioniert waren, und unter den nicht-konzessionierten Gesellschaften gab es solche, deren Aktien auf den Inhaber ausgestellt waren. In Bezug auf ihre rechtliche Stellung bleibt jedoch vieles unklar. Sie waren weder kraft der Privilegiengesetzgebung zustande gekommen noch waren sie unter das gemeine Gesetz einzuordnen, das in seinem Anwendungsbereich nur Gesellschaften mit persönlicher und solidarischer Haftung billigte.

Während des 19. Jahrhunderts wurden weiterhin Aktiengesellschaften sowohl mit als ohne staatliche Genehmigung gegründet. Erstere Gesellschaftsform wurde Aktiengesellschaft genannt, während die letztere allgemein « Gesellschaft auf Aktien » (bolag på aktier) bezeichnet wurde. Es waren hauptsächlich Unternehmen von öffentlichem Interesse wie Bank- und Geldgewerbe, Versicherungsunternehmen, Kanalanlagen und ähnliche Unternehmen, die staatliche Konzessionen erhielten. Es muss indessen eine Zielsetzung der meisten Aktiengesellschaftsgründer gewesen sein, eine staatliche Konzession zu erhalten, da dies der Gesellschaft eine feste rechtliche Grundlage gab. Wenn aber der Versuch misslang, oder man ganz einfach die Möglichkeit, staatliche Sanktionen zu erhalten als zu gering für einen Antragsversuch erachtete, so entschloss man sich, eine Gesellschaft auf Aktien zu gründen mit all der rechtlichen Unsicherheit, die damit verbunden war.

Bezugnehmend darauf, dass die Satzungen der sanktionierten Gesellschaften keine einheitlichen Vorschriften für die Ausformung der Mitgliederhaftung vorwiesen, behauptete Hjalmar Hammarskjöld in seiner geschichtliche Übersicht der Gesellschaften, dass um eine staatliche Genehmigung nicht mit der direkten Zielsetzung einer begrenzten Haftung angesucht wurde, noch wurde sie zu diesem Zweck erteilt <sup>(18)</sup>.

Obwohl es also ursprünglich um die Erlangung des Monopolrechts ging, wurde jedoch mit der Zeit die begrenzte Mitglieder-

---

(18) HÄMMARSKJÖLD, S. 82-83.

haftung die begehrteste Vergünstigung der staatlichen Konzession. Hinfort wurde es die begrenzte Haftung, die mit der Sanktion in Verbindung gebracht wurde, und zwar abgesehen davon, dass auch nicht-konzessionierte Gesellschaften eine begrenzte Haftung in ihren Satzungen vorschrieben. Wenn die begrenzte Haftung staatlich sanktioniert war, hatte man eine Rechtsgarantie, dass diese im Falle eines Konfliktes auch von den Gerichten beachtet werden würde. In den nicht sanktionierten Gesellschaften hingegen war es bis 1848 und der Entstehung des ersten schwedischen Aktiengesetzes unklar, wie eine in den Satzungen aufgenommene begrenzte Haftpflicht der Mitglieder beurteilt werden sollte. Der Verlauf dieser Entwicklung ist immer noch in den Grundzügen unbekannt <sup>(19)</sup>.

Die Gesetzeskommission von 1811, die eine in manchen Hinsichten modernere juristische Denkweise in Schweden einführte, ordnete die Aktiengesellschaft in das Zivil- oder Privatrecht ein. In dem Entwurf zum Handelsrecht (handelsbalk), das die Kommission 1815 veröffentlichte, war ein Paragraph mit folgendem Wortlaut enthalten:

« Allgemeine Gesellschaften, die aus Anteilen bestehen, ausgestellt auf den Inhaber oder einen Namen und in welchen die Gesellschafter nicht ihre eigenen Namen in der Firma verwenden und sich auch nicht verbinden, für mehr Schulden der Gesellschaft einzustehen, als ihre Einlagen oder Verbindlichkeiten für Einlagen betragen, dürfen nicht ohne staatliche Vollmacht und Sanktion der Gesellschaftssatzung gebildet werden; und diese möge öffentlich bekannt gemacht werden » (HB 13:7).

Diese Einordnung der Aktiengesellschaft in das Handelsrecht zusammen mit den sog. Sozietäten (solidarbolag) muss mit Rücksicht auf die sich von der traditionellen Rechtsauffassung unterscheidende Bedeutung verstanden werden, die die Gesetzeskommission in den Begriff Zivilrecht legte. Wie schon erwähnt gab

---

<sup>(19)</sup> Die einzige moderne Untersuchung, die den nicht sanktionierten Aktiengesellschaften besondere Aufmerksamkeit widmet, ist Carl Axel NILSSON, *Business Incorporations in Sweden. A Study of Enterprise 1849-1896*, in *Economy and History*, 2 (1959), S. 38-96. Wie aus dem Titel ersichtlich, ist die Zeit vor der Entstehung des Aktiengesetzes von 1848 nicht in der Untersuchung inbegriffen.

es der älteren juristischen Doktrin zufolge kein Gegensatz- oder Spannungsverhältnis zwischen öffentlichem Recht (*ius publicum*) und Privatrecht (*ius privatum*). Der Unterschied hatte hierarchischen Charakter: *ius publicum*, das die Beziehungen zwischen Obrigkeit und Untertanen regulierte, war dem *ius privatum* übergeordnet, dessen Funktion es war, materielle Gerechtigkeit zwischen den Untertanen zu schaffen. Dieser Ansicht nach konnte das Private nur vom Öffentlichen aus definiert werden. Das Privatrecht war somit keine der Staatsgewalt gegenüber autonome Sphäre, in welcher jeder Einzelne frei seinen wirtschaftlichen und rechtlichen Interessen nachgehen konnte. Diese Begriffsbildung stimmte mit der derzeitigen Auffassung von Staat und Gesellschaft als einer Einheit überein <sup>(20)</sup>.

Im Gegensatz zur traditionellen Lehre lag in der Auslegung des Zivil- oder Privatrechts, die die Gesetzeskommission vornahm die Absicht, das Zivilrecht als ein dem öffentlichen Recht gegenüber selbstständiges Sachgebiet abzutrennen. Darin lag auch ein grosser Teil der Radikalität verborgen, die den Zivilgesetzentwurf auszeichnete, den die Kommission 1826 veröffentlichte. Die Gesetzeskommission nahm sich das bürgerliche französische Gesetzbuch zum Vorbild, und ebenso wie dort fand auch im Zivilgesetzentwurf der Wunsch des « dritten Standes » nach einer privatrechtlichen Ordnung, die vor allem im Geschäftsbereich auf ein gleichgestelltes und gleichberechtigtes, freies Individuum baute, seinen Ausdruck <sup>(21)</sup>. Die Idee eines selbstständigen Zivilrechts

---

<sup>(20)</sup> Ein Beispiel für die Art und Weise wie die Theorie in der schwedischen Doktrin dargestellt wurde gibt David NEHRMAN, *Inledning till den Svenska Jurisprudentiam Publicam 1748*, nach Anzeichnungen von Carl Estenberg, Kungliga Biblioteket, Codex Holmiensis B352, S. 35-37.

Zu der älteren Bedeutung des Begriffspaares *ius publicum* - *ius privatum* siehe Otto BRUNNER, *Land und Herrschaft*, Wien 1959, S. 122-124 und Dieter GRIMM, *Die Trennung von öffentlichem und privatem Recht*, in *Sozialwissenschaften im Studium des Rechts*, Bd. IV, *Rechtsgeschichte*, Gerhard Dilcher & Norbert Horn, Hrsg., München 1978, S. 59-60.

<sup>(21)</sup> Dieser Gesichtswinkel wird besonders deutlich in dem Motiv der Gesetzeskommission zur Abschaffung des *forum privilegiatum*. Siehe *Lagkommitténs Förslag till Allmän Civillag*, Stockholm 1826, Motiver S. 255: « Das persönliche Recht, von einem anderen als dem allgemeinen Gericht gehört zu werden, ist

setzte gleichzeitig die Trennung der Gesellschaft als private Sphäre vom Staat voraus. Der Staat sollte seinerseits nur als Schutzmacht auftreten. Diese rechtliche Dichotomie hatte natürlich politisch- und wirtschaftlich-liberale Vorzeichen. Bezeichnend für diesen Umstand ist, dass einer der leitenden Gestalten in der Kommission, der Kommerzienrat Olof Zenius, übrigens der Hauptverfasser des erwähnten Entwurfs zum Handelsrecht <sup>(22)</sup>, diese Gedankengänge in einer Broschüre, die 1809 herauskam, vertrat. Er kritisierte die Auffassung von Staat und Gesellschaft als einer Einheit, als häusliche Gemeinschaft mit dem König als Familienoberhaupt, der, indem er auf das Wohl der Untertanen verwies, Recht hatte dem Wirkungskreis der Individuen Grenzen zu setzen:

« Man hat sich den ganzen Staat wie eine grosse in einem Haus vereinte Familie vorgestellt mit dem Regenten als Familienvater. Wie letzterer seinen Kindern vorschreiben kann, wie, wo und wann sie ihre Kräfte in seiner Arbeit gebrauchen sollen, da Kinder, solange sie im Vaterhaus wohnen und dort ihren Unterhalt geniessen, sich immer im Zustand der Unmündigkeit befinden und die Schuldigkeit haben, den arbiträren Befehlen des Vaters nachzukommen, genau so meinte man, dass es dem Regenten anstünde, die Grenzen für den Wirkungskreis eines jeglichen Untertanen abzustecken ».

Stattdessen sollte man sich, so Zenius

« die Gesellschaft als aus Mitbürgern bestehend vorstellen, die alle gleiche Rechte haben, sodass jeglicher seine Fähigkeiten und Kräfte frei gebrauchen möge, soweit ihr Gebrauch übereinstimmt mit der Sicherheit und natürlichen Freiheit aller anderen ».

---

ein Privileg, das sich, wie mehrere Ausnahmegesetze der gleichen Art, aus Verhältnissen herleiten lässt, die sich von denen der heutigen Gesellschaftsform sehr unterscheiden. Heutzutage haben die Unterschiede, die ehemals die Mitglieder verschiedener Stände und Körperschaften von dem gewöhnlichen Mann trennten, an Bedeutung verloren. Alle sind vor dem Gesetz gleich. Das Recht des einen ist nicht heiliger als das Recht des anderen. Das Gericht, das gut genug für den einen ist, ist gut genug für alle ».

<sup>(22)</sup> E. MARKS VON WÜRTEMBERG, *Blick på den svenska lagstifningarna alltifrån adertonhundratalets början*, in *Minnesskrift ägnad 1734 års lag.*, Bd. I, Stockholm 1934, S. 150-151.

Was die Funktion und Kompetenz des Staatsgewalt betraf, stellte Zenius jedoch fest, dass

« es die Pflicht des Regenten sei, aufgrund seiner ihm von der Gesellschaft aufgetragenen Stellung als Schutzmacht, für die Sicherheit der Untertanen zu sorgen bei der Ausübung genehmigter Gewerbe; aber er ist nicht berechtigt, durch Verfassungen das Wirkungsvermögen des Einzelnen weiter einzuschränken als zum eben erwähnten Zweck » <sup>(23)</sup>.

Hieraus folgt, dass Zenius das Öffentliche mit Ausgangspunkt vom Privaten definiert, also genau die Umkehrung der traditionellen Staats- und Rechtslehre. Von dieser Warte aus ist Zenius und die Klassifikation der Aktiengesellschaft als privatrechtliches Institut, die von der Gesetzeskommission unternommen wurde, zu verstehen. Die von ihnen vertretene liberale Ideologie sollte nicht nur das Individuum von der Vormundschaft des Staates befreien, sondern sie setzte ebenfalls voraus, dass das Individuum volle Assoziierungsfreiheit besitzen sollte. Aus diesem Grund war es natürlich, dass die Aktiengesellschaft ganz in das Zivilrecht eingeordnet wurde <sup>(24)</sup>.

Zwar schrieb der oben zitierte Paragraph vor, dass die Aktiengesellschaft einer staatlichen Sanktion zur Gründung bedürfe; doch die Gesetzeskommission deutete diese Genehmigungskompetenz als Teil der staatlichen Schutzmacht, da die Aktiengesellschaft eine Gesellschaftsform war, die « Abenteuer für das öffentliche und private Wohl » mit sich bringen konnte. Die Aufgabe des Staates bestand in diesem Zusammenhang nur darin, den Einzelnen, aber auch die Öffentlichkeit, nämlich wenn der Staat Geldmittel in irgendeine Gesellschaft investiert hatte, gegen die Gefahr von Betrug und Schwindel, die man als latent in der Natur der Aktiengesellschaft liegend annahm, zu schützen <sup>(25)</sup>.

Die Motive des Handelsrechts erteilen keinen Bescheid darüber, wie man die rechtliche Natur der « allgemeinen Gesellschaft »

<sup>(23)</sup> Olof ZENIUS, *Om näringsfrihet*, Stockholm 1809, S. 3, 7-8.

<sup>(24)</sup> Göran B. NILSSON, *Banker i brytningstid. A.O. Wallenberg i svensk bankpolitik 1850-1856*, Stockholm 1981, S. 28 hat diese Seite des Liberalismus besonders hervorgehoben.

<sup>(25)</sup> *Lagkommitténs Förslag till Handelsbalk*, Stockholm 1815, S. 129-130.



auffasste. Aus dem Wortlaut des Gesetzes, « allgemeine Gesellschaften, die aus Anteilen bestehen », kann man jedoch den Schluss ziehen, dass die Kommission von der Einteilung des französischen Rechts in Personengesellschaft und Kapitalgesellschaft ausging. Der Artikel 33 im Code de Commerce schrieb vor, dass

« Les associés ne sont passibles que de la perte du montant de leur intérêt dans la société ».

und im folgenden Artikel 34 hiess es, dass

« Le capital de la société anonyme se divise en actions et même en coupons d'action d'une valeur égale ».

Nach französischer Auffassung gründete sich die Haftungsbefreiung der Aktionäre darauf, dass die Aktiengesellschaft aus einer anonymen Kapitalmasse bestand, in welcher die Mitglieder durch Anteile oder Aktien vertreten waren. Der französische Gesetzeskommentator Jean Guillaume Locré formulierte den Gedankengang folgendermassen:

« ne sont pas passibles que de la perte du montant de leur intérêt; *parce que c'est ici une association des capitaux, et que, par cette raison, le capital seul doit répondre* » <sup>(26)</sup>.

Der Begriff « persona moralis » wurde von der Gesetzeskommission nicht im Zusammenhang mit der allgemeinen Gesellschaft erwähnt, was einen Grund darin hatte, dass « persona moralis » in seiner herkömmlichen Bedeutung nicht zur Kapitalgesellschaft passte. Die Kommission hat den Begriff hingegen zur Charakterisierung der rechtlichen Natur der Handelsgesellschaft verwandt, was ein Zeichen dafür war, dass man immer noch am naturrechtlichen Standpunkt festhielt. Das für die Theorie so bezeichnende Identitätsverhältnis zwischen der moralischen Per-

---

<sup>(26)</sup> Jean Guillaume LOCRÉ, *Esprit du Code de Commerce*, I, Paris 1808, S. 144. Siehe auch Karl OLIVECRONA, *Studier över begreppet juridisk person i romersk och modern rätt*, Uppsala 1928, S. 115, der die Konstruktion des französischen Rechts und dessen Einfluss auf das schwedische Recht in Verbindung mit der Entstehung des Aktienrechts von 1848 erläutert hat.

son und ihrem physischen Substrat trat in der Handelsgesellschaft deutlich hervor, in der die Mitglieder persönliche und solidarische Haftung für die Schulden übernahmen, die sich die moralische Person, d.h., die Handelsgesellschaft, zugezogen hatte. Die Motive der Kommission zum Gesetzentwurf für das Handelsrecht von 1815 verdeutlichen diese Betrachtungsweise, wo es u.a. ausdrücklich heisst:

« Wenn bei Verhandlungen, die zwischen zwei Personen stattfinden, es i.A. von höchster Wichtigkeit ist, dass der eine Kontrahent den anderen kennt, sodass er weiss, dass er mit dem richtigen Mann verhandelt und keinem anderen, der betrügerischerweise und ohne Vollmacht sich als jener ausgibt, lehrt die Verordnung, die Auswege für den erleichtert, der nicht mit einem Einzelnen sondern mit mehreren in einer Gesellschaft entweder wirklich vereinigten oder bloss namentlich aufgenommnen Mitgliedern einen Vertrag eingeht, Auskunft zu bekommen über den- oder diejenigen, die rechtmässig die persona moralis darstellen, für die sich die Gesellschaft ausgibt, dass es höchst unumgänglich und nützlich sei » (27).

Der fertige Zivilgesetzentwurf, den die Gesetzeskommission schliesslich 1826 vorlegte, war, was seine gesellschaftsrechtlichen Kapitel anbelangt, nach den gleichen Prinzipien gestaltet wie auch der Entwurf von 1815 (28).

Der Entwurf verblieb jedoch erfolglos. Durch ein geschicktes politisches und taktisches Manöver gelang es den konservativen Kräften, die Verabschiedung des Entwurfs als Gesetz zu verhindern (29).

Den aktienrechtlichen Fragen und nicht zuletzt der Frage der Mitgliederhaftung für die Schulden der Gesellschaft wurden schliesslich zentrale Aufmerksamkeit zuteil sowohl in der Öffentlichkeit als auch im Reichstag, und zwar in Verbindung mit dem Konkurs der Nyköpings bruks- och faktoriaktiebolag von 1844. Die Satzung, die nicht vom Staat (Kungl. Maj:t) sanktioniert war, enthielt u.a. eine Bestimmung, dass kein Aktionär entgegen

(27) *Förslag till Handelsbalk 1815*, S. 121.

(28) *Förslag till Allmän Civillag 1826*, Motiver S. 199-206.

(29) Erik ANNERS, *Den europeiska rättens historia*, Bd. 2, Stockholm 1980, S. 213-215.

seinem Willen dazu verpflichtet werden konnte, Zuschüsse über seine Einlagen hinaus zu machen, d.h., die Aktionäre waren von der persönlichen Haftung für die Schulden der Gesellschaft befreit. Die Aktienbriefe waren ausserdem auf den Inhaber ausgestellt <sup>(30)</sup>.

Die Gesellschaft reichte den Konkursöffnungsantrag bei Svea Hovrätt ein, da mehrere der Gesellschafter adlig waren. Das Konkursrecht schrieb nämlich in seinem ersten Paragraphen vor:

« Will der Schuldner die Eröffnung des Konkurses über sein Vermögen beantragen, suche er darum in doppelter Ausführung bei dem Rådstufwu- oder Härads Rätt (niedrige Instanzen) in der Stadt oder an dem Ort an, wo er gemeldet ist, oder wenn er ein Bürger ist, dort wo er Bürgerschaft besitzt. (...) Der Adelsmann reiche sein Gesuch beim Hof-Rätt (Hofgericht) ein. *Will eine Gesellschaft, an der ein Adliger Anteil hat um Konkurs absuchen, gelte das gleiche Gesetz* » <sup>(31)</sup>.

Wenn ein Adliger oder eine Gesellschaft, an der ein Adliger beteiligt war, Konkurs machte, war also das Hofgericht das zuständige Gericht in seiner Eigenschaft des forum privilegium des Adels. Der Unterschied, den das Konkursgesetz zwischen Personen verschiedenen Standes machte, ist eine gute Illustration der im vorigen Kapitel beschriebenen Statuslehre, die noch in den 40-er Jahren des 19. Jahrhunderts die Rechtsordnung prägte.

Der Konkursöffnungsantrag führte zu einem Streit, der formal der Zuständigkeit des Hofgerichts galt. Zeitgenössischen Beobachtern war es jedoch klar, dass es sich um eine andere und weit wichtigere Frage handelte zu ersehen aus einem Kommentar in der liberalen Zeitung Aftonbladet:

« der Streit um die Zuständigkeit der Gerichtsbehörde (ist) nicht der interessanteste oder der wichtigste Punkt. Dieser ist die Frage, wie weit sich die Haftpflicht der Aktionäre erstreckt » <sup>(32)</sup>.

Nachdem Svea Hovrätt beschlossen hatte, den Konkursöffnungsantrag anzunehmen, legten die Mitglieder eine Besch-

---

<sup>(30)</sup> Die Gesellschaftssatzung datiert vom 2.3. 1840 befindet sich in der Sammlung bolagstryck in Kungliga biblioteket, Stockholm.

<sup>(31)</sup> *Svensk Författningssamling 1830* (SFS).

<sup>(32)</sup> Aftonbladet, 25.4. 1844.

werde beim Obersten Gerichtshof ein. In ihrem Schreiben an das Gericht verbanden die Gesellschafter die Frage des Gerichtsstandes direkt mit der Frage danach, inwieweit die Mitglieder für die Schulden der Firma hafteten. Sie wussten also, dass ein Beschluss in der ersteren Frage automatisch eine Stellungnahme in der letzteren bedeutete. Wenn das Oberste Gericht festsetzte, dass das Hofgericht der zuständige Gerichtsstand war, würde dies gleichzeitig bedeuten, dass die in der Satzung verankerte begrenzte Haftung nicht anerkannt würde und dass die Gesellschafter somit persönlich für die von der Gesellschaft aufgenommenen Darlehen hafteten. Das Argument der Gesellschafter, dessen Sinn und Zweck es war zu beweisen, dass Nyköpings bruks- och faktoriaktiebolag eine Gesellschaft mit begrenzter Haftung war, und warum die gesetzliche Regelung des *forum privilegiatum* für den Adel nicht zutraf, gibt ein interessantes Bild der juristischen Prinzipfrage, um die es ja in Wirklichkeit ging. Grund genug, die Hauptpunkte des Schreibens näher zu betrachten <sup>(33)</sup>.

Die Gesellschafter argumentierten, dass man Nyköpings bruks- och faktoriaktiebolag nie als eine Personengesellschaft oder eine Vereinigung von Mitgliedern hatte bezeichnen können. Im Gegenteil war die Gesellschaft eine aus Anteilen bestehende Kapitalgesellschaft, in der die Anteile die Gesellschafter vertraten. Man ging also von dem Unterschied Personengesellschaft - Kapitalgesellschaft aus, der für das französische Recht bezeichnend war und auch in dem Entwurf der Gesetzeskommission zum Handelsrecht zum Ausdruck gekommen war. Bezeichnete man die Gesellschaft als unpersönliche Kapitalmasse, dann folgte, dass es keine Einzelperson gab, die Gemeinschuldner war. Stattdessen war es die Gesellschaft selbst, die Gemeinschuldner war. Aufgrunddessen behaupteten die Gesellschafter, dass die Bestimmungen des Konkursgesetzes zum *forum privilegiatum* des Adels nicht zur Geltung gebracht werden könnten, da es, wenn es zur Anwendung kommen sollte, voraussetzte, dass ein Adliger per-

---

<sup>(33)</sup> Die Beschwerdeschrift existiert nicht im Original, sie wurde jedoch in extenso am 15. und 17.4. 1844 in Aftonbladet veröffentlicht, wo auch der gesamte Schriftwechsel beider Parteien zu finden ist. Siehe Aftonbladet 1844: 28.1.; 15.4.; 17.4.; 24.4.; 25.4.; 29.4.; 6.5.; 31.5.

sönlich den Konkureröffnungsantrag gestellt hatte. Der betreffende Paragraph galt für Konkureröffnungsanträge von u.a. Handelsgesellschaften mit persönlicher und gesamtschuldnerischer Haftung, in denen Adlige Mitglieder waren. Im vorliegenden Fall war jedoch keine Einzelperson in Konkurs gegangen. Es war daher nach Meinung der Gesellschafter falsch, den persönlichen Status eines gewissen Individuums dem Beschluss über die Zuständigkeit des Gerichts zugrunde zu legen. Es hatte sich kein Schuldner auf irgendeine Weise gemeldet, nur der Vorstand der Gesellschaft hatte einem Bevollmächtigten den Auftrag erteilt, die Eröffnung des Konkurses im Namen der Gesellschaft zu beantragen. Ein Umstand, der die Ausführungen ein wenig in der Luft hängen liess, war, dass die Gesellschaft keine staatliche Sanktion besass. Man konnte demnach mit Fug und Recht gegen die Gesellschaft anführen, was die Gläubiger auch taten, dass die Gründungsbedingungen juristisch gesehen ungültig waren und dass folglich die begrenzte Haftung Dritten gegenüber nicht in Anspruch genommen werden könnte. In dem Fall hätte man es also mit einer Personengesellschaft zu tun, und die Verfügung über das *forum privilegium* träfe zu.

Die Gesellschafter begehrten diesem Einwand damit, dass Vorschriften zur begrenzten Haftung und die Ausstellung der Aktien auf den Inhaber in Satzungen, die vom Staat (Kungl. Maj:t) festgesetzt wurden, vorkamen, woraufhin man folgerte, dass solche Vorschriften nicht verboten seien:

« Wir haben uns nämlich keinesfalls vorstellen können, dass etwas Ungesetzliches seitens des Staates (Ers Kungliga Majestät) sanktioniert werden könnte, da Ungesetzlichkeit und Ungültigkeit nicht damit aus dem Weg geräumt wären solange das Gesetz nicht in grundgesetzlicher Ordnung geändert ist; und ein Vertrag ohne eine solche Sanktion sollte daher nie an sich weniger Gültigkeit besitzen als eine sanktionierter. Denn einer Sanktion müssen andere Ziele gesetzt werden als das Ungültige gültig zu machen ».

Welche anderen Zielsetzungen eine Sanktion haben könnte ausser den Aktionären eine gesetzlich vorgeschriebene Versicherung zu geben, dass ihre Haftung auf die Einlage begrenzt sei, dazu konnten jedoch die auf Veränderung bedachten Gesellschafter

keine Beispiele geben. Hierin lag offenbar der schwache Punkt ihres Ansatzes.

Als weiteren Umstand führten die Gesellschafter in ihrer Sache an, dass die Aktien der Gesellschaft auf den Inhaber ausgestellt waren, was mit sich führte, dass es schwierig, wenn nicht sogar unmöglich war, zu erforschen, wer zu einem gewissen Zeitpunkt der Inhaber der Aktien war, und wer oder welche Personen früher deren Inhaber gewesen waren. Die Folge davon, dass die Aktien die Eigenschaft von laufenden Papieren besaßen, war nach Ansicht der Gesellschafter absehbar:

« Hielte man sich an den jetzigen Besitzer, dann wäre damit gesagt, dass die Verpflichtungen nicht bei dem vorigen Besitzer verblieben seien. Und verblieben sie nicht bei Übergabe der Aktie, wäre es eitel, jemanden anzutasten, der sie zur Zeit besitzt, da im nächsten Augenblick die Verpflichtungen verschwunden wären, wenn die Aktie veräußert wäre, sodass der Beklagte, noch bevor z.B. eine Gerichtsvorladung ausgefertigt oder beantwortet ist, nicht mehr schuldig ist, und man daher unmöglich von der Schuldigkeit Gebrauch machen kann ».

Die reale Situation war also mit anderen Worten die, dass nicht genehmigte Aktiengesellschaften mit Aktien, die auf den Inhaber ausgestellt waren, existierten. Die Frage, wie solche Gesellschaften juristisch beurteilt werden sollten, war bislang noch nicht Gegenstand eines Gerichtbeschlusses gewesen.

Die Gesellschafter fanden jedoch kein Gehör für ihre Argumente bei der Mehrheit des Obersten Gerichts, das stattdessen festsetzte, dass Svea Hovrätt zuständig sei, den Konkursfall zu behandeln <sup>(34)</sup>.

Justizrat Wilhelm Stråle, dessen Votum einen interessanten Einblick in die unsichere Rechtslage, die hinsichtlich des Aktienrechts herrschte, erlaubt, gab einer abweichenden Meinung Ausdruck. Stråle zufolge bezog sich der betreffende Paragraph im Konkursgesetz nur auf solidarische Gesellschaften, und demnach konnte die Regel des *forum privilegiatum* ausschliesslich dann Anwendung finden, wenn die Mitglieder der Gesellschaft gleich-

---

<sup>(34)</sup> *Juridiskt Arkiv*, 15 (1844-45), S. 360.

zeitig mit dem Konkurs der Firma persönlichen Konkurs machten. Wenn das Gegenteil eintraf, dass nämlich eine Gesellschaft einen Konkurseröffnungsantrag unter ihrem eigenen Namen einreichte, ohne dass eventuelle adlige Mitglieder selbst um Sonderbehandlung aufgrund ihres Status (*forum privilegiatum*) ansuchten, war Stråle der Meinung, dass die Voraussetzungen zur Sonderbehandlung in einem privilegierten Gerichtsstand eines gewissen Mitglieds nicht vorhanden waren. Die Eigenschaft der Aktien als laufende Papiere, die auf jedermann ohne öffentliche Bekanntmachung übertragbar waren, war unvereinbar mit der Bestimmung des Konkursgesetzes, dass der persönliche Status eines adligen Gesellschafters ausschlaggebend für den Entschied sein solle, welches Gericht für die Aktiengesellschaft zuständig sei. Stråle hob auch hervor, dass ein Adliger, der an einem gewissen Tag Mitglied war, schon am nächsten Tag seine Aktien veräußern konnte. Ausserdem war keine Sicherheit dafür da, dass eine adlige Person, die als Mitglied auftrat, es auch wirklich war. Sie konnte z.B. als Bevollmächtigter für einen anderen auftreten. Wenn man die Regel des *forum privilegiatum* des Adels auf Aktiengesellschaften anwandte, so war dies mit einem Risiko verbunden, dass der Fall vor dem falschen Gericht abgehandelt wurde. Im vorliegenden Fall behauptete daher Stråle, dass zuerst untersucht werden müsse, welcher Typ von Gesellschaft die Konkursgesellschaft war, bevor die Frage der Zuständigkeit des Gerichts behandelt werden konnte. Er berührte jedoch das Problem, ob ein Unterschied bestehe zwischen der staatliche sanktionierten Aktiengesellschaft und der nicht-sanktionierten nicht. Eine Anzahl grundlegender Fragen, die der Konkurs an den Tag gelegt hatte, die aber anhand des geltenden Rechts nicht beantwortet werden konnten, warf Stråle als Abschluss einer Äusserungen auf:

«Das Konkursgesetz schreibt vor, dass der Schuldner das Vermögensverzeichnis beidigen und sich persönlich bei Gericht einfinden soll; wie man auch einen Strafantrag gegen Schuldner stellen kann. Wie diese Vorschriften in einer Gesellschaft ohne gesamtschuldnerische Haftung befugt werden können, ist sehr rätselhaft. Ein Vorstand, der das Vermögen der Gesellschaft verwaltet, ist nur Bevollmächtigter der übrigen Mitglieder, ist aber nicht der Schuldner selbst, der nur eine *persona moralis*

sein dürfte. Können die Gläubiger fordern, dass alle Mitglieder das Vermögensverzeichnis beeidigen sollen? Soll ein Strafantrag auf Fahrlässigkeit oder Betrug gegen alle Mitglieder erhoben werden? Und wie ist das Mitglied zu behandeln, das erklärt, nicht länger im Besitz eines Aktienbriefs zu sein und nicht mehr an der Gesellschaft teilzuhaben? » (35).

Wie das Zitat zeigt verwendete Stråle den Begriff *persona moralis* in der alten Bedeutung.

Obwohl sich der Konkursfall in der Hauptsache darum drehte, welche Verantwortung die Mitglieder für die Schulden der Gesellschaft übernehmen sollten, wurde diese Frage nicht Gegenstand der Beurteilung vor Gericht. In seiner materiellen Prüfung des Konkurseröffnungsantrags setzte Svea Hovrätt fest, dass der Fall nur das Verhältnis von Gesellschaft auf der einen Seite und Gläubigern auf der anderen Seite behandelte, weshalb die Haftungsfrage der Mitglieder nicht in Erwägung gezogen werden konnte. Zur Untersuchung der Frage mussten die Gläubiger Klage gegen jeden einzelnen Gesellschafter erheben. Der Oberste Gerichtshof kam zum gleichem Schluss. Die Kanzlei des Obersten Gerichts (Nedre Justitierevisionen) überreichte dem Obersten Gericht ein Sondergutachten zu diesem Fall, das Aufschluss über den hinter dem Beschluss liegenden Gedankengang gibt. Man stellte kurz und bündig fest, dass

« die besonderen Ansprüche, die die gleichen Gläubiger ihres Erachtens an jedes einzelne Mitglied der Gesellschaft haben, dass jeder Gesellschafter persönlich für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet, nicht von anderer Art sind als die, welche den übrigen einzelnen Gläubigern des Gesellschafters zustehen und es deshalb nicht angebracht ist, diese in einem Konkursverfahren zu beurteilen, in dem die letztgenannten als Partei beteiligt sind » (36).

Im Verhältnis zu dem früher gefassten Beschluss zum Thema Gerichtsstand war der Gerichtsbeschluss teilweise, was die Haftung des Mitglieds betrifft, widersprüchlich. Als es galt festzu-

(35) *Juridiskt Arkiv*, 15, S. 369.

(36) *Juridiskt Arkiv*, 18 (1847-48), S. 109.



stellen, welches Gericht kompetent war, die Prüfung des Konkursöffnungsantrages zu übernehmen, war man vom persönlichen Status gewisser Mitglieder ausgegangen, d.h., die Gesellschaft selbst wurde nicht als Konkursschuldner beurteilt, aber mit den Anträgen der Gläubiger, die gern eine persönliche Haftung der Mitglieder für die Schulden der Gesellschaft im Urteil gesehen hätten, schob man indessen die Frage von sich mit dem Hinweis, dass es die Gesellschaft und nicht die Gesellschafter seien, die Partei im Prozess sei.

Das Interesse für den Konkurs der Nyköpings bruks- och faktoribolag drang bis zum Reichstag vor. 1844 brachten die zwei liberalen Abgeordneten Wilhelm Fredric Dalman und Emil von Troil je einen Initiativantrag im Riddarhuset (Haus der Ritterschaft) betreffs einer besonderen Gesetzgebung für Aktiengesellschaften ein <sup>(37)</sup>. Dalman hatte einen eigenen Gesetzentwurf ausgearbeitet, der auf dem Code de Commerce basierte <sup>(38)</sup>, während von Troil vorschlug, dass man das Kapitel über Gesellschaften in dem Zivilgesetzentwurf der Kommission nehmen sollte mit dem Unterschied, dass die Bezeichnung allgemeine Gesellschaft gegen Aktiengesellschaft ausgetauscht werden sollte <sup>(39)</sup>.

Dalman betonte in seinem Initiativantrag, dass sich in letzter Zeit das Bedürfnis nach einer Gesetzgebung für die Aktiengesellschaft besonders bemerkbar gemacht hatte, und damit spielte er natürlich auf den Rechtsstreit um den Konkurs der Nyköpings bruks- och faktoribolag an.

Dalman zufolge war die Aktiengesellschaft eine Rechtsinstitution, deren Wirkung beständig zwischen den beiden Polen Nutzen und Schaden pendelte. Einerseits war die Aktiengesellschaft « eine der mächtigsten Hebestangen für die Entwicklung der Industrie und damit der Zivilisation ». Speziell in einem Land wie Schweden, in dem die Zahl der Kapitalisten gering war, meinte Dalman, könne die Aktiengesellschaft grossen Nutzen bringen. Mithilfe der Aktiengesellschaft konnte man nämlich Unternehmen auf-

---

<sup>(37)</sup> Zu Dalman siehe *Svenskt biografiskt lexikon* (SBL), 10, S. 93-110 und zu von Troil siehe *Svenska män och kvinnor* (SMK), 8, S. 38.

<sup>(38)</sup> *Ridderskapets och Adels Riksdagsprotokoll*, 1844, S. 548-550.

<sup>(39)</sup> Ebenda S. 498-499.

bauen, die ansonsten zu gross waren, um von einigen wenigen Personen finanziert werden zu können, oder die allzugrosse Risiken erforderten, für die persönlich zu haften, sich keine Privatpersonen bereitfanden. Andererseits ebnete die Aktiengesellschaft den Weg für eine Anzahl von Missbräuchen, die zu schweren Schäden für die Öffentlichkeit führen konnten. Durch die Vorschrift staatlicher Sanktionen bei der Gründung einer Aktiengesellschaft und der öffentlichen Kundmachung der Gesellschafts-satzung konnte man, meinte Dalman, die schlimmsten Missbräuche verhüten.

Der Reichstag liess einen Gesetzentwurf ausarbeiten, der in allen wesentlichen Teilen auf den Initiativantrag Dalmans und somit auf den französischen Code de Commerce zurückgriff. Der Gesetzentwurf, der vorschrieb, dass alle Aktiengesellschaften eine Bestimmung über begrenzte Haftung für die Mitglieder sowie staatliche Konzessionen haben müssten, bedeutete, dass die nicht sanktionierten Gesellschaften abgeschafft würden. Keine Aktiengesellschaften sollten mehr ohne staatliche Prüfung gebildet werden, wie klein sie auch sein mochten.

Um zu erklären, warum die Haftung der Aktionäre auf ihre Einlagen begrenzt war, ging der Gesetzentwurf von der Unterscheidung des französischen Rechts zwischen Personen- und Kapitalgesellschaften aus. In dem Bericht des Gesetzausschusses wurde der Unterschied zwischen der unbegrenzten, persönlichen und gesamtschuldnerischen Haftung, die den Mitgliedern der Personengesellschaften oblag, und der begrenzten Haftung, in deren Genuss die Mitglieder der Aktiengesellschaften kamen, folgendermassen erklärt:

« Zwischen den beiden genannten Arten von Gesellschaften besteht der Hauptunterschied darin, dass die erstere, die im 15. Kapitel des Handelsrechts erwähnt wird, aus gewissen bestimmten Personen besteht, die eine kontinuierliche, gemeinsame und persönliche Haftung übernehmen, sowohl intern als auch einem Dritten gegenüber, und dass die letztere *nicht von Personen sondern von Anteilen und Aktien vertreten wird*, die der Inhaber frei und wann immer es ihm genehm ist an einen Anderen abtreten kann. *Jeder Anteil oder jede Aktie vertritt somit einen Gesellschafter*; aber daraus folgt auch, dass die Haftung der Gesellschafter untereinander für die Verbindlichkeiten

der Gesellschaft, die in dem eben erwähnten Kapitel vorgeschrieben ist, nicht vereinbar ist mit dem Sinn und Zweck des ursprünglichen Vertrags betreffs vorliegender Gesellschaft » (40).

Die Konstruktion der Aktiengesellschaft als unpersönliche Kapitalmasse liess zu, dass die Mitglieder als von der Gesellschaft getrennt empfunden werden konnten. Wenn also ein Konkurs eintraf, so war die Gesellschaft der Schuldner und nicht die Mitglieder. Aus dem Gesellschaftsvermögen sollten die Schulden beglichen werden und nicht aus dem Privatvermögen der Mitglieder. Es muss jedoch darauf hingewiesen werden, dass die Aktiengesellschaft deshalb nicht als selbstständiges Rechtssubjekt aufgefasst wurde, auch wenn ein solcher Gedanke nahelag. Die Begriffsbildung war eher unterentwickelt und liess genügend Raum für Unklarheiten.

Der Entwurf des Reichstags wurde nie in der Gesetzgebung verwendet. Mit dem Hinweis auf die umfassende juristisch-technische Kritik, die das Oberste Gericht dem Entwurf entgegengebracht hatte, lehnte die Regierung die Gesetzgebungsinitiative des Reichstags ab (41). Stattdessen wurde ein Text vom Justizministerium ausgearbeitet, der 1848 als Sondergesetz für Aktiengesellschaften promulgiert wurde. Der bedeutendste Unterschied zwischen dem Entwurf des Reichstags und dem auf Initiative der Regierung zustande gekommenem Gesetz bestand darin, dass letzteres auch in Zukunft die Gründung von Aktiengesellschaften ohne staatliche Genehmigung zuließ. Um jedoch in den Genuss der begrenzten Haftung zu kommen, musste die Satzung der Aktiengesellschaft erst vom Staat (Kunigl. Maj:t) begutachtet und genehmigt worden sein, was bedeutete, dass die staatliche Genehmigung zu einer unausweichbaren Bedingung für die Haftungsbegrenzung gemacht wurde. Die nicht sanktionierten Aktiengesellschaften wurden akzeptiert, hatten aber keine rechtlichen Möglichkeiten, einem Dritten gegenüber begrenzte Haftung für

(40) *Laguskottets betänkande 1845*: 99, S. 16.

(41) Eine gute Übersicht über den Verlauf der Gesetzgebungsarbeit gibt Roland DAHLMAN, *1848 års lag om aktiebolag. Källor och tillkomst*, in *Rättshistoriska studier*, 4 (1974), S. 337-355.

ihre Mitglieder durchzusetzen, auch wenn eine solche in der Satzung verankert war.

Ansonsten gründete sich das Gesetz, wie es auch der Reichstagsentwurf getan hatte, auf das französische Gesetz. Die Aktiengesellschaft, die im ersten Paragraphen des Gesetzes als «aus Anteilen bestehend, die auf den Inhaber oder eine bestimmte Person ausgestellt sind» definiert wurde, wurde demnach als unpersönliche Kapitalmasse betrachtet, in der die Mitglieder durch ihre Anteile vertreten waren. Der persönliche Zusammenhang von Gesellschaft und Gesellschaftern wurde damit als zerbrochen erachtet, und so konnte man zumindest in juristischer Hinsicht die begrenzte Haftung motivieren. Die Konstruktion war jedoch mit einem schwerwiegenden Mangel behaftet, da sie keine zufriedenstellende Antwort auf die Frage gab, wie das Verhältnis zwischen den Gesellschaften einerseits und dem Grundbesitz der Gesellschaft andererseits zu beurteilen sei. Während der Arbeit an der Gesetzgebung wurde man auch auf dieses Problem aufmerksam. In dem Gesetzausschuss erklärte ein Gegenantragsteller:

«Da die Frage aufkommen kann, inwieweit Grundbesitz, der einer Aktiengesellschaft gehört, für die privaten Schulden eines Mitglieds mit einer Hypothek belastet oder gepfändet werden kann, so müsste doch, obwohl es im Begriff Aktiengesellschaft selbst zu liegen scheint, dass deren Grundbesitz der Gesellschaft *gemeinsam* gehört und kein Teil davon einem Aktieninhaber *privat*, eine Verordnung hierzu in das betreffende Gesetz mit aufgenommen werden, sodass jegliche Missverständnisse aus dem Weg geräumt werden können» <sup>(42)</sup>.

Wenn es auch der Gesellschaftstheorie des französischen Rechts gelungen war, die Person des Gesellschafters deutlich von der Gesellschaft zu trennen und damit die begrenzte Haftung zu legitimieren, die ja die Quintessenz dieser Gesellschaftsform war, verursachte die Aktiengesellschaft auch eine Menge juristischer Probleme, die sich nicht nur mit der Unterscheidung zwischen Personengesellschaft und Kapitalgesellschaft lösen liessen. Eine neue Begriffsbildung war notwendig geworden, denn je gewöhn-

<sup>(42)</sup> *Laguskottets betänkande 1848*: 27, S. 6 und 44, S. 3-6.

licher der Gesellschaftstyp der Aktiengesellschaft wurde, desto mehr machte sich die rechtsdogmatische Problematik auf dem Gebiet des Aktienrechts in Rechtspraxis und Rechtswissenschaft in Schweden bemerkbar.

### 3. *Rechtssubjektivität und Rechtspersönlichkeit bei Fredrik Schrevelius.*

Ein Paradigmenwechsel in der schwedischen zivilrechtlichen Doktrin wurde von Fredrik Schrevelius angekündigt, der 1840 zum Professor des Zivilrechts an der Universität Lund ernannt wurde <sup>(43)</sup>. Schrevelius sah sich selbst als Vertreter der moderneren Richtung in der Rechtswissenschaft. Er stellte so das « positive Recht » in Opposition zu dem Naturrecht, « das bisher zumindest auf die Rechtswissenschaft einen eher schädlichen als nützlichen Einfluss ausgeübt hat ».

Die Arbeit von Schrevelius, die in dieser Beziehung interessant ist, ist sein bekanntestes und lange Zeit benütztes Lehrbuch « *Lärobok i Sveriges allmänna nu gällande civilrätt* » (« Lehrbuch in Schwedens allgemeinem nun geltendem Zivilrecht »), dessen erste Auflage während der Jahre 1844-1849 herauskam <sup>(44)</sup>. In diesem Lehrbuch trifft man auf eine im Verhältnis zu früheren Doktrinen vollständig verschiedene Personentheorie. Die Statuslehre, die Rabenius und Tengwall zum Ausgangspunkt für die Festlegung der Rechtsfähigkeit eines Individuums gemacht hatten, fehlt bei Schrevelius, der stattdessen von einem generellen und von körperschaftlichen Verbindungen befreiten Rechtssubjekt ausgeht. Bezüglich der juristischen Person entfernte sich Schrevelius von der Theorie der Naturrechtsjuristen eines bestehenden Identitätsverhältnisses zwischen der Körperschaft und ihren physischen Bestandteilen. Die juristische Person erscheint bei Schrevelius als ein im Verhältnis zu seinen Mitgliedern freistehendes

<sup>(43)</sup> Jan Eric ALMQUIST, *Svensk juridisk litteraturhistoria*, Stockholm 1946, S. 49-50.

<sup>(44)</sup> Die zweite Auflage, auf die sich vorliegende Darstellung beruft, kam 1851-58 heraus. Die dritte und letzte Auflage kam 1872 heraus.

Rechtssubjekt. Schrevelius' Darstellung ist jedoch in mancher Hinsicht unklar und macht ganz allgemein den Eindruck von Unsicherheit, was wohl auf die revolutionierende soziale und wirtschaftliche Entwicklung, die sich in den 1840-er Jahren mehr und mehr in Schweden bemerkbar machte, zurückzuführen ist.

Zu jener Zeit beherrschte die Repräsentationsfrage die öffentliche Debatte. Die Zielsetzung der liberalen Gruppen, die die Triebkraft der Debatte waren, war, den alten Ständereichstag mit einer Repräsentation zu ersetzen, die sowohl in Bezug auf Stimmrecht als auch Wählbarkeit das Zensusprinzip befolgen sollte. Dadurch dass Vermögen und Einkommen als ausschliessliche Kriterien für das Repräsentationsrecht festgesetzt wurden, sollten die Gruppen des Bürgertums, die es schwer hatten, sich im Ständereichstag zu behaupten, einen politischen Einfluss bekommen, der der wirtschaftlichen Macht, die sie in der Gesellschaft innehatten, entsprach.

Eine wichtige Begebenheit in diesem Auflösungsprozess, der die Ständegesellschaft prägte, war die Einführung des gleichen Erbrechts für Männer und Frauen. Die Reform war mittelbar gegen die privilegierte Stellung des Adelsstandes gerichtet und kann daher als eine wichtige Etappe auf dem Weg zu einer neuen Repräsentation gesehen werden. Auch in dem Selbstverständnis der Zeit zeigte sich eine klare Erkenntnis des wahren politischen Inhalts der Erbrechtsreform. So ist bezeichnend, dass man unter den Pressekommentaren zu der neuen Erbrechtsordnung Aussagen folgender Art finden kann:

« Mit gleichem Erbrecht und einer Repräsentationsform ohne Selbstverständlichkeit ist der Adel gestürzt » (Den Konstitutionelle, liberal) oder « das wahre versteckte Ziel ist die Verarmung des Adels und des Bauernstandes ... und die Erhebung des dritten Standes zum allein regierenden Stand, wie in Frankreich » (Morgonen, konservativ) <sup>(45)</sup>.

Eine weitere durchgreifende Reform, die in diesem Zusammenhang erwähnt werden muss, war die Abschaffung des Zunftwesens

---

<sup>(45)</sup> Zitiert nach Gunnar QVIST, *Kvinnofrågan i Sverige 1809-1846. Studier rörande kvinnans näringsfrihet inom de borgerliga yrkena*, Göteborg 1960, S. 148-49.

1846. Mit diesem verschwand ein Typ intermediärer Körperschaften, die dem sich entwickelnden freien Wirtschaftsleben, das sich auf die Initiativekraft des einzelnen Individuums stützte, im Weg gestanden hatte <sup>(46)</sup>.

In einer Wirtschaftsordnung, die mehr und mehr gezeichnet war von der Forderung nach vollständiger Wettbewerbsfreiheit und nach gleichem Recht für jedes Individuum, seine wirtschaftlichen und politischen Interessen ohne Rücksicht auf soziale Herkunft frei zu entwickeln, musste die Personentheorie des Naturrechts als unzeitgemäss und somit unverwendbar erscheinen. Schrevelius hatte diese Tendenzen erkannt, konnte aber ein in juristischer Hinsicht vollkommen gleichberechtigtes Rechtssubjekt nicht konsequent vertreten, da ja die Ständegesellschaft weiterhin existierte. Seine Darlegungen enthielten aus diesem Grund, wie weiter unten ersichtlich, einige Widersprüche.

Schrevelius' wissenschaftliches Vorbild war Friedrich Carl von Savigny, aus dessen Werk « System des heutigen römischen Rechts » er mehrere grundlegende Gedanken holte. In seinem Vorwort zum Lehrbuch betonte Schrevelius:

« Der aufgeklärte Leser wird finden, dass ich mich bei der Ausarbeitung dieses Lehrbuchs nicht nur der Schriften einheimischer Verfasser bedient habe, sondern auch der von Ausländern, besonders solchen, die das römische Recht erläutern haben, unter welchen ich vorzugsweise den berühmten Savigny nennen möchte, aus dessen Schriften ich, wie ich mit Dankbarkeit gestehen muss, viel gelernt habe » <sup>(47)</sup>.

Savignys Einfluss wird deutlich in dem Kapitel des Lehrbuchs, das betitelt ist « Über Personen » und welches im Folgenden eingehender untersucht wird.

In der deutschen rechtshistorischen Forschung hat man während der letzten Jahre Savignys Beitrag zur bahnbrechenden Entwicklung der modernen Zivilrechtlichen Axiomatik besonders

---

<sup>(46)</sup> Henry LINDSTRÖM, *Näringsfrihetsfrågan i Sverige 1837-1864*, Göteborg 1929, S. 48-87.

<sup>(47)</sup> SCHREVELIUS, *Lärobok*, I, S. I-II.

hervorgehoben, nicht zuletzt was den Begriff der Person anbelangt <sup>(48)</sup>.

Gerhard Dilcher charakterisierte den neuen Geist, der unter dem Einfluss Savignys im Zivilrecht Aufnahme fand, folgendermassen:

« Bei der Ausgestaltung des Privatrechts zu einem *System des heutigen römischen Rechts* fühlt sich Savigny keineswegs an die überlieferten Rechtsquellen gefesselt, sondern zieht die Linien durch in Fortführung der naturrechtlichen Systemansätze, gefiltert und geläutert durch den Kantschen Formalismus, seine formale Freiheitsethik. Das bedeutet aber eine Durchformung des Rechts von den Kategorien der Person und ihrer rechtsgeschäftlichen Willensmacht, der Privatautonomie, her » <sup>(49)</sup>.

Kant zufolge war jedes Individuum von einer autonomen Sphäre oder einem freien Raum umgeben, innerhalb dessen er das Recht hatte, seinen freien Willen zu entwickeln. Rechtlich gesehen verlief die Grenze seiner Handlungsfreiheit oder seiner Privatautonomie dort, wo sie die Privatautonomie eines anderen Individuums tangierte. Wie schon Franz Wienacker gezeigt hat, entsprach diese Berechtigung zur Privatautonomie, d.h. die Rechtssphäre auf eigene Verantwortung zu gestalten

« genau den ethischen und sozialen Wertvorstellungen der liberalen Wirtschaftsgesellschaft, die durch die Mobilisierung der überkommenen Besitz-, Produktions- und Statusverhältnisse die Explosion der industriellen Revolution herbeigeführt hatte » <sup>(50)</sup>.

Ein Zivilrechtssystem abgeleitet aus der Kantschen Privatautonomie war, um mit Hans Kiefner zu sprechen eine originale Schöpfung Savignys, ohne die die zivilrechtliche Entwicklung des

---

<sup>(48)</sup> Schon Otto von GIERKE behauptete in seiner Arbeit *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, Berlin 1887, S. 616-17, « In der Theorie hat ihr Savigny den Todesstoss versetzt ».

<sup>(49)</sup> Gerhard DILCHER, *Der rechtswissenschaftliche Positivismus. Wissenschaftliche Methode, Sozialphilosophie, Gesellschaftspolitik*, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 61 (1975), S. 503.

<sup>(50)</sup> Franz WIEACKER, *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, Frankfurt am Main 1974, S. 59.



19. Jahrhunderts nicht denkbar ist <sup>(51)</sup>. Savigny gab dadurch die grundlegenden Voraussetzungen für das auf das bürgerliche Individuum ausgerichtete Zivilrecht, was zur Folge hatte, dass die wirtschaftliche Selbstverwirklichung durch Fleiss und Kapital in den Vordergrund trat und die soziale, wirtschaftliche und rechtliche Gebundenheit durch die intermediären Körperschaften der Ständegesellschaft, allen voran Stände und Zünfte, aufgelöst wurden <sup>(52)</sup>.

Innerhalb der wirtschaftspolitischen Theorie fand Savignys Doktrin der Privatautonomie ihre Entsprechung in Adam Smiths homo oeconomicus.

So kann man mit Fug behaupten, dass Schrevelius' Ideen zum Personenbegriff genau und in dem richtigen Kontext betrachtet werden, wenn man sie in Verhältnis zu Savignys Theorie untersucht.

Im einleitenden Kapitel des zweiten Bandes von « System des heutigen römischen Rechts », das betitelt ist « Die Personen als Träger der Rechtsverhältnisse » entwickelt Savigny seine Grundposition wie folgt:

« Jedes Rechtsverhältnis besteht in der Beziehung einer Person zu einer anderen Person. Der erste Bestandtheil desselben, der einer genaueren Betrachtung bedarf, ist die Natur der Personen, deren gegenseitige Beziehung jenes Verhältniss zu bilden fähig ist. Hier ist also die Frage zu beantworten: Wer kann Träger oder Subject eines Rechtsverhältnisses seyn? Diese Frage betrifft das mögliche Haben der Rechte, oder die Rechtsfähigkeit. In dem Rechtsverhältniss aber steht eine bestimmte Person in Beziehung bald zu einer gleichfalls bestimmten einzelnen Person, bald unbestimmt zu allen anderen Menschen. Alles Recht ist vorhanden um der sittlichen, jedem einzelnen Menschen inwohnenden Freyheit willen. Darum muss der ursprüngliche Begriff der Person oder des Rechtssubjects zusammenfallen mit dem Begriff des Menschen, und diese ursprüngliche Identität beider Begriffe lässt sich in folgender

---

<sup>(51)</sup> Hans KIEFNER, *Der Einfluss Kants auf Theorie und Praxis des Zivilrechts im 19. Jahrhundert*, in *Philosophie und Rechtswissenschaft*. Zum Problem ihrer Beziehung im 19. Jahrhundert, Hrsg. Joachim Blühdorn & Joachim Ritter, Frankfurt am Main 1969, S. 4.

<sup>(52)</sup> DILCHER, S. 503-504.

Formel ausdrücken: *Jeder einzelne Mensch, und nur der einzelne Mensch ist rechtsfähig*. In dessen kann dieser ursprüngliche Begriff der Person durch das positive Recht zweyerley, in der aufgestellten Formel bereits angedeutete, Modificationen empfangen, einschränkende und ausdehnende. Es kann nämlich erstens manchen einzelnen Menschen übertragen, also eine juristische Person künstlich gebildet werden »<sup>(53)</sup>.

Für Savigny waren Person, Mensch und Rechtssubjekt identische Kategorien. Rechtsfähigkeit wurde dem Menschen ausschliesslich in seiner Eigenschaft als Rechtssubjekt zuerkannt. Ein Corollarium dieser grundlegenden These war, dass die mit Rechtsfähigkeit versehenen juristischen Personen als « künstliche, durch blosse Fiction angenommene Subjecte » betrachtet werden müssen, die nur für juristische Zwecke geschaffen worden sind. Angesichts der Tatsache, dass Savigny davon ausging, dass nur der Mensch ein Rechtssubjekt sei, denn « alles Recht ist vorhanden um der sittlichen jedem einzelnen Menschen innewohnenden Freiheit willen », scheint es wie ein systemimmanenter Widerspruch, dass die Rechtsfähigkeit auf juristische Personen übertragen werden konnte. Aber nach Savigny hatten auch die juristischen Personen « ein natürliches Dasein », da sie in ständiger Beziehung zu Menschen stünden. Dass diese Kupplung zum Menschen eine Voraussetzung für Rechtsfähigkeit war, wurde durch Savignys Schlussfolgerung, dass Objekte und Vermögen nicht zu juristischen Personen befördert werden können, noch unterstrichen. Demach war eine Erbmasse (*hereditas iacens*) keine juristische Person<sup>(54)</sup>.

Die oben zitierte Stelle aus Savignys « System des heutigen Römischen Rechts » wurde von Schrevelius übernommen, in des-

<sup>(53)</sup> Friedrich Carl von SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd. 2, Berlin 1840, S. 1-2.

<sup>(54)</sup> Bezüglich *hereditas iacens* erklärte SAVIGNY (*System*, II, S. 365) « Die einfachste und natürlichste Behandlung dieses Falles wäre ohne Zweifel die, dass man von dem Tode an die Erbschaft als Vermögen eines noch unbekanntem Herrn ansähe, der aber doch einmal bekannt werden muss, und auf welchen dann Alles zu beziehen ist, was sich in der Zwischenzeit mit diesem Vermögen etwa zufragen mag ». Siehe Werner FLUME, *Savigny und die Lehre von der juristischen Person*, in *Festschrift für Franz Wieacker zum 70. Geburtstag*, Göttingen 1978, S. 344-345.

sen Lehrbuch man eine inhaltsmässig und teilweise sogar wörtlich übereinstimmende Darstellung der Rechtssubjektivität und Rechtsfähigkeit findet. Schrevelius beschrieb das Verhältnis folgendermassen:

« Jedes einzelne Rechtsverhältnis ist ein Verhältnis zwischen Personen, nämlich entweder zwischen einer bestimmten Person und einer oder mehreren anderen Personen oder zwischen einer bestimmten Person und allen anderen. Unter Person versteht man rechtlich gesehen jedes einzelne Wesen, das Subjekt in einem Rechtsverhältnis sein kann, oder, was das Gleiche ist, Subjekt für Rechte und Pflichten. Ursprünglich stimmt der Begriff Person mit dem Begriff Mensch überein, aber es kommt ebenfalls vor, dass die Fähigkeit, ein Subjekt für Rechte zu sein, auf ein anderes, mittels juristischer Fiktion gebildetes Wesen übertragen wird. Dieses Wesen wird sodann juristische Person genannt, im Gegensatz zu einer Einzelperson, die als Subjekt für Rechte betrachtet physische Person genannt wird. Aber auch wenn man sich vorstellt, dass ein anderes Wesen in den Besitz von Rechten kommt, sind es dennoch in Wirklichkeit nur Menschen, die solche haben können » (55).

Mit dieser Aussage hatte Schrevelius eine neue strukturelle Kategorie in die Schwedische juristische Doktrin eingeführt. Jedes menschliche Individuum war ein Rechtssubjekt, dem generell Rechtsfähigkeit zugestanden wurde. Diese Bestimmung der Rechtssubjektivität und Rechtsfähigkeit war weit entfernt von der Statuslehre des Naturrechts und war selbst wiederum die Voraussetzung dafür, dass die juristische Person als ein von seinen Mitgliedern getrenntes Rechtssubjekt mit eigener Rechtsfähigkeit konstruiert werden konnte.

Wie eine auch in der neuen Personentheorie immanente Möglichkeit lag die Andeutung eines gleichberechtigten Rechtssubjekts, oder dass alle Menschen vor dem Gesetz gleich seien, vor.

Einen solchen Schluss zog jedoch nicht Savigny und noch weniger Schrevelius. Mit den in der Rechtsordnung weiterhin bestehenden Standesschranken, Beschränkungen der Erwerbstätigkeit und Geschlechtsunterschieden war eine Überlegung dieser

---

(55) SCHREVELIUS, *Lärobok*, I, S. 58.

Art undenkbar. Kennzeichnend für Schrevelius' Einstellung war folgende Feststellung von ihm:

« obwohl bei uns, die wir keine Sklaven mehr halten, alle Menschen Personen sind, und als solche zu Rechten befähigt, so sind wir dennoch weit davon entfernt, dass die Möglichkeit, Rechte zu besitzen, oder die Möglichkeit, diese durch eigenes freies Handeln zu erwerben, für alle gleich ist » <sup>(56)</sup>.

Savigny gestaltete, wie schon gesagt, seine Theorie zur juristischen Person in scharfem Kontrast zur *persona moralis* des Naturrechts, die sich vor allem durch ein Identitätsverhältnis zwischen der korporativen Einheit und ihren Mitgliedern auszeichnete.

Wenn die moralische Person ein Rechtsgeschäft vornahm, wurde dieses nach den Prinzipien der Naturrechtstheorie als von allen Mitgliedern gleichzeitig durchgeführt betrachtet. Die moralische Person war mit anderen Worten kein im Verhältnis zu den Mitgliedern selbstständiges Rechtssubjekt. Savigny ging polemisch gegen diese traditionelle Auffassung an, indem er erklärte:

« Das Wesen aller Corporationen besteht (...) darin, dass das Subjekt der Rechte nicht in den einzelnen Mitgliedern (selbst nicht in allen Mitgliedern zusammengenommen) besteht, sondern in dem *idealen Ganzen* » <sup>(57)</sup>

und weiter

« die Totalität der Mitglieder ist von der Corporation selbst ganz verschieden, und selbst wenn alle Einzelne ohne Ausnahme, gemeinschaftlich handeln, so ist dieses nicht so anzusehen, als ob das ideale Wesen, welches wir die juristische Person nennen, gehandelt hätte » <sup>(58)</sup>.

Die Rechtsfähigkeit war also nicht auf die physischen Personen verteilt sondern gehörte ungeteilt der juristischen Person in ihrer Eigenschaft als Rechtssubjekt an <sup>(59)</sup>.

<sup>(56)</sup> Ebenda S. 62.

<sup>(57)</sup> SAVIGNY, *System*, II, S. 243.

<sup>(58)</sup> Ebenda S. 283.

<sup>(59)</sup> Savignys Kritik der naturrechtlichen Körperschaftstheorie hatte ihre tieferen Ursachen in seiner politischen Einstellung. Er wandte sich gegen die

Savigny führte zwei wichtige Beschränkungen zur Gültigkeit der juristischen Person in seine Theorie ein:

1. Der Anwendungsbereich der juristischen Person beschränkt sich ausschliesslich auf privatrechtliche Verhältnisse. Es war zwar innerhalb des Staatsrechtes gebräuchlich, dass ein Zweig der öffentlichen Gewalt von mehreren als kollektive Gewalt ausgeübt wurde. Es würde jedoch die Anwendung des Begriffs verdunkeln, wenn man z.B. einem Gericht die Bezeichnung juristische Person geben würde. Entsprechend war es nach Savigny

« ganz uneigentlich, wenn Manche in einer erblichen Monarchie die ganze Reihe der Regenten als eine juristische Person bezeichnen » <sup>(60)</sup>.

In der englischen Rechtstheorie hatte diese Rechtsfigur einen besonderen Fachausdruck mit der Bezeichnung *sole corporation* erhalten, der auch international anerkannt wurde <sup>(61)</sup>.

2. Die juristische Person war auf vermögensrechtliche Verhältnisse beschränkt, was den Ausschluss des Familienrechts vom Anwendungsbereich dieses Begriffes mit sich führte <sup>(62)</sup>.

---

Lehre, dass die Mitglieder zusammen befugt waren, mit unbegrenzter Macht über die Körperschaft zu verfügen, weil ständige Verwechslungen zwischen sämtlichen Mitgliedern und Körperschaften selbst dadurch entstanden, was « die publizistische Lehre von der Volkssouveränität, übertragen auf die juristischen Personen im Privatrecht » bedeutete. Es ist jedoch beachtenswert, dass die Körperschaften, die Savigny meinte, Zünfte, Gilden und andere Genossenschaften waren. Die Kapitalgenossenschaft wurde in diesem Zusammenhang nicht von ihm erwähnt. Siehe FLUME, S. 347-348.

<sup>(60)</sup> SAVIGNY, *System*, II, S. 236-237.

<sup>(61)</sup> Was die schwedische Doktrin betrifft, siehe Ebbe Samuel BRING, *Grunderna till Swenska Civillagfarenheten, uti Systematisk Ordning*, Lund 1817, S. 68. William BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, 10. Aufl., London 1787, S. 469 definierte *sole corporation* folgendermassen: « Corporations sole consist of one person only and his successors, in some particular station, who are incorporated by law, in order to give them some legal capacities and advantages, particularly that of perpetuity, which in their natural persons they could not have had. In this sense the king is a sole corporation: so is a bishop: so are some deans, and prebendaries, distinct from their several chapters: and so is every parson and vicar ».

<sup>(62)</sup> SAVIGNY, *System*, II, S. 238.

Mit diesen Einschränkungen wollte Savigny nicht sagen, dass die anderen Eigenschaften, die die juristische Person haben konnte, etwa unwichtig oder uninteressant waren. Die Grenzziehung beruhte eher darauf, dass sich Savigny nur der Frage zur rechtlichen Stellung der juristischen Person innerhalb des Privatrechts zuwandte. Er unterstrich deshalb:

« Nur für das System des Privatrechts sind sie (die juristischen Personen) durchaus nichts als vermögensfähige Subjecte, und jede andere Seite ihres Wesens liegt völlig ausser dessen Grenzen » <sup>(63)</sup>.

In seiner Darlegung des juristischen Personenbegriffs folgte Schrevelius seinem Vorbild Savigny in den Hauptzügen. Auch er ging scharf gegen den Korporationsbegriff des Naturrechts vor, was deutlich aus der terminologischen Anmerkung hervorgeht:

« früher verwendete man auch den Ausdruck moralische Person zur Bezeichnung dieses Begriffes, aber diese Bezeichnung ist durchaus unpassend, da Moral eine Eigenschaft ist, die allein der Mensch besitzt » <sup>(64)</sup>.

Die passende Bezeichnung war nicht moralische Person sondern juristische Person, da diese andeutete, dass es sich um ein durch gesetzliche Fiktion gebildetes Rechtssubjekt handelte. Was das Verhältnis von juristischer Person und ihrem physischen Substrat betraf, erklärte Schrevelius in voller Übereinstimmung mit Savigny und gerichtet gegen die Anhänger der Naturrechtslehre:

« Wenn mehrere Personen in einer solchen Vereinigung oder Gemeinschaft beieinander sind, sodass alles, was diese Vereinigung besitzt den anwesenden Mitgliedern zur Verfügung steht, oder in einer solchen, in der die Rechte vollständig gewissen einzelnen Personen gehören, so ist eine solche Vereinigung keine juristische Person, obwohl es nicht ungewöhnlich ist, dass sie auch von Juristen so bezeichnet wird » <sup>(65)</sup>.

---

<sup>(63)</sup> Ebenda S. 239-240.

<sup>(64)</sup> SCHREVELIUS, *Lärobok*, I, S. 106.

<sup>(65)</sup> Ebenda S. 107.

Um als juristische Person klassifiziert werden zu können, musste eine Körperschaft oder eine kollektive Einheit ein von den einzelnen Mitgliedern getrenntes Rechtssubjekt mit eigener Rechtsfähigkeit darstellen. Schrevelius betonte daher, dass

« es die Körperschaft selbst ist oder das ideale Ganze (siehe Savigny), das Subjekt der Rechte ist, die der Körperschaft gehören, aber ganz und gar nicht die physischen Personen, woraus diese zur Zeit besteht »<sup>(66)</sup>.

Auch die Grenzen, die Schrevelius für die Anwendbarkeit der juristischen Person absteckte, und die dazugehörige Motivation sind die Savignys:

« Vor nicht allzulanger Zeit gab man dem Ausdruck juristische Person eine wesentlich breitere Bedeutung als, was wir uns hier darunter vorstellen. Man bezeichnete z.B. alle Regenten eines Landes als eine einzige juristische Person, (sole corporation) desgleichen ein Gericht, einen Reichsstand usw. Aber indem man viele verschiedenartige Erscheinungen unter einer Bezeichnung sammelt, verursacht man Verwirrung und Konfusion bei Anwendung des Begriffs. Es ist daher weit zweckmäßiger, diese Bezeichnung nicht auf andere als privatrechtliche und Vermögensverhältnisse anzuwenden »<sup>(67)</sup>.

Als Beispiel von Rechtsverhältnissen, die laut Definition ausserhalb des Anwendungsbereichs des Begriffes fielen, erwähnte Schrevelius, wie es auch Savigny schon getan hatte, die familienrechtlichen Verhältnisse. Eine juristische Person konnte, so Schrevelius, Eigentum, Pfandrecht, Dienstbarkeit (Servitut), Forderungen und Schulden haben. Sie konnte hingegen keine Ehrechte, oder solche, die sich auf Verwandtschaft stützten, erwerben.

Ein besonders schwieriger Problemkreis, dessen Urheber Savignys Fiktionslehre war, war das Verhältnis zwischen den beiden Kategorien Rechtsfähigkeit und Geschäftsfähigkeit. Vermögensrechte konnten nicht aus sich selbst heraus entstehen, sondern ihr Erwerb verlangte nach Handlungen irgenwelcher Art. Handlungen ihrerseits setzten ein denkendes Wesen mit eigenem Willen

---

<sup>(66)</sup> Ebenda S. 108.

<sup>(67)</sup> Ebenda S. 106.

voraus, mithin einen einzelnen Menschen und dies waren Eigenschaften, die eine juristische Person aufgrund ihres fingierten Status nicht besitzen konnte. Hier lag also eine innere Widersprüchlichkeit in der Theorie Savignys vor: einerseits konnte die juristische Person Träger von Rechten sein (Rechtsfähigkeit), aber andererseits konnte sie diese Rechte nicht selbst erwerben (Geschäftsfähigkeit). Savigny löste den Widerspruch, indem er eine Stellvertreterinstitution einführte, die in Analogie zu der in der Rechtsordnung schon existierenden Vormundschaftsinstitution gebildet wurde. Auf die gleiche Weise, wie physische Personen, die keine Geschäftsfähigkeit besaßen, vom Vormund vertreten wurden, sollten juristische Personen von speziellen Vertretern (Bevollmächtigten) vertreten werden, deren Vollmacht sich auf eine festgestellte Satzung gründete <sup>(68)</sup>. Die Vollmacht konstituierte ihrerseits das «Dasein» der juristischen Person:

«Ihr Daseyn beruht auf dem vertretenden Willen bestimmter einzelner Menschen, der ihr, in Folge einer Fiction als ihr eigener Wille angerechnet wird» <sup>(69)</sup>.

Der Wille und das Rechtsgeschäft dieser Bevollmächtigten zählten für diejenigen der juristische Person selbst. Diese Frage bereitet Schrevelius anscheinend kein Kopfzerbrechen. Ohne eigenständige Gedanken oder Überlegungen zu diesem widersprüchlichen und aspektreichen Problemkreis, nicht einmal hinsichtlich des schwedischen Rechts, übernahm Schrevelius ohne weiteres die Auffassung Savignys:

«Juristische Personen sind, wie früher angedeutet, blosse Fiktionen. Sie haben demnach weder Vernunft noch Willen und können infolgedessen nicht selbst handeln. Daher müssen sich physische Personen mit Notwendigkeit um die Angelegenheiten jener kümmern und in ihrem Namen handeln. In solcher Hinsicht sind sie in die gleiche Klasse mit Unmündigen einzuordnen. Die Personen, die sich der Angelegenheiten der juristischen Personen annehmen sind zweierlei Art: Vorsteher und Vorstand, welche sich der juristischen Person gegenüber verhalten wie der Vormund zu seinem Mündel, und Beauftragte oder Bevoll-

<sup>(68)</sup> SAVIGNY, *System*, II, S. 282-283.

<sup>(69)</sup> Ebenda S. 312.



mächtigte, die sich ihm gegenüber auf die gleiche Art und Weise verhalten wie gewöhnliche Vertreter oder Anwälte den physischen Personen gegenüber, die ihre Geschäftsherren sind »<sup>(70)</sup>.

Was schliesslich die Rechtsnatur der Kapitalgemeinschaften und Aktiengesellschaften betrifft, fehlte Schrevelius die Leitung Savignys, der in seiner Darstellung der Rechtspersönlichkeit diesen Typ kollektiver Einheiten mit keinem Wort erwähnte. Daher musste Schrevelius ausgehend von der Personentheorie Savignys selbst zu dieser Frage Stellung nehmen, was folgende Überlegung und Schlussatz zur folge hatte:

« Hinsichtlich der Verwaltung und Vertretung der Gesellschaft gibt es sicherlich eine grosse Ähnlichkeit zwischen dem Verhältnis, das sich abspielt zwischen der Gesellschaft und den einzelnen Aktionären und dem, was zwischen einer Körperschaft und seinen Mitgliedern stattfindet; *aber im Gegensatz dazu darf die Gesellschaft hinsichtlich des Gesellschaftsvermögens nicht als ein einziges Rechtssubjekt aufgefasst werden sondern als eine Vereinigung von Rechtssubjekten* »<sup>(71)</sup>.

Schrevelius war also nicht der Meinung, dass die Aktiengesellschaft eine juristische Person war. Dass Schrevelius zu diesem Schluss kam, ist verständlich in Anbetracht der Tatsache, dass Savigny in Übereinstimmung mit seiner sich um die physische Person drehenden Personentheorie, behauptet, dass Sachen und Vermögen nicht als juristische Personen bezeichnet werden könnten. Die Aktiengesellschaft glich einer solchen Vermögensmasse, und damit war die Lösung für Schrevelius gegeben. Wie dem vorigen Kapitel zu entnehmen ist, kam diese Auffassung auch im Zusammenhang mit der Vorarbeit zu dem schwedischen Aktiengesetz von 1848 zum Ausdruck.

Savigny selbst befasste sich mit der Aktiengesellschaft erst im zweiten Teil seines Obligationenrechts, das 1853 veröffentlicht wurde<sup>(72)</sup>. Die unmittelbare Ursache für das diesbezügliche Inte-

<sup>(70)</sup> SCHREVELIUS, *Lärobok*, I, S. III.

<sup>(71)</sup> Ebenda S. 629.

<sup>(72)</sup> Friedrich Carl von SAVIGNY, *Obligationenrecht*, Bd. 2, Berlin 1853, S. 112-

resse Savignys waren die um die Mitte des 19. Jahrhunderts immer zahlreicher vertretenen Eisenbahngesellschaften. Die Aktiengesellschaft wurde jedoch von Savigny nicht ausdrücklich als juristische Person definiert. Der Begriff juristische Person wird überhaupt nicht mit der Aktiengesellschaft in Zusammenhang gebracht. Hans Kiefner zeigte, dass man aus diesem Umstand folgern kann, dass

« die Fiktionstheorie von Savigny nicht dazu erfunden worden ist, gerade die Aktiengesellschaft als juristische Person in das System des Privatrechts zu integrieren, obwohl es einer der Vorzüge dieser Theorie hätte sein können, dies von Anfang an zu ermöglichen » (73).

Die juristische Person wurde demnach von Savigny nicht mit der Absicht konstruiert, der begrenzten Haftung der Aktionäre als Legitimationsursache zu dienen. Dieser Gedanke war der Lehre Savignys fremd. Statt seiner war es Rudolf von Ihering, der die für das Aktienrecht epochemachende These aufstellte, dass

« die einzelnen Mitglieder es sind (die gegenwärtigen und zukünftigen), denen die Rechte, mit denen die juristische Person ausgestattet ist, zugute kommen, und dass diese Wirkung nicht eine zufällige (Reflexwirkung) ist, sondern dass sie den Zweck des ganzen Verhältnisses bildet » (74).

Mit dieser These lag eine rechtsdogmatische Formel vor, die der Kapitalgemeinschaft mit ihrer begrenzten Haftung direkt angepasst war.

Will man Schrevelius' Bedeutung für die schwedische Rechtsentwicklung zusammenfassen, kann man sagen, dass dieser eine neue auf Savignys Lehre aufbauende Personentheorie in die rechtswissenschaftliche Doktrin einführte. Die Lehre von der Rechtssubjektivität und nicht zuletzt die Theorie, dass die Rechts-

---

(73) Hans KIEFNER, *Personae vice fungitur? Juristische Person und 'industrielle Corporation' im System Savignys*, in *Festschrift für Harry Westermann zum 65. Geburtstag*, Wolfgang Hefermehl et al. Hrsg., Karlsruhe 1974, S. 263.

(74) Rudolf von IHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Bd. 3, Leipzig 1865, S. 330.

persönlichkeit im Verhältnis zu ihren physische Substrat ein selbstständiges Rechtssubjekt sei, die grundlegend für das Zivilrecht des Industriestaates wurde, wurde von Schrevelius in seinen Vorlesungen mehreren Generation von Juristen, die an der Universität Lund ausgebildet wurden, vermittelt. Mit Rücksicht darauf kann man annehmen, dass sein Einfluss auf das juristische Denken in Schweden bedeutend war <sup>(75)</sup>.

#### 4. *Knut Olivecrona und die Aufnahme der Fiktionstheorie in die Rechtspraxis.*

Knut Olivecrona, der 1852 Professor des Zivilrechtes und des Römischen Rechts an der Universität in Uppsala wurde, nahm definitiv Abstand von der alten Personifikationstheorie in Bezug auf die Rechtsnatur der Aktiengesellschaft <sup>(76)</sup>. Aus dem Vorlesungskompendium Olivecronas geht hervor, dass seine Ausführungen zum Zivilrecht stark von der deutschen Rechtswissenschaft beeinflusst waren <sup>(77)</sup>. Hinweise auf Friedrich Carl von Savigny und andere bedeutende deutsche Juristen sind dementsprechend zahlreich. In der Erörterung der rechtlichen Grundlagen einer Aktiengesellschaft schloss sich Olivecrona der von Savigny konstruierten Fiktionstheorie an und erklärte, dass die Aktien-

<sup>(75)</sup> Dass Schrevelius für seine Lehrtätigkeit geschätzt wurde, bezeugen Martin WEIBULL & ELOF TEGNÉR, *Lunds universitets historia 1668-1868*, Teil 2, Lund 1868, S. 124: «Schrevelius vereinte den unermüdlichsten Fleiss und ungewöhnlichen juristischen Scharfsinn mit einem vielseitigen Wissen und grosser Belesenheit. Er hatte bedeutenden Einfluss auf seine Disziplin, und sein Hinscheiden gehörte zu den merkbarsten Verlusten der Universität. Sein Lehrbuch des schwedischen Zivilrechts galt als musterhafte Arbeit auf diesem Gebiet».

Es muss jedoch hinzugefügt werden, dass Schrevelius auch viel und oft kritisiert wurde. Der finnlandschwedische Jurist Robert MONTGOMERY, *Om bolagskontraktet i 1734 års lag*, Helsingfors 1870, S. 97-98, wies darauf hin, dass Schrevelius' Darstellung des Gesellschaftsrechts widersprüchlich war, was u.a. in der Auffassung, dass die Aktiengesellschaft keine juristische Person sei, zum Vorschein kam. Ein weiterer Kritiker von Schrevelius war Knut OLIVECRONA, siehe seine *Besprechung zu Schrevelius' Lehrbuch im Zivilprozessrecht*, in *Juridiska föreningens tidskrift*, 12 (1856), S. 92-109.

<sup>(76)</sup> ÅKE MALMSTRÖM, *Ur den juridiska fakultetens historia*, in *Juridiska fakulteten vid Uppsala universitet*, Uppsala 1976, S. 33.

<sup>(77)</sup> Siehe auch Jan Eric ALMQUIST, *Svensk juridisk litteraturhistoria*, S. 52-53.

gesellschaft den Mitgliedern gegenüber ein selbstständiges Rechts-subjekt sei. Olivecrona war sich darüber im Klaren dass diese Auffassung einen Bruch mit der schwedischen rechtswissenschaftlichen Tradition bedeutete, und es daher nicht ausgeschlossen war, dass er eine gewisse Kritik seitens der schwedischen Rechtswissenschaftler erwarten könne. Um einer solchen Kritik entgegenzutreten, hob er hervor, dass

« es wie eine Fiktion erscheinen mag, sich aber in Wirklichkeit so verhält ».

Bezeichnend für Olivecrona ist, dass er die Fiktion als eine theoretisch verwendbare und sogar überzeugende Lösung des Problems erachtete, wie man aus juristischer Sicht eine Erklärung dafür finden könnte, dass die Aktionäre lediglich mit den Einlagen im Unternehmen und nicht darüber hinaus haften sollten. Die Verbindung, die zwischen dem rechtlichen Charakter der Aktiengesellschaft als einer fingierten Person und der begrenzten Haftung der Teilnehmer, so wie Olivecrona sie sah, besteht, ist besonders auffallend in folgender Aussage Olivecronas:

« Da die Aktiengesellschaft als Einzelperson Verhandlungen und einem Dritten gegenüber Rechtsbeziehungen aufnehmen kann, verbleibt sie immer von den Mitgliedern getrennt. Die Aktiengesellschaft ist es, die Rechte erwirbt und einem Dritten gegenüber Verbindlichkeiten eingeht. Und alle obligatorischen Verbindlichkeiten, die anhand eines Vertrages zustandekommen, müssen in Verträgen, die die Aktiengesellschaft mittels ihrer Vorstands abschliesst, begründet liegen. Eine Folge davon ist ebenfalls, dass die Schulden einer Aktiengesellschaft aus dem Gesellschaftsvermögen der Aktiengesellschaft beglichen werden müssen soweit diese Mittel reichen. Zu diesem Vermögen der Aktiengesellschaft sind auch die Einlagen zu rechnen, zu denen sich einzelne Aktionäre zwar verpflichtet haben, deren Zahlung sie jedoch noch nicht geleistet haben. Die Schulden der Aktiengesellschaft werden also nur aus dem Gesellschaftsvermögen beglichen; das ist die Regel. Die einzelnen Aktionäre haften hingegen nicht mit ihrem Privateigentum für die Schulden der Aktiengesellschaft » (78).

---

(78) Knut OLIVECRONA, *Föreläsningar öfver den Svenska Civil-Rätten, 2 dra Hufvudafdelningen. Förmögenhetsrätten. II. Obligationsrätten, Vårterminen 1857*, No. 165, B 187 Nr. 10, Uppsala Universitetsbibliotek (UUB).

Das Vorlesungskompendium Olivecronas, das komprimiert in hektographierter Form herauskam, wurde allmählich eines der massgebenden zivilrechtlichen Lehrbuchkompendien des Jahrhunderts und wurde wiederholt neu aufgelegt. Im Kompendium wird weiter verdeutlicht:

« Die Aktiengesellschaft ist eine anonyme Gesellschaft, denn sie wird nur durch das Grundkapital repräsentiert; das neue, mittels Vertrag gebildete Rechtssubjekt wird nicht von mit Namen genannten Personen vertreten und hat keine ihr speziell verbundenen Personen, sondern nur da gesammelte Grundkapital » (79).

1868 erfolgte die Ernennung Olivecronas an den Obersten Gerichtshof und in seiner Eigenschaft als Justizrat hatte er Gelegenheit, sich praktisch für die Fiktionstheorie einzusetzen, die während der 1870-er Jahre auch von dem Obersten Gericht befolgt wurde. In einem Fall, der 1877 vor Gericht entschieden wurde äusserte sich Olivecrona folgendermassen, um die Rechtsnatur der Aktiengesellschaft zu erklären:

« Sobald eine Aktiengesellschaft rechtmässig gegründet wird, wird auch gleichzeitig eine juristische Person geschaffen, welche als ein eigenständiges Rechtssubjekt Rechtsverhältnisse sowohl mit Aussenstehenden als auch mit den Aktionären selbst aufnimmt. (...) Das Rechtsgeschäft, das von der Aktiengesellschaft durch ihren Vorstand vorgenommen wird, ist dementsprechend dasjenige der Gesellschaft und nicht das der einzelnen Aktionäre; wenn also die Rechte oder Pflichten der Aktiengesellschaft entweder einer dritten Person oder den Aktionären der Gesellschaft gegenüber zum Streitobjekt werden, und die Streitigkeiten vor Gericht geschlichtet werden sollen, ist es die juristische Person, die Gesellschaft, und es sind nicht die Aktionäre, die als Kläger oder als Beklagte auftreten » (80).

---

(79) Förmögenhetsrätt efter Professor K. Olivecronas Föreläsningar, hållna 1857 i Uppsala. II. *Obligationsrätten*, S. 579, B 187 g, UUB; siehe auch Anteckningar under prof. Olivecronas föreläsningar över den speciella kontraktsläran av Axel Petersson, värterminen 1857 i Uppsala, S. 214, Handschrift in SUB.

(80) NJA (*Nytt Juridiskt Arkiv*), 1877, S. 4. Siehe auch OLIVECRONAS Äusserungen in NJA, 1880, S. 20 und 1883, S. 31-32.

Olivecronas Einsatz in Bezug auf die Konstruktion der Rechtsnatur der Aktiengesellschaft wurde von Robert MONTGOMERY hervorgehoben, *Om bolags-*

Die Auffassung, dass die Aktiengesellschaft ein selbstständiges Rechtssubjekt sei, mit allem was dies mit sich bringt, wurde somit in der höchsten richterlichen Instanz gefestigt.

Diese neugewonnene Praxis erwies sich jedoch als nicht ganz problemlos. So praktisch die Fiktionstheorie, wie es sich herausgestellt hatte, zur Erklärung der begrenzten Haftung der Aktionäre war, so problematisch wurde sie, wenn man gezwungen war, die Haftungsfrage bei einem vom Schuldner begangenen Delikt zu beurteilen. Das Strafrecht galt nämlich nur für einen physischen Rechtsgegenstand und wenn ein festgestelltes subjektives Tatbestandsmerkmal vorhanden war. Es war jedoch schwer, die Forderung nach einem subjektiven Tatbestandsmerkmal mit dem Wesen der Rechtspersönlichkeit als fingiertes Rechtssubjekt zu vereinen. Die Schuldlehre liess keine Fiktion zu, da dies sich nicht mit der Axiomatik vertragen hätte, die der Strafrechtsordnung zugrunde lag. Für das Verhältnis zwischen Rechtspersönlichkeit und strafrechtlicher Verantwortung lag eine autoritative Anleitung von Friedrich Carl von Savigny vor:

« Das Criminalrecht hat zu thun mit dem natürlichen Menschen als einem denkenden, wollenden, fühlenden Wesen. Die juristische Person aber ist kein solches, sondern nur ein Vermögen habendes Wesen, liegt also ganz ausser dem Bereich des Criminalrechts. Ihr reales Daseyn beruht auf dem vertretenden Willen bestimmter einzelner Menschen, der ihr in Folge einer Fiction, als ihr eigener Wille angerechnet wird. Eine solche Vertretung aber, ohne eigenes Wollen, kann überall nur im Civilrecht, nie im Criminalrecht, beachtet werden. (...) Denn jedes wahre Delict setzt dolus oder culpa voraus, mithin Gesinnung und Zurechnung, kann also bey juristischen Personen eben so wenig angenommen werden, als bey Unmündigen und Wahnsinnigen » <sup>(81)</sup>.

In den Ausdruck « *societas delinquere non potest* » legte man genau diese Bedeutung, dem Prinzip folgend, dass die Aktien-

---

*kontraktet enligt 1734 års lag*, Helsingfors 1870, S. IX, der auch dessen Vorlesungen im Obligationenrecht an der Universität Uppsala besucht hatte.

<sup>(81)</sup> Friedrich Carl von SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, II, S. 312, 317.

gesellschaft als juristische Person deliktunfähig war und infolgedessen auch nicht geahndet werden konnte.

Die Fragstellung der Strafbarkeit einer juristischen Person wurde 1880 durch einen beachteten Fall am Obersten Gericht auf die Spitze getrieben. Dieser handelte von einem Gesellschaftsverwalter, ebenfalls Vorstandsmitglied und Aktionär in der Gesellschaft, der auf Grund dieser Auffassung von der Klage auf Fahrlässigkeit den Gläubigern gegenüber freigesprochen wurde<sup>(82)</sup>. Der Betreffende konnte nicht mit einem Schuldner gleich gestellt werden, weshalb die Bestimmung im Strafgesetz zur Haftbarkeit des Schuldners nicht zutraf.

Die reale Folge dieser Denkweise war, dass laut Gesetz eine Straftat vorlag, der man jedoch kein schuldiges oder vorsätzlich handelndes Subjekt zuordnen konnte. Die betreffende Person entging der Strafe aus dem einfachen Grund, dass die laut Definition nicht als Täter betrachtet werden konnte.

Sachlich erscheint dieses Urteil fast absurd, formal war es jedoch unanfechtbar. Dieses Urteil war auch das Resultat einer strikt formallogischen Überlegung, die stark an die deutsche Begriffsjurisprudenz erinnert.

Das Oberste Gericht entschied also den Fall nach begrifflichen Kriterien, ohne auf die rechtspolitischen Konsequenzen Rücksicht zu nehmen. Bei der Beurteilung der Strafbarkeitsfrage ging das Oberste Gericht von folgendem Syllogismus aus: zur Feststellung der Strafbarkeit war laut Strafrecht ein physisches Rechtssubjekt und ein festgestelltes subjektives Tatbestandsmerkmal (Imputation) vonnöten. Übertragen auf Schulddelikte bedeutete dieses Prinzip, dass nur ein physischer Schuldner, der in Konkurs gegangen war, auch dafür haftpflichtig gemacht werden konnte. Im vorliegenden Fall war es eine Aktiengesellschaft, die in Konkurs gegangen war, und wollte man nach allgemeinen konkursrechtlichen Regeln einen Konkurschuldner ermitteln, so war es noch am ehesten die Aktiengesellschaft selbst, der eine solche Rechtsstellung zukam. Die Aktiengesellschaft war jedoch eine juristische

---

<sup>(82)</sup> NJA, 1880, S. 20.

oder fingierte Person, weshalb sie deliktunfähig war. Die grundlegenden strafrechtlichen Voraussetzungen, die physische Rechtssubjektivität und vorsätzliches Handeln (Imputation) fehlten. Der Verwalter, der die Straftat begangen hatte, konnte der Fiktions-  
theorie zufolge nur als Vertreter der Aktiengesellschaft betrachtet werden und konnte in dieser seiner Eigenschaft nicht an die Stelle des Schuldners gesetzt werden. Wenn die Gesellschaft als persona ficta nicht für eine kriminelle Handlung bestraft werden konnte, so konnte a fortiori auch deren Vertreter nicht verantwortlich gemacht werden.

In juristisch technischem Sinn fehlte mit anderen Worten ein strafbarer Konkursschuldner, weshalb die Strafgesetze für Schuldvergehen ausser Kraft gesetzt wurden und der Verwalter auf freien Fuss gesetzt wurde.

Eine der Majorität des Obersten Gerichts gegenüber abweichende Meinung hatte jedoch Knut Olivecrona, der die vom Gericht angewandte Methode, aus dem Rechtspersonlichkeitsbegriff Entlastung für den Verwalter der Gesellschaft abzuleiten, kritisierte mit:

«Es ist zwar richtig, dass man eine kriminelle Bestrafung über eine Aktiengesellschaft als solche nicht verhängen kann, und dementsprechend kann die Aktiengesellschaft, wenn sie in Konkurs geht, auch nicht laut Kap. 23 des Strafgesetzes haftbar gemacht werden als betrügerischer, unredlicher oder fahrlässiger Schuldner; aber es ist ebenso wahr, dass jede Gesellschaft in ihren Unternehmungen von einem oder mehreren physischen Personen vertreten werden muss, welche im Namen der Gesellschaft mit den der Gesellschaft zukommenden Rechten und Pflichten den Betrieb leiten und Rechtsverhältnisse mit einem Dritten aufnehmen müssen».

Olivecrona war kein Gefangener eines so formaljuristischen Denkens, von dem die Majorität der Mitglieder des Obersten Gerichtshofes Zeugnis ablegten. Er stellte fest, dass, wenn eine Aktiengesellschaft ihre Bücher nicht auf die Art und Weise führte, wie das Gesetz es vorschrieb, und ein Konkurs erfolgte:

«wenn auf Seite des Schuldners, d.h., der Aktiengesellschaft, ein fahrlässiges Verhalten stattgefunden hat, wofür der oder die für die Geschäfte des Schuldners Bevollmächtigten die



Rechtsverantwortung tragen müssen, sie folglich auch, im Falle eines Prozesses, die Strafe auf sich nehmen müssen, die das Strafgesetz für solcherart Gesetzesübertretungen vorschreibt »<sup>(83)</sup>.

Um das Interesse der Gläubiger zu schützen kam eine Gesetzesänderung zustande: durch einen Nachtrag zum Strafgesetz wurde der Gesellschaftsbevollmächtigte mit dem Schuldner gleichgestellt<sup>(84)</sup>. Der Vorteil dieser Konstruktion war, dass die juristische Person, die sich in anderer Hinsicht als ein unabdingbares rechtsdogmatisches Instrument erwiesen hatte, weiterhin dem Aktienrecht als Basis dienen konnte.

5. *Johan Hagströmers Dissertation « Über die Aktiengesellschaft laut schwedischem Recht » (1872) und die Aktiengesellschaft gesehen als eine sachrechtliche Gemeinschaft der Aktionäre.*

Die Aktiengesellschaft war nach Olivecrona eine Rechtsform, die sich vor allem für industrielle Grossbetriebe eignete, die, entweder weil das Gründungskapital zu gross war oder weil die Gewinnchancen zu unsicher waren, nicht durch Einzelpersonen oder Handelsgesellschaften, deren Teilhaber gesamtschuldnerisch hafteten, zustande kommen konnten. Dass die Aktiengesellschaftsform Grossbetrieben vorbehalten sein sollte, war eine Auffassung, die der Entstehung des Aktiengesetzes von 1848 zugrunde lag<sup>(85)</sup>, und die man als Ausdruck der Idee betrachten kann, dass die begrenzte Haftung eine privilegierte Ausnahme von der sonst im Obligationenrecht geltenden Regel einer persönlichen, uneingeschränkten und solidarischen Haftung sei<sup>(86)</sup>.

<sup>(83)</sup> Ebenda.

<sup>(84)</sup> Kunglig förordning 6-10 1882.

<sup>(85)</sup> Siehe laguskottets betänkande 1845: 99, S. 16.

<sup>(86)</sup> Siehe Konstitutionsutskottets memorial 1850: 6, S. 16, wo u.a. betont wird, dass die begrenzte Haftpflicht für Aktionäre « wohl kaum anders betrachtet werden dürfte als eine von der allgemeinen Regel zur Schuldentilgung zugestandene Ausnahme, deren Rechtsgrund in dem für die Aktiengesellschaften in dem Gesetz abgefassten besonderen Umstand liegt, dass nicht die Mitglieder, sondern dass es der Vorstand sei, der verbindlich im Namen der Gesellschaft handelt und alle Geschäfte führt mit dem ein für alle Mal bestimmten durch die Aktien einge-

Um zu verhindern, dass die Form der Aktiengesellschaft von kleineren Betrieben oder von Betrieben mit einem anderen Geschäftskreis als Handel und Industrie in Anspruch genommen wurde, schrieb das Aktiengesetz von 1848 ein Konzessionsverfahren vor, was bedeutete, dass ein Unternehmen erst in den Genuss begrenzter Haftung kommen konnte, nachdem der Staat (Kungl Maj:t) nach Prüfung der Gesellschaftssatzung es sanktionierte. Das von der Gesetzgebung vorgeschriebene Prinzip für das Prüfungsverfahren gab jedoch keine detaillierte Auskunft darüber, welche Kriterien befolgt werden sollten. Das Gesetz verordnete kurz und bündig im ersten Paragraphen:

« Der König überprüft die Übereinstimmung des Gesellschaftsvertrags mit diesem Gesetz samt entscheidet, ob und inwieweit darüber hinaus in Bezug auf Breite und Beschaffenheit des Unternehmens Sonderbestimmungen vonnöten sind, sei es hinsichtlich der Sicherheit für die Erfüllung der Verbindlichkeiten der Aktionäre betreffs Aufsicht über die gebührende Befolgung gegebener Vorschriften, sei es zu einem anderen Zweck »<sup>(87)</sup>.

Diese allgemein gehaltene Formulierung schuf zweifelsohne Möglichkeiten für verschiedene Interpretationen. Bis in die 60-er Jahre des 19. Jahrhunderts herrschte jedoch die Auffassung, dass der Staat (Kungl. Maj:t) jeden Konzessionsantrag einer sachlichen Prüfung unterwerfen sollte, um festzustellen, ob die Zielsetzung der zukünftigen Aktiengesellschaft mit dem allgemein herrschenden wirtschaftspolitischen Kurs der Regierung übereinstimmte. Von Vertragsfreiheit konnte also auf diesem Gebiet keine Rede sein; der Staat konnte vorschreiben, welcher Art von Unternehmungen die Vorteile zugute kommen sollten, die die Aktiengesellschaft bot<sup>(88)</sup>. Die Voraussetzungen für ein willkürliches

---

brachten Kapitalbetrag. Aber eine solche Vereinigung setzt Unternehmen und Geschäfte in grossem Umfang in Handel und Industrie voraus und kann wohl kaum die vielfältigen kleineren Spekulationen betreffen, die weder besonderer Einsicht noch besonders grossen Kapitals bedürfen ».

<sup>(87)</sup> SFS 1848: 43.

<sup>(88)</sup> Zu Anfang der 1850-er Jahre erteilte der Staat einer Warenbeschaffungs-respektive Grundstücksverwaltungsgesellschaft eine Konzession, was eine Zurechtweisung seitens des Konstitutionsausschusses hervorrief, siehe Konstitu-

Prüfungsverfahren waren somit gegeben. Im Gutachten der Kreditgesetzgebungskommission von 1854 wurde diese konzessionspolitische Anschauung mit grosser Prägnanz vertreten:

« Da die Aktiengesellschaften durch ihre Aktien recht bedeutende Kapitalbeträge sammeln können, haben sie dadurch ein grosses monetäres Übergewicht. Wenn nun aber solche Gesellschaften für alle möglichen grösseren oder kleineren stattbaren Unternehmen gebildet würden ohne spezielle Erlaubnis oder ohne dass eine solche Erlaubnis aus anderen als aus reinen Rechtsgründen verweigert werden könnte, dann würden die kleineren Kapitalanlagen in einzelnen Zweigen von Handel und Industrie bald schutzlos dem Übergewicht der grossen Aktienkapitale ausgeliefert sein können, und letzteren würde sich bald die Möglichkeit bieten, unter Ausschluss aller Wettbewerbschancen für die ersteren, störend in die verschiedenen Erwerbsquellen der einzelnen Industrien einzugreifen, die schädigend, die sich in ihnen ihr Auskommen und die Mittel für ihren häuslichen Wohlstand gesucht haben »<sup>(89)</sup>.

In Anbetracht dessen sollte das Innenministerium (civildepartementet = das schwedische Ministerium für die örtliche Verwaltung und Beamtenangelegenheiten samt für Städtebau und Raumordnung, im Folgenden mit Innenministerium übersetzt) das Konzessionsprinzip mit der Absicht, die Konkurrenz einzuschränken und die kleinen Handwerksbetriebe zu schützen, anwenden. Der Standpunkt der Kommission fusste somit auf einer Art sozialpolitischer Denkungsweise; gleichzeitig findet man Andeutungen eines gewissen Misstrauens den Aktiengesellschaften und den grossen Kapitalakkumulationen, die durch sie ermöglicht wurden, gegenüber.

Während der 50-er Jahre kann man in der vom Innenministerium geführten Konzessionspolitik auch eine gewisse Zurück-

---

tionskottets meorial 1850: 6. Die gleiche Auffassung kam auch zum Ausdruck in *Lagberedningens förslag till Handelsbalk. Nya Motiver*, Stockholm 1850, S. 55 « Die Regierung solle Befugnisse zur Prüfung haben, ob die Gründung einer Aktiengesellschaft befürwortet oder abgelehnt werden soll hinsichtlich der Sittlichkeit oder Unsittlichkeit der geplanten Gesellschaft und mit Hinsicht auf deren Nutzen oder Schaden für die Allgemeinheit ».

<sup>(89)</sup> *Betänkande och förslag till ändringar i Kvedillagstifningen 1854*, Stockholm 1854, S. 67.

haltung feststellen <sup>(90)</sup>. Zwischen 1849 und 1854 wurden jährlich durchschnittlich sechs Aktiengesellschaften zugelassen. In dem Zeitraum von 1849-1859 wurden insgesamt 56 Aktiengesellschaften zugelassen.

Eine sichtlich verstärkte Zunahme der Anzahl konzessionierter Aktiengesellschaften stellte sich indessen nach 1864 ein. Zwischen 1865 und 1869 war die Zahl der jährlich zugelassenen Aktiengesellschaften 41, und die Gesamtzahl der zwischen 1859 und 1869 konzessionierten Aktiengesellschaften betrug 185, also mehr als eine Verdreifachung dem vorhergehenden Jahrzehnt gegenüber. Es wäre zwar naheliegend, dieses Wachstum der konzessionierten Aktiengesellschaften ausschliesslich auf die allgemeine Zuwachsrate der Aktiengesellschaften im ganzen Land zurückzuführen. Das dies nicht zutrifft, geht aus folgenden statistischen Vergleichen hervor. 1859 war die Zahl der «Gesellschaften auf Aktien» 67, die Zahl der Aktiengesellschaften hingegen 61. Die nicht konzessionierten Gesellschaften waren also mit 60% an der Gesamtanzahl der Aktiengesellschaften beteiligt. Mit der Liberalisierung der Konzessionspolitik während der 1860-er Jahre veränderten sich die Proportionen zwischen den beiden Gesellschaftstypen. 1888 belief sich die Zahl der nicht konzessionierten Gesellschaften nur noch auf 2% der Gesamtzahl der Aktiengesellschaften <sup>(91)</sup>.

Dieser markante Umschwung hat viel der 1864 durchgeführten Gewerbefreiheitsreform zu verdanken, die die gesetzliche Festlegung der Konkurrenzfreiheit veranlasste. So war nun der Weg geebnet für die Entwicklung einer kapitalistischen Marktwirtschaft. Gleichzeitig nahm auch die Konzessionstätigkeit des Innenministeriums eine liberalere Ausrichtung an. Das Prüfungsverfahren wurde jetzt ausschliesslich Formsache und die Prozedur ähnelte jetzt mehr einer Registratur. In der Praxis wurden dadurch Routinen entwickelt, die dem sog. Normativsystem gli-

---

<sup>(90)</sup> Carl-Axel NILSSON, *Svenska aktiebolag år 1859*, in *Från Fugger till Krueger. Studier tillägnade Oscar Bjurling*, Lund 1957, S. 71-85.

<sup>(91)</sup> Carl-Axel NILSSON, *Business Incorporations in Sweden. A Study of Enterprise 1849-1896*, S. 48, 53 und Torsten GÄRLUND, *Industrialismens samhälle*, Stockholm 1942, S. 196-197.

chen <sup>(92)</sup>. Anfangs war die Aktiengesellschaft eine Institution gewesen, deren Rechtsfähigkeit in einem staatlichen Privileg begründet lag, jetzt wurde, dadurch dass die Prüfung zu einem formalrechtlichen Verfahren reduziert wurde, daraus eine Rechtsform, deren sich jeder der wollte bedienen konnte als ein privatrechtliches Instrument zur Kapitalakkumulation und Betriebsorganisation.

Mit Rücksicht auf die wachsende Bedeutung, die die Institution der Aktiengesellschaft während der 60-er Jahre erlangte, zeigte folglich auch die Rechtswissenschaft den assoziationsrechtlichen Fragen ein entsprechend grösseres Interesse. 1872 disputierte Johan Hagströmer in Uppsala. Seine Dissertation lief unter dem Titel «Über die Aktiengesellschaft laut schwedischem Recht» und war die erste systematische Untersuchung der schwedischen Aktiengesetzgebung. Hagströmers Dissertation, eine für ihre Zeit ungewöhnlich gediegene Forschungsleistung, baute auf ein sehr umfangreiches Quellenmaterial auf. U.a. hatte Hagströmer die Konzessionspraxis des Innenministeriums geprüft, und es gelang ihm, gewisse allgemeine Züge des Prüfungsverfahrens und der Erteilung von Konzessionen aufzudecken. Dass Hagströmers Bericht in diesem Punkt mit den von Innenministerium befolgten Grundsätzen übereinstimmte, wurde von dem damaligen Innenminister (Civilminister) Axel Bergström öffentlich auf dem zweiten nordischen Juristentag 1875 in Stockholm bestätigt <sup>(93)</sup>.

Was allerdings in diesem Zusammenhang von grossem Interesse ist, sind Hagströmers Ermittlungen zur Frage der rechtlichen Natur der Aktiengesellschaft <sup>(94)</sup>. Ganz besonders kritisierte Hagströmer die Auffassung, dass die Aktiengesellschaft eine juristische Person sei. Man könne zwar behaupten, meinte er, dass die Fiktionstheorie einen positiven Dienst geleistet hatte, da man

---

<sup>(92)</sup> NILSSON, S. 43.

<sup>(93)</sup> *Föreläsningar vid Andra Nordiska Juristmötet i Stockholm den 26-28 augusti 1875*, Stockholm 1876, S. 79.

<sup>(94)</sup> Einen ausführlichen Bericht über die verschiedenen Theorien, die in der teilweise polemisch gefärbten deutschen Diskussion vorkamen, gibt Hans J. WOLFF, *Organschaft und juristische Person. Untersuchungen zur Rechtstheorie und zum öffentlichen Recht*, Bd. 1, Berlin 1933, S. 1-88.

mit Hilfe dieses Instruments Veränderungen im Rechtssystem erreichen konnte, die andernfalls nie praktisch möglich gewesen wären. Ebenfalls könne man der Fiktion einen gewissen didaktischen Wert nicht absprechen; wozu sie jedoch nicht taue, sei die Erklärung der positiven Rechtssätze und diese in ein System zu setzen:

«Die Fiktion ist und bleibt nichts anderes als eine Kurzform für einen positiven Rechtssatz mit dem Inhalt, dass ein gewisser Fall in juristischer Hinsicht so beurteilt wird als wäre er ein anderer; und dieser Rechtssatz ist dadurch nicht rückführbar auf das oder die Prinzipien des positiven Rechtssystems aufgrund derer sie ihre Erklärung finden. Verwendet man demnach die Fiktion innerhalb der positiven Rechtswissenschaft, so bedeutet dies, dass man den Versuch aufgibt, einen positiven Rechtssatz auf die allgemeinen Prinzipien zurückzuführen, auf denen das Rechtssystem ruht » <sup>(95)</sup>.

Eine Rechtswissenschaft, die die Aktiengesellschaft zu einer juristischen Person machte, befand sich daher Hagströmer zufolge auf dem Irrweg. Hagströmer behauptete ausserdem, dass das schwedische Recht in der Aktiengesellschaft kein selbstständiges Rechtssubjekt anerkenne. Auch auf die Mitglieder könne man sich nicht berufen, wenn es galt zu beweisen, dass es ausser ihnen noch ein Rechtssubjekt für die Aktiengesellschaft gäbe:

«Diejenigen, die eine solche Gesellschaft formen, haben sicherlich nicht die Absicht, einen Teil ihres Vermögens an ein neugeschaffenes, von ihnen unabhängiges Rechtssubjekt auszuhändigen; diesem Tatbestand sollte man die Bedeutung nicht absprechen, da ja die Gesellschaft erst aus ihrem Willen entsteht » <sup>(96)</sup>.

Die rechtliche Grundlage der Aktiengesellschaft fand Hagströmer stattdessen in einer Art sachrechtlicher Gemeinschaft der Aktionäre:

«Ohne Zweifel können die Aktionäre nämlich, zumindest ebenso gut wie gewöhnliche Miteigentümer jeder an seinem

---

<sup>(95)</sup> Johan HAGSTRÖMER, *Om aktiebolag enligt svensk rätt*, Uppsala 1872, S. 116.

<sup>(96)</sup> HAGSTRÖMER, S. 123.

ideellen Anteil am Vermögensgeschäft des Unternehmens als berichtigt aufgefasst werden. Aber betrachtet man sie von diesem Standpunkt aus, merkt man sehr leicht, dass das Miteigentümerrechtsprinzip nicht ausreicht, um bloss aus diesem das Verhältnis der Aktiengesellschaft zu bestimmen, sondern man muss jedem Aktionär einen rechtlichen Anspruch zuerkennen, der auf den übrigen ideellen Anteilen ruht und darauf hinausläuft, dass sie der Gesellschaft zweckdienlich sind. Juristisch gesehen ist dieser Anspruch, was den Sachenrechtsgegenstand der Gesellschaft betrifft, ein Sachenrecht in Bezug auf andere Rechtsgüter ist er ein damit analoges Recht » (97).

Das Bestreben Hagströmers war demnach, ohne die Hilfe der Fiktion eine rechtliche Konstruktion zu finden, die sich mit den «realen, positiven Ansprüchen des Rechts» deckte. Die Überlegenheit der Fiktionstheorie lag in ihrer Fähigkeit, auf eine anschauliche und überzeugende Weise die begrenzte Haftung der Aktionäre zu erklären. Der Prüfstein für Hagströmer war nun, die begrenzte Haftung mit dem restlichen Teil der Theorie in Einklang zu bringen. Die Frage des Verhältnisses der Aktiengesellschaft einer dritten Person gegenüber und weiter des Verhältnisses zwischen Aktionären und ihren jeweiligen Gläubigern wurde von ihm folgendermassen behandelt:

«Überträgt man diese Grundsätze auf die Rechtsverhältnisse der Aktiengesellschaft, so folgt, dass die dritte Person i.A. verpflichtet ist, die wechselseitigen Ansprüche der Aktionäre darauf zu akzeptieren, dass die in der Gesellschaft eingezahlten Vermögensstücke in ihrer Gesamtheit der Gesellschaft dienlich sein sollen, ein Anspruch der ihr gegenüber absolut ist, in Hinsicht auf das bewegliche Gut folgt weiterhin, dass dieses ja schon von dem Privatbesitz des Aktionärs losgelöst worden ist und zum Gemeingut der Gesellschaft, d.h., aller Aktionäre zusammengenommen, geworden ist, in Hinsicht auf das Grundeigentum dadurch, dass das Recht durch Eintragung ins Grundbuch bestätigt worden ist. Was das Verhältnis des Aktionärs zu seinen einzelnen Gläubigern betrifft, dürfte die allgemeine Rechtsauffassung dazu neigen in dieser Hinsicht die Ansprüche der übrigen Aktionäre mit dem Eigentumsrecht gleichzustellen, und der Grund hierzu liegt sicher tiefer als in einer juristischen

(97) Ebenda S. 125.

Personifizierung, nämlich darin, dass dieser Anspruch unvergleichlich viel stärker ist als anderweitige Rechtsansprüche fremdem Eigentum gegenüber, sogar so stark, dass es wie gesagt zweifelhaft ist, ob es sich lohnt, sich bei der rechtlichen Konstruktion an den Umstand zu halten, dass ein Aktionär der der Aktiengesellschaft Eigentum überlässt, ein eingeschränktes Dominium über einen ideellen Anteil behält, und wenn es nicht besser ist, das Recht, das er behält, als ein Recht niederen Ranges zu betrachten »<sup>(98)</sup>.

Wie aus dem Zitat herauszulesen ist, war Hagströmers Darstellung unklar, und es gelang ihm nicht, eine brauchbare Alternative zur Fiktionstheorie zu finden. Seine theoretische Konstruktion mündete nur in eine Reihe diffuser Behauptungen zum Eigentumsrecht und dazu analoger sachrechtlicher Positionen ein.

Auch unter den Juristen jener Zeit fand Hagströmer keinen Widerhall. Ganz im Gegenteil wurde er häftig kritisiert<sup>(99)</sup>. In einer Besprechung seiner Dissertation erklärte Knut Olivecrona, dass Hagströmers Konstruktion kaum den in der Praxis tätigen Juristen helfen könne und auch für die Theorie mitnichten als erfolgreicher Beitrag bezeichnet werden könne. Olivecrona, der sich in seiner Eigenschaft als Richter am Obersten Gericht in dieser Frage mit der Autorität eines Sachverständigen äussern konnte, hob die durch die Fiktionstheorie bereitete und bisher unübertroffene Lösung der auch von Hagströmer behandelten Probleme hervor:

« Die von dem Verfasser angegebenen Verhältnisse treten sehr leicht aus dem Dunkel hervor, wenn man annimmt, dass durch den Gesellschaftsvertrag eine juristische Person, die Gesellschaft, entsteht, die selbst Rechte und Pflichten hat; und damit vermeidet man, sich in eine juristische Konstruktion

---

<sup>(98)</sup> Ebenda S. 131-132.

<sup>(99)</sup> Ragnar BERGENDAL, *Aktiebolagets författning och dess yttre rättsförhållanden enligt svensk rätt*, Lund 1922, S. 6-7, behauptete fälschlicherweise, dass Hagströmers Ansicht « auch eine Zeit lang zu den unter den schwedischen Juristen allgemein anerkannten gehört hätte ». Es gehört auch hinzu, dass Bergendal Hagströmer missverstanden hat, wenn er behauptet, dass dieser ein Anhänger der sog. Sozietätstheorie war, die Hagströmer jedoch ablehnte. Siehe HAGSTRÖMER, S. 114-115.



zu verfluchten, die, wenn man ihr auch den ihr gebührenden Wert für ihre Findigkeit zuerkennt, doch nicht geeignet erscheint, Klarheit in der juristischen Terminologie zu schaffen » <sup>(100)</sup>.

Olivecrona verpasste auch nicht die Gelegenheit, in einem seiner Vota im Obersten Gerichtshof die Auffassung Hagströmers zu kritisieren, da sie, « indem sie nicht mit dem Geist der schwedischen Gesetzgebung übereinstimmt, zweifellos zu Verwicklungen und Inkonsequenzen führt » <sup>(101)</sup>.

Einen weiteren Beweis dafür, dass Hagströmers These zur Rechtsnatur der Aktiengesellschaft allgemein nicht anerkannt wurde, lieferte Ludvig Sandberg, der 1893 mit einer Dissertation unter dem Titel « Om bolags konkurs » (« Über den Konkurs der Gesellschaft ») disputierte:

« Hinsichtlich der Aktiengesellschaft dürfte inzwischen die Ansicht allgemein befürwortet und anerkannt sein, dass die Aktiengesellschaft eine juristische Person, ein eigenständiges Rechtssubjekt ist. Hagströmer, der die Frage zur Rechtsnatur der Aktiengesellschaft eingehend untersucht hat, verblieb zwar bei einer anderen Ansicht, aber soweit wir wissen steht er damit so ziemlich allein da. Und eins ist sicher, in der Praxis wird die Aktiengesellschaft allgemein als ein von den Mitgliedern getrenntes Rechtssubjekt behandelt » <sup>(102)</sup>.

6. *Die Kommission zur Ausarbeitung neuer Gesellschaftsgesetze von 1885 und rechtliche Fragen die Natur der Aktiengesellschaft betreffend.*

Als endlich auch in Schweden der industrielle Durchbruch eintraf, zeigte es sich, dass das Aktiengesetz von 1848 inhaltsmäßig zu knapp abgefasst war und ausserdem ein veraltetes wirtschaftliches und juristisches Denken widerspiegelte. Eine Reihe

<sup>(100)</sup> *Tidskrift för Lagstiftning, Lagskipning och Förvaltning*, utgiven af Christian Naumann, 9 (1872), S. 750.

<sup>(101)</sup> NJA, 1877, S. 4.

<sup>(102)</sup> Ludvig SANDBERG, *Om bolags konkurs*, Lund 1893, S. 79. Siehe auch John ASK, *Om de juridiska verkningarna af aktieteckning*, in NJA, II, 1886, S. 5-6.

juristischer Probleme folgten in der Spur der intensiven Gesellschaftsgründungen, die in den 70-er Jahren an Boden gewannen. Um diese Probleme zu lösen fehlten jedoch Anleitungen in der Gesetzgebung sowie in der Praxis. Besonders in einer Hinsicht waren die Gedankengänge, die für die alte Gesetzgebung massgeblich waren, überholt, nämlich in der Berechtigung des Staates, Gesellschaften zu konzessionieren. Wie oben erwähnt war jedoch das Konzessionsverfahren während der 1860-er Jahre in der Praxis schon zu einer einfachen Registratur reduziert worden, weshalb das anspruchsvolle Prüfungsverfahren eher einer sinnlosen Formalität glich, die jeglichen reellen Inhalts entbehrte. Die Gewerbefreiheitsreform, die während der 60-er Jahre durchgeführt worden war, führte zu einer so kräftigen Anschwellung von Gesuchen, dass das Innenministerium unmöglich jede eingereichte Gesellschaftssatzung kontrollieren konnte. Ausserdem meinte man, dass das materielle Prüfungsrecht, das durch das 1848-er Gesetz dem König zugeteilt war, gegen die wirtschaftlichen Grundprinzipien des Liberalismus verstosse. Man konnte zwar behaupten, dass die Entwicklung in der Praxis gezeigt hatte, dass der Staat der Vertragsfreiheit zugunsten sich seines Rechts enthielt, mittels des Konzessionsprinzips regulierend in das Unternehmertum einzugreifen; aber nichtsdestotrotz gab es noch eine potentielle Gefahr staatlicher Willkür. Daher wurden von verschiedenen Seiten Ansprüche laut, die Gesellschaftsgesetzgebung zu reformieren. 1885 setzte die Regierung schliesslich eine besondere Kommission für Gesellschaften ein mit der Aufgabe, neue Gesetzentwürfe auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts auszuarbeiten. Zum Sekretär der Kommission wurde Hjalmar L. Hammarskjöld ernannt, Dozent und später Professor des besonderen Privatrechts an der Universität Uppsala.

Hammarskjöld, dessen Unterrichtstätigkeit und rechtswissenschaftliches Schrifttum starke Einflüsse deutscher Rechtstradition aufwiesen, wurde allmählich zur leitenden Kraft der Kommission (103). Auch in der Arbeit am Gesetzentwurf spielte die deutsche

(103) Siehe z.B. HAMMARSKJÖLDS Dissertation *Om fraktafalet och dess viktigaste rättsföljder*, Uppsala 1886 samt Vorlesungskompendium *Förmögenhetsrätten efter jur kand Hammarskjölds kollegium VT, 1886*, Handschrift in SUB.

Gesetzgebung und Rechtswissenschaft eine vorherrschende Rolle. Eine häufig verwendete Quelle war das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch (ADHGB) von 1861. Zur Frage der rechtlichen Natur der Aktiengesellschaft hatte die Kommission, wie aus den Vorarbeitsunterlagen ersichtlich, vermutlich auf Anraten Hammarskjölds von der in dieser Frage äusserst umfangreichen deutschen Debatte, die nicht ohne polemische Züge seit den 50-er Jahren geführt worden war, Kenntnis genommen. Das Protokoll der Kommission gibt zwar keine Einzelheiten über den Verlauf der Diskussionen an, es lässt sich jedoch herauslesen, dass es zu keiner Meinungsverschiedenheit zwischen den Mitgliedern in Bezug auf die Rechtsnatur der Aktiengesellschaft gekommen war. So findet sich folgendes kurzgefasste Referat im Protokoll:

« Es kann nicht entschieden werden, ob Ausdrücke, die auf eine juristische Persönlichkeit hinweisen anzuwenden oder zu vermeiden sind. Einigkeit, dass Aktiengesellschaft ein von den Mitgliedern getrenntes Rechtssubjekt ist (?) » (104).

Dieser Standpunkt war massgeblich für den Gesetzentwurf und die endgültige Fassung des Gesetzes. Der Terminus juristische Person wird im Text selbst nicht erwähnt. In § 2 wird lediglich vorgeschrieben, dass eine Aktiengesellschaft nach der Registrierung an der eigens für diesen Zweck zuständigen Behörde « Rechte erwerben und Schuldigkeiten auf sich nehmen kann samt vor Gericht oder einer anderen Behörde ansuchen, klagen und sich verteidigen kann » (105). Die Kommission hat den Begriff juristische Person bewusst ausgeschlossen, um dadurch einer expliziten Stellungnahme in einer rechtswissenschaftlichen Streitfrage zu entgehen, die der Kommission nach

« hauptsächlich nur von theoretischen Interesse sei, und ein Versuch zu einer Lösung derselben von der Kommission nicht zu erwarten sei » (106).

---

(104) Hjalmar L. HAMMARSKJÖLDS lagstiftningssamling, Vol. 13, fol. 70, Uppsala Universitetsbibliotek.

(105) Förslag till lagar om enkla bolag och handelsbolag, om aktiebolag samt om föreningar för ekonomisk verksamhet m m, Stockholm 1890, S. 17; siehe auch Kungl. Maj:ts Proposition 1895; 6, S. 17 und S. 122-123.

(106) Förslag till lagar, S. 73.

Indem jedoch der Aktiengesellschaft durch die Registrierung die Stellung eines selbständigen Rechtssubjekts zuerkannt wurde, hatte die Kommission bewirkt, dass die Fiktionstheorie indirekt der Ausführung des Gesetzestextes das Gepräge gab. Insofern war das neue Gesetz nur eine Bestätigung der Rechtspraxis, die sich während der 70-er Jahre am Obersten Gerichtshof ausgebildet hatte.

Im Zusammenhang mit dem vom Obersten Gericht abgegebenen Gutachten zu dem neuen Aktiengesetzentwurf von 1895 richtete Justizrat Ernst Herslow, der ebenfalls Mitglied des Obersten Gerichtshofes war, eine scharfe Kritik gegen die Anwendung der *persona ficta*-Konstruktion. Wenn auch Herslow wenige Gesinnungsgenossen unter seinen Kollegen gehabt haben dürfte, ist es doch erwähnenswert, dass einer der höchsten Richter des schwedischen Reiches die Anwendung des Begriffs juristische Person auf die Aktiengesellschaft als ein Unglück der Zeit bezeichnete. Herslow, dessen politische Grundeinstellung wohl am besten mit sozialkonservativ charakterisiert werden kann, beobachtete die heranwachsende Polarität zwischen Arbeitgeber und Arbeitern mit grosser Besorgnis. In seiner Kritik des Aktiengesetzentwurfs widmete sich Herslow speziell der Frage der Rechte auf Unternehmergewinne <sup>(107)</sup>.

Wenn das Unternehmen aus einer Gesellschaft bestand, deren Mitglieder uneingeschränkt, persönlich und mit ihrem gesamten Eigentum für die Verpflichtungen der Gesellschaft hafteten, dann existierte Herslow zufolge ein Rechtsgrund, woraufhin sich der Unternehmer den gesamten Gewinn aneignete, da dieser ja auch einen eventuellen Verlust voll tragen musste. Im vorliegenden Fall war der Unternehmer ein wirkliches Risiko eingegangen. Anders verhielt es sich aber bei der Aktiengesellschaft, bei der das Risiko auf die Kapitaleinlage begrenzt war. Der Aktionär war hier nicht gezwungen, sich am Verlust der Gesellschaft mit mehr zu beteiligen als mit dem Geldwert seiner Aktien, ein Prinzip,

---

<sup>(107)</sup> Für eine ausführlichere Erläuterung der Kritik Herslows siehe Claes PETERSON, *Profit Shaving Between Employer and Employee. The Swedish Debate in Connection with the Passage of the Act of 1895 Relating to Shareholding Companies*, in *Scandinavian Studies in Law*, 25 (1982), S. 203-228.

das unbotmässig erschien, wenn man in Betracht zog, dass die Aktionäre vielleicht während mehrerer Jahre anhand von Dividenden grosse Gewinne aus der Geschäftstätigkeit der Gesellschaft und dem Arbeitseinsatz der Arbeiter gezogen hatten. Persönlich war Herslow diesen Dingen gegenüber kritisch eingestellt, und er stellte auch ihre juristische Grundlage in Frage:

« Die zur Verteidigung einer ähnlichen Eventualität hin und wieder angeführte Lehre, dass die Aktiengesellschaft eine von der Person des Aktionärs getrennte, sog. juristische Person sei, ist eine Fiktion, die, erfunden zur Erklärung wie eine zu einem bestimmten Zweck gesammelte Kapitalmasse Rechtssubjektivität besitzen kann, zwar vortrefflich mit der Befreiung der Aktionäre von der Haftung über ihre Einlagen hinaus übereinstimmt, aber sich nicht so gut verträgt mit ihrem Recht, den gesamten Gewinn untereinander zu teilen, wie gross dieser auch sein möge » <sup>(108)</sup>.

Herslow nach gewährte die *persona ficta*-Konstruktion eine juristische Legitimation für die begrenzte Haftung der Aktionäre und darin lag auch ihre hauptsächlich praktische Funktion. Die Fiktion erwies sich jedoch als weniger überzeugend, wenn es galt, so Herslow, das Recht der Aktionäre zu rechtfertigen, den Betriebsgewinn untereinander zu teilen. Auch war die Verbindung nicht logisch stringent. Auf der einen Seite wurden die physischen Personen zur Seite geschoben als rechtlich nicht verantwortlich für Schulden, die die Gesellschaft sich zugezogen hatte, und in diesem Fall war die Gesellschaft in ihrer Eigenschaft als selbstständiges Rechtssubjekt allein verantwortlich; auf der anderen Seite aber machten die physischen Personen ihr Recht geltend, wenn es zur Verteilung des Betriebsgewinns kam. Die beschränkte Haftung war demnach ein Privilegium, das den Aktionären seitens des Staates und der Gesellschaft gewährt wurde, und Herslow war der Ansicht, dass es nur konsequent sei, wenn gleichzeitig (mit der begrenzten Haftpflicht) auch das Recht der Mitglieder auf Gewinn beschränkt würde zugunsten der Angestellten, um so mehr als die begrenzte Haftung der Mitglieder für die Schulden

---

<sup>(108)</sup> Kungl. Maj:ts Proposition 1895: 6, S. 119.

der Aktiengesellschaft die Stellung des Personals weniger sicher machte trotz des Vorrechts auf ihre rückständigen Löhne, dass das Gesetz den Arbeitern zugestand.

Herslow fand jedoch kein Gehör für seine Gesichtspunkte. Die juristische Person war ein allzu wichtiges Instrument zur Kapitalbildung und Betriebsorganisation, um davon abstehen zu können. Ausserdem erschien Herslows Betrachtungsweise überhaupt als weltabgewandt in einer Zeit, in der die Tore weit aufgeschlagen waren für eine breitangelegte industriekapitalistische Entwicklung.

Das neue Aktiengesetz, das 1895 promulgiert wurde, schaffte das Konzessionssystem ab, das nun von einem Normativverfahren ersetzt wurde, dessen Grundprinzip darauf hinauslief, dass eine Aktiengesellschaft die Registereintragung erhält, wenn sie bei der Kontrolle aufweisen kann, dass sie dem im Gesetz angeführten Anforderungen nachkommen kann. Mit der Eintragung war wiederum die Rechtsfähigkeit der Aktiengesellschaft als selbständiges Rechtssubjekt verbunden. In seinen Motiven erläuterte die Kommission diesen Zustand auf folgende Weise:

« Die Eintragung in das Register ist nach Ansicht der Kommission von materieller Bedeutung, insofern als die Aktiengesellschaft erst durch die Eintragung als Subjekt für Rechte und Pflichten anerkannt wird. Erst durch die Prüfung, die der Eintragung vorausgehen soll, ist genügend Gewissheit vorhanden, dass eine Gesellschaft gegründet und den gesetzlichen Vorschriften gemäss organisiert worden ist; und bevor eine solche Gewissheit erreicht ist, darf der Staat (ihr) kein selbständiges Dasein als Rechtssubjekt zugestehen, was wesentliche Vorteile für die Mitglieder mit sich führt und sie von der persönlichen Haftung für ihre Verbindlichkeiten befreit, die andernfalls allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen folgen würden » (109).

Die Abschaffung des Konzessionssystems war selbst schon Ausdruck der wirtschaftlich liberalen Ideen, die auch in Schweden durch die Industrialisierung Vorrangstellung einnahmen. Der ideologische Inhalt der Reform tritt mit wünschenswerter Deutlichkeit in einem Vortrag mit dem Titel « Grundgedanken in der vor-

---

(109) Förslag till lagar, S. 109.

geschlagenen Gesellschaftsgesetzgebung», den Hjalmar Hammarskjöld 1895 bei der Volkswirtschaftlichen Gesellschaft (Nationalekonomiska föreningen) in Stockholm hielt, hervor. Hammarskjöld warnte davor, dass das Konzessionssystem leicht zu einem Instrument des Staates zur Beeinträchtigung des privaten Wirtschaftslebens werden könne:

«Die Massnahmen der Regierung hinsichtlich der Ausübung des Sanktionsrechtes können leicht den Anschein von Willkür bekommen, und desgleichen ist die Möglichkeit wirklicher Willkür immer vorhanden, auch wenn wir hierzulande nicht gewohnt sind, mit einer solchen Möglichkeit zu rechnen» <sup>(110)</sup>.

Eine Garantie für einen effektiven Schutz gegen den eventuellen Missbrauch der Aktiengesellschaftsform konnte durch staatliche Überwachungspflicht nicht geleistet werden, sondern musste der Eigenverantwortung des einzelnen Individuums überlassen werden. Hammarskjöld zufolge war es illusorisch zu glauben, dass der Staat Solidität und Gesellschaftsnutzen der Aktiengesellschaft prüfen könne, was er mit folgendem Beispiel erläuterte:

«Der grosse Aktienschwindel zu Anfang der 70-er Jahre war nicht minder verderblich in Wien als in Berlin, obwohl an ersterem Ort ein gültiges Sanktionssystem existierte. In der Tat ist eine voll befriedigende Überprüfung der ökonomischen Seite der Aktiengesellschaft kaum möglich, wenn, wie heutzutage in diesem Land, ein paar hundert Aktiengesellschaften jährlich gegründet werden. Ausserdem würde eine solche Überprüfung eine ständige Kontrolle der Geschäftstätigkeit der Gesellschaft als Komplement dazu erfordern. Diese Kontrolle würde als äusserst lästig empfunden werden und könne ohne einen ganzen Stab von Beamten nicht ausgeführt werden. Unter solchen Umständen kann die Anwendung des Sanktionssystems nur einschläfernd auf die Wachsamkeit des Einzelnen wirken, und im Falle eines Unglücks den Hang hervorrufen, der Sanktionsbehörde die Schuld zuzuschieben» <sup>(111)</sup>.

---

<sup>(110)</sup> Hjalmar L. HAMMARSKJÖLD, *Grundtankarna i den föreslagna bolagstiftningen. Föredrag på Nationalekonomiska föreningens sammanträde den 7 februari 1895*, in *Nationalekonomiska föreningens förhandlingar under förra halfåret 1895*, Stockholm 1895, S. 10.

<sup>(111)</sup> HAMMARSKJÖLD, S. 11.

Die merkantilistisch gefärbten Argumente, die für die Beibehaltung des Konzessionssystems angeführt wurden, wurden von Hammarskjöld als unzeitgemäss und irrelevant abgewiesen. In einer Wirtschaft, die auf dem Boden des freien Unternehmertums stand, durfte die Gesetzgebung der wirtschaftlichen Entwicklung nicht im Wege stehen. In der Praxis war man diesem Gebot schon nachgekommen. Mit dem neuen Aktiengesetz ging man nun auch in formal juristischer Hinsicht aufs Ganze: sowohl das Normativverfahren als auch die Stellung der Aktiengesellschaft als selbstständiges Rechtssubjekt wurden im Gesetz verankert.





WERNER SCHUBERT

## DIE GESELLSCHAFT MIT BESCHRÄNKTER HAFTUNG. - EINE NEUE JURISTISCHE PERSON

### I. EINLEITUNG.

« Dasjenige Land », so führte der nationalliberale Abgeordnete Oechselhäuser in der 1. Lesung der Aktienrechtsnovelle von 1884 im Reichstag aus <sup>(1)</sup>, « welches die sichersten, einfachsten und mannigfachsten Rechtsformen für die Vereinigung von Kapital und Personen » biete, müsse « vor anderen Nationen, die hierin zurückbleiben, einen wirthschaftlichen Vorsprung gewinnen ». Viel zu lange sei man auf dem Gebiete des Handelsrechts auf den französischen Bahnen gewandelt: « Verlassen wir dieselben einmal und bilden wir die Organisationen aus, die auf deutschem Boden gewachsen sind ». Die Forderung nach einer neuen Gesellschaftsform, sei es eine Zubußgesellschaft nach dem Muster des preussischen Berggesetzes von 1865 <sup>(2)</sup>, sei es eine offene Handelsgesellschaft mit beschränkter Haftung, steht im Zusammenhang mit den Bestimmungen des Aktienrechts von 1884 <sup>(3)</sup>, nach denen die Gründung neuer Gesellschaften sehr erschwert worden war

---

<sup>(1)</sup> *Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages*, V. Legislaturperiode, IV. Session, 1884, S. 221 (24.1.1884); hieraus auch die folgenden Zitate.

<sup>(2)</sup> *Allgemeines Berggesetz für die Preussischen Staaten vom 24.6.1865*, in *Gesetzsammlung für die Königlich Preussischen Staaten*, 1865, S. 705 ff. (zur Entstehung dieses Gesetzes vgl. W. WINKLER, *Bergbaurecht und Grundeigentum*, in *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jht.*, Bd. IV, Frankfurt am Main 1979, S. 101 ff. m.w.N.).

<sup>(3)</sup> *Reichsgesetzblatt*, 1884, S. 123 ff. (hierzu u.a. SCHUBERT, in *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, 1981, S. 312 ff.).

und die Gründer, der Vorstand und die Aufsichtsratsmitglieder einer strengen Haftung unterlagen <sup>(4)</sup>. Das Aktienrecht von 1884 erwies sich insbesondere für Kolonialunternehmungen als wenig praktikabel und drohte die Wettbewerbsfähigkeit deutscher Unternehmer gegenüber den englischen Kolonialgesellschaften zu gefährden. Der « ungeheure Umfang, in welchem in England und seinen Kolonien das Aktiengesetz formal mißbraucht » werde, so Oechselhäuser <sup>(5)</sup>, liefere « einen ebenso eklatanten Beweis für die wirtschaftliche Notwendigkeit, Gesellschaftsformen auf individualistischer Grundlage aber mit beschränkter Haftbarkeit zu schaffen und es nicht darauf ankommen zu lassen, daß sich der formale Mißbrauch des Aktiengesetzes schließlich auch bei uns einbürgert, weil legale Wege für Erfüllung nothwendiger wirtschaftlicher Aufgaben nicht vorhanden sind. Die zu Tausenden in England und insbesondere seinen Kolonien empor schießenden Limited-Gesellschaften beobachten nur die vorgeschriebene Form der Aktiengesellschaftsgründung, unter Zuziehung einiger Strohmänner, die je 1 Pfund Sterling zeichnen, um die gesetzliche Zahl 7 zu ergänzen; von da ab bewirtschaften die eigentlichen Theilhaber ihr Kapital in derselben Freiheit wie die Theilhaber einer offenen Handelsgesellschaft und kümmern sich nicht im Mindesten mehr um die Vorschriften des Aktiengesetzes. Es ist dabei charakteristisch für die praktische und vor allem geschäftsmäßige englische Anschauungsweise, welche überhaupt als Grundprinzip die möglichste Freiheit der Assoziation anerkennt, wie ruhig die Regierung diesem ungeheuren formalen Mißbrauch des Aktiengesetzes ... zusieht, weil eben diese kleinen Pseudo-Aktiengesellschaften wirtschaftlich vorthellhaft, weil sie aus einem berechtigten Drang nach Verbindungen mit beschränkter Haftbarkeit hervorgegangen sind und sicherlich zum großen, vielleicht größten Theil auf dem Boden der Solidarhaft nicht entstanden sein würden ».

---

<sup>(4)</sup> Zum Aktienrecht von 1870 vgl. SCHUBERT, l.c., S. 285 ff.

<sup>(5)</sup> OECHSELHÄUSER in einer Denkschrift vom 28.4.1888: « An die preussischen Handelskammern und kaufmännischen Korporationen » (zitiert nach den Schriften des Vereins zur Wahrung der wirtschaftlichen Interessen von Handel und Gewerbe, Nr. 25: *Die Erweiterung des Handelsrechts durch Einführung neuer Gesellschaftsformen*, Berlin 1891, S. 55).

In der Diskussion der Jahre 1884 bis 1889 über die Schaffung einer neuen Gesellschaftsform spielte der Begriff der «individualistischen» und der «kollektivistischen» Gesellschaft eine maßgebende Rolle. Der Sache nach entsprechen diese Begriffe der heutigen Unterscheidung zwischen der personalistischen und der kapitalistischen Struktur einer Gesellschaft. Ein Teil der Autoren, die nach Erlaß der Aktienrechtsnovelle eine neue Gesellschaftsform verlangten, traten für einen Gesellschaftstypus ein, der in seinem Aufbau der Aktiengesellschaft oder der bergrechtlichen Gewerkschaft mit ihrer Nachschußpflicht nahekam. Die Anteile sollten nur durch Zession und nicht durch Indossament oder nach sachenrechtlichen Grundsätzen übertragbar sein. Eine andere Richtung wollte es im wesentlichen bei den Bestimmungen der offenen Handelsgesellschaft (OHG) belassen und diese nur insoweit abändern, als dies die beschränkte Haftbarkeit der Gesellschafter erforderte. Allerdings sollte man sich von den Schlagworten «individualistisch» und «kapitalistisch» nicht dazu verleiten lassen, die Konzeption der einzelnen Autoren in dieses starre Schema zu pressen. Vielmehr traten die meisten von ihnen für ein Mischsystem ein, damit alle geltend gemachten Bedürfnisse befriedigt werden konnten.

Die Rechtsform der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) ist ein «Produkt bewußter Rechtsschöpfung durch den Gesetzgeber»<sup>(6)</sup> des ausgehenden 19. Jahrhunderts. Nach § 13 Abs. 1 GmbHG<sup>(7)</sup> hatte die Gesellschaft «als solche selbständig ihre Rechte und Pflichten». Sie konnte «Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen oder verklagt werden». Die Frage, ob die GmbH als juristische Person zu betrachten sei, sollte damit nicht entschieden werden. Die Motive zur Reichstagsvorlage bezeichneten diese Frage als «im Wesentlichen theoretischer Natur»<sup>(8)</sup>; sie sollte deshalb der

---

(6) H. E. FEINE, *Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung*, in *Handbuch des gesamten Handelsrechts*, hrsg. von V. EHRENBURG, III. Abt., Bd. 3, Berlin 1929, S. 1.

(7) *Reichsgesetzblatt*, 1892, S. 477 ff.

(8) *Sten. Berichte über die Verhandlungen des Reichstags*, 8. Legislaturperiode, I. Session, 1890-92, Anlagenband 5, Aktenstück Nr. 660, S. 3737.

Wissenschaft überlassen bleiben. Die Formulierung des § 13 GmbHG schloß sich dem Art. 213 des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs von 1861 <sup>(9)</sup> an, der das Ergebnis eines Kompromisses in der Nürnberger Konferenz gewesen war. Hier hatte Preußen den Antrag vorgelegt, in einem Art. 87 <sup>(10)</sup> zu bestimmen: « Jede Handelsgesellschaft als solche hat selbständig ihre Rechte und Pflichten und ihr besonderes Vermögen; sie kann vor Gericht klagen und verklagt werden; sie kann auf ihren Namen Grundstücke und Forderungen erwerben ». In den Motiven zu dieser Bestimmung ist ausgeführt, daß der rechtlichen Natur der Handelsgesellschaft in der Tat die Annahme einer juristischen Persönlichkeit derselben entspreche <sup>(11)</sup>: « Indessen kann füglich überhaupt davon Abstand genommen werden, die Handelsgesellschaft unter einen hergebrachten civilrechtlichen Rechtsbegriff unterzuordnen; der richtige Gesichtspunkt ist gewahrt, wenn die durch das Leben herausgebildete Anschauung, daß die Handelsgesellschaft selbständig ihre Rechte und Pflichten, sowie ihr besonderes, von dem Privatvermögen der Gesellschafter völlig getrenntes Vermögen hat, als Rechtssatz anerkannt wird ». In den Kommissionsberatungen wurde die Bestimmung des Art. 87 des preussischen Entwurfs für die Personengesellschaft abgelehnt und lediglich für die Aktiengesellschaft mit 9 gegen 6 Stimmen beibehalten <sup>(12)</sup>. Allerdings sollte damit nicht von Gesetzes wegen anerkannt werden, daß die Aktiengesellschaft als juristische Per-

---

<sup>(9)</sup> Vollständig abgedruckt u.a. im *Bundes-Gesetzblatt des Norddeutschen Bundes*, 1869, S. 379 ff. (hierzu W. SCHUBERT, *Die Einführung der Allgemeinen Deutschen Wechselordnung und des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs als Bundesgesetze*, in *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht* [ZHR], Bd. 144 [1980], S. 484 ff.).

<sup>(10)</sup> Art. 87 des Entwurfs eines Handelsgesetzbuchs für die Preussischen Staaten, Berlin 1857.

<sup>(11)</sup> *Motive zum Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die Preussischen Staaten*, Berlin 1857, S. 47. Vgl. dazu auch die weiterführenden Hinweise von Th. BAUMS, *Gesetz über die Aktiengesellschaften für die Königlich Preussischen Staaten vom 9. Nov. 1843*. Text und Materialien (Neudrucke privatrechtlicher Kodifikationen und Entwürfe des 19. Jhts., Bd. 5), Aalen 1981, S. 31 ff., 41 ff.

<sup>(12)</sup> Vgl. *Protokolle der Kommission zur Berathung eines allgemeinen Handelsgesetzbuchs*, hrsg. von J. LUTZ, III. Theil, Würzburg 1858, S. 1069 f.; hieraus auch das folgende Zitat.

son zu gelten habe. In den Protokollen der Kommission heißt es zu dieser Frage: « Mehrere Mitglieder hielten dafür, daß man nicht umhin könne, den Aktiengesellschaften juristische Persönlichkeit beizulegen; denn bei ihnen seien die Verhältnisse wesentlich anders als bei den übrigen Handelsgesellschaften, bei ihnen komme z.B. auf den Wechsel der Personen gar nichts an, bei ihnen ständen den Gesellschaftern keine direkten Rechte auf die einzelnen Vermögensstücke der Gesellschaft zu und dergl. Noch andere der Abgeordneten aber erklärten, daß sie zwar für die Beibehaltung der Fassung des Entwurfs stimmen würden, da das Wesen der Aktien-Gesellschaft völlig verschieden von dem einer offenen Gesellschaft sei, daß sie aber gleichwohl nicht die Absicht hätten, eine juristische Persönlichkeit der Aktiengesellschaften hiermit anzuerkennen ». In der Folgezeit war aufgrund dieser Ausführungen in den Protokollen in der Rechtslehre umstritten, ob die Aktiengesellschaft als juristische Person (Korporation) oder nur als eine handelsrechtliche Sozietät, die der juristischen Person sehr nahe kam, anzusehen war <sup>(13)</sup>. Der Gesetzgeber hat diese Frage, trotz der dreimaligen Novellierung des Aktienrechts, erst 1937 im Sinne der Annahme einer juristischen Person entschieden <sup>(14)</sup>. Doch hatte sich bereits zwischen 1870 und 1890 bei nur wenigen Gegenstimmen die Ansicht durchgesetzt, daß die Aktiengesellschaft im Gegensatz zur OHG als juristische Person angesehen werden müsse. Da der Gesetzgeber in § 13 GmbHG die Definition des § 213 HGB übernommen hat, bestand in der Rechtslehre bald kein Zweifel darüber, daß auch die GmbH als juristische Person zu gelten hatte <sup>(15)</sup>. Aus diesem Grunde erscheint es gerechtfertigt, die Thematik dieses Aufsatzes unter

---

<sup>(13)</sup> Vgl. den Überblick über diesen Meinungsstreit bei SCHUBERT (Hrsg.), *Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Allgemeiner Teil von Albert GEBHARD*, Teil I, 1981, S. 539 f. (ablehnend u.a. Thöl, Dernburg und Puchelt).

<sup>(14)</sup> Vgl. § 1 des Aktiengesetzes von 1937: « Die Aktiengesellschaft ist eine Gesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit, deren Gesellschafter mit Einlagen auf das in Aktien zerlegte Grundkapital beteiligt sind, ohne persönlich für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft zu haften ».

<sup>(15)</sup> Vgl. dazu allgemein SCHOLZ-WINTER, in *Kommentar zum GmbH-Gesetz*, 6. Aufl., Köln 1976, Rdn. 2 ff. zu § 13.

dem Gerichtspunkt der Erweiterung des Kreises der juristischen Personen <sup>(16)</sup> zu behandeln.

Im Mittelpunkt der Abhandlung soll nicht die Entstehungsgeschichte des GmbH-Gesetzes im engeren Sinne stehen, sondern die rechtspolitische Diskussion in der handelsrechtlichen Literatur und in den Gutachten des Handelsstandes, da diese die Konzeption des Gesetzgebers maßgeblich mitbestimmt haben <sup>(17)</sup>. Als Gegenstände von Unternehmen, für die eine neue Gesellschaftsform gefordert wurde, wurden, von den Kolonialgesellschaften und dem gewöhnlichen Handelsgewerbe abgesehen, die Verwertung von Patenten, der Ankauf von Grundstücken zur Parzellierung und Bebauung, die Anlage landwirtschaftlicher Fabriken, namentlich von Zuckerfabriken, und die Fortführung von Einzelunternehmen aller Art innerhalb der Familie genannt.

## II. DIE VORSCHLÄGE ZUR SCHAFFUNG EINER NEUEN GESELLSCHAFTSFORM.

### 1. *Wilhelm von Oechselhäuser.*

Oechselhäuser legte im Februar 1884 als erster detaillierte Vorschläge zur Schaffung einer neuen Gesellschaftsform vor, so daß er als der geistige Vater des GmbH-Gesetzes bezeichnet

---

<sup>(16)</sup> Nicht weiter nachgegangen werden soll hier den von der Rechtslehre entwickelten Theorien der Juristischen Person (vgl. dazu u.a. U. JOHN, *Die organisierte Rechtsperson. System und Probleme der Personifikation im Zivilrecht*, Berlin 1977, S. 22 ff.; F. WIEACKER, *Zur Theorie der Juristischen Person des Zivilrechts*, in *Festschrift für E. R. Huber*, Göttingen 1973, S. 339-383).

<sup>(17)</sup> Die Entstehung des GmbH-Gesetzes ist wiederholt dargestellt worden (vgl. u.a. FEINE, aaO. [Fn. 6], S. 1-12; F. FRÄNKEL, *Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Eine volkswirtschaftliche Studie*, Tübingen 1915, S. 5-27; J. LIMBACH, *Theorie und Wirklichkeit der GmbH. Die empirischen Normaltypen der GmbH und ihr Verhältnis zum Postulat von Herrschaft und Haftung*, Berlin 1966, S. 12-18; W. HADDING, in *Vom Reichsjustizamt zum Bundesministerium der Justiz*, Köln 1977, S. 307 ff.); doch gehen diese Darstellungen nicht auf die rechtspolitischen Vorschläge im einzelnen und die Verhandlungen im Bundesrat ein, so daß es gerechtfertigt erscheint, insbesondere die rechtspolitische Diskussion noch einmal nachzuzeichnen.

werden kann. Nach den Vorschlägen sollten hinter § 149 HGB unter der Überschrift: «*Von den Handelsgesellschaften mit beschränkter Haftpflicht*» folgende Bestimmungen eingeschaltet werden <sup>(18)</sup>:

§ 1. Eine Handelsgesellschaft mit beschränkter Haftbarkeit ist vorhanden, wenn zwei oder mehr Personen ein Handelsgewerbe oder sonstiges Unternehmen unter gemeinschaftlicher Firma betreiben und bei sämtlichen Gesellschaftern die Beteiligung, mit Ausschluß jeder weiteren persönlichen Haftung, auf bestimmte Vermögenseinlagen beschränkt ist. - Jede Firma muß den Zusatz «mit beschränkter Haftbarkeit» (oder in Abkürzung: «B.H.») enthalten. - Zur Giltigkeit des Gesellschaftsvertrages und jeder Abänderung desselben bedarf es der schriftlichen Abfassung.

§ 2. Auf die Handelsgesellschaft mit beschränkter Haftbarkeit finden die Bestimmungen Buch II Titel I des Handelsgesetzbuches über die offenen Handelsgesellschaften entsprechende Anwendung, insofern sie nicht durch nachfolgende Bestimmungen abgeändert oder ergänzt werden.

§ 3. In der Anmeldung beim Handelsgericht (§ 86 des Handelsgesetzbuches) ist die Höhe des Grundkapitals anzugeben, auf welches sich die Gesamthaftbarkeit der Gesellschafter beschränken soll, ebenso die Beteiligung jedes einzelnen Gesellschafters an diesem Grundkapital. - Desgleichen ist der Anmeldung beizufügen: a) eine Abschrift des Gesellschaftsvertrages in beglaubigter Form; b) die schriftliche Erklärung, daß mindestens die Hälfte

---

<sup>(18)</sup> OECHSELHÄUSER, aaO. (Fn. 5), S. 59-61, - Wilhelm v. OECHSELHÄUSER (1820-1902) stammte aus einer Fabrikatenfamilie in Siegen. Nach einer kaufmännischen und technischen Ausbildung war er drei Jahre lang Sekretär des Reichshandelsministeriums und der Zentralbundeskommission in Frankfurt am Main (1848-1851). 1852-1856 Bürgermeister von Mühlheim a.d. Ruhr. 1856-1890 stand er an der Spitze der Deutschen Kontinental-Gasgesellschaft in Dessau. 1878-1893 gehörte er dem Reichstag an. Oechselhäuser ist Verfasser mehrerer Schriften zur Reform des Gesellschaftsrechts und zur sozialen Frage. Als Begründer und Präsident der Shakespeare-Gesellschaft gab er die Werke Shakespeares und eigene Monographien über das Werk dieses Dramatikers heraus (Über Oechselhäuser vgl. u.a. den Nachruf im *Biographischen Jahrbuch. Deutscher Nekrolog*, Bd. VII [1905], S. 54-61 m.w.N.).



des Gesellschaftskapitals baar eingezahlt oder in bestimmten Vermögensobjekten in die Firma eingebracht sei; im letzteren Falle ist ein Inventarium dieser Vermögensobjekte beizufügen. - Auch diese Anlagen sind von sämtlichen Gesellschaftern persönlich vor dem Handelsgericht zu unterzeichnen, oder in beglaubigter Form einzureichen (§ 88 des Handelsgesetzbuches).

§ 4. In der Veröffentlichung des Handelsgerichts (§ 13 des Handelsgesetzbuches) muß die Höhe des Gesellschaftskapitals, auf welche sich die Gesamthaftbarkeit der Gesellschafter beschränkt, angegeben werden.

§ 5. Die Gesellschafter haften für alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft solidarisch, jedoch nur bis zur Höhe des eingetragenen Grundkapitals (§ 3). Waren also die Einlagen nicht voll eingezahlt, so sind sämtliche Gesellschafter für alle nicht eingezahlten Beträge solidarisch verhaftet.

§ 6. Bis zur Wiedergängung des durch Verlust verminderten Grundkapitals dürfen die Gesellschafter weder Zinsen noch Gewinn beziehen. Wird den vorstehenden Bestimmungen entgegen gehandelt, so haften die Gesellschafter für die Rückerstattung verteilter Beträge solidarisch.

§ 7. Wird das Grundkapital, sie es durch Erhöhung der Einlagen der ursprünglichen Gesellschafter, sie es durch Hinzutritt neuer Gesellschafter, über den zum Handelsregister angemeldeten Betrag erhöht, so ist dies sofort beim Handelsgericht anzumelden und von diesem zu veröffentlichen. - Das gleiche Verfahren findet statt, wenn durch Austritt eines Gesellschafters, oder in Folge einer Vereinbarung sämtlicher Gesellschafter, das eingetragene Grundkapital (§ 3) vermindert werden soll. Eine solche Veränderung des Grundkapitals durch Zurückzahlung oder Erlaß von Einlagen darf nicht vor Ablauf eines Jahres nach der Eintragung in das Handelsregister erfolgen. Für die Erstattung früher zurückgezahlter oder erlassener Beträge haften die Gesellschafter solidarisch.

§ 8. Der Tod oder die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen Eines der Gesellschafter, oder die eingetretene rechtliche

Unfähigkeit eines der Gesellschafter zur selbständigen Vermögensverwaltung (§ 121, 2 und 3 des Handelsgesetzbuches) hat nur dann die Auflösung der Gesellschaft zur Folge, wenn dieselbe im Gesellschaftsvertrage ausbedungen ist, oder der verstorbene Gesellschafter mit ausgeschriebenen Einlagen im Rückstand war und die Erben desselben oder die übrigen Gesellschafter sich weigern, die solidarische Haftbarkeit (§ 7) für seine Beteiligung am Geschäftskapital fortbestehen zu lassen.

Zur neuen Gesellschaftsform nahm Oechselhäuser am 24.3. und am 28.6.1884 bei den Beratungen über die Aktienrechtsnovelle Stellung. In einer an die preußischen Handelskammern und kaufmännischen Korporationen gerichteten Denkschrift vom 28.4.1888 faßte er dann seine Vorschläge zur Reform des Gesellschaftsrechts zusammen: Vom wirtschaftlichen Standpunkt aus lasse sich nicht in Abrede stellen, daß sich mit Hilfe einer Kapitalgesellschaft keine so hohe Verwertung des Kapitals und der menschlichen Intelligenz erreichen lasse wie bei einer Gesellschaft auf rein individualistischer Basis, bei der Kapital und Intelligenz der Besitzer in unmittelbare Verbindung träten <sup>(19)</sup>: « Mit gleichem Kapital und gleicher Menschenkraft erzeugen die individualistischen Gesellschaften unbedingt höhere Werthe als die kapitalistischen ». Ohne Beschränkung auf bestimmte Gesellschaftszwecke forderte Oechselhäuser die Übertragung der beschränkten Haftbarkeit auf die OHG: « Die Abwendung von der Solidarhaft mußte naturgemäß wachsen, je mehr sich mit den kapitalistischen Gesellschaftsformen das Prinzip der beschränkten Haftbarkeit einbürgerte, also Möglichkeit und Gelegenheit wuchsen, sein Kapital anzulegen, ohne darüber hinaus Verpflichtungen einzugehen oder gar selbstthätig mitzuarbeiten. Allein die Steigerung der Bedenken gegen die Solidarhaft hat auch noch andere Ursachen, die in der Zeitrichtung liegen. Der Umfang und Umsatz der Geschäfte haben sich gegen frühere Zeiten enorm gehoben, leider gleichzeitig auch die Genußsucht und andere soziale Schäden subjektiver Natur. In gleichem Maße mußten die Bedenken gegen das Eingehen von Verbindungen steigen, wobei der Federstrich

---

(19) OECHSELHÄUSER, aaO. (Fn. 5), S. 53; hieraus auch das folgende Zitat.

eines leichtsinnigen Kumpagnons oder Prokuristen, weit über das Gesellschaftsvermögen hinaus, das Privatvermögen, ja die kaufmännische und bürgerliche Ehre eines Theilhabers vernichten kann. Thatsächlich hält, aus diesen und noch anderen Gründen, die Solidarhaft in großem, stets steigendem Umfang von der Gründung neuer geschäftlicher Unternehmungen ab, für welche man gern ein begrenztes, aber kein unbegrenztes und unüberschaubares Risiko eingehen möchte, wofür aber auch wieder die kapitalistischen Gesellschaftsformen wegen ihres kostspieligen und nur auf große Verhältnisse angelegten Organismus nicht passen». Aus diesem Grunde solle man die individualistische Gesellschaftsform weiter entwickeln und eine beschränkte Haftbarkeit der Gesellschafter zulassen. Zwar befürwortete Oechselhäuser auch die Ausdehnung der bergrechtlichen Gewerkschaft auf das gesamte wirtschaftliche Gebiet <sup>(20)</sup>. Allein es sei ebenso klar, daß «die gewerkschaftliche wie überhaupt jede rein kapitalistische Form für mittlere und kleinere Unternehmungen und insbesondere für alle Vereinigungen auf individualistischer Grundlage unpassend, ja meist ganz unmöglich ist, und daß es ferner vom Standpunkte der Theilhaber wie der Gläubiger, mehr wie bedenklich wäre, das Grundprinzip der Gewerkschaft auf Geschäfte solcher Art anwenden zu sollen, also dem Theilhaber die Verpflichtung auf-

---

<sup>(20)</sup> So bereits L. PARIUSIUS, *Die Genossenschaftsgesetze im Deutschen Reiche*, Berlin 1876, S. 140: «Der künftigen Reichsgesetzgebung wird es obliegen, die Preußische Berggesetzgebung mit den durch die Erfahrung gebotenen Verbesserungen auf das Reich auszudehnen, außerdem aber die *industrielle Gewerkschaft* als eine gleichberechtigte Form der Handelsgesellschaft neben den Aktien- und Aktienkommanditgesellschaften zuzulassen». - In der Fn. heißt es dann u.a. weiter: «Man wird sich bei näherer Prüfung leicht überzeugen, wie eine solche Nachbildung der Bergbaugesellschaft sich vorzüglich eignet für große und gewagte industrielle Unternehmungen, bei denen ein bedeutendes Anlagekapital verwendet wird, entweder zu Anlagen, die bei Auflösung der Gesellschaft in der Regel werthlos sind, oder ausschließlich zur Beschaffung einer Kundschaft. Als Beispiele mögen dienen die Eisenbahngesellschaft, die Kanalbaugesellschaft, die Gesellschaft zum Fischfang auf hoher See, Unternehmungen bei großen Industrieausstellungen, die Gesellschaften zur Herstellung einer größeren Zeitung u. dergl. Daneben würde die industrielle Gewerkschaft für manche andere große Fabrikunternehmungen mindestens ebenso gut wie die Aktiengesellschaft passen, z.B. für die Zuckerfabrik».

zuerlegen, seine ursprüngliche Einlage zu erhöhen, ihm aber auch zu gestatten, sich durch Hingabe seines Antheils von weiteren Verbindlichkeiten zu befreien» <sup>(21)</sup>. Detaillierte Vorschläge für die neue Gesellschaftsform überließ Oechselhäuser dem Gesetzgeber. Oberste Richtschnur für den Gesetzentwurf sollte die « Sicherstellung der Gläubiger » sein. Man solle aber nicht weitergehen, als dies die « Rücksicht auf die Solidität der Gesellschaft » auch wirklich erfordere. Es handele sich nicht um ein « neues Experiment » <sup>(22)</sup>, sondern um « solche Modifikationen unserer bewährtesten Gesellschaftsform, der OHG, die sich in ihrer Tragweite im voraus vollständig übersehen lassen ».

## 2. Robert Esser.

Robert Esser II <sup>(23)</sup>, Rechtsanwalt in Köln, legte 1886 den Entwurf zu einem Gesetz, betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftbarkeit mit 30 Artikeln vor <sup>(24)</sup>. Mit diesen Vorschlägen wollte Esser nicht nur die Forderungen des Deutschen Kolonialvereins nach einer besonderen Gesellschaftsform für koloniale Unternehmungen, sondern auch den Bedürfnissen der inländischen Praxis Rechnung tragen <sup>(25)</sup>. Im Entwurf wurden die für die Gewerkschaft und die Aktiengesellschaft geltenden Bestimmungen mit denen der OHG verschmolzen, und zwar auf der Basis der beschränkten Haftbarkeit aller Gesellschafter <sup>(26)</sup>: « Die Haftung aller Gesellschafter ohne Ausnahme soll eine beschränkte sein; über einen bestimmten Betrag hinaus ist der einzelne Gesellschafter nicht verpflichtet, zu den Zwecken der Gesellschaft beizutragen ». Um eine « mißbräuchliche Anwendung »

---

<sup>(21)</sup> OECHSELHÄUSER, aaO., S. 54. Ebenso lehnte es Oechselhäuser ab, lediglich eine « vereinfachte Aktiengesellschaft » zu schaffen (aaO., S. 57 f.).

<sup>(22)</sup> OECHSELHÄUSER, aaO., S. 57; hieraus auch die folgenden Zitate.

<sup>(23)</sup> Robert Esser II ist vor allem bekannt geworden durch kurze Kommentierungen der Aktienrechtsnovelle von 1884, des Aktienrechts von 1897 und des GmbH-Gesetzes.

<sup>(24)</sup> Robert ESSER II, *Die Gesellschaft mit beschränkter Haftbarkeit. Eine gesetzgeberische Studie*, Berlin 1886 (47 Seiten).

<sup>(25)</sup> ESSER, *Vorwort* (S. 5).

<sup>(26)</sup> ESSER, aaO., S. 11.

der neuen Gesellschaftsform zu verhindern, sollte sich der Mindestbetrag der Einlagen auf 5.000 Mark, der Mindestbetrag aller Anteile auf 25.000 Mark belaufen. Ausgeschlossen sein sollte vor allem die Beteiligung des «kleinen Kapitals». Da nach Esser kein zum Börsenhandel geeignetes Papier geschaffen werden sollte, sollten die Anteile auf den Namen ausgefertigt und nicht teilbar sein. Eine Übertragung durch Indossament, insbesondere durch ein Blankoindossament war ausgeschlossen. Entsprechend den Zubeßen bei der Gewerkschaft sollte eine Mehrheit von mindestens drei Vierteln der in der Gesellschafterversammlung vertretenen Anteile beschließen dürfen, «Nachschüsse einzufordern» (Art. 15). In diesem Fall konnte ein Gesellschafter, wenn dieser seinen Verpflichtungen nicht nachkam, von der Gesellschaft ausgeschlossen werden (Art. 12). Klagte die Gesellschaft auf Zahlung des beschlossenen Nachschusses, so konnte der Gesellschafter «seine Verurteilung und die Exekution dadurch abwenden, daß er unter Ueberreichung des Antheilscheins den Verkauf seines Antheils behufs Befriedigung der Gesellschaft anheim stellt, wenn im Uebrigen der Nominalbetrag des Antheils voll eingezahlt ist und auf denselben auch keine sonstigen Schuldverbindlichkeiten haften» (Art. 15 Abs. 2). Nach Abs. 3 des Art. 16 sollte ferner folgende Möglichkeit bestehen: «Der Gesellschafter, welcher die eingeforderten Nachschüsse nicht leisten will, ist unter den vorangegebenen Voraussetzungen auch befugt, ohne das Ausschlußverfahren oder die Klage abzuwarten, auf seinen Antheil freiwillig zu verzichten».

Zur Errichtung der Gesellschaft war die Mitwirkung von mindestens fünf Personen vorgesehen (Art. 3 Abs. 1). Der Gesellschaftsvertrag war in gerichtlicher oder notarieller Form festzustellen und bei der Anmeldung der Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister miteinzureichen. Der eingetragene Gesellschaftsvertrag, für den im Gegensatz zur Aktiengesellschaft nur wenige bindende Bestimmungen bestehen sollten, war im Auszuge vom Handelsgericht zu veröffentlichen. Der Vertrag sollte die Gesellschafter bezeichnen, welche die Gesellschaft vertraten: «Hier-nach erfolgt also die Vertretung der Gesellschaft unmittelbar durch die Gesellschafter selbst, event. also auch durch alle Gesellschafter, und nicht wie bei der mit selbständigen Rechten und Pflichten

(Art. 213 HGB) als juristische Person in die Erscheinung tretende Aktiengesellschaft, mittelbar durch den Vorstand »<sup>(27)</sup>. Für die Beschlußfassung der Gesellschafter war in Art. 16 vorgesehen, daß sich die Minorität grundsätzlich der Majorität unterzuordnen hatte. Die absolute Mehrheit der abgegebenen Stimmen reichte bis auf die in Art. 17 des Entwurfs genannten Ausnahmen aus<sup>(28)</sup>. Entsprechend dem Aktienrecht sollte nach Art. 18 eine bestimmte Minorität das Recht haben, die Einberufung einer Gesellschafterversammlung zu verlangen. Im übrigen wurde in den Art. 19 und 20 eine Reihe von Bestimmungen des OHG-Rechts für anwendbar erklärt. Die Aufstellung der Bilanz sollte entsprechend Art. 31 HGB mit einigen in Art. 22 des Entwurfs vorgesehenen Besonderheiten erfolgen. Für das Rechtsverhältnis der Gesellschaft zu Dritten wurde ebenfalls eine Reihe von Bestimmungen des HGB für anwendbar erklärt, allerdings mit der Maßgabe, daß die Gesellschafter grundsätzlich nicht persönlich in Anspruch genommen werden konnten<sup>(29)</sup>. Insbesondere wurde auch auf Art. 110 HGB Bezug genommen, wonach eine OHG « unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen oder verklagt werden » konnte. Hieraus sollte sich ergeben, daß die neue Gesellschaft nur den Charakter einer « einfachen Sozietät » und nicht den einer juristischen Person wie die Aktiengesellschaft haben sollte<sup>(30)</sup>. Die Auflösung einer Gesellschaft richtete sich nach Art. 26: « Die Gesellschaft wird aufgelöst: 1. durch Ablauf der im Gesellschaftsvertrage bestimmten Zeit, sofern dieselbe nicht vorher durch einen abändernden Beschluß verlängert worden ist (Art. 5 und 17), 2. durch einen notariell oder gerichtlich zu beurkundenden Beschluß der Gesell-

---

<sup>(27)</sup> ESSER, aaO., S. 14-15.

<sup>(28)</sup> Hier war für Beschlüsse, welche die Änderung des Gesellschaftsvertrages oder der Firma, die Erhöhung der Zahl der Anteile, die nachträgliche Erteilung der Befugnis an Gesellschafter zur Vertretung der Gesellschaft und die Aufhebung einer solchen Befugnis eine Mehrheit von drei Viertel der in der Versammlung vertretenen Stimmen vorgesehen.

<sup>(29)</sup> Eine gesamtschuldnerische Haftung aller Gesellschafter für die Aufbringung des Stammkapitals kannte der Entwurf nicht (vgl. Art. 13).

<sup>(30)</sup> Vgl. ESSER, aaO., *Vorwort* und S. 15.

schafter, welcher eine Mehrheit von mindestens drei Viertheilen der in der Versammlung vertretenen Antheile erfordert, wenn nicht der Gesellschaftsvertrag eine größere Mehrheit oder noch andere Erfordernisse aufstellt, 3. durch Eröffnung des Konkurses über die Gesellschaft. - Ist die Gesellschaft auf unbestimmte Zeit eingegangen, so kann eine Aufkündigung von einem oder mehreren Gesellschaftern nur erfolgen, wenn auf ihren Namen mindestens ein Viertel der sämtlichen Antheile in dem Gesellschaftsverzeichnisse eingetragen ist ». - Alles in allem sollte nach Esser bei der neuen Gesellschaftsform, unter Einbeziehung des gewerkschaftlichen Zubußsystems, das individualistische Moment dominieren. Damit aber wäre, worauf Simon und Rießer später mit Recht hinwiesen <sup>(31)</sup>, für Kolonialunternehmungen wenig gewonnen gewesen.

### 3. Viktor Ring.

1887 veröffentlichte Ring in seinem Werk: « Deutsche Kolonialgesellschaften. Betrachtungen und Vorschläge » <sup>(32)</sup> im Anschluß an Esser ein Programm für eine neue Gesellschaftsform, das er im Archiv von Busch ein Jahr später noch einmal vorstellte <sup>(33)</sup>. Danach sollte für koloniale und « ähnliche » Unternehmungen eine Gesellschaftsform geschaffen werden, die teils den Gewerkschaften, teils den Aktiengesellschaften nachgebildet war, wohingegen Ring allzu starke Anleihen bei der OHG im Interesse des Gläubigerschutzes zurückwies. Die Gesellschaft mit

---

<sup>(31)</sup> Vgl. RIEßER, *Zur Revision des Handelsgesetzbuchs*, Zweite (Schluß-) Abteilung, Beilageheft zu Bd. XXXV der ZHR, Stuttgart 1889, S. 299.

<sup>(32)</sup> Berlin 1887. Ring (geb. 1857 in Berlin) war damals Gerichtsassessor; später war er Kammergerichtsrat und zuletzt Vizepräsident dieses Gerichts. Ring ist bekannt geworden durch eine Kommentierung der Aktienrechtsnovelle von 1884 (1. Aufl. 1886) und war Mitherausgeber des « Archivs für Bürgerliches Recht » und der « Jahrbücher für Entscheidungen des Kammergerichts ».

<sup>(33)</sup> Unter dem Titel: *Eine Rechtsform für Kolonialgesellschaften. Betrachtungen und Vorschläge*, in *Archiv für Theorie und Praxis des Allgemeinen Deutschen Handels- und Wechselrechts*, begründet von F. B. BUSCH, fortgesetzt von H. BUSCH, Bd. 48 (1888), S. 26-93 (der Text ist, soweit er neu abgedruckt wurde, mit dem von 1887 identisch).

beschränkter Haftung aller Teilnehmer sollte nur in der « potenzierten Form einer unverkennbaren *juristischen Person* » zugelassen, insbesondere die rechtliche Selbständigkeit der Gesellschaft in Bezug auf Aktivvermögen und Schulden außer allen Zweifel gestellt, das « Erscheinen eines Personennamens in der Firma versagt und auf die beschränkte Haftung (Deckungspflicht) der Genossen durch einen obligatorischen Firmenzusatz hingewiesen werden » (34). Aus der « Verdrängung der individuellen Grundlage » sollte sich « konsequent die Verbindungskraft der Mehrheitsbeschlüsse » (35) ergeben. Für alle Gesellschafter sollte der Grundsatz « unbeschränkter Einlageverpflichtung » gelten, soweit es um die Gesellschaftszwecke und -verbindlichkeiten ging; jedoch sollte jeder Gesellschafter die Möglichkeit haben, seine Gesellschaftsrechte aufzugeben (36). Die auf den einzelnen Anteil ausgestellte Urkunde sollte keinen festen Nennbetrag enthalten, sondern nur den verhältnismäßigen Anteil an dem Unternehmen bezeichnen. Diese Urkunde sollte auf den Namen des Gesellschafters lauten und nur schriftlich und nicht im Wege der Blankozession oder des Blankoindossaments übertragbar sein. Das Einlagekapital sollte mindestens 1.000.000 Mark betragen. Als Minimaleinlage jedes Gesellschafters waren etwa 5.000 Mark vorgeschlagen, auf welche die Grundsätze des Aktienrechts über die Einzahlung der Aktie entsprechend anzuwenden waren. Übernommen werden sollten ferner mit einzelnen Abweichungen die Bestimmungen über die Gründung und die Gründerverantwortlichkeit, über das Kaduzierungsverfahren, über die Haftung des im Anteilsbuche Eingetragenen, der Zwischenmänner und Übernehmer, die Grundsätze über das Verfahren bei Sacheinlagen und über die sogenannte Nachgründung. Dagegen sollten die aktienrechtlichen Grundsätze über die Bilanz nur mit erheblichen Modifikationen gelten. Ein Mehrheitsbeschluß der Gesellschafter, der eine Zubeße für notwendig erklärte, sollte nicht der gerichtlichen Nachprüfung unterliegen: « Der deutsche Richter wird sich nicht darüber schlüssig machen können, ob eine Gesellschaft,

---

(34) RING, *Archiv*, S. 36.

(35) RING, *Archiv*, S. 37.

(36) RING, *Archiv*, S. 55 ff.



welche in Afrika oder Australien Erwerbszwecke verfolgt, für diese neuer Mittel bedarf. Ihn auf das Gutachten von Konkurrenten zu verweisen, wäre aber nicht minder bedenklich »<sup>(37)</sup>. Die Gesellschaft sollte also im wesentlichen nach den Grundsätzen des Aktienrechts organisiert sein, wobei jedoch der Aufsichtsrat flexibler gehandhabt werden sollte.

#### 4. *Veit Simon.*

Im Anschluß an Ring und in Auseinandersetzung mit den Vorschlägen von Esser schlug Simon in einem Aufsatz in der ZHR für Kolonialgesellschaften eine besondere Form der Aktiengesellschaft vor<sup>(38)</sup>: Gesellschaften, « welche den Gewerbebetrieb oder sonstige Unternehmungen in deutschen Schutzgebieten oder in anderen Ländern bezwecken, und für deren Verbindlichkeiten ausschließlich das Gesellschaftsvermögen haftet », sollten nicht den Bestimmungen des HGB über die Aktiengesellschaften unterliegen, sofern sie als « Ueberseeische Aktiengesellschaften » begründet worden waren. Nach Simon sollten solche Aktiengesellschaften der Genehmigung des Reichs bedürfen, einschließlich der Abänderungen der Statuten und der Auflösung der Gesellschaft. Die Geschäftsführung und Verwaltung der Gesellschaft sollte der Aufsicht des Reichskanzlers unterliegen. Alles in allem war also der Vertragsfreiheit ein sehr breiter Spielraum zu belassen; als Gegengewicht dazu war die staatliche Aufsicht vorgesehen.

#### 5. *Die Stellungnahmen des Ausschusses des Deutschen Handelstags und der preußischen Handelskammern.*

Im Februar 1888 war bei den Beratungen über den Entwurf eines Gesetzes wegen Abänderung des Gesetzes, betreffend die Rechtsverhältnisse der deutschen Schutzgebiete, von einigen Abgeordneten erneut gefordert worden<sup>(39)</sup>, auch für das Inland eine

<sup>(37)</sup> RING, *Archiv*, S. 85.

<sup>(38)</sup> ZHR, Bd. 34, S. 85-161; das folgende Zitat auf S. 143.

<sup>(39)</sup> Der nationalliberale Abgeordnete Friedrich HAMMACHER (1824-1904) plädierte für eine kollektivistische Gesellschaftsform auf der Basis der Aktien-

gegenüber der Aktiengesellschaft flexiblere Gesellschaftsform zuzulassen, ohne daß allerdings darüber Einigkeit erzielt werden konnte, ob man dabei an die OHG oder an die bergrechtliche Gewerkschaft anknüpfen sollte. Das Reichsjustizamt nahm dies zum Anlaß, das Reichsamt des Innern zu ersuchen, eine Umfrage unter den preußischen Handelskammern und kaufmännischen Korporationen sowie beim Deutschen Handelstag zu veranstalten <sup>(40)</sup>.

---

gesellschaft und der bergrechtlichen Gewerkschaft (*Sten. Ber. über die Verh. des Reichstags*, VII. Legislaturperiode, II. Session, 1887-88, Bd. 2, S. 710 ff; 4.2.1888), während Oechselhäuser erneut in erster Linie für « eine Ausdehnung des Prinzips der beschränkten Haftbarkeit auf die Gesellschaftsformen mit individualistischer Basis auf die Gesellschaftsformen, welche, wie namentlich die offene Handelsgesellschaft, die eigentliche Basis unseres wirthschaftlichen Gesellschaftslebens bisher gebildet haben und meiner festen Ueberzeugung nach auch die vortheilhaftesten und wirthschaftlich nutzbringendsten sind ». (*Sten. Ber.*, aaO., S. 1156; 28.2.1888). - In das Gesetz, betreffend die Rechtsverhältnisse der deutschen Schutzgebiete vom 17.4.1886 wurden durch Gesetz vom 15.3.1888 (RGBl. 1888, S. 71) folgende Bestimmungen aufgenommen: § 8. « Deutschen Kolonialgesellschaften, welche die Kolonisation der deutschen Schutzgebiete, insbesondere den Erwerb und die Verwerthung von Grundbesitz, den Betrieb von Land- oder Plantagenwirtschaft, den Betrieb von Bergbau, gewerblichen Unternehmungen und Handelsgeschäften in denselben zum ausschließlichen Gegenstand ihres Unternehmens und ihren Sitz entweder im Reichsgebiet oder in den deutschen Schutzgebieten haben, ... kann auf Grund eines vom Reichskanzler genehmigten Gesellschaftsvertrages (Statuts) durch Beschluß des Bundesraths die Fähigkeit beigelegt werden, unter ihrem Namen Rechte, insbesondere Eigenthum und andere dingliche Rechte an Grundstücken zu erwerben, Verbindlichkeiten einzugehen, vor Gericht zu klagen und verklagt zu werden. In solchem Falle haftet den Gläubigern für alle Verbindlichkeiten der Kolonialgesellschaften nur das Vermögen derselben. - Der Beschluß des Bundesraths und im Auszuge der Gesellschaftsvertrag sind durch den Reichsanzeiger zu veröffentlichen ». - § 10. « Deutsche Kolonialgesellschaften, welche die in § 8 erwähnte Fähigkeit durch Beschluß des Bundesraths erhalten haben, unterstehen der Aufsicht des Reichskanzlers. Die einzelnen Befugnisse desselben sind in den Gesellschaftsvertrag aufzunehmen ».

<sup>(40)</sup> Vgl. dazu die *Akten des Reichsjustizamtes im ZStA Potsdam*, Nr. 2891, und *des Reichsamts des Innern*, Nr. 7146. Im Schreiben des Reichsjustizamts an das Reichsamt des Innern vom 25.2.1889 wurden die Vorschläge zur Schaffung einer kollektivistischen Gesellschaftsform sehr breit ausgeführt, während der Entwurf von Oechselhäuser nur sehr kurz behandelt wurde. - Das folgende Zitat aus einer Metallographie des Schreibens des preuß. Handelsministers vom 3.4.1888 (*ZStA Potsdam*, aaO., Nr. 2891).

Sie wurde dem preußischen Handelsministerium übertragen, das im April 1888 an die genannten Institutionen die Anfrage richtete, « ob die reichsgesetzlich bestehenden Gesellschaftsformen, welche auf dem Gebiete des Handels und der Industrie zum Betriebe gemeinschaftlicher Unternehmungen dienen, den Anforderungen des Verkehrs genügen, oder ob behufs Erweiterung jener Gesellschaftsformen auf Verallgemeinerung der für die bergrechtliche Gewerkschaft nach dem Berggesetze vom 24. Juni 1865 geltenden Bestimmungen bezw. auf Einführung und Regelung einer neuen individualistisch gestalteten Gesellschaftsform, bei welcher die Haftung sämtlicher Gesellschafter auf eine bestimmte Summe beschränkt wäre, gesetzgeberisch vorzugehen sein möchte ». Der ständige Ausschuß des Deutschen Handelstags befaßte sich bereits am 7.5.1888 mit der « Entwicklung des Gesellschaftsrechts für wirthschaftliche Zwecke ». Aufgrund eines Referats von Hamacher nahm der Ausschuß folgende Resolution an <sup>(41)</sup>: « In den Kreisen des Handels und der Industrie wird eine Ergänzung des bestehenden Rechts durch Einfügung neuer Rechtsformen für gesellschaftliche Privatunternehmungen als ein dringendes Bedürfniß anerkannt. - Diesem Bedürfnisse ist eine Gesetzgebung abzuhelpfen geeignet, welche die Errichtung von individualistischen und kollektivistischen Erwerbsgesellschaften auf der Grundlage der in Antheile zerlegten Mitgliedschaft und der beschränkten Haftbarkeit der Mitglieder zuläßt ». Die Anteile sollten keinen Nennwert haben. Die neue Gesellschaftsform sollte sowohl als Individualgesellschaft als auch von etwa sechs Anteilmitgliedern an als Kollektivgesellschaft ausgestaltet werden dürfen. Der Ausschuß des Handelstages beschloß, « die Mitglieder sowie die zu der heutigen Sitzung eingeladenen Handelsvorstände unter Mittheilung des Sitzungsberichts um eine gutachtliche Aeußerung über die vorliegende Materie zu ersuchen » <sup>(42)</sup>. Eine Kommission, bestehend aus Beisert, Bueck <sup>(43)</sup> und Oechselhäuser, sollte

---

<sup>(41)</sup> *Schriften*, Nr. 25, aaO. (Fn. 5), S. 50.

<sup>(42)</sup> *Schriften*, Nr. 25, aaO. (Fn. 5), S. 67.

<sup>(43)</sup> Beisert (gest. 1893 in Berlin; Freisinnige Liberale Vereinigung) war Syndikus der Kaufmannschaft von Berlin; Bueck war Geschäftsführer des Centralverbandes deutscher Industrieller.

die eingehenden Gutachten sichten und zusammenstellen und anschließend dem Ausschuß neue Vorschläge unterbreiten.

In der Sitzung des Ausschusses vom 8.5.1888 war darauf hingewiesen worden, daß England auf dem Gebiete des Gesellschaftsrechts einen « ungeheuren Vorsprung vor uns habe »<sup>(44)</sup>, während in Deutschland der Unternehmungsgeist für neue, sich allmählich entwickelnde Unternehmungen bedenklich zu erlahmen beginne ». Da für neue Unternehmen sich die Form der Aktiengesellschaft nicht eigne, bestehe deshalb « ein großes wirtschaftliches Interesse des Staates, die Möglichkeit zu gewähren, daß sich Unternehmungen im Kleinen, mit unbestimmten Anfängen und unbestimmten Zielen, unter dem Prinzip der beschränkten Haftbarkeit entwickeln können ». Es fehle die « fruchtbare Verbindung zwischen Kapital und geistiger Tüchtigkeit auf den wichtigsten Gebieten, nämlich auf denjenigen des vorwärts strebenden Lebens. Auf die Dauer führe aber dieser krankhafte Zustand zu einer Verödung unseres wirtschaftlichen Bodens, und deshalb sei es dringend nothwendig, nach dieser Richtung hin die Assoziation zwischen Kapital und Intelligenz im höheren Grade zu erleichtern ». Wie die neue Gesellschaftsform im einzelnen aussehen sollte, wollte man noch nicht festlegen. Insbesondere zog der Referent den Antrag zurück, nach welchem das bergrechtliche Zubußesystem mitberücksichtigt werden sollte.

Von den 38 aufgrund der Anfrage des Ausschusses eingegangenen Gutachten sprachen sich 31 dafür aus<sup>(45)</sup>, den Anforderungen des Verkehrs entsprechende neue Gesellschaftsformen einzuführen. 12 Gutachten wollten die Erweiterung der Gesellschaftsform auf den « individualistischen Betrieb » beschränkt wissen, d.h. die neue Gesellschaftsform sollte grundsätzlich den Vorschriften der OHG, von der beschränkten Haftbarkeit der Gesellschafter abgesehen, unterliegen<sup>(46)</sup>. Das Einlagekapital, für dessen Aufbringung den Gläubigern gegenüber alle Gesellschafter ge-

---

<sup>(44)</sup> *Schriften*, Nr. 25, aaO., S. 62.

<sup>(45)</sup> Der Bericht ist abgedruckt in den *Schriften*, Nr. 25, aaO. (Fn. 5), S. 67 ff. (auch in den *Mitteilungen an die Mitglieder des Deutschen Handelstages*, Jg. XXVIII, Nr. 18).

<sup>(46)</sup> *Schriften*, aaO. (Fn. 5), S. 69.

samtschuldnerisch haften sollten, sollte im Handelsregister eingetragen werden. Eine Erhöhung der Einlage sollte nur bei Einstimmigkeit der Gesellschafter zulässig sein. Da die neue Gesellschaftsform trotz ihres individualistischen Charakters der Kapitalgesellschaft in gewisser Beziehung näher stand als der OHG, sollte der Tod, der Konkurs oder die Entmündigung eines Gesellschafters nur dann die Gesellschaft auflösen, wenn dies im Gesellschaftsvertrage festgelegt war. Die Übertragung der Gesellschaftsrechte sollte nicht in der erleichterten Form des Indossaments, sondern nur durch Zession erfolgen: « Sie von dem Erfordernisse der Zustimmung der übrigen Gesellschafter abhängig zu machen, scheine nicht angängig, da mit diesem Rechte Mißbrauch getrieben werden könnte » (47). Auf der Basis dieser Grundsätze stellten die Ältesten der Berliner Kaufmannschaft einen kurzen Gesetzentwurf (48), der auch dem Reichskanzler übermittelt wurde, zusammen. - Eingehende Vorschläge unterbreitete die Kaufmannschaft von Magdeburg (49). Die Gesellschaft sollte danach verpflichtet sein, jährlich eine Bilanz beim Handelsregister einzureichen. Der Mindestbetrag für den Einzelanteil (etwa 3.000 Mark) und für das Gesamtkapital (etwa 30.000 Mark) sollte fixiert werden. Im Gegensatz zur Berliner Kaufmannschaft wollte diejenige von Magdeburg unter bestimmten Voraussetzungen eine Erhöhung des Kapitals zulassen (50): « Um aber hierbei jedes plötzliche und überraschende Vorgehen zu hindern, müsse angeordnet werden, daß im Gesellschaftsvertrage bereits auf die Möglichkeit des eventuellen späteren Zuschußfordern hingewiesen, Bedingung und Maximum festgesetzt werden, daß aber beim Uebergehen dieses Punktes im Gesellschaftsvertrage eine Erhöhung des Kapitals nur durch einstimmigen Beschluß möglich wäre. Desgleichen müßte im Gesellschaftsvertrage gleich bestimmt sein, was im Falle der Weigerung eines Gesellschafters, Zuschuß zu leisten, zu geschehen hätte, ob und unter welchen Verhältnissen ein Abandonniren des Antheils möglich sei ».

---

(47) *Schriften*, aaO., S. 73.

(48) Wiedergegeben u.a. bei RIEßER, aaO. (Fn. 32), S. 328 ff.

(49) *Schriften*, aaO., S. 74 ff.

(50) *Schriften*, aaO., S. 75.

Von einigen Handelskammern wurde darauf hingewiesen, daß es mit Hilfe einer GmbH möglich sein werde, größere « gewerbliche Etablissements » <sup>(51)</sup> innerhalb einer Familie oder mehrerer Familien zu erhalten und fortzuführen. Die drei bislang bestehenden Möglichkeiten: OHG, KG oder Familien-Aktiengesellschaft entsprächen den Interessen der Gesamtheit der Familienmitglieder im Regelfall nicht. Weiter wurde von den Handelskammern auf die Vereinigung von Gutsbesitzern zu einem gewerblichen Unternehmen hingewiesen <sup>(52)</sup>: « Dieser Fall trete sehr häufig ein, weil es vielfach für Gutsbesitzer wünschenswerth sei, ihre Produkte durch weitere Verarbeitung höher zu verwerthen, die weitere Verarbeitung der Produkte aber nur in größerem Maßstabe ausführbar sei. So mache die Form für die Gründung einer gemeinschaftlichen Zuckerfabrik einer Anzahl von Gutsbesitzern in der Regel viele Schwierigkeiten. Bei den großen Schwankungen in der Konjunktur der Zuckerfabriken, bei dem maßgebenden Einfluß, welchen derjenige oder diejenigen Gesellschafter in Bezug auf das Gedeihen der Fabrik haben, welche die geschäftliche Leitung übernehmen, und bei der geringen Neigung, welche Gutsbesitzer in der Regel haben, wegen eines geschäftlichen Unternehmens eine in der That nicht unbedenkliche Solidarhaft einzugehen, werde die Form einer offenen Handelsgesellschaft in der Regel verworfen. Die Form einer Aktiengesellschaft sei für dergleichen Unternehmungen auch nicht passend, weil einmal die Anzahl der Theilhaber für den großen Verwaltungsapparat einer Aktiengesellschaft zu gering und gewöhnlich an den Aktienbesitz die dauernde Verpflichtung zum Anbau bestimmter Mengen von Rüben gebunden sei ».

Wie die Magdeburger Kaufmannschaft verwarf die Mehrzahl der Gutachten eine neue « kollektivistische Gesellschaftsform auf der Basis » des Aktienrechts oder des preußischen Berggesetzes <sup>(53)</sup>. Das Zubußesystem möge, so wurde ausgeführt, für den Bergwerksbetrieb praktikabel sein <sup>(54)</sup>: « Ob Zubußen ' zum Betriebe

<sup>(51)</sup> *Schriften*, aaO., S. 80.

<sup>(52)</sup> *Schriften*, aaO., S. 81.

<sup>(53)</sup> *Schriften*, aaO., S. 87 ff.

<sup>(54)</sup> *Schriften*, aaO., S. 88 ff.

erforderlich' sind, und ob der Beschluß auf Einforderung der Zubeßen 'zum Besten der Gewerkschaft gereicht', dafür lassen sich bei einem in sich begrenzten Unternehmen, wie das Bergwerkseigenthum, die Unterlagen zu einem Richterspruche vielleicht erbringen; werde aber dem Richter oder dem Schiedsrichter die Frage vorgelegt, ob der Beschluß bei einem Unternehmen industrieller Art das Betriebskapital zu erhöhen, 'zum Besten der Gesellschaft gereicht', so könne die Entscheidung kaum je nach objektiv zureichenden Gründen gefällt werden, sie werde vielmehr vorwiegend auf subjektivem Ermessen beruhen. Der Werth einer wirksamen Rechtskontrolle zum Schutze der Minorität könne in einer solchen Entscheidung nicht gefunden werden. Durch den Beschluß auf Einforderung einer Zubeße werde gegen die Minorität nicht blos der Zwang geübt, sich einer Erhöhung des Betriebskapitals in der Art, wie sie bei Aktiengesellschaften häufig vorkommt, gefallen zu lassen, vielmehr werde die Minorität in die Zwangslage versetzt, die zur Zubeße erforderlichen Geldmittel selbst zu beschaffen oder ihre Antheile herzugeben. Dieser Zwang könne von der Majorität geübt werden, sobald sie die Geldmittel für zum Betriebe erforderlich erklärt. Dem Betriebe seien nun bei industriellen Unternehmungen nicht derartig Grenzen seiner Ausdehnung gesetzt, wie das bei Bergwerksunternehmungen vermöge der Natur der Dinge der Fall ist. Es sei daher der Fall leicht denkbar, daß der Vorstand des in gewerkschaftlicher Form organisierten Unternehmens bei vorläufiger Inanspruchnahme von Krediten den Betrieb plötzlich stark ausgedehnt hat, daß dann eine Majorität diesen ausgedehnten Betrieb als vortheilhaft für die Gesellschaft ansieht, und darum den Zubeßebeschluß faßt, und daß endlich die Gerichtsstanz, welche in der ihrer Entscheidung unterbreiteten Zweckmäßigsfrage dazu neigen wird, die Ansicht der Majorität für richtig zu halten, dem Majoritätsbeschluß Zustimmung ertheilt. Dann trete das Resultat ein, daß die Minorität Zubeße zahlen oder weichen müsse. Sie werde also, wenn auch in beschränkter Art, über den Betrag ihrer Einlage hinaus haftbar gemacht, und es sei damit der Boden, welcher bei der kollektivistischen Gesellschaftsform durchaus gewahrt werden müßte, nämlich der der beschränkten Haftbarkeit, verlassen ». Dagegen wurde es als weniger bedenklich bezeichnet,

« wenn eine individualistisch organisirte Gesellschaft mit beschränkter Haftbarkeit die Grundsätze des Zubußsystems als inneres Gesellschaftsrecht in ihrem Gesellschaftsvertrage zum Ausdruck bringen wollte, da bei einer solchen Gesellschaft die Minorität sich weit besser schützen könne, als bei einer kollektivistischen, da also bei einer individualistischen Gesellschaft der Vertragsfreiheit möglichst freier Spielraum gelassen werden müsse ».

Die Handelskammer von Darmstadt wollte für « Vereinigungen weniger Personen » (mindestens 3, maximal 6 bis 7) « zu Geschäftsbetrieben bei beschränkter Haftung » restriktivere Bedingungen aufstellen <sup>(55)</sup>, als die meisten anderen Gutachten vorsahen, während für Kolonialgesellschaften das Aktienrecht liberalisiert werden sollte. Lediglich sieben Gutachten meinten, daß das Bedürfnis für eine neue Gesellschaftsform nicht allgemein vorhanden oder nicht nachgewiesen sei <sup>(56)</sup>. Am vehementesten gegen jegliche Änderung plädierte die Handelskammer von Offenbach unter Hinweis auf die Auswüchse des englischen Aktienrechts.

In der Sitzung des Ausschusses des Handelstags vom 28.11. 1888 teilte Hammacher mit, daß nach Meinung der Kommission die Gesellschaft mit beschränkter Haftung entsprechend den Bestimmungen über die OHG normiert werden solle, daß es aber für gesetzlich zulässig erklärt werden müsse, « durch den Gesellschaftsvertrag zu bestimmen, daß durch Mehrheitsbeschluß die Einlagen (Antheile) der Gesellschafter — ohne Begrenzung des Betrages — erhöht werden können, und daß einem solchen Beschlusse gegenüber die widersprechenden Gesellschafter nur das Recht haben, unter Verlust ihrer Antheile aus der Gesellschaft auszuschneiden » <sup>(57)</sup>. Ferner sei nach Meinung der Kommission die Zahl der Teilnehmer nicht zu begrenzen, wohl aber seien sämtliche Gesellschafter in das Handelsregister analog § 86 HGB einzutragen. Auch sollte die Mindesteinlage auf 5.000 Mark festgesetzt werden, « um eine übermäßige Ausbreitung dieser Gesellschaftsform in wenig bemittelte Kreise zu verhindern ». Ferner sollte die Übertragbarkeit der Anteile erschwert werden, um die Gesellschaft

<sup>(55)</sup> *Schriften*, aaO., S. 89.

<sup>(56)</sup> *Schriften*, aaO., S. 89 ff.

<sup>(57)</sup> *Schriften*, aaO., S. 92.



gegen das Eindringen ungeeigneter Teilnehmer zu schützen. Auf der Basis dieser Grundsätze hatte die Kommission die von den Ältesten der Berliner Kaufmannschaft entwickelten « Grundsätze für die Form einer Gesellschaft mit beschränkter Haftbarkeit » mit einigen Abänderungen gebilligt <sup>(58)</sup>.

In der anschließenden Diskussion wurden die Vorschläge der Kommission einschließlich der « Grundzüge » <sup>(59)</sup> diskutiert <sup>(60)</sup> und im wesentlichen angenommen. Kontrovers war lediglich die Frage, ob man die Einlagen nach unten begrenzen und ob wegen einer Kapitalerhöhung der ausscheidende Gesellschafter seinen Anteil ohne Entschädigung verlieren sollte. Gegen die Festlegung eines Minimums wurde vorgebracht, daß dies leicht den Verdacht erregen könnte, « als handele es sich darum, mittels der neuen Form gleichsam durch eine Hintertür das Aktiengesetz umzuformen und den wohlhabenden Klassen die Bildung von Aktiengesellschaften zu erleichtern » <sup>(61)</sup>. Auch eine Bestimmung über die Einzahlungssumme sei nicht notwendig, da bei der in Aussicht genommenen Gesellschaftsform « das persönliche Moment der Kreditbewilligungen immer den Ausschlag geben und jeder Gläubiger erst dann mit der Gesellschaft eine Geschäftsverbindung eingehen würde, wenn er die Kreditwürdigkeit der einzelnen Gesellschafter geprüft habe » <sup>(62)</sup>. Für eine Reihe von Unternehmungen, so heißt es im Bericht über die Debatte, « denen sonst die neue Gesellschaftsform zu Gute kommen würde, würden aber auch so große Geschäftsanteile, wie bei einem Minimum von 5.000 Mark anzunehmen sind, gar nicht passen. In der Provinz Sachsen z.B. sind in den letztverflossenen Jahren von kleinen Landwirthen in Verbindung mit Kapitalisten vielfach Zuckerfabriken in der Form von 'offenen Handelsgesellschaften' begründet worden, weil sie für die Form der Aktiengesellschaften

---

<sup>(58)</sup> *Schriften*, aaO., S. 92-95.

<sup>(59)</sup> Abgedruckt u.a. im Aktenstück Nr. 660 in den *Stenographischen Berichten über die Verhandlungen des Reichstages*, 8. Legislaturperiode, I. Session, 1890-92, S. 3765-67.

<sup>(60)</sup> *Schriften*, aaO., S. 95 ff.

<sup>(61)</sup> *Schriften*, aaO., S. 97.

<sup>(62)</sup> *Schriften*, aaO., S. 97.

durchaus unpassend war, eine andere Form der Vergesellschaftung sich aber nicht darbot. Diese Zuckerfabriken haben zwar zum größten Theile gute Geschäfte gemacht, immer aber schwebt über dem Haupte der kleinen sozusagen bäuerlichen Landwirthe die Gefahr der solidarischen Verbindlichkeit für ihre Mitgesellschafter. Jetzt, wo die Zuckerindustrie so wohlhabend gemacht, möchten diese Leute gern ihre Haftbarkeit auf ihre Betheiligung beschränken, und deshalb würde gerade für sie die neue Gesellschaftsform erwünscht sein, wenn sie nicht an so hohe für Viele unerschwingliche Antheile geknüpft würde. Aber auch für viele andere Unternehmungen, wie die Fabrikation von Bau-Artikeln u.s.w., gelte dasselbe. Volle Vertragsfreiheit müsse in diesem Punkte überall gelten, und es sei, wenn schon die Höhe der Antheile nach unten hin begrenzt werden solle, der Betrag möglichst niedrig und nicht über 3.000 Mark zu greifen » (63).

Diejenigen Redner, die eine relativ hohe Mindesteinlage forderten, wollten damit die « Ausdehnung der Gesellschaftsform auf wenig bemittelte Kreise erschweren und auf diese Weise die Letzteren vor Verlusten bewahren » (64). Im übrigen sollte auch den Gläubigern eine gewisse Sicherheit gewährt werden. - Längere Diskussionen rief auch die Frage hervor, inwieweit die Gesellschafter zur Einzahlung ihrer Einlagen verpflichtet sein sollten. In der Schlußabstimmung entschied sich die Majorität für einen Mindestantheil von 5.000 und eine Einzahlungsquote von 25 Prozent. Die von der Kommission vorgeschlagene fakultative Zuschußverpflichtung (§ 7 der Vorschläge) wurde von einigen Rednern als eine Härte gegen die Minorität bezeichnet: Es wurde auf das Beispiel hingewiesen, « daß, falls beispielsweise fünf Personen mit einer Einlage von je 100.000 Mark zu einer Gesellschaft mit beschränkter Haftbarkeit zusammengetreten seien und nach wenigen Jahren die Erhöhung des Grundkapitals sich nothwendig zeige, die Verhältnisse des Einen oder Anderen der Gesellschafter derartig sich verschlechtern haben können, daß er zu weiteren Einschüssen nicht fähig sei. Unter diesen Umständen würde also

---

(63) *Schriften*, aaO., S. 97 f.

(64) *Schriften*, aaO., S. 97.

der nichtzahlende Gesellschafter durch die Mehrheit zum Austritt gezwungen und damit um seine Einlage gebracht werden können. Es empfehle sich deshalb, in dem Gesetzentwurf die Bestimmung aufzunehmen, daß der Ausscheidende für seinen Antheil, etwa nach dem Stande der Bilanz zur Zeit des Austritts, an dem Gesellschaftsvermögen betheiligt bleibe » (65). Trotz dieser Einwendungen wurde § 7 schließlich von der Mehrheit angenommen, da diese Bestimmung voraussetzte, daß die Zuschußverpflichtung sich aus dem Gesellschaftsvertrage ergeben mußte (66).

Die von den preußischen Handelskammern und kaufmännischen Korporationen vorgelegten Gutachten vermitteln ein weniger einheitliches Meinungsbild als die Verhandlungen des Ausschusses des Handelstages. Nach einer Zusammenfassung der Gutachten (67) haben sich 29 von 81 Handelskammern gegen die Notwendigkeit oder Zweckmäßigkeit der Einführung einer neuen Gesellschaftsform mit beschränkter Haftung ausgesprochen. Etwa 20 Handelskammern befürworteten ausschließlich die Einführung einer individualistischen Gesellschaftsform, während nach weiteren 19 Gutachten sowohl eine neue kollektivistische als auch eine neue individualistische Gesellschaftsform geschaffen werden sollte. Nur wenige Handelskammern traten ausschließlich für eine kollektivistische Gesellschaftsform auf der Grundlage der bergrechtlichen Gewerkschaft ein. Nach der Mehrzahl der Gutachten aber sollte eine Zubeüßpflicht zumindest fakultativ vorgesehen werden. Vereinzelt blieben dagegen Vorschläge, die zulässige Zahl der Mitglieder nach oben hin zu begrenzen und den Mindestbetrag

---

(65) *Schriften*, aaO., S. 96. Der Entwurf der Ältesten der Berliner Kaufmannschaft hatte in § 7 dagegen folgendes vorgeschlagen: « Erhöhungen des Grundkapitals über die eingetragenen Gesamtbeträge der Einlagen hinaus können nur durch einstimmigen Beschluß sämtlicher Gesellschafter festgestellt werden. Der Beschluß ist zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden und einzutragen ».

(66) Das Ergebnis der Beratungen teilte das Präsidium des Deutschen Handelstages am 8.12.1888 Bismarck in dessen Eigenschaft als preußischer Handelsminister in einem Bericht mit, der als Anhang zu der amtlichen Begründung des GmbH-Gesetzentwurfs von 1892 wiedergegeben wurde (*Aktenstück*, Nr. 660, aaO. (Fn. 59), S. 3760 ff).

(67) Abgedruckt im *Aktenstück*, Nr. 660, aaO. (Fn. 59), S. 3767 f.

des Stammkapitals festzusetzen. Nicht klar ersichtlich ist aus der Zusammenfassung, ob die Mehrheit der Handelskammern empfohlen hatte, einen Mindestbetrag für die einzelnen Einlagen festzusetzen. Gleiches gilt für die Frage, inwieweit die Geschäftsanteile ohne Zustimmung der Gesellschaft veräußert werden durften. Auch über die Rechtsverhältnisse der Gesellschafter untereinander und über die Vertretung und Geschäftsführung enthielten die Gutachten so gut wie keine detaillierten Vorschläge. Meist verwies man auf den Gesellschaftsvertrag und hilfsweise auf die Bestimmungen des bestehenden Gesellschaftsrechts. Eine Ausnahme machte nur die Handelskammer Saarbrücken, die eine «selbständige Konstruktion»<sup>(68)</sup> der Gesellschaft auf individualistischer Basis vorschlug. Dieses Gutachten zielte seiner Tendenz nach auf Herstellung einer Gesellschaftsform, welche «entschieden individualistischer als die Aktiengesellschaft gestaltet, aber doch auch zur Aufnahme einer größeren Zahl von Mitgliedern geeignet und deshalb korporativ konstruiert sein soll». Dabei sollte «für den Bedürfnisfall eine stärkere Entwicklung nach der individualistischen Seite dem Gesellschaftsvertrage» vorbehalten bleiben. Im einzelnen sollte die Gesellschaft einen Vorstand (Geschäftsführer) haben, der mit absoluter Mehrheit von der Teilhaberversammlung zu wählen war. Die Befugnisse beider Gremien sollten im neuen Gesetz ohne Bezugnahme auf eine bestehende Gesellschaftsform festgelegt werden.

## 6. *Jacob Rießer.*

1889 legte Rießer in enger Anlehnung an den Entwurf des Ausschusses des Handelstages einen etwas ausführlicheren «Entwurf eines Gesetzes betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftbarkeit» (Anteil-Gesellschaft) vor<sup>(69)</sup>, der in seiner Gliede-

<sup>(68)</sup> *Aktenstück*, Nr. 660, aaO., S. 3768; hieraus auch das folgende Zitat.

<sup>(69)</sup> RIEßER, aaO. (Fn. 32), S. 328-344 (29 Bestimmungen). Jacob Rießer (geb. 1853 in Frankfurt-Main, gest. 1932) war zunächst Gerichtsassessor in Frankfurt-am-Main (1879), ließ sich aber bereits 1880 dort als Rechtsanwalt nieder. 1888 wurde er Direktor der Darmstädter Bank in Berlin. 1905 erhielt er eine ordentliche Honorarprofessur an der Universität Berlin. Rießer war Mitglied

zung (allgemeine Bestimmungen. - Von den Rechtsverhältnissen der Gesellschafter unter einander. - Von dem Rechtsverhältnis der Gesellschaft Dritten gegenüber. - Von der Auflösung. - Von der Liquidation der Gesellschaft) die Vorlage des Reichsjustizamts mitbeeinflusst haben dürfte. Inhaltlich gesehen verfolgte der Entwurf aber keine konsequente Linie. So war in § 19 Abs. 3 vorgesehen, daß das Grundkapital mit einer Mehrheit von drei Vierteln « der überhaupt vorhandenen Stimmen » sollte erhöht werden dürfen. Als Mindesteinlage waren 3.000 Mark vorgesehen, jedoch wollte Rießer eventuell auch auf den für Aktien vorgeschriebenen Minimalbetrag von 1.000 Mark heruntergehen. Im übrigen wurde vielfach auf das Recht der OHG verwiesen.

### III. AUSARBEITUNG UND VERABSCHIEDUNG DES GMBH-GESETZES.

Bis Dezember 1890 arbeitete der zuständige Referent des Reichsjustizamts, Hoffmann <sup>(70)</sup>, « Grundzüge eines Gesetzes, betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung » <sup>(71)</sup> aus, die im Dezember 1890 und im Januar 1891 im Reichsjustizamt beraten wurden. Am 26.1.1891 wurde die Vorlage mit einer Denkschrift dem Reichsamt des Innern übersandt <sup>(72)</sup>. Der Entwurf vom Januar 1891 stimmt, von einigen Änderungen abgesehen, die aber nicht die Grundstruktur der neuen Gesellschaftsform betrafen, mit der Gesetz gewordenen Fassung überein. Der Ent-

zahlreicher Wirtschaftsverbände und vertrat deren Interessen in mehreren Gesetzgebungskommissionen. Außerdem ist Rießer durch zahlreiche Schriften und Abhandlungen zum Handels- und Gesellschaftsrecht hervorgetreten.

<sup>(70)</sup> Dr. Eduard HOFFMANN (geb. 1848 in Frankfurt am Main) war zu dieser Zeit vortragender Rat im Reichsjustizamt. Nach dem Studium der Rechtswissenschaft in Berlin, Heidelberg und Göttingen legte er 1872 die erste, 1876 die zweite juristische Staatsprüfung ab. 1878 wurde er als Hilfsarbeiter in das Reichsjustizamt einberufen und war anschließend für kurze Zeit Richter am Amtsgericht in Kassel und am Landgericht in Frankfurt am Main. Von 1883 an war er erneut im Reichsjustizamt tätig; hier 1888 vortragender Rat, 1903 Direktor. 1913 trat er in den Ruhestand.

<sup>(71)</sup> Erhalten im *ZStA Potsdam*, Reichsjustizamt, Nr. 2891. - Der Entwurf von Hoffmann weist gegenüber der Vorlage des Reichsjustizamts nur geringe Abweichungen auf.

<sup>(72)</sup> Vgl. die *Akte des Reichsamts des Innern*, *ZStA Potsdam*, Nrl 7146.

wurf wollte abweichend von den Vorschlägen von Oechselhäuser, Ring, des Ausschusses des Handelstages und Rießers die mit der neu zu schaffenden Gesellschaftsform zusammenhängenden Fragen in einem Sondergesetz abschließend und ohne Verweise auf das HGB regeln. So enthielten die Vorschläge des Reichsjustizamts in Erweiterung der bereits vorliegenden Entwürfe ausführliche Bestimmungen über die inneren Verhältnisse der Gesellschaft und die Rechte der Gesellschafter in gemeinsamen Angelegenheiten. Im Anschluß zum Teil an die Vorschläge der Handelskammer Saarbrücken brachte er Bestimmungen über die Vertretung, die Geschäftsführung, die Abänderung des Gesellschaftsvertrages und die Auflösung sowie die Liquidation der Gesellschaft. Das Stammkapital sollte sich auf mindestens 20.000 Mark, die Mindesteinlage auf 500 Mark <sup>(73)</sup> belaufen. Die Gesellschafter hafteten nach § 21 des Entwurfs gesamtschuldnerisch für die Aufbringung des Stammkapitals. Ähnliches galt für die Rückzahlungen, die das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen der Gesellschaft angriffen. Die Zuschußpflicht war entsprechend den Wünschen des Handelsstandes nur fakultativ. Nach den Motiven des Entwurfs nahm die Vorlage eine « Mittelstellung zwischen den streng individualistischen Gesellschaftsformen » <sup>(74)</sup> und der Ak-

---

<sup>(73)</sup> Diese wurde in den Motiven wie folgt gerechtfertigt: « Die von einzelnen Seiten gemachten Vorschläge, als Stammeinlage einen Betrag von wenigstens fünftausend oder dreitausend Mark zu verlangen ... gehen jedenfalls zu weit. Eine solche Normirung der Stammeinlagen würde die neue Gesellschaftsform im Wesentlichen zu einem Privilegium des Großkapitals machen und die Verwendung derselben bei nicht wenigen Unternehmungen ausschließen, für welche sie als ein Bedürfniß anzusehen ist. Die Festsetzung eines so hohen Mindestbetrages wäre nur in Betracht zu ziehen, wenn die Form der Gesellschaft mit beschränkter Haftung eine andere Gewähr gegen ein Uebergreifen auf das Gebiet der Aktiengesellschaft, insbesondere gegen eine Verbreitung der Antheilsrechte nach Art der Aktien nicht zu bieten vermöchte. Dann würde durch das Erforderniß besonders hoher Einlagen wenigstens eine gewisse Schranke gegen die Heranziehung der kleinen Vermögen zur Beteiligung an solchen Gesellschaften zu schaffen sein. In Wahrheit bedarf es aber eines besonderen Schutzmittels dieser Art nicht; denn wie die Gesellschaft im Entwurf gestaltet ist, kann die erwähnte Gefahr ohnehin als ausgeschlossen gelten ». (*Aktenstück*, Nr. 660, aaO., S. 3734).

<sup>(74)</sup> *Aktenstück*, Nr. 660, aaO., S. 3728; hieraus auch das folgende Zitat.

tiengesellschaft ein. Man ging davon aus, daß die neue Gesellschaft « ohne Rücksicht auf die Zahl ihrer Mitglieder stets einen rechtlich selbständigen Organismus bilden muß, und dieser Charakter wird schon in der Geschäftsfirma, welche keine andere, als eine Sachfirma sein darf, auch nach außen kenntlich hervortreten müssen ». Auf der anderen Seite bedingte nach Ansicht des Gesetzgebers die beschränkte Haftbarkeit nicht notwendig eine so weitgehende Gleichgültigkeit gegenüber den Personen der Gesellschafter wie bei der Aktiengesellschaft. Im Rahmen der Mittelstellung, die der Gesetzgeber der GmbH durch bindende Bestimmungen zuwies, sollte allerdings der freien Selbstbestimmung der Gesellschaften ein weitgehender Spielraum belassen werden: « In dieser Weise wird es möglich sein, auf der Grundlage der beschränkten Haftung eine Gesellschaftsform herzustellen, welche bei ausreichendem Schutze des mit den Gesellschaftern verkehrenden Publikums genügende Biagsamkeit besitzt, um für sehr verschiedene Verhältnisse und Zwecke und bei einem sehr verschiedenen Umfange des Mitgliederkreises Verwendung finden zu können. Schwierigkeiten, welche eine solche Gesellschaft vielleicht der juristischen Systematik bieten mag, können für die Gesetzgebung nicht maßgebend sein; mit dieser Aufgabe wird sich die Wissenschaft abzufinden wissen ».

In Beratungen zwischen dem Reichsjustizamt und dem Reichsamt des Innern im Juni 1891 wurde der Entwurf nur unwesentlich abgeändert und anschließend dem Kaiser zur Genehmigung vorgelegt. In dem Bericht vom 16.7.1891 an den Kaiser heißt es unter anderem, daß die Aktiengesellschaft keine geeignete Grundlage bilde für Zusammenschlüsse von wenigen Personen, die nicht ihr ganzes Vermögen einsetzen wollten. Das bestehende Aktienrecht sei insoweit ein « ungerechtfertigtes Hemmniß für das Zustandekommen und den Geschäftsbetrieb » solcher Gesellschaften <sup>(75)</sup>. Der Entwurf wurde, nachdem er vom Kaiser gebilligt worden war, den preußischen Ministern übersandt <sup>(76)</sup> und am

<sup>(75)</sup> Vgl. die in Fn. 71 genannte Akte.

<sup>(76)</sup> In der *Akte Rep.* 84 a, Nr. 10476 im Geh. Staatsarchiv Berlin-Dahlem befindet sich eine Votum des zuständigen Referenten des preuß. Justizministeriums, das Hoffmann privatim teilweise mitgeteilt wurde. In diesem Votum

20.10.1891 im Bundesrat eingebracht <sup>(77)</sup>. Gleichzeitig wurde der Entwurf auch der Öffentlichkeit zugänglich gemacht <sup>(78)</sup>.

Die Vorlage wurde am 5. und 6.2.1892 in den Ausschüssen des Bundesrates für Handel und Verkehr sowie für Justiz beraten <sup>(79)</sup>. Der hanseatische Bevollmächtigte Krüger äußerte den Wunsch, die neue Gesellschaftsform für Versicherungsunternehmen auszuschließen, da bei diesen die größte Sicherheit für die Erfüllung der Verbindlichkeiten gewährleistet sein müsse. Demgegenüber wiesen die anderen Ausschußmitglieder darauf hin, daß die meisten Bundesstaaten eine Konzessionierung der Versicherungsgesellschaften vorsähen. Keine weitere Beachtung schenkte man der Befürchtung Preußens, daß sich Ordensgesellschaften der neuen Gesellschaftsform zur Gründung von Ordensniederlassungen bedienen könnten. Gegen die Stimmen Badens und Lübecks wurde es abgelehnt, auch eine Personenfirma zuzulassen, ein Anliegen, dem dann der Reichstag zum Teil nachkam. Keinen Anklang fand auch der Antrag von Reuß ä.L., für die Errichtung einer GmbH eine Mindestzahl von Gesellschaftern festzusetzen, um zur Verhütung von Täuschungen des Publikums beizutragen, daß sich Gesellschaften mit beschränkter Haftung bildeten, die nach ihrer

---

wurde bemängelt, daß die Mindesteinlage mit 500 Mark zu niedrig angesetzt sei. Um das kleinere Kapital fernzuhalten, sollte man als Mindesteinlage wenigstens 1.000 Mark vorsehen. § 24 (Gesamthaftung aller Gesellschafter) sollte lauten: « Wenn eine Stammeinlage weder von den Zahlungspflichtigen eingezogen noch durch Verkauf des Geschäftsanteils gedeckt werden kann, so fällt der Geschäftsanteil der Gesellschaft zu. Diese ist befugt, den Anteil für eigene Rechnung zu veräußern und hat, bis dies geschehen, die erforderlichen Einzahlungen aus ihrem Vermögen zu leisten ». Im Votum wurde im Hinblick auf die Vorschläge von Esser und Rießer darauf hingewiesen, daß ein Bedürfnis für die vom Entwurf vorgesehene Gesamthaftung nicht bestehe. Aus diesem Grunde sollte § 28 Abs. 2 des Entwurfs (vgl. § 28 GmbHG) entfallen und § 31 Abs. 3 des Entwurfs (vgl. § 31 GmbHG) nur eine Haftung der Gesellschaft vorsehen.

<sup>(77)</sup> Drucksache Nr. 94 von 1891 des Bundesrates.

<sup>(78)</sup> Im Dezember 1891 unter dem Titel *Entwurf eines Gesetzes, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung* (nebst Begründung und Anlagen). Amtliche Ausgabe, Berlin 1891.

<sup>(79)</sup> Vgl. hierzu die Berichte von Krüger im Staatsarchiv Hamburg, Senatskommission für die Justizverwaltung, I A b, vol. 3, und von Heller (Bayern) im HStA München, MJu 17094.



äußeren Erscheinung schwer von einer OHG zu unterscheiden seien <sup>(80)</sup>. Die Mindesthöhe des Stammkapitals und der Einlagen verteidigte Hoffmann damit, daß der Mangel jeder Untergrenze unsolide Gründungen ermöglichen würde, eine erhebliche Hinaufsetzung des Mindestbetrages aber würde die neue Gesellschaftsform nur für das Großkapital brauchbar machen.

Von Hessen-Darmstadt lag der von keiner Seite unterstützte Antrag vor, die Zahl der zu Geschäftsführern zu bestellenden Gesellschafter auf die Hälfte der Gesellschafter zu beschränken, um zu verhindern, daß Gesellschaften von kleiner Mitgliederzahl nach außen hin den Anschein einer OHG gewinnen. Einer Anregung Bremens, bei Stammeinlagen bis zu 1.000 Mark Volleinzahlung zu verlangen, wurde teilweise dadurch Rechnung getragen, daß mindestens 250 Mark auf jede Einlage eingezahlt werden mußten. - Zu § 30 des Entwurfs regte der hessische Bevollmächtigte an, die Vorschriften über die Einziehung und Rückzahlung von Nachschüssen im Interesse der Gläubiger an die Bestimmungen über die Erhöhung und Herabsetzung des Stammkapitals anzugleichen. Hoffmann wandte dagegen ein, daß wenn man dies tue, der ganze Vorteil der Einrichtung verlorengelhe. Dieser bestehe darin, daß die Gesellschaft einen Teil ihres Kapitals als fonds perdu, insbesondere bei Verlusten und zu Abschreibungen, verwenden könne. Es sei lediglich gerechtfertigt, für die Rückzahlung von Nachschüssen eine gewisse Publizität zu verlangen. Zu diesem Zweck wurde beschlossen, dem § 30 Abs. 2 folgenden Satz hinzuzufügen: « Die Zurückzahlung darf nur erfolgen, nachdem der Rückzahlungsbeschluß durch die im Gesellschaftsvertrage für Bekanntmachungen der Gesellschaft bestimmten öffentlichen Blätter und in Ermangelung solcher durch die für Bekanntmachungen aus dem Handelsregister bestimmten öffentlichen Blätter bekannt

---

(80) Hierzu heißt es im Bericht von Heller: « Dr. Hoffmann sprach sich dagegen aus. Eine Vorschrift der bezeichneten Art würde die Anwendung der neuen Gesellschaftsform gerade für die Kreise ausschließen, in denen das Bedürfnis der neuen Form besonders lebhaft empfunden wird. Den geltend gemachten Bedenken habe der Entwurf, soweit es überhaupt möglich ist, schon dadurch Rechnung getragen, daß er es abgelehnt hat, der Konstruktion der neuen Gesellschaft die Vorschriften über die offene Handelsgesellschaft zugrunde zu legen ».

gamacht ist. Zurückgezahlte Nachschüsse gelten als nicht eingezogen ».

Bei § 42 brachte Heller für Bayern zur Sprache, ob nicht die Veröffentlichung der Jahresbilanz vorzuschreiben sei, woraufhin Hessen-Darmstadt einen entsprechenden Antrag stellte. Über die Verhandlungen heißt es im Bericht von Heller: « Dr. Hoffmann trat mit Nachdruck dafür ein, daß es bei der Bestimmung des Entwurfs belassen werde. Die Kreise der Interessenten für das Gesetz legten den allergrößten Werth darauf, daß ein Zwang zur Veröffentlichung der Bilanzen nicht platzgreife. In der That liege dafür auch kein Bedürfniß vor. Die Gläubiger stünden einer solchen Gesellschaft gegenüber immer noch besser als einem Privatschuldner gegenüber. Des letzteren Vermögen sei ihnen ganz unbekannt. Bei der Gesellschaft hätten sie wenigstens Garantie dafür, daß bei dem Beginn der Unternehmung ein bestimmtes Vermögen, das Stammkapital, vorhanden ist, und das eine richtige Bilanz aufgestellt wird. Gegen Verminderung des Stammkapitals schützen die Bestimmungen des Gesetzes. Uebrigens würden Gesellschaften, die ihre Bilanz nicht veröffentlichten, nur einen beschränkten Kredit genießen. In diesem Umstande liege ein hinreichender Zwang für die Gesellschaften auch bei dem Mangel einer gesetzlichen Verpflichtung, ihre Bilanzen zu veröffentlichen. Der Antrag Hessens wurde gegen dessen Stimme abgelehnt » <sup>(81)</sup>. Ebenfalls keine Unterstützung fand der Antrag Hessens, den Aufsichtsrat für obligatorisch zu erklären.

Auf preußischen Wunsch wurde einstimmig die als unzureichend empfundene Regelung über die Auflösung der Gesellschaft erweitert. Nach dem eingefügten § 62 sollte eine Gesellschaft nach dem Vorbild des Genossenschaftsgesetzes durch Entscheidung der Verwaltungsbehörde oder des Verwaltungsgerichts auflösbar sein, « wenn eine Gesellschaft sich gesetzwidriger Handlungen

---

<sup>(81)</sup> Krüger wies in seinem Bericht noch darauf hin, daß auch der Handelstag eine Verpflichtung zur Veröffentlichung der Bilanz mit der Begründung abgelehnt habe, daß damit der Entwurf wertlos werden würde. Der zuständige Referent im Hamburger Senat hatte den Entwurf dort am 29.1.1891 als eine « außerordentlich liberale, der Vertragsfreiheit weiten Spielraum gewährende » Vorlage bezeichnet.

oder Unterlassungen schuldig macht, durch welche das Gemeinwohl gefährdet wird». Ferner wurde beschlossen, daß die Gesellschaft durch gerichtliches Urteil aufgelöst werden kann, wenn «die Erreichung des Gesellschaftszwecks unmöglich wird, oder andere, in den Verhältnissen der Gesellschaft liegende, wichtige Gründe für die Auflösung vorhanden sind». Die neuen Bestimmungen waren vom preußischen Staatsministerium am 30.12.1891 nach längeren Verhandlungen unter den Staatsministern beschlossen<sup>(82)</sup> und von Preußen den Bundesratsausschüssen übermittelt worden.

Die vom Bundesrat am 11.2.1892 verabschiedete Fassung des Entwurfs wurde im Reichstag am 19.2.1892 in 1. Lesung beraten<sup>(83)</sup>. Der Abgeordnete Oechelhäuser sprach sich außerordentlich lobend über die Vorlage aus. Sie gehe weit über die von ihm selbst und von anderen Autoren und Institutionen unterbreiteten Vorschläge hinaus und habe eine selbständige Gesellschaftsform geschaffen. Weiterhin hob Oechelhäuser hervor, daß der Entwurf scharf zwischen dispositiven und zwingenden Normen unterscheide und dabei letztere auf das «äußerste Maß» beschränkt habe, aber gleichwohl Vorsorge dagegen getroffen habe, die Beteiligung an einer GmbH zu Spekulationszwecken auszunutzen. Andere Redner wiesen darauf hin, daß man nach dem Inkrafttreten des neuen Gesetzes nicht mehr auf die Gründung von Aktiengesellschaften zurückzugreifen brauche, wenn dies nicht notwendig sei. Die Vorlage wurde der 25. Kommission überwiesen, die einige nicht unwesentliche Änderungen beschloß<sup>(84)</sup>, die aber das Gesetz in seinen Grundlagen nicht tangierte. Für die Abschließung und die Änderung des Gesellschaftsvertrages wurde die notarielle oder gerichtliche Form vorgeschrieben. Im § 4 wurde unter bestimmten

---

<sup>(82)</sup> Vgl. hierzu die Voten der preuß. Staatsminister und das Protokoll über die Verhandlungen des preuß. Staatsministeriums in der in Fn. 76 genannten Akte.

<sup>(83)</sup> *Sten. Berichte über die Verhandlungen des Reichstags*, VIII. Legislaturperiode, I. Session, 1890-92, Bd. 6, S. 4303 ff.

<sup>(84)</sup> Vgl. hierzu den Bericht dieser Kommission im *Aktenstück*, Nr. 744, in *Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages*, 8. Legislaturperiode, I. Session, 1890-92, 6. Anlagenband, S. 4005 ff.

Kautelen auch eine Personalfirma zugelassen. Abgeändert wurde § 62, wonach die Auflösung einer Gesellschaft bei Gefährdung des Gemeinwohls zulässig sein sollte. Dagegen wurde es abgelehnt, die neue Gesellschaftsform für Gesellschaften auszuschließen, die Versicherungs- oder Bankgeschäfte betrieben. In § 42 Abs. 2 wurde lediglich vorgeschrieben, daß Gesellschaften, bei welchen der Gegenstand des Unternehmens im Betrieb von Bankgeschäften bestand, die Bilanz zu veröffentlichen haben. Nicht durchsetzbar war auch eine Erhöhung der Einzahlungsquoten. - In 2. und 3. Lesung im Plenum (19. und 21.3.1892) wurden Bedenken gegen eine sofortige Annahme der Vorlage vorgebracht, insbesondere vom Abgeordneten Broemel (Freisinn) <sup>(85)</sup>. Nach seiner Meinung waren die Vorschriften für die Gründung und Verwaltung der Gesellschaft zu schematisch und enthielten im übrigen zu wenig Bürgschaften für die Gesellschaftsgläubiger. Obwohl auch noch von anderen Abgeordneten der Wunsch geäußert wurde, von einer en-bloc-Annahme abzusehen und die Verabschiedung des Entwurfs auf die neue Session zu verschieben, nahm gleichwohl die große Mehrheit des Reichstags die Vorlage ohne Detailberatung an <sup>(86)</sup>.

#### IV. ZUSAMMENFASSENDER WÜRDIGUNG.

Im GmbH-Gesetz ist der « kollektivistische » Charakter der neuen Gesellschaftsform stärker betont, als es von der überwiegenden Zahl der Handelskammern befürwortet worden war, denen man allerdings insoweit entgegenkam, daß man das bergrechtliche ZubuBesystem nicht für obligatorisch erklärte und die Übertragbarkeit der Geschäftsanteile erschwerte. Dagegen war die Forderung zurückgewiesen worden, die Mindesteinlagen auf 3.000 bis 5.000 Mark festzusetzen. Die Entscheidung des Gesetzgebers für eine « kleine Aktiengesellschaft » ist wiederholt kritisiert worden. So führt Limbach <sup>(87)</sup> aus, der Gesetzgeber sei zu Unrecht

<sup>(85)</sup> *Sten. Berichte*, aaO. (Fn. 83), S. 4881 f.

<sup>(86)</sup> *Sten. Berichte*, aaO. (Fn. 83), S. 4886.

<sup>(87)</sup> LIMBACH, aaO. (Fn. 17), S. 16 f., 107 ff.; SCHILLING, *Rechtspolitische Gedanken zur GmbH und Co.*, in *Festschrift für O. Kunze*, Berlin 1969, S. 194 ff.

davon ausgegangen, daß bei der neuen Gesellschaftsform die Zahl der Teilnehmer eine nicht ganz geringe sein werde. Ferner sei der Gesetzgeber in der Vorstellung befangen gewesen, daß der personalistische Charakter der OHG nur eine Konsequenz der unbeschränkten Haftung sei und mit deren Beseitigung seine Berechtigung verliere. Demgegenüber habe die weitere Entwicklung gezeigt, daß bei der GmbH die Elemente der Personengesellschaften dominierten <sup>(88)</sup>. Des weiteren weist dann Limbach auf die «ideologischen Elemente» in der wirtschaftstheoretischen Begründung des Postulats von «notwendiger Verbundenheit von Herrschaft und Haftung» hin <sup>(89)</sup>.

Eine solche zumal retrospektive Kritik dürfte der Entscheidung des Gesetzgebers von 1892 wohl nur teilweise gerecht werden. Zwar sind die Entwurfsverfasser davon ausgegangen, daß sich der «allgemeine Charakter der offenen Handelsgesellschaft auch bei Beseitigung der unbeschränkten Haftpflicht nicht beibehalten lasse» <sup>(90)</sup>. Aber auf der anderen Seite lag dem Reichsjustizamt, vom Oechselhäuserschen Entwurf aus dem Jahre 1884 abgesehen, kein Entwurf vor, der die individualistische Form einer GmbH mehr oder weniger rein verwirklichte. Dies hätte allerdings das Reichsjustizamt nicht daran zu hindern brauchen, die neue Gesellschaftsform im Anschluß an die OHG zu regeln. Aber diesen Weg wollte man nicht einschlagen, weil nach Ansicht des Reichsjustizamts eine GmbH auf der Grundlage des Rechts der OHG den vorhandenen Bedürfnissen nur in beschränktem Maße entsprechen hätte. Man hätte im Reichsjustizamt die neue Gesellschaftsform zwar so normieren können, daß es möglich gewesen wäre, ihr «durch die Festsetzung des Gesellschaftsvertrages eine Gestalt zu geben, in welcher sie auch zur Aufnahme einer größeren Zahl von Mitgliedern geeignet wäre» <sup>(91)</sup>. «Es leuchtet aber ein», so fahren die Motive fort, «daß hierdurch, in Verbindung mit der Beseitigung der unbeschränkten Haftpflicht, die Gesellschaft eines bestimmten Rechtscharakters ganz entkleidet und so ver-

---

<sup>(88)</sup> LIMBACH, aaO., S. 110 ff.

<sup>(89)</sup> LIMBACH, aaO., S. 113.

<sup>(90)</sup> *Sten. Ber.*, aaO. (Fn. 59), S. 3727.

<sup>(91)</sup> *Sten. Ber.*, aaO. (Fn. 59), S. 3727; hieraus auch das folgende Zitat.

schiedenartigen Gestaltungen zugänglich gemacht würde, daß sie ihren individualistischen Charakter auch gänzlich abstreifen und in allen wesentlichen Beziehungen die Natur der Aktiengesellschaft annehmen könnte, ohne dabei an eine der Schranken gebunden zu sein, welche bei dieser zum Schutze der beteiligten Interessen aufgerichtet sind. Es bedarf keiner besonderen Begründung, daß dies nicht als zulässig betrachtet werden kann. Bleibt dagegen der individualistische Charakter der Gesellschaft durch zwingende Vorschriften gewahrt, so wird hierdurch das Anwendungsgebiet der Gesellschaft in einer Weise beschränkt, daß dem vorhandenen Bedürfnis nicht mehr Genüge geschieht». - Das Verlangen des Handelstags und der dem Handelsstand nahestehenden Juristen, auch eine personalistische GmbH zuzulassen, war im übrigen nicht weiter in Frage gestellt worden, wohl weil man im Reichsjustizamt der Meinung war, daß personalistische Gesellschaften mit beschränkter Haftung nicht sehr häufig vorkommen würden, und weil darüber in der Rechtslehre jedenfalls im Zusammenhang mit den Vorschlägen der Jahre 1884 bis 1889 eine Diskussion nicht stattgefunden hatte. Dies konnte auch nicht mehr nachgeholt werden, da der Entwurf erst Ende 1891 der Öffentlichkeit vorgelegt und bereits im Februar 1892 vom Reichstag verabschiedet wurde.

Nach den Motiven war für die «kollektivistische» Ausgestaltung der neuen Gesellschaftsform in erster Linie die Erwägung maßgebend, den Mißbrauch einer rein individualistischen GmbH zu verhindern. Die Erfahrungen der Gründerjahre waren noch zu frisch, als daß man auf entsprechende Sicherungen zu Gunsten der Gläubiger und Gesellschafter verzichten wollte. Auf der anderen Seite wollte man aber auch die Vereinigung weniger «selbstthätiger Theilhaber» nicht ganz ausschließen. Alles dies konnte nach den Motiven nur dazu führen, «der Konstruktion der Gesellschaft hinreichende Dehnbarkeit zu verleihen, um sie auch für Fälle dieser Art verwendbar zu machen. Die Schwierigkeiten, welche dem entgegen stehen, sind keineswegs so erheblich, daß man darauf verzichten müsse, durch eine und dieselbe Gesellschaftsform dem vorhandenen Bedürfnisse in seinen verschiedenen Anwendungsfällen gerecht zu werden. Nur wird die Lösung der Aufgabe auf einem anderen Wege gesucht werden müssen als

auf demjenigen der Zugrundelegung einer streng individualistischen Gesellschaftsform, bei welcher den weitergehenden Bedürfnissen nur durch eine mehr oder weniger ausgedehnte Befugniß zur autonomen Umgestaltung der Grundform Rechnung getragen werden könnte » <sup>(92)</sup>.

Für den Gesetzgeber war die Frage, inwieweit die neue Gesellschaftsform auch für personalistisch strukturierte Zusammenschlüsse benutzt werden würde, von untergeordneter Bedeutung, wobei die unzutreffende Einschätzung der künftigen Entwicklung eine gewisse Rolle spielte. Für den Gesetzgeber kam es aber primär darauf an, für die von der Rechtslehre und Praxis gebrachten Beispielfälle, in denen es regelmäßig um den Zusammenschluß einer größeren Zahl von Personen ging, eine gegenüber der Aktiengesellschaft weniger restriktive Gesellschaftsform zu schaffen, ohne aber damit eine personalistische Struktur dieser neuen Gesellschaft auszuschließen.

Die Alternative wäre gewesen, unterschiedliche Normen für eine personalistisch und für eine kapitalistisch strukturierte GmbH aufzustellen, wie Hammacher es im Mai 1888 dem Handelstag vorgeschlagen hatte. Dieses Modell, für das im einzelnen keine detaillierten Vorschläge gebracht wurden, ist dann vom Ausschuß des Handelstages nicht weiter verfolgt worden, so daß auch für das Reichsjustizamt kein Anlaß bestand, näher darauf einzugehen. Die von diesem vorgeschlagene Einheitslösung versuchte zwischen den unterschiedlichen Wünschen der Praxis zu vermitteln. Dabei traten, wie *Fränkel* 1915 zutreffend ausgeführt hatte, « zwei Richtlinien der geschilderten Entwicklung deutlich hervor » <sup>(93)</sup>: « eine ständige Vermehrung des Gebiets, auf dem die neue Unternehmungsform ihre Tätigkeit entfalten soll, und eine ständige Verminderung der Schranken, durch die der Allgemeinheit gegen die Tätigkeit der neuen Unternehmungsform Schutz in Aussicht gestellt wird. Den Endpunkt beider Linien bildet gedanklich der *Entwurf*. Er füllt alle Lücken aus, die zwischen den Kreisen der bestehenden Gesellschaftsformen angeblich vorhanden sind, ja mehr als das, er gestattet, wie es in einem Begrüßungsartikel der

<sup>(92)</sup> *Sten. Ber.*, aaO. (Fn. 59), S. 3227.

<sup>(93)</sup> FRÄNKEL, aaO. (Fn. 17), S. 21 f.

National-Zeitung heißt, 'ein Hineintragen des Prinzips der beschränkten Haftung in jedes Gebiet, welches bisher die Domäne der bestehenden Gesellschaftsformen war und ein Anpassen der neuen Form an alle denkbaren objektiven und subjektiven Grundlagen oder Vorbedingungen irgend einer Gesellschaftsbildung' (94). Er erfüllt die Forderung nach möglichst weitgehender Vertragsfreiheit nicht nur in vollem Umfang, sondern er stellt sich — ganz abgesehen davon, daß mehr als ein Drittel der befragten Handelskammern die neue Gesellschaftsform geradewegs ablehnen — freundlicher zu Handel und Industrie als die berufenen Vertreter von Handel und Industrie selbst und beseitigt alle die eben beschriebenen schützenden Normen, die von diesen für notwendig erachtet worden sind. Sie werden ersetzt durch zwei Vorschriften, an deren Stelle jedes Gutachten, in dem die Ausgestaltung der empfohlenen Gesellschaftsform näher erörtert wird, wirksamere Normen vorsieht, und zwar vorsieht *neben* und *trotz* den Kau-

---

(94) Der Kommentar der National-Zeitung vom 31.1.1892 fährt dann fort: « Es kann also auf dieser Grundlage sowohl eine streng individualistische Gesellschaft, wie die offene Handelsgesellschaft, bei der die Theilhaber zugleich die Geschäftsführer sind, gebildet werden (mit dem einzigen Unterschied, daß die Solidarhaft durch die Haftung bis zur Höhe des Stammkapitals ersetzt wird), als auch eine rein kollektivistische Gesellschaft, wie die Aktiengesellschaft oder Genossenschaft ... Ganz besonders ist auch anzuerkennen, wie der Entwurf lästige und doch für die Sicherstellung der Gläubiger unnötige Bedingungen, wie die Einreichung und Veröffentlichung der Bilanzen, sowie überhaupt den ganzen Formalismus vermeidet, welcher bei der Aktiengesellschaft erforderlich sein mag, für kleine Unternehmungen aber ebenso hinderlich als entbehrlich ist. Der Entwurf geht von der ganz richtigen Voraussetzung aus, daß die neue Gesellschaftsform ihren wirtschaftlichen Zweck verfehlen würde, wenn die Erleichterungen, die sie gewährt behufs Erweiterung des Kreises nutzbringender Unternehmungen, vollständig auf der anderen Seite wieder durch lästige Bedingungen oder Beschränkungen aufgewogen würden, die das Kapital abschrecken, statt es anzuziehen. Diese liberalen, von manchen engherzigen Bestimmungen des Aktiengesetzes weit abweichende Auffassung verdient ganz besondere Anerkennung ... Und dabei ist sie (die beabsichtigte Erweiterung unseres Gesellschaftsrechts) nicht dazu angethan, der Effektspekulation neues Material zuzuführen, da es sich nur um Betheteiligungen handelt, die zu ihrer Uebertragung der gerichtlichen oder notariellen Form bedürfen. Es dürften sich im Gegentheil manche Aktiengesellschaften in die neue Gesellschaftsform mit beschränkter Haftung umwandeln, ebenso wie unzweifelhaft viele der bestehenden offenen Handelsgesellschaften dazu übergehen werden » (zitiert nach den *Schriften*, aaO. (Fn. 5), S. 116 f.).



telen, die der Entwurf fallen läßt ». Die beiden Normenkomplexe, auf die Fränkel in diesem Zusammenhang verweist, betrafen die Form, in welcher Weise die Übertragung der Gesellschaftsanteile zu erfolgen hatte, und die zum Schutz der Gläubiger geschaffenen §§ 24 und 31 des GmbH-Gesetzes.

Auf die Bedeutung der Vorlage für die künftige Rechtsentwicklung hatte kurz vor ihrer Verabschiedung noch Otto Bähr <sup>(95)</sup> hingewiesen. Das GmbH-Gesetz, so hatte er ausgeführt, revolutioniere das geltende Recht, da es jedermann mit Hilfe von Stroh Männern ermögliche, sich für seinen persönlichen Geschäftsbetrieb eine beschränkte Haftung zu verschaffen. Bereits die Aktiengesellschaft sei eine gegenüber dem gemeinen Recht « höchstbedeutsame Neuschöpfung » <sup>(96)</sup> gewesen, da es keineswegs eine Selbstverständlichkeit sei, bei einem Personenverband, selbst wenn ihm die juristische Persönlichkeit zukomme, auch die Haftung zu beschränken. Mit dem neuen Gesetz würden die erst 1884 eingeführten Schutzmaßnahmen des Aktienrechts aufgegeben und die Aktiengesellschaften zum größten Teil überflüssig. Die für eine neue Gesellschaftsform geltend gemachten Bedürfnisse ließen sich besser durch eine Liberalisierung des Vereinsrechts und eine Erweiterung der bergrechtlichen Gewerkschaft befriedigen. Die neue Gesellschaftsform gestatte es dem Schuldner, das Risiko auf den Gläubiger überzuwälzen, was der Staat nicht noch fördern solle. Ähnliche, wenn auch weniger weitgehende Einwendungen, brachte auch Levin Goldschmidt gegen den Entwurf vor <sup>(97)</sup>. Trotz dieser Kritiken, die, wenn man sie beachtet hätte, die Ziel-

---

<sup>(95)</sup> BÄHR, *Gesellschaften mit beschränkter Haftung*, in *Die Grenzboten*, Jg. 51 (1892), S. 210 ff.

<sup>(96)</sup> BÄHR, aaO., S. 215.

<sup>(97)</sup> GOLDSCHMIDT, *Alte und neue Formen der Handelsgesellschaften*, in *Vermischte Schriften*, Bd. 2, Berlin 1901, S. 321 ff. Goldschmidt wollte die GmbH auf Gesellschaften zu Handelszwecken beschränken; sie sollten nur als Zubeußgesellschaften zugelassen werden, wobei die Zubeuß im Statut auf einen bestimmten Maximalbetrag sollte festgesetzt werden dürfen. Die « konstruktive Frage », ob die « so geregelten Gesellschaften als juristische Personen zu gelten haben », sollte lediglich der Wissenschaft und Praxis überlassen bleiben. Es sollten daher die Worte in § 13 « als solche hat selbständig ihre Rechte und Pflichten » wegfallen. Es sei denkbar, daß je nach der Sachlage die juristische Persönlichkeit anzuerkennen oder zu verneinen sein werde.

setzung der Vorlage hätte präzisieren können, konnte das Gesetz den Reichstag ohne größere Widerstände passieren, da es allen, die an seinem Zustandekommen interessiert waren, Vorteile versprach. Auch Oechselhäuser, der bislang eine streng personalistische Struktur der neuen Gesellschaft propagiert hatte, machte sich im Reichstag das Votum des Handelstags zu eigen, indem er dessen Geschäftsführer Beisert zustimmend zitierte <sup>(98)</sup>: « Es ist mir noch nie eine gesetzgeberische Vorlage vorgekommen, welche so sehr geeignet wäre, Freunde zu erwerben. Wenn wir uns überlegen, wie so oft die Industrie und der Handel es mit einer gewissen Besorgniß gesehen haben, daß die Gesetzgebung mit dem einen oder dem anderen ihrer Rechtsverhältnisse sich beschäftigte, und daß sie zu dieser Besorgniß wohl berechtigt waren, weil erfahrungsgemäß aus den gesetzgeberischen Arbeiten der letzten Zeit nur Zwang, Verbot und Beschränkung das Resultat gewesen ist, so muß man sagen: dieser uns gegenwärtig vorliegende Entwurf hat doch ein ganz anderes Gesicht und gewährt uns wirklich freudige Ueberraschung. Es ist in diesem Entwurf, während die früheren Gesetze immer Einschränkungen und immer Verbote hatten, von diesen polizeilichen Rücksichten nichts zu spüren. Der Entwurf trägt der Vertragsfreiheit, die doch der Urquell aller unserer Bestrebungen sein muß, in vollem Maße Rechnung, und ich glaube, daß er, wenn er Gesetz geworden sein wird, mit den Abänderungen, die sich im Laufe der Verhandlung ja noch als nothwendig herausstellen werden, eine Zierde unserer Reichsgesetzsammlung sein wird » <sup>(99)</sup>.

---

<sup>(98)</sup> Zitiert nach den *Sten. Ber.*, aaO. (Fn. 83), S. 4305.

<sup>(99)</sup> Die GmbH setzte sich erst von 1925 an vor allem in den kontinental-europäischen und in den lateinamerikanischen Rechten, oft mit nicht unerheblichen Abweichungen, durch (Übersicht bei WINTER, aaO. [Fn. 15], Rdn. 187 ff.). In Italien wurde eine der GmbH vergleichbare Gesellschaftsform, die *società a responsabilità limitata*, in den Art. 2472-2497 bis des *Codice civile* von 1942 geschaffen (hierzu m.w.N. BEHREND, in *Hachenburg, Großkommentar zum GmbH-Gesetz*, 7. Auflage, Berlin-New York 1975, Allg. Einleitung, Rdn. 422 ff.). - Zur Reform des Aktienrechts vgl. H. P. WESTERMANN, aaO. (Fn. 15), Einl. Rdz. 45 ff.; BALLERSTEDT, in *GmbH-Rundschau*, 58 Jg. (1967), S. 66 ff. - Zur Novelle von 1980 vgl. K. SCHMIDT, *Grundzüge der GmbH-Novelle*, in *NJW* 1980, 1769 ff.; SCHOLZ-WINTER, *Komm. zum GmbHG*, 6. Aufl., 10. Lieferrg., Ergänzungen durch die GmbH-Novelle.



ACHILLE DE NITTO

DOTTRINA E REALTÀ  
DELLE PERSONE GIURIDICHE PUBBLICHE  
TRA FINE '800 ED INIZI '900 IN ITALIA

ALLE ORIGINI DEL PROBLEMA DELLA 'CRISI DELLO STATO'

Vorrei partire con il rilevare un dato. Nell'ordinamento dello Stato unitario si andarono progressivamente moltiplicando, per atto del potere legislativo ma anche — e anzi spesso — dell'esecutivo, una quantità di figure soggettive genericamente definibili 'pubbliche'. Adopero quest'espressione, che mi pare poco impegnativa, anche se, evidentemente, non neutrale, per evitare di parlare subito di 'enti pubblici' o di 'persone giuridiche pubbliche', che nascono come formule di uso dottrinale <sup>(1)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> La relatività della nozione di 'persona giuridica' e la matrice pandettistica di molte costruzioni dottrinali unitarie sono state lucidamente evidenziate da Riccardo Orestano in una serie di corsi universitari e di studi dedicati a questo tema, ma anche in occasioni meno specifiche. Tra i primi ricordo *Il problema delle fondazioni in diritto romano*, Torino, Giappichelli, 1959 (corso genovese del 1957-58); *Il « problema delle persone giuridiche » in diritto romano*, Torino, Giappichelli, 1968 il cui secondo capitolo è ora, col titolo 'Persona' e 'persone giuridiche' nell'età moderna, in *Azione Diritti soggettivi Persone giuridiche*, Bologna, il Mulino, 1978. Tra gli altri, la sua fondamentale *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Torino, Giappichelli, 1961<sup>2</sup>, e, da ultimo, per diversi spunti, 'Diritto'. *Incontri e scontri*, Bologna, il Mulino, 1981.

Orestano ha insistentemente avvertito che « il problema delle persone giuridiche si pone e va posto come un problema storico » (pag. 74 del secondo degli scritti citati). Nel suo pensiero, la storicità di questa problematica non si riferisce soltanto alla disciplina positiva dei diversi ordinamenti, ma anche — e soprattutto — alle rappresentazioni concettuali delle situazioni in essi configurate. In questo senso sono determinanti le concezioni e le prospettive nelle quali operano le singole 'scienze giuridiche'.

Per l'uso dell'espressione 'figura soggettiva' e per diversi altri spunti di

Nel 1862 furono istituite le Camere di commercio ed arti (L. 6.7.1862 n° 680); nel 1865 un decreto reale approvò la convenzione tra alcune banche per l'esercizio, attraverso appositi « istituti », del credito fondiario nelle province continentali del Regno (R.D. 8.10.1865 n° 2541); nel 1866, ancora con decreto, furono istituiti in ogni capoluogo di circondario i « Comizi agrari », per l'utilità e l'incremento dell'agricoltura (R.D. 23.12.1866 n° 3452); nel 1870 fu « riconosciuto come stabilimento di pubblica utilità ed elevato ad ente morale » l'Ufficio del registro italiano per la classificazione dei bastimenti, futuro Registro italiano navale (R.D. 29.9.1870 n° 5900); nel 1874 furono istituiti l'Accademia nazionale di Santa Cecilia (R.D. 17.10.1874 n° 2202) ed i Collegi degli avvocati e procuratori (L. 8.6.1874 n° 1938); nel 1878 il Monte delle pensioni per i pubblici insegnanti elementari (L. 16.12.1878 n° 4646); nel 1883 fu fondata una Cassa nazionale di assicurazione per gli infortuni degli operai sul lavoro, attraverso una convenzione tra il Ministro di agricoltura, industria e commercio ed una serie di banche, specialmente Casse di risparmio (L. 8.7.1883 n° 1473); nel 1885, una Cassa di mutuo soccorso tra i cantonieri delle strade nazionali del Regno, presso la direzione generale ponti e strade del Ministero dei Lavori pubblici (R.D. 27.9.1885 n° 3489). Moltissime furono — del resto — nel corso di più di un quarantennio le nuove istituzioni nel settore previdenziale, sorte come « casse-sovvenzioni », « monti-pensioni », « fondi speciali » (per gli orfani degli impiegati civili dello Stato — R.D. 28.2.1892 n° 90 —, per i medici condotti — L. 14.7.1898 n° 335 —, per i segretari e altri impiegati comunali — L. 6.3.1904 n° 88 —, per gli ufficiali giudiziari e per gli impiegati degli archivi notarili — LL. 12.12.1907 numeri 754 e 755 —, etc.). Nel 1898 nacque il primo grosso ente veramente « autonomo », la « Cassa nazionale di previdenza per l'invalidità e la vecchiaia degli operai » (L. 17.7.1898 n° 350), la quale, secondo l'art. 1, cpv., della legge, « avrà una rappresentanza ed un'amministrazione propria, affatto

---

questa ricerca, rinvio all'opera di M. S. Giannini e, sinteticamente, al suo *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1970 ed ora alle *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1981, dove, specialmente, si veda il titolo dedicato alle « invarianti » della « organizzazione amministrativa » (parte prima).

distinta da quella dello Stato, il quale non incontrerà mai altra responsabilità, né avrà altri oneri all'infuori del concorso e della vigilanza ». Nel 1902 sorse un « consorzio per la costruzione, la manutenzione e l'esercizio perpetuo dell'acquedotto pugliese » (L. 26.6.1902 n° 245); nel 1903 un « consorzio obbligatorio autonomo per l'esecuzione delle opere, la gestione ed il coordinamento dei servizi nel porto di Genova » (L. 12.2.1903 n° 50); nel 1905, l'Ente Volturno, sotto il titolo di « Azienda per la costruzione e per l'esercizio delle opere di derivazione di forza idraulica dalle sorgenti del Volturno, di trasformazione, di condotta e distribuzione di energia elettrica » (R.D. 7.10.1905 n° 605, esecutivo dell'art. 19 della legge 8.7.1904 n° 351 per il risorgimento economico della città di Napoli); nel 1906, un consorzio obbligatorio per l'industria solfifera siciliana (L. 15.7.1906 n° 333); nel 1907, consorzi obbligatori per la difesa della viticoltura contro la fillossera (L. 7.7.1907 n° 490); nel 1910 fu istituita l'Azienda speciale del demanio forestale di Stato (L. 2.6.1910 n° 277); nel 1912, l'Istituto nazionale delle assicurazioni (L. 4.4.1912 n° 305), che nacque con « personalità giuridica e gestione autonoma ».

L'elenco è, ovviamente, incompleto, ma spero significativo (2).

Si trattava di figure soggettive del tutto eterogenee, non solo — come si vede — per funzioni, ma anche per struttura, organizzazione e, addirittura, « nomen juris » (3). Nel linguaggio normativo l'espressione più frequente era « corpo morale », considerato di derivazione canonistica (4); ma poi si aveva anche « ente »,

(2) Per una documentazione normativa sugli enti pubblici, cfr. « *Gli enti pubblici italiani. Anagrafe - legislazione - giurisprudenza dal 1861 al 1970*, Milano, F. Angeli, 1972.

(3) Compiute ed ampie indagini terminologiche sono in C. FADDA e P. E. BENSA, *Note* a B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, Torino, 1902, vol. I, pagg. 775 e ss.; in B. BRUGI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, Milano, 1914, terza ed., pag. 117 (I ed., 1905) ed in F. FERRARA, *Teoria delle persone giuridiche*, Torino-Napoli, 1923, seconda ed., pagg. 11 ss. (I ed., 1915), che è il risultato di una lunga riflessione dell'Autore, maturata attraverso numerosi studi sull'argomento.

(4) Illumina, anche su questo punto, il prezioso saggio di F. RUFFINI, *La classificazione delle persone giuridiche in Sinibaldo dei Fieschi ed in Federico Carlo di Savigny*, in *Studi in onore di F. Schupfer*, II, Torino, 1898, dove, a pag. 323, egli sottolinea le connessioni tra l'espressione « corpo morale » e la concezione

« ente morale », « ente morale giuridico », « ente collettivo », « stabilimento », « stabilimento pubblico », talvolta « stabilimento di pubblica utilità », « istituto », « istituzione », « persona morale ». L'espressione « persona giuridica » o « personalità giuridica », di provenienza — dottrinale ma anche legislativa — germanica, ancorché presente nella vecchia legge sulla Cassa depositi e prestiti (L. 17.5.1863 n° 1270, art. 9), divenne usuale in epoca successiva, con le leggi sulle Società di mutuo soccorso (L. 15.4.1886 n° 3818), sulle Casse di risparmio (L. 15.7.1888 n° 5546), sull'Acquedotto pugliese, sull'I.N.A., entrambe citate, etc. Assai di frequente le ricordate espressioni erano accompagnate dall'aggettivo « autonomo », così che si aveva, per esempio, « corpo morale autonomo », « ente autonomo », « persona » o « personalità giuridica autonoma », talora « azienda autonoma »; più avanti, e moltissime volte dopo la legge sull'I.N.A., « gestione autonoma »<sup>(5)</sup>. Le espressioni « persona giuridica pubblica » ed « ente pubblico » comparvero raramente; anzi, per quanto ho visto, mai. Ricordo soltanto l'impiego, piuttosto generico, di « pubblico » in « istituti » o « stabilimenti pubblici », già nei Codici del '65 (nel civile, per esempio agli artt. 2, 425, 832, 2095 o, in quello di procedura civile, agli artt. 138 e 339), per chiara influenza del francese « établissement public »; o in « istituzioni pubbliche di beneficenza », di cui alla relativa legge organica (L. 17.7.1890 n° 6972),

---

della Chiesa come « corpus mysticum ». Aderisce, tra i tanti, B. Brugi, in *op. cit.*, pag. 115. Riprende quest'idea, riflettendo sugli usi dottrinali della parola 'corpus', V. PIANO MORTARI, *Cultura medievale e principio sistematico nella dottrina esegetica accursiana*, in *Studi Medievali*, terza sr., VI, 1965, ora in *Dogmatica e interpretazione. I giuristi medievali*, Napoli, Jovene, 1976, pagg. 136-7.

(<sup>5</sup>) Per esempio nella norma istitutiva del Consorzio di credito per le opere pubbliche (R.D.L. 2.9.1919, n° 1627, art. 2) o nell'art. 2 del Regolamento legislativo dell'Opera nazionale combattenti (approvato con L. 16.6.1927, n° 1100, in esecuzione del D.lgt. 10.12.1927, n° 1970) o nel R.D.L. 13.11.1931, n° 1398, art. 1, istitutivo dell'I.M.I. (Istituto mobiliare italiano). In questi casi, che non sono i soli, ricorre l'espressione « personalità giuridica e gestione autonoma », impiegata per la prima volta nella legge istitutiva dell'I.N.A., come ho già detto. Il fatto non è casuale, se si considera che la storia di questi enti si ricollega alla vicenda personale di un medesimo gruppo di uomini, raccolti sin dal primo decennio di questo secolo — e taluno anche da epoca precedente — intorno a Francesco Saverio Nitti.

dove la qualificazione sembrava avere valore prevalentemente ricognitivo <sup>(6)</sup>. Più frequente il caso di norme che riconoscessero o attribuissero carattere « pubblico » non a « soggetti » ma ad « oggetti », « attività » o anche « atti » (cito per tutti la legge 29.3.1903 n° 103, sulla municipalizzazione dei pubblici servizi).

Un'ultima osservazione. Almeno fino alla legge sulla Cassa nazionale di previdenza, le norme ebbero generalmente scarso interesse per il profilo dell'organizzazione dell'ente che istituivano, limitandosi a delinearne tratti molto sommari ed anzi spesso — e specialmente nel caso degli enti previdenziali — affidando la gestione ad un'amministrazione statale o ad altra amministrazione <sup>(7)</sup>. La disciplina del personale fu praticamente inesistente come, del resto, era per quello dello Stato; tanto che, quando ci sarà, costituirà un segnale estremamente significativo. Rigorosamente previsto, al contrario, il regime dei controlli, della vigilanza o della tutela di un'autorità amministrativa statale.

Il quadro tradizionale dei 'soggetti' amministrativi si era talmente complicato da esigere una nuova sistemazione teorica. Anzi, una fondazione teorica, perché la scienza amministrativistica, fino alla prima metà dell'Ottocento, non ragionava in termini di 'soggetti', ma di 'funzioni', in una prospettiva che definiremmo oggettivistica.

Si assume generalmente che esempi risalenti di 'enti pubblici' fossero i cosiddetti enti territoriali (il Comune, poi la Provincia), le Università e le istituzioni culturali in genere, le cosiddette Opere

---

<sup>(6)</sup> Secondo F. FERRARA, *La classificazione delle persone giuridiche*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1912, parte I, pag. 358, « la legge parlando di istituzioni pubbliche [di beneficenza] non intende già dire di carattere giuridico pubblico, soggetti di *jus publicum*, ma di beneficenza pubblica, cioè rivolte all'assistenza generale, in pro di tutti: pubblico cioè nel senso di generale, aperto a tutti (come si dice luogo pubblico, strada pubblica, etc.) ». L'espressione corretta, perché più conforme allo spirito della legge, è perciò — a suo parere — « istituzioni di beneficenza pubblica ».

<sup>(7)</sup> Generalmente alla Cassa depositi e prestiti. Singolare il caso dell'Ufficio del Registro navale, la cui amministrazione venne affidata alle Camere di commercio del Regno con sede nelle città marittime.



pie <sup>(8)</sup>, cui le nuove figure si sarebbero affiancate. Ed è fuori dubbio che queste 'entità' esistessero non solo materialmente, ma anche giuridicamente, in quegli ordinamenti. Il fatto è che per descriverle e per disciplinarle, la scienza e le norme non ricorrevano alla categoria concettuale del 'soggetto'.

Prendiamo, per tutti, Giovanni Manna, figura eminente tra i giuristi dell'Italia pre-unitaria. Nel suo trattato <sup>(9)</sup>, dedicato nella prima parte alle « partizioni teoretiche del diritto amministrativo », occupandosi della beneficenza pubblica, la ricomprese nella « azione sussidiaria dell'amministrazione civile » <sup>(10)</sup>. Parlò sì di « istituzioni » di beneficenza, ma specificando che esse sono gli strumenti con cui lo Stato, attraverso i fondi della finanza centrale e municipale, « sottentra (...) dove l'opera spontanea e libera delle persone si arresta » <sup>(11)</sup>. Scrisse <sup>(12)</sup>: « Ben vede ognuno che l'opera della beneficenza pubblica non è limitata ad una sola qualità di sussidio, e che si riferisce a ciascun capo di amministrazione civile (...). Onde l'azione sussidiaria dello stato apparirà primieramente come complemento dell'amministrazione annuaria e sanitaria, mercé le istituzioni di beneficenza destinate al

<sup>(8)</sup> Nega il carattere pubblico delle Opere pie E. GIANTURCO, *Sistema di diritto civile italiano*, Napoli, 1894<sup>2</sup>, vol. I, pag. 108. Aderisce FERRARA, *op. ult. cit.*, pag. 358, che le riconduce « tra le persone private di utilità pubblica ».

<sup>(9)</sup> *Il diritto amministrativo del Regno delle Due Sicilie*, Napoli, 1840-42, voll. 2. Sull'originalità degli amministrativisti napoletani ha insistito L. MARTONE, *La scienza amministrativa nel Regno delle due Sicilie (1815-48)*. *Diritto e politica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1980, 3, pp. 1052-78.

<sup>(10)</sup> Manna distingue una « amministrazione di stato ordinaria » da una « amministrazione civile ». Entrambe sono « comprese e rappresentate in quello che dicesi esercizio del potere esecutivo » (*op. cit.*, vol. I, p. 60). Ma la prima costituisce « il movimento concentrativo d'intelligenza e di forza, per lo quale la sovranità e lo stato hanno avuto vita ed esistenza una volta » ed ha il compito di far seguitare quel « primo concentramento » da « un altro movimento conservativo che faccia per così dire ricomparire ad ogni istante la vita e la persona dello stato » (*ibidem*). La seconda costituisce, invece, il « movimento diffusivo della forza sociale », attraverso il quale il sovrano « comincerà propriamente la sua azione impiegando la forza e gli strumenti raccolti nel dar vita a tutti i diversi scopi sociali espressi nella legislazione » (*ibidem*). La prima è un mezzo, la seconda un fine.

<sup>(11)</sup> MANNA, *Il diritto amministrativo ...*, cit., vol. I, pag. 387.

<sup>(12)</sup> *Ibidem*.

sostentamento ed alla cura degl'indigenti e degli abbandonati. Apparirà in secondo luogo come complemento alla istruzione pubblica, aprendo scuole gratuite elementari ed altre istituzioni di questa fatta. Finalmente apparirà come complemento dell'amministrazione educatrice con quegli stabilimenti di educazion gratuita (...). Nel suo concetto, d'altra parte <sup>(13)</sup>, questo « supplire alla mancanza degli individui è precario e variabile » e proprio perciò « costituisce la parte sussidiaria dell'amministrazione civile », la quale « scema e si restringe secondo che il progresso della vita civile si allarga » <sup>(14)</sup>.

Così, a proposito delle Università, Manna parlò di « istituzioni scientifiche » e sostenne l'opportunità che lo stato « intervenga per soccorrerle di quelle opere che per dispendio e difficoltà vincerebbero per ora le forze degli individui e quelle eziandio delle nascenti associazioni » <sup>(15)</sup>. « Nondimeno — assicurò — è certo che a poco a poco lo stato si troverà liberato anche da questo carico e da questo dispendio; perocché quando le istituzioni scientifiche e letterarie avranno acquistato quel vigore e quella vitalità che ancor non hanno, senza fallo la libera cooperazione degli individui e delle associazioni volontarie presterà soccorsi assai maggiori di quelli che potrebbe mai prestare lo stato » <sup>(16)</sup>.

Le province ed i comuni o, meglio, i municipi sono — nel suo concetto — delle « associazioni minori » ricomprese nella « grande associazione dello stato » <sup>(17)</sup>. Essi costituiscono l'« organica territoriale », la quale « rappresenta per dir così l'organica centrale moltiplicata e ripetuta sopra ciascuna parte del terri-

<sup>(13)</sup> MANNA, *op. cit.*, pag. 324.

<sup>(14)</sup> Più avanti, tornando sull'argomento, Manna aggiunse: « Concludiamo adunque questo capo dicendo che lo stato può e debbe provvedere alle istituzioni di beneficenza pubblica, ma che siccome solo la necessità lo costringe a quest'opera, così deve incontante cedere il campo, allorché apparisca nella società chi voglia utilmente liberarlo da questa cura e da questo dispendio; e però che esso lungi da frapporre ostacoli alla formazione delle volontarie associazioni di beneficenza, debba a tutto potere provarle e inanimarle ». *Op. cit.*, pag. 393.

<sup>(15)</sup> MANNA, *op. cit.*, pag. 360.

<sup>(16)</sup> *Ibidem.*

<sup>(17)</sup> MANNA, *op. cit.*, pp. 88, 100, etc.

torio » (18). « I municipi esistono prima che lo stato nasca e la nazionale associazione si formi. Ed anche quando lo stato e la nazione sonosi formati e costituiti, i municipi non scompaiono, anzi ne diventano gli elementi essenziali. Le persone vivono nei municipi e non nello stato; gli individui dello stato sono i municipi essi medesimi » (19). Eppure « la perfezione della associazione maggiore non nasce dalla distruzione delle società minori, ma dalla perfezione di queste » (20). Infatti « l'unità amministrativa vorrebbe concepire come unità logica ed assoluta: doveché l'unità amministrativa è unità di accordo e di armonia, risultante non dalla distruzione delle parti, ma dal loro ravvicinamento e dalla loro armonica azione » (21).

Manna — come si vede — omette le definizioni astratte né si vincola con un uso 'tecnico' dei 'nomina'. Egli non si pone affatto il problema della soggettività, ma empiricamente osserva e descrive l'attività di alcune « istituzioni » o « associazioni » ed i loro rapporti con lo stato, significativamente scritto con la minuscola. Rapporti dinamici. Lo stato, infatti, è « il concentrarsi e raccogliersi » dell'umanità in se stessa, tendente allo scopo della « conservazione del diritto », e cioè, kantianamente, della « conservazione dei limiti fra le libertà individuali » (22). Ma questo « rivolgersi e concentrarsi sopra sé medesima non può intendersi senza un concentramento di forza morale e fisica, cioè di intelligenza e di braccia, per lo quale si costituisca una personalità astratta intelligente ed operante, che comprenda per così dire virtualmente in sé tutte le personalità individuali, spoglie di ogni interesse esclusivo ed antisociale » (23). D'altra parte, « la forza raccolta deve operare ed operando diffondersi dal centro sopra tutta la massa degli individui nel cui interesse fu raccolta » (24). Perciò « il movimento della gran macchina dell'amministrazione pubblica (...) è un movimento il quale deve incessantemente

(18) MANNA, *op. cit.*, pag. 88.

(19) MANNA, *op. cit.*, pag. 144.

(20) *Ibidem.*

(21) MANNA, *op. cit.*, pag. 101.

(22) MANNA, *op. cit.*, pag. 26.

(23) MANNA, *op. cit.*, pag. 31.

(24) MANNA, *op. cit.*, pag. 32.

procedere, e senza niuna posa o interruzione; perciocché un momento solo d'interruzione potrebbe avvolgere una grandissima quantità di offese e di danni sociali » (25).

In questa prospettiva, il riferimento ai 'soggetti' non si giustifica. Qui si tratta di singole o aggregate unità operative che agiscono in concreto in direzione di uno scopo, espressione di forza, si direbbe di energia, di mente e di braccia; elementi, come si è visto, di una « gran macchina » in movimento. Il municipio è una « associazione », cioè un insieme di individui: il 'nomen' serve per esprimere questa aggregazione, questa somma, non per qualificare la 'natura' astratta di un soggetto. Le « istituzioni di beneficenza » sono dei luoghi nei quali si concentrano alcune forze tendenti ad un preciso obiettivo; sono strumenti di una funzione collettiva o, meglio, di interesse collettivo. La loro soggettività è talmente irrilevante da essere fungibile: perciò lo stato può e anzi deve « sottentrare » con la propria azione sussidiaria pur di assicurare lo svolgimento della funzione. La stessa personalità 'astratta' dello Stato è un farsi, è anzi lo svolgersi di un procedimento di astrazione, non un presupposto teoretico. È una formula concettuale che esprime il compiersi di un'operazione, i cui protagonisti sono — e rimangono — individui concreti. In definitiva, i nomi ed i concetti non hanno, in questa prospettiva, valore sostantivo; esprimono dei contenuti, ma non ne sostituiscono la realtà. Restano quello che sono, strumenti controllati del linguaggio e del pensiero.

La giuspubblicistica post-unitaria, viceversa, superate risalenti riluttanzè (26), adottò con progressiva naturalezza la nozione di

(25) MANNA, *op. cit.*, pag. 110.

(26) Ne fa memoria RUFFINI, *op. cit.*, pag. 361, accennando ad un'opinione espressa da Jellinek in una delle sue prime opere.

Su atteggiamenti e indirizzi della giuspubblicistica italiana ottocentesca, ricordo soltanto, come studi d'insieme, quelli di M. S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, già in *Studi sassaresi*, 1940, ed ora in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano, Giuffrè, 1973; e di S. CASSESE, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, il Mulino, 1971, per non poter elencare gli ormai numerosi contributi su singoli studiosi o orientamenti culturali. Tra questi, ancora per l'ampiezza della prospettiva segnalò C. MOZZARELLI - S. NESPOR, *La codificazione del diritto ammi-*

‘ soggetto di diritto ’, equivalente tecnico del concetto di ‘ persona ’ (27). Per essa, generalmente, l’« organismo amministrativo » è costituito da soggetti, è esso medesimo un soggetto, pur con le specificazioni del caso. Scriveva, ad esempio, De Gioannis Gianquinto (28): « le materie di amministrazione, come un fine da ottenersi, richieggono le Persone, ossia le Autorità amministrative, come mezzo e strumento di azione. E da qui deriva la seconda parte della scienza del diritto pubblico amministrativo, le Persone ». E Meucci spiegava (29): « Nel diritto amministrativo v’hanno certamente gli elementi connaturali ad ogni diritto, persone o soggetti, cose od oggetti, atti o rapporti personali e loro forme tutelari. E può dirsi di esso diritto quello che del diritto in genere: *omne jus vel ad personas pertinet, vel ad res vel ad actiones*. Ma (...), come osserva il De Gioannis, (...) l’elemento persona, principale in diritto romano e civile, come quello *cuius gratia omne jus constitutum est*, diviene accessorio e mezzo nel diritto pubblico esecutivo e, si potrebbe aggiungere, cambia anzi del tutto il significato e la categoria logica in tale applicazione ». Ciò che, però, non gli impediva di annunciare che, nella seconda parte del suo trattato, si sarebbe occupato « della parte soggettiva del diritto, cioè de’ subietti o persone, ovverosia dell’organismo amministrativo » (30). E, occupandosene, di affermare che « la subiettività giuridica » dello Stato, dei comuni, delle provincie e, in genere, delle « unità organiche amministrative » è « innegabile per principio e per legge positiva » (31). E ancora, nel domandarsi se « la personalità giuridica dello Stato, de’ comuni, delle provincie sia meramente civile, cioè se debba circoscriversi a’ rapporti patrimoniali, o se debba allargarsi a’ rapporti

---

nistrativo, in *Riv. trim. di dir. pubbl.*, 1976, 3, pp. 1087-1137 e, da ultimo, G. REBUFFA, *La formazione del diritto amministrativo in Italia*, Bologna, il Mulino, 1981, con saggi su Manna, De Gioannis, Mantellini e Meucci.

(27) Per questa equivalenza sono, tra gli altri, FADDA e BENZA, *op. cit.*, pag. 717 e FERRARA, *La teoria ...*, cit., pag. 343.

(28) G. DE GIOANNIS GIANQUINTO, *Corso di diritto pubblico amministrativo*, Firenze, 1879, vol. II, pag. 446.

(29) L. MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 1898<sup>4</sup>, pag. 23 (I ed., 1879).

(30) MEUCCI, *op. cit.*, pag. 26.

(31) MEUCCI, *op. cit.*, pag. 132.

di diritto pubblico », di esprimere l'opinione che « il concetto di persona trascenda l'abusata distinzione e si estenda a tutti i rapporti giuridici delle amministrazioni politiche » (32).

Era inevitabile che, in una prospettiva soggettivistica, anche i giuspubblicisti ricorressero allo schema concettuale privatistico della persona giuridica, il quale in questo modo tendeva a diventare una figura di teoria generale, applicabile in tutti i rami del diritto (33). Windscheid, trasformando il postulato savignyano in anacronistico pregiudizio, aveva scritto (34): « Per il diritto pubblico il concetto della persona giuridica non è meno importante che per il diritto privato », aprendo un varco immediatamente

(32) MEUCCI, *op. cit.*, pag. 178.

(33) La letteratura sulla persona giuridica è enorme. Una citazione sistematica, anche limitata per periodo o per area territoriale o culturale, sarebbe difficilmente completa. Mi limito a ricordare, tra i non pubblicisti italiani, G. GIORGI, *La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali*, Firenze, 1889-97, voll. 6, opera diffusissima per il suo carattere teorico-pratico e, tra i più vecchi, L. BELLAVITE, *Delle persone collettive volontarie*, Venezia, 1879; F. VIGLIAROLO, *Le persone giuridiche considerate in rapporto alla filosofia del diritto*, Napoli, 1880; L. MIRAGLIA, *Le persone incorporali nella filosofia del diritto*, Napoli, 1882; R. SCHIATTARELLA, *Saggio di un concetto scientifico della personalità giuridica*, Torino, 1883; F. FISICHELLA, *Sulla realtà della persona giuridica*, Catania, 1885; G. BONELLI, *Di una nuova teoria della personalità giuridica*, in *Riv. it. per le sc. giur.*, 1890, IX.

Sulla storicità delle concezioni soggettivistiche del diritto e la influenza di queste sulla problematica della persona giuridica, vedi R. ORESTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto, linee di una vicenda concettuale*, in *Jus*, II, 1960 ed ora, con un titolo abbreviato, in *Azione ...*, cit., pp. 113-189, dove si leggono pagine illuminanti.

Coglieva questi aspetti già B. BRUGI, *Alcune osservazioni sul concetto di persona giuridica suggerite dalla storia del diritto romano e del diritto antico*, in *Il Circolo giuridico*, Palermo, 1884, pag. 186: « Nei nostri manuali di diritto, e già nei libri dei giuristi romani, il punto di partenza è l'uomo in quanto è subietto di diritti, ossia persona; si rappresenta poi la persona giuridica come un artificiale e quasi posteriore ampliamento della dottrina della personalità. In quei prischi tempi accadeva nullameno il contrario di ciò che oggi accade. A noi resta ovvio concepire l'uomo come subietto di diritti privati senz'altra qualifica che quella d'essere uomo, difficile intendere il meccanismo di una universitas, che pure è persona. Pei lontanissimi nostri progenitori era invece naturale che tutti i diritti spettassero all'unica e vera persona, la collettività, di cui essi facevan parte ».

(34) WINDSCHEID, *op. cit.*, pag. 232, nota 1.

battuto. E Alfredo Codacci-Pisanelli, agli inizi della sua carriera scientifica, facendogli eco, ma citando Beseler, nel 1888 scriveva: « Riconosciuta erronea la credenza che la teoria delle persone giuridiche sia d'esclusivo dominio del diritto privato e che abbia importanza solo rispetto ai diritti patrimoniali e successorii, già si chiede che la formulazione precisa del concetto della persona, fisica e morale, debba essere il centro comune delle due grandi sfere del dritto, pubblico e privato » (35).

Questo significava che nello schema unitario della persona (o personalità) giuridica si ricomprendevano almeno due tipi distinti di capacità, quella di diritto privato (patrimoniale) e quella di diritto pubblico e che, perciò, l'estensione della categoria ai fenomeni del diritto pubblico non avveniva attraverso un semplice trapianto della concezione privatistica. Sofferamoci un attimo su questo punto (36).

Affermare l'unicità del concetto delle persone giuridiche non significava semplicemente proclamare la capacità patrimoniale anche delle persone giuridiche di diritto pubblico. Questa era indiscussa ed assodata già nella prospettiva savignyana, dove il principio che « la capacità della persona giuridica non si può estendere oltre ai diritti patrimoniali » non escludeva che esistessero diversi tipi di persone giuridiche (per esempio lo Stato come Fisco).

Né mancavano, d'altra parte, chiari e precisi riscontri normativi, a cominciare dall'art. 2 del codice civile: « I comuni, le pro-

(35) A. CODACCI-PISANELLI, *Legge e regolamento*, in *Scritti di diritto pubblico*, Città di Castello, 1900, pag. 22 (già pubblicato in Napoli, coi tipi di A. Belisario e C., nel 1888).

Più tardi FERRARA, *La teoria ...*, cit., pag. 19, dichiarando, nei 'preliminari', di mirare all'ideale di una « concezione unitaria della persona giuridica », scrisse: « Io credo fermamente che il concetto di persona giuridica è unico in tutte le sue manifestazioni ...; non c'è una costruzione della persona giuridica per il diritto pubblico ed una per il diritto privato ». Del medesimo avviso egli era già nel 1912, in *La classificazione ...*, cit., pag. 321.

(36) La questione di una doppia capacità o di una doppia personalità degli enti pubblici richiama la controversa distinzione tra 'atti d'impero' e 'atti di gestione', divenuta, in ragione della sua efficacia espressiva, un luogo comune di dottrina e giurisprudenza. Cfr., tra i moltissimi, V. BRONDI, *Le pubbliche amministrazioni e la gestione di affari*, Torino, 1895, pp. 82 e ss.

vincie, gli istituti pubblici civili ed ecclesiastici, ed in generale tutti i corpi morali legalmente riconosciuti, sono considerati come persone e godono dei diritti civili secondo le leggi e gli usi osservati come diritto pubblico ». Lo confermava la lunga serie di norme istitutive di enti, nelle quali era spesso esplicitamente previsto che essi potessero avere « un patrimonio loro proprio » (legge sulle Camere di commercio, citata) o che, in qualità di enti morali, potessero « acquistare, ricevere, possedere e alienare » (regio decreto sui Comizi agrari, citato, art. 13).

Quando Tedeschi, che tra i primi aveva approfondito il tema dei « corpi morali », metteva in discussione la identità tra ' corpo morale ' e ' persona giuridica ' <sup>(37)</sup>; o quando Pescatore <sup>(38)</sup>, commentando l'art. 2 c.c. e raffrontandolo con l'art. 107 del codice di commercio <sup>(39)</sup>, adottava la famosa distinzione <sup>(40)</sup> tra « enti giuridici assoluti » ed « enti giuridici relativi » per negare che la personalità dei Comuni (rappresentanti di un interesse perpetuo) <sup>(41)</sup> avesse lo stesso valore di quella delle società private (limitata ad un solo rispetto) <sup>(42)</sup>, essi non intendevano sostenere che a questi diversi tipi di figure corrispondessero diverse specie di capacità, perché si occupavano sempre e soltanto di quella patrimoniale. Allo stesso modo, quando Ruffini <sup>(43)</sup> parlava di « differenze qualitative » e « quantitative » dei diritti riconosciuti positivamente agli enti pubblici ed ai privati e, più generalmente, di differenze di regime giuridico per gli uni e per gli altri, esplicitamente escludeva di considerare i « diritti pubblici ».

Identificando, insomma, la personalità giuridica con la capacità patrimoniale, la distinzione tra persone pubbliche e private era irrilevante, perché priva di conseguenze apprezzabili: al più,

<sup>(37)</sup> F. TEDESCHI, *Dei corpi morali*, Torino, 1877, pag. 17 ss.

<sup>(38)</sup> M. PESCATORE, *Filosofia e dottrine giuridiche*, Torino, 1879, II, pag. 140 e ss.

<sup>(39)</sup> « Le società commerciali costituiscono, rispetto ai terzi, enti separati e distinti dalle persone dei socii », così riportato da PESCATORE, *ibidem*.

<sup>(40)</sup> Accolta, per esempio, tra gli altri, da L. MATTIROLO, *Trattato di diritto giudiziario civile*, Torino, 1902, quinta ed., II volume, pag. 65 (I ed., 1880).

<sup>(41)</sup> PESCATORE, *op. cit.*, pag. 141.

<sup>(42)</sup> PESCATORE, *op. cit.*, pag. 145.

<sup>(43)</sup> RUFFINI, *op. cit.*, pag. 353.



come vide Ruffini, si trattava di differenze di regime. Ma da questa irrilevanza non conseguiva l'unità del concetto, che avrebbe avuto, in questo senso, un ambito troppo angusto e scontato. Nel suo significato unitario, personalità equivaleva a soggettività, a capacità di diritti in generale, di facoltà e di poteri.

L'applicazione di quest'idea ai fenomeni ricompresi nel diritto pubblico ricostituiva, però, l'opportunità della distinzione. Anzi, la imponeva (44), sia pure solo nella forma di classificazione di 'species' diverse, perché ciò che era pacifico per i privatisti — che nell'ordinamento esistesse una pluralità di soggetti eguali, ciascuno autonomo e sovrano nella propria sfera — non lo era affatto per i pubblicisti.

Nasceva a questo punto il problema della persona giuridica di diritto pubblico.

Se esaminiamo le elaborazioni teoriche che dagli anni '70 in poi la giuspubblicistica italiana produsse su questo argomento (45), impegnando, sia pure solo occasionalmente, ogni studioso e suscitando vasti echi anche nella giurisprudenza (ordinaria e, successivamente, anche amministrativa), possiamo constatare un co-

---

(44) Cfr. O. SCALVANTI, *La teoria degli enti morali nel diritto amministrativo*, Perugia, 1895, pag. 9: «È antichissima l'idea che il diritto pubblico in ciò che ha di rigorosamente giuridico (e quindi astrazione fatta dagli intenti della politica) debba seguire i criteri del diritto privato. Ma nei progressi che nella coscienza dei popoli e nella dottrina va facendo l'idea di un diritto pubblico sociale, non è più da indugiare circa l'affermazione dell'indipendenza del diritto pubblico dai rapporti della ragione privata, per modo che l'uno obbedisca a principi e criteri giuridici originali diversi da quelli che sono propri dell'altra».

(45) Trascuro, col rischio dell'incompletezza, di riferirmi alla produzione scientifica straniera, specialmente tedesca e francese, pur consapevole della sua notevole — e a volte determinante — influenza sugli studiosi italiani. Non per xenofobia, ma un po' richiamandomi alla lontana idea — e, propriamente, al programma — di Biagio Brugi, di «una storia della giurisprudenza italiana»; e, se possibile, anche allo stile umile, ma appassionato, della sua ricerca. Di lui ricordo la splendida *Introduzione enciclopedica alle scienze giuridiche e sociali nel sistema della giurisprudenza*, Milano, 1907, quarta ed. (I ed., 1891) e *Per la storia della giurisprudenza e delle università italiane. Saggi*, Torino, 1915 e *Nuovi saggi*, Torino, 1921.

Sulla cultura tedesca, cfr. M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milano, 1979.

stante e generale sforzo diretto, in apparenza, a determinare un concetto astratto ed unitario di 'ente pubblico', tale da essere applicabile alla multiformità delle figure a mano a mano spuntate nell'ordinamento; o anche, nelle versioni meno astrattizzanti — ma pur sempre astratte —, ad individuare un criterio utile per stabilire il carattere 'pubblico' o alcuni indici di riconoscibilità di questo carattere. Ma, a ben guardare, il problema in realtà risulta essere stato quello della determinazione, più o meno esatta, della 'posizione' dell'ente nei confronti dello Stato, quasi come se si trattasse, in ultima analisi, di misurare, per così dire, la distanza dell'uno rispetto all'altro e, possibilmente, di ridurla. Una ricerca di identità attraverso la continua comparazione.

Si potrebbe pensare che questo insistente collegamento tra persona giuridica pubblica e Stato dipendesse dal carattere singolarmente tautologico dell'espressione 'persona giuridica di diritto pubblico', la quale segnalerebbe il particolare rapporto tra lo Stato ed un soggetto di diritto 'artificiale', cioè 'voluto' pur sempre dallo Stato. O si potrebbe osservare che il dato è irrilevante, perché per certi versi relativo anche al problema delle persone giuridiche private, nella cui trattazione spesso gli studiosi si occupavano delle relazioni di queste con lo Stato, e non a proposito di profili marginali (per esempio, per il riconoscimento della personalità, per il procedimento di formazione della volontà, per le autorizzazioni e la vigilanza, etc.).

Ma — a parte il fatto che nel caso delle persone giuridiche private ci si riferiva, diremmo oggi, allo Stato-ordinamento e non, come nel caso delle pubbliche, allo Stato-apparato — mi pare che ciò accadesse per un motivo peculiare.

L'impiego nel diritto pubblico dello schema concettuale della 'persona giuridica' e del concetto, connesso ma distinto, di 'personalità' <sup>(46)</sup> provocava, in ultima analisi, se non proprio la rottura almeno un forte indebolimento dell'unità teorica della sovranità e cioè del « principio organico e vitale » dello Stato <sup>(47)</sup>. Si

<sup>(46)</sup> Vedi U. FORTI, *Studi e questioni di diritto amministrativo*, Torino, 1906, pp. 186-7, in nota; G. P. CHIRONI, *Personalità e persona giuridica*, Milano, 1910.

<sup>(47)</sup> Così, per tutti, G. MANTELLINI, *Lo Stato e il codice civile*, Firenze, 1880<sup>2</sup>, vol. I, pag. 31.

ammetteva, infatti, che oltre questo esistessero molti altri soggetti titolari di situazioni giuridiche connesse all'esercizio dei pubblici poteri, della cui organizzazione venivano quindi, in qualche modo, a far parte. Il problema delle persone giuridiche pubbliche consisteva, perciò, essenzialmente, al di là delle apparenze, almeno fino al primo decennio del secolo, nel cercare un modo di ricollegarle teoricamente allo Stato; nella ricerca, cioè, di un principio che, nel legittimare la struttura plurisoggettiva dell'organizzazione della sovranità, consentisse di ricostituire però, in un modo o nell'altro, l'equilibrio teorico 'statocentrico'. Di un principio, cioè, che riconoscesse la compatibilità teorica tra il loro essere 'persone giuridiche', vale a dire autonomi soggetti, ed il loro essere 'pubbliche', vale a dire elementi dell'organizzazione pubblica amministrativa.

Esisteva poi l'ulteriore problema della classificazione di queste 'persone', messo in particolare evidenza dall'insufficienza delle categorie privatistiche 'corporazione' e 'fondazione' <sup>(48)</sup>: la struttura interna delle 'persone' — il cosiddetto 'substrato' —, sufficiente a caratterizzarle nel diritto privato, riusciva nel pubblico — e non sempre — ad interessarle appena per un lato, proprio in ragione di questa strutturale bipolarità del concetto. Ma si trattava, tutto sommato, di un problema secondario <sup>(49)</sup>.

Le soluzioni furono molte, naturalmente, e diverse. Ma direi tutte, più o meno esplicitamente e più o meno consapevolmente, fondate sopra due idee o, piuttosto, sopra due metafore, le quali ne costituivano l'intelaiatura teorica fondamentale: che lo Stato sia la prima persona giuridica di un ordinamento <sup>(50)</sup>; che lo Stato

<sup>(48)</sup> Cfr. RUFFINI, *op. cit.*, pag. 347 e ss., dove, tra l'altro, singolarmente si oppongono le persone giuridiche private a quelle « storiche ».

<sup>(49)</sup> Sottolinea questa insufficienza e, anzi, questa 'unilateralità' S. ROMANO ne *Il Comune*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Milano, vol. II, parte I, pag. 568.

<sup>(50)</sup> Cfr. RUFFINI, *op. cit.*, pag. 360: « La fusione degli elementi pubblicistici coi privatistici ha potuto una volta ancora fecondare questo campo ritrito delle persone giuridiche solamente quando come persona nel senso tecnico di soggetto di diritti e di obblighi si prese, con cosciente e deliberato proposito, a designare lo Stato medesimo ». È superfluo sottolineare la pressoché totale concordanza di

sia assimilabile ad un organismo <sup>(51)</sup>.

Citerò tra i tanti, per primo, Persico <sup>(52)</sup>, che usa un linguaggio straordinariamente esplicito ed efficace: « un aggregato qualunque di uomini non è per anco uno Stato. (...) Esso però non è neppure un meccanismo (...). La verità è che lo Stato è una cosa viva, epperò ha leggi proprie, che dal di dentro del suo essere determinano la sua esterna configurazione, e spargono la vita fino nelle ultime parti. (...) Lo Stato è cosa viva non solo come organismo naturale, quale è una pianta o un animale; ma è vivo d'una vita d'ordine superiore, è un tutto organico sotto forma di personalità ». È questo che gli consente di scrivere in seguito <sup>(53)</sup>: « l'unità del potere sovrano è necessaria conseguenza della sua natura, come principio animatore del corpo sociale. Se lo Stato è una verace persona vivente che ha coscienza ed unità di essere, la sovranità di esso non può essere che indivisibile, cioè tutta sempre in ciascun membro dello Stato. Come è assurdo nell'uomo singolo il supporre più anime, o un'anima fatta in pezzi in questi o quegli organi; così è assurdo il porre parecchie sovranità in uno Stato medesimo e il credere che la si

---

opinioni sul punto; molti, però, tennero a distinguere, nello Stato, una ' persona giuridica ' da una ' persona politica '.

<sup>(51)</sup> L'influenza delle teorie organicistiche sulla scienza giuridica ottocentesca è cosa nota. Ma vale la pena di mettere in evidenza, una volta per tutte, che gli schemi teorici ed il linguaggio positivistici furono massicciamente adottati dagli studiosi proprio in ragione della loro ' modernità '. Per la metafora dell'organismo, determinante l'influenza di H. SPENCER, *Principes de sociologie*, Paris, 1878-83, voll. 3 (il cap. II del secondo volume s'intitola « la société est un organisme »). Grossa diffusione ebbe anche l'opera di SCHÄFFLE (Tübingen, 1875-78, voll. 4), tradotta in italiano e pubblicata nella ' Raccolta ' del Boccardo col titolo *Struttura e vita del corpo sociale*, Torino, 1881 e ospitata nella ' Biblioteca dell'economista ', vol. VII, parte II, Torino, 1884.

Sul punto cfr. R. ORESTANO, ' Persona ' e ' persone giuridiche ' ..., cit., pag. 229 e ss. Sulle metafore e le insidie del ragionamento e del linguaggio analogico e comparatistico, trovo ricco di spunti C. F. GABBA, *Dell'abuso della metafora nelle scienze sociali*, in *Intorno ad alcuni più generali problemi della scienza sociale*, Firenze, 1881, pp. 103-130, dove egli particolarmente riflette sul metodo degli studi sociologici.

<sup>(52)</sup> F. PERSICO, *Principii di diritto amministrativo*, Napoli, 1875<sup>2</sup>, vol. I, pag. 7.

<sup>(53)</sup> PERSICO, *op. cit.*, pag. 18.

sminuzzi e divida in più parti ». E poi, però, di specificare <sup>(54)</sup>: « il che non vuol dire che questa unità deve sempre coincidere con la persona singola. Quella mente imperante (...) può risultare da più persone o ordini di persone raccolte in unità, e così rimanere una e individua ».

Della medesima forza espressiva le seguenti parole di Alfredo Codacci-Pisanelli <sup>(55)</sup>: « primo fra gli enti incorporali è lo Stato, supremo organismo etico, del quale quasi tutti esplicita — od implicitamente — riconoscono la realtà. È il primo perché tra tutti è il solo veramente necessario e indispensabile per render possibile la civile comunanza tra gli uomini. In esso si personifica e per esso si svolge il diritto cui tutti gli enti fisici e morali, esistenti nello Stato, sono subordinati. Esso nasce per volontà, ma da ragione. Se gli uomini nol volcessero, esso non potrebb'essere, ma volerlo, nella sua essenza, diverso da quel che ragione lo detta, essi non potrebbero senza distruggerlo ».

E ancora questi brani di Meucci e Mantellini. A giudizio del primo <sup>(56)</sup> « lo Stato è concetto morale, quindi astratto o di rapporto perché è il vario ridotto all'unità, e per afferrarlo nell'integrità sua bisogna dall'idea materiale e concreta del singolo ascendere alla pluralità determinata e circoscritta, dalla pluralità alla associazione semplice, da questa all'associazione complessa, e via da questa al concetto dell'unità organica e personale. L'organismo etico dello Stato, questo concetto non nuovo, ma così scientificamente elaborato massime dalla moderna scuola tedesca, non va certo inteso nel senso materiale né fisiologico, ma morale e intelligibile non però men vero ».

Apprendo il suo trattato con un libro intitolato « Lo Stato persona », Mantellini, per parte sua, scrisse: « lo Stato forma delle intelligenze, delle volontà, e delle forze individuali un fascio, e ne costituisce un'intelligenza, una volontà sola, una forza comune per la sicurezza ed il ben essere degli associati » <sup>(57)</sup>. E più avanti:

<sup>(54)</sup> *Ibidem*.

<sup>(55)</sup> A. CODACCI-PISANELLI, *Le azioni popolari*, Napoli, Marghieri, 1887, pag. 206: tra i primi egli offrì una sistemazione teorica del problema cui da molti, in seguito, si fece riferimento.

<sup>(56)</sup> MEUCCI, *op. cit.*, pag. 29.

<sup>(57)</sup> MANTELLINI, *op. cit.*, pag. 19.

«Esaminato nel suo organamento lo Stato è come l'uomo in grande (...). Mente, volontà, braccio; sapere, volere, potere trovar debbono e trovano nell'ordinamento dello Stato organi corrispondenti (...)» (58). E ancora: «Lo Stato diventa persona sin dal primo fatto del suo costituirsi: lo svolgimento storico della sua costituzione non creando, ma modificandone la persona, sia pure col succedere dell'una all'altra, dell'uno Stato all'altro Stato» (59).

Qui, come si vede, l'identità concettuale Stato (con la maiuscola) — persona — organismo, lungi dal limitarsi a descrivere e ad interpretare la realtà effettuale, la sostituisce, imponendosi essa stessa come realtà storica. Per quanto «organismo etico» o «persona incorporale», lo Stato non è meno «cosa viva», «persona verace» e, per molti, «reale». Addirittura, per Mantellini, esso «ha persona perché ha sapere, volere, potere» (60): dove la premessa teorica — lo schema 'persona' — non è più neppure la conseguenza logica di un ragionamento, ma il risultato di una osservazione naturalistica.

Non è importante stabilire se queste teorie o queste 'immagini' dello Stato siano causa o piuttosto effetto (61) della teorica delle persone giuridiche pubbliche in generale; e cioè se la concezione dello Stato come 'persona' abbia suggerito l'impiego di questo schema per la rappresentazione teorica delle entità minori o se viceversa, applicando anche positivamente lo schema della

(58) MANTELLINI, *op. cit.*, pag. 30.

(59) MANTELLINI, *op. cit.*, pag. 31.

(60) MANTELLINI, *op. cit.*, pag. 19.

(61) Sul problema della causalità e su molte questioni di metodo è di estremo interesse il pensiero di G. Vailati, di cui è notevole, nel complesso, la figura di uomo e di studioso. Agli inizi del secolo, in un clima di lacerazioni e di contrasti, egli seppe assumere con determinazione — ma in silenzio — posizioni di una 'impressionante modernità'. Di lui, vedi: *Sull'applicabilità dei concetti di causa e di effetto nelle scienze storiche* — comunicazione al congresso internazionale di scienze storiche, Roma, 1903 —, in *Riv. it. di sociologia*, 1903 e, tra l'altro, *Alcune osservazioni sulle questioni di parole nella storia della scienza e della cultura*, prolusione al corso di storia della meccanica nella Università di Torino (dicembre 1898), Torino, 1899 e *I tropi della logica*, in 'Leonardo', 1905, tutti ora in *Il metodo della filosofia*, Bari, Laterza, 1957 con una bella 'nota introduttiva' di F. Rossi-Landi.

‘ persona ’ a queste ultime, sia divenuto logicamente necessario presumere l’esistenza di una superiore persona.

La cosa importante è considerare le conseguenze. E cioè che proprio la rappresentazione dello Stato come un « tutto organico sotto forma di personalità » o « ente organato » (Persico) o come « unità personale ed organica » (Meucci) consentiva di ricomporre l’unità teorica della sovranità. All’interno, infatti, di questa prospettiva di pensiero, le singole ‘ grandezze ’ (più che ‘ entità ’) in qualche modo riconducibili alla ‘ persona ’ dello Stato non potevano, in ultima analisi, che essere ‘ parti ’ del suo organismo, pur avendo con questo — ciascuna — un diverso grado, dirò così, di immedesimazione. Questo era chiarissimo nel caso degli ‘ organi ’, sopra la cui nozione si costruì — com’è noto — una poderosa teoria <sup>(62)</sup>, essendo essi, per definizione, gli strumenti coi quali lo Stato manifesta la propria volontà e raggiunge i suoi fini <sup>(63)</sup>. Era meno chiaro, invece, nel caso delle persone giuridiche pubbliche le quali, pur essendo connesse all’insieme in ragione della loro particolare ‘ natura ’, possedevano — secondo i più —, anch’esse per definizione, non solo autonoma funzione ma anche, in certo senso, autonoma ‘ energia ’, al punto da essere rappresentate, alla lor volta, come altrettanti ‘ organismi ’. Per spiegare le relazioni tra queste e lo Stato, gli studiosi ricorsero frequentemente al concetto di ‘ rapporto organico ’, del quale, però, non chiarirono mai esattamente il significato. In un’accezione che si può considerare corretta, quel concetto non poteva, in realtà, non richiamare l’idea di una relazione tra il tutto e una sua parte; eppure, nell’uso che ne fece la scienza, esso assunse una significazione più sfumata e, tutto sommato, equivoca, perché fu indifferentemente riferito non solo ai rapporti tra ‘ organi ’ o tra ‘ organo ’ e ‘ organismo ’ ma anche, appunto, tra ‘ organismi ’ indipendenti.

<sup>(62)</sup> Tra i contributi più recenti, cfr. S. AGRIFOGLIO - L. ORLANDO, *Teoria organica e Stato apparato*, Palermo, 1979, e M. S. GIANNINI, *Organi (teoria gen.)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXI.

<sup>(63)</sup> La formula è di V. E. ORLANDO, in *Principii di diritto amministrativo*, Firenze, 1908<sup>3</sup>, pag. 50. Su Orlando vedi, da ultimo, G. CIANFEROTTI, *Il pensiero di V. E. Orlando e la giuspubblicistica italiana tra otto e novecento*, Milano, Giuffrè, 1980.

Si veda, per esempio, quanto scrisse Codacci-Pisanelli, il cui pensiero trovo illuminante anche a questo riguardo: « Dalla necessità e dalla superiorità di quest'organismo supremo, comprensivo di tutti gli altri, derivano le condizioni per l'esistenza degli enti giuridici minori. Infatti, o che questi enti giuridici minori siano parti dell'organismo superiore o che siano organismi distinti in esso viventi, non possono contraddire all'essenza dell'insieme che li comprende. Questa condizione negativa è comune alle due specie. Ve n'ha un'altra positiva consistente nell'omogeneità dell'organismo minore col superiore, e questa si afferma in misura diversa per ciascuna specie. (...) Dal diverso rapporto organico dello Stato con gli enti giuridici minori deriva un differente rapporto giuridico ed una sua diversa ingerenza nella vita di ciascuno. Rispetto agli enti che sono parti dello Stato, il rapporto è naturalmente più stretto e l'ingerenza maggiore. Rispetto agli enti che sono organismi distinti, il rapporto e l'ingerenza variano (...) » (64).

E si rifletta, ancora, sopra queste esemplari espressioni di Fadda e Bensa, nelle 'Note' a Windscheid: « A noi sembra che il concetto di organismo, se rettamente sfruttato, possa dare utili risultanze. Conviene anzitutto intendersi bene. Le persone giuridiche pubbliche, appunto perché hanno un'esistenza a sé, non possono confondersi con l'amministrazione dello Stato, né quindi essere considerate come parti od organi di esso. A personalità distinte deve corrispondere organismo distinto. Ma lo scopo, che muove tutte le personalità pubbliche, è sempre pubblico, e appunto il cospirare di tutte queste personalità al bene sociale porta per necessaria conseguenza ad un vincolo o rapporto organico tra queste personalità e lo Stato, rappresentante ultimo di ogni finalità sociale » (65).

Codacci-Pisanelli distingue — come si vede — due categorie di enti pubblici: quelli che sono 'parti' dell'organismo dello Stato e quelli che, pur essendo da questo distinti, sono tuttavia in esso 'viventi'. Sostiene, però, che sia gli uni che gli altri sono collegati allo Stato, in quanto compresi nel suo 'insieme', da un 'rapporto organico', di diverso grado ed intensità. Più avanti nel

(64) A. CODACCI-PISANELLI, *Le azioni popolari*, cit., pag. 206.

(65) FADDA e BENZA, *op. cit.*, pag. 796.



discorso, egli anzi costruisce una « scala di enti incorporali, di cui lo Stato e la società che ha per iscopo l'utile privato e pecuniario dei suoi componenti occupano i due estremi gradini » (66).

Fadda e Bensa negano, invece, recisamente che una persona giuridica pubblica, essendo organismo a sé, possa essere parte o organo di un altro organismo. E però ammettono anch'essi che la comunanza o l'identità dello scopo tra due 'organismi' determini — o presupponga — l'instaurarsi di un 'vincolo o rapporto organico' tra gli stessi.

Nel primo caso, il concetto di 'rapporto organico' consente di risolvere la palese forzatura teorica contenuta nelle affermazioni che un organismo sia 'parte' di un altro o che esso 'viva' in un altro — tutte e due, a rigore, prive di senso, la seconda quasi paradossale —, assicurando, nello stesso tempo, il ripristino del principio della supremazia dello Stato nei confronti degli enti minori.

Nell'altro caso, il medesimo concetto consente di riproporre — sia pure attraverso la mediazione dell'idea dello 'scopo' — l'esistenza di un forte legame — anche qui a vantaggio dello Stato — tra entità ritenute, per definizione, incommensurabili, e perciò di stabilire la compatibilità teorica tra i relativi concetti.

Ma in entrambi i casi il risultato è evidentemente garantito dal fatto che lo stesso concetto, pur restando indeterminato, non può dissociarsi dall'idea o, almeno, dall'immagine del 'tutto' e della 'parte', né può non lasciar presupporre il riferimento ad una prospettiva 'globale'. Viceversa esso non avrebbe senso, perché perderebbe tutta la sua efficacia espressiva.

Analoghe osservazioni valgono a proposito dell'espressione « elemento organico », ricorrentemente adoperata, per esempio da Persico, per definire l'ente pubblico, specialmente quello territoriale (67); ma, direi, valgono, in genere, a proposito di tutte quelle

(66) A. CODACCI-PISANELLI, *op. cit.*, pag. 210. L'idea di « una scala discendente e continua » delle persone giuridiche è anche di GIORGI, *op. cit.*, vol. V, pag. 2.

(67) Per la verità, PERSICO, *op. cit.*, non aveva difficoltà ad ammettere, sull'esplicito presupposto dello Stato-organismo, che « qualunque suo membro dee ridursi al grado di parte armonizzata col tutto, il quale è da più di ciascun centro subordinato » (pag. 240); nonché a dichiarare che « le province ed i comuni sono

espressioni venute in uso nel linguaggio dei giuristi sotto l'impegnante positivismo — che appariva il più progredito movimento di idee cui essi potessero ispirarsi — per qualificare, attraverso l'aggettivo 'organico' (o le forme sostantivate 'organamento' o infinitiva 'organarsi' o avverbiale 'organicamente') qualche cosa che, in un modo o nell'altro, avesse attinenza con il concetto dello Stato-persona. In tutti questi casi il rinvio all'idea di un superiore 'tutto' è, per necessità logica, inevitabile, anche quando espressamente si cerchi di non ammetterlo <sup>(68)</sup>.

D'altra parte, a ben riflettere, l'impiego del concetto di 'rapporto organico' per spiegare le relazioni tra lo Stato e le persone giuridiche pubbliche era reso possibile — o era favorito — forse proprio dalla sua irrisolta equivocità, per cui nello stesso tempo si presumeva e si negava che esse fossero 'parti' di quello. In un certo senso, questa equivocità consentiva di formulare più agevolmente soluzioni coerenti al problema delle persone giuridiche pubbliche, perché, estendendo — per così dire — la portata dell'idea dello Stato come 'organismo', ampliava la base del presupposto sopra cui quelle soluzioni si fondavano, fino al punto da rendere in qualche modo logicamente compatibili concetti che non lo erano.

Vorrei, a questo punto, fermare brevemente l'attenzione sopra il pensiero di alcuni degli autori che si occuparono *ex professo* di 'persone giuridiche pubbliche' — fino ad elaborarne delle 'teorie' —, allo scopo di verificare sinteticamente, attraverso le loro stesse parole, l'idea che a più riprese sono venute esponendo: e cioè che il problema delle 'persone giuridiche pubbliche' consistesse essenzialmente, almeno fino al primo decennio di questo secolo, nel trovare un modo per ricollegarle teoreticamente allo Stato, ricomponendo il quadro unitario della sua sovranità <sup>(69)</sup>.

---

membra dello Stato» (pag. 242), pur riconoscendo che essi hanno «una vita propria» (pag. 217).

<sup>(68)</sup> Sul punto vedi D. MAJORANA, *La nozione dell'autarchia amministrativa*, Roma, 1900, pag. 57.

<sup>(69)</sup> Come ho detto, di questo tema si occuparono in moltissimi, nei più diversi settori disciplinari. Qui prendo in rapido esame solo alcune, più compiute, elaborazioni che mi paiono significative.

Partiamo dalla teoria dell'ente pubblico come 'ente autarchico'. L'espressione 'autarchia' fu adoperata da Santi Romano in relazione alla tematica del 'decentramento amministrativo' <sup>(70)</sup> e, dopo di lui, entrò nell'uso comune, al posto di 'autonomia' (nel senso di 'autonomia amministrativa') <sup>(71)</sup>. « Autarchia significa — scrisse — amministrazione indiretta dello Stato compiuta da una persona giuridica per diritto subiettivo e nell'interesse, oltre che dello Stato, anche proprio ».

Con il concetto di 'autarchia' — precisò Romano qualche tempo dopo, riflettendo sugli usi che ne aveva fatto la dottrina — « s'intende accennare ad un rapporto fra lo Stato ed una persona di diritto pubblico, che da tale rapporto resterebbe caratterizzata. Più precisamente, s'intende mettere in evidenza la capacità che questa persona possiederebbe, per l'appunto di fronte allo Stato, di amministrare da sé i propri interessi. (...) Autarchia dunque significa una capacità *sui generis*, che deriva dalla rinuncia dello Stato all'esercizio di un'attività, che pur rientrerebbe nella naturale sua sfera di funzioni, a vantaggio di enti che impersonano e considerano come di proprio interesse l'attività medesima » <sup>(72)</sup>.

<sup>(70)</sup> S. ROMANO, voce *Decentramento amministrativo*, in *Enciclopedia giuridica italiana*, vol. IV, parte I.

<sup>(71)</sup> Tra i primi favorevoli autori, C. F. FERRARIS, *La nozione scientifica del decentramento amministrativo*, Venezia, 1898, pag. 4 poi ampliato in *La teoria del decentramento amministrativo*, Milano-Palermo, 1899, pag. 4; e MAJORANA, *op. cit.*, pag. 63.

Romano si attribuisce il merito di questa 'sostituzione' ne *Il Comune*, cit., pag. 577, nota 2. Ma secondo L. RAGGI, *Esame critico delle varie teorie moderne sopra la nozione d'autarchia*, in *Riv. it. per le sc. giur.*, 1902, XXXIII, pag. 194, nota 1, il vocabolo 'autarchia' nel senso di 'autonomia amministrativa' fu per la prima volta usato da A. MALGARINI, *Del modo di nominare il capo del comune secondo la legislazione comparata*, in *Archivio giuridico*, vol. XXX (ma anche, Bologna, 1883), assumendo successivamente un significato più specifico.

Raggi stesso, tuttavia, parte dalla constatazione che « non sarebbe esatto il ritenere che dell'autarchia si abbia in genere un'idea scientificamente chiara e precisa » (pag. 185); al punto che « non solo nella pratica ma anche nella scienza con la parola 'autarchia' si designano fenomeni giuridici, ordinamenti, progetti che non solo non hanno punto di contatto, ma di cui spesso l'uno è la pura negazione dell'altro ». Per lui, comunque, « tra autarchia e decentramento corre un abisso » (p. 190).

<sup>(72)</sup> S. ROMANO, *Il Comune*, cit., pagg. 576-7.

Secondo Romano ogni persona giuridica di diritto pubblico è ente autarchico, perché « il titolo per cui un ente soggetto allo Stato assume la veste di pubblico vien dato da quegli stessi estremi donde scaturisce il concetto di autarchia » (73). Perciò essa gli appare, propriamente, come uno 'status'.

L'accenno alla « rinuncia dello Stato » (74) è sintomatico del dato che mi preme di sottolineare. « Siffatte attribuzioni — specificò Romano — per quanto pertinenti *jure proprio* all'ente autarchico, non si staccano completamente dallo Stato, che gliel'ha affidate: esse, in un certo senso ed entro un certo limite, continuano a rimanere funzioni statuali ». Da ciò « la conseguenza che l'amministrazione autarchica, non solo forma oggetto dell'amministrazione statale che la controlla; ma è essa stessa, in certo senso, amministrazione statale » (75). Cosicché, in definitiva, « l'ente autarchico in tal modo si designa come nella realtà esso si mostra: distinto perfettamente dallo Stato, ma non fuori la sua influenza; attratto continuamente nell'orbita della sua organizzazione e della sua amministrazione, ma con queste non immedesimato; composto di elementi analoghi a quelli statuali, ma suoi propri; gravitante intorno ad un corpo maggiore, ma centro esso stesso di vita e di rapporti » (76).

Cito soltanto Romano per brevità, ma il discorso varrebbe per molti altri. Egli lo afferma esplicitamente: il concetto di autarchia esprime un rapporto tra lo Stato e la persona giuridica pubblica ed intanto caratterizza quest'ultima — per distinguerla, per esempio, dalla persona giuridica privata — proprio in quanto ne determina la posizione nei confronti del primo, al quale è dunque — per definizione o per presupposto — garantita la supremazia. Al punto tale che l'amministrazione autarchica 'è' — anche — amministrazione di Stato.

Credo che questo risulti più evidente considerando che, per risolvere le descritte antinomie, Romano stesso — e dopo di lui

(73) S. ROMANO, *op. ult. cit.*, pag. 584.

(74) FERRARA, *La classificazione ...*, cit., pag. 353, parlò di « distacco » da parte dello Stato di alcuni suoi poteri pubblici a favore di « enti che vivono nel suo seno o ch'egli stesso chiama in vita ».

(75) S. ROMANO, *op. ult. cit.*, pag. 594.

(76) S. ROMANO, *op. ult. cit.*, pag. 599.

diversi ancora — ricorsero alla formula dell'ente autarchico come 'organo di amministrazione indiretta' dello Stato <sup>(77)</sup>, la quale non lascia dubbi a proposito di eventuali autonomie riservate alla persona giuridica in quanto soggetto.

Nei « Principii » egli spiegò che lo Stato talvolta 'concede' dei diritti all'esercizio di pubbliche funzioni, oltre che a persone fisiche, anche a persone incorporali. Può accadere che le funzioni attribuite a queste ultime, pur riguardando in prima linea interessi loro propri, diventino però anche, « per la loro natura ed importanza », interessi dello Stato. « In tale caso — scrisse — l'ente, esercitandole, amministrerà anzitutto i propri affari, ed apparirà quindi rivestito, anche a questo riguardo, di una personalità distinta da quella dello Stato; secondariamente ed indirettamente, potrà considerarsi come un organo di quest'ultimo che, appunto perciò, lo sottoporrà ad uno speciale regime ben diverso da quello delle persone private, specialmente trasferendogli dei diritti di supremazia e facendone nello stesso tempo oggetto di speciali poteri » <sup>(78)</sup>. E concluse: « Un ente per cui tali estremi si verificano dicesi persona di diritto pubblico o, anche, autarchica » <sup>(79)</sup>.

Il discorso sull'amministrazione diretta e indiretta assunse, per esempio in Ferraris, connotazioni assai più marcate. Distinguendo, in un primo momento, gli enti autarchici semplicemente in 'locali' ed 'istituzionali', scrisse: « i primi sono sempre organi diretti dello Stato, parte integrante della pubblica amministrazione, e lo Stato li organizza organizzando questa » <sup>(80)</sup>; i secondi « si creano dallo Stato quando esercita la sua azione sociale e quindi sono soltanto organi indiretti, ossia di amministrazione delegata » <sup>(81)</sup>. Chiarendo il suo pensiero, Ferraris specificò di considerare erronea la contrapposizione degli enti locali autarchici

<sup>(77)</sup> Per la prima volta, come si è visto, in *Decentramento*, cit., secondo quanto egli ricorda ne *Il Comune*, cit., pag. 598, nota 1.

<sup>(78)</sup> S. ROMANO, *Principii di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1912<sup>3</sup>, pag. 143 (I ed., 1902).

<sup>(79)</sup> *Ibidem*.

<sup>(80)</sup> FERRARIS, *La teoria ...*, cit., pag. 10, nota 1. Sul punto dissente MAJORANA, *op. cit.*, pag. 96.

<sup>(81)</sup> FERRARIS, *ibidem*.

allo Stato (« la fusione ... fra gli interessi generali ed i locali è ormai cosa completa ») arrivando a sostenere che, in quanto « parte integrante dell'organismo amministrativo dello Stato », essi « sono organi autarchici dell'amministrazione diretta dello Stato »<sup>(82)</sup>. Dove il concetto di autarchia, connesso a quello di 'organo', perde la residua carica proveniente dall'idea di 'soggetto'<sup>(83)</sup>.

Lo stesso Majorana, per quanto refrattario agli estremismi, parlando degli 'enti autarchici speciali' (che sono, « in gran parte, quegli enti che alcuni autori chiamano istituzionali ... con locuzione scientificamente non molto esatta »)<sup>(84)</sup>, non potè fare a meno di ribadire che anch'essi — come tutti quelli che costituiscono 'l'amministrazione autarchica' — in primo luogo « debbono essere rami della pubblica amministrazione » sia pure « intesa in senso largo »<sup>(85)</sup>, sul presupposto che « nella unità del concetto generale di pubblica amministrazione sono compresi, oltre del governo dello Stato, le minori amministrazioni dei municipi, delle provincie, di qualsiasi altra circoscrizione territoriale e di tutti gli enti (anche privati) incaricati di pubblici servizi »<sup>(86)</sup>.

Tra gli altri criteri elaborati per il riconoscimento del carattere pubblico di una persona giuridica, ricorderò quello dello « scopo » o del « duplice scopo ». Esso ricevette matura sistemazione nel pensiero di Oreste Ranelletti, il quale, nella sua prolusione pavese del 1905 al corso di diritto amministrativo<sup>(87)</sup>, rielaborando sue precedenti idee<sup>(88)</sup>, fissò alcuni concetti sui quali tornò anche in seguito.

<sup>(82)</sup> FERRARIS, *op. ult. cit.*, pag. 46.

<sup>(83)</sup> Assai più misurato il giudizio di MAJORANA, *op. cit.*, pag. 110, il quale, rilevando le esagerazioni sia della scuola che esalta l'autarchia dei Comuni « quasi mettendoli in antitesi rispetto allo Stato », sia di quella che li considera come « organi dello Stato » e « assorbe la loro entità e personalità in quella dello Stato », scrisse: « La formula, dunque, dev'essere che: i Comuni hanno un'attività giuridica che si svolge in seno allo Stato ».

<sup>(84)</sup> MAJORANA, *op. cit.*, pag. 122.

<sup>(85)</sup> MAJORANA, *op. cit.*, pag. 127.

<sup>(86)</sup> MAJORANA, *op. cit.*, pag. 52.

<sup>(87)</sup> Pubblicata nella *Riv. it. per le sc. giur.*, 1905, XXXIX, col titolo *Il concetto di 'pubblico' nel diritto*.

<sup>(88)</sup> Esprese, particolarmente, in *Facoltà create dalle autorizzazioni e con-*

Muovendo dalla considerazione che il possesso e l'esercizio della potestà d'impero non sono sufficienti a comprovare la natura pubblica dell'ente, essendo piuttosto conseguenze di alcuni suoi compiti, Ranelletti ritenne necessaria la presenza di alcuni requisiti: che lo scopo proprio dell'ente fosse la soddisfazione di bisogni collettivi; che questo scopo fosse proprio anche dello Stato; che perciò quest'ultimo riconoscesse il primo anche per se stesso e cioè anche nel proprio interesse.

« Quando ciò accada — scrisse — tutte queste unità vengono dallo Stato riconosciute come persone giuridiche, con fini e volontà proprie, e insieme, pur rimanendo esse fuori della sua organizzazione, cioè dell'amministrazione governativa, quindi degli uffici statuali, vengono a quella collegate in maniera da stabilire tra esse e lo Stato, rappresentante primo di quelle date finalità sociali, un rapporto che rende possibile a questo di collegare tutti quei centri vitali in un'unica tendenza, di armonizzare tutte le loro energie e indirizzarle verso la meta comune » <sup>(89)</sup>. Poco dopo aggiunse: « In questo senso si può ben dire che tutte le persone giuridiche pubbliche sono in un collegamento organico con lo Stato, sono parti o membri del suo organismo amministrativo » <sup>(90)</sup>.

Quasi in chiusura, rendendo esplicito il senso della sua opinione, secondo cui la ragione fondamentale della natura pubblica degli enti consiste, in definitiva, nella « funzione che essi compiono in rapporto allo Stato » <sup>(91)</sup>, Ranelletti affermò: « Tutto il concetto di pubblico, adunque, nel significato che qui studiamo, cioè in riferimento alle persone giuridiche pubbliche, alla loro attività, alla loro organizzazione, etc., allo stesso diritto che le regola, cioè il diritto pubblico, si appunta e concentra nello Stato; è pubblico tutto ciò che direttamente o indirettamente è di Stato. Lo Stato è la sintesi della cosa pubblica; non vi è cosa pubblica se lo Stato non la consideri tale » <sup>(92)</sup>.

---

*cessioni amministrative*, in *Riv. it. per le sc. giur.*, 1895 e 1896; e in *Concetto, natura e limiti del demanio pubblico*, in *Riv. it. per le sc. giur.*, 1898.

<sup>(89)</sup> RANELLETTI, *Il concetto di 'pubblico'*, cit., pag. 350.

<sup>(90)</sup> *Ibidem*.

<sup>(91)</sup> RANELLETTI, *op. ult. cit.*, pag. 349.

<sup>(92)</sup> RANELLETTI, *op. ult. cit.*, pag. 351.

Alcuni anni dopo, tornando a riflettere sulla stessa materia <sup>(93)</sup>, definite 'pubbliche' « tutte le persone giuridiche destinate a soddisfare interessi pubblici e che lo Stato considera attive anche nel proprio interesse, in quanto per mezzo di esse mira a raggiungere scopi che sono anche suoi » <sup>(94)</sup>, ritenne che l'idea dello 'scopo' dovesse legittimare lo stesso concetto di 'rapporto organico'. Scrisse, infatti: « E questo rapporto che unisce le persone giuridiche pubbliche allo Stato, possiamo dire rapporto organico, poiché il fine di quelle persone è tra i fini dello Stato; agendo per esso, quelle persone agiscono anche per lo Stato; e a questo, per tale finalità, esse si coordinano e si subordinano nella loro esistenza ed attività » <sup>(95)</sup>.

Evito di insistere con questo elenco, rinunciando, tra l'altro, a riproporre il pensiero di Brondi <sup>(96)</sup> e quello di Ferrara <sup>(97)</sup>, che tra i tanti <sup>(98)</sup> particolarmente meriterebbero. Brevemente, invece, accenno, da ultimo, a Cammeo, perché il suo discorso mi introduce ad una successiva riflessione.

Nel suo ricchissimo « Commentario », egli si occupò specificamente di persone giuridiche pubbliche o di enti autarchici — secondo l'identificazione che ne compì — nel tentativo di « determinare che cosa sia pubblica amministrazione agli effetti dell'azione

<sup>(93)</sup> In un saggio intitolato *Concetto delle persone giuridiche pubbliche amministrative*, in *Riv. di dir. pubbl.*, 1916, parte I, pp. 337-358.

<sup>(94)</sup> RANELLETTI, *op. ult. cit.*, pagg. 341-2.

<sup>(95)</sup> RANELLETTI, *op. ult. cit.*, pag. 343.

<sup>(96)</sup> In *Le pubbliche amministrazioni ...*, cit., dove il problema della persona giuridica pubblica costituisce un argomento marginale di cui, però, egli torna costantemente ad occuparsi.

<sup>(97)</sup> Di lui ricorderò la seguente distinzione, in *La classificazione ...*, cit., pag. 353: « ... si avranno soggetti o persone di diritto pubblico quando gli enti si presentano dotati di *imperium*, in posizione eminente, esplicanti una potestà di comando. Si tratterà invece di persone di diritto privato, quando gli enti si presentano verso altre persone fisiche o giuridiche, in rapporto d'eguaglianza, sulla base della cooperazione o dell'accordo, ma senza veste d'impero ».

<sup>(98)</sup> Per esempio, tra i minori, G. DEGANELLO, *Le persone giuridiche di diritto pubblico*, Padova, 1907, secondo cui sono pubbliche « quelle persone giuridiche le quali hanno uno scopo di interesse pubblico, rientrando nella sfera di finalità sociale dello Stato, la cui valutazione ed attuazione si effettuano in modo non arbitrario, bensì necessariamente e permanentemente in base a prestabiliti criteri generali o speciali del diritto » (pag. 57).



giudiziaria dinanzi ai tribunali » <sup>(99)</sup>. « Persona giuridica pubblica — scrisse subito dopo — è quella che ha per *scopo* l'esecuzione di una pubblica funzione ». Ma aggiunse: « È impossibile determinare *a priori* quali sono funzioni pubbliche e quali no per desumere direttamente dalla natura della funzione la natura dell'ente » <sup>(100)</sup>. La natura della funzione va dedotta da qualche dato estrinseco. « Questo dato è l'obbligo della persona giuridica verso lo Stato o altra persona giuridica pubblica di adempiere il proprio scopo, obbligo che deve essere inerente alla stessa natura dell'ente ... » <sup>(101)</sup>. Ciò pur restando fermo che gli enti autarchici sono « organicamente separati, sia per il modo col quale si formano, sia per il modo con cui esercitano le loro funzioni dalla organizzazione dello Stato, in senso ristretto » <sup>(102)</sup>; che ad essi spettano delle pretese soggettive nei confronti dello Stato; e che, quando per il fatto che esercitano una funzione pubblica, e cioè funzione di Stato, essi « debbono » essere considerati « organi dello Stato », devono comunque essere tenuti ben distinti sia dagli organi « distribuiti gerarchicamente », sia da quelli « supremi » <sup>(103)</sup>.

Il principio della supremazia dello Stato appare qui quasi la conseguenza della titolarità di una situazione soggettiva attiva nei confronti di alcuni soggetti 'obbligati'. E, tuttavia, è riaffermato non meno decisamente.

Come si vede, dunque, l'ente pubblico, concepito sia come soggetto di autarchia, sia come organo di amministrazione indiretta o ramo della pubblica amministrazione, sia come investito di uno 'scopo' proprio anche dello Stato, sia come titolare di un obbligo specifico di adempiere al proprio scopo, sia come titolare di potestà d'impero, etc., risulta sempre definito 'per relationem'; cosicché, in ultima analisi, la sua legittimazione teorica è il risultato della ridefinizione del concetto dello Stato. Dello Stato sovrano.

L'angolazione del discorso di Cammeo mette in luce un dato che mi pare assai significativo. Il problema teorico delle persone

<sup>(99)</sup> F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, s.d., pag. 650.

<sup>(100)</sup> CAMMEO, *op. cit.*, pag. 651.

<sup>(101)</sup> CAMMEO, *op. cit.*, pag. 652.

<sup>(102)</sup> CAMMEO, *op. cit.*, pag. 45.

<sup>(103)</sup> CAMMEO, *op. cit.*, pag. 46.

giuridiche pubbliche, lungi dal risolversi in una questione d'interesse meramente accademico, aveva anche un immediato risvolto pratico, per quanto non sempre gli stessi studiosi se ne mostrassero consapevoli o interessati: discutere, infatti, dell'essere, queste, 'parti' dell'organismo amministrativo dello Stato, presumendo la personalità giuridica di quest'ultimo, valeva, in definitiva, quanto stabilire se esse fossero o meno 'pubblica amministrazione' o 'autorità amministrative' ai sensi e per gli effetti delle norme sul contenzioso amministrativo <sup>(104)</sup>; valeva, in altri termini, quanto stabilire se i loro atti fossero o meno soggetti al sindacato del giudice amministrativo, quando c'era <sup>(105)</sup>. È perciò di tutta evidenza che dall'una o dall'altra soluzione concernente, in apparenza, un problema di teoria dell'organizzazione o di teoria dei rapporti amministrativi — o, ancora, per ripetere Meucci, di teoria dell'«azione amministrativa in ordine ai soggetti» — conseguivano, in realtà, risultati diversi sul piano della tutela giurisdizionale, rilevanti sotto una molteplicità di profili, a cominciare da quello — fondamentale — del tipo di giurisdizione a quello — non meno decisivo — dell'azione.

Questa circostanza mi pare tutt'altro che trascurabile, perché chiarisce, alla fine, le ragioni ultime dell'intenso sforzo teorico compiuto su questo tema nel periodo che stiamo considerando ed illumina intorno al valore ed al significato delle varie soluzioni che furono elaborate <sup>(106)</sup>. L'unità teorica della sovranità era, poi, in definitiva, una cosa molto più complessa e determinante del risultato di alcune esercitazioni intellettuali, per quanto queste fossero sofisticate.

---

<sup>(104)</sup> Particolarmente gli artt. 2 e 4 della legge 20.3.1865, n° 2248, all. E, abolitiva del contenzioso amministrativo e l'art. 24 del T.U. 2.6.1889, n° 6166, sulla quarta sezione del Consiglio di Stato.

<sup>(105)</sup> L'osservazione si ricollega ad un'idea trasmessami da E. Cannada-Bartoli: che il diritto amministrativo moderno si caratterizzi soprattutto per la possibilità del controllo giurisdizionale sugli atti del 'potere' (anzi, del 'Principe') e che, perciò, la prospettiva della 'giustizia' sia fondamentale nello studio dei fenomeni che riguardano questa disciplina. Idea da ultimo riespressa in *Variazioni su temi dalle «Istituzioni di diritto amministrativo» di Massimo Severo Giannini*, in *Il Foro amministrativo*, 1982, 9-10, pp. 1748-56.

<sup>(106)</sup> Sarebbe, perciò, utilissima anche un'indagine sulla giurisprudenza, che qui manca.

Un'ultima considerazione. Nel tentativo di razionalizzare il fenomeno della pluralità dei titolari di pubblici poteri, i giuristi rimasero, generalmente, più indietro dei fatti (107): le costruzioni teoriche di ispirazione statocentrica risultarono progressivamente inadeguate rispetto all'emergere di figure di enti del tutto 'autonomi' rispetto allo Stato, che talora nessuno dei criteri individuati riusciva più a riportare all'interno del perimetro concettuale del suo 'organismo'. Tanto più quando essi esercitavano funzioni di dubbia — per allora — spettanza dello Stato.

Mi sembra opportuno riportare ancora un brano delle 'Note' di Fadda e Bensa. Per escludere che le società esercenti le ferrovie fossero enti pubblici, tra l'altro, scrissero: « Il vincolo organico che stringe gli enti pubblici allo Stato esclude dal novero di quelli tutti gli enti che tendono alla speculazione a vantaggio privato. In effetti in un organismo non possono entrare se non elementi, che non solo abbiano tra loro analogia, ma che ad un tempo siano tra loro coordinati, e tutti, pur esplicando una particolare funzione, cospirano allo scopo unico dell'organismo. A nessuno può venire in mente di chiamare parte di un organismo qualche cosa di eterogeneo (...). Ora la società commerciale intrusa nell'organismo amministrativo, sarebbe proprio un elemento eterogeneo (...). Sia pure che un ente di diritto pubblico eserciti una funzione il cui risultato è il lucro, e che ha carattere di speculazione. Ma nell'ente pubblico il lucro è mezzo a scopi d'interesse generale (...). L'ente pubblico potrà fare atti di com-

---

(107) Interessante l'atteggiamento degli studiosi di scienza dell'amministrazione e, in genere, di quei giuristi che si avvicinarono — in qualche caso poi versandosi interamente — alle scienze economiche e statistiche: tra essi, C. F. Ferraris, F. S. Nitti, A. De Viti de Marco, etc. Molti di loro, impegnati anche in sedi non accademiche (oltre che in Parlamento o nel Governo, in istituzioni collegiali consultive, spesso incardinate presso il Ministero di agricoltura, industria e commercio — tra le più prestigiose, il Consiglio superiore di statistica —), maturarono una sensibilità molto concreta nei confronti dei problemi della società e dello Stato, combattendo talora battaglie d'avanguardia.

Cfr., per molti spunti, S. CASSESE, *La statistica nell'amministrazione pubblica (storia e problemi attuali)*, in *Riv. trim. di dir. pubbl.*, 1979, 2-3, pp. 545-567, ora in *Esiste un governo in Italia?*, Roma, 1980, pp. 181-206; e, da ultimo, specialmente per « il dibattito sulla scienza dell'amministrazione », C. MOZZARELLI - S. NESPOR, *Giuristi e scienze sociali nell'Italia liberale*, Venezia, 1981,

mercio ma non potrà mai essere commerciante (art. 7 cod. comm.). E quando un ente è commerciale, già perciò è escluso che sia pubblico. E questa conclusione assicura appunto il concetto di organismo » <sup>(108)</sup>.

Esattamente sullo stesso argomento — che costituì peraltro un 'topos' — intervenne, tra gli altri, Lodovico Mortara <sup>(109)</sup>. Ritenendo priva di senso la questione « se debbano essere considerati organi di funzione governativa enti estranei alla organizzazione politico-amministrativa dello Stato », acutamente spostò l'interrogativo sopra un altro punto: se un ente estraneo all'organizzazione statale possa svolgere atti di « funzione governativa » (da non confondere con il « pubblico servizio »). E concluse: sta bene che lo Stato, per scopi di utilità generale, controlli ed addirittura eserciti direttamente il servizio ferroviario; « ma che da ciò derivi essere una funzione di sovranità il servizio per sé medesimo, anche quando è esercitato dai privati, non si può logicamente ammetterlo (...). Ora, quando lo Stato non assume direttamente un pubblico servizio, ma lo lascia o lo cede all'industria privata, pur tutelando l'interesse generale che stima al medesimo congiunto (il che avviene oggi tra noi per il servizio ferroviario), non si può considerare l'attività di tale industria come funzione governativa » <sup>(110)</sup>. 'Funzione governativa' stava — come si vede — per 'funzione di sovranità', attribuita per definizione solo agli enti appartenenti all'organizzazione politico-amministrativa dello Stato.

In quest'ottica, le imprese pubbliche erano un non senso teorico; così come lo erano tutti quegli enti, istituti, stabilimenti creati per lo svolgimento delle funzioni più diverse e dalle leggi insistentemente qualificati — e non per mera ridondanza formale — 'autonomi'. Eppure erano un fatto.

A questo punto, quasi al compimento del primo decennio del secolo, quando i più avveduti presero atto dell'irreparabile insufficienza degli schemi teorici e della precarietà del quadro unitario che questi da tempo si sforzavano di tenere in piedi, si cominciò

<sup>(108)</sup> FADDA e BENZA, *op. cit.*, pp. 796-797.

<sup>(109)</sup> Nel suo *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, Milano, 1905, terza ed., vol. I, pag. 273 ss.

<sup>(110)</sup> *Ibidem.*

a parlare di 'crisi dello Stato' <sup>(111)</sup>; e occorre diverso tempo perché la scienza recuperasse terreno <sup>(112)</sup>.

Santi Romano, ancora una volta tra i primi e più lucidi interpreti, nella sua prolusione pisana del 1909, dedicata proprio allo «Stato moderno e la sua crisi» <sup>(113)</sup>, riflettendo sul fenomeno del cosiddetto sindacalismo, ammise: «l'odierna organizzazione statale, pel fatto che si sente il bisogno di organizzazioni nuove, complementari ad essa, se pure non contrarie, si dimostra per ciò stesso insufficiente» <sup>(114)</sup>. Riconobbe come «verità indiscutibile» che «i rapporti sociali che direttamente interessano il diritto pubblico non si esauriscono in quelli che hanno per termini l'in-

<sup>(111)</sup> Sul punto, la letteratura è cospicua. Mi limito a ricordare F. TESSITORE, *Crisi e trasformazioni dello Stato*, Napoli, 1971, sec. ed., e, da ultimo, L. MANGONI, *La crisi dello Stato liberale e i giuristi italiani*, in *Studi storici*, 1982, I, pp. 75-100.

<sup>(112)</sup> Cfr., già nel 1912, F. DE LUCA, *La tendenza degli enti pubblici all'industrialismo*, in *Riv. di dir. pubbl.*, 1912, parte I, pp. 545-551: «Vi sono industrie che assicurano lauti profitti a favore di chi le esercita: per qual ragione esse non dovrebbero essere convenienti per lo Stato e per gli enti pubblici minori?». E ancora due studi, uno di Ferraris ed un altro di U. Forti. Il primo, *La classificazione delle persone morali di diritto pubblico*, pubblicato nel 1919 sulla *Rivista di diritto pubblico*, con uno stile pragmatico ed antiformalistico, propone la suddivisione della categoria delle 'persone morali autarchiche di diritto pubblico' in 'enti amministrativi territoriali' ed in 'istituzioni pubbliche autarchiche'. Tra quest'ultime, Ferraris ricomprende le imprese pubbliche e quelli che chiama 'stabilimenti pubblici autarchici', avvertendo che «sono alquanto difficili a definirsi» (pag. 453), perché «alcuni di essi si assomigliano alle corporazioni pubbliche», altri alle fondazioni, altri ancora alle imprese (per es., il Banco di Napoli, la Cassa nazionale per le assicurazioni sociali, l'I.N.A., l'Opera nazionale combattenti, etc.).

Il saggio di Forti, intitolato *Amministrazione pubblica e attività economica privata*, in *Scritti giuridici in onore di Alberto Marghieri*, Roma, 1921, pp. 143-159, è assai avvertito delle difficoltà che il teorico incontra nell'inquadrare in schemi pre-costituiti «le forme nuove di attività pubblica, specie in rapporto con la ingerenza, cresciuta a dismisura, dei poteri pubblici nella vita economica» (pag. 144). Forti mira a stabilire, secondo l'impostazione tradizionale, un criterio per il riconoscimento del carattere pubblico della persona giuridica, giudicando che questo possa «utilmente ricercarsi non attraverso la sua attività, ma attraverso la sua organizzazione» (pag. 147).

<sup>(113)</sup> Già in *Riv. di dir. pubbl.*, 1910, parte I, pp. 97-114 ed ora in una raccolta di saggi cui dà il titolo, Milano, Giuffrè, 1969, pp. 3-26.

<sup>(114)</sup> ROMANO, *op. ult. cit.*, pag. 13.

dividuo, da una parte, lo Stato e le comunità territoriali minori, dall'altra » <sup>(115)</sup>, dovendosi « tener conto anche delle organizzazioni sociali derivanti da vincoli diversi da quelli territoriali » <sup>(116)</sup>.

Approfondendo la sua analisi, Romano chiarì: « La crisi dunque dello Stato attuale si può ritenere che sia caratterizzata dalla convergenza di questi due fenomeni, l'uno dei quali aggrava necessariamente l'altro: il progressivo organizzarsi sulla base di particolari interessi della società che va sempre più perdendo il suo carattere atomistico, e la deficienza dei mezzi giuridici e istituzionali, che la società medesima possiede per fare rispecchiare e valere la sua struttura in seno a quella dello Stato » <sup>(117)</sup>.

E poi, però, concluse affermando il principio che, nonostante tutto, « il potere pubblico non potrà considerarsi che come indivisibile nella sua spettanza (...). E non soltanto il simbolo, ma l'ente reale, in cui tale principio si affermerà sempre maggiormente, non può essere che lo Stato, reso ancora più saldo nella sua potenza e più attivo, vera personificazione di quella collettività ampia e integrale, che una crisi momentanea può mostrare in eclissi, ma che è destinata ad acquistare coerenza e consistenza sempre maggiore » <sup>(118)</sup>.

In realtà la 'crisi' consisteva proprio nel decadimento dell'identità concettuale Stato-potere pubblico, conseguente alla polverizzazione di quest'ultimo. Lo schema della personalità giuridica sempre più diventava sintomo di autonomia di gestione, non più solo di imputazione. Gli enti pubblici tendevano a svilupparsi come 'amministrazioni parallele' <sup>(119)</sup>, talora con propria burocrazia, alternativa a quella dello Stato <sup>(120)</sup>, verificandosi ormai anche il caso che essi entrassero in pieno conflitto con gli organi di questo.

---

<sup>(115)</sup> ROMANO, *op. ult. cit.*, pag. 18.

<sup>(116)</sup> ROMANO, *op. ult. cit.*, pag. 19.

<sup>(117)</sup> ROMANO, *op. ult. cit.*, pag. 23.

<sup>(118)</sup> ROMANO, *op. ult. cit.*, pag. 25.

<sup>(119)</sup> Cfr. S. CASSESE, *L'amministrazione dello Stato liberale-democratico*, in *La formazione storica del diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1974.

<sup>(120)</sup> La legge 4.4.1912, n° 305, istitutiva dell'I.N.A., per esempio, disponeva, all'art. 10, che « gli impiegati dell'Istituto non sono né potranno essere equiparati agli impiegati dello Stato ».

Molti anni dopo, in pieno clima corporativo, ancora Santi Romano — il cui itinerario intellettuale può, come si vede, considerarsi veramente esemplare — in un breve scritto significativamente intitolato « Gli interessi dei soggetti autarchici e gli interessi dello Stato » <sup>(121)</sup>, affermò: « Gli interessi, dunque, la cui cura è affidata al soggetto di autarchia possono non essere comuni al soggetto medesimo e allo Stato, ma propri soltanto del primo o della collettività da questo rappresentata (...). In altri termini, l'autarchia è capacità di curare interessi pubblici, il che, per definizione, vuol dire interessi ai quali lo Stato non può né deve rimanere estraneo o indifferente, giacché essi si ricollegano ad un interesse statale. Senonché questo collegamento non importa una perfetta coincidenza del primo coi secondi, che possono stare, l'uno e gli altri, non sullo stesso piano, ma in piani diversi. Per questo motivo, l'attività del soggetto autarchico non è meramente lecita, non è cioè privata, ma è funzionale, nel senso che deve esplicarsi in funzione dell'interesse superiore dello Stato e, quindi, è pubblica » <sup>(122)</sup>.

Sostituendo la vecchia immagine dell' 'organismo' con quella — più matura — di 'ordinamento', Romano proseguì e concluse: « L'ordinamento che lega fra loro lo Stato e gli enti autarchici è una specie di ordinamento di famiglia, di una famiglia di cui è capo lo Stato. Gli interessi propri di ciascuno dei suoi membri possono avere un riconoscimento ed una protezione in sé e per sé, ma tutti debbono subordinarsi a quelli, generali, che, diversi per estensione, per contenuto e per grado, è compito dello Stato far valere » <sup>(123)</sup>.

In questo quadro composto e riequilibrato, la 'crisi', in un certo senso, si poteva considerare risolta. Almeno temporaneamente.

---

<sup>(121)</sup> In *Studi di diritto pubblico in onore di O. Ranelletti*, Padova, 1931, vol. II, pagg. 433-441.

Nello stesso anno, A. C. JEMOLO, in un saggio intitolato *Organi dello Stato e persone giuridiche pubbliche*, in *Lo Stato*, 1931, pp. 329-342, affermò: « Non credo pertanto all'impossibilità logica di uno Stato in cui tutti gli organi siano persone » (pag. 333).

<sup>(122)</sup> ROMANO, *op. ult. cit.*, pp. 440-441.

<sup>(123)</sup> *Ibidem*.

# **QUADERNI FIORENTINI**

**per la storia del pensiero giuridico moderno**

**11/12**  
(1982/83)

Itinerari moderni della persona giuridica

TOMO II



**giuffrè editore milano**



EVELYNE PISIER-KOUCHNER

LA NOTION DE PERSONNE MORALE  
DANS L'OEUVRE DE LÉON DUGUIT

L'École de Bordeaux n'a jamais déçu avec une personne morale: cette boutade célèbre résume l'une des thèses les plus centrales de l'oeuvre de Léon Duguit, principal représentant de cette École. La négation de la personne morale apparaît, en effet, comme un thème constant et décisif, au fondement même de toute la construction juridique proposée par Léon Duguit, en illustrant à la fois l'originalité et les faiblesses. Niant la personne morale, Duguit prend parti contre l'utilité juridique de la notion et se consacre donc à démontrer l'inanité de toutes les tentatives de justification théoriques, aussi diverses soient-elles, d'une telle notion: aucune des théories de la personnalité morale ne parvient à en expliquer la nature, puisque la personnalité morale n'existe pas, qu'elle n'est que pure invention *métaphysique*. A l'époque, Duguit a fort affaire: les théories sur la nature de la personnalité morale abondent et aucun juriste digne de ce nom ne saurait prétendre faire l'économie d'une position. Aujourd'hui pourtant tout se passe comme si le débat n'avait pas eu lieu; non pas qu'une solution définitive paraisse l'avoir emporté sur les autres mais le débat semble avoir été purement et simplement *ajourné*. La plupart des travaux récents s'accordent, en effet, à considérer la notion de personnalité morale comme un simple moyen technique, d'utilité partielle et relative et délaissent désormais, chacun peut le constater avec la sagesse de s'en réjouir ou celle de s'en inquiéter, le champ des grands débats théoriques. Si la personnalité morale fait encore le sujet de telle ou telle thèse de doctorat, elle n'est plus prétexte à doctrine: prudence et relativité dominant, les au-

teurs 'engagent bien rarement. Le Droit dédaignerait-il désormais sa propre philosophie? Signe de temps nouveaux? Léon Duguit protesterait vigoureusement.

On constate en effet que, du temps de Duguit, les théories de la personnalité morale « *ont avant tout une signification politique* et que leur utilité pour la solution des problèmes juridiques pratiques ne vient qu'en second lieu ». Que l'on argumente en faveur de la théorie de la fiction contre celle de la concession ou que l'on soit simplement partisan de théories plus nuancées ou plus réalistes, chaque fois les considérations philosophiques l'emportent sur les objectifs pratiques. On ne s'étonnera pas dès lors que la théorie duguiste, théorie de la négation des autres théories, se situe bien dans la même perspective: la négation de la personnalité morale est une thèse aux aspects essentiellement philosophiques, inséparable des discussions relatives au fondement du Droit, à la nature de l'Etat, aux questions de l'autonomie de la volonté ou de l'existence de la souveraineté; située au coeur même de l'axiologie duguiste, elle est l'un des prétextes de la grande guerre doctrinale que Duguit mène contre l'ensemble de ses contemporains lorsque ceux-ci, reconnaissant soit l'existence de la personne morale, soit l'utilité de la notion, prétendent en construire la théorie. Selon Duguit, la personne morale n'existe pas et sa notion même, dans le Droit, est à la fois inutile et dangereuse.

Duguit se préoccupe donc bien peu des conséquences d'une telle négation de la personne morale pour la technique juridique. Pourtant, lorsqu'il se contente de commenter le droit positif, il lui arrive de reprocher au législateur de ne pas développer toutes les conséquences *logiques* de la reconnaissance de la personnalité morale. En l'espèce il s'agit de la personnalité morale des associations et le paradoxe n'est significatif d'aucune contradiction dans la position duguiste: tous les moyens sont bons qui servent la reconnaissance juridique d'un groupe dit social. Telle est en effet l'originalité de la thèse duguiste: la négation de la personnalité morale a une portée anti-étatiste sans se vouloir le fruit d'une revendication individualiste puisqu'elle a prétention à la fois sociologique et socialiste. C'est au nom du Social (du moins ce que Duguit nomme tel) que Duguit mène guerre contre la personne morale et sa construction doctrinale prétend donc se débarrasser

des reflexes de crainte à l'égard des « groupes sociaux ». Bien plus, son anti-étatisme se réclame de l'anti-individualisme et la négation de la personne morale, thèse dirigée à la fois contre l'individu et contre l'Etat, dérive de l'un comme de l'autre.

Mais la guerre contre l'Etat n'a pas, dans l'oeuvre de Duguit, le même statut que la guerre contre l'individu et la négation de la personne morale porte la marque de cette distorsion. L'anti-individualisme exprime la quête d'un fondement objectif du Droit: l'individu ne saurait être sujet de droit car il n'y a pas de sujet de droit; le Droit ne prend sa source que dans la solidarité sociale et dès lors s'avèrent fausses et inutiles toutes les constructions relatives à la personnalité juridique. L'anti-étatisme a une portée plus politique: la négation de la personne morale de l'Etat procède de la démonstration préalable du fondement objectif du Droit et dès lors s'avèrent non seulement fausses mais dangereuses toutes les constructions relatives à la personnalité morale parce qu'elles tendent à faire de l'Etat le sujet du Droit et sont impuissantes à en assurer la limitation effective. L'individualisme revient en force: selon Duguit, faire de l'individu un sujet de Droit équivaut à en faire une victime de l'Etat. L'outrance de la these peut provoquer sarcasmes et protestations, Duguit la maintient tout au long de son oeuvre: le banissement de la notion de personne morale est une tâche de salubrité juridique. Il est indissociable de ce double objectif que s'assigne l'oeuvre de Léon Duguit = démontrer le fondement objectif du droit d'une part, assurer la limitation de la puissance d'Etat d'autre part.

#### I. LA NÉGATION DE LA PERSONNALITÉ MORALE ET LE FONDEMENT OBJECTIF DU DROIT.

Toutes les théories qui, à un degré ou à un autre, d'une manière ou d'une autre, reconnaissent l'existence réelle ou la nécessité juridique de la personnalité morale participent de cette idée fautive selon laquelle le Droit aurait un fondement subjectif. La démonstration du fondement objectif du Droit passe donc par la déconstruction systématique de ces théories.

*La critique du droit subjectif.*

Léon Duguit se réclame d'Auguste Comte et d'Emile Durkheim pour affirmer la primauté de la méthode réaliste qu'il entend transposer de la sociologie à la théorie juridique: l'observation des phénomènes sociaux comme celle des phénomènes juridiques impose au chercheur une méfiance méthodologique systématique à l'égard de toute notion, de tout raisonnement métaphysique; la métaphysique sera définie à priori et de manière naive comme tout ce qui relève de l'irréalisme et de l'impuissance scientifique. Influencé par les balbutiements de Comte et par le sociologisme durkheimien, Léon Duguit « pose au point de départ l'absolu de la pensée scientifique » qui dicte pour préalable « d'éliminer tout ce qui n'est pas un fait directement constaté » (1). Il s'agit de faire passer la science du Droit de l'âge métaphysique à l'âge positif: « mon intention est d'écarter complètement toute métaphysique juridique. Je ne cherche point à déterminer ce qu'est le Droit idéal, absolu, j'ai la conviction profonde que cela peut être l'objet d'une croyance, mais non d'une détermination scientifique » (2). Certes Duguit se défend d'écarter ainsi les nécessités intellectuelles de la conceptualisation ou de l'abstraction: sa méthode « n'exclut point, bien au contraire, le raisonnement déductif qui est l'instrument par excellence de l'investigation et de la découverte scientifique, sous deux conditions toutefois, d'abord qu'il ait pour point de départ une *donnée directement observée* et secondement que les conséquences auxquelles il conduit soient *vérifiées par l'observation et abandonnées si les faits les contredisent* » (3). Ces précisions sont indispensables pour comprendre la radicalité de la critique duguiste de la personne morale et des théories qui prétendent l'identifier à une fiction autant qu'à une réalité: la seule réalité observable est la personne physique et cette réalité contredit le raisonnement qui en fait « autre chose » que cette personne physique. Peu importe le dogmatisme d'une telle démarche: elle lui

(1) DUGUIT, *Traité*, I, 3<sup>ème</sup> ed., p. 3.

(2) *Ibid.*, p. 118-119.

(3) DUGUIT, *Traité*, I, préface à la 3<sup>ème</sup> ed. et cf. la controverse sur ce point avec GÉNY, *Science et technique en droit privé positif* Sirey, 1924, tome IV.

permet d'identifier la métaphysique au subjectivisme qui non seulement repose sur une « prénotion » indémontrable mais fait appel à l'être dans une « essence », dans une « substance » inobservables. C'est donc pour son caractère métaphysique qu'est écartée la notion de droit subjectif et les différentes définitions qu'en donne Duguit au cours de son oeuvre ne tendront qu'à accentuer cette identification.

Ainsi, en 1901, les droits subjectifs sont « des qualités inhérentes à l'individu pris comme sujet de droit » (4): une telle définition vise les droits individuels naturels issus directement de la doctrine individualiste; leur caractère métaphysique tient à ce postulat indémontrable d'un « état de nature » qui « invente » un individu isolé et antérieur à la société. A la suite de Durkheim, Duguit multiplie les sarcasmes à l'égard de l'ensemble des doctrines du Droit naturel, toutes accusées de métaphysique anti-scientifique pour avoir ignoré l'antériorité du social: « penser l'homme isolé, c'est penser une chose qui n'existe pas ...; l'homme n'existe pas antérieurement à la Société, il n'existe que dans la société » (5). Mais Duguit se heurte aux objections des juspositivistes qui renoncent à l'idée de droit naturel sans renoncer à celle de droit subjectif. Aussi cherche-t-il à affiner sa définition. A partir de 1908, la notion de droit subjectif devient « la notion d'un pouvoir appartenant à une personne d'imposer à une autre sa *personnalité* » et c'est donc bien « une notion d'ordre métaphysique qui ne doit pas avoir sa place dans l'organisation positive de sociétés modernes » (6). Telle quelle, la définition n'est pas des plus heureuses et l'image d'une personne imposant sa personnalité peu satisfaisante. On comprend néanmoins le sens de cette recherche: Duguit met moins en accusation la personne elle-même que l'élément dynamique qu'elle pourrait contenir dans le fondement du Droit. A partir de 1911, la définition du droit subjectif est précisée, elle ne variera plus, c'est une « faculté d'agir », un « pouvoir qui appartient à une volonté de s'imposer comme telle à une ou plusieurs autres volon-

(4) DUGUIT, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, 1901, p. 172.

(5) DUGUIT, *Traité*, I, 3ème ed., p. 209.

(6) DUGUIT, *Traité*, I, 1ère ed. et aussi *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, 1912.

tés » (7). Désormais, à partir d'une telle définition, ce sont les doctrines de l'*autonomie de la volonté* qui sont plus précisément mises en accusation au moyen d'arguments souvent bien douteux: Kant en a la paternité: pas plus que Rousseau, il n'échappe à l'accusation d'avoir fondé une métaphysique absolutiste (8). La notion de personnalité juridique, quels que soient ses aspects et les développements dont on l'assortit, est toujours dérivée de cette philosophie qui « implique la subordination d'une volonté humaine à la volonté titulaire de ce pouvoir »; elle est donc inacceptable sauf à tomber irremédiablement dans la métaphysique car « on ne peut concevoir quel élément d'ordre positif et humain pourrait constituer une hiérarchie des volontés ». Duguit est ici entièrement prisonnier de l'influence de Comte (9) et refuse toute concession: ainsi s'efforce-t-il de démontrer que les définitions d'un Michoud, présentant, à la suite de Ihéring, le droit subjectif comme un « intérêt juridiquement protégé » restent marquées de la même métaphysique; car si le droit n'est qu'un intérêt, c'est encore « la volonté même de la personne juridique qui met en oeuvre l'intérêt, et le droit n'est bien ainsi qu'un intérêt mis en oeuvre par la volonté du titulaire de cet intérêt ou le pouvoir de vouloir du titulaire » (10). Si Duguit s'acharne ainsi, c'est qu'au delà du droit subjectif de l'individu, c'est la personnalité morale de l'Etat qu'il cherche à combattre. A la recherche d'un système parfaitement cohérent, il persévère sur ce terrain et déclenche un concert de protestations indignées de la part des juristes privatistes lorsqu'il tire de sa négation de la personnalité juridique toutes les conséquences logiques, à savoir par exemple la négation du droit de propriété ou encore la négation de la « représentation » de l'infans ou de l'insensé. La doctrine de la propriété lui paraît en contradiction manifeste avec l'évolution juridique qui interdit au propriétaire de faire sur sa chose des actes inutiles ou qui l'oblige à l'em-

---

(7) DUGUIT, *Jean-Jacques Rousseau, Kant et Hegel*, in *Revue de droit public*, 1918.

(8) DUGUIT, *Traité*, I, 3ème ed., p. 217.

(9) Cf. Auguste COMTE, *Politique positive*, ed. 1890, I, p. 361 et s.

(10) Pour cette discussion cf. notamment *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, op. cit.

ployer dans le sens de la satisfaction des besoins de la collectivité sociale: « la propriété n'est plus le droit subjectif du propriétaire; elle est la fonction sociale du détenteur de richesse » et « dans la réalité, on n'aperçoit qu'une situation de fait, l'affectation de l'utilité totale d'une chose à un but déterminé » (11). Quant aux théories de la représentation en droit privé, elles relèvent non pas de la simple fiction, mais bien de la pire métaphysique: admettre que l'infans et l'insensé sont des sujets de droit à la suite d'une représentation, c'est chercher à « sauver la conception métaphysique de l'autonomie de la volonté »; si l'on admet que la volonté produit le droit, que c'est la volonté du sujet se manifestant dans l'acte juridique qui crée l'effet de droit et si l'individu est dépourvu de volonté, il faut, pour expliquer l'effet de droit, dire que la volonté qui a participé à l'acte juridique a produit cet effet comme si elle était la volonté de l'inconscient. Or, à dénoncer le caractère métaphysique du droit subjectif, Duguit est amené à rejeter complètement la thèse selon laquelle la volonté puisse créer le Droit. Il lui faut donc dire d'où vient le droit: si le droit ne tire son origine d'aucune *personne*; c'est qu'il a fondement seulement social.

### *Le fondement social du droit.*

Affirmer, à la suite de Comte et de Durkheim, que la seule réalité observable scientifiquement est d'abord sociale et qu'elle seule est source de Droit, n'épuise pas pour autant la question de la personnalité juridique. Le mérite de Léon Duguit est de n'esquiver aucune difficulté. Son projet de transposer dans la science juridique « les règles de la méthode sociologique » se veut compatible avec une critique réaliste: s'il faut dénoncer le retour de la personne refoulée au coeur même de la doctrine sociologique et prendre Durkheim lui-même en flagrant délit de métaphysique, Duguit n'hésite pas.

Rejetant la notion de personne comme incapable de fonder le Droit et ne fondant celui-ci que sur le « fait », Duguit prétend

---

(11) DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé ...*, op. cit., p. 158.

bien suivre Durkheim et systématiser la rencontre du Droit et de la sociologie: à vouloir dépasser la distinction de l'être et du devoir être, il tente de prôner l'unité de la causalité sociologique et de l'impératif juridique. Tout comme Durkheim, il oppose donc aux doctrines du contrat social l'argument de la priorité historique et logique de la Société, phénomène antérieur à la fois à l'individu et à l'Etat. Si le Droit n'est qu'un phénomène social, c'est que « toute société est une discipline » et « comme l'homme ne peut vivre sans société, il ne peut vivre que soumis à une discipline ». Duguit se réclame expressément des thèses de Durkheim relatives à l'évolution de deux types de solidarité, par similitude et par division du travail. L'observation de tout groupe social permet de mettre l'accent à la fois sur le fait de l'interdépendance sociale et sur l'aspiration collective à la solidarité. Du fait social de l'interdépendance, Duguit déduit un impératif, à la fois social et juridique, unique: c'est dans le caractère normatif du fait social qu'il voit la source de toute obligation juridique. Mais ici il se refuse à suivre Durkheim, dont il rejette la notion de « conscience collective » comme susceptible de réintroduire tous les méfaits métaphysiques d'une personnification fictive.

Certes un *fait* peut donner naissance à une *norme*: « de même qu'Euclide a fondé tout son système de géométrie sur les postulats des parallèles, de même l'homme moderne peut-il fonder tout le système politique et social sur le postulat d'une règle de conduite s'imposant à tous » (12). Mais cet effet de normalisation ne saurait tenir à aucune spécificité extérieure à la société: la norme sociale est à la fois sociale et individuelle; elle est sociale parce que les hommes vivent en société, mais « en même temps la règle de conduite est individuelle, d'abord parce qu'elle est, ne peut être qu'un concept individuel. Ici nous nous séparons complètement des doctrines sociologiques généralement admises. La prétendue conscience collective nous paraît une hypothèse pure » (13). La notion de conscience collective est abstraite et métaphysique, elle présente les mêmes dangers que la notion de contrat social

---

(12) DUGUIT, *Le droit social, le droit individuel et les transformations, de l'Etat* 1908, p. 8-9.

(13) *Ibid.*



et fausse les prémisses de la construction sociologique de Durkheim. Durkheim voit un jugement de réalité et non un jugement de valeur dans « le jugement qui apprécie un fait ou un acte d'après un prétendu idéal social », alors que les valeurs ne sauraient déterminer à *priori* l'action humaine et que les normes sociales ne sont pas le produit de phénomènes de valorisation mais des phénomènes d'existence. Duguit dénonce donc lucidement les dangers d'un certain organicisme: par le biais d'une personnification abstraite du groupe social, la notion de conscience collective enferme Durkheim dans cette métaphysique qu'il dénonce à propos de l'individu.

Rejetant la notion de conscience collective, Duguit n'a pas pour autant résolu la question de la nature de l'impératif juridique, dont il ne parvient à établir ni la spécificité, ni le caractère contraignant. Prétendant « se refuser l'aide que peut toujours offrir dans le domaine de la philosophie une déviation antinomique de la pensée » et ne pas faire de la conscience collective « un Dieu sur terre », il lui oppose ce « simple fait »: l'existence d'une « masse de consciences individuelles composant la société ». Ainsi l'opposition artificielle de l'individu et de la société est-elle abolie et la norme peut bien être à la fois sociale et individuelle dont la réalisation de la solidarité est *le but*. La norme sociale est une loi de but: tout but est légitime quand il est conforme à la loi sociale et « tout acte fait pour atteindre ce but a une valeur sociale, c'est à dire juridique ». Comment néanmoins cette légitimité en assurerait-elle l'impérativité? Privé du recours à la « conscience collective », Duguit doit quêter désespérément un substitut. Sa prétention au réalisme ne tourne-t-elle pas court lorsqu'il introduit l'étrange notion d'un « sentiment de justice »? Certes le « sentiment de justice » n'est pas l'ordre donné par aucune personne réelle ou fictive, physique ou morale. Le sentiment de justice naît dans la masse des consciences individuelles et pour qu'une norme devienne juridique il faut « qu'elle corresponde au sentiment que la masse des esprits se forme de la justice » (14). La norme sociale est impérative de par la réaction qu'elle suscite au sein de la masse des

---

(14) Cf. *Traité*, I, à partir de la seconde édition.

consciences individuelles; cette réaction est plus ou moins intense et c'est seulement la différence de degré de l'intensité de la réaction qui nous permet de distinguer la norme juridique de la norme sociale. Tout ceci est évidemment fort peu convaincant surtout lorsque Duguit est amené à préciser que la règle de droit ne devient pas règle lorsque la conscience de la masse en exige la sanction mais quand l'acceptation de la contrainte *nous avertit* qu'une norme sociale est devenue juridique parce que « la masse des consciences individuelles est arrivée à comprendre que la sanction matérielle de cette norme peut être socialement organisée » (15). On peut s'étonner de la gratuité de telles subtilités sauf à admettre que Duguit n'a pas pour seul souci d'échapper à la métaphysique de la conscience collective.

## II. LA NÉGATION DE LA PERSONNALITÉ MORALE ET LA LIMITATION DE L'ÉTAT.

La « conscience collective » est une fiction dépourvue de réalité et donc d'utilité. Restent les personnes physiques et leurs consciences individuelles mais Duguit a pris le soin de distinguer la conscience de la volonté dont le Droit n'est jamais le produit. On aperçoit ici le caractère fonctionnel de son hostilité à l'individualisme juridique. Comme Durkheim, Léon Duguit est un sociologue moraliste et son oeuvre ne témoigne d'aucune « neutralité axiologique ». Durkheim, au nom du réalisme positiviste, entreprend la critique de la métaphysique individualiste; une fois établi le principe d'une « meilleure organisation sociale », il croit fermement contribuer à la réalisation de « l'émancipation individuelle ». Soumettant l'individu à l'impératif contraignant de la « conscience collective », il ne craint pas de voir éventuellement dans l'Etat un instrument de réalisation de la conscience collective. Duguit se refuse à idéaliser ainsi l'appareil social: l'anti-étatisme se présente, dans son oeuvre, comme une fin supérieure que la revendication sociologique doit servir à réaliser. Comme juriste, il accentue le

---

(15) Ibid.

caractère finaliste de son analyse sociologique: s'il dénonce les doctrines traditionnelles, c'est essentiellement pour leur impuissance à limiter réellement le pouvoir étatique. Ainsi s'explique sa volonté de dépasser en certains points l'analyse de Durkheim et de refuser tout procédé de personnification dans la construction du Droit. La puissance d'Etat s'est renforcée juridiquement de la transposition à l'Etat du droit subjectif de l'individu: la déconstruction de ces thèses s'impose dès lors que l'on veut soumettre efficacement l'Etat au Droit; l'Etat de Droit ne s'accommode pas du droit subjectif de puissance publique.

*La critique du droit subjectif de puissance publique.*

Transposée en droit public, la notion de sujet de droit présente de grands dangers: admettre la personnalité juridique de l'Etat, le reconnaître comme sujet de droit, c'est faire appel à l'idée d'un pouvoir de volonté s'imposant à d'autres volontés, c'est justifier le commandement illimité. La notion de volonté libre mène à la notion de volonté souveraine. Pas plus qu'il n'y a de « droit » de l'individu, il n'y a un droit de l'Etat. D'abord parce que dans les deux cas, l'origine d'un tel droit est indémontrable de manière réaliste: Duguit insiste sur « l'impossibilité de résoudre ce problème de l'origine de la souveraineté, problème que l'on discute depuis des siècles sans arriver à une solution satisfaisante et que l'on discutera éternellement sans résultat, parce qu'il est insoluble, tout comme le problème du libre arbitre » (10). Ensuite parce que le droit subjectif étatique, comme le droit subjectif de l'individu, implique que la volonté crée le Droit: dès lors toute doctrine qui admet que le droit est un produit de la volonté étatique s'interdit de limiter efficacement l'Etat; si l'Etat a un droit subjectif de commandement, le problème de la limite de la souveraineté devient insoluble.

C'est bien l'ensemble des doctrines existantes qu'il faut alors combattre puisque Duguit constate qu'au moyen de raisonnements divers, « la personnalité juridique de l'Etat est aujourd'hui à

---

(10) DUGUIT, *Traité*, I, 3ème ed., p. 551.

peu près unanimement reconnue ». Or dans la construction duguiste, les termes de personnalité et de volonté sont indistinctement employés: « la souveraineté de la collectivité implique que la collectivité possède une personnalité, une volonté distincte de la personne, de la volonté des individus qui la composent ». Sur ces questions, Duguît ne s'embarrasse donc pas de subtilités conceptuelles, les termes personnalité et volonté ont une fonction équivalente, de même que « les expressions: souveraineté, pouvoir politique, pouvoir de domination sont synonymes ... et l'on peut dire aussi dans le même sens puissance publique » (17).

Qu'elles soient théocratiques ou démocratiques, toutes les doctrines de la souveraineté accordent à l'Etat une sorte de *moi transcendental*. Ces doctrines trouvent leur source dans l'*imperium* romain qui se perpétue dans la notion moderne de souveraineté.

La révolution française, par exemple, n'assure que le passage de l'état théologique à l'état métaphysique: du droit divin des rois au droit divin des peuples, on fait encore appel à l'idée d'une volonté supérieure. La doctrine du Contrat Social est particulièrement significative de cette non-transformation: la souveraineté ne se définissant que comme un pouvoir de volonté, il faut trouver un être investi d'une volonté consciente, support de ce droit subjectif: à la suite de Rousseau, ce sujet devient la collectivité personnifiée. Ainsi toutes les théories modernes qui admettent la personnalité de l'Etat se fondent sur un postulat dérivé du Contrat social selon lequel une société humaine a une volonté personnifiée, un « moi commun ». Il en est ainsi des principales doctrines allemandes de l'Etat: « Le contrat social, avec la religion civile, annonce déjà la divinisation de l'Etat. Kant enseignera le mystère de la trinité politique, calqué sur le mystère chrétien de la trinité divine. Hegel proclamera solennellement et sans détour la divinité de l'Etat qui est ainsi l'incarnation du bien en soi » (18). Par suite, ces doctrines reposent sur un parti pris absolutiste: si l'Etat est le titulaire d'une puissance juridique inconditionnée, il est impossible d'en limiter le pouvoir. Duguît s'élève ainsi contre le caractère

(17) DUGUIT, *Traité*, I, 3ème ed., p. 544.

(18) DUGUIT, *Rousseau, Kant et Hegel*, in RDP, 1918.

stérile et paradoxal des théories de l'auto-limitation prônées par Ihéring ou par Jellinek. La théorie de Ihéring fait de l'Etat la source créatrice de tout droit, le droit étant défini par l'ensemble des règles de contrainte: dès lors l'affirmation de l'auto-limitation est « fragile et source de tous despotismes » (19). Quant à la doctrine de Jellinek, bien qu'elle cherche à établir le fondement psychosociologique d'une subordination de l'Etat, elle n'en a pas moins des « conséquences abominables » en droit interne comme en droit international (20).

Mais Duguit n'est pas plus nuancé en ce qui concerne les doctrines françaises de la souveraineté nationale. Le procédé est semblable qui fait résider le principe de souveraineté dans la Nation plutôt que dans l'Etat dès lors que le Contrat social a conduit à personnifier une collectivité: « sa personnalité est le produit du contrat social parce que du contrat social sont nés le moi commun et la volonté qui sont précisément *les éléments constitutifs de toute personnalité* » (21). Ainsi fondée, la doctrine de la souveraineté nationale renferme une série de contradictions à la fois politiques et juridiques. Politiques: « si la psychologie positive a définitivement rejeté le concept d'âme individuelle le laissant au domaine des croyances religieuses, je ne vois pas comment la politique peut maintenir le concept d'âme collective » (22). Juridiques: la théorie de la souveraineté est inconciliable avec la thèse de la séparation des pouvoirs; Rousseau, du moins l'avait compris: « toute fonction de l'Etat est un acte de volonté, une manifestation de la personnalité de l'Etat; elle implique par conséquent le concours de *tous les organes dont la réunion constitue la personne-Etat* ... En 1789, on ne voit pas la contradiction et on affirme en même temps deux principes inconciliables: l'indivisibilité de la souveraineté et la séparation des pouvoirs » (23).

De telles contradictions théoriques s'accompagnent chaque fois de la même impuissance à assurer la limitation de la puissance

---

(19) DUGUIT, *Traité*, I, 3ème ed., p. 604.

(20) DUGUIT, *Traité*, I, 3ème ed., p. 11.

(21) DUGUIT, *Traité*, I, 3ème ed., p. 604.

(22) DUGUIT, *Traité*, II, 3ème ed., p. 13.

(23) DUGUIT, *La séparation des pouvoirs et l'Assemblée nationale de 1789 1893*.

d'Etat. Ainsi même si la théorie allemande de l'*organe* conserve une certaine supériorité logique sur la théorie française de la représentation, parce qu'elle a le mérite de ne pas aliéner la souveraineté de l'Etat, seul titulaire de la puissance publique en maintenant entre l'Etat et ses organes « une union intime et indissoluble, aussi étroite que celle de l'homme individuel et de ses organes », elle conserve son caractère métaphysique, quelles que soient les modifications proposées par un Hauriou ou un Michoud: « je n'aperçois que des organes créés et le vrai problème du droit public est de saisir l'organe vraiment créateur. La théorie juridico-organique le passe sous silence et s'enferme ainsi dans un cercle vicieux » (24).

Quant à la théorie de la représentation, elle repose sur une fiction déjà dénoncée comme inutile et dangereuse: « de même que dans les rapports privés on a cherché et trouvé derrière la représentation un rapport de droit légal ou conventionnel, mandat, gestion d'affaires, de même dans les rapports publics on aussi cherché un rapport de droit, une situation juridique subjective » (25). Le recours à une telle fiction est inutile et artificiel puisque la volonté des gouvernants pas plus que la volonté individuelle ne saurait être créatrice de l'effet de droit: « ce sont les faits uniquement qu'il faut considérer si l'on veut édifier une théorie juridique solide de la représentation. Elle ne peut être qu'une théorie de droit objectif... » (26).

La critique du droit subjectif de puissance publique se veut donc radicale et vise toutes les conséquences de la personnification de l'Etat; il reste à Duguit à établir une théorie à la fois réaliste et efficace de l'Etat de Droit, c'est à dire de l'Etat entièrement limité par un Droit objectif, extérieur et supérieur à lui.

### *La théorie de l'Etat de Droit.*

Pas plus qu'il ne nie l'existence des personnes physiques, Duguit ne prétend nier la réalité étatique. Bien au contraire puisque, dans sa théorie, l'Etat se présente comme un phénomène de pure

(24) DUGUIT, *Traité*, II, 3ème ed., p. 574.

(25) DUGUIT, *Traité*, II, 3ème ed., p. 639.

(26) *Ibid.*, p. 546.

contrainte issue d'une différenciation progressive entre les forts et les faibles. Dès 1901, il affirme: « l'Etat c'est la force matérielle quelle que soit son origine; elle est et reste un simple fait » (27). L'élément essentiel, irréductible, dans la définition de l'Etat, « c'est la distinction positive des gouvernants et des gouvernés; c'est la possibilité pour quelques uns de donner aux autres des ordres sanctionnés par une contrainte matérielle; c'est cette contrainte matérielle monopolisée par un certain groupe social; c'est la force des plus forts dominant la faiblesse des plus faibles » (28). A partir d'une telle définition, Duguit refuse toute spécificité particulière à l'Etat moderne au regard de la horde primitive: « on ne trouvera aucune différence de nature entre la puissance d'un chef de horde et celle d'un gouvernement moderne composé d'un chef d'Etat, de ministres, de chambres. Encore une fois, il y a une différence de degré, mais non de nature. Le fait social est au fond identique dans les deux cas » (29).

De telles affirmations ne peuvent que surprendre de la part de celui qui s'écrie par ailleurs: « Oui, l'Etat est mort » (30). Duguit pense l'avoir tué de l'avoir dépouillé simplement de l'illusion de sa personnalité morale, d'avoir démystifié tous les titres juridiques, souveraineté ou puissance publique, de sa puissance commandante. La tension est désormais extrême au coeur de ce système où le Droit n'est jamais le produit d'un Etat qui lui-même est défini comme monopolisant la force matérielle. Il faut bien trouver une clef de la soumission de cette force au Droit objectif. C'est, on le sait, à la notion de service public que Duguit demande de jouer ce rôle: « le service public est le fondement et la limite du pouvoir gouvernemental. Et par là même ma théorie de l'Etat se trouve achevée » (31). De la réalité sociale naît le Droit objectif et le service public, issu de cette réalité, en exprime le caractère normatif dans la mesure où il implique pour les gouvernants une fonction obligatoire, fonction à la fois matérielle et juridique.

---

(27) DUGUIT, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive ...*, p. 15.

(28) DUGUIT, *Traité*, I, 3ème ed., p. 657.

(29) DUGUIT, *ibid.*, p. 537.

(30) DUGUIT, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive ...*, p. 104.

(31) DUGUIT, *Traité*, II, 3ème ed., p. 62.

C'est ici que prennent sens toutes les conséquences que Duguit entend tirer de sa double négation de la personnalité juridique individuelle et de la personnalité morale étatique. L'élimination de tout droit subjectif le conduit à renouveler la théorie de l'acte juridique qui n'est plus la mise en oeuvre d'un droit subjectif, mais la manifestation d'un pouvoir de l'individu de vouloir conformément au droit objectif. De même, l'effet du droit issu de l'acte juridique ne peut plus consister dans l'octroi d'un droit subjectif mais dans l'obligation pour un individu de remplir les prestations voulues légitimement par un autre individu. Pour désigner cet effet de droit, Duguit emploie le terme de *situation* juridique. Sans vouloir rentrer dans le détail de cette théorie, il faut en saisir *l'intention*: de même qu'il s'interdit de reconnaître un rôle créateur à la volonté individuelle dans l'acte juridique, de même, après avoir fait de la souveraineté l'équivalent d'un droit subjectif, Duguit s'interdit de définir l'acte public à partir de la volonté personnalisée qui s'y exprime. D'où sa définition de la loi ou de l'acte administratif dont il écarte tout critère formel: « la vérité c'est que la loi est l'expression non point d'une volonté générale qui n'existe pas, non point de la volonté de l'Etat qui n'existe pas plus, mais de la volonté de quelques hommes qui la votent »<sup>(32)</sup>. Le fait de puissance ne se confond pas avec le titre du droit. La puissance de commander peut être une nécessité de fait; la confondre avec l'acte de création du Droit tient à la fois de la métaphysique et de la conception régaliennne de l'Etat. Aussi bien la théorie formaliste de la loi repose sur une analyse erronée du caractère de l'impératif juridique, qui ne dérive d'aucune « personnalité » mais seulement d'une situation par rapport à un « but ». Ainsi la fameuse considération du but de service public trouve son origine dans le caractère fondamental du Droit: la loi sociale est une loi de but et tout but est légitime s'il est conforme à cette loi sociale. Le service public *doit* être assuré par les gouvernants, parce que « la norme juridique quand il s'agit de service public est précisément celle qui impose aux gouvernants l'accomplissement d'une certaine activité »: dès lors « tout acte des gouvernants est sans valeur

---

<sup>(32)</sup> DUGUIT, *Le droit social, le droit individuel ...*, p. 51.



quand il poursuit un but autre qu'un but de service public » (33). Le service public devient l'obligation juridique objective et tend à se confondre avec la notion même de tout Droit par opposition au simple *fait* de la puissance publique et par substitution aux titres juridiques dénoncés comme métaphysiques.

Au terme de cet effort de déconstruction du droit subjectif, de reconstruction du droit objectif, Duguit s'enferme dans une irréductible contradiction: comment la conscience juridique moderne aurait-elle les moyens objectifs d'imposer à l'Etat, titulaire du monopole de la contrainte, de la force matérielle, d'assurer la sanction juridique de ces obligations bref de garantir l'Etat de droit?

Au terme de son système, la négation de la personnalité morale s'avère insuffisante: la masse des consciences n'est pas assurée contre l'oppression, le dernier mot revient à l'Etat ainsi *dépersonnalisé*: « l'Etat bénéficiaire d'une situation de droit et maître en même temps de la force matérielle pour la réaliser, pourra spontanément employer directement cette puissance de contrainte malgré les protestations du sujet passif. L'Etat, maître de la puissance de contraindre, à le privilège de l'exécution préalable. Il est l'Etat » (34).

Reste alors la garantie politique puisque celle-ci, dans la construction duguiste, doit elle-même traduire l'aspiration de la masse des consciences individuelles à la solidarité. Ainsi Duguit annonce-t-il le dépassement du parlementarisme classique et l'avènement de l'association et du syndicat, qui doivent conduire à la dissolution progressive de la puissance étatique. Au nom des faits et sans qu'il y ait lieu d'accorder à ces groupements la personnalité morale, notion à laquelle Duguit conserve donc son hostilité. La personnalité morale reste cette notion métaphysique inutile et dangereuse: elle ne sert en rien la liberté d'association, elle peut même l'entraver car si l'on fait de la personnalité juridique la base de l'existence des associations on permettra « dans une certaine mesure, de justifier l'intervention et l'autorisation de l'Etat » (35). Mais sur ce point

(33) DUGUIT, *Traité*, II, 3ème ed., p. 75.

(34) DUGUIT, *Traité*, I, 3ème ed., p. 713.

(35) DUGUIT, *Des réformes à apporter à la loi quant à l'exercice du droit d'association*, 1927.

encore Duguit en appelle à une certaine « logique étatique » pour contenir les méfaits éventuels de la généralisation du syndicalisme: si l'*Etat personne* n'a plus aucun titre juridique, l'*Etat service public* peut et doit interdire la grève au sein des syndicats de fonctionnaires: « il y a là une *nécessité de fait* que tout esprit positif est obligé de reconnaître. Si cette puissance gouvernementale disparaissait, ce serait l'anarchie »<sup>(36)</sup>. Depuis, d'autres *nécessités de fait* (?) ont imposé des solutions inverses dans la plupart des régimes démocratiques sans que pour autant aient *réellement* disparu les principaux caractères que Duguit imputait à l'*Etat personne* morale, et donc puissance publique<sup>(37)</sup>.

---

<sup>(36)</sup> DUGUIT, *La représentation syndicale au Parlement*, 1911.

<sup>(37)</sup> Sur l'ensemble de ces questions, cf. E. PISIER KOUCHNER, *Le service public dans la théorie de l'Etat de Léon Duguit*, Paris, LGDJ, 1972, p. 316.

ALFRED DUFOUR

LA CONCEPTION DE LA PERSONNALITÉ MORALE  
DANS LA PENSÉE DE MAURICE HAURIUO  
ET SES FONDEMENTS PHILOSOPHIQUES

Bien connu des publicistes pour son apport à la théorie de l'Etat et à celle des garanties constitutionnelles <sup>(1)</sup> comme pour sa contribution majeure à l'élaboration de la doctrine du Droit administratif français <sup>(2)</sup>, le Doyen Maurice Hauriou (1856-1929) n'est pas moins familier aux philosophes du Droit pour sa théorie de l'Institution. Ce n'est pas à dire qu'il ait été aussi apprécié dans l'histoire de la pensée juridique. S'il a sans doute fait école en France <sup>(3)</sup>, en Italie et en Espagne <sup>(4)</sup>, comme en Allemagne

---

<sup>(1)</sup> Cf. *Principes de Droit public*, Paris, 1910<sup>1</sup>, 1916<sup>2</sup> et *Précis de Droit Constitutionnel*, Paris 1923<sup>1</sup>, 1929<sup>2</sup>. Voir à ce sujet l'article de R. MASPÉTIOL, *L'idée d'Etat chez Maurice Hauriou*, in *Archives de Philosophie du Droit (APD)*, Paris 1968, p. 249-265, ainsi que les contributions de L. SFEZ, *Maurice Hauriou et l'avènement des exécutifs forts dans les démocraties occidentales modernes*, et de R. SCHNUR, *L'influence du Doyen Maurice Hauriou dans les pays germaniques*, in *Annales de la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Toulouse*, t. XVI|2, Toulouse 1968, p. 111-126 et p. 255-270.

<sup>(2)</sup> Cf. *Précis de Droit administratif*, Paris 1892<sup>1</sup>, 1927<sup>11</sup>. Voir à ce propos les substantielles études de L. SFEZ, *Essai sur la contribution du Doyen Hauriou au Droit administratif français*, Thèse Droit Paris, Paris 1966, et de J. RIVERO, *Maurice Hauriou et le Droit administratif*, in *Annales de la Faculté de Droit de Toulouse*, op. cit., p. 141-156.

<sup>(3)</sup> Cf. à ce sujet, outre les études citées de L. SFEZ, G. MARTY, *La théorie de l'Institution*, in *Annales de la Faculté de Droit de Toulouse*, op. cit., p. 29-45, notamment p. 41 ss.

<sup>(4)</sup> Cf. l'excellent tableau tracé par L. LEGAZ LACAMBRA, *L'influence du Doyen Maurice Hauriou dans les pays latins et latino-américains*, in *Annales de la Faculté de Droit de Toulouse*, op. cit., p. 241-254.

et en Autriche (5), — non parfois sans certains inflexions de sa pensée, propres à la dénaturer (6) — il a connu après sa mort une longue éclipse dans son pays même et, hors d'Europe, tour à tour confondu avec les protagonistes de la renaissance catholique de l'entre-deux guerres (7) et avec les fourriers du fascisme et du nazisme (8), il s'est heurté jusqu'à tout récemment à une incompréhension totale dans le monde anglo-saxon (9).

Aussi controversée que célèbre, la figure du Doyen Maurice Hauriou retient en fait à plus d'un titre l'attention de l'historien de la philosophie du Droit. C'est d'abord que l'éminent publiciste de Toulouse apparaît comme l'un des rares *juristes* authentiquement *philosophes* de la pensée française contemporaine (10). C'est ensuite que, placé au tournant du positivisme scientiste du XIXème siècle et de la renaissance métaphysique du début de notre siècle (11), il illustre de manière exemplaire un moment privilégié de l'histoire de la philosophie et de la science juridique européennes. Reflétant à cet égard les courants de pensée les plus divers, venant d'Auguste Comte aussi bien que de Platon,

(5) Cf. l'étude systématique déjà citée de R. SCHNUR (n. 1), *Annales*, cit., p. 255-270.

(6) Cf. G. MARTY, op. cit. (n. 3), p. 43-44, ainsi que G. GURVITCH, *Les idées maîtresses de Maurice Hauriou*, APD 1931/1-2, p. 155-156, n. 1.

(7) Voir à ce propos l'analyse caractéristique de W. J. JENNINGS, *The Institutional Theory*, in *Modern Theories of Law*, Londres 1933, p. 68-85, notamment p. 68-70.

(8) Cf. W. FRIEDMANN, *Legal Theory*, Londres 1960<sup>4</sup>, p. 16 et p. 532.

(9) Cf. A. BRODERICK, *L'influence de la pensée du Doyen Maurice Hauriou aux Etats-Unis et en Angleterre*, in *Annales de la Faculté de Droit de Toulouse*, op. cit., p. 271-280.

(10) Ce n'est pas sans raison que G. Gurvitch appellera Maurice Hauriou « le plus grand juriste philosophe français », op. cit., p. 155, n. 1.

(11) Très révélatrice de son souci de mettre à profit les acquis des nouvelles méthodes des sciences sociales sans sacrifier les valeurs des croyances traditionnelles apparaît sa *Science sociale traditionnelle*, Paris 1896. Sur la portée attribuée à cette oeuvre singulière de sociologie générale et de sociologie politique et sur les raisons du peu d'écho qu'elle a rencontré à l'époque, voir l'analyse pénétrante qu'en donne Maurice Hauriou lui-même dans sa *Note en réponse à des objections de M. F. Gény*, insérée à la suite de l'*Introduction à la 2ème édition des Principes de Droit public*, Paris 1916, p. XXII-XXIII. Voir aussi dans la même ligne les étonnantes *Leçons sur le mouvement social*, Paris 1898, qui tentent de fonder la sociologie sur la mécanique rationnelle et la thermodynamique.

de Saint Thomas d'Aquin, de Proudhon ou de Bergson <sup>(12)</sup>, son oeuvre constitue alors un champ d'étude exceptionnel pour l'historien de la pensée juridique attentif à déceler toutes les interactions entre l'histoire intellectuelle et l'histoire de la science juridique. Mais il y a plus encore: la pensée de Maurice Hauriou représente aussi une étape dans l'histoire de la théorie de la personnalité juridique, contribuant au tournant du siècle à l'élaboration d'une nouvelle théorie française en la matière, qui rompe à la fois avec le volontarisme de la doctrine allemande du XIX<sup>ème</sup> siècle et avec le nominalisme de la doctrine française traditionnelle de la fiction. C'est qu'autant que la théorie de l'Institution, la problématique de la personnalité joue un rôle essentiel dans sa conception du Droit <sup>(13)</sup> et qu'elle n'a cessé en fait de le hanter, des premières publications de sa maturité — telle son étude « *De la personnalité comme élément de la réalité sociale* » de 1898 <sup>(14)</sup> — à ses nombreuses mises au point de l'immédiat après-guerre, que ce soit dans les dernières éditions de son « *Précis de Droit administratif* » de 1919 à 1927 <sup>(15)</sup> ou dans ses articles de 1923 et de 1925 sur la personnalité morale de l'Etat et sur l'Institution <sup>(16)</sup>.

<sup>(12)</sup> Cf. M. WALINE, *Les idées maîtresses de deux grands publicistes français: Léon Duguit et Maurice Hauriou*, in *L'Année politique*, Paris 1929, p. 385-409, et 1930, p. 39-63, et surtout G. GURVITCH, op. cit. (n. 6), loc. cit., ainsi que le substantiel paragraphe sur « les prémisses philosophiques et la méthode d'Hauriou » du chapitre consacré au Doyen de Toulouse dans *L'idée du Droit social*, Thèse Lettres Paris, Paris 1931, p. 647-664. Cf. également, plus récemment, les études de L. SFEZ, Thèse cit. (n. 2), p. 7-49, de G. MARTY, op. cit. (n. 3), *passim*, et d'A. BRIMO, *La philosophie du Droit naturel du Doyen Maurice Hauriou*, in *Annales de la Faculté de Droit de Toulouse*, op. cit., p. 63-78.

<sup>(13)</sup> Cf. les propos significatifs de l'article de 1898 *De la personnalité comme élément de la réalité sociale*, in *Revue générale du Droit*, 1898, p. 6, des *Principes de Droit public*, Paris 1916<sup>2</sup>, p. 16 ss., et de l'article de 1923 sur *La liberté politique et la personnalité morale de l'Etat*, in *Revue trimestrielle de Droit civil*, t. XXII, Paris 1923, p. 342.

<sup>(14)</sup> Cf. *Revue générale de Droit, de la Législation et de la Jurisprudence*, t. XXII, Paris 1898, pp. 5-23 et pp. 119-140.

<sup>(15)</sup> Cf. notamment, 9<sup>ème</sup> édition, Paris 1919, p. 123, n. 1; 10<sup>ème</sup> édition, Paris 1921, p. 86, n. 1, et 11<sup>ème</sup> édition, Paris, 1927, p. 289, n. 1.

<sup>(16)</sup> Cf. *La liberté politique et la personnalité morale de l'Etat*, in *Revue trimestrielle de Droit civil*, t. XXII, 1923, p. 331-346, et *La Théorie de l'Institution et de la Fondation*, in *Cahiers de la Nouvelle Journée*, n<sup>o</sup> 4, Paris 1925, p. 1-45.

Dans ces conditions, il ne nous a pas paru inopportun d'évoquer dans un volume d'études consacrées à l'histoire de la notion de personnalité juridique, la contribution particulière en ce domaine du Doyen Maurice Hauriou ainsi que les distinctions fondamentales qui la caractérisent avec la priorité donnée à la notion de personnalité morale. Notre objectif n'est cependant pas purement descriptif: en historien de la pensée juridique, soucieux de situer une doctrine par rapport à ses sources intellectuelles, ce sont les prémisses philosophiques de la conception de la personnalité de cet éminent juriste-philosophe longtemps placé au coeur des grands débats d'idées de la fin du XIXème siècle et du début de XXème siècle que nous entendons avant tout mettre au jour au terme de cette brève étude.

Quant à la démarche que nous suivrons, après avoir dressé l'inventaire des sources et esquissé les étapes de la pensée de Maurice Hauriou au sujet de la notion de personnalité (I), nous nous en tiendrons aux exposés qu'il a donnés lui-même de cette notion dans l'ordre social comme dans l'ordre juridique, pour nous attacher à sa conception de la *personnalité morale*. Nous en analyserons la teneur propre, des éléments constitutifs qu'il lui reconnaît au rôle essentiel qu'il lui attribue dans sa conception du Droit, et nous en dégagerons la différenciation fondamentale par rapport à sa notion de la *personnalité juridique* (II). Au terme de ces analyses, nous tenterons de déceler les fondements philosophiques de sa conception de la personnalité morale, cherchant ainsi à redéfinir la place et le rôle de Maurice Hauriou dans l'histoire de la philosophie du Droit (III).

## I.

La Théorie de l'Institution, nous le savons, a été pour Maurice Hauriou « la grande affaire de sa vie » (17). Forts de l'aveu du Maître, qui vient éclairer toute son oeuvre, biographes et historiens des dogmes sont ainsi bien fondés à suivre la genèse et le développement de sa conception de l'Institution à partir de ses

---

(17) Cf. Lettre du 14 juin 1923 à Jacques Chevallier, citée in L. SFEZ, thèse cit. (n. 2), p. 8.

premières publications, en apparence les plus étrangères à sa philosophie du Droit <sup>(18)</sup>. Les historiens de la pensée juridique ne sont pas moins bien documentés en ce qui concerne la formation de sa conception de la personnalité, puisque le juriste-philosophe de Toulouse ne laisse pas seulement de substantielles contributions et d'amples développements relatifs à la notion même de personnalité jusqu'au coeur de ses *Précis* <sup>(19)</sup>; il prend encore de surcroît le soin de faire périodiquement le point de sa pensée sur le sujet en en dégagant les orientations fondamentales et les principales étapes. C'est donc aussi bien sur la base de nos recherches qu'en fonction de ses indications propres sur le développement de ses idées, que nous pouvons délimiter le champ de nos sources et le cadre historique de notre étude.

Quant aux principaux textes que nous avons retenus pour notre recherche, il s'agit, d'une part, d'études et de contributions particulières, publiées sous forme d'articles, entre 1898 et 1925, dans les grandes revues juridiques françaises et, d'autre part, de notes, de paragraphes, voire de chapitres entiers de ses volumineux traités de Droit public et de Droit administratif. Ce sont ainsi, au nombre des articles, les textes intitulés:

- « *La personnalité comme élément de la réalité sociale* » paru en 1898 dans la *Revue générale du Droit, de la Législation et de la Jurisprudence* <sup>(21)</sup>, et repris avec de remarquables développements en appendice aux curieuses « *Leçons sur le mouvement social* » de 1899, sous le titre « *Du fondement de la personnalité morale* » <sup>(22)</sup>.

<sup>(18)</sup> Cf. les oeuvres déjà citées de sociologie générale et de sociologie politique que constituent *La science sociale traditionnelle*, Paris 1896, et *Les Leçons sur le mouvement social*, Paris 1899. Voir à ce propos l'excellente analyse succincte que donne de ces oeuvres G. MARTY, op. cit. (n. 3), p. 31-34.

<sup>(19)</sup> Cf. en particulier la 9ème édition de son *Précis de Droit administratif*, Paris 1919, p. 122-143, tout comme la 2ème édition de ses *Principes de Droit public*, Paris 1916, p. 252 ss.

<sup>(20)</sup> Cf. notamment, *Principes de Droit public*, Paris 1916<sup>2</sup>, p. 284; *Précis de Droit administratif*, Paris 1919<sup>9</sup>, p. 123, n. 1, et *La liberté politique et la personnalité morale de l'Etat*, art. cit. (n. 13), p. 331, n. 1.

<sup>(21)</sup> Cf. op. cit., tome XXII, Paris 1898, pp. 5-23 et pp. 119-141.

<sup>(22)</sup> Cf. *Leçons sur le mouvement social*, Paris 1899, p. 144-162.

- « *La Souveraineté Nationale* » publié en 1912 dans le *Recueil de Législation de Toulouse* <sup>(23)</sup>.
- « *La liberté politique et la personnalité morale de l'Etat* » paru en 1923 dans la *Revue trimestrielle de Droit civil* <sup>(24)</sup>.
- « *La théorie de l'Institution et de la Fondation* » présentée en 1925 dans les « *Cahiers de la Nouvelle Journée* » sous le sous-titre significatif: « *Essai de vitalisme social* » <sup>(25)</sup>.

Non moins importants que ces articles apparaissent, de l'avis même de notre auteur <sup>(26)</sup>, les développements des éditions successives de ses grands traités à partir de 1910, à savoir:

- le chapitre de conclusion sur « *La personnalité juridique* » de la première édition des « *Principes de Droit public* » de 1910 <sup>(27)</sup>;
- le substantiel chapitre sur « *La question de la personnification* » au coeur de la deuxième partie de la deuxième édition des mêmes « *Principes* » de 1916 <sup>(28)</sup>;
- les paragraphes concernant la « *personnification* », puis « *la personnalité juridique des administrations publiques* » des différentes éditions du « *Précis de Droit administratif* », notamment à partir de la neuvième édition de 1919 <sup>(29)</sup>;
- enfin les notes et observations relatives aux conditions et aux étapes de « l'organisation d'une théorie française de la personnalité morale par la méthode de la psychologie positive », contenues dans les trois dernières éditions du « *Précis de Droit administratif* » de 1919, 1921 et 1927 <sup>(30)</sup>;

<sup>(23)</sup> Cf. op. cit., 2e série, t. VIII, Toulouse 1912, p. 1-154.

<sup>(24)</sup> Cf. op. cit., t. XXII, Paris 1923, p. 331-346.

<sup>(25)</sup> Cf. Cahier n° 4, Paris 1925, p. 1-45.

<sup>(26)</sup> Cf. les notes rétrospectives du *Précis de Droit administratif* à partir de la 9ème édition, Paris 1919, p. 123, n. 1; 1921<sup>10</sup>, p. 86, n. 2, et 1927<sup>11</sup>, *Observation* en note p. 290 ss., ainsi que de l'article de 1923, cité n. 24, p. 331, n. 1. Voir aussi les *Principes de Droit public*, Paris 1916<sup>3</sup>, p. 252-253.

<sup>(27)</sup> Paris 1910, op. cit., ch. XIV, p. 639-693.

<sup>(28)</sup> Paris 1916, op. cit., ch. II, p. 41-302.

<sup>(29)</sup> Cf. op. cit., Paris 1919<sup>9</sup>, p. 122 ss., 1921<sup>10</sup>, p. 86 ss., et 1927<sup>11</sup>, p. 286 ss.

<sup>(30)</sup> Cf. op. cit., Paris 1919<sup>9</sup>, p. 123 n. 1; 1921<sup>10</sup>, p. 86 n. 2, et 1927<sup>11</sup>, *Observation*, p. 290 ss.



Les sources majeures de la pensée de Maurice Hauriou en matière de personnalité ainsi rappelées, il convient enfin d'évoquer les principales étapes de cette pensée dans son développement historique. A cet égard, le Doyen de Toulouse s'est donné la peine de retracer lui-même à plus d'une reprise les traits spécifiques et les grandes phases de la formation de sa théorie de la personnalité <sup>(31)</sup>. S'il relève ainsi rétrospectivement dès 1916 la difficulté de l'entreprise — « *j'ai essayé de construire, depuis vingt ans, à travers mes ouvrages successifs ... le difficile édifice de la personnalité morale* » <sup>(32)</sup> — et le caractère fragmentaire de ses contributions au fil des ans — « *j'ai émis, chemin faisant, bien des propositions fragmentaires, mais de retouches en retouches, j'espère être arrivé à une vérité plus complète* » <sup>(33)</sup> —, perspective à laquelle fait écho le bref bilan esquissé au seuil de son article de 1923 sur « *La liberté politique et la personnalité morale de l'Etat* » <sup>(34)</sup>, c'est en 1919 qu'il explicite pour la première fois en toute clarté, dans une note de la neuvième édition de son « *Précis de Droit administratif* » <sup>(35)</sup>, qui figurera dans toutes les éditions ultérieures <sup>(36)</sup>, les *trois phases* caractéristiques de l'élaboration de sa pensée en ce domaine — dans son langage toujours si expressif et révélateur du tempérament qui l'anime, il s'agit d'*efforts* successifs pour résoudre un problème <sup>(37)</sup>.

La *première phase* qui se puisse identifier, et qui s'étend des contributions originales de 1898-1899 à la première édition des *Principes de Droit public* de 1910 et à l'article sur la *Souveraineté nationale* de 1912, se présente à l'exégète comme une forme de *mise en place* des éléments distinctifs de la conception de la personnalité morale du Doyen de Toulouse: convaincu que « le pro-

---

<sup>(31)</sup> Outre l'allusion des *Principes de Droit public*, 1916<sup>2</sup>, p. 284-285, cf. surtout la longue note du *Précis de Droit administratif* à partir de la neuvième édition de 1919, p. 123 ss., n. 1, reprise dans les éditions ultérieures (cf. ci-dessus n. 30), ainsi que *La liberté politique*, art. cit. (n. 13), p. 331, n. 1.

<sup>(32)</sup> Cf. *Principes de Droit public*, 1916<sup>2</sup>, p. 284.

<sup>(33)</sup> Cf. op. cit., p. 284-285.

<sup>(34)</sup> Cf. op. cit. (n. 14), loc. cit.

<sup>(35)</sup> Cf. op. cit., p. 123 ss., n. 1.

<sup>(36)</sup> Cf. n. 15 et 30, ci-dessus.

<sup>(37)</sup> Cf. op. cit., loc. cit., p. 124-125.

blème de la personnalité morale devait être abordé en utilisant à la fois des matériaux objectifs et subjectifs et en faisant marcher *devant* la construction objective » (38), Hauriou établit ainsi une différenciation fondamentale entre la « notion organique » d'*individualité objective*, la « notion représentative » de *personnalité morale* et la « notion éthique » de *personnalité juridique* (39). A partir de là, il pose en principe que « toute institution sociale organisée et formant corps » est « candidate à la personnalité morale », mais qu'elle constitue *d'abord* au premier chef une « *individualité objective* » à laquelle il faut rattacher « les éléments réels de la personnalité, spécialement les organes et, par conséquent, la puissance de volonté » et que ce n'est qu'*ensuite* « que cette même individualité objective se transpose en un sujet moral par une sorte de parallélisme » (40).

Si, conçue en ces termes, la théorie de la personnalité — avant tout une théorie de la *personnalité morale*, nous y reviendrons — était de l'aveu même de notre auteur, « dans la bonne voie », elle restait à son sens encore « incomplète », à raison même de l'importance accordée à « *l'individualité objective* » (41): « faire passer, écrit-il alors significativement, tous les éléments réels du côté de l'individualité objective, c'était réduire le sujet moral à une pure entité juridique et, d'une certaine façon, revenir à la fiction » (42); conception à l'encontre de laquelle il entendait précisément réagir depuis 1898 par une doctrine plus conforme à la réalité sociale (43). Un « second effort » était nécessaire, pour-  
suit-il, pour déterminer un *substratum* réel du sujet moral » (44).

(38) Cf. op. cit., loc. cit., p. 124.

(39) *Du fondement de la personnalité morale*, op. cit. (n. 22), p. 144-148, reprenant les éléments de l'article de 1898, *De la personnalité comme élément de la réalité sociale*. Voir également les *Principes de Droit public*, 1910, p. 639-644 ss.

(40) Cf. *Précis de Droit administratif*, 1919<sup>o</sup>, p. 124, reprenant l'essentiel des contributions citées sous n. 39, en particulier des *Principes de Droit public* de 1910, loc. cit.

(41) Cf. *Précis de Droit administratif*, op. cit., loc. cit.

(42) Op. cit., loc. cit.

(43) Cf. le titre quasi programmatique du réalisme de Maurice Hauriou que porte son article de 1898: *De la personnalité comme élément de la réalité sociale*.

(44) Cf. *Précis de Droit administratif*, op. cit., loc. cit.

La *deuxième phase* de la formation de la théorie de la personnalité de Maurice Hauriou apparaît ainsi comme une entreprise de détermination de la teneur propre de la personnalité morale, entreprise capitale qui prend forme dans le substantiel et imposant chapitre sur « La question de la personnification » de la deuxième édition des « *Principes de Droit public* » de 1916<sup>(45)</sup>. Réalisant qu'il avait indûment « fait passer du côté de l'individualité objective »<sup>(46)</sup> l'élément subjectif du « *centre d'intérêts* » avec ceux du « pouvoir de décision » et de « la fonction »<sup>(47)</sup>, le Doyen Hauriou prend le parti de « reprendre cet élément », dont il constate qu'« il se confond avec le « groupe des intéressés », voire « avec le groupe de gens pénétrés de *l'idée de l'entreprise ou de l'oeuvre* que poursuit la personne morale »<sup>(48)</sup> pour le mettre à la base du *sujet moral*. C'est ainsi qu'il conçoit désormais et qu'il définit expressément « la personnalité morale, c'est-à-dire le sujet lui-même, comme étant *l'idée de l'oeuvre sociale en tant qu'elle aspire à se réaliser comme un sujet conscient, dans la volonté commune des membres du groupe* »<sup>(49)</sup>, reconnaissant du même coup pour éléments caractéristiques du *substrat réel* du sujet moral les « deux éléments essentiels » de la « *volonté commune des communiens* » et de « *l'idée de l'oeuvre sociale qui aspire à se réaliser comme un sujet* »<sup>(50)</sup>. Le *sujet moral* articulé de la sorte autour de la « notion complexe du *groupe des intéressés à l'idée de l'entreprise* », il ne demeurerait plus dans cette nouvelle conception de la personnalité en fait d'« *individualité objective* » que « l'ensemble des organes de gouvernement »<sup>(51)</sup>. Une question restait cependant ouverte et c'était celle des « relations entre le *sujet moral* et les *organes de gouvernement* », singulièrement en ce qui concerne

---

(45) Cf. op. cit., ch. II, p. 41-302, singulièrement les développements sur la personnalité subjective, p. 252-292.

(46) Cf. *Précis de Droit administratif*, op. cit., loc. cit.; voir les passages significatifs des *Principes de Droit public*, p. 664 ss.

(47) Cf. *Principes de Droit public*, 1910, p. 646-652.

(48) Cf. *Précis de Droit administratif*, op. cit., loc. cit.

(49) Cf. *Principes de Droit public*, 1916<sup>2</sup>, p. 267.

(50) Cf. op. cit., loc. cit.

(51) Cf. *Précis de Droit administratif*, op. cit., loc. cit.

« la réaction du sujet sur le gouvernement » <sup>(52)</sup>. C'est sur ce point que devait porter un « troisième effort » de la pensée du Doyen Hauriou.

La troisième phase de la formation de la théorie de la personnalité de Maurice Hauriou qui s'ouvre ainsi, et qui s'amorce effectivement à partir de la neuvième édition du *Précis de Droit administratif* de 1919, tient dès lors essentiellement dans un ajustement de l'équilibre interne de la personnalité entre le *sujet moral* et l'*individualité objective*, dont les relations s'analysent désormais en termes de *réciprocité* <sup>(53)</sup>. C'est qu'à l'*assujettissement* du *sujet moral* par le *pouvoir de domination* de ses *organes de gouvernement* répond, pour notre auteur, un processus d'*appropriation* de ces organes par le sujet <sup>(54)</sup>. « Le sujet, explique-t-il, c'est toujours le groupe des intéressés à l'entreprise, ils sont intéressés, non seulement parce qu'ils adoptent l'idée de l'entreprise, mais parce qu'ils participent aux risques de celle-ci ... Le groupe des intéressés, ainsi compris, trouve le moyen de s'approprier les organes de la direction de l'entreprise. Appliquée à la personne morale Etat, poursuit-il, cette analyse interprète la souveraineté nationale en une *appropriation* exercée par la *nation sujet moral* sur les *organes* du gouvernement. Ainsi, conclut-il, les relations entre le *sujet moral* et les *organes* sont réciproques, les organes exercent un pouvoir de domination sur le sujet; celui-ci réplique par une appropriation des organes et ce phénomène d'appropriation interne est la base de son sens propre » <sup>(55)</sup>. Ainsi se fait jour une conception plus complète de la personne morale dont Maurice Hauriou donne alors une *définition nouvelle* — « une personne morale est essentiellement une *entreprise collective organisée corporativement* qui, s'étant approprié le capital de compétence et de pouvoir de volonté de ses organes, a acquis à la fois le sens propre et la liberté intérieure et ainsi est devenu un sujet » <sup>(56)</sup> — et qu'il tient à caractériser à la fois par l'existence de deux éléments: l'entreprise

<sup>(52)</sup> Cf. op. cit., loc. cit., et p. 125.

<sup>(53)</sup> Cf. op. cit., loc. cit.

<sup>(54)</sup> Ibid.

<sup>(55)</sup> Ibid.

<sup>(56)</sup> Cf. op. cit., p. 124, définition reprise dans la même édition de 1921, p. 86.

collective et son organisation corporative et par la *spécificité des relations* qui s'établissent entre ces deux éléments et qui se manifestent précisément par *le phénomène de l'appropriation* <sup>(57)</sup>. La théorie de la personnalité du Doyen Hauriou trouve par là sa forme ultime, non qu'elle lui apparaisse « définitive », mais parce qu'elle lui semble « très satisfaisante », offrant des « doctrines cohérentes sur la structure des personnes morales, sur leurs organes [...] sans parler de ses répercussions constitutionnelles » <sup>(58)</sup>. « De ce point de vue, souligne-t-il lui-même, il est évident que ce n'est plus une doctrine gouvernementale, prête à justifier tous les despotismes comme la doctrine allemande de la puissance de volonté, mais au contraire une doctrine de souveraineté nationale et de liberté » <sup>(59)</sup>. « J'espère enfin, ajoute-t-il en guise de conclusion, et cela touche plus directement l'essentiel de notre propos, que cette construction positive mettra en évidence ce que la théorie de la personnalité juridique a de profondément *naturel* et qu'elle fera réfléchir tous ceux qui, sous le prétexte qu'elle ne serait qu'une des inventions de la technique, avaient pris le parti, ruineux pour l'avenir du système juridique, d'en faire bon marché » <sup>(60)</sup>.

Personnalité, personnalité morale, personnalité juridique — il importe maintenant de déterminer plus précisément comment ces notions, avec lesquelles notre auteur paraît jongler, s'articulent dans la pensée dont nous venons de retracer avec lui la formation, quelle en est la teneur spécifique et quel rôle leur revient dans sa conception du Droit.

## II.

Telle qu'elle s'organise de manière toute empirique et par ajustements successifs et fragmentaires, de la fin du siècle dernier au coeur de l'entre-deux-guerres, la théorie de la personna-

---

<sup>(57)</sup> Cf. op. cit., p. 125-126 ss., analyse circonstanciée qui disparaîtra des éditions ultérieures, mais sera reprise et développée en 1925 dans *La Théorie de l'Institution et de la Fondation*, p. 12-35.

<sup>(58)</sup> Cf. *Précis de Droit administratif*, 1919<sup>9</sup>, p. 125 en note *in fine*.

<sup>(59)</sup> Ibid.

<sup>(60)</sup> Ibid.

lité de Maurice Hauriou n'en offre pas moins certaines constantes caractéristiques.

Au nombre des constantes spécifiques de la pensée du Doyen de Toulouse, la première qui s'impose, c'est la centralité des notions de *personne*, de *personnalité*, de *personnification*; la seconde, c'est la distinction des concepts de *personnalité* et d'*individualité*; enfin, force est de constater l'insistance apportée à la différenciation des notions de *personnalité juridique* et de *personnalité morale*. Reprenons ces trois ordres de données.

Ainsi que nous l'avons relevé en guise de préambule et comme le montre une première lecture toute extérieure de son oeuvre, la problématique de la personnalité est tout d'abord de celles qui hantent Maurice Hauriou. Des premières oeuvres de sa maturité aux dernières éditions de ses *Traité de Droit public* et de *Droit administratif*, les notions de *personne*, de *personnalité*, voire de *personnification* font ainsi l'objet d'études spécifiques <sup>(61)</sup> ou de développements autonomes et substantiels <sup>(62)</sup>. C'est qu'il s'agit là pour notre auteur d'éléments capitaux de l'ordre social et de l'ordre juridique.

De l'*ordre social* pour commencer. La personne n'est pas seulement en effet pour Hauriou, qui se borne à reprendre ici la définition scolastique, « l'individu envisagé en tant que doué d'une vie subjective raisonnable » <sup>(63)</sup>; elle lui apparaît surtout dans la perspective de la psychologie moderne comme « l'agent qui opère,

<sup>(61)</sup> Cf. *De la personnalité comme élément de la réalité sociale* de 1898, op. cit. (n. 14) ou *La liberté politique et la personnalité morale de l'Etat* de 1923, op. cit. (n. 13).

<sup>(62)</sup> Cf. *Du fondement de la personnalité morale*, deuxième appendice aux *Leçon sur le mouvement social* de 1899, op. cit. (n. 22), le ch. XIV de la première édition de 1910 des *Principes de Droit public* sur *La personnalité juridique* (p. 639-693), entièrement refondu dans la deuxième édition de 1916 en un ch. II intitulé *La question de la personnification* (p. 41-302), ainsi que les paragraphes consacrés à la « personnification des administrations publiques » ou à leur « personnalité juridique » dans les différentes éditions du *Précis de Droit administratif* (voir ci-dessus n. 29).

<sup>(63)</sup> Cf. op. cit. (n. 14), p. 5 et *Principes de Droit public*, 1910, p. 642, n. 1, avec la référence à Boèce et à Saint Thomas (*Somme Théologique*, Ia, qu. 29, art. 1).

dans le domaine psychique, la fusion de l'individuel et du social, c'est-à-dire qui réalise la société en tant qu'elle est chose psychique » (64). La fonction propre et centrale de la personnalité tient dès lors dans l'accomplissement de « l'accommodation des idées et des sentiments qui sont sous l'influence de l'originalité individuelle » de chaque homme et « des idées et sentiments qui sont au contraire de provenance sociale » (65). Et notre auteur trouve confirmation de cette « conception du rôle de la personnalité, conciliatrice subjective de réalités objectives différentes » (66), dans la doctrine des hypostases de la théologie chrétienne qui rend raison du mystère de la Trinité, c'est-à-dire de la vie sociale en Dieu, comme de celui de l'Incarnation, c'est-à-dire de la double nature du Christ (67).

S'il n'est pas douteux alors à son sens que « la personne ne soit un élément social d'une importance capitale » (68), « le rôle social de la personnalité subjective, discerné par l'analyse psychologique et par la spéculation théologique » lui paraît avoir été « extériorisé d'une façon frappante par le Droit » (69). « Le Droit en effet, écrit-il, ce fidèle miroir de la société, a construit tout son système de règles sur la base de la personnalité; tous les rapports sociaux ont été analysés par lui en des droits et tous ces droits rattachés à des personnes comme sujets ». « L'une de ces personnalités juridiques, l'*individuelle*, conclut-il, inaugurant une différenciation sur laquelle nous reviendrons, s'adapte assez exactement à la personnalité humaine, elle en est pour ainsi dire le double; mais il en est une autre, la *personnalité morale*, qui s'éloigne du moi humain et qui se présente comme unie à des individualités collectives, telles que l'Etat, les établissements publics ou privés, les associations, les fondations » (70).

---

(64) Cf. op. cit. (n. 14), p. 6.

(65) Cf. op. cit., p. 6-7.

(66) Cf. op. cit., p. 8.

(67) Cf. op. cit., p. 8-9, avec les références théologiques à Saint Thomas, n. 1 (*Somme Théologique*, Ia, qu. 29, art. 1 et 2 et Ia, qu. 30, art. 1).

(68) Cf. op. cit., p. 5.

(69) Cf. op. cit., p. 9.

(70) Cf. op. cit., p. 6.

*Individuelle* ou *sociale*, la personnalité joue donc un rôle central et de toute nécessité dans l'*ordre juridique*. Apparaissant au sein d'une individualité qui évolue et dont les représentations mentales ont la qualité de raisonnables <sup>(71)</sup>, « la personnalité » — que Maurice Hauriou, au risque de créer des confusions, appellera volontiers en ce sens *personnalité morale* <sup>(72)</sup> —, « est même nécessaire au système juridique, et j'entends, précise-t-il de manière révélatrice, la *personne morale humaine* aussi bien que la *personne morale sociale* » <sup>(73)</sup>. Cette nécessité tient à *deux raisons*: « La *première* est que le concept de personne morale fournit le contenu de la règle juridique, puisque celle-ci n'est que pour régler les relations des hommes et que la substance de ces relations est conditionnée par la conviction qu'ont les individus d'être des personnes autonomes... Il y a une *seconde raison* de la nécessité du concept de personne morale et elle est d'ordre historique », relève par ailleurs notre auteur, qui souligne contre Duguit: « De la volonté de cette personne morale émane du droit, et ce droit subjectif est le seul qui puisse exister dans la période de temps plus ou moins longue qui s'écoule avant que la règle de droit objectif ne soit créée » <sup>(74)</sup>. Force lui est en conséquence de conclure à « la primauté du rôle joué sur la scène juridique par la personne morale: (...) elle est et sera toujours la véritable source du droit » <sup>(75)</sup>.

Il s'en faut de beaucoup cependant qu'en bon disciple d'Auguste Comte, sensible aux transformations sociales, Maurice Hauriou n'ait qu'une vision *statique* de la place de la personnalité dans l'ordre juridique, à la fois source du contenu de la règle juridique et véritable source du droit. De fait, l'auteur des « *Leçons sur le mouvement social* » ne voue pas moins d'attention à la dynamique propre de l'*ordre juridique* et de la *personnification* des groupements sociaux. A cet égard, il lui paraît que le processus de *personnification* qui aménage les forces collectives à l'oeuvre

<sup>(71)</sup> Cf. op. cit. (n. 22), p. 146.

<sup>(72)</sup> Cf. op. cit., loc. cit., et op. cit. (n. 13), p. 342.

<sup>(73)</sup> Cf. op. cit. (n. 13), p. 342.

<sup>(74)</sup> Cf. op. cit., loc. cit., et p. 344.

<sup>(75)</sup> Cf. op. cit., p. 345.



dans les groupements sociaux à l'image d'une *conscience* constitue un des procédés spécifiques de l'ordre juridique pour atteindre sa finalité: «introduire de la justice dans les choses» (76). C'est que si «l'harmonisation des libertés, qui est le but de la justice, se réalise en dernière analyse par les pesées subjectives des consciences individuelles», dans les groupements sociaux, il n'est pas d'autre moyen pour garder aux consciences individuelles «la direction des forces collectives» que d'aménager «par un effort prodigieux d'organisation... les forces collectives à la façon d'une conscience, parce qu'alors elles deviendront plus maniables, leur exercice sera soumis à des procédures tellement raisonnables qu'il sera aisé aux consciences individuelles d'agir sur elles dans le sens de la justice». «Là, conclut Maurice Hauriou, est tout le secret de la personnification des institutions sociales» (77). La *personnalité* se voit ainsi reconnaître dans sa genèse même et dans sa dynamique propre une autre place privilégiée et non moins centrale dans l'ordre du Droit, puisqu'elle apparaît ordonnée à la finalité distinctive de l'ordre juridique. Elle ne représente dès lors plus seulement la source de tout droit, mais, comme instrument de la technique juridique, elle constitue encore un moyen de réaliser sa finalité ultime.

La centralité des notions de *personne*, de *personnalité* et de *personnification* dans la pensée de Maurice Hauriou ainsi mise en évidence, il convient d'examiner maintenant cette autre constante de sa théorie de la personnalité que forme la distinction toujours marquée des concepts de *personnalité* et d'*individualité*.

Soucieux de réagir contre le subjectivisme juridique qui imprègne en matière de théorie de la personnalité aussi bien la doctrine allemande de la *Willensmacht* que l'individualisme de la doctrine française de la *fiction* en allant délibérément, à contre

---

(76) Cf. *Principes de droit public*, 1916<sup>2</sup>, p. 9-17; sur le «drame de la personnification», si bien mis en scène par Maurice Hauriou, cf. déjà *Principes de Droit public*, 1910, p. 645, repris en 1916<sup>2</sup>, p. 87.

(77) Cf. op. cit., p. 17. Sur la spécificité du processus en Droit public, avec le parallélisme du mouvement vers la liberté et du mouvement vers la personnification de l'Etat, voir en particulier *La liberté politique et la personnalité morale de l'Etat*, op. cit. (n. 13), p. 332-335.

courant, « de l'objectif au subjectif » (78), le Doyen Hauriou n'a de cesse en effet d'insister sur les fondements objectifs de la personnalité — que ce soit de la personnalité morale (79) ou de « la figure de la personnalité juridique » (80) —, en distinguant toujours bien l'« individu » et la « personne » (81), comme l'« individualité » et la « personnalité, morale ou juridique » (82).

« Je dis « la personne » et non « l'individu »; il ne faut pas confondre les deux notions », relève-t-il au seuil de sa première contribution en ce domaine, précisant: « Individualité est une *notion objective*, personnalité une *notion subjective* » (83). « Quand on aborde la question du fondement de la personnalité morale des « corps et communautés », note-t-il par ailleurs en systématisant sa pensée, « il importe de définir soigneusement trois notions: celles d'*individualité*, de *personnalité morale* et de *personnalité juridique*. Grâce aux principes établis dans les « *Leçons sur le mouvement social* », poursuit-il, ces définitions sont aisées: l'individualité est une *notion organique*, la personnalité morale une *notion représentative*, la personnalité juridique une *notion éthique* » (84).

« Ce qui se pose, souligne-t-il pareillement dès la première édition de ses « *Principes de Droit public* » en 1910, (...) c'est la question de la construction de l'être moral, dans sa double réalité d'*individualité objective* et de *personnalité subjective* ... A notre avis, avancé-t-il encore sur le plan méthodologique, il est temps de traiter le problème de la personnalité juridique, comme est traité celui de la personnalité subjective dans la psychologie

(78) Cf. explicitement *Principes de Droit public*, 1910, p. 642 ss. et 1916<sup>2</sup>, p. 40 ss. et p. 84 ss., formalisant ce qui est déjà latent dans les premières contributions sur la personnalité de 1898, op. cit. (n. 14), p. 7 ss., et p. 120-121 ss., et de 1899, op. cit. (n. 22) et (n. 62), p. 144, n. 1.

(79) Cf. *De la personnalité*, op. cit. (n. 14), p. 5-7, *Du fondement de la personnalité*, op. cit. (n. 22 et 62), p. 144 ss. et *Principes de Droit public*, 1910, p. 644-647 ss.

(80) Cf. *Principes de droit public*, 1916<sup>2</sup>, p. 84-85 et p. 108-109.

(81) Cf. *De la personnalité*, op. cit., p. 5.

(82) Cf. *Du fondement...*, op. cit. (n. 22 et 62), loc. cit.

(83) Cf. *De la personnalité*, op. cit., loc. cit.

(84) Cf. *Du fondement...*, op. cit., p. 144.

contemporaine, c'est-à-dire par une méthode positive; le drame de la personnification est en deux actes: premier acte, constitution d'une *individualité objective* complète, d'un automate social qui ait des organes et un aménagement intérieur parfaitement équilibré, mais à qui manque la flamme subjective; deuxième acte, apparition de la *substance subjective* et détermination de la cause prochaine de cette apparition » (85).

A ce langage imagé, voire pathétique, répond enfin l'analyse plus froide, mais à la teneur identique, de la deuxième édition des « *Principes de Droit public* » de 1916 et des dernières éditions du « *Précis de Droit administratif* » de 1919 à 1927. « Il convient donc de distinguer dans la personnalité juridique elle-même », écrit ainsi tout d'abord le Doyen Hauriou en 1916, « deux éléments: l'institution politique à laquelle se rattachent les phénomènes d'organisation, d'autre part, la personnalité subjective à laquelle se rattachent les phénomènes de relation » (86). Et c'est précisément l'essentiel de son chapitre sur la question de la personnification que de déterminer, dans les termes que nous avons évoqués plus haut à propos de la deuxième phase de la formation de sa théorie de la personnalité, « la part de l'*individualité objective* et celle de la *personnalité subjective* dans la figure de la personnalité juridique » (87). Faisant par ailleurs le bilan de ses efforts en ce domaine, il en dégage dès 1919 le sens en ces termes, qui résument bien la substance de son apport à la théorie de la personnalité en même temps qu'ils illustrent la constance de la distinction qui nous intéresse: « J'étais persuadé que le problème de la personne morale devait être abordé en utilisant à la fois des matériaux objectifs et subjectifs et en faisant marcher *devant* la construction objective; je posais en principe que toute institution sociale organisée et formant corps était candidate à la personnalité morale, mais qu'elle constituait d'abord une *indi-*

(85) Cf. op. cit., p. 644-645; voir aussi 1916<sup>2</sup>, p. 86-87 dans le même sens.

(86) Cf. op. cit., p. 45.

(87) Cf. op. cit., p. 84 ss. Sur la part de l'*individualité objective* et la part de la *personnalité subjective* dans cette construction, cf. pour plus de détails p. 70 ss., p. 87 ss. et p. 105 ss.

*vidualité objective* ... puis que cette même individualité objective se transposait en *sujet moral* par une sorte de parallélisme » (88).

Sans doute, des études de 1898-1899 aux dernières éditions des *Traité de Droit public et de Droit administratif*, la teneur des notions d'*individualité* et de *personnalité*, — de *personnalité morale* ou de *personnalité juridique*, voire de *sujet moral*, — variera-t-elle au fur et à mesure de la prise de conscience par notre auteur de la nécessité d'étoffer le *sujet moral* face à l'*individualité objective*, en lui donnant un *substrat réel*, puis d'assurer l'équilibre des relations entre l'un et l'autre (89). Certains traits essentiels et constants n'en continueront pas moins de fonder de manière permanente la distinction conceptuelle de l'*individualité* et de la *personnalité*. Il s'agit essentiellement de l'*objectivité*, voire de l'*organicité*, de l'*individualité* et de la *subjectivité rationnelle* de la *personnalité*.

« Une *personne*, note clairement à cet égard Maurice Hauriou dès sa première contribution à la théorie de la personnalité, c'est un individu envisagé en tant que doué d'une vie subjective raisonnable; or tous les individus, poursuit-il, n'ont point ce privilège. Un caillou est un individu, qui n'est pas doué de vie subjective; un animal est un individu doué de vie subjective, mais comme il n'est pas doué de raison, il ne constitue pas lui non plus une personne » (90). « L'individualité, relève-t-il par ailleurs dans son étude ultérieure sur le fondement de la personnalité, est une notion organique », constituant « un système (...) impliquant des mouvements internes et des mouvements externes » (91). « De ce que l'individu n'est qu'un système de corps ou de forces au point de vue mécanique, conclut-il, il s'ensuit que son unité n'est point parfaitement intelligible pour nous: c'est une unité complexe » (...) qui « a surtout une valeur phénoménale; c'est un fait donné par les événements et soumis à leur mécanisme » (92).

---

(88) Cf. *Précis de Droit administratif*, 1919<sup>2</sup>, n. 1, p. 123-124; 1921<sup>10</sup>, n. 2, p. 86 et 1927<sup>11</sup>, *Observation*, p. 290 ss.

(89) Cf. op. cit., loc. cit., *in fine*. Voir ci-dessus I, *in fine*, p. 693-694.

(90) Cf. *De la personnalité*, op. cit., p. 5.

(91) Cf. op. cit., p. 144.

(92) Cf. op. cit., p. 145.

Mais ce peut être aussi, souligne-t-il, « un groupement social quelconque, lorsqu'il constitue un « système » et qu'on peut distinguer à son sujet des relations internes et des relations externes. Une société de commerce est un individu parce que, lorsqu'elle fonctionne, il y a entre les associés des relations internes et avec le clientèle des relations externes. Un hôpital est un individu, etc. » (93). S'il affirme déjà alors le « fait organique » de « l'individualité des corps et des communautés » (94), l'affinement de sa pensée dans ses « *Principes de Droit public* » l'amènera à voir en elle « un automate social qui ait des organes et un aménagement intérieur parfaitement équilibré » (95), c'est-à-dire, selon ses propres termes, « une institution qui marche par l'action convergente de ses rouages, qui soit uniquement un système d'organes, lesquels soient uniquement des individus ou des groupements d'individus » (96). Ainsi ne cessent d'être bien marquées à la fois l'*objectivité* et l'*organicité* de l'*individualité*, — de celle des corps et des communautés aussi bien que de celle des êtres et des choses —, par opposition à la *subjectivité rationnelle* de la *personnalité*, identifiée à la conscience de chaque être humain comme à celle de chaque ensemble d'intéressés à une idée d'oeuvre à réaliser (97), d'ordre économique ou politique.

La constante la plus frappante cependant de tout le développement de la théorie de la personnalité de Maurice Hauriou tient sans doute dans sa différenciation fondamentale des no-

(93) Cf. op. cit., p. 152.

(94) Cf. op. cit., loc. cit.

(95) Cf. op. cit., 1910, p. 645; 1916<sup>2</sup>, p. 87.

(96) Cf. op. cit., p. 87-88.

(97) Cf. *Principes de Droit public*, 1916<sup>2</sup>, p. 17 et 266; sur cette analogie, voir les développements significatifs de la *Théorie de l'Institution et de la Fondation*, op. cit. (n. 16), p. 22-23, révélateurs de l'étroite imbrication des perspectives de la psychologie et de la théologie dans l'esprit du Doyen Hauriou: « Il se peut que l'être humain consiste essentiellement en une idée d'oeuvre à réaliser, servie par un pouvoir de gouvernement et provoquant des manifestations de communion dans un groupement d'êtres élémentaires ». « Que l'être humain, comme d'ailleurs tout être créé, soit essentiellement une idée d'oeuvre à réaliser, cela est en correspondance directe avec le problème de la destinée, et, si ce problème se trouve actuellement dans le plan religieux et moral plutôt que dans le plan philosophique ou scientifique, cela n'enlève rien à son importance pour l'homme ».

tions de *personnalité morale* et de *personnalité juridique*. Tout au long de son oeuvre, en effet, le juriste-philosophe de Toulouse souligne la nécessité de distinguer *personnalité morale* et *personnalité juridique*, prêchant d'exemple par un effort soutenu de classification des concepts et de mise en évidence de l'articulation spécifique des réalités auxquelles ils renvoient.

« Quand on aborde la question du fondement de la personnalité morale des « corps et communautés », écrit-il ainsi en 1899 au seuil de sa première étude de synthèse en ce domaine, il importe de définir soigneusement trois notions: celles d'individualité, de personnalité morale et de personnalité juridique » (98). « On emploie souvent l'une pour l'autre les expressions « personnalité juridique » et « personnalité morale », notera-t-il plus tard dans la deuxième édition de ses « *Principes de Droit public* » pour conclure dans le même esprit de clarification: « mais dans un langage rigoureux, on doit les distinguer » (99). « Il ne faut pas confondre les deux conceptions, ainsi qu'on le fait trop souvent », rappellera-t-il encore en 1923 dans la *Revue trimestrielle de Droit civil* (100), pour s'en prendre explicitement à François Géný: « Nous avons déjà remarqué que l'auteur confond fâcheusement personne morale et personne juridique » (101). Il n'est pas enfin jusqu'à la dernière édition du « *Précis de Droit administratif* » qui ne revienne en 1927 sur l'impérativité de cette distinction: « Il convient de distinguer la personnalité morale (...) et la personnalité juridique » (102).

Mais notre auteur ne se borne pas à ces mises en garde; il en expose surtout avec une clarté croissante le bien-fondé. Dans une première approche, tout empreinte de ses prémisses sociologiques, c'est en fonction des deux ordres de réalités auxquels ces notions renvoient qu'il estime nécessaire d'opérer une distinction entre *personnalité morale* et *personnalité juridique*: « La *personnalité morale* », explique-t-il ainsi, est une « *notion représenta-*

(98) Cf. *Du fondement*, op. cit., p. 144.

(99) Cf. op. cit., p. 252.

(100) Cf. *La liberté politique*, op. cit. (n. 13), p. 335.

(101) Cf. op. cit., p. 343.

(102) Cf. op. cit., p. 286.

*tive* », résultant soit « des individus vivants, dont les représentations mentales ont la qualité de raisonnables » (103), soit, pour les corps et communautés, de « l'unanimité représentative qui se crée, tant parmi les membres de l'institution que dans le public, au sujet des fins de l'institution » (104). « La *personnalité juridique* » quant à elle « est une *notion éthique* constituée pour le fonctionnement de cet appareil de conduite sociale qu'est le Droit; elle est le support des droits que l'on est convenu d'appeler subjectifs » (105).

Affinant son analyse dans une deuxième approche nourrie à la fois de la lecture des ouvrages de L. Michoud (106) et de R. Saleilles (107) et de ses réflexions en matière de Droit constitutionnel (108), il en vient alors à concevoir la *personnalité juridique* et la *personnalité morale* comme « deux aspects différents du sujet ». « La *personnalité juridique*, écrit-il dans cette perspective dès la deuxième édition de ses « *Principes de Droit public* », est ce que le Droit saisit du sujet, mais il ne saisit pas tout, il y a des *réalités* profondes qui lui échappent et dont il n'a, d'ailleurs, pas un besoin actuel » (109), - c'est ce qui fait, selon ses propres termes, « le mystère de la *personnalité morale* » (110). « La *personnalité juridique* », précise-t-il encore, est « le sujet envisagé en tant que capacité d'acquérir des biens dans les relations du commerce juridique »; on peut la définir aussi « le sujet envisagé en tant que sujet de droits ». Et c'est pour conclure: « On voit tout de suite en quoi la *personnalité juridique* ne peut pas épuiser la personnalité subjective: elle est le sujet pris en tant que capacité d'acquérir ou en tant que sujet de droits, par conséquent, elle est le sujet pris en une certaine qualité, elle n'est pas tout le sujet » (111). En

(103) Cf. *Du fondement*, op. cit., p. 146.

(104) Cf. op. cit., p. 154.

(105) Cf. op. cit., p. 148.

(106) Cf. L. MICHOD, *La théorie des personnes morales*, Paris 1900-1909.

(107) Cf. R. SALEILLES, *Leçons sur la personnalité morale*, Paris 1910.

(108) Sur ces différentes façons, cf. la note du *Précis de Droit administratif*, 1919<sup>9</sup>, p. 123-124, n. 1.

(109) Cf. op. cit., p. 252.

(110) Cf. op. cit., p. 253.

(111) Cf. op. cit., loc. cit.

regard de cette définition, il en viendra alors, dans une perspective réaliste caractérisée, à définir la *personnalité morale*, « c'est-à-dire le sujet lui-même », comme étant « l'idée de l'oeuvre sociale, en tant qu'elle aspire à se réaliser comme un sujet conscient dans la volonté commune des membres du groupe » (112). C'est cette définition qu'il complètera à partir de la neuvième édition du « *Précis de Droit administratif* » en intégrant la détermination des rapports entre le sujet moral et l'ensemble des organes dans la perspective d'équilibre interne que nous avons évoquée plus haut. Aussi désormais, sans que sa conception de la *personnalité juridique* ne change substantiellement, la *personne morale* se concevra-t-elle pour lui essentiellement comme « *une entreprise collective organisée corporativement qui, s'étant approprié le capital de compétence et de pouvoir de volonté de ses organes, a acquis à la fois le sens propre et la liberté intérieure et ainsi est devenue un sujet* » (113). Du même coup se trouvera confortée la *réalité* de la *personne morale*, qui tend alors peu à peu à s'identifier dans son langage à la personne du corps social constitué.

Enfin, dans une ultime approche plus épurée et plus directement inspirée par une réflexion sur le travail spécifique de la science juridique, Maurice Hauriou tendra à opposer *personnalité morale* et *personnalité juridique* comme le *donné* au *construit*. Commentant précisément un passage de François Gény dans son étude de 1923 sur « *La liberté politique et la personnalité morale de l'Etat* », il relèvera ainsi: « Si l'on peut dire de la personnalité juridique qu'elle est un *moyen de la technique*, on n'en saurait dire autant de la personnalité morale. Celle-ci fait partie du *donné de droit naturel*, puisqu'elle n'est que le concept même de l'individu humain aussi bien que du corps social constitué » (114). C'est cependant dans la dernière édition du « *Précis de Droit administratif* » de 1927 que la distinction conceptuelle trouvera sa formulation la plus concise et la plus élégante: « Il convient de distinguer la personnalité morale qui est le *fait naturel* et la personnalité juri-

---

(112) Cf. op. cit., p. 267.

(113) Cf. op. cit., 1919<sup>9</sup>, p. 124-125.

(114) Cf. op. cit., p. 343.



dique qui est une *retouche* de ce qui est naturel, opérée selon les directives générales du système juridique » (115).

Reste alors à déterminer comment ces deux réalités s'articulent l'une par rapport à l'autre. A cet égard, une image s'impose avec une constance assez étonnante dans les différentes contributions de notre auteur pour rendre raison de cette articulation: c'est l'image classique du *masque*, liée à l'étymologie même du vocable latin de *persona* (116). « La personnalité juridique individuelle, explique en 1898-1899 déjà le juriste-philosophe de Toulouse, est comme un masque appliqué sur un visage. Le visage, c'est la personnalité subjective proprement dite, le moi humain qui est dans l'individu; mais le droit, note bien Maurice Hauriou, n'a pas la prétention de mouler exactement cette réalité humaine subjective. Il ne s'attache qu'à l'une des manifestations du moi, la volonté; c'est la seule qui l'intéresse, parce que, bien que la racine en soit subjective, les effets se projettent au dehors sous forme d'actes; or le droit n'entend régir que des actes extérieurs » (117). S'il y a proprement parler *masque* avec la *personnalité juridique*, c'est que « la *personnalité juridique* est déjà, pour Maurice Hauriou, une oeuvre en partie factice, composée sans doute avec des éléments subjectifs réels, les volitions, mais ramenant ces éléments à une unité et à une continuité qu'au point de vue phénoménal, ils n'ont pas » (118). « Dans la réalité des choses, tient-il à souligner, en effet, les volitions des hommes sont intermittentes, changeantes, contradictoires; non seulement elles ne persistent pas dans le même objet, mais elles y varient constamment. Sur cette physionomie agitée, tumultueuse, bouleversée par tous les caprices et toutes les passions, qu'est la face volontaire de l'homme, le droit a appliqué un masque immobile » (119). C'est ce que révèle bien l'examen attentif de la *personnalité juridique individuelle*, tel qu'il le mène de 1898 à 1910:

(115) Cf. op. cit., p. 286.

(116) Cf. la référence explicite au sens originel de *persona* in *La liberté politique*, op. cit. (n. 13), p. 335.

(117) Cf. *De la personnalité*, op. cit., p. 18; *Du fondement*, op. cit., p. 148.

(118) Cf. *De la personnalité*, op. cit., p. 18-19.

(119) Cf. op. cit., loc. cit., et *Du fondement*, p. 149, ainsi que *Principes de Droit public*, 1910, p. 674.

« La personnalité juridique individuelle nous apparaît continue et identique à elle-même, constate-t-il; elle naît avec l'homme, elle est du premier coup constituée; elle demeure la même pendant l'existence; elle soutient sans défaillance, pendant des années, des situations juridiques immuables; elle veille pendant que l'homme sommeille; elle reste saine pendant qu'il déraisonne; parfois, elle se perpétue après la mort, puisqu'il y a des successeurs qui sont continuateurs de la personne » <sup>(120)</sup>.

Ce qui est vrai de la *personnalité juridique individuelle*, l'est aussi de la *personnalité juridique collective*, dès lors qu'est admise non seulement « l'individualité sociale des êtres collectifs », mais encore leur « personnalité », faite de « volitions humaines » tendant à l'animation d'une « vie subjective » <sup>(121)</sup>. « Lorsque le milieu social a accepté la personnalité morale des corps et des communautés, conclut pertinemment Hauriou en 1899, il est logique qu'il leur reconnaisse une personnalité juridique, car cela est pour la stabilité des relations (...) Tout au plus pourrait-on se demander si cette personnalité juridique doit ou non être conçue comme semblable à celle des individus » <sup>(122)</sup>. « En fait, conclut-il, elle est semblable, accompagnée d'un patrimoine, qui est son signe extérieur le plus certain, comportant, sauf exception, la jouissance des mêmes droits » <sup>(123)</sup>.

Que l'image du masque s'applique aussi bien à la personnalité juridique des corps et des communautés qu'à celle des personnes humaines individuelles, c'est ce qu'il réaffirme avec force vingt-cinq ans plus tard au terme de ses réflexions sur la fonction de la personnalité juridique dans la technique juridique. « La personnalité juridique, commence-t-il ainsi par répéter en 1923, n'est qu'un masque (*persona*) posé sur la personnalité morale, masque dont la principale utilité est d'immobiliser, dans l'attitude de l'acteur juridique, la physionomie morale de l'homme qui, dans la réalité, est trop mobile, changeante et diverse pour servir de sujet à des droits subjectifs essentiellement stables.

<sup>(120)</sup> Cf. op. cit., loc. cit.

<sup>(121)</sup> Cf. *De la personnalité*, p. 131.

<sup>(122)</sup> Cf. *Du fondement*, op. cit., p. 158.

<sup>(123)</sup> Cf. op. cit., loc. cit.

Elle est, si l'on veut, ajoute-t-il, en approfondissant la métaphore du masque, une stylisation de la personnalité morale, dans laquelle se glisse, comme en toute oeuvre d'art, quelque chose d'artificiel. Mais, conclut-il significativement, toute personne morale a droit ainsi à être stylisée en personne juridique, aussi bien la personne morale institution sociale que la personne morale individu humain » <sup>(124)</sup>.

Dans les derniers développements qu'il consacrera à la problématique de l'articulation de la personnalité juridique par rapport à la personnalité morale, c'est à cette métamorphose de l'image du masque que recourra le Doyen Hauriou. Ainsi remarquera-t-il au coeur de l'ultime édition de son « *Précis de Droit administratif* » de 1927: « La personnalité juridique est une stylisation de la personne morale, dans laquelle interviennent des idées directrices du système juridique » <sup>(125)</sup>. C'est là en fait la reprise de l'intuition centrale du rôle de la personnification comme moyen de la technique juridique, destiné à « adapter aux exigences du système du droit l'être moral des institutions sociales comme l'être moral des individus humains » <sup>(126)</sup>.

Centralité de la personne dans le Droit, sur le plan dynamique comme sur le plan statique, rôle fondamental de l'individualité objective dans la structure de la personnalité, que ce soit la personnalité humaine ou la personnalité des groupes sociaux, réalité enfin de la personnalité morale conditionnant celle de la personnalité juridique - ces éléments caractéristiques et constants de la théorie de la personnalité de Maurice Hauriou répondent en fait à des préoccupations bien définies et résultent de positions philosophiques bien déterminées qu'il s'agit pour nous maintenant de mettre au jour.

### III.

A l'inverse des constructions de type moniste d'un Duguit ou d'un Kelsen, au développement unilinéaire et systématique à partir d'une idée directrice ou d'un principe fondamental, la

<sup>(124)</sup> Cf. *La liberté politique*, op. cit., p. 335-336.

<sup>(125)</sup> Cf. op. cit., 1927<sup>11</sup>, p. 290.

<sup>(126)</sup> Cf. *De la personnalité*, p. 335.

pensée de Maurice Hauriou apparaît essentiellement mouvante et symphonique, « buissonnante » même a-t-on pu dire à plus d'une reprise <sup>(127)</sup>. La forme et l'expression ne doivent cependant pas faire illusion; d'une croissance toute organique, cette pensée n'en correspond pas moins, sinon à quelque grand dessein, en tout cas à quelques préoccupations scientifique majeures, et, à s'opposer radicalement à toute espèce de monisme <sup>(128)</sup>, elle n'en procède pas moins des conceptions philosophiques les plus dogmatiques. C'est ce que révèle bien un examen attentif de la théorie de la personnalité dont nous venons de suivre la formation et d'analyser les éléments caractéristiques.

A cet égard, il nous paraît tout d'abord que la conception de la personnalité morale du Doyen Hauriou est essentiellement commandée par deux ordres de préoccupations de nature théorique et de nature méthodologique. D'une part, en effet, notre auteur apparaît soucieux sur le plan théorique de sortir la doctrine de la personnalité morale de la double impasse dans laquelle l'avait menée la doctrine allemande dominante de la réalité et la doctrine française dominante de la fiction, la première légitimant en Droit public, du fait de la détermination du sujet de la personnalité morale dans la puissance de volonté, une conception absolutiste de l'Etat, lourde de conséquences <sup>(129)</sup>, la seconde entraînant en Droit privé, en raison directe de la négation de la réalité des personnes morales, la nécessité non moins dangereuse d'une intervention de l'Etat avec le système redoutable de la concession légale ou administrative <sup>(130)</sup>. C'est ce qu'il relève lui-même en 1919 en faisant rétrospectivement le point de l'état de la doctrine au tournant du siècle: « A la fin du XIXe siècle régnait une théorie

---

<sup>(127)</sup> Cf. M. WALINE, *Les idées maîtresses*, op. cit. (n. 12), 1930, p. 39, et G. MARTY, *La théorie de l'institution*, op. cit. (n. 3), p. 31.

<sup>(128)</sup> Cf. M. WALINE, *op. cit.*, p. 41 ss.

<sup>(129)</sup> Sur la théorie allemande de la *Willensmacht*, cf. R. SALEILLES, op. cit. (n. 107), p. 517-535 ainsi, que les analyses et les critiques de M. HAURIOU, op. cit. (n. 22), p. 156-157, et *Précis de Droit administratif*, 1919<sup>9</sup>, p. 123 n. 1.

<sup>(130)</sup> Sur la théorie de la fiction, ses inconvénients et sa critique, cf. R. SALEILLES, op. cit., p. 305-386, notamment p. 360 ss., ainsi que les réflexions critiques de M. HAURIOU, op. cit. (n. 14) p. 125 et p. 139-140 et op. cit. (n. 22), p. 156 et 160-162.

que les Allemands avaient poussée jusqu'à ses extrêmes limites et qui plaçait le sujet de la personne morale dans la puissance de la volonté (*Willensmacht*), appliquée à la personne morale Etat; cette théorie était essentiellement gouvernementale et, dans un pays dynastique et militariste comme l'Allemagne, elle devait conduire à la conception absolutiste de l'Etat, et même, certaines idées métaphysiques y aidant, à la divinisation de l'Etat. Nous avons eu le spectacle des conséquences de ces imaginations. En France, la théorie de la puissance de la volonté n'avait jamais été qu'une curiosité de la littérature juridique; elle ne répondait pas à notre tempérament national et, d'ailleurs, le problème de la structure des personnes morales n'avait pas encore préoccupé les esprits, car, vivant depuis longtemps sous l'empire de la doctrine de la fiction, on ne croyait pas à leur réalité » (131). Mais en 1899, déjà, il notait au nombre des « doctrines erronées qu'il importe de réfuter » (132) une « doctrine allemande » et une « doctrine française » et il les caractérisait en ces termes: « La doctrine allemande dominante (...) tient pour la *réalité* de la personne morale. Mais elle lui donne, à mon avis, un fondement insuffisant en ce qu'elle la déduit immédiatement de l'individualité organique. Ce fondement est en même temps dangereux, car il est exclusif de la liberté » (133). « La doctrine française dominante, précisait-il par ailleurs, est que la personnalité morale est *fictive*, que son seul fondement est dans la législation positive. A la vérité, ajoutait-il, c'est une pure affirmation et le problème n'a jamais été examiné sérieusement, tant est grand chez nous le dédain pour les controverses que l'on qualifie de *théoriques* sans se douter qu'elles ont des conséquences pratiques » (134). « Ce qui est inadmissible, concluait-il cependant au sujet de ces conséquences pratiques de la doctrine de la *fiction*, c'est que la législation confère au gouvernement de l'Etat la mission de créer la personnalité des corps et des communautés, ce qui suppose que cette personnalité est créée, non même pas par la loi, mais par l'administration. Outre

---

(131) Cf. M. HAURIOU, *Précis de Droit administratif*, 1919<sup>9</sup>, loc. cit.

(132) Cf. op. cit. (n. 22), p. 156.

(133) Cf. op. cit., loc. cit.

(134) Ibid.

que cette pratique engendre une situation anarchique parce que, parmi des institutions similaires, les unes ont la personnalité, les autres ne l'ont pas, selon les caprices de la politique, il y a dans le système, concluait-il, ce vice fondamental que la mission juridique de l'Etat est mise ainsi au service de ses intérêts politiques » (135).

Face à cette double impasse doctrinale, il s'agit dès lors pour Maurice Hauriou d'élaborer une théorie de la personnalité qui rende raison de la réalité empirique de la personne morale sans donner pour autant dans le volontarisme liberticide de la doctrine allemande de la *Willensmacht* et qui garantisse du même coup à la fois l'autonomie des groupes sociaux et les libertés individuelles. C'est dans cette perspective qu'il manifeste alors, d'autre part, une préoccupation méthodologique spécifique: celle de renouveler la doctrine en la matière à travers « l'organisation d'une théorie française de la personnalité morale par la méthode de la psychologie positive » (136). « L'erreur de beaucoup de partisans de la théorie de la personnalité juridique comme aussi de beaucoup de ses adversaires, écrit-il ainsi en retraçant l'historique de son apport en ce domaine, a été de croire que le problème de la personnification ne pouvait être posé que sur le terrain de la métaphysique, c'est-à-dire sur le terrain de la *substance*; mais il peut être posé sur le terrain du *phénomène psychique* et sa réalité de phénomène peut être démontrée par les procédés d'observation de la psychologie positive » (137). C'est précisément ce dont ses différentes contributions de 1898 à 1925 ne cesseront de se faire l'illustration (138), parfois en soulignant expressément la nouveauté de la méthodologie adoptée: « Nous suivrons la méthode qui va de l'objectif au subjectif bien que ce ne soit pas celle généralement suivie par les juristes », avertira ainsi Maurice Hauriou dans les chapitres sur « la personnalité juridique » et sur « la ques-

(135) Cf. op. cit., p. 161.

(136) Cf. *Précis de Droit administratif*, 1919<sup>o</sup>, loc. cit.

(137) Ibid.

(138) Cf. en particulier *De la personnalité*, op. cit. (n. 14), p. 6-8 ss.; *Du fondement*, op. cit. (n. 22), p. 146-147 ss.; *Principes de Droit public*, 1910, p. 642 ss. et 1916<sup>o</sup>, p. 84 ss.; *Théorie de l'Institution*, p. 32 ss.

tion de la personnification » de ses deux éditions des « *Principes de Droit public* » de 1910 et de 1916, pour expliquer: « Ce faisant, nous suivrons l'exemple de la psychologie positive moderne qui, procédant elle aussi du mieux connu au moins connu, part de la synthèse objective des « états de conscience » pour arriver au problème du moi subjectif » (139). « A notre avis, il est temps, notera-t-il par ailleurs, de traiter le problème de la personnalité des institutions comme est traité celui de la personnalité humaine dans la psychologie contemporaine, c'est-à-dire par une méthode positive » (140). Ces professions de foi dans les méthodes des sciences les plus récentes ne doivent cependant pas leurrer, car notre auteur les relativise aussitôt dans un esprit de concordisme assez frappant: « Enfin, cette méthode, remarque-t-il en guise de conclusion au sujet de celle de la psychologie positive, est d'accord avec une bien vieille définition scolastique de la personnalité d'après laquelle celle-ci serait « la substance indivisible ou individuelle d'une nature raisonnable », évoquant ainsi l'élément objectif d'une « nature raisonnable », dans laquelle jaillirait la substance de la personnalité » (141). Du coup, voilà posé le problème des positions philosophiques ultimes, qui tiennent lieu de fondements à la conception de la personnalité morale du Doyen Hauriou.

A ce propos, si la richesse foisonnante de la pensée sociale et juridique de Maurice Hauriou paraît légitimer les interprétations les plus variées quant à ses sources philosophiques — l'idéalisme platonicien, la dialectique proudhonienne de la « contradiction universelle », voire la métaphysique expérimentale de l'élan vital et de la durée bergsonienne, dont son oeuvre serait la synthèse pour un G. Gurvitch (142), ou tout simplement le catholicisme le plus traditionnel, dont sa doctrine illustrerait la restauration dans la philosophie du Droit pour un G. Renard (143)

---

(139) Cf. op. cit. 1910, p. 642 et 1916<sup>2</sup>, p. 84-85.

(140) Cf. op. cit. 1910, p. 644 et 1916<sup>2</sup>, p. 87.

(141) Cf. op. cit. 1910, p. 642 et 1916<sup>2</sup>, p. 85.

(142) Cf. *Les idées maîtresses*, op. cit. (n. 6), loc. cit., et *L'Idée du Droit social*, op. cit. (n. 12), p. 650-655.

(143) Cf. G. RENARD, *La Théorie de l'Institution*, Paris, 1930, p. XIII ss. et p. 23 ss.

comme pour un W. J. Jennings <sup>(144)</sup> — il en va différemment de sa théorie de la personnalité, où l'éclectisme habituel de ses références et le « buissonnement » de sa pensée s'effacent devant le dogmatisme et la netteté de prises de position philosophiques catégoriques. Il apparaît, en effet, que dans sa construction de la personnalité morale comme dans sa détermination de la clef philosophique de la question de la personnification, notre auteur révèle plus son allégeance à la grande tradition réaliste de la métaphysique thomiste ou platonicienne qu'au positivisme comtiste, à la dialectique proudhonienne ou à l'analyse psychologique des Ribot, Janet, Paulhan et autres Binet <sup>(145)</sup>.

Relatant dans sa *Note à F. Gény* les conditions de sa venue au Droit public après l'échec de sa « *Science sociale traditionnelle* », Maurice Hauriou rend ainsi compte en ces termes de la doctrine métaphysique qui préside à son approche du problème de la personnalité morale et singulièrement à sa distinction entre *individualité objective* et *personnalité subjective*: « Toujours est-il que, comme saint Paul, après son échec devant l'aréopage, je vins d'Athènes à Corinthe, c'est-à-dire que je quittai la sociologie pour venir au droit public. Mais j'y vins, M. Gény peut maintenant m'en croire, avec une doctrine sociologique cohérente et ferme reposant sur une méthode assurée et, même, avec une doctrine métaphysique qui n'était point celle de Hegel, mais celle de saint Thomas. Il est singulier que, parce que je ne l'ai pas affiché, on ne s'en soit pas aperçu. En voici une preuve. Dès la première édition de mes « *Principes de droit public* », j'abordai d'une façon très particulière le problème de la personnalité morale; mon procédé consista à distinguer dans les personnes morales un corps et une âme, c'est-à-dire, un organisme corporatif doué d'une existence individuelle objective, à laquelle peut se surajouter une existence subjective, sous forme de personnalité juridique. [...] Personne n'a vu, souligne-t-il, que cette façon d'envisager les choses n'était qu'une transposition de la doctrine de saint Thomas sur les relations du corps et de l'âme, d'après la-

<sup>(144)</sup> Cf. op. cit. (n. 7), p. 68-70.

<sup>(145)</sup> Cf. sur les limites de la psychologie positive, les *Principes de Droit public*, 1916<sup>2</sup>, p. 285 n. 1.



quelle l'âme est « l'acte du corps », c'est-à-dire, d'après laquelle le corps, organisé le premier, contient en puissance l'âme et passe sa vie à la faire venir à l'acte et, en ce sens, à la réaliser » (146).

Ce n'est pas seulement cependant dans cette construction de la personnalité morale que le Maître toulousain apparaît tributaire de la tradition scolastique; c'est surtout dans sa formulation du coeur du problème philosophique que pose la personnification des groupes sociaux. Convaincu que « derrière toute théorie positive, il y a une métaphysique » (147), il considère en effet que « la clef de toutes les controverses qui se sont engagées sur la question de la personnification », tient dans « une querelle qui, comme beaucoup d'autres, se rattache à celle des universaux. Il faut être réaliste ou nominaliste, avertit-il dans la deuxième édition de ses *Principes de Droit public* », et il faut être l'un ou l'autre avec logique jusqu'au bout » (148). « Si l'on est réaliste, commente-t-il alors, si l'on admet que les idées de genre, d'espèce, de collectivité, répondent à une réalité, alors on reconnaît que les organisations sociales ont une existence réelle séparable en partie de celle des individus et l'on est porté à voir évoluer ces êtres sociaux jusqu'à la personnalité morale; bien entendu, on ne sera point partisan de la théorie de la fiction, on ne verra pas, dans la personnalité juridique, une pure création de la loi, on y verra au contraire la figure juridique d'une réalité ». A l'inverse, poursuit-il, « si l'on est nominaliste, si l'on admet que les idées de genre, d'espèce, de collectivité ne sont pas autre chose que des *flatus vocis*, des vocables commodes qui ne répondent à aucune réalité sociale, alors, non seulement on sera porté à ne voir dans la personnalité juridique des groupements sociaux qu'une fiction ou mieux à repousser même cette fiction, mais encore on sera conduit à nier la valeur réelle de l'organisation sociale et à rêver d'un monde social inorganique et anarchique » (149).

La « tendance profonde du Droit », affirme toutefois Maurice Hauriou de façon catégorique, est « le réalisme philosophique »

(146) Cf. op. cit., p. xxiii-xxiv.

(147) Cf. op. cit., p. xxx.

(148) Cf. *Principes de Droit public*, 1916<sup>2</sup>, p. 54.

(149) Cf. op. cit., p. 54-55.

et c'est ce qu'il se fait fort de montrer, révélant en fait plus qu'il ne prouve, le parti qui est le sien dans la querelle des universaux. Traitant ainsi du « réalisme dans l'organisation sociale et dans la personnification », il écrit: « L'ordre juridique des choses, dans sa tendance à la personnification, n'a pas seulement besoin d'êtres organisés, il a besoin d'êtres qui aient un statut, c'est-à-dire un type d'organisation fixé par des idées. En effet, la personnalité juridique suppose essentiellement l'homogénéité de l'être dans la durée; si un être a un statut, cela signifie que ses changements oscillent autour d'un type d'organisation déterminé par des idées et, par conséquent, cela signifie que, malgré sa faculté de changement qui est propre à la vie, il possède une certaine stabilité. L'ordre juridique admet certainement la supériorité des êtres qui ont un statut sur ceux qui n'en ont pas. [...] Ce qu'il est important de signaler c'est que, par là, l'ordre juridique se rattache encore à une certaine philosophie et en exclut une certaine autre. Il se rattache au spiritualisme traditionnel, qui, faisant prédominer dans le monde l'intelligence sur la volonté et, dans l'intelligence, le conceptualisme sur l'intuition, admet le réalisme des idées de type et d'espèce et les impose comme des statuts aux êtres. Il exclut au contraire toutes les formes du nominalisme, qui, ne voyant dans les idées de type et d'espèce que des généralisations purement verbales, n'imposent aux êtres aucun statut défini. Par là encore, l'ordre juridique prend parti dans la querelle des universaux et il se prononce pour que le réalisme de l'idée de l'être soit poussé jusqu'au réalisme de l'idée de statut » <sup>(150)</sup>.

Le réalisme philosophique que professe ici Maurice Hauriou se présente en fait au premier chef comme un réalisme des *idées* au sens platonicien, un *idéal-réalisme*. C'est ce que vient confirmer, s'il en était encore besoin, l'élucidation qu'il donne de sa définition de la *personnalité morale* comme « l'idée de l'oeuvre sociale en tant qu'elle aspire à se réaliser comme un sujet conscient dans la volonté commune des membres du groupe » <sup>(151)</sup>. « Comment, s'interroge-t-il, est-ce l'idée de l'oeuvre sociale qui devient l'être conscient? Comment des consciences individuelles

---

<sup>(150)</sup> Cf. op. cit., p. 55-56.

<sup>(151)</sup> Cf. op. cit., p. 267.

hantées par la même idée sociale et s'interpénétrant [...] donnent-elles l'impression que c'est l'idée sociale qui se pense elle-même? » - « Cela ne peut s'expliquer, répond-il, que si l'on admet que les idées sont par elles-mêmes des êtres et que ce sont les *êtres par excellence*. Si tous les êtres vivants, poursuit-il, ne sont que « des idées qui se réalisent » et qui arrivent plus ou moins à la conscience, si les individus humains eux-mêmes ne sont que des idées qui se réalisent, alors, les êtres sociaux aussi sont des idées qui se réalisent; alors, il y a dans l'idée une telle force de vie qu'il n'est pas surprenant qu'elle attire à soi tout ce qui peut servir à sa réalisation et il n'est pas surprenant que l'idée de l'entreprise sociale attire à elle les états de conscience sociaux produits dans les consciences individuelles de ses membres, dans la mesure de la volonté commune, pour devenir elle-même un sujet conscient » (152). Et c'est alors qu'il conclut: « Nous sommes obligés de constater que la doctrine de la réalité des personnes morales implique une certaine croyance philosophique à la vie propre des idées et à la nature foncièrement idéale des êtres, qui est une sorte d'idéalisme platonicien » (153).

Le réalisme métaphysique constitue donc bien le fondement philosophique ultime de la conception de la personnalité morale du Doyen Hauriou. Que ce soit dans sa variante intellectualiste thomiste, consacrant la suprématie de l'intelligence sur la volonté, ou dans sa variante idéaliste platonicienne, affirmant la réalité des idées, il lui permet de renouveler la théorie de la personnalité morale en échappant au double écueil du volontarisme de la doctrine réaliste allemande, défendant la réalité de la conscience collective et faisant de la puissance de volonté l'élément constitutif de la personne, et de l'individualisme pernicieux de la doctrine fictionniste française, ne reconnaissant de réalité qu'aux personnes physiques. Par delà, c'est la notion même de *personne* que le réalisme métaphysique dote d'une assise plus ample et plus solide que le subjectivisme et l'individualisme modernes. Au regard de la place capitale et du rôle central assignés par Hauriou

---

(152) Cf. op. cit., p. 281-282.

(153) Cf. op. cit., p. 282.

sur ces bases à la *personnalité* comme à la *personnification* dans le Droit, il est permis de se demander alors si plutôt qu'un *humanisme* <sup>(154)</sup>, sa pensée juridique n'illustre pas en fait une forme de *personnalisme* dans la philosophie du Droit <sup>(155)</sup>.

A dégager ainsi les fondements philosophiques de la conception de la personnalité morale de Maurice Hauriou, force est de constater un certain balancement dans son réalisme métaphysique entre la composante empiriste thomiste, privilégiée dans la première édition des « *Principes de Droit public* » de 1910, et la composante idéaliste platonicienne, toujours plus marquée à partir de la deuxième édition des mêmes « *Principes* » en 1916. Le fait n'est pas pour surprendre l'exégète attentif de sa pensée, sensible aux préoccupations méthodologiques qui la caractérisent: il tient au dualisme foncier de cette pensée, tiraillée entre le positivisme comtiste du XIX<sup>ème</sup> siècle et le catholicisme traditionnel. Rendant compte de son itinéraire intellectuel en soulignant ce qu'il devait à la fois au positivisme d'Auguste Comte et « à l'immense et riche trésor des réflexions sociales accumulées dans les sommes théologiques » <sup>(156)</sup>, notre auteur ne conclut-il pas lui-même de manière péremptoire: « Il convient donc de me cataloguer comme un positiviste comtiste devenu positiviste catholique, c'est-à-dire comme un positiviste qui va jusqu'à utiliser le contenu social, moral et juridique du dogme catholique? » « J'espère, ajoute-t-il, qu'après cette explication, il ne subsistera plus aucun doute sur mes conceptions fondamentales » <sup>(157)</sup>. Dans cette perspective, le concordisme qu'attestent les parallèles esquissés de 1898 à 1925 entre les données de la psychologie positive et celles de la tradition scolastique <sup>(158)</sup> constitue un des pôles de cette

---

<sup>(154)</sup> Cf. A. BRIMO, *Les Grands Courants de la Philosophie du Droit et de l'Etat*, Paris 1978<sup>3</sup>, p. 335 ss.

<sup>(155)</sup> Cf. en ce sens la remarque d'A. BRIMO, op. cit., p. 349; « Il est certes plus près du personnalisme d'Emmanuel Mounier que de l'individualisme de 1789 ».

<sup>(156)</sup> Cf. *Principes de Droit public*, 1916<sup>2</sup>, p. xxiv.

<sup>(157)</sup> Ibid.

<sup>(158)</sup> Cf. entre autres *De la personnalité*, op. cit. (n. 14), p. 5, *Principes de Droit public*, 1910, p. 642; 1916<sup>2</sup>, p. 85, et *La Théorie de l'Institution*, op. cit. (n. 16), p. 22-24.

pensée, dont l'autre pôle tient dans le « pari pour les idées-forces » <sup>(159)</sup>, la croyance que « les idées objectives existent d'avance dans le vaste monde, incorporées aux choses qui nous entourent » <sup>(160)</sup>.

---

<sup>(159)</sup> Cf. *De la liberté politique*, op. cit. (n. 13), p. 342.

<sup>(160)</sup> Cf. *La Théorie de l'Institution*, op. cit. (n. 16), p. 16.



ANNA PINTORE

## IL CONCETTO DI PERSONA GIURIDICA NELL'INDIRIZZO FILOSOFICO ANALITICO

1. Premessa. — 2. Persone giuridiche e definizioni. — 3. Persone giuridiche e metodo giuridico. — 4. Persone giuridiche e persone fisiche. — 5. Significato, definizione, concetti giuridici. — 6. Le persone giuridiche secondo Hart e Scarpelli. — 7. Le persone giuridiche come « simboli incompleti ». — 8. Persone giuridiche e « realtà ». — 9. Persone giuridiche e norme costitutive. — Appendice bibliografica.

### I. *Premessa.*

I.1. Gli studi italiani sul concetto di persona giuridica rappresentano certamente il più felice punto di incontro tra il lavoro dei giuristi positivi e quello dei teorici del diritto di indirizzo analitico. Perciò a ragione il « caso » della persona giuridica è sovente citato tra le poste attive nei periodici bilanci sullo stato della filosofia analitico-giuridica, e considerato un eccellente esempio di confluenza di interessi e di impostazioni tra due settori della cultura giuridica italiana storicamente poco comunicanti <sup>(1)</sup>.

Certo le tradizionali dispute dottrinali sopra la « natura » della persona giuridica non potevano non offrire il miglior campo di applicazione del metodo analitico linguistico: esse infatti rappre-

---

(1) V. infatti E. PATTARO, *Il positivismo giuridico italiano dalla rinascita alla crisi*, in « *Politica del diritto* », 1972, e ora in U. SCARPELLI, a cura di, *Diritto e analisi del linguaggio*, Comunità, Milano 1976, pp. 451-487, alla p. 464, nota 20; U. SCARPELLI, *La filosofia. La filosofia dell'etica. La filosofia del diritto di indirizzo analitico in Italia*, introduzione al reader citato, pp. 7-35, alla p. 29 s.; ID., *Filosofia e diritto*, in *La cultura filosofica italiana dal 1945 al 1980 nelle sue relazioni con altri campi del sapere*, a cura di F. TESSITORE, Guida, Napoli 1982, pp. 173-199, alla p. 197.

sentano spesso l'epitome del concettualismo, dell'essenzialismo, delle fallacie argomentative già denunciati dagli indirizzi analitici in campo filosofico generale. Si capisce perciò come numerosi giuristi sensibili alle istanze analitiche abbiano rivolto la loro attenzione specialmente al tema in cui esse apparivano disattese più clamorosamente.

Il fenomeno è però prevalentemente italiano. Infatti, a mia conoscenza, un interesse analitico equivalente a quello manifestato nel nostro paese per il concetto di persona giuridica non si è avuto in altri, pure simili al nostro per cultura e organizzazione giuridica. Forse la ragione è che solo in Italia si è sviluppata una corrente analitica in grado di influenzare anche il lavoro dei giuristi. Quanto agli ambienti anglosassoni, la scarsità dei contributi analitici al nostro tema è piuttosto da addebitare alla diversa struttura del sistema giuridico e ai differenti rapporti che ivi intercorrono tra dottrina e *Jurisprudence*. In particolare, l'elaborazione del concetto di persona giuridica è avvenuta su un terreno meno concettualista e più pragmatico, più legato agli orientamenti giudiziari che non alle astratte costruzioni dottrinali (2).

1.2. In questo saggio intendo svolgere una ricognizione critica, dal punto di vista (meta) analitico, degli studi analitico-

---

(2) È questo un giudizio relativo specialmente alla dottrina angloamericana del così detto « superamento della personalità giuridica ». V. R. SERICK, *Forma e realtà della persona giuridica*, trad. it., Giuffrè, Milano 1965, p. 75 ss.; A. WORTLEY, *Droit anglais (De la tendance qui existe, selon le droit anglais, à reconnaître la réalité constituée par les individus qui constituent des groupements juridiques)*, in AA.VV., *La personnalité morale et ses limites*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris 1960, pp. 53-95; ID., *Jurisprudence*, Manchester University Press, Manchester 1967, p. 314 ss.; J. M. SWEENEY, *Droit des Etats-Unis*, in *La personnalité morale*, cit., pp. 97-112; P. VERRUCOLI, *Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali nella Common Law e nella Civil Law*, Giuffrè, Milano 1964; F. GALGANO, *Persone giuridiche*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Zanichelli-Foro italiano, Bologna-Roma, 1969, p. 20 s. e 37 ss.; L. C. B. GOWER, *Principles of Modern Company Law* (4ª ed.), Stevens & Sons, London 1979, p. 112 ss. V. anche, tra gli scrittori inglesi più influenzati dal metodo analitico, D. LLOYD (Lord of Hampstead), *The Idea of Law*, Penguin Books, Harmondsworth 1964, pp. 300-309; R. W. M. DIAS, *Jurisprudence* (3ª ed.), Butterworths, London 1970, p. 304 ss.



linguistici sul concetto di persona giuridica, soffermandomi su alcuni di essi in particolare <sup>(3)</sup>. La scelta è caduta sui contributi che presentavano maggiore interesse in rapporto all'obiettivo che mi sono proposta con questa ricognizione: quello di mettere in luce i collegamenti che esistono tra le discussioni analitiche sulla persona giuridica e il dibattito analitico più generale in tema di significato, di concetti giuridici, di compiti e funzioni della scienza giuridica, di teoria della norma e dell'ordinamento giuridico. Ho scelto perciò i contributi che presentavano implicazioni più evidenti e più interessanti in relazione a questi temi.

Sono stata indotta a scegliere questo approccio dalla convinzione che le diverse teorie analitiche sulla persona giuridica siano profondamente influenzate da differenti teorie generali del linguaggio e del diritto. Perciò un'esplicitazione e una valutazione di queste ultime può secondo me contribuire ad una maggiore comprensione delle prime e — forse — anche ad una ulteriore chiarificazione analitica del concetto di persona giuridica.

Ho menzionato sopra la mia adesione al metodo analitico, cioè a quello stesso metodo cui sono ispirati gli studi dei quali mi occuperò. La circostanza della affinità metodologica tra il mio discorso e i discorsi oggetto di questo saggio mi consente di evitare un'indicazione preliminare dei presupposti epistemologici, degli strumenti concettuali e delle distinzioni linguistiche cui fa solitamente ricorso la così detta filosofia analitica. Reputo questa circostanza piuttosto fortunata giacchè, come è noto, è assai pro-

---

<sup>(3)</sup> Mi occuperò infatti specialmente dei seguenti contributi: H. L. A. HART, *Definizione e teoria in giurisprudenza*, trad. it. in *Contributi all'analisi del diritto*, a cura di V. FROSINI, Giuffrè, Milano 1964, pp. 37-79; U. SCARPELLI, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, in «Memorie dell'Accademia delle Scienze di Torino», t. 5, parte II, n° 2, Torino 1959; F. D'ALESSANDRO, *Persone giuridiche e analisi del linguaggio*, in «Studi in memoria di Tullio Ascarelli», vol. I, Giuffrè, Milano 1969, pp. 241-343; F. GALGANO, *Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica*, in «Rivista di diritto civile», 1965, pp. 553-633, rifuso in ID., *Persone giuridiche*, cit.; N. MACCORMICK, *Law as Institutional Fact*, in «The Law Quarterly Review», 1974, pp. 102-129.

Rimando all'appendice bibliografica alla fine del presente studio per un'indicazione di altri contributi di interesse analitico sul tema della persona giuridica.

blematico attribuire agli indirizzi analitici un corpo omogeneo di principi metodologici e epistemologici. Si suole spesso ripetere che la filosofia analitica non è una scuola, ma piuttosto un atteggiamento o accostamento ai problemi, caratterizzato da alcuni tratti comuni generalissimi, ma apprezzabile più precisamente solo in rapporto a questioni specifiche. Questo vale anche nel campo giuridico, e specialmente in ordine al problema che mi interessa. Vedremo infatti fra poco che dietro la comune opzione per il metodo dell'analisi del linguaggio si nascondono convinzioni filosofiche e concetti di diritto piuttosto diversi fra loro. Pertanto l'obiettivo di questo saggio è cercare di ricondurre le specifiche soluzioni in tema di persona giuridica ad opzioni generali in tema di linguaggio, di significato dei concetti giuridici, di scienza e teoria del diritto. Si vedrà che le divergenze su questi problemi sono assai più numerose e radicali di quanto non sembri a prima vista. Questo fatto non deve però indurre a concludere che la comune adesione al metodo analitico sia solo una caratteristica estrinseca e poco importante dei contributi dei quali mi occuperò. Invece esistono tra essi legami profondi e importanti, anche se generici, che dipendono dalla adozione di un modello comune di scienza (neoempirista) e di diritto (*riduzionista*, come l'ho definito nel par. 8.2, *infra*). Sono proprio questi legami che consentono di parlare di una svolta impressa dal metodo analitico agli schemi e ai modi di procedere di molta parte della scienza giuridica tradizionale sulla questione della persona giuridica.

1.3. Nelle pagine che seguono mi occuperò in primo luogo delle critiche analitiche alla tradizionale costruzione del concetto di persona giuridica, articolandole intorno a tre gruppi di problemi. In questa parte, che comprende i paragrafi 2, 3 e 4, non mi soffermerò sui singoli autori e cercherò piuttosto di evidenziare gli argomenti comuni alle varie tesi analitiche.

Nei paragrafi successivi (dal 5° all'8°) passerò a trattare dei contributi di Hart, Scarpelli, D'Alessandro e Galgano.

Nell'ultimo paragrafo esaminerò la concezione « istituzionale » del diritto di MacCormick che, come vedremo, non affronta direttamente il tema che mi interessa, ma contiene tuttavia spunti a mio parere illuminanti per una soluzione di alcuni problemi

cruciali lasciati aperti dagli argomenti analitici esaminati per primi, e per una maggiore comprensione dello stesso problema della persona giuridica.

1.4. Le critiche analitiche al modo in cui i giuristi trattano usualmente il concetto di persona giuridica possono essere ripartite in tre gruppi.

Nel primo gruppo si possono riunire le osservazioni, di ordine generale, relative ai caratteri delle definizioni di 'persona giuridica' ordinariamente formulate.

Al secondo gruppo appartiene un complesso di osservazioni, ugualmente generali, relative al metodo giuridico implicato dal trattamento del concetto: si tratta di osservazioni tutte in qualche modo riguardanti il ruolo che la scienza giuridica tradizionale attribuisce a se stessa nella costruzione dei concetti e nell'interpretazione della legge.

Al terzo gruppo di critiche appartengono le osservazioni relative al rapporto correntemente instaurato tra il concetto di persona giuridica e gli altri concetti che costituiscono la rete del discorso dogmatico, in specie il concetto di persona fisica.

Si potrebbe parlare, nel primo caso, di una critica filosofica o gnoseologica; nel secondo caso, di una critica metodologica (relativa al metodo giuridico); nel terzo caso, di una critica interna ai discorsi che fanno uso del concetto di persona giuridica.

La distinzione tra questi tre fuochi di problemi è un po' forzata, giacchè gli argomenti che con essa tento di distinguere sono spesso invece mescolati, spesso frammentari e sporadici, e talora neppure esplicitamente formulati. Tuttavia mi pare utile adoperarla nell'esame delle tesi analitiche, oltre che per chiarezza espositiva, soprattutto perchè consente di incominciare ad apprezzare i limiti delle convergenze tra le idee degli autori in esame. Infatti in ciascuno di questi tre gruppi di problemi esistono notevoli convergenze negli argomenti critici verso la dottrina tradizionale, ma divergenze via via crescenti nelle proposte « costruttive ». Nei prossimi tre paragrafi mi limiterò, per quanto è possibile, ad illustrare gli aspetti di consenso,

## 2. *Persone giuridiche e definizioni.*

2.1. Il dubbio analitico circa la correttezza della tradizionale impostazione dottrinale in tema di persone giuridiche nasce già dalla forma linguistica con cui il problema viene di solito impostato. Domande del tipo: «cos'è la persona giuridica?», «qual è la natura (essenza, ecc.) della persona giuridica?» infatti sono spesso formulate in maniera tale da pregiudicare la soluzione al problema che aprono, o da orientare verso una soluzione metafisica: esse infatti suggeriscono irresistibilmente che la risposta debba consistere nell'indicazione della «cosa», «natura» o «essenza» corrispondenti all'espressione 'persona giuridica' (4).

Questa strada definitoria è consueta nel trattamento dei concetti giuridici; essa produce in generale conseguenze disastrose, e ciò avviene anche nel caso della persona giuridica. In particolare, essa costringe di solito a scegliere tra i due termini della seguente alternativa, ben nota ma fittizia. Se infatti si ritiene di poter trovare la «cosa» in natura, ad esempio identificandola con un gruppo organizzato, si deve affrontare un grave problema: nei vari diritti positivi il concetto di persona giuridica è adoperato anche per designare «cose» che non corrispondono a quelle individuate attraverso la definizione (si pensi ai vari tipi di società unipersonali); si è costretti perciò ad inquadrare forzosamente questi «casi atipici» nel caso centrale, o trattando i primi come eccezioni, o modificando surrettiziamente le caratteristiche del secondo (5). Se invece si ritiene di dover escludere un'esistenza «naturalistica» della persona giuridica, si è costretti a ricorrere a nozioni oscure o quantomeno sospette di metafisica, come quelle di «finzione», «esistenza giuridica», ecc. (6).

(4) Questo modo di impostare le richieste di chiarificazione dei problemi giuridici è efficacemente criticato da HART, *op. cit.*, p. 40 ss. V. anche *infra* nel testo.

(5) Si tratta di una tecnica illustrata in via generale da L. LANTELLA, *Pratiche definitorie e proiezioni ideologiche nel discorso giuridico*, in A. BELVEDERE, M. JORI, L. LANTELLA, *Definizioni giuridiche e ideologie*, Giuffrè, Milano 1979, pp. 1-346, alla p. 280 ss.; v. anche HART, *op. cit.*, p. 52, nota 1.

(6) Sulle diverse accezioni della nozione di «finzione» riferita alle persone giuridiche, si veda la nota 30. Esempio di concezione «giuridica» della persona

Gli analisti sono concordi nel sostenere che il vizio di tali impostazioni consiste nel ritenere appropriata, per la persona giuridica, una *definizione reale*, cioè un tipo di definizione gravemente screditato dalla riflessione scientifica moderna perchè onerato da pesanti ipoteche metafisiche (7). I critici sostengono che con un tale tipo di definizione si perseguono confusamente, e di solito in maniera inconsapevole, due finalità che invece andrebbero tenute rigorosamente distinte, per non incorrere in difficoltà filosofiche insormontabili: si vuole infatti individuare il *significato* dell'espressione 'persona giuridica', *identificandolo* con il suo *referente*, cioè con la «cosa», o addirittura con l'«essenza» che corrisponderebbe al *definiendum*. In sostanza, se ben interpreto le tesi analitiche in questione, l'errore filosofico implicito nella ricerca di una definizione reale per la persona giuridica consisterebbe nella convinzione che tale concetto sia dotato di significato, e abbia dunque una funzione nel discorso giuridico, *a patto che* esista qualcosa cui esso corrisponda nella realtà (8). Quando questo «qualcosa» viene poi, come sovente accade, concepito in termini di «essenza» o di «caratteristica essenziale», la questione si ingarbuglia ulteriormente giacchè, anche ad assumere un atteggiamento liberale sul tema (9), appare piuttosto problematico stabilire che cosa sia un'«essenza».

---

è la teoria di F. FERRARA sen., *Le persone giuridiche*, in «Trattato di Diritto civile italiano» diretto da F. VASSALLI, Utet, Torino 1938, spec. p. 29 ss.

(7) Sulla definizione reale la letteratura è immensa. Si veda, con esclusivo riferimento al linguaggio giuridico, SCARPELLI, *op. cit.*, p. 36 ss.; A. A. MARTINO, *Le definizioni legislative*, Giappichelli, Torino 1975, p. 17 ss.; A. BELVEDERE, *Le definizioni nel Codice Civile*, Giuffrè, Milano 1977, p. 78 ss.; ID., *Aspetti ideologici delle definizioni nel linguaggio del legislatore e dei giuristi*, in BELVEDERE, JORI, LANTELLA, *op. cit.*, pp. 347-480, alla p. 350, 424 ss.; G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in «Trattato di diritto civile e commerciale» Cicu-Messineo, I, t. 2, Giuffrè, Milano 1980, p. 182 ss.; LANTELLA, *op. cit.*, spec. p. 10 ss. Lantella è l'unico tra gli autori citati che riconosce legittimità ad una classificazione definitoria comprensiva anche delle definizioni reali, perchè ritiene importante classificare le pratiche definitorie in maniera completa ed attenta anche agli aspetti pragmatici del linguaggio.

(8) HART, *op. cit.*, p. 42 ss.

(9) Come quello di LANTELLA. V. la nota 7.

Dalle complicazioni appena indicate si può uscire solo assumendo che l'attività definitoria riguarda solo le parole e non le cose, e ancor meno le essenze, cioè che l'unico tipo di definizione accettabile è la *definizione nominale*, con la quale si descrive o si propone la regola d'uso di un termine, ovverossia il significato (10). È questa un'assunzione generalmente condivisa dalla riflessione scientifica contemporanea. Invece il problema relativo al *riferimento* o *denotazione*, in altre parole il problema della contropartita fattuale delle parole, non dipende strettamente dal significato e va perciò affrontato autonomamente, evidentemente in termini empiristici e non essenzialistici.

2.2. Il concetto di persona giuridica viene usualmente definito come concetto di *species* all'interno del *genus* persona, e distinto (almeno) dalla *species* 'persona fisica'.

La *definizione per genere prossimo e differenza specifica* che così viene fornita (11) risale alla tradizione aristotelica, e per lungo tempo venne considerata l'unico modello possibile di definizione. E siccome la tradizione aristotelica ammetteva soltanto le definizioni reali, si capisce perchè la definizione per genere e differenza partecipi almeno per ragioni storiche di tutti i problemi suscitati dalla definizione reale, amplificati dal fatto di essere adoperata per un termine del linguaggio giuridico (12).

Hart, non contrario in linea di principio a questo tipo di definizione, dice però che questa mal si attaglia ai concetti giuridici, dato che essi non hanno, a differenza di molti termini del linguaggio ordinario, una connessione immediata e diretta con la realtà fattuale. Perciò — dice Hart — l'uso di questa tecnica definitoria appare non solo inadeguato, perchè non ci illumina affatto quando il *genus* stesso è problematico, come nel nostro

(10) Sulla definizione nominale v. gli autori citati alla nota 7.

(11) Evidentemente la definizione corrente di 'persona giuridica' come « soggetto di diritto diverso dalla persona fisica » non è una definizione per genere e differenza, bensì *per antitesi* (v. LANTELLA, *op. cit.*, p. 57). Tuttavia ritengo che le osservazioni di Hart (v. *infra*, nel testo) si attagliano assai bene anche a questo tipo di definizione, che a sua volta fa uso della partizione in generi e specie.

(12) V. TARELLO, *loc. ult. cit.*

caso, ma anche fuorviante, perchè crea l'impressione che il concetto da definire possenga le stesse caratteristiche dei termini del linguaggio ordinario, che appunto hanno di solito una contropartita nella realtà <sup>(13)</sup>.

Vedremo più in là (*infra*, par. 4) come l'usuale ragionamento per generi e specie sia fuorviante in maniera ancora più sottile, data l'oscurità anche dell'altra *species* (persona fisica) che costituisce parte dell'usuale *definiens* di 'persona giuridica'.

Naturalmente le osservazioni appena fatte aprono più problemi di quanti non ne risolvano. Infatti è vero che tutti gli analisti sottoscrivono la condanna delle essenze e la reimpostazione dell'attività definitoria sul piano linguistico (chè anzi questo potrebbe essere considerato il minimo comun denominatore del metodo analitico cui si accennava all'inizio); molti analisti inoltre approvano la distinzione tra significato e riferimento poc'anzi richiamata. Tuttavia resta ancora aperto, innanzi tutto, il problema di quale tipo di definizione si attagli ai concetti giuridici e a quello di persona giuridica in particolare. In secondo luogo resta ancora aperta la questione, assai spinosa, se tra il significato e il riferimento empirico di un termine vi sia tuttavia un qualche rapporto e, nel caso di risposta affermativa, quale esso sia. In terzo luogo, posto che si sia risolta la questione precedente, resta ancora da vedere se i termini appartenenti al linguaggio giuridico non presentino particolarità ulteriori rispetto a quelle appena indicate con le parole di Hart.

Tutti questi problemi sono stati affrontati *ex professo* o implicitamente nelle analisi del concetto di persona giuridica, e saranno esaminati più avanti, dato che coinvolgono la parte « costruttiva » dei contributi analitici sul nostro tema.

### 3. *Persone giuridiche e metodo giuridico.*

3.1. Le usuali trattazioni dottrinali in tema di persona giuridica appaiono agli analisti « contaminate » in molti sensi, e principalmente per l'ordine concettuale che seguono. Infatti, prima

---

(13) HART, *op. cit.*, p. 42 s., 54 ss.

di affrontare qualsivoglia problema interpretativo, la maggior parte dei giuristi considera assolutamente necessario risolvere il problema preliminare della « natura » della persona giuridica. Tale problema viene poi affrontato seguendo lo schema stereotipato della discussione delle diverse « teorie » e della proposizione della propria. Le « teorie » discusse vengono classificate nel modo più vario e fantasioso, e le etichette ricorrenti — teoria finzionista, realista, individualista — vengono oramai adoperate per designare cose assai eterogenee ed hanno perso perciò il loro originario valore identificatorio <sup>(14)</sup>.

Nella migliore delle ipotesi si deve almeno riconoscere che quest'ordine concettuale rischia di imprigionare le discussioni dottrinali nel circolo vizioso della contrapposizione tra teorie, ed impedisce di riflettere se per caso il problema delle persone giuridiche non sia in buona parte alimentato proprio da quelle teorie e da quel tipo di impostazione. Inoltre l'eterogeneità delle etichette adoperate produce enorme confusione e suscita l'esigenza, non solo di una revisione della terminologia adoperata, ma soprattutto di una reimpostazione degli studi storico-giuridici sul nostro tema <sup>(15)</sup>.

Ma la critica analitica più grave nei confronti di questa impostazione concettuale è che essa esprime una concezione fortemente ideologica dei rapporti tra il discorso dottrinale e il discorso del legislatore: la concezione, ovviamente mai esplicitata, che tratta quest'ultimo come punto di arrivo, anzichè come punto di partenza, del lavoro dei giuristi. Questo connotato ideologico emerge chiaramente se si pensa che l'opzione per l'una o per l'altra teoria della personalità giuridica condiziona in modo ef-

---

<sup>(14)</sup> Si vedano ad esempio le precisazioni di GALGANO, *op. ult. cit.*, p. 33 ss, e di P. ZATTI, *Persona giuridica e soggettività*, Cedam, Padova 1975, p. 57 ss. a proposito dei vari sensi in cui si può parlare di teorie finzioniste della personalità giuridica.

<sup>(15)</sup> Un'esigenza del genere è avanzata da R. ORESTANO, *Il « problema delle persone giuridiche » nell'età moderna*, I, Giappichelli, Torino 1968, di cui il 2° capitolo è ora riprodotto nel volume *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche*, Il Mulino, Bologna 1978, pp. 191-272, con il titolo « *Persone* » e « *persone giuridiche* » nell'età moderna; e da GALGANO, *op. ult. cit.*, p. 92 ss.



fettivo sia la soluzione dei vari problemi interpretativi, sia la loro stessa impostazione <sup>(16)</sup>.

Il discorso dottrinale sulle persone giuridiche è dunque fortemente influenzato dalle concezioni dottrinali relative alla « natura » di quegli enti; da queste ultime si fanno poi discendere e i problemi e le soluzioni interpretative, le quali vengono finalmente presentate come il prodotto di inevitabili deduzioni dal discorso legislativo. Non solo dunque l'ordine di priorità tra discorso dottrinale e discorso normativo viene ribaltato, ma inoltre, sotto la parvenza di un vincolo di fedeltà alla legge, diviene possibile occultare il momento interpretativo e giustificare così le più fantasiose manipolazioni delle norme.

3.2. Nelle osservazioni che ho appena fatto è implicita una distinzione assai importante per la filosofia analitico-giuridica: la distinzione tra il discorso del legislatore e in genere delle norme, ed il discorso dottrinale, che si pone a livello metalinguistico rispetto al primo <sup>(17)</sup>.

Sul piano dei contenuti normativi questa distinzione è meno netta di quanto potrebbe sembrare giacchè, almeno nei sistemi a diritto codificato, il discorso legislativo risente fortemente delle elaborazioni dottrinali, specie in tema di concetti giuridici <sup>(18)</sup>. Sul piano metodologico la distinzione è invece fondamentale, almeno per gli analisti che accolgono una concezione genericamente giuspositivista.

Dato che la scienza del diritto è — o dovrebbe essere — in qualche senso una descrizione del diritto positivo, il problema cruciale è quello dei rapporti che si ritiene intercorrano, o debbano intercorrere, tra il discorso che costituisce lo strumento della descrizione e il discorso oggetto della descrizione stessa: in particolare se, per essere « vera » scienza, la scienza del diritto

<sup>(16)</sup> ZATTI, *op. cit.*, spec. p. 388 ss.; GALGANO, *op. ult. cit.*, p. 92 ss.

<sup>(17)</sup> Sull'applicazione al diritto della teoria dei livelli del discorso, v. M. JORI, *Definizioni e livelli di discorso giuridico*, in BELVEDERE, JORI, LANTELLA, *op. cit.*, p. 483 ss.

<sup>(18)</sup> GALGANO, *Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica*, cit., p. 554, nota 1, ricorda che da più parti era stata rilevata l'adesione del legislatore del 1865 alla teoria della finzione.

debba riprodurre specularmente il discorso del legislatore o debba (possa) fare qualcosa di più o di diverso (19).

Il problema non può certo essere affrontato in questa sede, non tanto perchè comporterebbe una deviazione dal nostro argomento principale, quanto perchè conduce al cuore della vecchia e cruciale questione della scientificità della giurisprudenza. In questa sede è invece possibile limitarsi a segnalare gli atteggiamenti assunti in proposito dagli analisti che si sono occupati del concetto di persona giuridica.

Le trattazioni analitiche del concetto di persona giuridica non affrontano *ex professo* queste implicazioni metodologiche. Tuttavia costituiscono utili indizi gli argomenti dedicati all'opportunità di persistere nell'uso del concetto e della terminologia ad esso relativa.

Le critiche analitiche alle usuali operazioni definitorie compiute sul concetto di persona giuridica non conducono, come si potrebbe pensare, ad un atteggiamento di sfavore nei confronti del lessico e dei discorsi giuridici tradizionali. Anzi, il concetto di persona giuridica in particolare viene considerato uno strumento descrittivo assai utile. Espressivamente Galgano dice che nessuno si sognerebbe di rinunciare ai vantaggi che esso apporta al discorso dei giuristi (20).

Galgano si riferisce ai vantaggi della semplificazione del discorso e soprattutto del ragionamento giuridico. Anche Hart, Scarpelli e D'Alessandro considerano questi vantaggi come una ragione decisiva per continuare ad usare la terminologia e il concetto di persona giuridica (21).

---

(19) Si vedano in proposito le osservazioni di JORI, *op. cit.*, *passim*; BELVEDERE, *op. ult. cit.*, p. 454 ss.

(20) GALGANO, *Personae giuridiche*, cit., p. 97.

(21) HART, *op. cit.*, p. 54, 72; SCARPELLI, *op. cit.*, p. 124 s.; D'ALESSANDRO, *op. cit.*, p. 342; v. poi spec. il bilancio tracciato da ZATTI, *op. cit.*, p. 382 ss., sui « costi » del concetto di persona giuridica.

Altro problema, benchè strettamente connesso a quello trattato nel testo, è se il concetto di persona giuridica ridefinito analiticamente debba o meno corrispondere in estensione all'espresso uso legislativo. Questo problema, com'è chiaro, infuisce sulla *vexata quaestio* della personalità delle associazioni non riconosciute e delle società di persone. V. in proposito le osservazioni, favorevoli a un uso esteso del concetto, di SCARPELLI, *op. cit.*, p. 120 ss. e di ZATTI, *op. cit.*,

A meglio vedere, tuttavia, questo favore terminologico non implica affatto, secondo me, la convinzione che i discorsi della scienza giuridica tradizionale in tema di persone giuridiche costituiscano nel loro complesso un modello senza pecche di descrizione del diritto positivo. Infatti il lessico giuridico che fa uso del concetto di persona giuridica è ritenuto funzionale ai fini di una descrizione sistematica del diritto positivo, ma solo a patto che sia depurato da tutte le incrostazioni metafisiche e reso più rigoroso, e a patto che se ne chiariscano ed esplicitino i rapporti con il discorso oggetto, quello delle norme.

Così Hart propone un'elucidazione dei contesti nei quali compare il termine 'persona giuridica'; Scarpelli propone una ridefinizione del concetto; D'Alessandro fra ricorso all'*explication of the explicandum* carnapiana (su tutto ciò, v. *infra*).

Se applichiamo a queste operazioni la teoria dei livelli del discorso, otteniamo un modello (invero piuttosto generico, ma le generalizzazioni in questo campo sono pericolose) di scienza giuridica che lavora (non su false teorie, cioè su dottrine, ma) sul linguaggio normativo (non riproducendolo, o fingendo di riprodurlo pedissequamente, ma) rielaborandolo e precisandolo al fine di renderlo più rigoroso. In questo modello « depurato » di scienza giuridica è resa palese — e perciò anche controllabile — l'attività di manipolazione delle norme che i giuristi di solito compiono solo nascostamente.

Galgano evidenzia assai opportunamente un'ulteriore distinzione tra livelli linguistici <sup>(22)</sup>: quella tra il discorso che la dottrina svolge sul diritto ed il discorso sullo « *status* prenormativo » delle persone giuridiche. Galgano sostiene giustamente che le de-

---

p. 332 ss.; v. invece le osservazioni di GALGANO, *Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica*, cit., p. 605 ss., contrarie all'uso esteso del concetto, per ragioni concernenti il « contenuto normativo » della personalità giuridica: per Galgano esiste infatti una radicale differenza nella disciplina dei gruppi riconosciuti e dei gruppi non riconosciuti come persone giuridiche, differenza consistente nell'attribuzione ai primi, e non ai secondi, del « privilegio » della responsabilità limitata. Sull'uso della nozione di « privilegio » fatto da Galgano, v. G. ROSSI, *Persone giuridiche, proprietà e rischio d'impresa*, Giuffrè, Milano 1967, p. 47 ss., 64 ss.

(22) GALGANO, *Persone giuridiche*, cit., p. 91 ss.

scrizioni del giurista non devono essere influenzate da una malintesa aderenza alla « realtà empirica », in altre parole dai discorsi sulla « vera natura » della persona giuridica, sia che essi siano semplicemente incorporati nelle classiche « teorie », sia che addirittura siano incorporati nello stesso discorso normativo (come « credenze » implicite nella legge).

Con questa distinzione, la critica all'essenzialismo si precisa traducendosi in una critica alla confusione tra livelli linguistici, critica evidentemente non dettata soltanto dalla passione analitica per le distinzioni, ma da ragioni più profonde e importanti: si vedrà infatti subito come l'acquiescenza al « dato prenormativo » criticata da Galgano abbia influenzato molte tesi correnti sui rapporti tra il concetto di persona giuridica e quello di persona fisica. Si vedrà più avanti però che anche le concezioni analitiche sono costrette ad affrontare in qualche modo il problema della « realtà » delle persone giuridiche (v. *infra*, par. 8.3.).

#### 4. *Persone giuridiche e persone fisiche.*

4.1. La ricerca della « cosa », dell'« essenza » della persona giuridica produce risultati insoddisfacenti non solo a livello definitivo, ma anche ad altri livelli.

Infatti, a quanto pare, il concetto di persona giuridica finisce per « contaminare » molti altri concetti giuridici che vi si affiancano o combinano nel discorso dogmatico. Comunque si creda di poter individuare l'essenza della persona giuridica, essa infatti appare pur sempre un'entità incerta ed evanescente, e predicare, di un'entità siffatta, la titolarità di un diritto o di un obbligo, la responsabilità civile o penale, appare piuttosto strano e problematico. Insomma, il concetto di persona giuridica finisce per incrinare molti « pezzi » della « vetrina dogmatica »<sup>(23)</sup>: così il concetto di capacità, giuridica e d'agire, il concetto di titolarità, quello di diritto soggettivo, e specialmente di proprietà, quello di responsabilità, ecc.<sup>(24)</sup>.

<sup>(23)</sup> L'espressione è di D'ALESSANDRO, *op. cit.*, p. 264.

<sup>(24)</sup> V., per tutti, sul concetto di capacità, A. FALZEA, *Capacità*, voce dell'*Enciclopedia del diritto*, e ora in *Voci di teoria generale del diritto*, Giuffrè,

Il terzo fuoco di problemi che ho individuato nel par. 1.4. raccoglie le critiche analitiche specialmente dirette contro la costruzione del concetto di persona giuridica come concetto di *species*, accanto a quello di persona fisica, ambedue considerati appartenenti al *genus* 'persona'. Queste critiche rappresentano forse l'aspetto centrale dell'opera di dissoluzione dei connotati tradizionali del concetto: da esse infatti molti analisti partono per proporre una corretta ricostruzione.

D'Alessandro, Galgano, Zatti ed altri <sup>(25)</sup> hanno ben evidenziato le strettoie cui è costretto un ragionamento dogmaticamente basato sulla definizione di 'persona giuridica' come concetto di *species* appartenente al *genus* 'persona'. Infatti ciò conduce inevitabilmente ad impostare il problema della « natura » della persona giuridica in termini di contrapposizione o di assimilazione rispetto alla « natura » della persona fisica. Quest'ultimo concetto è stato poi sempre inteso in termini ap problematici, cioè semplicemente identificato o ridotto al concetto di « uomo » in senso naturalistico. Il problema della persona giuridica è stato pertanto impostato come problema dei rapporti di somiglianza e di differenza rispetto al concetto naturalistico di « uomo ».

Anche la più raffinata considerazione della persona fisica come creazione del diritto non ha modificato affatto questa impostazione: infatti, anche in questo caso, il concetto di persona fisica è continuato ad apparire illusoriamente semplice, una specie di riflettore giuridico puntato sull'uomo, ed è sempre con questa illusoria semplicità che il nostro concetto ha dovuto fare i conti, dovendo pur sempre essere costruito per analogia o per opposizione al primo.

Va da sé che quando l'assimilazione o la contrapposizione non risultano completamente soddisfacenti, perchè la bipartizione

---

Milano 1970, p. 87 ss.; sul concetto di titolarità, N. IRTI, *Sul concetto di titolarità*, in « Rivista di diritto civile », 1970, pp. 501-531; sul concetto di proprietà, Rossi, *op. cit.*; sulla responsabilità penale, *La responsabilità penale delle persone giuridiche in diritto comunitario*, Atti della Conferenza organizzata dal Centro Internazionale di Ricerche e Studi sociologici, penali e penitenziari, Giuffrè, Milano 1981.

<sup>(25)</sup> Soprattutto l'eccellente libro di ZATTI, *cit.*, è impegnato a discutere le forme molteplici in cui è stato difeso il « privilegio teorico » della persona fisica.

persona fisica - persona giuridica lascia inevitabilmente fuori qualche fenomeno, proprio questo schema di ragionamento suggerisce la costruzione di una terza specie, o di gradazioni o gradi di personalità: nascono così i concetti di « soggettività senza personalità », « personalità attenuata », e simili <sup>(26)</sup>.

Il trattamento acritico della persona giuridica come concetto di *species* produce inoltre conseguenze disastrose nell'impostazione dei problemi interpretativi. L'apparato concettuale che fa uso delle partizioni in generi e specie induce infatti irresistibilmente a ritenere che la disciplina del genere debba o possa essere applicata anche alle specie sottostanti <sup>(27)</sup>. E siccome nei vari diritti positivi il genere 'persona' non ha una disciplina sua propria e autonoma, la suddetta costruzione ha indotto a ritenere che fosse la disciplina delle persone fisiche (le persone *par excellence*) a dover essere estesa alle persone giuridiche, quando ovviamente a ciò non fosse di ostacolo la differente « natura » dei due enti. Sono così fiorite e continuano a fiorire divertenti dispute non solo sull'onore o sull'ingratitude delle persone giuridiche, ma anche sulla loro razza o sul loro carattere di « nemico » <sup>(28)</sup>.

4.2. Si potrebbe credere che questi problemi e questi risultati paradossali costituiscano l'inevitabile raccolto di chi ha disseminato il mondo giuridico di enti fittizi o macroantropi, non di chi invece ha cercato di dissolvere la persona giuridica, riducendola a norma che disciplina i comportamenti di individui umani. In particolare, non di Kelsen, il cui obiettivo, anche nelle pagine dedicate al tema della persona, è proprio quello di combattere quel tanto di metafisico, sostanzialista e ideologico che anima il pensiero giuridico tradizionale. Invece, il bersaglio principale di molte critiche analitiche ai rapporti tra le due specie di persona

---

<sup>(26)</sup> Su questi temi si vedano i vari contributi di P. RESCIGNO, ora raccolti nel volume *Persona e Comunità*, Il Mulino, Bologna 1966; v. anche gli Atti del Convegno sul tema *Persona giuridica e gruppi organizzati*, a cura del CNPDS, Giuffrè, Milano 1971.

<sup>(27)</sup> V. TARELLO, *op. cit.*, p. 199 ss.; BELVEDERE, *op. ult. cit.*, p. 466 ss.

<sup>(28)</sup> Per una panoramica su queste dispute e sui relativi orientamenti giuridici, v. SERICK, *op. cit.*, p. 162 ss.; GALGANO, *op. ult. cit.*, p. 54 ss.

non è nè la vetusta teoria della finzione, nè quella «organica» della realtà, bensì proprio la concezione kelseniana.

Kelsen, com'è noto, inserisce la sua critica al dualismo persona fisica - persona giuridica nell'ambito della critica più generale al dualismo ideologico diritto soggettivo - diritto oggettivo. La sua tesi è che entrambi i concetti — persona fisica e persona giuridica — sono solo costruzioni ausiliarie della scienza giuridica, personificazioni di un complesso di obblighi e di autorizzazioni, cioè di norme giuridiche. Quindi, per Kelsen, anche la persona fisica *non* coincide con l'uomo in senso biologico. D'altra parte il diritto regola soltanto comportamenti umani: perciò anche i diritti e doveri della così detta persona giuridica sono nient'altro che diritti e doveri di individui umani <sup>(29)</sup>.

Ma gli analisti rilevano che l'uomo in senso biologico, dopo essere stato cacciato dalla porta della purezza ideologica («la 'persona fisica' non è l'uomo»), rispunta dalla finestra dell'incoerenza intrasistemica, quando Kelsen definisce la persona fisica come il complesso di norme che disciplinano *i comportamenti di un medesimo uomo* <sup>(30)</sup>. Dunque Kelsen reintroduce surrettizia-

<sup>(29)</sup> V. H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, trad. it., Einaudi, Torino 1952, pp. 87 ss.; ID., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, trad. it., Etas, Milano 1974, p. 93 ss.; ID., *La dottrina pura del diritto*, trad. it., Einaudi, Torino 1966, p. 192 ss.

<sup>(30)</sup> V. D'ALESSANDRO, *op. cit.*, pp. 253 ss.; IRTI, *op. cit.*, p. 525; ZATTI, *op. cit.*, spec. p. 123 ss. D'Alessandro (seguito, con maggiore cautela, da Zatti) attribuisce un carattere sostanzialmente finzionista alla dottrina kelseniana.

La parola «finzione» viene usata, a proposito delle teorie della persona giuridica, in sensi assai diversi. Certe volte la si oppone infatti a «realtà» (fisica, naturale), altre volte invece a «realtà giuridica». Nei due casi il significato della parola muta sensibilmente, e soprattutto muta il soggetto considerato autore del ragionamento finzionista: infatti, nel primo caso, evidentemente, autore della finzione della persona giuridica può essere tanto il legislatore quanto il giurista; nel secondo caso invece non può che essere il giurista.

La teoria di Kelsen può essere qualificata finzionista solo se con questo si vuole precisare che non si tratta di teoria realista (cioè che Kelsen non crede nell'esistenza «tangibile» delle persone giuridiche). Kelsen in effetti riconosce il carattere fittizio del meccanismo con il quale il diritto ascrive il comportamento di un individuo umano ad una comunità; non ritiene invece affatto che i giuristi o il legislatore *fangano* l'esistenza di enti che in natura non esistono;

mente nella sua teoria un elemento naturalistico, un elemento che appartiene al mondo dell'essere ed è fortemente impregnato di ideologia giusnaturalistica, come egli stesso ha del resto messo altrove in evidenza. Questa intromissione risulta assai evidente se si esaminano le caratteristiche dell'ordinamento parziale che costituisce il punto di unificazione delle norme ipostatizzate come « persone fisiche »: infatti Kelsen qui affianca al suo concetto di ordinamento giuridico, caratterizzato dalla comunità di *fonte*, un altro concetto di ordinamento giuridico, questa volta caratterizzato invece dalla comunità di *contenuto* — appunto i comportamenti di un medesimo individuo — e perciò da un elemento che la norma trova fuori di sè, nel mondo dell'essere <sup>(31)</sup>. Questa identificazione dell'ordinamento in base al contenuto si ritrova anche nella definizione kelseniana dell'ordinamento - persona giuridica: anche in questo caso infatti le norme vengono unificate, in ultima analisi, per il fatto che disciplinano il comportamento di un medesimo gruppo di uomini <sup>(32)</sup>.

Kelsen pertanto, a giudizio delle teorie analitiche, riproduce nella propria teoria quel vizio di ragionamento, quella trasposizione di piano dal mondo normativo al mondo naturalistico, da lui stesso criticata come un errore delle concezioni usuali della persona.

4.3. Gli analisti non criticano la riduzione kelseniana del concetto di persona a complesso di norme che regola il comportamento di individui umani solo perchè essa rivela un'incoerenza

---

semmai egli ritiene che entrambi siano abbagliati da forme sostanzialiste e ipostatizzanti di discorso e di pensiero.

Sulle finzioni giuridiche v. A. ROSS, *Le finzioni giuridiche*, in *Critica del diritto e analisi del linguaggio*, trad. it. a cura di A. FEBBRAJO e R. GUASTINI, Il Mulino, Bologna 1982; GUASTINI, *Problemi d'analisi del linguaggio normativo*, introduzione al volume appena citato, p. 55 ss.; L. FULLER, *Legal Fictions*, Stanford U. P., Stanford 1967; F. TODESCAN, *Diritto e realtà. Storia e teoria della fictio juris*, Cedam, Padova 1979; sulle coppie opposizionali realtà-finzione, realtà-forma, v. anche TARELLO, *Formalismo giuridico e Realismo giuridico*, voci del *Novissimo Digesto Italiano*, ora in *Diritto, enunciati, usi*, Il Mulino, Bologna 1974, p. 19 ss. e 51 ss.

<sup>(31)</sup> D'ALESSANDRO, *op. cit.*, p. 253; IRTI, *op. cit.*, p. 525 s.

<sup>(32)</sup> ZATTI, *op. cit.*, p. 207.



nell'«armonico edificio» della dottrina pura. Piuttosto la loro critica sembrerebbe rivolta generalmente contro tutti i tentativi di riduzione o traduzione delle norme concernenti le persone giuridiche in norme disciplinanti il comportamento di individui umani.

Così Hart afferma che «la teoria, che gli enunciati riferiti alle persone giuridiche siano abbreviazioni ingannevoli di altri enunciati intorno ai diritti e ai doveri delle persone fisiche, è stata di solito avanzata in forma tanto rozza da non meritare di essere presa in considerazione» (33). Scarpelli ammette i meriti della polemica, condotta dalla teoria individualista, per chiarire che sotto la persona giuridica non ci sia un misterioso macroantropo, ma considera questa teoria altrettanto insoddisfacente a livello costruttivo, dato che essa non chiarisce quali siano le condizioni d'uso, diverse dall'esistenza del macroantropo, per l'impiego del concetto di persona giuridica (34). Rilievo analogo è formulato da D'Alessandro, il quale contesta in particolare a Kelsen e a Ascarelli di non avere affatto superato l'obiezione che la persona giuridica «viene ... abitualmente presentata, fin dal livello istituzionale, come qualcosa avente diritti e doveri *distinti e diversi* dai diritti e doveri degli individui che la compongono. È chiaro che ove questo rispondesse a verità — ove cioè qualcosa si perdesse per strada nel processo di imputazione indiretta e venisse trattenuta, per così dire, nella prima fase senza risolversi poi, nella seconda, in una imputazione a persona fisica — la teoria dell'imputazione in due tempi non potrebbe più aspirare a render conto ... del fenomeno delle persone giuridiche, e con essa cadrebbe anche la concezione strumentale delle persone giuridiche medesima» (35).

Galgano cita con approvazione le parole di Arangio-Ruiz, secondo il quale «nessuna situazione giuridica facente capo all'ente morale si potrebbe ragionevolmente risolvere in una situazione individuale *identica*, o in una serie di situazioni individuali dello

---

(33) HART, *op. cit.*, p. 69. Più benevole è il giudizio che Hart esprime sulla teoria di Hohfeld.

(34) SCARPELLI, *op. cit.*, p. 114.

(35) D'ALESSANDRO, *op. cit.*, p. 261.

stesso *tipo* o su parti dello stesso oggetto (*quote*) perchè le situazioni individuali sono diverse sia nel senso che non sono dello stesso tipo, sia nel senso che non corrispondono a quote della situazione facente capo all'ente» (36). Un rilievo molto simile è fatto da Hart a proposito della concezione hohfeldiana. Hohfeld, secondo Hart, «ha capito che gli enunciati riguardanti le società non possono essere 'ridotti' ad enunciati riguardanti le persone fisiche ma sono, come egli stesso scrive, 'sui generis'» (37).

Le teorie «individualiste», e quella di Kelsen, rappresentano dunque il principale bersaglio polemico degli argomenti analitici. Ciò non significa, come potrebbe sembrare a prima vista, che l'individualismo sia l'aspetto di queste teorie che gli analisti considerano inaccettabile. L'apparente paradosso si spiega agevolmente pensando che tutte le tesi analitiche che stiamo esaminando si collocano, come vedremo meglio appresso (*infra*, par. 8), in una prospettiva genericamente neoempirista. Adottando tale prospettiva appare immediatamente insostenibile una chiarificazione del concetto di persona giuridica che faccia riferimento a enti fittizi o a macroorganismi: pochi sforzi e pochi argomenti sono dunque spesi per confutare posizioni del genere. La prospettiva individualistica appare invece a prima vista più attraente e più sensata, sia perchè si radica nell'intuizione comune che identifica le persone con gli esseri umani, sia perchè si combina perfettamente con il truisimo che fa del diritto una regolamentazione del comportamento umano. Dietro l'asprezza di alcune critiche analitiche alle tesi individualistiche si intravede dunque la convinzione che la strada individualista sia in fondo quella giusta, ma che non sia stata percorsa correttamente e fino in fondo.

Nei paragrafi successivi si vedrà che, almeno con riferimento ad alcuni analisti, questa impressione trova puntuale sostegno nella ricostruzione da essi proposta del concetto di persona giuridica.

---

(36) GALGANO, *op. ult. cit.*, pp. 11-12, 15; la citazione è tratta da G. ARANGIO-RUIZ, *Gli enti soggetti dell'ordinamento internazionale*, I, Giuffrè, Milano 1951, p. 94.

(37) HART, *op. cit.*, p. 70, nota 1.

Si tratta ora di esaminare più analiticamente i contributi prescelti. Comincerò col discutere le idee di Hart e di Scarpelli, che per primi hanno impostato e rispettivamente sviluppato una teoria della definizione dei concetti giuridici, ed affrontato su questa base la questione della persona giuridica.

##### 5. *Significato, definizione e concetti giuridici.*

5.1. Hart, come abbiamo già visto (*supra*, par. 2.2.), mette in luce l'inutilità e la pericolosità del definire per genere e differenza applicato ai concetti giuridici. Tali concetti infatti, secondo Hart, da un lato non hanno una immediata contropartita nel mondo fattuale, dall'altro assolvono una funzione peculiare, che verrebbe occultata da quel tipo di definizione. Essi infatti servono a trarre una *conclusione di diritto* da premesse che comprendono certe asserzioni di fatto ed un richiamo a norme giuridiche <sup>(38)</sup>. Hart dunque propone per i concetti giuridici quell'operazione definitoria nota come *definizione in uso* o *contestuale* <sup>(39)</sup>. Questo tipo di definizione non fornisce un sinonimo del *definiendum*, perchè non lo prende in considerazione isolatamente, bensì nei contesti tipici in cui esso compare. La definizione in uso proposta da Hart consiste appunto nell'elucidazione degli enunciati tipici che incorporano il concetto in questione, e nella determinazione delle condizioni alle quali si può dire che essi rispondono a verità.

Scarpelli critica il metodo proposto da Hart, affermando che «all'esame dei contesti non conviene ... dare il nome di 'definizione'», e rilevando che Hart si attiene ad un concetto di definizione troppo ristretto <sup>(40)</sup>, ma accoglie comunque l'idea fonda-

<sup>(38)</sup> HART, *op. cit.*, p. 51 s.

<sup>(39)</sup> HART, *op. cit.*, p. 57 ss.

<sup>(40)</sup> SCARPELLI, *op. cit.*, p. 86. È stato rilevato (da BELVEDERE, *op. ult. cit.*, p. 388 ss.) che è invece Scarpelli che si attiene a un concetto di definizione troppo ristretto, poichè esclude dalla sua tipologia le definizioni in uso. Belvedere rileva anche che il metodo definitorio proposto da Scarpelli non è poi tanto dissimile da quello proposto da Hart, giacchè entrambi gli autori ritengono appropriata, per i concetti giuridici, una definizione contestuale (cioè non

mentale del filosofo inglese, che gli enunciati in cui ricorrono i concetti giuridici implicano sempre un riferimento a norme e servono a trarre conclusioni di diritto <sup>(41)</sup>. Scarpelli però, a differenza di Hart, sviluppa una classificazione sistematica dei concetti giuridici, raggruppandoli in quattro categorie <sup>(42)</sup>. Il concetto di persona viene da lui collocato nella classe dei concetti che designano fatti qualificati da norme o qualificazioni di fatti da parte di norme <sup>(43)</sup>. Scarpelli poi suddivide ulteriormente i concetti che designano fatti qualificati da norme, a seconda che essi si riferiscano a fatti attuali, oppure a fatti eventuali, oppure agli uni e agli altri congiuntamente. Il concetto di persona appartiene a quest'ultima sottoclasse, e perciò, a detta di Scarpelli, è quello che ha condizioni d'uso più complicate.

I concetti qualificatori, tra i quali quello di persona, esprimono tutti un riferimento a norme, come abbiamo visto, e perciò non possono essere tradotti, mediante definizione, in concetti desi-

---

sinonimica); e inoltre che la definizione condizionale di Scarpelli non consente comunque di cogliere il significato costante del concetto prescindendo dall'esame dei contesti in cui esso compare.

Anche a me pare che le idee di Hart e di Scarpelli non siano così distanti come le dichiarazioni di Scarpelli possono far credere. In particolare, l'obiezione di Scarpelli ad Hart, che il metodo dell'elucidazione non consentirebbe di cogliere, dei concetti giuridici, l'aspetto comune riducibile a regola, mi pare possa essere superata ricordando che Hart riferisce questo metodo ai contesti *tipici* in cui il concetto compare. L'« aspetto comune riducibile a regola » che Scarpelli ritiene necessario cogliere nei concetti giuridici corrisponde dunque all'*uso tipico* degli enunciati che incorporano il concetto.

La differenza vera tra l'approccio di Hart e quello di Scarpelli mi pare stia invece nel fatto che il primo autore ha in mente piuttosto una ricognizione lessicale degli usi tipici effettivi, mentre Scarpelli mira dichiaratamente ad una ridefinizione dei concetti giuridici.

Sulla distinzione tra definizioni lessicali, ridefinizioni e definizioni stipulative, v. SCARPELLI, *op. cit.*, p. 27 ss., e gli autori citati alla nota 7.

<sup>(41)</sup> SCARPELLI, *op. cit.*, p. 78 s., 81, 84.

<sup>(42)</sup> Esse sono: concetti che designano cose, proprietà e relazioni di puro fatto; concetti che designano cose, proprietà e relazioni qualificate secondo norme o valori; concetti che designano norme o sistemi di norme; concetti che esprimono il neustico degli enunciati normativi. Sulla classificazione proposta da Scarpelli, v. LANTELLA, *op. cit.*, p. 143 ss.; BELVEDERE, *op. ult. cit.*, p. 383 ss.

<sup>(43)</sup> Sui concetti qualificatori in generale, v. SCARPELLI, *op. cit.*, p. 75 ss.

gnanti meri fatti. Questo spiega perchè Scarpelli ritenga appropriata, per tali concetti, soltanto una *definizione condizionale*: i connettivi logici « se » e « allora », che rendono condizionale la definizione, esprimono appunto l'irriducibilità di tali concetti al linguaggio cosale (44).

Lo schema generale della definizione di questa specie di concetti è del tipo: « se si hanno norme così e così, e una asserzione così e così, o asserzioni così e così, e le tali operazioni di combinazione di norme e asserzioni portano a tale conclusione, allora il tal concetto può essere usato » (45).

Con la definizione è possibile espungere dal discorso i concetti qualificatori, sostituendoli con l'indicazione della norma, o delle norme, e dell'asserzione, o delle asserzioni, e delle operazioni di combinazione tra le une e le altre che producono la conclusione normativa (46). Questa operazione secondo Scarpelli è sempre possibile e utile a fini analitici, ma può risultare assai macchinosa, specie per concetti con condizioni d'uso assai complesse, e perciò non giova all'economicità del discorso. Perciò è sufficiente indicare la possibilità di eliminare i concetti qualificatori: si potrà dunque continuare ad usarli, utili come sono alla semplificazione del discorso giuridico (47).

I concetti qualificatori, secondo Scarpelli, adempiono anche ad una funzione conoscitiva: « se mi è nota la premessa normativa, in relazione alla quale un soggetto impiega un concetto qualificatore, affermando una conclusione normativa, io posso risalire all'altra premessa, l'asserzione, che può portarmi una conoscenza » (48). Viceversa, se è nota la premessa fattuale, è possibile allo stesso modo risalire alla premessa normativa. Se le condizioni d'impiego del concetto comprendono non (asserzioni su)

---

(44) È questa, avverte SCARPELLI, *op. cit.*, p. 82, una riformulazione tecnicamente precisa del rifiuto della fallacia naturalistica, cioè della pretesa che i concetti qualificatori possano essere definiti solamente indicando i caratteri di fatto di ciò cui essi si applicano (v. anche p. 75).

(45) SCARPELLI, *op. cit.*, p. 81.

(46) SCARPELLI, *op. cit.*, p. 84.

(47) SCARPELLI, *op. cit.*, p. 74.

(48) SCARPELLI, *op. cit.*, p. 83.

fatti attuali, ma (su) fatti eventuali, allora il concetto adempirà ad una funzione conoscitiva solo indiretta <sup>(49)</sup>.

5.2. È opportuno soffermarsi su alcuni aspetti della teoria della definizione di Hart e Scarpelli.

In primo luogo, come abbiamo visto, sia per Hart che per Scarpelli i concetti giuridici qualificatori (secondo il lessico di Scarpelli) sono dotati di significato. Questo risulta implicito nel trattamento di tali concetti fatto da Hart, ed esplicitamente dalla teoria del linguaggio normativo elaborata da Scarpelli. Per il nostro autore infatti anche gli enunciati normativi, e non solo quelli conoscitivi, fanno riferimento a situazioni o eventi della realtà. Il 'significato', per Scarpelli, è appunto la capacità, comune agli enunciati conoscitivi e a quelli normativi, di fare riferimento a situazioni o eventi <sup>(50)</sup>.

La definizione dei concetti qualificatori ne esprime dunque il significato, che consiste nel riferimento a norme, ad asserzioni e a operazioni di combinazione delle une con le altre. Siccome i concetti giuridici fanno riferimento a norme, la loro definizione non potrà mai riferirsi in maniera diretta, bensì solo in maniera condizionata, a fatti (descrizioni di fatti).

Com'è noto, gli oppositori di questa teoria del significato sostengono invece che i concetti giuridici non significano nulla,

---

<sup>(49)</sup> V., a proposito del concetto di diritto soggettivo e in generale di questa specie di concetti qualificatori, SCARPELLI, *op. cit.*, p. 108 s.

<sup>(50)</sup> La parte, comune agli enunciati conoscitivi ed a quelli normativi (il lessico è di Scarpelli), che fa riferimento a situazioni od eventi, è chiamata da Scarpelli *frastico*. Il *neustico* è invece quella parte degli enunciati che ne esprime la funzione, di guida diretta del comportamento nel caso degli enunciati normativi, di guida indiretta del comportamento nel caso degli enunciati conoscitivi. Scarpelli riprende su questi temi la concezione e la terminologia di R. M. HARE, *Il linguaggio della morale*, trad. it., Ubaldini, Roma 1968. Dato che sia le norme che le asserzioni possono riferirsi a fatti, anche le definizioni condizionali, secondo Scarpelli, « devono avere per base il linguaggio cosale [cioè devono in ultima analisi fare riferimento a oggetti di osservazione e a relazioni tra oggetti di osservazione], purchè tutti i segni designativi impiegati per formularle, ossia per enunciare le norme e le asserzioni, le loro relazioni, le operazioni di combinazione e i loro risultati siano riducibili al linguaggio cosale » (*op. cit.*, p. 82). V. anche la nota 106.

dato che ad essi non corrisponde niente nel mondo <sup>(51)</sup>. Questa è la posizione, ad esempio, di Ross, il quale conclude perciò che i concetti giuridici hanno la stessa natura dei connettivi logici, servendo essi unicamente a rendere possibili i discorsi giuridici sistematici <sup>(52)</sup>.

La tesi di Ross, e quella di molti altri realisti anche più « estremisti » <sup>(53)</sup>, presuppone una teoria del significato che attribuisce al concetto di « significato » una portata piuttosto ristretta, facendolo coincidere con il riferimento empirico. A noi questa teoria del linguaggio interessa particolarmente perchè, quando passeremo a parlare del contributo di D'Alessandro, vedremo che egli ne accoglie una variante (la c.d. *picture theory*), e la coniuga proprio con la concezione russiana dei concetti giuridici, per difendere una posizione « neoindividualista » sul problema della persona giuridica (v. *infra*, par. 8).

È quasi superfluo precisare che, peraltro, la concezione più liberale del significato dei concetti giuridici sostenuta da Scarpelli e implicita negli scritti di Hart non è affatto incompatibile con l'idea che tali concetti posseggano un carattere sistematico, benchè quest'ultima si coniughi, nel pensiero del suo autore, Ross, con una concezione ben diversa del significato. In altre parole è ben possibile, anche senza accettare la teoria russiana del significato, ammettere che i concetti giuridici possano esplicitare (anche)

---

<sup>(51)</sup> È la tesi diffusa fra i sostenitori del c.d. realismo giuridico. V., ad es., K. OLIVECRONA, *La struttura dell'ordinamento giuridico*, Etas Kompass, Milano 1972, p. 263 ss. e, sulla persona giuridica, pp. 272-3; ID., *Linguaggio giuridico e realtà*, trad. it. in *Diritto e analisi del linguaggio*, cit., pp. 239-293. Per Olivecrona i concetti giuridici sono « parole vuote » (*hollow words*), che non significano niente ma hanno un'importante funzione sociale, perchè esercitano una grande forza di suggestione sulla gente, inducendola a credere che esistano davvero cose come diritti, doveri, ecc., e a comportarsi di conseguenza.

<sup>(52)</sup> V. Ross, *Tà-tà*, trad. it. in « Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto », 1970; ID., *La definizione nel linguaggio giuridico*, in « Logique et Analyse », 1958, entrambi ora ripubblicati in *Diritto e analisi del linguaggio*, cit., rispettivamente alle pp. 165-181 e 199-214; ID., *Diritto e giustizia*, trad. it., Einaudi, Torino 1965, p. 160 ss.

<sup>(53)</sup> Infatti Ross riconosce almeno un *ruolo sintattico* ai concetti giuridici, e sottolinea inoltre la loro utilità ai fini di una descrizione sistematica delle norme giuridiche.

la funzione di evidenziare le connessioni e gli elementi comuni a una pluralità di norme. Ed infatti questa considerazione dei concetti giuridici emerge senz'altro dai discorsi di Hart e Scarpelli, come vedremo trattando delle loro osservazioni sulla persona giuridica.

In secondo luogo, sia Scarpelli che Hart sostengono espressamente che ogni descrizione del significato dei concetti giuridici debba sempre contemplare un riferimento a norme giuridiche. Anche a questa convinzione si oppongono varie forme di realismo giuridico <sup>(54)</sup>; anzi, si può forse sospettare che esista una immediata contiguità tra la teoria ristretta del significato e la pretesa realistica che i concetti giuridici siano riducibili a concetti puramente fattuali <sup>(55)</sup>. Anche questo punto verrà richiamato quando si parlerà di D'Alessandro e di Galgano. Vedremo infatti che specialmente D'Alessandro difende la sua tesi, che il concetto di persona giuridica abbia carattere meramente sistematico, partendo proprio dall'idea che il concetto di persona fisica sia fattuale e non qualificatore.

In terzo luogo, Scarpelli sostiene che i concetti qualificatori adempiono anche ad una funzione conoscitiva. Dalla conclusione normativa che il concetto serve a formulare si potrà infatti risalire alla premessa fattuale oppure a quella normativa, a seconda di quale delle due sia già nota. Evidentemente coloro che identificano il significato con il referente empirico e negano la significanza dei concetti giuridici, sono costretti ad escludere che essi esplichino qualsivoglia funzione conoscitiva che non sia quella meramente riassuntiva <sup>(56)</sup>.

---

<sup>(54)</sup> Come quello di Ross, il quale tratta tutta una serie di concetti, qualificatori secondo Scarpelli e Hart, come concetti meramente fattuali, e li interpreta in particolare come previsioni relative al comportamento sanzionatorio delle corti. Si veda la critica di SCARPELLI, *op. cit.*, p. 87 s.; in generale, per le critiche al modello c.d. « predittivistico » del diritto, v. HART, *Il concetto di diritto*, trad. it., Einaudi, Torino 1965, spec. p. 98 ss.; ID., *Il concetto di obbligo*, in « Rivista di Filosofia », 1966, pp. 125-140.

<sup>(55)</sup> V. G. P. BAKER, *Defeasibility and Meaning*, in *Law, Morality and Society. Essays in Honour of H. L. A. Hart*, a cura di P. M. S. HACKER e J. RAZ, Clarendon Press, Oxford 1977, pp. 26-57, spec. pp. 26-27.

<sup>(56)</sup> SCARPELLI, *op. cit.*, p. 91, dice che, anche a seguire la teoria russiana dei concetti giuridici, si è pur sempre costretti a riconoscere ad essi carattere



## 6. *Le persone giuridiche secondo Hart e Scarpelli.*

6.1. Possiamo ora finalmente trattare delle considerazioni che Hart e Scarpelli dedicano espressamente al tema della persona giuridica.

Scarpelli propone, per i concetti qualificatori, non una definizione lessicale, che ne riproduca gli usi incerti e mutevoli, bensì una ridefinizione che, non discostandosi completamente dall'uso comune (dei giuristi), ne precisi e ne delimiti il significato <sup>(57)</sup>.

Ogni ridefinizione, per la parte in cui si discosta dall'uso comune, è soggetta ad un giudizio di opportunità e di fecondità euristica. Scarpelli non adduce giustificazioni speciali per la sua ridefinizione di 'persona', ma richiama implicitamente l'esigenza generale di dissipare le confusioni filosofiche, di garantire l'univocità degli usi futuri e di permettere il controllo del corretto uso degli enunciati contenenti termini qualificatori <sup>(58)</sup>.

Condizione d'uso di questo, come di altri concetti qualificatori, è un certo trattamento normativo di fatti e di comportamenti.

Scarpelli giustifica il trattamento usuale del concetto di persona come concetto di genere, rilevando che ci sono buone ragioni per considerare congiuntamente la persona fisica e la persona giuridica. Infatti, in entrambi i casi « si ha una pluralità di fatti, attuali e possibili, fatti meri e atti, aventi una rilevanza giuridica, fatti costitutivi, direttamente o indirettamente, di diritti e di adempimento di doveri, e c'è tra questi fatti un collegamento, tale che la rilevanza giuridica di uno di essi dipende dalla relazione con un altro o con altri fatti » <sup>(59)</sup>. Usando il concetto di persona si seleziona un certo collegamento tra fatti e atti giuridici, per cui la rilevanza di uno di essi dipende dalla sua relazione con un altro o con altri fatti.

La differenza tra il concetto di persona fisica e quello di persona giuridica sta nella natura del collegamento adoperato <sup>(60)</sup>.

---

conoscitivo. V. in proposito le osservazioni di ZATTI, *op. cit.*, p. 227 ss.; BELVEDERE, *op. ult. cit.*, p. 386.

<sup>(57)</sup> SCARPELLI, *op. cit.*, p. 96 ss.

<sup>(58)</sup> SCARPELLI, *op. cit.*, p. 42 ss.

<sup>(59)</sup> SCARPELLI, *op. cit.*, p. 116.

<sup>(60)</sup> SCARPELLI, *op. cit.*, p. 117.

Nel caso della persona fisica il collegamento « consiste nel riferimento dei vari fatti allo stesso uomo », secondo criteri differenti <sup>(61)</sup>. Nel caso della persona giuridica, il collegamento consiste invece nel riferimento dei vari fatti allo stesso ordinamento <sup>(62)</sup>.

« Possiamo dunque dire che condizione di uso del concetto di persona giuridica è una disciplina giuridica, la quale comporta la previsione normativa di una pluralità di fatti, attuali e possibili, fatti meri od atti, un collegamento tra essi, consistente nel riferimento ad uno stesso ordinamento, e l'attribuzione a tali fatti di una rilevanza giuridica in funzione di relazioni tra essi intercorrenti » <sup>(63)</sup>.

A conclusione di questo discorso, Scarpelli dichiara di aver fatto propria la soluzione di Kelsen, che inquadra il concetto di persona tra i concetti che servono a ridurre ad unità una pluralità di norme <sup>(64)</sup>.

È stato invece fatto notare assai acutamente che non v'è « perfetta coerenza tra questo richiamo kelseniano e la premessa definizione » <sup>(65)</sup>. Infatti nella definizione di Scarpelli il ruolo unificatore delle norme richiamate dal concetto non è sostenuto dai comportamenti di un individuo o di un gruppo di individui, come invece accade nella definizione kelseniana; perciò « l'unificazione delle norme, che il concetto di persona fisica esprime, non [è] contrapponibile a quella operata dal concetto di persona giuridica in ragione della circostanza che l'unità trova, nel primo caso, *fuori* dalle norme stesse il suo elemento unificatore » <sup>(66)</sup>. Neppure nella ridefinizione scarpelliana del concetto di persona fisica, e tantomeno in quella di persona giuridica, l'uomo svolge infatti il ruolo del soggetto dell'azione, al quale vengono 'riferiti' in questo senso i comportamenti; piuttosto esso rappresenta « un aspetto, fra gli altri, rilevante nel processo di collegamento *tra*

---

<sup>(61)</sup> SCARPELLI, *loc. ult. cit.*

<sup>(62)</sup> SCARPELLI, *op. cit.*, p. 118.

<sup>(63)</sup> SCARPELLI, *loc. ult. cit.*

<sup>(64)</sup> SCARPELLI, *op. cit.*, p. 119.

<sup>(65)</sup> ZATTI, *op. cit.*, p. 205.

<sup>(66)</sup> ZATTI, *op. cit.*, p. 212.

fatti giuridici » (67): i fatti gli vengono riferiti non solo perchè da lui materialmente compiuti, ma anche in base ad altri, molteplici, criteri di collegamento. « E dunque, la funzione del concetto di persona fisica, di ridurre ad unità una serie di norme, non si regge sull'identità del destinatario delle indicazioni normative, ma si assimila alla funzione del concetto di persona giuridica nel ridurre ad unità tutte le norme che regolano fatti o atti giuridici 'riferiti' a uno stesso uomo o a uno stesso ordinamento: cioè tutte le norme il cui schema di collegamento tra fatti e atti trova tramite, nel senso indicato, nell'esistenza e identità di uno stesso uomo o nella formazione dello stesso gruppo organizzato » (68).

Queste precisazioni illustrano assai bene il senso della proposta di Scarpelli, di continuare a trattare il concetto di persona come concetto di genere e di considerare *entrambi* i concetti — persona fisica e persona giuridica — come concetti *qualificatori*. Infatti *anche* il concetto di persona fisica per Scarpelli non è riducibile a puro fatto. Così come condizione di uso del concetto di persona giuridica non è la semplice esistenza di un ordinamento, giacchè occorre che il diritto ne faccia un comune punto di riferimento, attraverso il quale collegare una pluralità di fatti, allo stesso modo condizione di uso del concetto di persona fisica non è la semplice esistenza di un individuo umano: occorre infatti che il diritto tratti quest'ultimo come punto di riferimento comune di atti e fatti (69).

6.2. Dunque le idee di Scarpelli sono piuttosto distanti da quelle di Kelsen. Esistono invece a mio parere affinità tra la ridefinizione scarpelliana del concetto di persona giuridica ed alcune osservazioni di Hart.

Hart non si sofferma in modo sistematico sull'elucidazione del concetto di persona giuridica (*rectius*: degli enunciati che lo

(67) ZATTI, *op. cit.*, p. 213. Per un esame approfondito delle differenze che intercorrono tra la nozione di « riferimento » usata da Scarpelli, e quella di « imputazione » usata da Kelsen, v. p. 209 ss.

(68) ZATTI, *op. cit.*, p. 117.

(69) SCARPELLI, *op. cit.*, p. 122.

contengono), e si dedica invece soprattutto alla critica delle teorie individualiste ed al « mistero » della responsabilità penale delle persone giuridiche per reati che implicano la capacità di intendere e di volere <sup>(70)</sup>.

Hart comunque osserva che in molti ordinamenti esistono regole « che collegano delle identiche conseguenze a dei fatti anche assai differenti fra loro » <sup>(71)</sup>. Un tipo semplice è dato dalle regole che collegano la medesima conseguenza ad azioni o accadimenti diversi <sup>(72)</sup>. Più complessa è la regola « la quale prescrive che quel che va fatto ad un certo momento durante una sequenza di azioni, dipenda da ciò che è stato fatto od è successo prima » <sup>(73)</sup>. « In simili casi, una sequenza di azioni o di situazioni di fatto viene unificata semplicemente *coll'essere ricondotta sotto certe regole*; per tutto il resto esse possono essere diverse quanto pare » <sup>(74)</sup>. La terminologia che fa uso del concetto di persona giuridica consente appunto di parlare in forme appropriatamente unificate della sequenza così unificata, serve a mostrare che noi applichiamo ai fatti *questo* tipo peculiare di regole.

Da queste citazioni mi pare emerga chiaramente che Hart e Scarpelli concordano sulla tesi che il concetto di persona giuridica serve a selezionare il collegamento tra una pluralità di atti o fatti, che risultano perciò qualificati in un certo modo e considerati unitariamente. Per entrambi gli autori il criterio di selezione, che il concetto di persona giuridica consente di usare, è stabilito dalle norme, e non da un qualche elemento extranormativo.

Come si è visto Hart, a differenza di Scarpelli, non parla espressamente di ordinamenti parziali, e preferisce mettere in evidenza la peculiarità delle norme che si riferiscono alle *corporations*: « in certe speciali situazioni, definite da apposite norme giuridiche, vi sono delle altre norme, che vengono applicate al comportamento individuale in una maniera radicalmente diversa (benchè sia anche analoga) da quella in cui tali norme vengono

---

<sup>(70)</sup> HART, *Definizione e teoria in giurisprudenza*, cit., p. 67 ss., 73 ss.

<sup>(71)</sup> HART, *op. ult. cit.*, p. 52.

<sup>(72)</sup> HART, *op. cit.*, p. 52.

<sup>(73)</sup> HART, *op. cit.*, p. 53 s.

<sup>(74)</sup> HART, *loc. ult. cit.* Corsivo mio.

applicate agli individui, che non si trovano in tali particolari situazioni»: si tratta di « un uso nuovo ed esteso di regole giuridiche, e delle espressioni che in esso sono implicate » (75).

Potrebbe sembrare da ciò che Hart a sua volta accogliesse un'impostazione individualista, nella convinzione che solo l'uomo sia il « vero » soggetto del diritto, e che tutte le norme siano in qualche modo riducibili a regole del comportamento umano. Ed infatti Galgano cita queste ultime affermazioni di Hart proprio a sostegno di una tesi del genere.

Certo gli argomenti di Hart sono piuttosto oscuri e frammentari per poter fornire appigli in un senso o nell'altro. Infatti il filosofo inglese, quando parla delle persone giuridiche, si riferisce indiscriminatamente tanto alle norme che ne costituiscono la disciplina, quanto agli enunciati in cui si fa uso del concetto, senza distinguere chiaramente tra i due livelli del discorso. Così egli allude indistintamente a norme 'speciali', a norme che si applicano agli individui in maniera diversa da quella usuale, a 'usi nuovi' delle norme.

Hart comunque, come si è visto più sopra, critica con asprezza le teorie individualiste, sostenendo che *qualunque* riduzione degli enunciati che si riferiscono a persone giuridiche ad enunciati riferiti ad individui comporta comunque un mutamento nel significato dei primi. Inoltre non vi è niente nelle sue osservazioni che faccia pensare ad una persistente credenza nel « privilegio teorico » della persona fisica.

In conclusione, forse è possibile sostenere che quando Hart parla di « uso nuovo ed esteso di regole giuridiche e delle espressioni in esse contenute », egli voglia specialmente alludere alla prassi dei tribunali inglesi, di estendere le norme ai casi nuovi mascherando questa attività creativa sotto l'argomento analogico, e rilevare che questa estensione talvolta non è possibile (senza una creazione di diritto nuovo) perchè in certi casi, come egli dice, « il diritto non presenta più possibilità di aperture » (76). In tali casi, parlare di applicazione anzichè di creazione sarebbe fuorviante, anche perchè occulterebbe il fatto che i concetti estesi

(75) HART, *op. cit.*, p. 67.

(76) HART, *op. cit.*, p. 74.

acquistano un nuovo significato quando vengono riferiti ai casi nuovi (77).

7. *Le persone giuridiche come « simboli incompleti ».*

7.1. D'Alessandro ha il merito di avere fatto il punto sulle concezioni individualiste della persona giuridica che hanno avuto maggiore diffusione presso i giuristi italiani: quelle di Kelsen e di Ascarelli. In particolare, egli per primo ha evidenziato in maniera assai convincente quelle incongruenze intrasistematiche della dottrina kelseniana su cui mi sono soffermata nel par. 4.2. Soprattutto, D'Alessandro ha affrontato con grande consapevolezza metodologica il problema del referente empirico del concetto di persona giuridica.

Egli conclude, come Hart e Scarpelli, che ' persona giuridica ' è un *nomen* al quale non corrisponde alcun *ens* (78), e critica come essenzialistica « la convinzione che fra un simbolo e il suo significato esista una relazione necessaria, fissa e immutabile » (79).

La sua conclusione è che i nomi delle persone giuridiche sono « simboli incompleti ». « I simboli completi sono *nomi di oggetti*: essi vengono introdotti mediante definizioni esplicite e cioè, sostanzialmente, indicando l'*oggetto del quale essi sono il nome*. Attraverso la definizione apprendiamo il significato del simbolo, *significato che si identifica con l'oggetto denotato o simboleggiato*. Accanto a questi, tuttavia, sussiste un'altra categoria di simboli — chiamati, appunto, incompleti — per i quali non riesce di indicare un'entità che essi simboleggino » (80). D'Alessandro precisa che però i simboli incompleti possono far parte di contesti

---

(77) Hart aveva in precedenza espressa, e poi ripudiata, una concezione assai diversa del significato dei concetti giuridici e della natura dell'attività giudiziaria. V. HART, *L'ascrizione della responsabilità e dei diritti*, trad. it. in *Contributi all'analisi del diritto*, cit., pp. 2-36. Su ciò v. JORI, *Hart e l'analisi del linguaggio*, in « *Materiali per una storia della cultura giuridica* », 1979, pp. 161-228, alla p. 200 ss.; v. anche BAKER, *op. cit.*, *passim*.

(78) D'ALESSANDRO, *op. cit.*, p. 286.

(79) D'ALESSANDRO, *op. cit.*, p. 266.

(80) D'ALESSANDRO, *op. cit.*, p. 288. Corsivi miei.

significanti e perciò sono definibili implicitamente mediante definizione in uso.

Perchè i nomi delle persone giuridiche sono simboli incompleti? D'Alessandro, per chiarirlo, inizia col prendere in considerazione due serie di norme individuali, aventi come soggetto grammaticale (destinatario) rispettivamente il nome proprio di una determinata persona fisica e quello di una determinata persona giuridica, e osserva come esse funzionino diversamente. Infatti la prima serie di norme non crea problemi neppure al senso comune perchè in questo caso noi sappiamo « a chi guardare » per appurare se il dovere attribuito dalla norma sia stato adempiuto o il potere esercitato <sup>(81)</sup>. Questo « qualcosa a cui guardare », al limite indicandolo col dito, è l'individuo umano in carne ed ossa: il suo nome serve a determinare la paternità dell'azione prescritta <sup>(82)</sup>, e quindi a decidere conclusivamente l'adempimento o la violazione della norma.

I nomi delle persone fisiche sono perciò simboli completi (ma v. *infra*, par. 8.1.). I nomi delle persone giuridiche sono invece simboli incompleti proprio perchè sprovvisti di questa corrispondenza fattuale immediata. Il nome di una persona giuridica è solo il soggetto grammaticale, e non il soggetto logico della norma (soggetto logico potendo essere solo l'uomo in carne ed ossa). In quanto sprovvisto di significato, il simbolo « persona giuridica » può essere trattato solo *sintatticamente* e non *semanticamente* <sup>(83)</sup>. Occorre cioè individuare, all'interno del discorso in cui il simbolo compare, le regole (sintattiche) che consentono di eliminarlo e sostituirlo con simboli significanti, cioè con nomi di persone fisiche. Così, le norme riferite alle persone giuridiche sono « traducibili » in una o più altre norme ove il nome della persona giuridica non compare più <sup>(84)</sup>. D'Alessandro sottolinea che « la traducibilità ...

<sup>(81)</sup> D'ALESSANDRO, *op. cit.*, p. 273 ss., 280.

<sup>(82)</sup> Uso 'prescrivere' in senso lato, comprensivo dell'attribuzione di facoltà e/o poteri, come del resto fa D'Alessandro.

<sup>(83)</sup> D'ALESSANDRO, *op. cit.*, p. 284. Il nostro autore propone, per l'analisi del concetto di persona giuridica, l'operazione che Carnap chiama *explication of the explicandum*, molto simile alla ridefinizione scarpelliana, tranne per il fatto che D'Alessandro sembra collocarla più sul versante delle stipulative.

<sup>(84)</sup> D'ALESSANDRO, *op. cit.*, p. 283.

risult[a] predisposta nello stesso contesto normativo, [viene] cioè autorizzata dal legislatore medesimo. L'equivalenza di significato che permette la traduzione è data cioè per definizione ... risultando da un'esplicita convenzione linguistica instaurata dal legislatore » <sup>(85)</sup>. Dunque le norme relative alle persone giuridiche « servono *esclusivamente* a richiamare un gruppo di altre norme, relative queste ultime a sole persone fisiche » <sup>(86)</sup>.

7.2. Il meccanismo che consente la traduzione delle norme riferite alle persone giuridiche in norme che si riferiscono esclusivamente a persone fisiche non è altro che il kelseniano procedimento di imputazione in due tempi opportunamente corretto. La traduzione è possibile, *senza mutamenti di significato*, a patto di non intendere, come Kelsen lo intende, il processo di imputazione in due tempi come una trasposizione meccanica, dalla persona giuridica alle persone fisiche, della disciplina dell'aspetto materiale del comportamento (e quindi concepire la traduzione come mera sostituzione dei nomi dei soggetti agenti). La traduzione va invece operata, secondo D'Alessandro, in base ai criteri predisposti dal legislatore quando disciplina l'ordinamento interno della persona giuridica: « per ogni persona giuridica esiste un gruppo di norme (ordinamento interno, normativa di organizzazione) le quali provvedono appunto ad indicare quali individui in carne ed ossa dovranno in effetti tenere il comportamento prescritto alla persona giuridica o esercitare il potere ad essa accordato » <sup>(87)</sup>. Le norme sulle persone giuridiche, perciò, non determinano direttamente nè l'aspetto personale, nè l'aspetto materiale del comportamento prescritto dalla norma: nell'imputazione in due tempi invece si attua ciò che D'Alessandro definisce « frammentamento » e « funzionalizzazione » delle posizioni individuali <sup>(88)</sup>.

Pare a D'Alessandro che questa precisazione consenta di superare l'obiezione, citata nel par. 4.3. tramite le parole di Arangio-Ruiz, che non vi sarebbe coincidenza tra le posizioni imputate

<sup>(85)</sup> D'ALESSANDRO, *op. cit.*, pp. 283-284.

<sup>(86)</sup> D'ALESSANDRO, *op. cit.*, pp. 285-286. Corsivo mio.

<sup>(87)</sup> D'ALESSANDRO, *op. cit.*, p. 280.

<sup>(88)</sup> D'ALESSANDRO, *op. cit.*, p. 282, 312 ss., 319.



alla persona giuridica, e la somma delle facoltà, poteri e doveri attribuiti agli individui. Questa obiezione infatti, secondo il nostro autore, si regge solo sul presupposto della rigida tipicità dei *nomina juris*, è cioè alimentata dalla convinzione che i concetti di proprietà, debito, credito ecc. abbiano *sempre* lo stesso contenuto (modellato per la verità sul soggetto individuale), sia che si riferiscano a persone fisiche, sia che si riferiscano a persone giuridiche <sup>(89)</sup>.

Questo è un rilievo fatto proprio anche da Galgano: « non è diverso — quando si è in presenza di un gruppo riconosciuto come persona giuridica — il soggetto al quale imputare i rapporti giuridici: diverso è invece il contenuto giuridico dei rapporti facenti capo ai membri » <sup>(90)</sup>.

La chiarificazione del problema della persona giuridica va pertanto iniziata trasferendo l'attenzione dall'angolo visuale dei *soggetti* dell'imputazione, a quello dei *meccanismi* d'imputazione <sup>(91)</sup>. L'unico ostacolo che si oppone a questa nuova considerazione della persona giuridica è solo di ordine dogmatico: « l'ostacolo consiste nella pretesa dottrinale di fare salva, ad ogni costo, l'unità del concetto di proprietà o di obbligazione: si creano, pur di non rinunciare ad essa, astratti soggetti di diritto, ai quali imputare rapporti giuridici corrispondenti all'unitario concetto di proprietà o di obbligazione » <sup>(92)</sup>.

Galgano aderisce alla concezione della persona giuridica come simbolo incompleto formulata da D'Alessandro, ed è convinto, come D'Alessandro, che la « vera » soggettività sia solo quella degli individui umani, e che la soggettività dei gruppi sia tale solo in senso traslato <sup>(93)</sup>; la tradizionale designazione delle persone giuridiche come soggetti di diritto gli appare infatti « solo il frutto della dottrinale costatazione che la disciplina positiva di determinati gruppi dà vita a situazioni *analoghe* a quelle che si verificano per il sorgere d'un soggetto di diritto » <sup>(94)</sup>.

<sup>(89)</sup> D'ALESSANDRO, *op. cit.*, p. 309, 342.

<sup>(90)</sup> GALGANO, *Persone giuridiche*, cit., p. 15.

<sup>(91)</sup> D'ALESSANDRO, *op. cit.*, p. 309; GALGANO, *op. cit.*, p. 15.

<sup>(92)</sup> GALGANO, *loc. ult. cit.*

<sup>(93)</sup> GALGANO, *op. cit.*, p. 22, 59.

<sup>(94)</sup> GALGANO, *op. cit.*, p. 59.

## 8. *Persone giuridiche e « realtà ».*

8.1. È venuto il momento di tracciare un primo bilancio delle tesi analitiche esaminate, per cercare di realizzare l'obiettivo che mi sono proposta con questo saggio: estrarre cioè, dai contributi su cui mi sono soffermata, una teoria del linguaggio ed una concezione del diritto e della teoria del diritto. In parte questo compito è stato già assolto nelle pagine precedenti, ma va ora affrontato in maniera più sistematica.

Imposterò il discorso che segue nei termini di un raffronto tra le concezioni, da un lato di Hart e di Scarpelli, dall'altro di D'Alessandro e di Galgano <sup>(95)</sup>.

Le differenze più evidenti tra i due gruppi di contributi (del resto già messe acutamente in luce da Zatti <sup>(96)</sup>) riguardano il trattamento del concetto di persona come concetto di genere, fatto da Scarpelli e rifiutato da D'Alessandro e da Galgano in nome di una reinterpretazione analitica dell'antica tesi individualistica. Per Scarpelli, come abbiamo visto, due sono i concetti dotati di significato: quello di persona fisica e quello di persona giuridica. Essi hanno condizioni d'uso in parte comuni, tali da giustificare il loro inquadramento nell'ambito di un medesimo *genus*. Per D'Alessandro e Galgano, invece, il concetto dotato di significato è uno solo, ed è quello di persona fisica. E si tratta, è bene sottolinearlo, di un concetto fattuale e non qualificatore: il suo significato, infatti, si conchiude nel simboleggiare l'individuo umano, e prescinde da ogni riferimento normativo. Dipende infatti

---

<sup>(95)</sup> È opportuno precisare che non intendo assimilare completamente le concezioni delle due coppie di autori. Invece voglio limitare il confronto ai soli temi di cui mi sono occupata finora, e solo alle affermazioni fatte dagli autori che esamino sul tema della persona giuridica. Osservo infine che è assai difficile estrarre dagli scritti di Hart una univoca concezione del linguaggio e del diritto, anche a causa del caratteristico modo di procedere del filosofo inglese, il quale non si sofferma mai a trattare *ex professo* di problemi metodologici. Perciò nelle pagine che seguono mi riferirò in prevalenza a Scarpelli, e richiamerò Hart solo quando sarà possibile con qualche sicurezza individuare la sua posizione sui temi discussi. Sul caratteristico stile di Hart, v. JORI, *Hart e l'analisi del linguaggio*, cit., *passim*.

<sup>(96)</sup> ZATTI, *op. cit.*, p. 40 ss., 206 ss.

da una necessità extragiuridica che il soggetto logico (il « vero » soggetto) delle norme possa essere solo un individuo in carne ed ossa.

Inoltre negli argomenti di D'Alessandro e di Galgano è implicitamente postulata un'identificazione tra il soggetto logico della norma, l'individuo umano destinatario delle prescrizioni normative, e l'autore dei comportamenti giuridicamente disciplinati; in altre parole, la persona fisica-uomo viene da essi identificata con « colui che si comporta »<sup>(97)</sup>. Nel discorso di Scarpelli invece, come abbiamo visto (*supra*, par. 6.I.), una tale identificazione non è affatto postulata<sup>(98)</sup>.

Lo sfondo filosofico della teoria dei simboli incompleti richiamata da D'Alessandro (e approvata da Galgano) è l'*atomismo logico* di Russell e la *teoria pittorica del significato*<sup>(99)</sup>. Il nocciolo di questa teoria è che il linguaggio, per essere significante, deve possedere una struttura corrispondente a quella della realtà, e alla fine essere composto da nomi propri logici, cioè tali da avere un referente e uno solo. I termini che non corrispondono ad alcunchè di reale (come i termini di classe e le descrizioni definite<sup>(100)</sup>) sono perciò di per sè privi di significato e possono acquistarlo solo nell'uso, cioè per il tramite degli enunciati in cui compaiono.

La teoria pittorica è stata aspramente criticata non solo perchè legata ad una particolare metafisica<sup>(101)</sup>, ma anche perchè si fa portatrice di una nozione di 'significato' veramente angusta e

(97) D'ALESSANDRO, *op. cit.*, spec. p. 278, nota 40.

(98) Rimando ancora una volta al conclusivo esame di ZATTI, *op. cit.*, p. 195 ss.

(99) B. RUSSELL, *Sulla denotazione*, trad. it. in *La struttura logica del linguaggio*, a cura di A. BONOMI, Bompiani, Milano 1978, pp. 179-195; A. N. WHITEHEAD, B. RUSSELL, *I principi della matematica*, trad. it., Newton Compton, Roma 1977, cap. III.

(100) Cioè descrizioni usuali del tipo « un uomo, qualche uomo, qualsiasi uomo, tutti gli uomini, l'attuale re d'Inghilterra, l'attuale re di Francia, il centro di massa del sistema solare nel primo istante del XX secolo ... » (RUSSELL, *op. cit.*, p. 179).

(101) Quella, appunto, dell'atomismo logico; v. le osservazioni di J. O. URMSON, *Philosophical Analysis*, Oxford University Press, London 1976, parte I; sulle ambiguità della teoria dei simboli incompleti v. spec. p. 27 ss.

autodistruttiva <sup>(102)</sup>. Infatti, in base ad essa, non solo tutti gli usi prescrittivi del linguaggio (norme, giudizi di valore), ma anche una grossa fetta degli usi descrittivi ordinari verrebbero condannati all'insignificanza.

Oltre a questa critica esterna, si può muovere anche una critica interna alla teoria dei simboli incompleti, o meglio all'interpretazione che di questa teoria fornisce D'Alessandro quando sostiene che i *nomi* (propri) delle persone fisiche sono simboli completi mentre i *nomi* (propri) delle persone giuridiche sono simboli incompleti. Infatti mi pare che D'Alessandro assuma — erroneamente *anche* rispetto alla teoria delle descrizioni di Russell — che vi sia identità tra la nozione di *simbolo completo* e la nozione di *nome proprio* (di un individuo). Invece le due nozioni sono completamente indipendenti, *anche* nella teoria di Russell, perchè i nomi propri in generale, e quindi anche quelli di individui umani, non hanno di per sè un referente empirico: infatti essi possono non denotare alcunchè *e perciò* non possedere alcun significato <sup>(103)</sup>. Sbaglia perciò D'Alessandro a dire che i nomi degli individui umani hanno sempre un referente empirico e perciò sono simboli completi, e viceversa che i nomi delle persone giuridiche sono privi di referente empirico e perciò sono simboli incompleti.

In realtà l'«atomismo logico» di D'Alessandro è di tipo un po' particolare: egli infatti assume — anche se per scelta convenzionale <sup>(104)</sup> — che le unità atomiche e indecomponibili siano gli individui umani, e può per questa via giustificare la sua affermazione, che solo i nomi di persone fisiche siano dotati di significato, laddove i simboli delle persone giuridiche *non sono neanche dei nomi*, perchè non designano individui umani <sup>(105)</sup>.

<sup>(102)</sup> V. le critiche di P. F. STRAWSON, *Sul riferimento*, trad. it. in *La struttura logica del linguaggio*, cit., pp. 197-224.

<sup>(103)</sup> Alla fin dei conti infatti, secondo la teoria dei simboli incompleti, le uniche espressioni significanti sarebbero le c.d. *espressioni indicali*, del tipo: « questo ... qui », e non i nomi propri.

Lo slittamento dai nomi ai simboli e viceversa è evidentissimo in D'ALESSANDRO, *op. cit.*, p. 283, 295. Nel mio stesso senso v. la critica di ROSSI, *op. cit.*, pp. 55-57.

<sup>(104)</sup> D'ALESSANDRO, *op. cit.*, p. 293 ss.

<sup>(105)</sup> D'ALESSANDRO, *op. cit.*, p. 291, in nota.

Vedremo fra poco (*infra*, par. 8.2.) che queste « stranezze » della teoria del significato di D'Alessandro hanno una significativa spiegazione: D'Alessandro (con Galgano) si serve infatti della teoria dei simboli incompleti adattandola opportunamente per dare dignità più generale al suo *riduzionismo giuridico*, e per giustificare così in chiave analitica una concezione individualistica della persona giuridica.

La concezione scarpelliana del significato rientra pur sempre nel filone delle teorie referenziali, ma è di certo più liberale rispetto alla *picture theory* (ivi inclusa la variante di D'Alessandro). Infatti secondo Scarpelli, come abbiamo visto, perchè un enunciato sia dotato di significato è sufficiente sapere a quali situazioni o eventi esso faccia riferimento; non è invece necessario che esso possieda quel particolare rapporto (peraltro già più aperto rispetto a quello teorizzato da Russell) con la realtà, che viene espresso con i termini ' verità ' e ' falsità ' (108).

È interessante notare come D'Alessandro riesca a fondere la propria teoria dei simboli incompleti con il concetto di nesso teorico intermedio usato da Ross per dimostrare il carattere esclusivamente sistematico dei concetti giuridici (qualificatori, secondo il lessico di Scarpelli). Infatti, secondo la teoria dei simboli incompleti, il simbolo ' persona giuridica ' ha unicamente una dimensione sintattica e non semantica: esso dunque funziona esclusivamente come nesso di passaggio o di richiamo tra gruppi diversi di norme. Dice infatti D'Alessandro che « la funzione e il significato della posizione X ascritta alla persona giuridica è tutta nel richiamo delle norme interne che dispongono che *quando* la persona giuridica si trova nella posizione X, *allora* questi o quest'altri organi si trovano nella posizione Y o Z. Cosicché la posizione X finisce in definitiva per servire da nesso teorico di comodo fra una serie di fatti giuridici — quelli che appunto

---

(108) SCARPELLI, *op. cit.*, p. 45 ss. Scarpelli distingue il principio di significanza dal principio di verificaione (*op. cit.*, spec. p. 50) e considera il primo, come abbiamo già visto, applicabile sia agli enunciati conoscitivi, sia a quelli normativi. Infatti le asserzioni devono essere dotate di significato, affinché se ne possa predicare la verità o la falsità; le norme devono essere dotate di significato, affinché possano esplicare la funzione di guida diretta del comportamento. V. anche SCARPELLI, *Semantica giuridica*, voce del *Noviss. Dig. It.*, spec. p. 986 ss.

producono la posizione X — e quelli che sono i loro veri effetti giuridici, e cioè le posizioni individuali Y o Z » (107).

Si ricordi a questo proposito che Ross considera la ' proprietà ' come un termine *logico, senza alcun riferimento semantico, che serve esclusivamente come strumento di presentazione* (108).

Scarpelli certo non accetta l'idea del carattere sistematico dei concetti giuridici in questo senso forte, cioè legato alla teoria del significato che abbiamo visto sopra. Egli tuttavia ammette implicitamente che il concetto di persona giuridica svolga *anche* una funzione sistematica, nel senso di permettere l'indicazione in forma abbreviata degli aspetti comuni ad una pluralità di norme (e a una pluralità di fatti eventuali). È proprio *questo* carattere sistematico che ad avviso di Scarpelli rende il concetto di persona giuridica un prezioso strumento di semplificazione e di sistemazione del materiale giuridico.

8.2. Come abbiamo visto, D'Alessandro e Galgano esprimono la convinzione che gli unici « veri » soggetti del diritto siano le persone fisiche, e dichiarano di fondare questa loro idea su una teoria generale del significato e su una correlativa teoria del significato dei concetti giuridici.

Mi pare però che la teoria del significato sia servita a questi autori per dare dignità più generale ad un'altra idea, questa volta specificamente filosofico-giuridica: l'idea che ogni norma sia, o sia riducibile a, disciplina di comportamenti umani. Propongo di chiamare questa tesi *riduzionismo giuridico*.

Il *riduzionismo giuridico* trae alimento da due esigenze, una di senso comune ed una scientifica, che si sorreggono e si combinano reciprocamente.

La prima esigenza, quella di senso comune, è espressa assai bene dal truismo per cui *il diritto è, e non può essere altro che, regola del comportamento umano*.

La seconda esigenza, quella scientifica, nasce dalla generica convinzione che un approccio neoempirista al diritto possa venire soddisfatto solo se il diritto si riferisce in qualche modo a fatti

(107) D'ALESSANDRO, *op. cit.*, p. 310, con richiamo a Ross in nota.

(108) V. ROSS, *La definizione nel linguaggio giuridico*, cit., pp. 207-208.

osservabili. In caso contrario il mondo giuridico rimarrebbe sospeso per aria e i discorsi sul diritto non avrebbero maggiore dignità di un gioco intellettuale. Si può così giungere a credere che l'esigenza neoempirista di cui sopra possa venire soddisfatta solo se il diritto è concepito come un mosaico di 'pezzi' che si riferiscono, e quindi (anche) descrivono, una condotta umana. Per questa via può apparire risolto in maniera illusoriamente semplice il rapporto tra il diritto e la realtà, e può sembrare di conseguenza che anche i discorsi sul diritto vengano a possedere qualcosa di simile al riferimento empirico che le ordinarie descrizioni dei fatti hanno. Questa esigenza neoempirista pone dunque quello che potremmo definire *principio di controllabilità* del diritto e dei discorsi sul diritto.

Esistono molte varianti del riduzionismo giuridico. Infatti, a taluni può sembrare insoddisfacente anche questo generico principio di controllabilità, ed invece apparire necessaria la possibilità di verificare il diritto e i discorsi sul diritto, in modo analogo alle ordinarie descrizioni empiriche <sup>(109)</sup>.

L'idea riduzionista è assai diffusa negli ambienti giuspositivisti. Basti pensare alla dottrina pura kelseniana, che la fa propria e la esprime almeno in tre modi: riducendo le norme di struttura a norme di comportamento, riducendo queste ultime a norme che autorizzano la sanzione, considerando « vera » norma giuridica solo quella che attraversa tutti i gradini della *Stufenbau* e congiunge la disposizione costituzionale all'atto coattivo. Questa triplice operazione, nel pensiero di Kelsen, è tesa proprio a garantire che il « prodotto finale » giuridico rappresenti un materiale controllabile per così dire dall'esterno del mondo giuridico, un materiale di cui si possa dire che influisce o non influisce sulla realtà, che è dotato o sprovvisto di efficacia <sup>(110)</sup>.

---

<sup>(109)</sup> Questa è una strada irrimediabilmente realistica, che conduce verso la concezione del diritto come mero fatto che influenza causalmente o motiva psicologicamente i comportamenti umani, e verso la concezione del discorso sul diritto come discorso verificabile *tout court*, cioè come discorso scientifico empirico. Si tratta proprio della strada seguita dal realista Ross.

<sup>(110)</sup> Com'è noto, è proprio il criterio dell'effettività che consente a Kelsen di attribuire una qualche rilevanza empirica al materiale giuridico così manipolato e ridotto.

Dicevo più sopra che l'idea riduzionista trova sostegno in un rispettabile truismo, nonché in rispettabili esigenze scientifiche neoempiristiche. Essa tuttavia rischia di tradursi in una teoria della norma e dell'ordinamento giuridico assai problematiche, come l'esempio di Kelsen mostra esaurientemente.

In particolare, dal nostro truismo, combinato con le generiche esigenze neoempiriste di cui sopra, si potrebbe voler ricavare, presentandola come sua conseguenza necessaria, l'idea che *ogni* norma, per essere «davvero» tale, debba disciplinare comportamenti umani, e concludere che le norme che non adempiono questa necessaria funzione siano «insensate» e al massimo fungano solo da richiamo delle «vere» norme. Questa mi pare la convinzione implicita nel trattamento della persona giuridica fatto da D'Alessandro e da Galgano i quali, come abbiamo visto, accolgono oltretutto una versione riduzionista molto forte: infatti non solo ritengono che tutte le norme debbano necessariamente disciplinare comportamenti umani, ma altresì che esse debbano assumere lo stesso individuo come *destinatario* della disciplina giuridica e come *autore* del comportamento regolato <sup>(111)</sup>.

Non stupisce che da premesse del genere discenda con perfetta coerenza, in tema di persona giuridica, la proposta di ribaltare l'attenzione dal tema dei soggetti a quello dei meccanismi di imputazione, e la correlativa censura alla rigidità mentale della dottrina tradizionale (v. *supra*, par. 7.2.).

Si tratterebbe dunque, nelle intenzioni di D'Alessandro e di Galgano, di sostituire al linguaggio con cui la scienza giuridica ascrive (*rectius*: descrive l'iscrizione) alle persone giuridiche responsabilità, proprietà e obblighi, un linguaggio molto più articolato in cui tali posizioni siano diversificate a seconda dello specifico contenuto che vengono ad assumere quando si riferiscono ad individui considerati *uti universi* anziché *uti singuli*. Usando il lessico teorico generale, si può dire che D'Alessandro e Galgano suggeriscono il seguente principio di individuazione del materiale giuridico: una «buona» descrizione del diritto deve consistere nella descrizione delle qualificazioni giuridiche di azioni umane;

---

<sup>(111)</sup> ZATTI, *op. cit.*, p. 384 ss.



ad ogni qualificazione deve corrispondere una descrizione autonoma e indipendente dalle altre. Quando la descrizione ha per oggetto le norme che disciplinano « comportamenti » di persone giuridiche, si dovrà precisare che tra i fatti che condizionano l'imputazione di una particolare posizione al soggetto (individuale, naturalmente), cioè che determinano la qualificazione del suo comportamento, sono sempre compresi quelli ordinariamente descritti come « costituzione di una persona giuridica » e « attribuzione all'individuo X del potere di agire in suo nome e per suo conto », ecc. (da tradurre a loro volta nel nuovo lessico). Tali fatti andranno riprodotti in ogni descrizione delle qualificazioni di comportamenti di, o relativi a, « membri » od « organi » di persone giuridiche <sup>(112)</sup>.

Come si vede, nel caso di D'Alessandro e di Galgano l'approccio riduzionista produce risultati assai problematici sia in teoria della norma che in teoria dell'ordinamento giuridico. Infatti i principi di individuazione appena abbozzati avrebbero innanzi tutto una portata dirompente rispetto al lessico e ai concetti giuridici tradizionali. In secondo luogo essi prefigurano una descrizione del diritto assai ridondante: infatti ogni « pezzo » di descrizione comprende una parte comune a tutti gli altri. In terzo luogo producono, per converso, una descrizione del diritto frammentaria, che non mette assolutamente in luce l'identità dei fatti

---

<sup>(112)</sup> Sotto un altro profilo, le proposte di D'Alessandro e di Galgano ci riconducono ad una situazione giuridica premoderna: quella, anteriore alle codificazioni, della pluralità dei soggetti di diritto. Infatti, secondo questi autori, il discorso giuridico (o il diritto? V. la nota seguente) dovrebbe rispecchiare la molteplice varietà dei rapporti facenti capo agli individui, e quindi *tipi molteplici di soggetti*, distinguendo ad esempio tra il soggetto individuale, il soggetto associato in maniera temporanea, il soggetto associato in maniera permanente sulla base di strutture organizzative semplici, il soggetto associato in maniera permanente sulla base di strutture organizzative più complesse, il soggetto inserito in strutture organizzative a base reale, ecc. V. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*. Vol. I: *Assolutismo e codificazione del diritto*, Il Mulino, Bologna 1976, nei luoghi citati dall'indice analitico sotto la voce « soggetto di diritto »; ID., *Ideologie settecentesche della codificazione e strutture dei codici moderni*, in S. CASTIGNONE, R. GUASTINI, G. TARELLO, *Introduzione teorica allo studio del diritto. Lezioni*, Ecig, Genova 1978, pp. 189-210, alla p. 201 ss.

che condizionano le diverse qualificazioni normative, ed i collegamenti reciproci tra le varie qualificazioni (113).

Si tratta ora di vedere, per realizzare il confronto che abbiamo in corso, se anche la proposta di Scarpelli possa essere considerata riduzionista nel senso in cui ho usato questa parola a proposito di D'Alessandro e di Galgano, e se presenti inoltre le implicazioni negative in sede di descrizione del materiale giuridico che ho appena messo in luce.

Scarpelli esplicitamente dichiara di usare il termine 'norma' per riferirsi a «ogni enunciato cui venga attribuita la funzione di guida del comportamento» (114). Vi sono norme, egli dice, che prevedono come fattispecie situazioni od eventi già giuridicamente qualificati, oppure che prevedono come effetto giuridico non già l'attribuzione di un dovere di comportamento, bensì di una qualifica giuridica. In tali casi, secondo Scarpelli, deve sempre essere possibile la riduzione delle fattispecie qualificate in fattispecie

---

(113) Evidentemente queste considerazioni implicano che si trattino la frammentarietà, la ridondanza e il distacco dall'uso comune come difetti in una descrizione del diritto. Per una efficace discussione di questi temi e per la proposta di un modello di descrizione del materiale giuridico che sia esente da questi difetti, v. J. RAZ, *Il concetto di sistema giuridico*, trad. it., Il Mulino, Bologna 1977, p. 198 ss. Per l'opinione di MacCormick sul punto, v. *infra* nel testo, par. 9.1.

Ci si potrebbe chiedere se questa proposta di riformare la descrizione del diritto (avanzata esplicitamente da Galgano, come ho già detto, ma implicita anche nelle osservazioni di D'Alessandro) in senso frammentato e pluralistico, sottintenda anche una proposta di riforma dell'attuale normativa che fa uso dei concetti di «diritto soggettivo», «soggetto di diritto» ecc. in modo unitario. Dalle poche osservazioni fatte in proposito da D'Alessandro, si può forse ritenere che questo autore abbia in mente esclusivamente una modificazione degli schemi di ragionamento e di discorso giuridico usuali, per i loro risvolti profondamente ideologici e metafisici. Nel pensiero di Galgano invece l'aspetto della riforma del discorso sul diritto e quello della riforma del diritto si compenetrano: infatti per Galgano le scelte fatte dai giuristi tra le molteplici e tutte legittime costruzioni logiche di un concetto sono scelte in funzione normativa (v. *Persone giuridiche*, cit., p. 96). Dunque la rottura con il pensiero e con la terminologia tradizionale non solo libera il giurista dalle nebbie metafisiche e dalle ideologie, ma influisce altresì direttamente — e in maniera corretta — sui modi di applicazione della legge (p. 96), cioè sul comportamento dei giudici.

(114) SCARPELLI, *op. cit.*, p. 52, 148. Scarpelli tratta la sua definizione di 'norma' come una ridefinizione.

non qualificate e degli effetti normativi, consistenti in attribuzioni di qualifiche, in effetti consistenti in attribuzioni di doveri di comportamento: altrimenti gli effetti giuridici rimarrebbero « sospesi per aria » e la norma non potrebbe svolgere la sua funzione di guida del comportamento <sup>(115)</sup>.

Riguardo al problema che ci interessa più da vicino Scarpelli afferma: « si può consentire con la teoria individualista sul punto che, anche quando si dà la condizione d'impiego del concetto di persona giuridica, il diritto regola pur sempre i rapporti tra gli uomini » <sup>(116)</sup>.

Si può concludere pertanto che anche Scarpelli è un riduzionista <sup>(117)</sup>, seppure non nel senso forte di D'Alessandro e di Galgano: infatti egli usa la locuzione « disciplina del comportamento » in un senso più lato. In particolare, come ha messo bene in evidenza Zatti (v. *supra*, 6.I.), dalla sua analisi del concetto di persona non emerge affatto una postulata identificazione tra il destinatario delle qualificazioni normative e l'autore dei comportamenti regolati.

Vi è tuttavia una differenza cruciale tra il riduzionismo di Scarpelli e quello degli altri autori a cui stiamo rivolgendo l'attenzione. La teoria dei concetti giuridici di Scarpelli non possiede infatti le implicazioni negative della corrispondente teoria implicita nelle osservazioni di D'Alessandro e di Galgano. Questa differenza emerge in modo evidente se si esaminano più da vicino le ridefinizioni scarpelliane dei concetti di persona fisica e di persona giuridica.

« Condizione di uso del concetto di persona fisica — dice Scarpelli — è una disciplina giuridica, la quale comporta la previsione normativa di una pluralità di fatti ..., un collegamento tra

<sup>(115)</sup> SCARPELLI, *op. cit.*, p. 55.

<sup>(116)</sup> SCARPELLI, *op. cit.*, p. 120.

<sup>(117)</sup> Scarpelli ritiene che anche le norme di struttura, che determinano le condizioni dell'appartenenza di una norma all'ordinamento, siano norme di comportamento, in particolare norme che guidano comportamenti relativi ad altre norme. Tuttavia il nostro autore afferma di chiamare 'norme' le norme di struttura solo per seguire l'uso comune (v. p. 60). Non riduzionista in quest'ultimo senso è senz'altro la posizione di Hart: v. HART, *Il concetto di diritto*, cit., cap. V.

essi, consistente nel *riferimento ad uno stesso uomo*, e l'attribuzione a tali fatti di una rilevanza giuridica in funzione di relazioni tra essi intercorrenti » <sup>(118)</sup>. « Condizione di uso del concetto di persona giuridica è una disciplina giuridica la quale comporta la previsione normativa di una pluralità di fatti ..., un collegamento tra essi, consistente nel *riferimento ad uno stesso ordinamento ...* » <sup>(119)</sup>.

Ebbene, mentre il primo concetto può essere usato *quando esista un uomo*, e il diritto lo tratti nel modo che abbiamo visto, il concetto di persona giuridica può essere usato *quando esista un ordinamento*, e il diritto lo tratti in quel modo. Ma è chiaro che le due condizioni sottolineate *non si pongono sullo stesso piano*: infatti, mentre la prima consiste in un fatto « naturale », appartenente al mondo fisico, la seconda consiste in un fatto « normativo », appartenente al mondo giuridico.

Ecco la differenza fondamentale tra i due concetti e la ragione che non consente di ascrivere al pensiero di Scarpelli (almeno in relazione al nostro tema) tutte quelle implicazioni negative che invece si sono potute attribuire al riduzionismo di Galgano e D'Alessandro: Scarpelli parte certamente da presupposti gius-filosofici riduzionistici, ma non li traspone nella sua concezione dei concetti giuridici e nella sua teoria della norma e dell'ordinamento giuridico. In particolare, la sua ridefinizione di 'persona giuridica' non è strutturata in maniera tale da mettere in relazione *tutte* le norme che il concetto serve a richiamare con comportamenti umani; essa serve piuttosto a mettere in evidenza la relazione tra due gruppi (ordinamenti) di norme: da un lato le norme dell'ordinamento parziale, che funge da punto di riferimento, dall'altro le norme (Scarpelli parla di ordinamento generale) accomunate dal fatto di riferirsi *tutte* (non direttamente a comportamenti ma) allo *stesso* ordinamento interno della persona giuridica <sup>(120)</sup>.

La struttura della ridefinizione di persona giuridica proposta da Scarpelli non presenta di conseguenza il difetto di produrre

---

<sup>(118)</sup> SCARPELLI, *op. cit.*, p. 117. Corsivo mio.

<sup>(119)</sup> SCARPELLI, *op. cit.*, p. 118. Corsivo mio.

<sup>(120)</sup> SCARPELLI, *op. cit.*, p. 119.

frammentarietà e ridondanza nella descrizione e formulazione del diritto, difetto implicato dalle idee di D'Alessandro e di Galgano. Inoltre essa ha l'ulteriore pregio di non discostarsi completamente dal modo ordinario in cui i giuristi trattano questo concetto (obiettivo che Scarpelli stesso, come abbiamo visto, si pone espressamente, dacchè propone una ridefinizione invece di una definizione stipulativa).

In conclusione, Scarpelli adotta un riduzionismo moderato e accetta un semplice principio di controllabilità del materiale giuridico: egli infatti ritiene che le norme si riferiscano a fatti o eventi osservabili e che il discorso che fa uso dei concetti giuridici compori un riferimento, da un lato a norme, dall'altro a ordinarie asserzioni di fatto. Sarà sempre possibile, dunque, controllare il rapporto tra norma e realtà: il discorso giuridico (descrittivo?) darà conto (in maniera condizionata) del modo in cui il diritto tratta fatti e comportamenti e del modo in cui essi reagiscono al diritto.

Questo atteggiamento giuridico di Scarpelli dipende senz'altro dal fatto che il nostro autore possiede una teoria del significato più adeguata di quella di Galgano e D'Alessandro, ed inoltre dal fatto che la sua teoria del significato ha un'importanza autonoma e non parassitaria rispetto alla concezione riduzionista del diritto, al contrario della teoria di Galgano e D'Alessandro.

8.3. Resta da esaminare un ultimo aspetto del trattamento analitico della persona giuridica. Infatti dalla ridefinizione di 'persona giuridica' proposta da Scarpelli emerge un problema assai grave e assai dibattuto dai teorici del diritto di indirizzo analitico. La principale condizione d'uso del concetto di persona giuridica (condizione che consente di distinguerlo dal concetto gemello) è infatti, come abbiamo visto, l'esistenza di un ordinamento. Cosa ciò significhi però non è affatto chiaro, mentre, per converso, è del tutto chiara la principale condizione d'uso del concetto di persona fisica, vale a dire l'esistenza di un uomo.

Con questo rilievo pare dunque riemerga, nei termini originari e anteriori al trattamento analitico, l'aspetto cruciale del « mistero » della persona giuridica. Infatti, anche nella ridefinizione di Scarpelli (e a maggior ragione nelle teorie di D'Alessandro e

di Galgano) sotto il concetto di persona fisica sta, in qualche modo, l'uomo. Ma cosa sta «sotto» il concetto di persona giuridica? Non un macroantropo, non un ente fittizio, ma allora che cosa?

Non mi sembra ci siano dubbi sulla risposta di Scarpelli, che questa volta, mi pare, segue linee comuni a quelle degli altri analisti.

Quando Scarpelli infatti dice che condizione d'uso del concetto di persona giuridica è l'esistenza di un ordinamento, non v'è dubbio che egli intenda riferirsi ad un *ordinamento di norme* <sup>(121)</sup>. Scarpelli certamente individua una connessione tra la disciplina richiamata dal concetto di persona e la «base sociologica» costituita dall'esistenza di «una molteplicità di interessi raccolti intorno a un elemento unificatore e dotati di un certo grado di costanza» <sup>(122)</sup>, e precisa che «nel caso della persona giuridica il centro di interessi è dato da un gruppo organizzato per il conseguimento di certi scopi, oppure da un bene o da un complesso di beni a certi scopi destinati» <sup>(123)</sup>, ma chiaramente colloca queste considerazioni su un piano di analisi completamente indipendente da quello giuridico.

Così nella ridefinizione di Scarpelli il concetto di persona giuridica fa riferimento a un ordinamento normativo, cioè a un qualcosa dotato di esistenza piuttosto evanescente. Il concetto di persona giuridica acquisterà una sorta di «empiricità» solo perchè si collegherà, da un lato all'ordinamento giuridico complessivo (e ai suoi criteri di esistenza <sup>(124)</sup>), dall'altro, mediatamente, a comportamenti e accadimenti relativi a individui umani.

Considerazioni molto simili valgono anche per gli altri analisti su cui mi sono soffermata, in particolare per D'Alessandro e per Galgano. Infatti, nonostante le profonde divergenze che intercorrono tra le loro tesi e quelle di Scarpelli, anch'essi sono convinti che il problema della persona giuridica si esaurisca nel-

<sup>(121)</sup> SCARPELLI, *op. cit.*, p. 118 s.

<sup>(122)</sup> SCARPELLI, *op. cit.*, p. 118.

<sup>(123)</sup> SCARPELLI, *loc. ult. cit.*

<sup>(124)</sup> SCARPELLI, *op. cit.*, p. 144. Diverse le opinioni espresse in *Cos'è il positivismo giuridico*, Comunità, Milano 1963, cap. VII.

l'esame del trattamento di certi fatti (per loro solo comportamenti umani) da parte di un complesso di norme. L'estremismo riduzionistico di questi ultimi autori li costringe semmai ad attribuire al concetto di persona giuridica una maggiore « consistenza empirica » ed a cercare una « verificabilità » immediata degli enunciati sulle persone giuridiche semplicemente guardando a certi comportamenti umani.

### 9. *Persone giuridiche e norme costitutive.*

9.1. Indicazioni parzialmente diverse su questo punto cruciale della questione della persona giuridica emergono da un saggio di MacCormick <sup>(125)</sup>.

MacCormick considera lo studio dei concetti giuridici un passo indispensabile per l'analisi degli ordinamenti giuridici come insiemi di norme reciprocamente collegati. Il suo discorso però non tocca specificamente il concetto di persona giuridica, ma riguarda in generale tutti i concetti « sistematici » (secondo la terminologia di Ross).

In primo luogo, MacCormick fa ricorso alla nozione di norma costitutiva e alla correlativa distinzione tra « fatti bruti » e « fatti istituzionali » <sup>(126)</sup>.

Costitutive sono le norme che « creano » enti nel mondo del diritto; fatti istituzionali sono i fatti che (contrariamente ai fatti

<sup>(125)</sup> *Law as Institutional Fact*, citato. V. anche, dello stesso autore, *H. L. A. Hart*, Edward Arnold, Bunglay Suffolk 1981, p. 79 ss.

<sup>(126)</sup> Sul concetto di norma costitutiva v. J. R. SEARLE, *Speech Acts*, Cambridge University Press, Cambridge 1969, p. 33 ss.; G. CARCATERRA, *Le norme costitutive*, Giuffrè, Milano 1974 [edizione provvisoria]; J. RAZ, *Practical Reason and Norms*, Hutchinson, London 1975, p. 107 ss.; A. ROSS, *Direttive e norme*, trad. it., Comunità, Milano 1978, p. 110 ss.; A. FILIPPONIO TATARELLA, *Sulla teoreticità delle norme costitutive*, in « Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto », 1980, pp. 238-281; N. BOBBIO, *Norma*, voce dell'*Enciclopedia Einaudi*, vol. IX, 1980, pp. 896-898; A. G. CONTE, *Paradigmi d'analisi della regola in Wittgenstein*, in *Wittgenstein: momenti di critica del sapere*, a cura di R. EGIDI, Guida, Napoli 1982; T. MAZZARESE, *Metanorme e linguaggio deontico: un'analisi logica*, in « Materiali per una storia della cultura giuridica », 1982, pp. 409-445. V. anche, per ulteriori indicazioni bibliografiche, GUASTINI, *op. cit.*, p. 58, nota 27.

« bruti ») non possono essere compiutamente descritti senza fare riferimento alle norme che, appunto, li istituiscono. Per MacCormick gli usuali concetti giuridici — proprietà, matrimonio, persona giuridica — sono istituzioni, prodotte da fatti istituzionali in questo senso <sup>(127)</sup>.

In secondo luogo, MacCormick sostiene che l'ordinario ragionamento dei giuristi che fa uso dei concetti giuridici ha una grande portata sistematica, perchè consente di focalizzare la distinzione fra tre gruppi di norme reciprocamente connesse. Infatti, per ogni concetto-istituzione, è possibile isolare tre sequenze di norme: *norme istitutive (institutivie rules)*, le quali stabiliscono che, quando si verifica un certo atto o evento (o una loro combinazione anche complessa), viene ad esistenza una specifica istanza dell'istituzione in questione; *norme derivative (consequential rules)*, che assumono come « fatto operativo » (condizione) l'esistenza di una certa istanza dell'istituzione e vi connettono un fascio più o meno ampio di conseguenze; *norme terminative (terminative rules)*, che stabiliscono a quali condizioni una istanza dell'istituzione cessa di esistere <sup>(128)</sup>. Questi tre gruppi di norme sono internamente collegati in virtù del comune riferimento all'istituzione, che viene assunta da ciascuna di esse come conseguenza o come fatto operativo.

Dunque i concetti giuridici, « per il modo in cui vengono adoperati dai giuristi, hanno un'importanza cruciale nella sistemazione del materiale giuridico. Noi postuliamo l'esistenza di singole istanze di tali concetti per essere in grado di conseguire due scopi potenzialmente confliggenti nell'esposizione del diritto. Da un lato infatti possiamo frantumare insieme complessi di materiale giuridico in insieme comparativamente semplici di norme interrelate; e tuttavia, dall'altro lato, possiamo trattare ampi insieme di

---

<sup>(127)</sup> MACCORMICK, *op. cit.*, p. 108: « Intendo usare il termine 'istituzione giuridica' per significare quei concetti giuridici che sono disciplinati da insieme di norme istitutive, derivative e terminative; ne deriva che si potrà affermare con appropriatezza che le singole istanze di questi concetti esistono per un certo lasso di tempo, dal momento in cui si verifica un atto o un evento istitutivo, fino al momento in cui si verifica un atto o un evento terminativo ».

<sup>(128)</sup> MACCORMICK, *op. cit.*, pp. 106-107.



norme in modo organizzato e generalizzato, e non come una massa di mozziconi e di frammenti » (129). Alla luce di questi due scopi, i giuristi sono perciò pienamente giustificati quando considerano le istituzioni giuridiche come « cose » dotate di esistenza temporale (benchè non spaziale), e quando le reificano dando ad esse un nome (130). Ma, naturalmente, « tutto questo è vero solo all'interno dell'universo di discorso giuridico, e rileva esclusivamente per finalità giuridiche » (131). È altresì importante precisare che certe istituzioni esistono solo con riferimento a, o in quanto pertengono a, o ancora in quanto intercorrono fra, particolari individui, mentre certe altre hanno una specie di esistenza indipendente: è il caso delle persone giuridiche (132).

In terzo luogo, MacCormick distingue tra le istituzioni giuridiche « in quanto tali », cioè in quanto enti astratti creati dalle norme e viventi nel *legal universe of discourse*, e le loro singole istanze (133). In tanto è possibile che si realizzino, in virtù di atti umani e/o di fatti naturali, singole istanze di contratto, di persona giuridica, ecc., in quanto l'ordinamento comprenda le appropriate norme istitutive, derivative e terminative: l'istituzione come concetto è logicamente anteriore ad ogni istanza di essa (134).

In quarto luogo, MacCormick avverte che non si deve confondere *questo* concetto giuridico di istituzione con il concetto sociologico di « istituzione sociale ». La possibilità di confusione esiste dacchè molte istituzioni sociali, sotto forma di organizzazioni in senso sociologico, esistono proprio per adempiere a funzioni giuridiche (135).

(129) MACCORMICK, *op. cit.*, p. 108.

(130) MACCORMICK, *op. cit.*, p. 106, 110.

(131) MACCORMICK, *op. cit.*, p. 106.

(132) MACCORMICK, *loc. ult. cit.*, nota 6.

(133) MACCORMICK, *op. cit.*, p. 108 s. MacCormick accoglie la nozione di norma costitutiva elaborata da Searle, ma rimprovera a questo autore di avere identificato le istituzioni con le norme. Dice invece MacCormick che « le istituzioni (e i fatti istituzionali) in senso filosofico ovviamente hanno una qualche relazione con le norme, ma non sono identici ad esse » (p. 105).

(134) MACCORMICK, *op. cit.*, p. 109.

(135) MACCORMICK, *op. cit.*, p. 110.

9.2. In che modo questo discorso di MacCormick può servire a gettar luce sulle questioni affrontate nel paragrafo precedente in relazione alla persona giuridica? A mio parere in molti modi.

Consideriamo infatti la distinzione fra istituzione «in quanto tale» e le sue singole istanze, e combiniamola con quella tra istituzione sociale e istituzione giuridica. Questa duplice distinzione a mio avviso consente di impostare in maniera filosoficamente corretta la questione del «riscontro empirico» del concetto di persona giuridica, e di mettere in luce le confusioni che hanno ostacolato la corretta comprensione del problema.

Nel paragrafo precedente abbiamo visto come le tesi analitiche, rispettivamente di Scarpelli, e di D'Alessandro e Galgano, riconducono la questione della persona giuridica a quella della, di per sè evanescente, esistenza di norme giuridiche, norme che trovano un «riscontro empirico», immediatamente e in senso forte per D'Alessandro e Galgano, mediatamente e in senso debole per Scarpelli.

La duplice distinzione di MacCormick ci consente invece di affrontare il problema operando su tre piani differenti di analisi, e di individuare tre correlative gradazioni di «esistenza» delle persone giuridiche.

La persona giuridica «in quanto tale» non è altro che un ente creato dal diritto, «costituito» da norme giuridiche (norme costitutive, appunto): esiste dunque in modo del tutto interno al diritto. In questo senso, non ha maggiore consistenza di un'idea platonica <sup>(136)</sup>.

Su un piano di «esistenza» più corposa si collocano invece le singole istanze dell'istituzione: esse infatti sono il prodotto giuridico del compimento di atti umani (può trattarsi di atti di esercizio di poteri giuridici, ma, precisa MacCormick, non sempre) e/o dell'accadimento di fatti previsti come condizioni operative dalle norme istitutive. La venuta ad esistenza, in virtù di quegli atti e fatti, della singola istanza dell'istituzione produce a sua volta un'ampia gamma di effetti. Può trattarsi di effetti ancora interni al mondo del diritto; tutti comunque finiranno per influire sulla sfera giuridica dei singoli.

---

<sup>(136)</sup> MACCORMICK, *op. cit.*, p. 109.

Le singole istanze dell'istituzione persona giuridica si connettono poi generalmente ad istituzioni in senso sociologico — la « base sociologica » di cui parla Scarpelli —, cioè ad organizzazioni sociali di persone e di beni. Possiamo perciò individuare un terzo e più tangibile livello di « esistenza » delle persone giuridiche.

Si noti come le così dette teorie istituzionali della persona giuridica — quelle cioè che la identificano con un gruppo organizzato o con un organismo sociale — nascono proprio dalla sopravvalutazione dell'ultimo senso di esistenza a scapito dei due precedenti. Per converso, le varie teorie finzioniste, e quelle che ascrivono alla persona giuridica una mera « esistenza giuridica », nascono invece dalla sopravvalutazione dei primi due sensi di esistenza a scapito dell'ultimo.

Secondo MacCormick è bene che i giuristi si occupino dei primi due livelli di esistenza delle istituzioni giuridiche. Il loro compito è perciò descrivere l'istituzione in quanto tale, cioè il complesso di condizioni istitutive, derivative e terminative da cui dipende ogni concetto giuridico, e stabilire quando le singole istanze dell'istituzione soddisfino tali condizioni (ciò che, secondo MacCormick, non può mai essere deciso in via definitiva <sup>(137)</sup>). Questo approccio ai concetti giuridici è dotato di una grande portata sistematica, giacchè permette di raggiungere un migliore equilibrio tra i due scopi confliggenti che ogni descrizione del diritto deve tendere a soddisfare. Inoltre, questo approccio al diritto sottolinea i punti di contatto che esistono tra il lavoro dei giuristi, quello dei filosofi e quello dei sociologi del diritto <sup>(138)</sup>.

---

<sup>(137)</sup> Infatti secondo MacCormick i criteri di validità di un ordinamento non sono mai completamente definiti: l'ordinamento giuridico ha una struttura intrinsecamente aperta perchè l'attività delle corti non può mai essere costretta da regole che pongano criteri necessari e sufficienti di giudizio. Perciò non possono mai essere elencate in una lista di condizioni necessarie e sufficienti le condizioni che rendono valida ogni specifica istanza delle istituzioni giuridiche: altre condizioni possono sempre venire introdotte attraverso la prassi dei tribunali (v. p. 121 ss.). Questo suggerisce che il controllo definitivo dell'esistenza di una istanza di istituzione giuridica debba essere effettuato guardando al comportamento delle corti.

<sup>(138)</sup> MACCORMICK, *op. cit.*, p. 129.

Dal discorso di MacCormick emerge pertanto una giustificazione del discorso che fa uso dei concetti giuridici assai più radicale di quella usualmente avanzata da parte analitica, che, come abbiamo visto, fa riferimento esclusivo ai vantaggi della semplificazione del ragionamento e del discorso giuridico.

Per tutti i livelli di analisi toccati dal saggio di MacCormick corre il concetto di norma costitutiva. Si tratta di un concetto di origine recente e tuttora assai controverso nel dibattito giuridico. Tuttavia la sua elaborazione in vista di chiarire il problema della persona giuridica (nonchè degli altri concetti giuridici) mi pare un'utile impresa, per le ragioni già dette seguendo il discorso di MacCormick, ed inoltre per le seguenti due ragioni.

In primo luogo, l'idea di un tipo di norma che crea enti giuridici, che disciplina fatti istituzionali, che produce insomma effetti solo interni al mondo giuridico, non è secondo me incompatibile con un approccio neoempirista al diritto e con un riduzionismo opportunamente moderato, quale io sottoscrivo <sup>(139)</sup>. Inoltre, riguardo al nostro specifico problema, il concetto di norma costitutiva ha il pregio di consentire un'analisi più articolata della nozione di «esistenza di un ordinamento» che Scarpelli correttamente pone come condizione d'uso del concetto di persona giuridica nella sua ridefinizione.

In secondo luogo, ad un livello analitico inferiore, il concetto di norma costitutiva a mio parere permette di impostare correttamente i molteplici problemi interpretativi che da sempre si agitano intorno alla questione centrale dell'«essenza» della persona giuridica. In particolare, consente di chiarire come non vi sia niente di misterioso o di fittizio nel fatto che il diritto assuma la descrizione di un fatto «bruto», ad esempio di un comportamento umano, trattandola come condizione per il verificarsi di un effetto «istituzionale» <sup>(140)</sup>. Come, ad esempio, sia ben pos-

<sup>(139)</sup> V. le osservazioni di BOBBIO, *op. cit.*, p. 897.

<sup>(140)</sup> GUASTINI, *op. cit.*, p. 57 s., rileva che le norme costitutive hanno una formulazione molto simile a quella tipica del discorso che procede per finzioni, perchè contengono espressioni equivalenti a «come se», perchè sono espresse nel modo indicativo e perchè è abbastanza difficile trasformarle in imperativi. Questo rilievo suggerisce che le varie teorie finzioniste della persona giuridica sono in effetti andate assai vicine a quello che io considero il cuore del problema,

sibile che una certa dichiarazione fatta da un individuo umano possa contare, per il diritto, come « vendita » da parte di una persona giuridica <sup>(141)</sup>.

Sarà così possibile affrontare correttamente le note ed ambigue questioni di solito formulate in tal modo: « può una persona giuridica commettere reati che implicano la capacità di intendere e di volere? », « può una persona giuridica essere ingrata ai fini della revoca di una donazione? » <sup>(142)</sup>, e via dicendo.

### *Appendice bibliografica.*

In generale, sugli studi in lingua inglese sul concetto di persona giuridica, si veda R. W. M. DIAS, *A Bibliography of Jurisprudence* (3<sup>a</sup> ed.), Butterworths, London 1979, p. 186 ss., specialmente gli autori citati nella sez. *Theories* (pp. 199-204).

Tra i contributi americani di maggiore interesse analitico, v. J. DEWEY, *The Historical Background of Corporate Personality*, in « Yale Law Journal », 1926, p. 655 ss.; M. RADIN, *The Endless Problem of Corporate Personality*, in « Columbia Law Review », 1932, p. 643 ss.

Tra i contributi britannici, v. M. WOLFF, *On the Nature of Legal Persons*, in « Law Quarterly Review », 1938, p. 494 ss.; D. LLOYD (Lord of Hampstead), *The Idea of Law*, Penguin Books, Harmondsworth 1964, p. 300 ss.; R. W. M. DIAS, *Jurisprudence* (3<sup>a</sup> ed.), Butterworths, London 1970, p. 304 ss.; H. L. A. HART, *Definition and Theory in Jurisprudence*, Clarendon Press, Oxford 1953, trad. it. in *Contributi all'analisi del diritto*, a cura di V. FROSINI, Giuffrè, Milano 1964.

In Italia, gli scritti sulla persona giuridica più o meno intensamente influenzati dal metodo analitico sono: C. MAGNI, *Soggetto e persona nel diritto (contributo metodologico)*, in « Il diritto Ecclesiastico », 1951, riprodotto parzialmente in « Studi in onore di V. Del Giudice », vol. II, Giuffrè, Milano 1953; U. SCARPELLI, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, in « Memorie dell'Accademia delle Scienze di Torino », t. 5, parte II, n° 2, Torino 1959; F.

---

senza però saper discernere, all'interno del ragionamento che fa uso della clausola « come se », le peculiarità ulteriori delle norme costitutive.

<sup>(141)</sup> Dall'esempio fatto appare chiaro che la maggiore complessità del concetto di persona giuridica rispetto ad altri concetti giuridici dipende dal fatto che le norme che disciplinano le persone giuridiche sono, per così dire, *doppiamente costitutive*: esse infatti costituiscono i « soggetti » che dovranno « compiere » o ai quali saranno riferiti gli atti o i fatti istituzionali previsti da altre norme costitutive.

<sup>(142)</sup> HART, *op. cit.*, p. 73; GALGANO, *op. ult. cit.*, p. 60 s.

GALGANO, *Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica*, in « Rivista di diritto civile », 1965; G. ROSSI, *Persona giuridica, proprietà e rischio d'impresa*, Giuffrè, Milano 1967; F. D'ALESSANDRO, *Persone giuridiche e analisi del linguaggio*, in « Studi in memoria di Tullio Ascarelli », vol. I, Giuffrè, Milano 1969; F. GALGANO, *Persone giuridiche*, in « Commentario del Codice Civile » a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Zanichelli-Foro Italiano, Bologna-Roma 1969; N. IRTI, *Sul concetto di titolarità (persona fisica e obbligo giuridico)*, in « Rivista di diritto civile », 1970; P. ZATTI, *Persona giuridica e titolarità*, Cedam, Padova 1975.

GAETANO LO CASTRO

## I SOGGETTI 'ARTIFICIALI' DI DIRITTO NELLA DOTTRINA CANONICA CONTEMPORANEA

1. L'introduzione della nozione di *persona moralis* nel *Codex* del 1917, in attuazione di un disegno di razionalizzazione sistematica ed espositiva delle disposizioni normative riguardanti i centri di imputazione di relazioni giuridiche diversi dagli individui fisici. — 2. Lo studio delle persone morali nel diritto canonico contemporaneo nell'ambito della dottrina dei soggetti di diritto, sulla base dei presupposti dommatici propri della scienza giuridica secolare. — 3. Il problema dell'individuazione della natura od essenza delle persone morali: a) le teorie finzionistiche. — 4. (*segue*): b) le teorie realistiche. — 5. (*segue*): c) le teorie eclettiche. — 6. Valutazione critica delle teorie esaminate. — 7. Spunti ricostruttivi: la dottrina del soggetto di diritto come punto di riferimento dell'ordinamento, principio e fine della realtà giuridica e politica, nella scienza giuridica secolare. La perdita dell'idea dell'originarietà del soggetto rispetto al diritto e l'affermazione della concezione della sua natura tutta e solo formale. — 8. L'elaborazione del concetto di persona nella tradizione culturale cattolica: la personalità dell'individuo fisico e la personalità della Chiesa. Rapporto individuo-insieme nell'ordinamento canonico. — 9. L'individuazione della funzione della personalità morale nell'ordinamento canonico: secondo i postulati delle teorie soggettivistiche secolari (considerazioni critiche); nella teoria degli atti giuridici (considerazioni critiche). La tesi accolta.

1. Le fonti del diritto canonico classico e la letteratura giuridica che, nel corso di vari secoli e fino alla vigilia della codificazione del 1917, intorno a tale diritto si era sviluppata, avevano avuto modo di occuparsi di problemi afferenti *collegia, universitates, domus, coetus, instituta* variamente denominati (*xenodochia, orphanotrophia, hospitalia*, ecc.), insomma centri di attribuzione di effetti giuridici e di imputazione di relazioni giuridiche diversi dall'individuo singolo. L'anzidetto fenomeno di imputazione di relazioni giuridiche in situazioni trascendenti la persona singola appare così diffuso in quell'epoca e così strettamente collegato

con la struttura della Chiesa, che uno studioso, dal giudizio sempre molto equilibrato, F. Ruffini, scrivendo prima dell'emanazione del Codice vigente, potè addirittura affermare che il diritto canonico (classico) « aveva dovuto porre per necessità stessa delle cose il suo centro di gravità nel concetto di persona giuridica, facendo di questa la monade della immane organizzazione. Soggetto normale di diritti non è qui pertanto la persona naturale ma la fittizia » (1).

Contrariamente, però, a quanto ritenne Ruffini (2), i più antichi giuristi non avevano elaborato, nè avevano quindi potuto trasmetterci, alcun 'quadro teorico' delle persone morali; anzi a volere restare aderenti al rilievo da loro dato all'opera di concettualizzazione giuridica, non pare neppure corretto attribuire al più antico diritto l'uso sistematico della nozione di *persona moralis*, come comprendente e rappresentante sinteticamente tutti i fenomeni di imputazione prima nominati. Ancora alle soglie della codificazione tale uso non era affatto affermato, anche se, ovviamente, quella nozione non era ignorata dalla dottrina canonica, ed anche se ad essa si prestava una maggiore attenzione dovuta alla sua diffusione nella coeva scienza giuridica civile (3).

(1) F. RUFFINI, *La classificazione delle persone giuridiche in Sinibaldo dei Fieschi (Innocenzo IV) ed in Federico Carlo di Savigny*, in *Scritti in onore di F. Schupfer*, vol. II, Torino, 1898, p. 313-393, ripubblicato in *Scritti giuridici minori*, vol. II, Milano, 1936 (dove citiamo), p. 5-90, in particolare p. 12. L'autore attribuiva la ragione dell'espandersi del fenomeno « al movimento sempre più rapido di accentramento nella costituzione ecclesiastica e al suo cristallizzarsi in una rigida gerarchia di uffici e di enti, che veniva asservendo ed immobilizzando sotto di sè tutto l'elemento laico come semplice oggetto passivo di amministrazione » (ivi). Del resto l'autore non modificò la sua opinione successivamente all'emanazione del Codice: cfr. *Corso di diritto ecclesiastico*, Torino, 1924, p. XI.

(2) F. RUFFINI, *Per la storia politica e dogmatica del par. 87 del codice civile dell'impero germanico (B.G.B.)*, in *O. Gierke zum 70. Geburtstag von Schülern Freunden und Verehrern dargebrachten Festschrift*, Weimar, 1910, vol. II, p. 645-678, ripubblicato in *Scritti giuridici minori*, vol. II, cit., p. 166.

(3) Qualsiasi trattazione dello *ius decretalium* ci rende edotti di ciò; cfr., per tutti, F. X. WERNZ, *Ius decretalium*, Romae, 1905 ss. Ancora nel 1912, in una *animadversio*, presentata dal Wernz nel corso dei lavori preparatori del *Codex*, agli schemi sino ad allora elaborati in materia, faceva l'autore notare che « Tota haec quaestio de personis moralibus et juridicis nondum videtur satis



Certamente per influsso di questa e per l'opportunità offerta dalla nozione di persona morale per razionalizzare sistematicamente ed espositivamente il complesso fenomeno dell'imputazione di effetti a centri diversi dalla persona fisica (nella quale opera di razionalizzazione si vedeva, in generale, uno dei fini e dei vantaggi della codificazione), quella nozione fu finalmente accolta nell'ordinamento canonico con il Codice del 1917. Com'è noto, fu in questo introdotta una normativa generale sulle persone giuridiche, con la quale il legislatore intese risolvere i problemi di classificazione delle stesse (con la distinzione delle persone morali in collegiali e non collegiali: can. 99), dettare le regole per la loro nascita (con l'accoglimento del principio del riconoscimento dato caso per caso da parte dell'autorità competente, o per previa disposizione normativa, fatta salva la personalità di diritto divino della Chiesa cattolica e della S. Sede: can. 100), per le loro deliberazioni (can. 101), per la loro estinzione (can. 102).

Questa normativa generale e molte delle disposizioni particolari sparse nelle diverse parti del Codice, nelle quali si rinviene l'uso del termine *persona moralis* o *juridica*, possono appunto far ritenere che la sua adozione da parte del legislatore canonico sia principalmente avvenuta per ragioni di coordinamento linguistico o sistematico delle varie disposizioni normative, in obbedienza al disegno di razionalizzazione espositiva che il medesimo legislatore intendeva perseguire: così occorre pensare, soprattutto quando il termine *persona moralis* è adoperato per riassumere una pluralità di altre espressioni <sup>(4)</sup>; o quando il legislatore si serve dello stesso per lasciare aperta una previsione normativa, dopo avere elencato varie manifestazioni del fenomeno associativo o istituzionale diversamente denominate <sup>(5)</sup>.

---

ex professo tractata»; che «jus illud de personis juridicis in foro ecclesiastico nondum plene evolutum esse» (per il testo dell'*animadversio*, cfr. G. LO CASTRO, *Personalità morale e soggettività giuridica nel diritto canonico*, Milano, 1974, appendice, p. 238-240, e p. 35 ss. del testo per l'analisi del contributo dell'autore considerato alla stesura definitiva delle norme del Codice in materia).

(4) Cfr. can. 536 par. 1: «Si persona moralis (sive religio, sive provincia, sive domus) debita et obligationes contraxerit ...».

(5) Cfr. can. 2332: «... Universitates vero, Collegia, Capitula aliaeve personae morales, quocumque nomine nuncupentur, interdictum speciali modo Sedi Apo-

D'altra parte, è possibile rinvenire nello stesso codice il riflesso di una lenta ma sicura evoluzione nell'uso della nozione di *persona moralis*: da espressione linguistica adottata per fini sistematici, in sostituzione delle diverse rappresentazioni possibili dei molteplici fenomeni di imputazione di effetti e di relazioni in casi che trascendono le singole persone, essa tende a trasformarsi in 'sostanza': norme, quali ad esempio quelle dei can. 1499 par. 2<sup>(6)</sup>, 451 par. 1<sup>(7)</sup>, 1653 par. 5<sup>(8)</sup>, possono indurre e di fatto hanno indotto a pensare la persona giuridica alla stregua della persona fisica; e a ciò può sospingere anche la presentazione delle persone morali e delle persone fisiche nel medesimo contesto normativo, quasi a comporre un unico quadro concettuale: « In Ecclesia, praeter personas phisicas, sunt etiam personae morales... » (can. 99).

Avremo modo di ricordare a suo tempo (nel par. finale) come siano da considerare eccessive, frutto di una trasposizione concettuale non maturata alla luce dei principi propri dell'ordinamento canonico, le interpretazioni dottrinali che, forzando il dato normativo, concepiscono i soggetti artificiali di diritto come dotati di capacità generale, astratta, preliminare, potenziale, assoluta; e, cioè, come soggetti idonei a riassumere in sè tutte le situazioni giuridiche e di porsi al centro dell'ordinamento, di cui diventerebbero elemento ordinatore, unificante e di propulsione.

Non v'è dubbio, però, come tutti gli specifici e molteplici problemi riguardanti *religiones, domus, capitula, collegia, beneficia* e via dicendo, dei quali invano cercheremmo una trattazione unitaria nell'antica scienza giuridica fino al periodo immediatamente precedente il Codice, siano ora accomunati dalla loro appartenenza alla medesima categoria delle *personae morales*.

stolicae pariter reservatum incurrunt»; cfr., altresì, can. 1423 par. 2; 471 par. 1; 1208 par. 3; 1278; 1410; 1495 par. 2; 1497 par. 1; 1557 par. 2 n. 2.

(6) « Dominium bonorum ... ad eam pertinet moralem personam, quae eadem bona legitime acquisiverit ».

(7) « Parochus est sacerdos vel persona moralis cui parocchia collata est in titulum cum cura animarum ... ».

(8) « In casu vero defectus vel negligentiae illius qui administratoris munere fungitur, potest ipse loci Ordinarius per se vel per alium stare in iudicio nomine personarum moralium quae sub eius iurisdictione sunt ».

S'avrebbe finalmente quel quadro teorico che Ruffini intravedeva nel diritto canonico classico.

2. La decisione del legislatore d'introdurre nell'ordinamento positivo della Chiesa l'anzidetta nozione di persona morale (in ciò seguendo la linea tracciata dalla scienza giuridica civile del tempo) e l'utilizzazione della medesima come locuzione riassuntiva, come espressione sostitutiva e come termine di convergenza e di riferimento dei diversi fenomeni di imputazione di effetti giuridici prima richiamati, si risolse, in definitiva, o fu inteso risolversi, nell'ampliamento del novero dei soggetti di diritto; sicchè il problema delle persone morali sarebbe stato trattato dalla dottrina canonica non nell'ambito della teoria degli atti (e precisamente, degli atti delle persone fisiche: di una loro particolare maniera d'agire e d'intessere rapporti giuridicamente rilevanti), ma nell'ambito della teoria del soggetto di diritto, sulla base di presupposti, implicazioni ed esigenze estranei all'ordinamento della Chiesa, sviluppati viceversa dalla scienza giuridica civile.

Avendo, infatti, il legislatore della Chiesa mutuato da questa scienza giuridica l'uso sistematico della nozione di persona morale, la dottrina canonica, forse senza averne percezione, recepì anche le motivazioni ideologiche e le giustificazioni razionali che quell'uso rendono necessario o, quanto meno, opportuno negli ordinamenti statali.

Sarebbe stato necessario uno sforzo critico, perchè si avesse la giusta consapevolezza del significato assunto dalle teoriche della soggettività nella concezione dell'ordinamento giuridico e nell'individuazione della funzione del diritto; perchè si riuscisse a tenere distinto il tentativo di razionalizzazione sistematica dell'ordinamento (anche attraverso l'adozione della nozione di persona morale) dalle ragioni che tale tentativo hanno giustificato negli ordinamenti secolari, ragioni distanti, come vedremo, dalle idee ispiratrici dell'ordinamento della Chiesa, dalle istanze sue proprie, dai fini ch'esso mira a raggiungere; perchè, infine, si riuscisse a cogliere, in maniera consona al complesso normativo canonico, il problema del rapporto fra soggetto ed ordinamento giuridico. Ma quello sforzo critico mancò.

Concepita la persona morale come soggetto a sè stante, parve, dunque, alla dottrina che i problemi concernenti la stessa altri non avrebbero potuto essere se non quelli propri di ogni soggetto di diritto. Semmai, in quanto soggetto di diritto dotato di una struttura peculiare, si trattava di studiare se e in che misura e attraverso quali meccanismi la normativa dettata per i soggetti di diritto per antonomasia, le persone fisiche, si sarebbe potuta applicare ai soggetti artificiali di diritto, le persone giuridiche. Ma per tale problema, che, com'è noto, ha travagliato la scienza giuridica civile almeno dalla Pandettistica ai nostri giorni <sup>(9)</sup>, la dottrina canonica non ha mostrato eccessiva sensibilità, quasi vi fosse la persuasione che il concetto di soggetto di diritto avesse esigenze e connotati propri, che astraevano da ogni riferimento ad una realtà sottostante; non dovesse cioè essere pensato come rappresentante formalmente e principalmente la situazione giuridica dell'individuo fisico, e potesse in conseguenza essere riferito in modo indifferenziato all'una ed all'altra realtà.

Perniciosa persuasione, come diremo, che affonda le radici in un non ben esercitato spirito di astrazione, il quale, « nelle scienze speculative, porta a sostituire la definizione alla cosa definita »; il che poi è, fra l'altro, « un metodo sicuro per rendere sterili le definizioni » stesse, e sulle cui terribili conseguenze è stata richiamata l'attenzione in sede teoretica <sup>(10)</sup>.

Sfuggivano, così, alla dottrina canonica almeno due questioni, che pure avrebbero dovuto essere reputate previe ad ogni più specifica riflessione sul tema: la prima, riguardante la correttezza dell'ascrizione delle persone morali o giuridiche fra i soggetti di diritto o, se si vuole, della trattazione dei problemi della personalità morale nell'ambito della dottrina del soggetto di diritto; la seconda, d'indole più generale, concernente la funzione asse-

---

<sup>(9)</sup> Cfr., per una visione d'insieme della dottrina civilistica in materia e per i temi da questa dibattuti, gli altri contributi di questo stesso *Quaderno*, nonché G. LO CASTRO, *op. cit.*, p. 75-127.

<sup>(10)</sup> E. GILSON, *Elementi di filosofia cristiana*, Brescia, 1964, p. 336-337. Ricordava l'autore come una delle conseguenze negative dello spirito di astrazione fosse l'illusione « che si possa accrescere la conoscenza con la semplice deduzione di conseguenze da definizioni già formate, invece di tornare frequentemente alle cose da cui le essenze e le definizioni furono inizialmente astratte ».

gnata al soggetto di diritto o, per essere più esatti, alla concettualizzazione intorno al soggetto di diritto, nell'ambito dell'ordinamento positivo.

Qualunque cosa si voglia, però, pensare circa l'opportunità di un collegamento del tema della personalità giuridica con quello del soggetto di diritto, non v'è dubbio che sotto il suo segno si è sviluppato l'interesse della dottrina canonica per il problema delle 'persone morali'; interesse scarsamente manifestato nelle trattazioni anteriori al Codice, allorché anche i canonisti più avvertiti (e con l'eccezione di alcuni studiosi, come il von Gierke <sup>(11)</sup> o il Ruffini <sup>(12)</sup>, più attenti, per la loro formazione culturale, ai problemi dibattuti dalla scienza giuridica secolare del tempo) non andavano oltre l'affermazione dell'esistenza delle persone morali, la loro classificazione e l'eventuale delucidazione dei rapporti delle stesse con il diritto naturale o positivo <sup>(13)</sup>.

Certo, fuori delle questioni fondamentali prima accennate, il problema delle persone morali, in quanto problema (e cioè non in quanto mera esposizione, sia pure elaborata, delle disposizioni che le riguardano), non poteva essere visto altrimenti che come problema d'individuazione della natura o dell'essenza dei 'soggetti' menzionati, secondo le diverse teorie (finzionistiche, realistiche, ecc.), che la scienza giuridica civile aveva già da tempo elaborate.

Tale ottica condiziona non solo la ricerca dogmatica, ma anche quella storica, dalle fondamentali opere di von Gierke e di Ruffini, prima ricordate <sup>(14)</sup>, agli studi storici successivi alla codificazione, alcuni dei quali di notevole impegno e livello <sup>(15)</sup>.

---

<sup>(11)</sup> O. VON GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*. 3. Band: *Die Staats- und Korporationslehre des Altertums und des Mittelalters und ihre Aufnahme in Deutschland*, Berlin, 1891, l'intero par. 8, p. 238 ss.

<sup>(12)</sup> F. RUFFINI, *La classificazione delle persone giuridiche in Sinibaldo dei Fieschi ecc.*, cit., loc. cit., *ibidem*.

<sup>(13)</sup> Cfr., per tutti, F. CAVAGNIS, *Institutiones iuris publici ecclesiastici, pars prima generalis, vol. un.*, Romae, 1888, p. 7 ss. e p. 364 ss., e *pars secunda specialis, vol. un.*, Romae, 1889, p. 325 ss.; questa può essere considerata l'opera più elaborata in materia fra quelle dei canonisti, antecedentemente la promulgazione del *Codex*.

<sup>(14)</sup> Cfr. le precedenti note II e 12.

<sup>(15)</sup> Ricordiamo fra questi, senza pretesa di completezza: P. GILLET, *La*

3. Per quanto concerne specificamente le trattazioni dommatiche, va ricordato come, subito dopo la promulgazione del *Codex*, uno studioso di riconosciuta autorità (Stutz), abbia sostenuto la teoria cosiddetta finzionistica delle persone morali, notando egli una continuità fra tale concezione, che sarebbe stata accolta dal codice, e quella espressa dal diritto canonico medievale: « ... liegen ihm (cioè al *Codex*) dieselben Anschauungen zugrunde wie dem klassischen kanonischen Rechte des Mittelalters ». In particolare, secondo tale autore, « der Kodex vertritt eben, wie schon das bisher Ausgeführte ergibt, von seinem Sprachgebrauch abgesehen, im grossen und ganzen durchaus den Standpunkt der romanisch-kanonistischen Fiktionstheorie mitsamt ihren Unebenheiten und Widersprüchen »<sup>(16)</sup>. Tale conclusione restava confermata dalla regola, di cui al can. 100 par. 3, del *Codex*, secondo la quale « personae morales sive collegiales sive non collegiales minoribus

---

*personnalité juridique en droit ecclésiastique spécialement chez les Décretistes et les Décretalistes et dans le Code de droit canonique*, Malines, 1927, in particolare, per il diritto canonico classico, p. 79-180; vicino a von Gierke, quanto a metodo, ma con risultati divergenti, A. ROTA, *Natura giuridica della istituzione nella dottrina di Sinibaldo dei Fieschi (Papa Innocenzo IV)*, in *Arch. giur.*, 1956, p. 67 ss. e 92 ss.; AU. DUMAS, *Personnes morales*, in *Dict. dr. can.*, t. VI, Paris, 1957, soprattutto c. 1373 ss. e 1383 ss.; S. PANIZO ORALLO, *Persona jurídica y ficción*, Pamplona, 1975, *passim*, e, con particolare riferimento a Sinibaldo dei Fieschi, p. 147 ss. Di regola tutte le opere generali sulle persone morali hanno una parte destinata alla ricostruzione storica del tema, e tutte presentano metodologicamente la medesima impostazione (cfr., ad esempio, G. MICHIELS, *Principia generalia de personis in Ecclesia*<sup>2</sup>, Parisiis-Tornaci-Romae, 1955, p. 348-354, o anche F. FERRARA, *Teoria delle persone giuridiche*<sup>2</sup>, Torino, 1923, p. 64-70 per la parte dedicata alla trattazione canonistica).

Cfr., altresì, gli studi particolari ma non meno significativi di M. ROBERTI, *Il corpus mysticum di S. Paolo nella storia della persona giuridica*, in *Studi di storia e diritto in onore di E. Besta per il XL anno del suo insegnamento*, vol. IV, Milano, 1937-1939, p. 37-82; A. HANIG, *Innocenz IV., Vater der Fiktionstheorie?*, in *Österreichisches Archiv für Kirchenrecht*, 1952, p. 177-213; R. FEENSTRA, *L'histoire des fondations. A propos de quelques études recentes*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis - Revue d'histoire du droit*, 1956, p. 381-448; P. GROSSI, *Unanimitas. Alle origini del concetto di persona giuridica nel diritto canonico*, in *Ann. di storia del diritto*, 1958, p. 229-331; M. J. RODRIGUEZ, *Innocent IV and the element of fiction in juristic personalities*, in *The Jurist*, 1962, p. 287-318.

<sup>(16)</sup> U. STUTZ, *Der Geist des Codex iuris canonici*, Stuttgart, 1918, p. 211-212

aequiparantur », e doveva in ogni caso essere reputata prevalente rispetto alle diverse conclusioni che si sarebbero potute ricavare da un esame delle altre disposizioni normative <sup>(17)</sup>.

Nello stesso senso ed intorno alla stessa epoca, un altro autore (Toso) aveva potuto parimenti sostenere che « quamvis non nisi homo obligationum et iurium proprie sit capax, tamen, publicae utilitatis causa, per fictionem iuris et hominum coetibus et rebus etiam omnino ficticiis iurium atque obligationum capacitas a iure tribuitur » <sup>(18)</sup>.

Tali affermazioni non erano certo destinate ad essere accolte senza discussioni.

Che vi fosse una continuità fra la dottrina del diritto canonico classico del medioevo e la moderna, alla quale il *Codex* si sarebbe poi richiamato, circa la natura delle persone morali, continuità che rappresenta l'argomento maggiore dello Stutz, era opinione avente dalla sua parte l'autorità del von Gierke <sup>(19)</sup>;

<sup>(17)</sup> U. STUTZ, *op. cit.*, p. 211.

<sup>(18)</sup> A. TOSO, *Ad codicem iuris canonici commentaria minora. Lib. II - De personis*, t. I, Romae, 1922, sub can. 87 n. 1, p. 9-10; e cfr., inoltre, sub can. 99 n. 1, p. 39, ove l'autore ribadisce, a proposito della persona giuridica o morale, che si parla di persona giuridica « quia non nisi artificio et fictione iuris consistit »; morale, « per contrapositionem ad personam physicam, ex eo quod in rerum natura consistentiam non habet, quamvis ex physicis personis sit constituta; etenim, id quod est moralis persona, a personis physicis coeuntibus plane distinguitur ».

Altri autori, che scrivevano nella stessa epoca, propendevano tuttavia già per la teoria della realtà, e sostenevano anzi che la distinzione fra persone morali collegiali e non collegiali non avrebbe potuto portare a concludere per una diversa natura dei due tipi di enti (come voleva qualche autore): i primi reali, i secondi fittizi; cfr., al riguardo, per una critica di tale concezione, A. BONDINI, *De personae moralis extinctione secundum codicem*, in *Jus pontificium*, 1923, p. 186-192, in particolare p. 187-188.

<sup>(19)</sup> Cfr. O. VON GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, III, cit., in particolare p. 279-280. Si ricordi tuttavia che tale autore, il quale attribuiva a Sinibaldo la teoria della finzione, non era egli stesso propugnatore della medesima, bensì della teoria organica o della realtà, come giustamente fece osservare F. RUFFINI (*La classificazione delle persone giuridiche*, ecc., cit., loc. cit., p. 7 nota 4) a chi sul punto aveva equivocato (in Germania, CH. MEURER, *Der Begriff und Eigenthümer der heiligen Sachen, zugleich eine Revision der Lehre von den juristischen Personen*, 1. Band, Düsseldorf, 1885, p. 48, seguito in Italia da G. GIORGI, *La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali*, I, Firenze, 1889, p. 37).

ma era opinione debole, oltre per il fatto che tale continuità era messa in dubbio sotto il profilo storico e, in ogni modo, non era pacifica al tempo in cui lo Stutz scriveva (e sempre meno lo sarebbe stata nel futuro) <sup>(20)</sup>, anche perchè essa avrebbe potuto semmai essere posta a conclusione di un raffronto storico, ma non essere utilizzata come argomento idoneo a far superare quanto sembrava potersi desumere in contrario dalle disposizioni normative.

Che, inoltre, solo l'uomo fosse, per sè, *capax iurium et obligationum* e le altre entità lo fossero *per fictionem iuris*, secondo la convinzione di Toso, era affermazione destinata ad essere contestata proprio sul piano metafisico nel quale era proposta; sul piano strettamente giuridico, essa poi strideva con la convinzione, che ormai andava penetrando nella dottrina canonica, della persona morale come specie del genere 'soggetto di diritto'. Del resto, il passaggio nel medesimo contesto da una concezione rigorosamente positivista (« Quidquid lex, uti capax habet iurium et obligationum, in iure persona dicitur ») ad un'altra valida su un piano diverso (solo l'uomo è capace di diritti ed obblighi) <sup>(21)</sup>, introduceva nel discorso un elemento di incoerenza, che lo rendeva suscettibile di sviluppi verso opposte conclusioni.

Da un punto di vista logico, entrambe le anzidette ultime proposizioni possono essere vere o entrambe false o una vera e l'altra falsa e viceversa; ma la verità o la falsità dell'una non può essere desunta dalla verità o falsità dell'altra: si può infatti tentare di determinare la nozione di soggetto di diritto o di persona (termini, in quel contesto, equivalenti), in base ad un procedimento deduttivo che guardi solo alle disposizioni normative, e dire conseguentemente che sono soggetti di diritto tutte quelle entità reali o concettuali che cadono in determinate coordinate

---

<sup>(20)</sup> Il Ruffini (*ult. cit.*, p. 8 e *passim*), pur ammettendo, ad esempio, una concordanza fra la dottrina di Sinibaldo dei Fieschi e quella di von Savigny, quanto al modo di concepire il fondamento della persona giuridica, avvertiva l'esistenza di divergenze fra i due insegnamenti, soprattutto sotto il profilo della classificazione.

<sup>(21)</sup> Cfr. A. Toso, *Ad codicem iuris canonici commentaria minora*, t. I, cit., sub can. 87 n. 1, p. 9-10.



normative <sup>(22)</sup>; ma ciò è ben diverso dal cercare di fissare il concetto di soggetto di diritto in base ad una visione metagiuridica. Il primo discorso, svolgendosi tutto all'interno del sistema normativo, e badando solo al dato positivo, non è, a rigore, legato a nessuna particolare concezione circa la natura o l'essenza della persona morale; questa, viceversa, rileva per il secondo tipo di discorso: e allora avremo le persone morali intese come enti reali o come enti fittizi secondo quel che sarà, su un piano diverso dal giuridico, il concetto di soggetto di diritto; e in linea di massima possiamo dire che la teoria della finzione occupa lo spazio lasciato libero dalla teoria della realtà.

La distinzione dei contesti del discorso, non sempre presente alla dottrina, non significa che fra i medesimi manchi ogni rapporto.

A parte il naturale influsso esercitato da una visione pregiudiziale del problema nel momento genetico della norma, lo stesso interprete sarà condizionato certamente dalle sue vedute extragiuridiche della questione e, in base a queste, portato ad individuare il significato delle norme positive.

4. Gli studiosi di diritto canonico, abbandonati i primi tentativi favorevoli alla teoria della finzione, ben presto si orientarono verso concezioni diverse, molte delle quali rispecchiavano concezioni 'realistiche', di una realtà, però, generalmente intesa in un senso diverso dalle concezioni organiche, di derivazione sociologica, espresse dalla scienza giuridica civile; di una realtà colta, viceversa, nella sua valenza metafisica, secondo riflessioni già svolte antecedentemente alla promulgazione del Codice, anche se fuori da contesti specificamente giuridici <sup>(23)</sup>.

---

<sup>(22)</sup> Cfr., per una concezione del genere, per quanto con specifico riferimento al problema della soggettività individuale, S. LARICCIA, *Considerazioni sull'elemento personale dell'ordinamento giuridico canonico*, Milano, 1971, p. 20 ss.

<sup>(23)</sup> Cfr., ad esempio, M.-B. SCHWALM, *Leçons de philosophie sociale*, Paris, 1910, t. I, p. 104-106 (citato da CH. JOURNET, *L'Église du Verbe incarné*, vol. II, Paris, 1951, p. 485 n. 2). In che senso, si chiedeva l'a., « la société peut-elle être dite une personne? » Non nel senso proprio e rigoroso del termine: « Elle n'est pas un tout substantiel unique comme un homme; elle est, au contraire, un tout

Così un autore (Vermeersch), dopo avere aderito alla tesi finzionistica, sostenuta, fra gli studiosi del diritto civile, da van den Heuvel, Vareille Sommières e Planiol, e presentata nel senso che le persone morali altro non erano che «*commodum modum nos repraesentandi congregatas personas físicas quae regimine peculiari legali utebantur*», credette, «*re magis deliberata*», di potere individuare nelle persone morali le note proprie, secondo i principi della filosofia scolastica, della 'persona' in genere: cioè, l'unità e l'inviolabilità. Le 'societates' otterrebbero l'unità e, quindi, la natura di ente a se stante, dal bene comune dalle stesse perseguito, che deve essere tenuto distinto dalla somma dei beni dei singoli componenti; l'inviolabilità deriverebbe, a sua volta, dal fatto che le società di uomini sono state volute da Dio, il quale ha dato loro «*ius existendi ac proin suum bonum consec-*

---

substantiellement multiple, un composé de personnes distinctes». Ma questo tutto è «individuel»: ogni società esistente, una famiglia, un'azienda, è numericamente una e distinta dai membri che la compongono. Inoltre, questo tutto è «de nature raisonnable»: è composto infatti materialmente di uomini dotati di ragione; è formalmente unificato dagli atti di natura razionale dell'autorità, che è come se fosse la sua ragione collettiva. «*Donc, sauf l'absence d'unité substantielle, la société participe réellement, d'une manière collective, aux qualités constitutives de la personne: individualité et raison*». Ed anche se l'unità della società è accidentale, essa tuttavia è fondata sulle necessità della natura; «*c'est-à-dire, aussi peu accidentelle que possible*». Vi è dunque una grande analogia fra la personalità fisica e la personalità sociale, la quale può essere definita: «*L'individualité propre à une société qui s'ordonne par elle-même et selon la raison à sa fin*».

L'autore, poi, notava un errore, o quanto meno una maniera di esprimersi che può indurre in errore, allorché gli studiosi parlano delle personalità collettive come di 'persone fittizie', utilizzando l'espressione di diritto romano: *personae vice funguntur*. Ai loro occhi considerare le collettività come individui a se stanti, distinti dai loro membri, sarebbe una comoda finzione. Ma «*l'erreur est manifeste: l'être collectif n'existe pas séparé des individus qui le composent; mais il est autre chose qu'eux individuellement pris. Il est un tout, subsistant par lui-même, ayant sa nature et ses opérations de tout ... Donc la personnalité sociale n'est pas fictive, mais réelle*».

Avremo modo di ricordare più avanti come una simile concezione fosse già stata enunciata da S. Tommaso, e come in termini più o meno simili si ritrovi in tutte le teorie della 'realtà metafisica' delle persone morali ed anche in talune teorie eclettiche (sulle quali cfr., *infra*, *sub* par. 4 e 5).

tandi », e tale volontà divina è inviolabile anche da parte della pubblica autorità <sup>(24)</sup>.

L'autore pose così le basi per una considerazione 'reale' della persona morale: questa, infatti, al pari della persona in genere, è un ente (*unitas*) sussistente, che esiste, cioè, per se stesso, avendo un fine proprio, e che, come tale, si impone al rispetto della pubblica autorità (*inviolabilitas*), alla cui discrezionalità non è affidata la possibilità di riconoscerlo o no <sup>(25)</sup>.

Non poteva certo sfuggire allo stesso autore come le sue conclusioni urtassero con il can. 100 par. 1, del *Codex*, secondo il quale, a parte la Chiesa universale e la S. Sede, tutte le altre persone morali *in Ecclesia* conseguono la personalità o *ex ipso iuris praescripto* o *ex speciali competentis Superioris ecclesiastici concessione*. Egli, pertanto, per conciliare la sua concezione con il dato normativo, distinse la società di diritto naturale (Stato) dalla società di diritto divino positivo (Chiesa) ed affermò che il suo discorso valeva solo per il primo tipo di società: in questa, infatti, « *lex naturae, quae perfectam societatem constituit, etiam plura alia i m m e d i a t e ordinat et creat vel sancit* ». Nella Chiesa, viceversa, tutte le cose derivano dalla volontà di Dio, « *et subinde, sic volente Deo, a Christo Homine, et volente Christo a voluntate Ecclesiae* »; in realtà, « *per Ecclesiam, per Christum, per Deum omnia quae sunt in Ecclesia consistunt* ». I fedeli possono certamente, sempre secondo lo stesso autore, fondare enti morali; ma questi enti o unità non potranno conseguire l'inviolabilità (che è la seconda delle note caratteristiche), se non per disposizione del diritto o per decreto della competente autorità; e, d'altra parte, senza inviolabilità non si ha 'persona' <sup>(26)</sup>.

<sup>(24)</sup> A. VERMEERSCH, *De personae moralis origine seu constitutione*, in *Jus Pontificium*, 1930, p. 288-291, in particolare p. 289. L'autore aveva aderito alle tesi di J. Van den Heuvel, del marq. de Vareilles-Sommières e di M. Planiol antecedentemente all'emanazione del *Codex iuris canonici*: cfr. *Quaestiones de iustitia ad usum hodiernum scholasticae disputatae*, Brugis, 1904, p. 675-712 e *De religiosis et missionariis supplementa et monumenta. Periodica*, Brugis, 1911, p. (20)-(23).

<sup>(25)</sup> A. VERMEERSCH, *De personae moralis origine seu constitutione*, cit., loc. cit., p. 290. Per altre osservazioni, cfr. *infra*, sub par. 6, la bibliografia richiamata nella nota 50.

<sup>(26)</sup> Il Vermeersch sfumò successivamente la sua opinione: cfr. *De persona*

Arbitraria appare, tuttavia, la premessa di cotesto ragionamento, e cioè che Dio ha affidato alla Chiesa il potere di chiamare ad esistenza gli enti morali che fanno parte di essa, ma

---

*morali*, in *Periodica de re mor. can. lit.*, 1935, p. 1\*-17\*. In questo scritto l'autore cercò di dimostrare la natura di *subiectum iuris* delle persone morali, sostenendo che sotto tale specifico profilo esse potrebbero essere ritenute 'persone' più facilmente che se fossero considerate come autrici di azioni personali. Egli affermava a tal riguardo che, in vista del bene comune, le società « sibi existunt et ipsis qua talibus plura debentur »: per tale ragione esse sono soggetti di diritto; d'altra parte, poichè l'esistere per sè e l'essere soggetto di diritto rappresentano le note proprie della persona, l'autore poteva concludere che le *societates* sono « de se *personae*, et quidem *morales*, quia non sunt *physicae*; et quia sunt *personae* propter iura et officia quae ad ordinem *moralem* pertinent » (ivi, p. 10\*-11\*). Queste affermazioni parrebbero confermare la concezione sulla piena autonomia concettuale della persona morale espressa dal Vermeersch nel precedente scritto del 1930. L'autore, tuttavia, cercò di mettere in maggiore evidenza nel nuovo studio l'essenzialità delle persone fisiche per l'esistenza ed il funzionamento delle persone morali, onde parrebbe così negata o, comunque, molto sfumata l'autonomia concettuale della persona morale. Secondo l'autore, però, le persone morali non sono 'vere' alla stregua delle persone fisiche, essendo 'veri' soltanto le reciproche relazioni al fine comune e i diritti ed i doveri che riguardano i soci: « *Socii cum istis relationibus sunt verae personae morales. Verae sunt personae physicae; verae sunt relationes quibus uniuntur; ergo vera est entitas mixta istis personis et relationibus. Persona moralis dicit igitur personam physicam cum relationibus propter quas esse potest necessaria, voluntaria, perpetua, temporalis, in ordine materiali, spiritali* » (p. 13\*).

La realtà (verità) della persona morale parrebbe ricondotta dal Vermeersch alla realtà delle persone fisiche (e degli attributi di queste) che la compongono; l'autore però non negava alle persone morali un'esistenza autonoma rispetto alle persone fisiche. Egli prendeva certamente le distanze dalle teorie organicistiche (cfr., ad esempio, p. 9\*), ma non dubitava di affermare che gli uomini, consociati per il bene comune e nell'adempimento dei doveri sociali, dessero quasi vita all'immagine di una nuova persona (« *imaginem provocant quasi novae personae* »), che poi sarà chiamata persona morale. Questa è riferibile alla volontà di Dio: è Dio, infatti, che crea l'uomo e che « *vult societatem, societates, sicut vult hominem singulum* » (p. 17).

L'insistere da parte dell'autore nell'evidenziare il rapporto persona fisica - persona giuridica parrebbe avvicinare la tesi da lui esposta a quelle eclettiche (di cui al successivo par. 4), fra le quali potrebbe essere ascritta, quanto meno per i motivi ispiratori che le accomuna. A noi tuttavia sembra pur sempre prevalente nel pensiero dell'autore, anche in questo secondo scritto; la concezione metafisica da lui stesso espressa in precedenza; la sua opinione restava significativamente vicina, salva la maggiore accentuazione data al concetto di *subiectum*

non avrebbe affidato un pari potere allo Stato. Dalla pure esatta distinzione fra diritto naturale (da cui deriverebbe lo Stato) e diritto divino positivo (da cui deriverebbe la Chiesa) non si può per la verità ricavare affatto la precedente conclusione.

Altri autori (Wernz - Vidal), pur sfumando le anzidette affermazioni, non se ne allontanarono gran che nella sostanza. Affermarono, infatti, che le persone morali, pur non essendo enti corporei, osservabili con gli occhi, non sono neppure enti finti o irreali, ma « *rerum realium repraesentationes* »; la finzione, invero, attribuisce mentalmente al fatto ciò che non è, mentre la rappresentazione concepisce il fatto reale in modo rispondente al fatto stesso: onde la persona morale è « *subiectum ideale iurium*, non *subiectum fictum* », anche se una qualche finzione potrebbe più facilmente essere ammessa per la 'pia fundatio', in quanto del tutto indipendente « *a quavis persona phisica* » (27).

Un altro autore (Michiels), ponendosi sulla scia delle concezioni ora esposte, definì le persone morali enti non fisici, ma ontologicamente reali. Il *Codex*, infatti, avrebbe consacrato la

---

*iuris*, a quelle del Delos e del Renard, da lui stesso ricordate (cfr. p. 7\* s.), le quali si collocavano chiaramente in tali posizioni metafisiche. Anche lo sforzo dell'autore di determinare meglio la relazione fra persone fisiche e persone morali era in stretto rapporto con questa autonoma configurazione delle seconde rispetto alle prime. Infatti, solo se le persone morali sono pensate come autonome rispetto alle persone fisiche, si giustifica il tentativo di spiegarne le reciproche relazioni (le quali, nel pensiero dell'autore, non comportano immedesimazione delle due entità). Nessuna teoria sulla natura delle persone morali, neppure quella organica, ha mai potuto negare, d'altra parte, l'impossibilità di pensare le persone morali senza le persone fisiche (più avanti, nel testo, ricorderemo il pensiero di S. Tommaso al riguardo). Per tal motivo, affermare che esistono strettissime relazioni fra i due tipi di 'persone' non dice ancora nulla, in fin dei conti, circa l'essenza o la natura della persona morale.

(27) F. X. WERNZ - P. VIDAL, *Ius canonicum*, t. II. *De personis*, 3<sup>a</sup> ed. a cura di PH. AGUIRRE, Romae, 1943, p. 33 nota 11. Gli autori, pur non arrivando alla complessa teorizzazione di Vermeersch, tuttavia vi si avvicinarono molto. Essi sostennero, infatti, essere una necessità sociale, un fatto naturale, che la capacità patrimoniale e degli altri diritti spettò, oltre alle persone fisiche, anche alle organizzazioni sociali, formate « *ipsa natura duce* », essendo appunto una necessità sociale che i beni patrimoniali e gli altri diritti servano non solo ai singoli individui, ma anche ai fini generali della comunità, i quali trascendono i fini dell'uomo singolo (ivi).

teoria dell'astrazione, la quale sarebbe consona ai principi fondamentali della metafisica. Secondo tale teoria le persone morali sarebbero precisamente *entia idealia seu rationis, cum fundamento in re*: vero soggetto di diritto nelle persone morali non è la somma delle persone fisiche o delle cose che le compongono, ma un'entità astratta e da esse distinta ed indipendente (*entia rationis*), la quale entità suppone però il fatto naturale dell'associazione (sostrato reale), formato naturalmente da persone fisiche <sup>(28)</sup>.

Coteste teorie ed altre simili, tutte più o meno riflettenti concezioni metafisiche o naturalistiche, diversissime da quelle sociologiche, che stanno a fondamento della dottrina di O. von Gierke <sup>(29)</sup> e che pure hanno avuto un'eco nella scienza giuridica canonica <sup>(30)</sup>,

<sup>(28)</sup> G. MICHIELS, *Principia generalia de personis in Ecclesia*, cit., in particolare p. 560 e 564.

Cfr., per una concezione sostanzialmente analoga, espressa d'altra parte antecedentemente alla prima edizione dell'opera di Michiels (1932), K. HOHENLOHE, *Grundlegende Fragen des Kirchenrechts*, Wien, 1931, 6° cap.: *Kirche und moralische Person*, p. 69-79, in particolare p. 76-77: come la foresta indica gli alberi, così lo Stato indica gli uomini che abitano un determinato territorio, essendo fra loro in una certa relazione; lo stesso può dirsi della famiglia; non si tratta nè di una finzione nè di una realtà tangibile; si tratta, invece, di *entia rationis cum fundamento in re*. Piuttosto l'autore indicava nel concetto filosofico di relazione il fondamento degli enti collettivi e delle persone morali; opinione, questa, che, come vedremo subito nel testo, sarà sviluppata da Hanig.

Si noti come l'Hohenlohe, sostenendo la realtà, sia pure razionale, delle relazioni, negasse che l'ente collettivo potesse essere considerato una finzione: cfr. ivi, p. 76. Dello stesso autore, cfr. *Die Lehre des Kirchenrechts über die moralische Person, Papstrecht und weltliches Recht*, 1925, p. 24 ss. Una tesi pressochè identica fu sostenuta da B. F. BROWN, *The canonical juristic personality with special reference to its status in the U.S. of America*, Washington, 1927, p. 49 ss.

Accolse parimenti la tesi della realtà delle persone morali, pur in una prospettiva storica del problema, non contraddetta, però, dall'analisi del diritto vigente, C. TREZZINI, *La persona giuridica nel diritto canonico vigente*, in *Hommage de la faculté de droit de l'Université de Fribourg à la société suisse des juristes - Festgabe der juristischen Fakultät Freiburg (Schweiz)*, Fribourg, 1924, p. 193-194, il quale fa proprie le conclusioni di LAMPERT (*Die kirchlichen Stiftungen, Anstalten u. Körperschaften nach schweiz. Recht*, p. 6), ivi citato.

<sup>(29)</sup> O. VON GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, I, Leipzig, 1895, p. 466 ss.

<sup>(30)</sup> Cfr., al riguardo, P. G. CARON, *Il concetto di « Institutio » nel diritto della Chiesa*, in *Il dir. eccl.*, 1959, I, e *passim* (ripreso, come capitolo di un più ampio

appartengono sempre alla grande famiglia della teoria della realtà (*Realitätstheorie*): esse suppongono, invero, che dietro l'espressione linguistica si celi un 'ente' (fisico o metafisico, giuridico o di ragione) che il legislatore dovrà riconoscere e l'interprete valutare nella sua autonoma consistenza. Onde esattamente è stato al riguardo osservato che alcuni canonisti contemporanei sono orientati verso una concezione realistica <sup>(31)</sup>.

5. Rispetto alle opinioni ora ricordate, una consistente corrente di pensiero ha inteso accentuare il legame esistente fra persone morali e persone fisiche, e stabilire un rapporto di dipendenza concettuale delle prime dalle seconde, sminuendo, in qualche misura, l'autonoma esistenza degli enti morali e, in definitiva, la loro autonoma 'realtà'. Ma la rivendicazione della preminenza delle persone fisiche rispetto alle persone morali non ha assunto il significato di una completa negazione della realtà delle seconde, la quale, anzi, per alcuni aspetti peculiari resta ribadita.

Sono state così proposte ingegnose teorie, non prive di ambiguità, dovuta alla contraddizione imposta, per un verso, dalla convinzione che l'uomo è il vero ente reale sussistente e, per l'altro, dall'impossibilità di negare alle persone giuridiche, in base ad una certa interpretazione del dettato normativo, una loro 'realtà'; contraddizione insuperabile, finchè si è cercato di conciliare discorsi che appartengono a piani diversi, metafisico e

---

saggio, in *Persona giuridica, ufficio ed organo nel diritto canonico*, in *Annali Univ. di Camerino*, 1961, p. 221 ss.); quest'autore pone tale concezione a fondamento della sua teoria circa i rapporti fra la persona morale e i suoi « strumenti fisici d'azione », gli organi.

<sup>(31)</sup> Così R. ORESTANO, *Il « problema delle persone giuridiche » in diritto romano*, Torino, 1968, p. 26-27 nota 44, il quale fa esplicito riferimento all'opera di Michiels, prima ricordata.

Insiste, viceversa, nella differenza dei presupposti fra le teorie dei canonisti e quella dei sostenitori della c.d. teoria della realtà, per rilevare come l'accostamento fra le due concezioni non possa spingersi oltre all'ammissione, comune ad entrambe, del carattere dichiarativo dell'intervento dell'autorità, e per denunziare l'errore concettuale di chi, come l'Orestano, si spinge oltre in tale analogia, A. GOMEZ DE AYALA, *Gli infedeli e la personalità nell'ordinamento canonico*, I, Milano, 1971, p. 126-127 nota 67.

giuridico, e che impongono soluzioni coerenti solo nell'ambito concettuale all'interno del quale sono ricercate.

Sintomatico a tale riguardo ci sembra il tentativo di rapportare all'uomo sia le persone morali collegiali sia le persone morali non collegiali (Hanig).

Secondo tale elaborato tentativo, l'essenza ontologica delle persone morali consta di 'accidenti', di cui sono supporti (*Träger*) e soggetti gli uomini e soltanto gli uomini<sup>(32)</sup>. Indubbiamente diversa è, secondo l'autore di tale tesi, la natura degli enti collettivi e dei membri degli stessi. L'uomo, infatti, esprime una personalità metafisica, che non subisce alcuna alterazione allorché egli stabilisce relazioni con altri uomini per dar vita ad una persona morale. Essendo accidentali coteste relazioni, l'ente collettivo avrà natura di 'accidente', non di 'sostanza'<sup>(33)</sup>. E tuttavia, pur restando così ridimensionata l'autonoma consistenza delle persone morali (ridotte ad 'accidenti' delle persone fisiche), sarebbe errato pensare che questi accidenti siano pure entità ideali (*Gedankending*); essi, invece, come mostra il *Codex*, hanno una realtà (*Wirklichkeit*), che può essere addirittura colpita con sanzioni penali. Invero tali 'accidenti' altro non sono che 'relazioni' (si parla infatti nel caso di *Relationstheorie*), e precisamente relazioni predicamentali (da distinguere dalle relazioni trascendentali che non sono accidenti)<sup>(34)</sup>. L'autore poté così sostenere che l'essenza ontologica delle persone morali consta di relazioni, le quali « die Menschen zu einer Einheit zusammenhalten »<sup>(35)</sup>. La natura reale di coteste relazioni può essere desunta dal fatto che, secondo tale autore, la teoria della relazione va applicata a tutti i soggetti giuridicamente capaci, sia alle persone fisiche sia alle persone morali; in ogni caso, le anzidette relazioni for-

---

(32) A. HANIG, *Das ontologische Wesen moralischer Personen nach dem « Codex iuris canonici ». Die Relationstheorie und CJC*, in *Eph. iur. can.*, 1948, p. 193 ss., p. 245.

(33) A. HANIG, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 193.

(34) A. HANIG, *op. cit.*, *loc. cit.*, *ibidem* e p. 245.

(35) A. HANIG, *Das juristische Wesen der moralischen Personen*, in *Eph. iur. can.*, 1949, p. 47; nonché, dello stesso autore, l'opera citata nelle note precedenti, *loc. cit.*, *ibidem*.



mano l'essenza ed il sostegno della capacità giuridica: « alle Rechtsträger sind von gleichem Geblüt, aus einem Guss, nach dem gleichen Prinzip gestaltet »<sup>(36)</sup>. Dall'impostazione sopra data l'autore trasse la conseguenza, che ci permette di identificarne meglio il pensiero, secondo la quale le persone morali sono riconosciute ma non create dall'ordinamento giuridico; quando, infatti, gli enti collettivi assumono un'importanza sociale, dovranno essere protetti e favoriti dall'ordinamento giuridico. Dovrà, pertanto, essere assicurata la tutela giuridica (*Rechtsschutz*) per le persone morali d'utilità pubblica ed essere riconosciuta la loro congenita capacità giuridica (« die Natur ist es und nicht der Staat, auch nicht die die Kirche, welche moralische Verbände zur Rechtsfähigkeit erhebt »)<sup>(37)</sup>. In definitiva l'autore qui considerato intese negare la realtà sostanziale delle persone morali e rivendicarne la realtà predicamentale, la quale, però, restava del tutto subordinata, anche quanto all'esistenza, alla realtà cui si appoggiava. Infatti le 'relazioni', nella quale consistono le persone morali, « sind nur solange real, als sie mit den in Beziehung stehenden Menschen wirklich real verbunden sind »<sup>(38)</sup>. La linea di demarcazione fra

(36) A. HANIG, *Das ontologische Wesen moralischer Personen etc.*, cit., loc. cit., p. 247.

(37) A. HANIG, *Das juristische Wesen der moralischen Personen*, cit., loc. cit., p. 53 e p. 47 ss. L'autore accolse l'opinione secondo la quale il diritto non è opera puramente umana e il fondamento ultimo del concetto giuridico è riposto nella relazione dell'uomo con Dio (cfr. *op. ult. cit.*, *ibidem*, p. 54); egli trasse tale opinione da K. HOHENLOHE, *Grundlegende Fragen des Kirchenrechts* (1° cap.: *Kirche und Recht*), cit., in particolare, p. 2-3.

(38) A. HANIG, *Das juristische Wesen der moralischen Personen*, cit., loc. cit., p. 52: la *Relationstheorie* riguarda unitariamente tutte le diverse specie di persone morali. Sia le persone morali collegiali, sia le persone morali non collegiali constano, infatti, di relazioni fra uomini; nel primo caso, però, tali relazioni hanno un fondamento di misurabilità esterna (*das Fundament der äusseren Messbarkeit*); da questo sorgono relazioni simultanee (e del resto « auch der CJC meint mit der « persona moralis collegialis » eine Gemeinschaft, deren Wesen in simultanen Beziehungen besteht »), anche se queste « sind nur dann real, wenn die Träger der Relationen (die Menschen) gleichzeitig real existieren » (*Das ontologische Wesen moralischer Personen*, cit., p. 193-194). Le persone morali non collegiali si fondano, viceversa, su un principio attivo-passivo (*das tätige und leidende Prinzip*): in virtù di questo assurge ad unità la relazione esistente fra una determinata persona fisica, che pone, a modo di principio attivo, un atto

le due realtà era molto sottile: lo ammetteva lo stesso autore, il quale accusava von Gierke di non averla saputo cogliere, allorchè credette di avere a che fare, riguardo alle persone morali, « mit einer physischen Ueberperson ». Lo sconfinamento dell'uno all'altro àmbito era così minimo che, come scriveva lo stesso, « auch ein grosser Teil der Rechtsgelehrten den Boden ontologischer Persönlichkeit für ureigenstes Heimatland des Verbandswesens hielt und selbst katholische Kanonisten nicht imstande waren, die Abweichung von der geraden Linie nachzuweisen » (39).

Fra le tesi eccllettiche può essere annoverata la concezione di un altro autore (Lammeyer), elaborata anteriormente a quella ora esposta, in termini dalla stessa nettamente differenti. Questo il nocciolo del ragionamento: se un canone (il 2285) prevede la possibilità che sia comminata una pena (la sospensione) nei confronti di determinate comunità, ciò può avvenire in quanto queste non sono 'pure finzioni': sarà colpita dalla pena « ein reales Wesen », e cioè « eine Organisation von Menschen »; la persona morale è, infatti, nient'altro che l'espressione (*der Ausdruck*) « für die organisierten Menschen »; il potere statale non la crea dal nulla, « sondern Menschen sind es, die sich organisiert haben » (40).

---

giuridico determinato, virtualmente perseverante in un effetto realmente esistente e duraturo, con un'altra o con altre persone fisiche, nelle quali si attua, a modo di principio passivo, l'effetto giuridico prodotto. In tale ipotesi, a differenza della precedente, « verbinden reale Beziehungen Menschen zu einer Einheit, die auch nacheinander leben »; trattasi, infatti, di « ein Personenverband mit succesiv wirkenden Relationen » (*op. cit.*, p. 195-196).

Per alcuni cenni critici su tale specifico aspetto della tesi dell'autore esaminato, cfr. G. MICHIELS, *Principia generalia de personis in Ecclesia*, cit., p. 359-360.

Posti i principi anzidetti, Hanig indicò per ogni ente morale l'essenza ontologica e quella giuridica. Così, ad esempio, l'essenza ontologica dell'Episcopato « besteht wieder aus Relationen, welche sich zwischen dem göttlichen Stifter des Episcopates und den einzelnen Trägern des Bischofsamtes hinziehen »; l'essenza giuridica « besteht in einer von Gott direkt verliehenen Rechtsfähigkeit » (*Das juristische Wesen der moralischen Personen*, cit., loc. cit., p. 163-164).

(39) A. HANIG, *Das juristische Wesen der moralischen Personen*, cit., loc. cit., p. 52.

(40) J. LAMMEYER, *Die juristischen Personen der katholischen Kirche*, Paderborn, 1929, p. 169. Anche K. HOHENLOHE, *Die Grundlegende Fragen des Kir-*

Il rigetto della teoria della finzione e l'ammissione della realtà delle persone morali non significano, però, accoglimento della concezione gierkiana o di altra concezione realistica (ma l'autore fa esplicito riferimento all'opera di von Gierke); l'autore, infatti, aveva avuto già cura di avvertire che la soggettività giuridica delle persone morali dipende dalla concessione della stessa, da parte del legislatore canonico <sup>(41)</sup>, e tale affermazione è in contrasto con le conclusioni della *Realitätstheorie*, quale che sia l'ente da questa individuato cui fare riferimento.

La natura reale della persona morale, nella logica della tesi qui esaminata, parrebbe dunque un riflesso della realtà degli uomini che ne compongono il substrato; quest'ultima realtà sarebbe, tuttavia, insufficiente a far emergere sulla scena giuridica le persone morali, se il legislatore non concedesse loro la soggettività. Sotto tale particolare profilo la concezione dell'autore può essere forse avvicinata alla teoria della realtà puramente giuridica delle persone morali <sup>(42)</sup>, pur presentando alcuni elementi di un'altra e più complessa costruzione teorica, antecedentemente proposta.

Secondo quest'altra tesi (Gillet), perchè si abbia persona giuridica è necessario e sufficiente che una collettività (o una istituzione) sia trattata dal diritto come se fosse un solo soggetto, al quale è attribuita la capacità giuridica; il soggetto logico di tale capacità non è il complesso di elementi, persone fisiche o cose, che compongono la collettività o l'istituzione, bensì « une entité abstraite, indépendante des éléments concrets dans lesquels une institution peut se réaliser » o, ancor più precisamente, un 'institutum', cioè « une institution idéale, abstraite, tout entière spécifiée par le but qu'elle poursuit »: tale interpretazione sembrava la più consona alle disposizioni del *Codex* e permetteva,

---

*chenrechts*, cit., p. 78, trasse argomento dal can. 2285 per rigettare la *Fiktions-theorie*, giudicando un non senso una pena canonica che cada su una pura finzione.

<sup>(41)</sup> J. LAMMEYER, *op. cit.*, *ibidem*.

<sup>(42)</sup> Cfr. F. FERRARA, *Le persone giuridiche*, Torino, 1958 (rist. della 2<sup>a</sup> ed. con note di F. FERRARA jr.), p. 29; G. ARANGIO RUIZ, *Gli enti soggetti dell'ordinamento internazionale*, I, Milano, 1951, p. 43-44, p. 79 ss.; D. BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano* <sup>5</sup>, Torino, 1958, p. 188.

ad esempio, di comprendere come mai la persona giuridica permanga, nonostante vengano meno gli elementi che la compongono (can. 102) (43).

Per conciliare queste sue convinzioni con la necessità di non cadere nella teoria della finzione, giudicata per vari versi inattendibile e contraria al più elementare buon senso, l'autore credette di poter cogliere 'il senso' della personificazione, definendola «procédé de langage» (44), espressione o procedimento linguistico, ponendosi, in definitiva, in quella linea di pensiero nella quale, nella scienza giuridica canonica, s'era posto all'inizio Vermeersch, e che poi era stata da questo superata, allorquando sostenne che entità astratta non necessariamente alludeva ad entità finta (dal legislatore), potendo essere pensata come entità reale, anche se di natura non fisica ma metafisica. Secondo il pensiero dell'autore qui considerato, la personificazione consente di esprimere con una formula semplice e di facile impiego i complessi rapporti giuridici di una collettività o di un collegio: come «procédé de langage», essa può essere applicata a tutti i casi esaminati ed è indipendente dall'individuazione del 'vero' soggetto di diritto nella persona morale, individuazione che costituirà il compito dei giuristi filosofi (ma nonostante conceda ampia possibilità di ricerca, l'autore aveva già avuto modo di affermare che i 'veri' soggetti di diritto sono i membri della collettività, le persone fisiche) (45).

---

(43) P. GILLET, *La personnalité juridique en droit ecclésiastique*, cit., p. 273-277.

(44) P. GILLET, *op. cit.*, p. 277-279.

(45) Per indicare i complessi rapporti di una collettività o di un collegio, sarebbe stato possibile, secondo Gillet (*op. cit.*, p. 278), usare una formula «plus rigoureusement vraie» rispetto a quella di 'persona morale', «et de n'exprimer jamais ces rapports qu'en les rattachant à leurs véritables sujets de droit: les membres de la collectivité». L'autore ribadì poco oltre (*ibidem*) il suo pensiero circa i 'veri' soggetti di diritto: «... la personification, dans la législation canonique, appliquée spécialement aux institutions ecclésiastiques, en représentant les droits de ces institutions comme appartenant à une entité abstraite, indépendante des personnes physiques, se montre singulièrement apte à marquer la fin supérieure aux intérêts individuels, le bien commun, en vue duquel, en fin de compte, la capacité juridique est reconnue à ces personnes physiques. *seules vrais sujets de droit*».

Se non andiamo errati nell'interpretare la tesi ora esposta, ci sembra che il « procédé de langage » abbia come risultato l'unificazione dei molteplici rapporti esistenti in una comunità o collegio; ma questa unificazione non ha un valore puramente verbale, tale da consentire lo studio delle persone morali come simboli incompleti, secondo alcune moderne concezioni nominalistiche in materia: simboli, cioè, che non rappresentano nulla, definibili solo implicitamente attraverso la c.d. definizione in uso (46). Al contrario, qui l'espressione linguistica conduce ad un'entità astratta, indipendente dagli elementi che la compongono, ed è trattata come se fosse un solo soggetto di diritto: il primo attributo (l'indipendenza dell'entità dagli elementi che la compongono, e, quindi, l'autonoma esistenza della stessa), indica che si è lontani dalle concezioni nominalistiche; mentre la seconda affermazione (entità trattata come se fosse soggetto) induce a pensare che semmai si è abbastanza vicini alle ipotesi finzionistiche, dalle quali l'autore desidera tuttavia differenziarsi.

A questo riguardo lo stesso autore cadde probabilmente in un equivoco: egli negava, per rigettare la *Fiktionstheorie*, che il legislatore potesse considerare come soggetto 'vero' di diritto una finzione da lui stesso creata. Ma l'ipotesi finzionistica non pretendeva nè pretende che la persona morale rappresenti un soggetto nuovo, 'reale' alla stessa guisa delle persone fisiche (secondo il concetto di realtà espresso nello studio esaminato); bensì che una data situazione sia trattata come se vi fosse un soggetto: è l'ordinamento ad assimilare situazioni per sè diverse e tale assimilazione non ha carattere creativo o ricognitivo di una realtà nuova da porre (o posta) a fianco della realtà di sempre, l'uomo, ma svolge funzione puramente descrittiva (47); donde la distin-

---

(46) La definizione in uso dà le regole in base alle quali le proposizioni in cui vi è un simbolo incompleto possono essere tradotte in proposizioni equivalenti, che non contengono nè il *definiendum* nè alcuno dei suoi sinonimi, e dà al contempo la chiave per l'intelligenza dei contesti nei quali compaia il *definiendum*, mostrandoci come possano essere tradotti in altri contesti in cui il simbolo incompleto non compare più: cfr., in tal senso, F. D'ALESSANDRO, *Persone giuridiche e analisi del linguaggio*, in *Studi in memoria di T. Ascarelli*, vol. I, Milano, 1969, p. 288-289; cfr., anche, p. 290-291.

(47) Cfr., in tal senso, ancora F. D'ALESSANDRO, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 329-333.

zione delle tesi finzionistiche anche dalle teorie che sostengono la natura metafisica delle persone morali: queste sono entità ideali ma pur sempre reali, che precedono lo Stato e che lo Stato deve riconoscere.

La concezione qui esaminata, assumendo ecletticamente elementi di varie teorie in materia di persone morali, cadde in contraddizioni difficilmente superabili.

Per un verso, la persona morale era presentata come ente ideale-astratto, indipendente dai membri che la compongono, il che indurrebbe a pensare che l'autore fosse sulla strada delle teorie realistiche-metafisiche, che poi avrebbero prevalso nella scienza giuridica canonica: ma così non è, giacchè queste ultime, coerentemente con le loro premesse e diversamente dalla tesi considerata, affermavano la 'naturalità' della persona morale e la sua originarietà rispetto all'autorità, soprattutto dello Stato.

Per un altro verso, il fatto che l'autore insistesse, parafrasando del resto il can. 100 par 1, nell'indicare come necessario l'intervento dell'autorità per la costituzione della persona morale e, soprattutto, nell'individuare il meccanismo della personificazione secondo i termini propri dell'ipotesi finzionistica (una collettività, un'istituzione, trattata in diritto come se fosse soggetto di diritto), indurrebbe a pensare che egli si fosse accostato alla tesi finzionistica: ma a tale conclusione si oppone, oltre alla

---

Quest'autore mette in evidenza come la fase finzionistica rappresenti il primo momento nello sviluppo della dottrina della personalità giuridica; il secondo momento è rappresentato dalla fase mitica, nella quale due situazioni, che prima erano semplicemente assimilate con una finzione, riconosciuta tale nel momento stesso in cui era posta, ora sono identificate (*Realitätstheorie*); l'autore chiarisce che, nel caso della *Fiktionstheorie*, « da una certa somiglianza di due discipline si induce che, nei limiti in cui la somiglianza tiene, è praticamente come se le due specie corrispondenti coincidessero »; nel caso della *Realitätstheorie*, viceversa, « partendo dalla medesima premessa si induce che le due specie coincidono ». Il finzionista sarà così portato a costatare *a posteriori* quella coincidenza, mentre il propugnatore della teoria della realtà postula *a priori* tale coincidenza, « che gli deriva direttamente dalle sue convinzioni circa la identità della natura delle specie corrispondenti, e quindi da esigenze concettuali che precedono il dato positivo e si impongono allo stesso legislatore » (p. 333). L'autore descrive, poi, come si sia pervenuti, attraverso la strada della *Begriffsjurisprudenz*, ai risultati espressi dalla *Realitätstheorie* (p. 334 ss.).

dichiarata ostilità dell'autore, il concetto che egli aveva della 'verità' o realtà del soggetto e, ancor più, la ricerca nella persona morale del 'vero' soggetto, ricerca dalla quale prescinde la *Fiktionstheorie*.

Men che meno è ipotizzabile, sulla base della definizione di personificazione come 'procédé de langage', data dall'autore, che egli abbia anticipato le moderne concezioni nominalistiche: la sua tesi, invero, era pur sempre diretta all'individuazione dei capi di imputazione e non può certo essere ascritta fra quelle che riducono il fenomeno della personalità giuridica alla descrizione di meccanismi d'imputazione. D'altronde, tali concezioni nominalistiche procedono di conserva con l'ipotesi finzionistica, alla quale si avvicinano più che non alle tesi realistiche, onde la netta opposizione dell'autore alla suddetta ipotesi non poteva certo indurlo a percorrere il cammino che avrebbe condotto alle medesime (48).

6. Non tanto le diverse sfumature con le quali è presentata la dottrina della realtà della persona morale, ma la prevalente preoccupazione negativa di distanziarsi dall'ipotesi finzionistica, salva appunto qualche iniziale ed isolatissima voce contraria, sembra a noi l'elemento più significativo delle teorie proposte dalla dottrina canonica contemporanea circa la natura od essenza delle persone morali.

---

(48) La tesi di Gillet fu successivamente ripresa da R. NAZ, *Personnes morales d'après la réglementation du code*, in *Dict. dr. can.*, t. VI, Paris, 1957, c. 1420-1438 (in particolare cfr. c. 1421), che, tuttavia, non ha apportato alcun nuovo contributo; per esso valgono pertanto le osservazioni fatte alla tesi di Gillet. Per altre osservazioni alla teoria di quest'ultimo autore, cfr. A. VITALE, *L'ufficio ecclesiastico*, Napoli, 1965, p. 67 nota 29.

Per un breve richiamo delle tesi sostenute da altri autori (e, in particolare, da G. KISELSTEIN, *Notio personae moralis*, in *Rev. ecl. de Liège*, 1925-26, p. 39 ss.; F. CLAEYS BOUUAERT - G. SIMENON, *Manuale iuris canonici*, Gandae et Leodii, 1926, p. 136; S. D'ANGELO, *Ius digestorum*, I, Romae, 1927, p. 361; C. AUGUSTINE, *A Commentary on the new Code of Canon Law*, vol. VI, St. Louis-London, 1921, p. 546 ss.), cfr. E. RUFFINI AVONDO, *Il can. 1409 del C.J.C. Contributo alla dottrina delle persone giuridiche*, in *Il dir. ecl.*, 1930, p. 539. Le tesi degli anzidetti autori oscillavano fra la teoria della realtà e una teoria mista (realtà e finzione, per le persone morali collegiali, pura finzione per le persone morali non collegiali).

L'insistere nella reiezione della *Fiktionstheorie*, anche a costo di gravi ed insuperabili difficoltà logiche — reiezione che abbiamo rinvenuto in costruzioni teoriche le quali, per il loro ordito, meno ci sono apparse idonee ad esprimerla — induce a pensare che esiste negli autori considerati il disegno di dare alla persona morale una consistenza reale pari, o molto vicina, a quella della persona fisica.

La teoria della finzione sembrava, ed in effetti era, antitetica alla realizzazione di tale disegno; con questa più consone, e destinate, pertanto, a miglior fortuna nella scienza giuridica canonica, erano le tesi della realtà o della 'verità' (come scriveva, ad esempio, Vermeersch), nelle loro diverse enunciazioni.

In questa direzione le ipotesi formulate dai vari autori oscillavano da una realtà delle persone morali, rappresentata come un riflesso della realtà delle persone fisiche che ne costituivano la struttura, ad una realtà affermata indipendentemente dagli elementi che la componevano, come realtà ideale e metafisica.

Non era difficile prevedere che la dottrina canonica, e per differenziarsi decisamente dall'ipotesi finzionistica, e per la notevole attrattiva esercitata su di essa dalle costruzioni metafisiche, si sarebbe orientata prevalentemente verso le teorie della realtà o della 'verità'.

Molti degli autori presi in considerazione nei precedenti paragrafi pensarono (e si illusero) di poter desumere dal dato positivo le soluzioni proposte, ripetendo così, sia pure sotto un segno diverso, l'errore metodologico sul quale ci siamo intrattenuti nel valutare le tesi finzionistiche, per le quali inclinarono alcuni studiosi dopo l'emanazione del *Codex*. Ma il dato giuridico positivo mal si presta ad avallare scelte d'ordine ideologico o, per meglio dire, è idoneo a giustificarne più d'una. Metodologicamente, pertanto, s'impone il rispetto dei diversi piani del discorso e una certa prudenza nel passare da un contesto ad un altro (49).

---

(49) A conclusione del suo lavoro, Gillet (*op. cit.*, p. 279) avvertì la necessità di non attribuire al legislatore la responsabilità di una teoria determinata in materia di persone morali, e propose, quindi, una soluzione che, secondo il suo pensiero, sarebbe stata idonea ad assumere diversi contenuti. Ma, a parte le osservazioni critiche particolari svolte sopra nel testo, la formula di personifi-



A volte, però, le sottili distinzioni dottrinali, miranti, da un lato, a giustificare la necessità del riconoscimento delle persone morali da parte dell'autorità ecclesiastica, anche in ossequio al dato giuridico positivo, e, dall'altro, a rivendicare l'originarietà e l'autonomia delle persone morali ecclesiastiche nei confronti dell'autorità statale, in virtù della loro 'natura' od 'essenza', nascondevano (o rivelavano) più complesse e pressanti preoccupazioni latamente politiche, emerse anche nel corso dei lavori preparatori <sup>(50)</sup>. Tali preoccupazioni erano espressione, in concreto, di

---

cazione data da Gillet (*procédé de langage*) non si poneva come alternativa alle teorie comunemente svolte, bensì cercava di riassumerle sinteticamente tutte in sé, e non impediva allo stesso autore di indicare quale fosse il 'vero' soggetto giuridico.

Più di recente F. E. ADAMI, *Ecclesia minoribus aequiparatur. Valore della massima e connessi problemi di qualificazione giuridica dei controlli canonici sull'amministrazione degli enti ecclesiastici*, Padova, 1970, tentando di individuare, attraverso l'esame delle norme positive, quale teoria (realtà o finzione) il legislatore abbia fatto propria in tema di persone morali, di fronte all'ibridismo delle disposizioni in materia, è pervenuto parimenti al risultato che non si possa stabilire se il *Codex* qualifichi le persone morali come organismi naturali o finzioni (p. 37). Vi sono, infatti, talune norme (ad esempio, in materia di estinzione, can. 102 par. 1) che parrebbero essere espressione della teoria della finzione (cfr. p. 22-23); altre (ad esempio, in materia di riconoscimento delle persone morali), dalle quali non si può stabilire quale teoria il legislatore canonico abbia avuto presente (cfr. p. 26-31).

Rilevava che il *Codex* non propone alcuna teoria sulla natura delle persone morali M. CONTE A CORONATA, *Institutiones iuris canonici*, vol. I, Taurini, 1928, p. 145 (ma tale rilievo è caduto nel successivo *Compendium iuris canonici* <sup>6</sup>, Torino, 1963, p. 200-201); cfr., inoltre, nello stesso senso, R. NAZ, in R. NAZ - C. DE CLERCQ - C. LEFEBVRE - H. DÜRAN - F. CLAEYS BOUUAERT - E. JOMBART, *Traité de droit canonique*, t. I. *Introduction, règles générales, des personnes*, Paris, 1946, p. 243; ST. SIPOS, *Enchiridion Iuris Canonici*, 7<sup>a</sup> ed. a cura di L. GÁLOS, Romae-Friburgi Brisg.-Barcinonae, 1960, p. 78.

<sup>(50)</sup> Per un esame dettagliato di tali lavori rinviamo a G. LO CASTRO, *Personalità morale e soggettività giuridica nel diritto canonico*, cit., p. 20 ss.

È stato esplicitamente riconosciuto come tenere per necessario l'atto della pubblica autorità anche per le persone morali nello Stato produrrebbe conseguenze molto funeste per la Chiesa: cfr. W. BERTRAMS, *De origine personae moralis in Ecclesia*, in *Periodica de re mor. can. lit.*, 1947, p. 179-180: « Si enim tota vita socialis publica a Statu procedit, sub influxu Status manet, necnon in Statu ordinatur, cur non etiam vita religiosa, vita Ecclesiae? Status modernus

una visione pluralistica e liberale dell'organizzazione statale, che consentisse e favorisse l'esplicazione della *libertas Ecclesiae* nella specifica materia, e di una concezione autoritaria ed accentratrice

---

non tantum negat omnem dependentiam ab Ecclesia, quinimo in proprio territorio dependentiam Ecclesiae a potestate statali affirmat. Haec est ratio, ob quam leges civiles de acquirenda personalitate iuridica etiam applicantur ad personas morales ecclesiasticas: guadent personalitate iuridica in foro civili in tantum in quantum per potestatem publicam civilem ea muniantur. Ita haec theoria permittit suppressionem institutorum ecclesiasticorum et restrictionem liberae activitatis Ecclesiae simplici praetextu, quod haec fiunt in obsequium legis, quae omnes — i.e. non tantum instituta ecclesiastica — ligat ».

L'autore aveva prima spiegato come la differenza fra società naturale e Chiesa fosse da intravedere nel fine immanente ad entrambe; nella prima, il fine immanente, il bene comune, conserva la sua indole naturale nonostante il fine trascendente soprannaturale e, conseguentemente, « ipsa activitas socialis, ipsa officia et iura manent in ordine naturali ». Nella Chiesa, viceversa, il fine immanente, il bene comune, assume l'indole di fine trascendente, per la qual ragione tutta l'attività sociale della Chiesa è ordinata « in hanc vitam supernaturalem hominibus conferendam, conservandam, augendam » (ivi, p. 172-173).

Nello stesso senso di Bertrams, seppure con esposizioni meno compiute, cfr., per la dottrina anteriore al *Codex*, F. CAVAGNIS, *Institutiones iuris publici ecclesiastici*, ed. alt. emendata, p. secunda specialis, vol. un., cit., p. 326-327; e, per la dottrina post-codificata, PH. MAROTO, *Institutiones iuris canonici*, t. I, Romae, 1921, p. 536-537; F. X. WERNZ - P. VIDAL, *Ius canonicum*, t. II. *De personis*, cit., p. 33-34; T. MAURO, *Il problema della nazionalità degli enti ecclesiastici*, Milano, 1959, p. 81 ss., in particolare p. 92, per il quale le persone morali conseguono dall'atto del legittimo superiore la stessa esistenza di fatto nei confronti dell'ordinamento canonico. Cfr., inoltre, P. CIPROTTI, *De formale decreto quo persona iuridica constituitur*, in *Apollinaris*, 1937, p. 269-272, nonchè, dello stesso autore, *A proposito del riconoscimento delle persone morali in diritto canonico*, in *Arch. div. eccl.*, 1941, p. 62; L. PRETI, *Il riconoscimento delle persone morali in diritto canonico*, in *Arch. div. eccl.*, 1940, p. 325.

Il Bertrams e gli altri autori sopra citati non accolgono, pertanto, la diversa argomentazione, secondo la quale la persona morale, sia nella società civile sia nella società religiosa, non può sorgere se non per atto della competente autorità, « ob necessariam dependentiam imperfecti a perfecto eiusdem ordinis »; tesi, quest'ultima, sostenuta — come abbiamo ricordato — da G. Michiels nella prima edizione dei suoi *Principia generalia de personis in Ecclesia* (Lublin, 1932, p. 454 ss., e p. 347 nota 1), ma poi non più accolta nella seconda edizione (cit., p. 391-392). L'autore, tuttavia, anche in questa più recente ed., lasciava all'autorità civile alcuni poteri in materia ed ammetteva che il bene specifico delle società particolari dovesse essere integrato con il più comprensivo bene di tutta la comunità; in conseguenza, l'autorità pubblica può sancire che posseggono la *ratio* delle

dell'ordinamento ecclesiale <sup>(51)</sup>. Probabilmente molte delle contraddizioni particolari, sopra rilevate in sede di esame critico delle

---

associazioni e delle istituzioni solo quegli enti di cui essa stessa dichiara l'onestà e l'utilità, o di cui dalla stessa autorità è confermata e riconosciuta la capacità giuridica naturale; ovvero, ancora, quegli enti nell'erezione dei quali siano rispettate certe condizioni richieste dall'autorità per ovvie esigenze di bene comune. Secondo Michiels, il bene comune può inoltre richiedere che la capacità giuridica, la quale per sé va ordinariamente riconosciuta a una società o a un istituto *ex ipsa lege naturali*, per circostanze eccezionali possa essere ristretta, sospesa o tolta dalla pubblica autorità (p. 392-393; cfr., inoltre, dello stesso autore, nello stesso senso, *De personalitate morali ex ipso iuris praescripto in codice iuris canonici*, in *Questioni attuali di diritto canonico*, Romae, 1955, p. 9 ss.). Con queste restrizioni è, però, svuotata di sostanziale significato l'adesione, data da Michiels in via di principio, all'origine di diritto naturale della persona morale. Questo principio è intaccato nel momento stesso in cui egli attribuisce all'autorità statale un qualche potere circa il riconoscimento degli enti. In questo specifico caso, l'eccezione nega, non conferma, il principio. Nonostante la contraddittorietà della posizione assunta nella seconda ed. della sua opera, l'autore ha mostrato di avvertire una concreta sensibilità per il dato reale, evitando che il suo discorso restasse confinato nella pura astrazione.

Di recente W. ONCLIN, *De personalitate morali vel canonica*, in *Acta conventus internationalis canonistarum*, s.l. (Città del Vaticano), 1970, p. 122 ss., ha proposto di distinguere la persona morale dalla persona giuridica: la prima « existit in ordine sociologico et constituitur ab ipsis hominibus sine interventu auctoritatis Societatis constitutae »; la seconda « extat in ordine iuridico positivo et oritur vi legis aut actus amministrativi competentis in Societate auctoritatis, qua, communis saltem, realitas socialis exstans iuridice conformatur » (p. 131). E dalla distinzione, posta senza riferimento alle norme vigenti, l'autore desume importanti conseguenze sul diritto naturale delle persone morali d'essere riconosciute come persone giuridiche, sia dalla società civile sia dalla Chiesa, e sul potere di queste di porre condizioni perchè le persone morali possano essere integrate nell'ordinamento giuridico. Una dottrina analoga fu proposta dal consultore C. Lombardi nel corso dei lavori preparatori del *Codex* (ma non fu accolta: cfr. G. LO CASTRO, *Personalità morale e soggettività giuridica nel diritto canonico*, cit., p. 20 ss.).

<sup>(51)</sup> Questa motivazione ideologica, implicita nelle diverse teorie sulla natura delle persone morali, non era propria solo dei canonisti, ma riguardava tutti i teorici in materia, consapevoli o no, divisi, come è stato ben detto, fra difensori dell'onnipotenza statale e coloro che pretendevano di assicurare alle associazioni e alle fondazioni maggior rispetto da parte dello Stato e della pubblica amministrazione: cfr., in tal senso, fra i molti autori, F. DE CASTRO Y BRAVO, *Ofensiva contra el concepto de persona jurídica*, in *Anuario de Derecho Civil*, 1961, p. 955; ID., *Formación y deformación del concepto de persona jurídica. Notas pre-*

single opinioni, affondano le radici in questa più fondamentale contraddizione, superabile sul piano teorico solo al prezzo di una certa incoerenza concettuale.

Nei termini ora esposti, e cioè in quanto volto all'individuazione della natura o dell'essenza delle persone morali, il problema non avrebbe potuto però avere altro significato di quello prima messo in evidenza: affermare l'esistenza di altri soggetti di diritto nell'ordinamento giuridico, oltre alle persone fisiche, da queste autonomi o a queste in qualche guisa riconducibili, secondo le diverse teorie, e leggere, quindi, in tale specifica prospettiva il dettato normativo, che per la prima volta, nella storia del diritto canonico, aveva preso in considerazione le persone morali come categoria a sè stante.

In effetti, non solo le teorie considerate, ma anche l'opera del legislatore canonico, paiono ampiamente motivate, come abbiamo ricordato, dalla necessità di legittimare l'anzidetta categoria nell'ottica della dottrina della soggettività, in sintonia con le parallele costruzioni teoriche elaborate dalla scienza giuridica civile nella seconda metà del secolo scorso ed all'inizio del presente, accomunate, fino ad un non lontano passato, nei motivi di fondo, pur diversificantisi nelle conclusioni particolari.

Finchè era visto in tali orizzonti nozionali, il problema delle persone morali, nonostante le divergenti soluzioni, non sarebbe uscito dal circolo in cui l'aveva posto una certa concezione della funzione della soggettività nell'ordinamento, elaborata in un contesto culturale che non esprimeva certo le esigenze della società ecclesiale.

7. Più di un dubbio abbiamo avanzato, nei primi paragrafi di questo lavoro, circa la correttezza metodologica di un'impostazione che assume acriticamente problemi, e categorie concettuali volte a risolverli, da contesti culturali estranei alla tradizione giuridica canonica.

È giunto ora il momento di riprendere quei dubbi e di dare loro maggior corpo, iniziando con il chiederci se fosse questo del

---

*liminares para el estudio de la persona jurídica*, in *Centenario de la ley del notariato*, sez. III. *Estudios jurídicos varios*, vol. I, Madrid, 1964, p. 86 ss.

soggetto di diritto (e, alla fin fine, della ricerca della 'natura' delle persone morali) l'unica possibile o la migliore prospettiva di studio e di costruzione teorica della categoria delle persone morali e della funzione della personalità nell'ordinamento della Chiesa.

Prima ancora occorre, però, chiederci se la teoria del soggetto di diritto possa assumere in tale ordinamento il rilievo ad essa attribuito negli ordinamenti degli Stati dalla scienza giuridica civile contemporanea: e cioè un rilievo tale, da consigliare di risolvere alla sua luce i problemi di imputazione di effetti e di attribuzione di relazioni giuridiche in situazioni trascendenti l'individuo singolo, innovando le soluzioni pragmatiche che a cotesti problemi dava la più antica scienza giuridica canonica, la quale non conosceva l'anzidetta teorizzazione.

Prescindiamo volutamente dagli elementi di contorno, dai vantaggi particolari o anche dagli svantaggi presentati dai fenomeni di soggettivizzazione (studiati con particolare attenzione dalla dottrina civilistica recente, soprattutto in tema di c.d. abuso della personalità giuridica), e andiamo al nocciolo della questione.

Per gli ordinamenti giuridici secolari, questo è dato dalla diffusa convinzione secondo la quale il soggetto di diritto non solo è centro d'imputazione di determinate o, tendenzialmente, di tutte le relazioni giuridiche, ma si pone concettualmente come punto di riferimento dello stesso ordinamento, come « punto di collegamento di tutte le norme del sistema », al quale non è precluso alcun campo di diritti e di obblighi.

Tale concezione risponderebbe ad un alto livello di « compiutezza interna ed autosufficienza » del sistema normativo e ad un alto grado di elaborazione del medesimo; più aumentano questo livello e questo grado, più si « estende la posizione del soggetto nel mondo giuridico » (52). Il soggetto di diritto, in tale contesto concettuale, può dunque essere ritenuto l'ultima e la più alta fonte del diritto, « principio e fine della realtà politica e giuridica » (53).

(52) A. FALZEA, *Capacità. Teoria generale*, in *Enc. dir.*, VI, p. 14-17.

(53) F. CALASSO, *Il negozio giuridico*<sup>2</sup>, Milano, 1959, p. 339.

Ora è noto come almeno in una duplice prospettiva sia possibile parlare oggi del soggetto come punto di riferimento dell'ordinamento, come espressione iniziale e finale della realtà giuridica e politica.

In una prospettiva giusnaturalistico-razionalistica, il soggetto e i suoi 'innati' diritti sono pensati come un *prius* rispetto all'ordinamento giuridico positivo; da questo essi non derivano, e di questo (del suo illimitato potere) essi rappresentano anzi propriamente un limite <sup>(54)</sup>. Istanze individualistiche stanno a fondamento di molte delle costruzioni giuridiche moderne, che esse ispirano sia nelle concrete proposizioni di istituti giuridici, sia nei motivi profondi che sostengono il sistema normativo e le singole disposizioni giuridiche. Il diritto è pensato come un grande sistema di difesa del soggetto; il rapporto del soggetto con ogni altro soggetto è concepito come necessariamente dialettico e funzione del diritto sarà appunto quella di appianare i contrasti, di smussare le asperità, affinché il soggetto possa liberamente, e nei limiti imposti dall'altrui libertà, espandere tutte le sue potenzialità.

Ma cos'è questo soggetto di diritto che è posto al centro dell'ordinamento giuridico, di cui diventa elemento coordinatore ed unificante, di cui ispira la funzione e che, addirittura, 'giustifica', dando un senso alla sua stessa esistenza?

Tale soggetto non è la persona, realtà sostanziale individuale di natura razionale, « principium elicivum actionis et centrum ultimum attributionis », ma una proiezione concettuale dell'ordinamento, un concetto, cioè, costruito artificialmente, all'origine probabilmente elaborato con riferimento alla realtà sostanziale che doveva rappresentare, ma poi indipendente da questa, tutto e solo formale.

La priorità del soggetto, così nominalmente affermata e difesa, resta alla fine una priorità logica, non ontologica, es-

---

<sup>(54)</sup> Cfr. O. VON GIERKE, *Giovanni Althusius e lo sviluppo storico delle teorie politiche giusnaturalistiche. Contributo allo studio della sistematica del diritto*, a cura di A. GIOLITTI, Torino, 1943, p. 210 ss.; G. SOLARI, *L'idea individuale e l'idea sociale nel diritto privato*, Torino, 1911, p. 56 ss.; G. GORLA, *Commento a Tocqueville. « L'idea dei Diritti »*, Milano, 1948, p. 8 ss. e p. 30 ss.; R. ORESTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto. Linee di una vicenda concettuale*, in *Jus*, 1960, p. 160-161.

sendo la dimensione ontologica tagliata alla radice per un trasferimento, un *übertragung* di significato.

Il passaggio da un contesto ontologico ad un contesto logico potrebbe apparire come affatto innocente o privo di importanza. Non è così; esso, infatti, è causa del totale ribaltamento della prospettiva esaminata, giacchè, privando di consistenza ontologica l'individuo fisico, 'inverandolo' interamente nel concetto di soggetto (concetto che avrebbe dovuto solamente rappresentarlo), questo resta assorbito dall' 'insieme' che produce e manovra arbitrariamente quel concetto, ridotto ormai ad un involucro privo di contenuto.

Il rapporto individuo-'insieme' ne risulta profondamente segnato: o l' 'insieme' annulla l'individuo, estinguendo anche dal punto di vista teoretico la stessa possibilità di concepire un rapporto fra la parte (la persona) e il tutto (la società), e, a maggior ragione, di parlare di un 'corretto' rapporto fra la prima ed il secondo, quest'ultimo essendo concepito come la sola realtà; o l' 'insieme', in ricordo dell'antica autonomia reale e non solo concettuale dell'individuo, è pensato come altro radicalmente da questo ed è personificato (lo Stato 'persona' ad esempio), per instaurare con l'individuo un rapporto dialettico di contrapposizione; onde il 'pubblico' sarà destinato ad ondeggiare, secondo le varie costruzioni teoriche e secondo i vari momenti storici, fra la sua prevaricazione nei confronti del 'privato', spogliato d'ogni consistenza ontologica, ed il suo asservimento al 'privato', esaltato oltre ogni consistenza ontologica <sup>(55)</sup>. Non può, pertanto,

---

(55) Sul rapporto pubblico-privato cfr. AA.VV., *Il pubblico e il privato*, Padova, 1979; cfr., in particolare, la *Préface* di V. MATHIEU (p. 15-27), nella quale l'autore evidenzia come oggi il 'privato' debba presentarsi rappresentato dal 'pubblico' per avere diritto d'esistere; di un 'pubblico' che, a sua volta, si presenta come interprete dell'universale, al quale presta una volontà; « et comme en réalité l'universel n'a pas de volonté, et que personne n'est à même de connaître la volonté générale, voilà la voie ouverte à l'arbitraire du particulier — qu'il soit un groupe ou qu'il soit un individu assez puissant — pour s'imposer aux autres, au nom d'un prétendu principe universel, au lieu de se composer avec les autres volontés, sous l'empire de la loi » (p. 21); cfr., altresì, i saggi di I. BAECHLER, *Public et Privé: perspectives théorétiques et historiques* (p. 37-58), J. BRUN, *La meurtre du privé et le triomphe du public* (p. 69-82), R. POLIN, *Les sens du privé dans l'opposition du privé et du public* (p. 173-190).

sorprendere l'incapacità dei moderni, poco avvezzi ad esercitare la loro capacità d'astrazione metafisica, di pensare il rapporto 'pubblico'-'privato' fuori di uno schema dialettico di contrapposizione; nè può meravigliare come molti di essi non riescano ad ammettere neppure l'esistenza stessa di tale rapporto. In fondo il 'pubblico' (l' 'insieme'), anche nei sistemi in cui prevale dialetticamente, è pensato 'individualmente'; non supera il 'privato' perchè lo trascende, ma si afferma perchè lo schiaccia; e lo schiaccia per evitare l'unica alternativa di rimanere da esso schiacciato: dilemma insuperabile in quel contesto concettuale.

Pur in una seconda prospettiva, il Soggetto per antonomasia (qui indicato con l'iniziale maiuscola), l'unico Soggetto, si presenta come un *prìus* rispetto all'ordinamento; non, però, nel senso antecedentemente evidenziato, di limite all'ordinamento, ma di fonte di questo, di *causa efficiens* del suo essere e del suo modo di essere: alla radice del diritto v'è una volontà, e questa è propria di un Soggetto.

Anche a tal riguardo tocca chiederci chi sia questo Soggetto, in quale fenomeno possa essere individuato, o con quale realtà identificato.

L'antica *philosophia perennis*, nella sua elaborazione scolastica, identificava questo soggetto in Dio: Dio, *ipsum esse subsistens*, creatore di ogni realtà, che in Lui trova non solo la sua origine ma anche la causa che la mantiene nell'essere; Dio, creatore, in particolare, di ogni essere spirituale, costituito a sua immagine e somiglianza e preconstituito su tutti gli altri esseri; Dio, essere supremo che trascende la storia di ciascun uomo e di tutti gli uomini, ma la regge e le dà senso, poichè da Lui profondamente dipendono non solo l'essere ma anche il divenire personale e sociale; Dio, pertanto, fondamento ultimo pure del potere (« non est enim potestas nisi a Deo »: *Rom.*, 13, 1), della giustizia, del diritto. E come ogni essere particolare dipendeva ontologicamente da Dio (il che si traduceva, peraltro, a causa della libertà propria dell'uomo, in una limitazione solo etica della sua azione e nella conseguente responsabilità), così ogni diritto particolare, proveniente cioè da una volontà particolare, avrebbe dovuto essere confrontato con il Diritto, vale a dire con la volontà stessa di Dio, la quale (quando non fosse oggetto di fede, per essere stata



positivamente rivelata), formando il tessuto della realtà umana, sarebbe stata dall'uomo conosciuta attraverso la sua intelligenza, che è la facoltà idonea a penetrarla.

Restava così delimitata, e nello stesso tempo spronata, ogni attività teoretica; fondata, e nello stesso tempo esaltata, la persona umana; fondato, e nello stesso tempo rigorosamente circoscritto, ogni potere.

Via via che Dio si allontana dall'orizzonte umano o, per meglio dire, via via che l'uomo allontana Dio dal suo orizzonte, potere, giustizia, diritto sempre meno avranno a che fare con Lui, e Dio dapprima sarà lasciato come spiegazione teoretica ma ininfluyente di tali fenomeni, e, poi, sarà definitivamente abbandonato pur come spiegazione. È la cultura moderna, da Grozio a Rousseau, da Kant ad Hegel, ad altri ancora, si affannerà a cercare altre Volontà, altri Soggetti, questa volta sul piano della pura immanenza, da porre a fondamento del potere, della giustizia, del diritto.

L'alterità di tali Soggetti (il Popolo, con la sua Volontà generale; lo Stato, con la sua eticità; la Classe, il Partito, e via dicendo) rispetto all'uomo e la loro autonoma consistenza si presentano, però, puramente nominali e fittizie. Risolvendosi tendenzialmente, com'è noto, nella cultura moderna l'ontologia nella gnoseologia, con la negazione della possibilità stessa di affermare una realtà fuori dell'idea che la conosce, quei Soggetti saranno il frutto di costruzioni intellettuali, proiezioni dell'uomo teoretico, con le quali egli spiega la realtà umana e sociale nel momento stesso in cui la costruisce e la pone.

La fondazione del potere, del diritto, della giustizia è così, sotto il profilo speculativo, definitivamente introiettata nell'uomo, e le soluzioni dei problemi, che tale fondazione propone, deriveranno da una ragione umana che non ricerca il vero, ma proietta il vero che pretende di possedere; saranno confortate da criteri di plausibilità e di convenienza o saranno il risultato di costruzioni meramente logiche.

Alcune conseguenze: la teoria resta 'teoreticamente' separata dalla prassi: si può certo 'pensare' il diritto e le sue ragioni ultime, ma come un gioco del pensiero; chi 'fa' il diritto, infatti, può fare a meno di 'pensarlo', giacchè ogni diritto, ormai iden-

tificato con la volizione particolare, e, quindi, ogni volizione particolare, sarà buon diritto (essendo stato tolto ogni fondamento metagiuridico al diritto positivo, reciso ogni legame con il Diritto, con il quale lo stesso diritto positivo si sarebbe potuto e dovuto continuamente confrontare).

Ancora: la scienza giuridica si contenterà di ricercare spiegazioni immediate, prossime, del diritto (che rimpiccioliscono, in ultimo, la sua dimensione), essendo ormai poco sentito o negato il rapporto con i grandi temi della volontà dell'Essere, dell'etica, della morale. Il diritto sarà pur sempre il prodotto di una volontà; ma della volontà particolare di colui che detiene il potere; volontà che si trova in una posizione di adiaforia nei confronti di valori che non siano proiezione della stessa volontà. Il diritto si presenterà sempre più nella veste di norma (generale o particolare, ma pur sempre norma) e sempre meno come *ars boni et aequi*.

Infine: per quanto concerne il soggetto di diritto, questo, non differentemente dalle costruzioni giusnaturalistiche prima ricordate, non ha natura di sostanza, ma è la proiezione di un'idea dell'uomo, e tale resta per quanto alta possa essere la funzione attribuitagli (fonte del diritto, del potere, della giustizia, dello stesso ordinamento).

In tale contesto culturale si pone, dunque, il problema dei soggetti di diritto e delle persone morali.

Si comprenderà ormai perchè sia venuta meno la stessa possibilità di concepire come originario il soggetto nei confronti del diritto: l'originarietà, infatti, o è ontologica o potrà essere al più postulata, pura finzione, in realtà proiezione della volontà particolare che pone il diritto.

Ma negata l'originarietà ontologica del soggetto, ineluttabilmente questa apparirà come proiezione dell'ordinamento (o di quella Volontà che sta a fondamento di questo): soggetto di diritto non sarà più colui che, esso stesso essere sussistente, sebbene *per participationem* dell'Essere supremo da cui deriva ogni realtà, è centro ultimo di imputazione e pretende, conseguentemente, d'essere riconosciuto dal diritto come tale, ma colui che è fatto tale dal diritto particolare. La 'personalità' è lo strumento formale attraverso il quale la volontà particolare, espressa con la

norma, chiama a vita giuridica una realtà (individuale o non) che tale non è e che, in ogni caso, senza quella qualificazione, non ha cittadinanza nel mondo del diritto, nè può averla, essendo stata previamente negata, su un piano diverso dal giuridico, ma in questo riflettentesi, ogni consistenza ontologica.

Soggetto di diritto, persona (fisica o morale), sono ormai qualifiche attribuite dall'ordinamento, indipendenti, sul piano giuridico-formale, dalla realtà sostanziale, per la buona ragione che questa è venuta meno come tale.

Quando Pufendorf sostenne che, non solo le persone *compositae* (corrispondenti ai nostri enti morali), ma anche gli « homines singuli » « ad analogiam substantiarum concipiuntur » <sup>(56)</sup>, fu compiuto il passo decisivo per affermare la natura tutta e solo formale sia delle prime sia dei secondi, con le conseguenze sopra delineate.

Poco importa che un siffatto concetto di soggetto di diritto, svuotato di contenuto sostanziale o, al più, costruito con un riferimento estrinseco alla realtà sostanziale, sia poi inteso come un *prius* rispetto all'ordinamento, limite allo stesso o addirittura fonte del medesimo, « principio e fine della realtà politica e giuridica ».

Il problema della soggettività e della personalità esiste, in quanto tale, proprio perchè si dà il problema della fondazione teoretica dell'ordinamento, dell'ammissibilità di valori da questo riconosciuti ma non posti e, quindi, altrimenti fondati dalla volontà che pone il diritto particolare, dell'ascrizione fra tali valori del soggetto. Problemi assiologici, certo, la cui soluzione, però, può essere ricercata solo sul piano ontologico, o deriva, in forma necessitata, dalla negazione o dalla restrizione di questo.

8. Gli studiosi del diritto canonico sanno come sia diffusa in alcuni settori della dottrina un'ampia sfiducia nei confronti del diritto nella Chiesa e verso la stessa concettualizzazione giuridica, guardati con apprensione, per non dire ostilità, per il ti-

---

<sup>(56)</sup> S. PUFENDORF, *De Jure naturae et gentium libri octo* (ristampa Amsterdam, 1968), lib. I, I, 12.

more ch'essi rappresentino un tradimento della vera Chiesa, quella dello Spirito <sup>(57)</sup>.

Tale sfiducia non ha radici nella tradizione cattolica.

Non v'è dubbio, tuttavia, che alla base di certe costruzioni concettuali sta l'assunzione da parte della scienza giuridica canonica, e, talora, da parte dello stesso legislatore, di temi che sono estranei all'ordinamento della Chiesa e di correlate soluzioni dettate per la crisi di fondazione, nella quale si dibattono gli ordinamenti secolari moderni. La perdita di idee e di valori che li caratterizza non è stata, conseguentemente, priva di influssi, almeno indiretti, nelle costruzioni giuridiche canoniche: teorie, come quella della *societas iuridica perfecta* (che dovrebbe dar ragione dell'esistere giuridico della società ecclesiale, al pari di ogni altra società statale) <sup>(58)</sup>, o della *canonizatio* (che fa passare tutto il diritto nella Chiesa, anche quello divino, attraverso la volizione normativa dei detentori del potere nella stessa) <sup>(59)</sup>, testimoniano la ricerca di un fondamento *i m m e d i a t o* dell'ordinamento giuridico canonico e delle sue norme, il desiderio di rintracciarlo in un ordine di argomentazioni che possa essere proprio anche della scienza giuridica secolare, quasi che il riporlo in motivazioni da questa abbandonate o da questa non accolte potesse in qualche maniera mettere in discussione la giuridicità e di quell'ordinamento e delle sue disposizioni.

Abbandonato ogni complesso di inferiorità, e non per salvare la Chiesa dello Spirito, come vogliono alcuni, ma per salvare l'idea stessa di Diritto, quelle teoriche possono essere messe tranquillamente in discussione e repute, se fosse il caso, insufficienti, in quanto la loro 'verità' è pur sempre una verità parziale, ridotta, che rischia di nascondere la più alta e non meno giuridica verità nella quale è radicato l'ordinamento della Chiesa.

---

<sup>(57)</sup> Per più ampie riflessioni e per richiami bibliografici, cfr. G. LO CASTRO, *Vera e falsa crisi del diritto della Chiesa*, in *Il dir. eccl.*, 1978, p. 60 ss.

<sup>(58)</sup> Tema comunemente svolto da tutte le trattazioni di *ius publicum ecclesiasticum*; per tutti cfr. P. A. D'AVACK, *Corso di diritto canonico*, I. *Introduzione sistematica al diritto della Chiesa*, Milano, 1956, p. 129 ss.

<sup>(59)</sup> Sulla *canonizatio* cfr. V. DEL GIUDICE, *Canonizatio*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, vol. IV, Padova, 1940, p. 221-230.

Allo stesso modo, pensare che il concetto di soggetto di diritto sia (usando espressioni che abbiamo visto proposte dalla scienza giuridica civile) il ' punto di riferimento ' dell'ordinamento, ' principio e fine ' della sua realtà, e costruire il sistema giuridico canonico come se ciò si desse per scontato, significa aderire in modo irriflesso a soluzioni che, oltre ad essere estranee all'ordinamento della Chiesa ed alle sue esigenze specifiche, sono, *tout court*, il frutto malamente maturato della decadenza di una certa maniera di intendere il diritto ed il fondamento dell'ordinamento.

L'ordinamento giuridico canonico, d'altra parte, non ha bisogno di ricorrere ad alcun concetto convenzionale, come è quello di soggetto di diritto, che lo giustifichi e si ponga a suo fondamento; e ciò non come risultato di una diversa costruzione teorica, ma per il fatto che, *storicamente*, il fondamento della Chiesa, e di tutto ciò che ad essa è correlativo, è riposto nella volontà istituzionale di Cristo, suo fondatore, sviluppata poi in una serie di norme dommatiche fondamentali. Correttamente, a tal riguardo, si parla di un ordinamento non antropocentrico, ma cristocentrico <sup>(60)</sup>; come correttamente si è messa in evidenza l'origine di diritto naturale dello Stato e di diritto divino positivo della Chiesa <sup>(61)</sup>: conseguendo, fra l'altro, da tale distinzione un diverso tipo di ricerca, sotto il profilo metodologico, circa il fondamento della società e del suo ordinamento: dal carattere prevalentemente teorico-speculativo, nel primo caso; prevalentemente storico-teologico, nel secondo caso.

Bisogna tuttavia intendersi: se è certamente estranea alla tradizione culturale, non solo giuridica, cattolica l'utilizzazione del concetto di soggetto di diritto elaborato dalla scienza giuridica civile contemporanea, svuotato di ogni contenuto sostanziale, strumento formale e puramente nominale nelle mani del legislatore, e le è estranea l'idea che un siffatto concetto possa rappresentare il nucleo centrale ed ordinatore dell'ordinamento, non le

---

<sup>(60)</sup> Cfr. J. HERVADA - P. LOMBARDÍA, *El derecho del Pueblo de Dios*, I, Pamplona, 1970, p. 236 s.

<sup>(61)</sup> Cfr. A. VERMEERSCH, *De personae moralis origine seu constitutione*, cit., *loc. cit.*, p. 290.

è viceversa estranea, e rappresenta anzi uno dei suoi massimi meriti, l'elaborazione dell'idea dell'unità nella pluralità, del centro di attribuzione di effetti e di relazioni che sta di là degli elementi che lo compongono, della persona intesa in senso sostanziale e non meramente formale.

Secondo la dottrina tomistica, ove quella trattazione trova il suo più compiuto sviluppo <sup>(62)</sup>, 'persona' è sostanza individuale di natura razionale («*rationalis naturae individua substantia*», come già l'aveva definita Boezio) <sup>(63)</sup>; cioè individuo in sè completo, metafisicamente unico ed indivisibile (anche se composto di una pluralità di elementi), totalmente indipendente da ogni altro essere (che non sia Dio) nell'esistere e incomunicabile, quindi sussistente in sè stesso; e, nello stesso tempo, rintracciabile fra le sostanze razionali «*quae habent dominium sui actus, et non solum aguntur, sicut alia, sed per se agunt*» <sup>(64)</sup>; capaci pertanto, a differenza dagli esseri irrazionali, di elevarsi sul determinismo che governa l'universo. A tali realtà sostanziali è riservato il nome di persona: «*et ideo in praedicta definitione personae ponitur substantia individua, inquantum significat singulare in genere substantiae: additur autem rationalis naturae, inquantum significat singulare in rationalibus substantiis*» <sup>(65)</sup>.

L'unità organica, come unità sostanziale propria della persona, si ha nell'uomo, che è appunto unico ed indivisibile, nonostante sia formato di un elemento spirituale (anima) e di uno materiale (corpo): all'uomo, sostanza di natura razionale, si addice propriamente la definizione di persona.

Ma questa unità sussiste anche nella Chiesa, la cui 'personalità' è stata evidenziata dalla dottrina teologica.

La personalità della Chiesa, questa sussistenza «che informa e perfeziona una molteplicità», «è data dallo Spirito Santo, con e per mezzo dell'effusione di grazia e di carità che proviene da

<sup>(62)</sup> Cfr. S. TOMMASO, *Summa th.*, I, q. 29, tutti gli art. e, in particolare, il primo, dedicato alla definizione di persona.

<sup>(63)</sup> Cfr. SEV. BOETIUS, *Liber de persona et duabus naturis*, c. III (P.L., 64, 1343).

<sup>(64)</sup> S. TOMMASO, *Summa th.*, I, q. 29 a. 1.

<sup>(65)</sup> S. TOMMASO, *ibidem*.

Cristo » (66). Essa è la personalità « di una moltitudine che si estende su tutta la terra e su tutte le epoche, e pur tuttavia possiede in grado supremo l'unità di essere e di vita, la coscienza, la memoria, il discernimento, la voce (' la Voce sensibile della Chiesa è il Papa ') e il compito da assolvere — uno anch'esso attraverso il tempo e lo spazio — che sono i segni distintivi della persona » (67).

La dottrina della personalità della Chiesa è espressione dell'insegnamento paolino del corpo mistico di Cristo: « a quel modo che il corpo è uno, sebbene abbia molte membra, e che tutte le membra del corpo, pure essendo molte, formano un solo corpo, così pure è il Cristo » (68). Capo di questo corpo, che è la Chiesa è Cristo; ed « Egli nel suo corpo, che è la Chiesa, continuamente dispensa i doni dei ministeri, con i quali, per virtù sua, ci aiutiamo vicendevolmente a salvarci ... »; Egli « ci ha resi partecipi del suo Spirito, il quale, unico ed identico nel Capo e nelle membra, dà a tutto il corpo vita, unità e moto, così che i Santi Padri poterono paragonare la sua funzione con quella che esercita il

---

(66) Così CH. JOURNET, *Per una teologia ecclesiale della storia della salvezza*, Napoli, 1972, p. 968; ma già nel vol. II di *L'Église du Verbe Incarné* (Paris, 1951), l'autore aveva bene illustrato il rapporto che unisce Dio e la Chiesa ed il senso in cui è possibile pensare questa come persona: « L'Église, à la différence du Christ, n'est unie hypostatiquement à aucune des personnes divines; mais en raison de la providence spéciale par laquelle il la meut et la maintient sans péché, Dieu, l'Esprit saint, est vraiment responsable d'elle, il est vraiment le sujet d'attribution de ses démarches. Comment signifier ce mystère d'une union absolument originale, entre Dieu, entre l'Esprit saint et l'Église, sinon en disant que Dieu, que l'Esprit saint, est la personnalité efficiente suprême et transcendante de l'Église? » (p. 490).

(67) J. MARITAIN, *Il contadino della Garonna*, Brescia, 1969, p. 261.

(68) *1 Cor.* 12, 12; ma cfr., altresì, *Col.* 1, 18; *Rom.* 12, 5. Per il recente Magistero cfr. l'enc. *Mystici Corporis* di Pio XII (29 giugno 1943), in *A.A.S.* 1943, p. 193 ss. (con traduzione italiana ufficiale in *A.A.S.* n. 7 del 20 giugno 1943 — *appendix* —), e la cost. domm. *Lumen Gentium* del Concilio Vaticano II, n. 7 (in *A.A.S.* 1965, p. 10), ove è ripreso il brano di S. Paolo riportato nel testo. Fra i trattatisti della Chiesa ricordiamo I. DE TURRECREMATI, *Summa de Ecclesia* (Venetiis, 1561), l. I, c. 43, il quale esplicitamente riferiva alla Chiesa il discorso sul corpo mistico di Cristo: « sicut in corpore humano caput et membra dicuntur constituere unam personam ut dicatur unus homo, ut dicit Augu. super Ioan. Homel. 21, ita suo modo in corpore Ecclesiae » (f. 49 v.).

principio vitale, cioè l'anima, nel corpo umano » (*Lumen gentium*, n. 7).

Già I. de Turrecremata aveva spiegato in che modo bisogna intendere l'affermazione secondo la quale Cristo e il suo corpo, che è la Chiesa, costituiscono una persona: « ... persona dupliciter a sanctis doctoribus accipitur. Uno modo proprie pro uno scilicet singulari individuo sive supposito rationalis naturae ... Alio modo accipitur nomen personae non proprie a proprietate naturali unius individuae rationalis substantiae, sed mysticae a quadam analogica similitudine sive resonantia, et hoc modo saepe de toto corpore ecclesiae mystico loquitur scriptura, et doctores sancti sicut de una persona » <sup>(69)</sup>.

Più recentemente, Pio XII, nella *Mystici Corporis* (1943), ha chiarito, per meglio intendere il mistero della personalità della Chiesa, la differenza specifica intercorrente fra il corpo morale ed il corpo mistico, che è la Chiesa: « Nel corpo morale, il principio di unità non è altro che il fine comune e la comune cooperazione ad un medesimo fine, mediante l'autorità sociale; invece nel Corpo mistico ... alla comune tendenza per lo stesso fine, va aggiunto un altro principio interno che esiste ed agisce con forza e nell'intera compagine e nelle singole sue parti, ed è di tale eccellenza da superare per se stesso immensamente tutti i vincoli di unità che conglutinano sia un corpo fisico sia un corpo morale. Ciò ...

---

<sup>(69)</sup> I. DE TURRECREMATA, *op. cit.*, I, I, c. 65 (f. 76 v.). Ma l'autore sapeva naturalmente tenere ben distinta la personalità degli individui fisici da quella della Chiesa: « cum autem unum sequitur ens, et conditio unitatis conditionem entis ... sicut duplex est modus loquendi de persona, aut de homine, scilicet naturaliter aut mystice, ita duplex est modus loquendi de unitate. Si enim loquimur de unitate personali prout respondet primo modo acceptionis personae, sic palam est quod Christus, ut corpus eius quod est ecclesia non sunt una persona sicut nec unus homo ... Christus vero et fideles qui sunt corpus eius distinctas hoc modo personalitates habent »; ma « si vero loquamur de unitate personali prout respondet secundo modo acceptionis nominis personae, scilicet mysticae, tunc concedendum est quod Christus et corpus eius quod est ecclesia sunt una persona ». Più oltre l'autore precisava come l'unità si dice mistica o figurativa « quia ad similitudinem unitatis, quae est inter corpus naturale hominis, et eius caput accipitur » (*ibidem*). Tutto il cap. 65 del I. I è dedicato dall'autore a dimostrare « quomodo accipiendum sit id quod dicitur quod Christus, et corpus eius, quod est ecclesia, sint una persona ».



non è qualcosa di ordine naturale, bensì soprannaturale, anzi in se stesso infinito ed increato, cioè lo Spirito divino che, come dice l'Angelico, « uno e identico per numero, riempie ed unisce tutta la Chiesa » (*De veritate*, q. 29, a. 4 c) » (70); onde non può apparire strano che si sia pensato potersi attribuire solo alla Chiesa il nome di corpo (mistico) e « par abus » agli altri 'corpi morali' (71).

La Chiesa, dunque, è, e non per astrazione o finzione, il prolungamento storico di Cristo; è Cristo vivente nel tempo; è la dimensione comunitaria di Cristo. Cristo e la Chiesa sono un tutto completo: « L'Église est dans le Christ et le Christ est dans l'Église et on peut les remplacer l'un et l'autre par le corps du Christ, sans changement appréciable de signification » (72). Come tale essa è soggetto agente nella storia dell'umanità.

Della Chiesa (la cui realtà misteriosa, derivante appunto da questa sua intima compenetrazione con il mistero di Cristo, non potrà mai essere interamente sondata) possono essere messi in evidenza molteplici aspetti e connotati (73); ma non vi può essere alcuna concezione, che voglia restare nella tradizione magisteriale e speculativa cattolica, che neghi l'intima compenetrazione fra Cristo e la Chiesa, l'intrinseco rapporto che unisce il corpo al suo capo (onde non sarà concepibile la Chiesa senza Cristo, nè Cristo fuori della Chiesa), sì che essa si presenti come organismo vitale agente nella storia, come un'unica persona.

La dottrina della Chiesa come corpo mistico di Cristo, e della conseguente sua specifica personalità, offre l'esempio, certamente

(70) A.A.S. 1943, *appendix* cit., p. 27. Bisogna tuttavia ricordare l'influsso esercitato dalla concezione paolina del *corpus mysticum* per l'introduzione e la diffusione del concetto di una unità personale *ex plurimis*, per la formazione, quindi, dell'idea di corpo morale; cfr., per quanto riguarda gli effetti di tale concezione sui testi giustinianeî, M. ROBERTI, *Il corpus mysticum di S. Paolo nella storia della persona giuridica*, cit., *loc. cit.*, in particolare p. 74 ss.

(71) Cfr. F. PRAT, *La théologie de Saint Paul*, t. II<sup>14</sup>, Paris, 1929, il quale mise in evidenza che « ce qui distingue essentiellement le corps mystique des entités morales que l'on décore par abus du nom de corps, c'est qu'il est doué de vie et que sa vie lui vient du dedans » (p. 344).

(72) F. PRAT, *op. cit.*, p. 342-343.

(73) Cfr. il cap. I della cost. domm. *Lumen Gentium* e, in particolare, le immagini date della Chiesa nel n. 6.

il più alto, di un insieme nel quale il 'privato' (l'individuo singolo) si realizza non in contrapposizione allo stesso, ma in piena ed intrinseca comunione.

Il singolo, infatti, dotato nella Chiesa della personalità umana (propria di tutte le creature umane e che, come tale, gli deve essere riconosciuta all'interno della stessa società ecclesiale) e della personalità soprannaturale (nel senso che la sua unica e medesima persona è anche, in virtù dell'opera di redenzione di Cristo, centro di attribuzione di effetti soprannaturali), è protagonista della propria e dell'altrui salvezza; ma ciò nella Chiesa, che resta il protagonista principale e che non è 'altro' da chi vi appartiene, e cioè non è, nè può essere, portatore di interessi contrapposti o diversi: « La Chiesa invero è costituita per il bene dei fedeli ... » (74).

Si ha così la realtà di una duplicità di personalità, della Chiesa e dell'uomo nella Chiesa, interamente autonome sul piano metafisico e sostanziale (75), che si manifestano in una unità operativa e finale (76). Possiamo dire, per usare espressioni già utilizzate a

(74) Cfr. *Mystici Corporis*, loc. cit., *ibidem*.

(75) Ancora la *Mystici Corporis* sottolinea come il corpo mistico non assorba affatto e non annulli la personalità dei singoli membri: « Mentre infatti nel corpo naturale, il principio dell'unità congiunge le parti in modo che le singole manchino completamente della propria sussistenza, invece nel Corpo mistico la forza di mutua congiunzione, sebbene intima, unisce le membra tra loro di guisa che le singole godano completamente di una propria personalità » (*ibidem*).

(76) Fu un gravissimo errore di Lutero l'aver staccato soteriologicamente l'individuo dalla Chiesa e l'averlo lasciato solo innanzi a Dio. La negazione della necessità di una mediazione storica della Chiesa, anzichè esaltare l'uomo, l'impoverì della sua dimensione comunitaria; essa fu certo frutto dell'incapacità di vedere Cristo nella Chiesa, ad essa indissolubilmente legato.

L'errore di Lutero ha avuto un doppio esito negativo: a) sul piano religioso, un esito ateistico, ineluttabile nella misura in cui è vera l'affermazione secondo la quale con la Redenzione Dio ha scelto, e in modo definitivo, il canale attraverso il quale entrare normalmente in contatto con gli uomini: Cristo, e la Chiesa che « ne costituisce il suo imprescindibile prolungamento » (così H. Urs von BALTHASAR, *La teologia dopo il Concilio*, in *L'Osserv. rom.*, suppl. del 13 dic. 1981, p. 44), onde non si può rigettare il canale attraverso cui Dio viene incontro agli uomini, senza rigettare alla lunga Dio stesso. L'ansia soteriologica, caratterizzante la dottrina luterana, tuttavia permane, ma, a causa di quell'esito ateistico, si sarebbe scaricata nell'ordine della pura immanenza, nel quale sarebbero fiorite dottrine su dottrine che, in attesa di salvarlo, hanno per ora avuto l'effetto di

proposito degli ordinamenti secolari, che il 'privato' si realizza pienamente nel 'pubblico', ed il 'pubblico' nel 'privato' (77).

9. Può anche essere che la concezione prima descritta sia svanita come supporto, per così dire, scontato della scienza giuridica canonica, la quale si è rivolta verso costruzioni che non appartengono alla sua più alta ed antica tradizione (78). Ma nel quadro teologico del Corpo mistico, ove sono integrate in un unico sapiente disegno la personalità della Chiesa e la personalità dell'uomo, secondo i modi che abbiamo cercato di mettere in evidenza (quadro che non può essere nè discretamente messo da parte, nè, tanto meno, decisamente abbandonato), comprendiamo benissimo come non si diano problemi di ricerca di principi ordinatori dell'ordinamento, di punti di riferimento diversi da quelli ricordati, di concetti che possano secolarmente surrogare quelli

---

devastare e nevrotizzare la coscienza dell'uomo contemporaneo; b) sul piano sociale, giacchè ingenerando la persuasione che l'uomo possa bastare a se stesso, la dimensione sociale d'allora in poi sarebbe stata mal sopportata, avrebbe avuto bisogno di particolari giustificazioni, sarebbe stata in ogni caso vista in contrapposizione all'uomo, che avrebbe soggiogato o da cui, pendolarmente, sarebbe stata soggiogata.

Su Lutero cfr. J. LORTZ, *La riforma in Germania*, vol. I, Milano, 1979, p. 430 ss.; J. MARITAIN, *Tre riformatori. Lutero - Cartesio - Rousseau*, Brescia, 1974, p. 43 ss.

(77) Niente avrebbe escluso di pensare per la 'città' un rapporto simile di integrazione del 'privato' col 'pubblico', ove il bene dell'insieme (della città, dello Stato), pur distinguendosi dal bene del singolo, non solo «multitudine et paucitate», ma «specie», essendo altra la «ratio boni communis et boni singularis, sicut et alia est ratio totius et partis» (S. TOMMASO, *Summa th.*, II - II, q. 58, a. 7 ad 2), non può essere perseguito o realizzato contro il bene della persona; non potendo la città essere pensata se non *per* l'uomo, anche se indipendente dall'uomo. Ma abbiamo visto come i germi dell'individualismo, annidatisi alle radici della cultura contemporanea, abbiano imposto di pensare l'insieme alla guisa del privato e di stabilire con questo un rapporto di dialettica contrapposizione.

(78) Sintomatica, al riguardo, appare la disputa circa la prevalenza del pubblico sul privato o viceversa sviluppatasi nella canonistica italiana: cfr. P. FEDELE, *Lo spirito del diritto canonico*, Padova, 1962 (in particolare il cap. X: *Natura pubblica del diritto canonico*, p. 823-1013) e P. A. D'AVACK, *Corso di diritto canonico*, I, cit., p. 219 ss.

che esprimono la natura e l'essenza della Chiesa e configurano inconfondibilmente il suo ordinamento.

Da tali affermazioni non consegue che non si possa allora parlare di soggetto di diritto nella Chiesa. Tutt'al contrario; ma non per intenderlo come un concetto intorno al quale costruire l'ordinamento, di cui rappresenterebbe la giustificazione razionale, la fonte e, conseguentemente, il punto terminale <sup>(79)</sup>. Non un concetto, ma altre realtà stanno a fondamento dell'ordinamento canonico, e di esso rappresentano la giustificazione ed il punto terminale.

Parimenti, la concezione prima riferita non impone di pensare che un insieme di persone o, comunque, un ente diverso dall'individuo fisico, non possano essere considerati una realtà distinta da quelle che li compongono, cioè come essi stessi 'persona', centri di imputazione di relazioni e di effetti giuridici. Con le necessarie successive precisazioni, possiamo viceversa dire che sarà certamente possibile.

Abbiamo visto, infatti, che, sia pure in un senso e con modi del tutto peculiari, il concetto di persona si applica alla Chiesa-corpo mistico di Cristo.

Possiamo anche ricordare come non sia estranea alla speculazione metafisica cattolica l'affermazione della realtà di relazioni che superano l'individuo singolo.

È di S. Tommaso l'affermazione secondo la quale, sebbene « *multitudo praeter multa non sit nisi in ratione; multitudo tamen in multis est etiam in rerum natura* » <sup>(80)</sup>. Ed è stato più di recente ricordato come non manchi l'unità (che è uno dei caratteri costitutivi della persona) alle società composte di uomini, per quanto tale unità sia accidentale e non sostanziale (come è, invece, nelle persone fisiche): sarebbero vittime di un errore di osservazione e di un pregiudizio meccanicistico coloro che non riescono a cogliere coteste società come realtà nuove ed originali, coloro

---

<sup>(79)</sup> Sui riflessi della Pandettistica in tale concezione, nonché del razionalismo giuridico e dell'illuminismo, cfr. F. D'ALESSANDRO, *Persone giuridiche ed analisi del linguaggio*, cit., loc. cit., p. 325 nota 72.

<sup>(80)</sup> S. TOMMASO, *De potentia*, q. 3, a. 16 ad 16.

che nelle società vedono solo la collezione degli individui che le compongono e nel bene comune la somma dei beni individuali dei membri. Ricordando il pensiero di S. Tommaso, sopra riferito, è stato ancora sostenuto come non vi sia dubbio che la moltitudine, considerata indipendentemente dagli individui che la compongono, sia un concetto astratto: non si ha sindacato senza iscritti allo stesso. Ma la moltitudine con i suoi individui è una realtà della natura, la quale ha attività proprie che nessuna delle sue parti può attribuirsi: « l'orchestre est autre chose que la somme de ses musiciens, l'ordonnance de l'armée autre chose que l'addition des attitudes de chaque soldat, la culture et la civilisation autre chose qu'une juxtaposition d'efforts particuliers » <sup>(81)</sup>.

Ma riconosciuto ciò, ed ammesse quelle altre plausibili distinzioni e precisazioni che a proposito della natura di coteste realtà possono essere fatte <sup>(82)</sup>, nulla o poco ancora sappiamo sulla funzione che a tali realtà è attribuita dall'ordinamento, sul posto che in questo esse occupano, sulla relazione esistente fra le medesime e l'ordinamento stesso.

Possiamo, però, ormai affermare, sulla base delle considerazioni svolte intorno all'ordinamento della Chiesa, come questa funzione, questo posto, questa relazione solo arbitrariamente potrebbero essere individuati attraverso i postulati propri delle teorie soggettivistiche imperanti negli ordinamenti statali.

Abbiamo altrove ricordato come, secondo questi postulati « posto o riconosciuto il centro d'imputazione e qualificato tale centro come soggetto, il diritto avrebbe esaurito il suo compito »; compito che resterebbe limitato al momento genetico dello stesso soggetto, giacchè questo, una volta sorto, vivrebbe poi secondo la sua interna potenzialità. L'istituto della personalità morale o giuridica, nella teoria del soggetto di diritto, adempirebbe dunque « la funzione di costituire (o di riconoscere) veri e propri soggetti nell'ordinamento, dotati dei requisiti di capacità generale, astratta, assoluta, preventiva, ecc., dotati cioè della capacità di riassumere

---

<sup>(81)</sup> CH. JOURNET, *L'Église du Verbe incarné*, v. II, cit., p. 483-484; e ivi per altre distinzioni in materia di 'persone sociali' e di 'persone finte'.

<sup>(82)</sup> Cfr. *retro, sub.* par. 3, 4, 5.

tutte, o tendenzialmente tutte, le situazioni giuridiche dell'ordinamento e di espandersi in questo per forza autonoma » (83).

Sarebbe ravvisabile, pertanto, una stretta interdipendenza, che sfocerebbe in una piena equivalenza, fra le categorie, tutte e sole formali, di persona morale, di soggetto di diritto, di capacità giuridica (84): chi è persona è soggetto di diritto, chi è soggetto di diritto è capace giuridicamente e viceversa. La personalità sarebbe, dunque, lo strumento nelle mani dei detentori del potere per far nascere cotesti nuovi enti, persone-soggetti capaci nell'ordinamento (salvo accertare se non si diano altri strumenti

(83) G. LO CASTRO, *Personalità morale e soggettività giuridica nel diritto canonico*, cit., p. 220-221.

(84) Cfr. sul punto A. GOMEZ DE AYALA, *Gli infedeli e la personalità nell'ordinamento canonico*, cit., p. 562 ss. e 614 ss. (per alcune valutazioni critiche della tesi di tale a., cfr. G. LO CASTRO, *op. cit.*, p. 161 ss.). Cfr., inoltre, le significative precisazioni di P. LOMBARDIA, *Persona jurídica en sentido lato y en sentido estricto* (*Contribución a la teoría de la persona moral en el ordenamiento de la Iglesia*), in *Acta conventus internationalis canonistarum*, cit., secondo il quale, *de iure condito*, la nozione di persona morale esaurisce completamente quella di soggetto di diritto di beni ecclesiastici; ritiene, anzi, tale autore, che l'unico campo nel diritto canonico nel quale la personalità giuridica « agota una cuestión », fino al punto che non sarebbe neppure possibile impostarla senza d'essa, è quello dei beni ecclesiastici; ricorda, inoltre, che la regola secondo la quale un bene che non sia di una persona morale non può essere qualificato come ecclesiastico e, di contro, tutti i beni delle persone morali sono da considerare ecclesiastici, si applica con tanta precisione che, allorquando non è funzionale qualificare come ecclesiastici taluni beni sostanzialmente destinati al servizio della Chiesa, si evita che li acquisisca una persona morale, mentre i beni sono assegnati ad un altro titolare (p. 172) (dello stesso a., cfr. *La propiedad en el ordenamiento canónico*, in *Ius canonicum*, 1962, p. 405-424, e, per alcuni aspetti collegati, J. HERVADA, *La relación de propiedad en el patrimonio eclesidástico, ibidem*, p. 425-467).

Ricordiamo, infine, come R. KÖSTLER, *Rechtspersönlichkeit und Vermögensfähigkeit nach dem päpstlichen Gesetzbuch*, in *Festschrift U. Stutz*, Stuttgart, 1938, abbia individuato proprio nella capacità patrimoniale il contrassegno delle persone morali (p. 413 ss. e, specialmente, p. 420 ss. e 427 ss.); su tale concezione cfr. M. CONDORELLI, *Destinazione di patrimoni e soggettività giuridica nel diritto canonico. Contributo allo studio degli enti non personificati*, Milano, 1964, p. 130-132; in senso decisamente diverso sul punto cfr. G. MICHIELS, *Principia generalia de personis in Ecclesia*, cit., p. 455 ss., nonché G. FORCHIELLI, *Il diritto patrimoniale della Chiesa*, Padova, 1935, p. 107.

genetici della soggettività e se questa non possa essere riconosciuta anche fuori della formale personificazione: ma sul punto, che importerebbe più ampie considerazioni, non possiamo soffermarci in questa sede) <sup>(85)</sup>.

Abbiamo visto, però, quanto siano fuorvianti, per la corretta comprensione dell'ordinamento canonico, le dottrine che postulano tale concezione. In particolare ci sembra che possano ora essere evidenziati di questa due conseguenze o corollari o, secondo i punti di vista, presupposti, nient'affatto apprezzabili, in quanto confliggono apertamente con le caratteristiche e con le esigenze proprie dell'ordinamento della Chiesa.

Il primo corollario negativo deriva dalla stessa maniera di intendere la 'personalità' in senso meramente formale, come uno strumento, nelle mani del legislatore e dell'autorità ecclesiastica, che serve a dare una dimensione giuridica ad una realtà, la quale, prima di essere riconosciuta o qualificata come persona, soggetto di diritto, nulla varrebbe nell'ambito dell'ordinamento.

Così inteso, infatti, l'istituto della personalità finisce per svolgere, come di fatto svolge, una funzione generatrice di vita giuridica non solo per i centri d'imputazione diversi dall'individuo singolo (le persone morali), ma anche per l'uomo: anche di questo fonte formale della personalità rimane il diritto. Ma concepire in siffatto modo la persona, significa indebolirne la 'realtà', svuotando il concetto d'ogni contenuto sostanziale.

Ciò può avvenire solo nell'ambito di una concezione del diritto che non riconosca a questo alcun fondamento metagiuridico; in una concezione del genere quella categoria formale si presta benissimo ad essere « uno strumento assolutizzante il potere dell'autorità »; uno strumento idoneo « ad allargare o restringere il novero dei soggetti di diritto *ad libitum* della medesima autorità (dove la lotta per la conquista della personalità come lotta per la soggettività, vale a dire per essere protagonisti nell'ordinamento giuridico), ed inidoneo in altrettanta misura a fondare teoreticamente la precedenza della realtà umana e dei diritti a questa

---

<sup>(85)</sup> Cfr. sul punto M. CONDORELLI, *Destinazione di patrimoni e soggettività giuridica nel diritto canonico*, cit., p. 162-163; contra, cfr. A. GOMEZ DE AYALA, *Gli infedeli e la personalità nell'ordinamento canonico*, cit., p. 216.

connessi, nei confronti del Diritto; il quale alla fine si presenta, anche in tale campo, come fatto volontaristico, non legato ad alcun fondamento obiettivo, realtà misurante non misurata, ancorato alla forza che lo fa vigente e non più alla Giustizia che lo fa 'valere' » (86).

Basta, però, far riferimento a quanto sopra abbiamo detto circa il fondamento dell'ordinamento della Chiesa, per comprendere come una consimile concezione non possa affatto rappresentare adeguatamente le esigenze proprie dell'ordinamento canonico.

Il secondo negativo corollario della criticata concezione della personalità consiste nell'indebita equiparazione, quanto alla funzione 'ordinatrice' dell'ordinamento da loro svolta, nell'unico concetto di persona-soggetto di diritto, della Chiesa, delle persone fisiche e di tutti gli altri centri di imputazione di effetti giuridici diversi dagli individui singoli.

A suo tempo abbiamo cercato di mettere in evidenza come non uguale sia, nella storia della salvezza, la funzione della Chiesa, corpo mistico di Cristo, dotata di una sua specifica personalità sostanziale, e dell'uomo, pur esso ricco di una personalità (umana e soprannaturale) e pur esso protagonista di quella storia; come quelle personalità si integrino funzionalmente senza contrapporsi. Come pensare allora opportuna un'operazione giuridica dottrinale che, anzichè cogliere e rispecchiare queste diverse posizioni, le appiattisce? come pensare, inoltre, che un *collegium*, un *institutum pium*, una *domus religiosa*, ecc., potranno essere equiparati alle altre summenzionate persone, in virtù della medesima qualifica formale, che li farebbe tutti soggetti di diritto allo stesso titolo, alla fine, quindi, tutti dotati delle medesime prerogative e potenzialità? come pensare, infine, opportuno l'uso di una qualifica formale secondo l'accezione affermatasi negli ordinamenti statali, ove essa esprime istanze individualistiche e contiene in sè il germe di una contrapposizione dialettica dei termini di cui è predicata, contrapposizione così lontana dalle caratteristiche proprie dell'ordinamento della Chiesa?

---

(86) G. LO CASTRO, *La rappresentazione giuridica della condizione umana nel diritto canonico*, in *Il dir. eccl.*, 1981, I, p. 248 s.



Per queste ragioni ci sembra più consona con questo ordinamento l'interpretazione dell'istituto della personalità giuridica da noi in altra sede sviluppata, secondo la quale « l'attribuzione della qualifica di *persona moralis* ad un *collegium*, ad una *universitas*, ad una *domus religiosa*, ad un *institutum pium*, ecc., mercè il formale *decretum*, di cui al can. 100 par. 1 c.j.c., non ha il significato di costituire un soggetto nuovo nell'ordinamento, con le implicazioni di astrattezza, assolutezza, preliminarità, ecc., a tale nozione connesse dalla dottrina; ma ha il significato non dilatabile di riconoscere e di regolare relazioni giuridiche che sono imputate ad un ente astratto (nè importa, poi, che questo ente sia qualificato come 'soggetto', purchè nel limitato senso qui descritto); di inserire tali relazioni nel complesso tessuto normativo e di ammettere, nei limiti rinvenibili nel diritto, la reiterabilità nel tempo delle anzidette relazioni » (87).

Tale interpretazione esprime la persuasione che non ha senso, ed è anzi per certi versi intimamente contraddittorio, predicare di un soggetto l'assolutezza, la capacità di espandersi per forza propria, la potenzialità di riassumere tutte le situazioni giuridiche e via dicendo, e non concepirlo come ontologicamente 'originario' rispetto all'ordinamento; che è poi ciò che avviene allorchè all'istituto della personalità, inteso in senso formale, è attribuita la funzione genetica di nuovi soggetti di diritto: giacchè, se il soggetto *d e r i v a* dall'ordinamento attraverso i meccanismi formali da questo previsti, esso può solo essere *p o s t u l a t o* come originario, onde i connotati ad esso attribuiti appaiono subito quali mere finzioni teoriche, dal contenuto puramente convenzionale, che servono a dar fattezze ad un'idea (vero *monstrum* concettuale), da porre a fondamento o da costituire come nucleo ordinatore del diritto positivo.

Negare alla personalità la funzione genetica di soggetti dotati della caratteristiche ricordate, funzione peraltro non imposta dalla normativa canonica vigente (88), e riconoscerle il più limitato

---

(87) G. LO CASTRO, *Personalità morale e soggettività giuridica nel diritto canonico*, cit., p. 220-221.

(88) Dalle norme riprodotte nelle precedenti note 6, 7 e 8 e dalle altre simili rinvenibili nel *Codex* non si ricava affatto la necessità di pensare ai soggetti

significato sopra descritto, non solo restituisce all'istituto maggiore coerenza logica, ma lo rende più consono alla struttura dell'ordinamento della Chiesa.

Si rifletta, infatti, come in tale ordinamento, ove il diritto (particolare) è fondato sul Diritto (la volontà stessa di Dio, che radicalmente lo 'giustifica' e lo delimita), non vi sia alcuna necessità nè alcuna possibilità di postulare l'esistenza di quei *monstra* concettuali.

Si rifletta ancora come gli stessi enti sussistenti (la persona umana, ontologicamente, e la Chiesa, nel senso e per le ragioni antecedentemente enunciate) siano bensì originari rispetto al diritto particolare, nei confronti del quale presentano certo le caratteristiche di potenzialità, absolutezza, ecc., sopra ricordate, ma non con riferimento al Diritto, che costituisce la trama essenziale dell'ordinamento ecclesiale (molte delle superflue e talora stucchevoli discussioni circa la coesistenzialità del diritto con la Chiesa dipendono dal fatto che l'approfondimento dottrinale della natura della Chiesa non è stato accompagnato da una sufficiente comprensione della natura del Diritto). La Chiesa e la persona umana sono infatti assogettate a tale Diritto in maniera non estrinseca, ma *intrinseca*, radicale (tanto che ogni deviazione dalla volontà di Dio, possibile sul piano esistenziale, rappresenterebbe un autentico tentativo di suicidio sul piano dell'essenza), e non possono, pertanto, presentare relativamente ad esso alcun carattere di absolutezza o di preliminarità.

A maggior ragione, alle semplici persone morali, e cioè ai centri di imputazione giuridica diversi dalla Chiesa e dalle persone fisiche, è per un verso impossibile (nei confronti del Diritto

---

artificiali di diritto secondo le caratteristiche postulate dalle teorie moderne della personalità morale: cfr. specificamente sul punto G. LO CASTRO, *op. ult. cit.*, p. 223 s. Rinviamo al cap. III di tale lavoro per più ampie motivazioni e per la dimostrazione delle conseguenze che le diverse concezioni in materia di persona morale-soggetto di diritto determinano sul piano dell'interpretazione e dell'applicazione delle norme. Avvertiamo che la ricerca sulla scienza giuridica canonica condotta in tale studio ci è servita da base per l'esposizione delle diverse teorie sulle persone morali, di cui ai precedenti par. 3, 4 e 5. Sulla nozione di persona giuridica nel progetto del nuovo *Codex*, cfr. il cit. scritto, *La rappresentazione giuridica della condizione umana nel diritto canonico*, *loc. cit.*, par. 9.

per antonomasia), e per l'altro fuor di luogo ed inutile (rispetto al diritto particolare, avendo già questo il suo nucleo ordinatore nella volontà di Dio), riconoscere quella preliminarità riguardo all'ordinamento, quella potenzialità che li faccia reputare idonei a svilupparsi per linee interne, quell'assolutezza e, insomma, quelle altre caratteristiche volute dalle moderne concezioni secolari del diritto per le loro specifiche esigenze.

È del resto significativo come, in piena conformità con la sua natura e con la sua funzione, il più antico diritto della Chiesa conoscesse il fenomeno dell'attribuzione di effetti giuridici e di relazioni giuridiche in situazioni in cui era superato l'individuo singolo, fuori delle teorie della personalità come si sono venute affermando modernamente, e potesse così restare aperto alle più pragmatiche soluzioni dei problemi che l'esperienza giuridica poneva (potranno o non potranno, ad esempio, essere applicate ad una *universitas* o ad un *collegium* le norme sugli stati giuridici soggettivi, che parrebbero potersi riferire solo agli individui fisici?); soluzioni che possono apparire contraddittorie ad un moderno teorico della soggettività (come giustificare teoreticamente che un *collegium* abbia la capacità di giurare e non abbia una *universitas* la capacità di commettere delitti?)<sup>(89)</sup>, ma tali non sono, ove si guardi alle esigenze di giustizia da perseguire e non alla necessità di rispettare coerenze interne tutte logiche, derivanti da un pre-costituito schema concettuale, qual è quello di persona morale-soggetto di diritto.

Ciò non induce a concludere che il problema delle persone morali dalla teoria dei soggetti passi alla teoria degli atti; e cioè che l'atto che dà vita a nuove fattispecie giuridiche possa essere imputato solo all'individuo fisico (e mai all'ente astratto creato

---

(89) INNOCENTIUS IV (SINIBALDO DEI FIESCHI), *Apparatus super V lib. Decr. et super Decretalibus per eundem D. Inno. editis quae modo sunt insertae in VI lib. Decr.*, l. II, *De testibus et attestationibus*, c. *Praesentium*, v. *in animas*: « et hoc ideo quia cum collegium in causa universitatis fingatur una persona dignum est quod per unum iurent, licet per se iurare possint si velint » (s.l. — Lugduni —, 1535, f. 104 v.); l. V, *De sententia excommunicationis*, c. *Gravem*, v. *in consiliario*: « universitas autem non potest excommunicari quia impossibile est quod universitas delinquat, quia universitas sicut et capitulum populus gens et huiusmodi nomina sunt iuris et non personarum » (f. 213).

o riconosciuto dall'ordinamento), presupponendosi che alla base della soggettività vi debba essere una capacità di comportamento (essendo fra l'altro nella Chiesa meritorio solo l'atto umano) e che l'uomo è l'unico soggetto di diritto « nella scena effettuale ed esistenziale » <sup>(90)</sup>; « validi ed attivi operatori » nell'ordinamento essendo ritenuti conseguentemente « solo quelli in cui l'imputazione giuridica degli atti trovi riscontro nella imputazione psicologica degli stessi, vale a dire soltanto le persone fisiche »; mentre l'ente astratto dovrebbe restare, in tale ottica, solo come « punto di riferimento delle conseguenze giuridiche di fattispecie prodotte dalla volontà della legge o da quella umana » <sup>(91)</sup>.

Elaborata per l'ordinamento canonico con specifico riferimento all'ufficio ecclesiastico (per affermare che la titolarità dei poteri da questo espressi è propria solo delle persone fisiche), la tesi, che 'riduce' il problema della personalità giuridica ad una teoria degli atti delle persone fisiche, non è priva di inconvenienti (ad esempio in tema di responsabilità: le conseguenze dell'operare ricadrebbero sulle persone morali, su entità, cioè, diverse da quelle che le han determinato — le persone fisiche —, per una sorta di responsabilità oggettiva), nè riesce a ricostruire in maniera plausibile l'esercizio di taluni poteri nella Chiesa (ad esempio quello del Collegio episcopale: in tal caso, infatti, la volontà, e non solo gli effetti determinati dall'esercizio di tale volontà, non possono essere attribuiti tecnicamente ad altri soggetti diversi dal Collegio stesso).

Ma quella tesi sarebbe certamente inaccettabile, sotto il profilo dommatico, o si iscriverebbe in una visione della Chiesa che non appartiene alla tradizione cattolica (e propria semmai dell'area protestante), ove essa, per coerenza alle sue stesse premesse, inducesse a negare alla Chiesa la funzione di soggetto attivo nella

<sup>(90)</sup> F. D'ALESSANDRO, *Persone giuridiche e analisi del linguaggio*, cit., p. 305.

<sup>(91)</sup> A. VITALE, *L'ufficio ecclesiastico*, cit., p. 70; anche gli atti, che determinano le conseguenze giuridiche attribuite all'ente astratto, sono ascritti direttamente (neppure, quindi, attraverso un'imputazione di secondo grado) ai soggetti fisici che li pongono; coerentemente con tali premesse, le persone giuridiche e gli uffici provvisti di soggettività non agiscono mediante organi, ma mediante rappresentanti. Per una più diffusa analisi di questa tesi e per altre osservazioni critiche (oltre a quelle accennate nel testo), cfr. G. LO CASTRO, *op. cit.*, p. 189 ss.

storia della salvezza, riducendola agli individui che la compongono. Nella visione della Chiesa-corpo mistico di Cristo e nella teorizzazione della personalità della stessa che quella visione non solo consente, ma in un certo esige, la Chiesa resta, *in quanto tale*, come abbiamo visto, protagonista principale della missione affidatale dal suo Fondatore, *in concomitanza* (non in contrapposizione) con gli uomini che vi appartengono, la cui autonoma consistenza e funzione non è negata, ma nei quali, peraltro, la Chiesa stessa non si annulla.

La teorizzazione della personalità esprime, pertanto, esigenze consonanti con i principi fondamentali dell'ordinamento canonico.

Non v'è dubbio, tuttavia, che la costruzione di questo ordinamento intorno alla volontà di Dio, storicamente espressa nella Redenzione con la costituzione della Chiesa (costruzione che impone di non ricercare fuori di tale volontà altri punti di riferimento ultimo dell'ordinamento positivo), conferisce al problema dei soggetti 'artificiali' di diritto connotati affatto peculiari e alla personalità morale la funzione limitata, sopra descritta, e comunque diversa da quella espressa negli ordinamenti giuridici secolari. Restano, conseguentemente, ridimensionate o prive del tutto d'importanza talune questioni, come quella della natura od essenza delle persone morali, che hanno, viceversa, decisivo rilievo allorquando lo studio della materia è condotto nell'ambito delle teorie secolari della personalità, sviluppate dalla scienza giuridica civile contemporanea per intenti sistematici e di fondazione dell'ordinamento positivo estranei all'esperienza giuridica canonica.



JOSE LUIS DE LOS MOZOS

## LA EVOLUCION DEL CONCEPTO DE PERSONA JURIDICA EN EL DERECHO ESPAÑOL

1. Planteamiento de la cuestion. — 2. La llamada crisis del concepto de persona jurídica. — 3. Deformacion del concepto de persona jurídica y abusos a los que ha llevado tal deformacion. — 4. Revision del concepto de persona jurídica. El estimulo del derecho angloamericano. — 5. Nuevo sentido en la utilizacion del concepto de persona jurídica. — 6. A modo de conclusion.

### 1. *Planteamiento de la cuestion.*

La regulaci3n de las personas jur3dicas de la que no se ocupa el *Code civil* de 1804, seguramente no s3lo por razones del esp3ritu individualista que le inspira <sup>(1)</sup>, acaba penetrando en el *C3digo civil espa3ol* de 1889, pese al silencio de sus precedentes en el Proyecto de 1851 <sup>(2)</sup>, y en el Anteproyecto de 1882-1888 <sup>(3)</sup>,

---

(1) En ello no hay que ver unicamente la reacci3n contra las « manos muertas », sino el que, en aquel tiempo, lo que hoy llamamos personas jur3dicas (o m3s exactamente « personas civiles », en la terminolog3a francesa de fines del siglo XIX), no tienen la importancia que despu3s han adquirido. Por eso, el *Code civil* con anterioridad a 1884, no habla m3s que de los « establecimientos p3blicos o de utilidad p3blica » (arts. 910, 937, 1712, 2045, 2121, 2153, 2227), expresiones que, como dicen G. RIPERT y J. BOULANGER, estan lejos de implicar la existencia de una persona, o bien designa a algunas por sus nombres particulares: el Estado, los municipios. Otras veces, emplea una perifr3sis — para eludir toda alusi3n — y habla de bienes « que no pertenecen a los particulares » (art. 538-2, art. 619): Vid. *Traité éléméntaire de Droit civil de Planiol*, I, 5ª ed., Paris, 1950, págs. 270-271.

(2) El Proyecto de C3digo civil de 1851, se limita a decir, en su art. 33 que: « Las corporaciones, establecimientos y asociaciones reconocidas por la ley, se consideran personas morales para el ejercicio de los derechos civiles ».

(3) El art. 26 del Anteproyecto reproduce al pie de la letra el texto del art. 33 del Proyecto citado.

debido sin duda a la influencia italiana <sup>(4)</sup>, y a la de otros Códigos hispánicos <sup>(5)</sup>, ofreciendo por primera vez una regulación que, aunque un poco sinóptica (arts. 35 a 39 y 41), es bastante completa si se la integra con el resto de la normativa que le es aplicable <sup>(6)</sup>, y, de todos modos, ofrece un marco suficiente para que se desarrolle un *concepto general* de persona jurídica con apoyo textual en el propio Código <sup>(7)</sup>.

---

(4) Esta influencia italiana, se manifiesta ya a través del Proyecto de 1851 mediante alguno de los Códigos preunitarios (art. 10 del Código napolitano y art. 25 del Código sardo), como reconoce en su comentario el propio autor del Proyecto, F. GARCIA GOYENA, *Concordancias motivos y comentarios del Código civil español*, reimp. de la ed. de Madrid, 1852 (Zaragoza, 1974), pág. 21. Pero la verdad es que el Código civil italiano de 1865, en su art. 2, se limita a reproducir la fórmula utilizada por sus predecesores, al disponer que: «El municipio, la provincia, los establecimientos públicos civiles o eclesiásticos, y en general, todas las corporaciones morales, legalmente reconocidas, se consideran como personas y gozan de los derechos civiles conforme a las leyes y usos observados que constituyen el Derecho público» (*El Código civil italiano*, trad. esp., con estudio preliminar de V. ROMERO GIRON, Madrid, s/d, 1877 (?)).

(5) Efectivamente, los primeros Códigos que establecen una regulación extensa de las personas jurídicas, son el Código civil de Chile de 1855, que dedica a su regulación los arts. 545 a 564, con algunas precisiones muy interesantes, y el Código civil portugués de 1866, que dedican a regular las personas morales los arts. 32 a 39 y que, sin duda alguna, sirvieron de modelo al legislador español de 1889, penetrando en el articulado del Código a última hora.

(6) Aparte de los arts. 22 y 34 de la Constitución, hay que tener en cuenta los arts. 1665 a 1708 Cc., en relación con la sociedad civil, los arts. 116 a 243 del C. de C., en relación con las sociedades mercantiles, y las Leyes de 17 de julio de 1951, de sociedades anónimas, y de 17 de julio de 1953, de responsabilidad limitada, así como la Ley de Asociaciones de 24 de diciembre de 1964, y la legislación de beneficencia (entre otras disposiciones, citaremos aquí únicamente el Real Decreto de 1899, e Instrucción de la misma fecha, y el Real Decreto de 27 de septiembre de 1912, sobre fundaciones benéfico-docentes).

(7) El propio art. 35, acoge claramente este concepto al disponer que son personas jurídicas: 1º. «Las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley». Añadiendo que: «Su personalidad empieza desde el instante mismo en que, con arreglo a derecho, hubiesen quedado válidamente constituidas». Por otro lado reconoce también la personalidad: a «Las asociaciones — y sociedades, según interpretó la doctrina generosamente — de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados» (2º).



Este concepto, como categoría *dogmática*, viene a vincularse a las llamadas teorías *realistas*, es decir, a aquéllas que ven en esta forma jurídica, no una invención artificiosa de la norma, sino la traducción al mundo del Derecho de un fenómeno de la realidad social. Con ello, la influencia de la doctrina de O. von GIERKE (8), que es seguida por buena parte de los primeros comentaristas y expositores del Código civil (9), a la que se yuxtapone, después, la doctrina de F. FERRARA (10), es bien patente y se halla bastante generalizada (11).

Todavía a mediados del presente siglo, se puede decir que predominaba la aceptación de este concepto. Así, J. CASTAN TOBEÑAS, comentando la doctrina de F. FERRARA, y en apoyo de la misma, dice: «El Derecho no interviene brutalmente, por motivos de pura oportunidad, para decir que lo que es pluralidad será unidad. No hace sino secundar, desenvolver, traducir en términos jurídicos lo que existe ya en la concepción práctica social. La función del Derecho, en esto como en todo, es normativa: no hace sino recoger una idea ya elaborada en la vida social» (12). Sin embargo, como fácilmente puede apreciarse, el propio J. CASTAN TOBEÑAS, se halla más próximo de la teoría de O. von GIERKE, que de la teoría de F. FERRARA, ya que el formalismo al que se vincula este último, le inspira una cierta

---

(8) La monografía más sobresaliente al respecto es su *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, 4 vols. (1868-1913) ed. anastática de Graz, 1954; también, vid. *Deutsches Privatrecht*, I, Leipzig, 1895, §§ 58-78.

(9) C. VALVERDE, *Tratado de Derecho civil español*, I, 4ª ed., Valladolid, 1935, págs. 254 y ss.; F. CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones de Derecho civil español*, I, Madrid, 1927, págs. 195 y ss.; F. GINER DE LOS RIOS, *Estudios y fragmentos sobre la teoría de la persona social*, Madrid, 1899; OTERO VALENTIN, *La persona social. Estudio general*, Valladolid, 1895, etc.

(10) *Teorie delle persone giuridiche* (1915), 2ª ed., Napoli-Torino, 1923, trad. esp., Madrid, 1929; *Trattato di diritto civile italiano*, I, Roma, 1921, págs. 597 y ss.; posteriormente la primera de las obras citadas, *Le persone giuridiche*, en el *Trattato* de F. VASSALLI, Torino, 1938.

(11) Vid. J. CASTAN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, I-2, 8ª ed., Madrid, 1952, pág. 277, y allí otras referencias.

(12) *Derecho civil español, común y foral*, I-2, 10ª ed., Madrid, 1963, págs. 381 y ss.

desconfianza <sup>(13)</sup>. Pero, en cualquier caso, acepta el concepto de persona jurídica, planteándolo en relación con el *sujeto* del Derecho y tratando de buscar, como es habitual en él, la solución práctica guiado por un posibilismo conciliador, en atención a los *finés* que cumplen las personas jurídicas y en cuanto estos son merecedores de protección por la tutela jurídica. De este modo, resume su exposición, diciendo, en relación con las teorías dominantes que: « En lo que hay bastante unanimidad es en rechazar la antigua idea de la ficción; y lo que parece claro es que no se contraponen, como términos antagónicos, lo *natural* y lo *jurídico*. En las personas sociales, como en las individuales, entran los dos elementos. Si en la consideración del sujeto del derecho se adopta el punto de vista teleológico, las personas sociales son perfectamente naturales » <sup>(14)</sup>. Ahora bien, no quedaría del todo reflejada la doctrina que viene aceptada por J. CASTAN TOBEÑAS, si no tenemos en cuenta que, por influencia iusnaturalista, se introduce un matiz en el reconocimiento de la entidad *real* de la persona jurídica, ya que mientras los individuos que las forman tienen una realidad *sustancial*, la de aquella es meramente *accidental* <sup>(15)</sup>, de lo que participan otros autores <sup>(16)</sup> y, entre ellos. F. CLEMENTE

<sup>(13)</sup> Diciendo que, « al igual que todas las doctrinas de tipo formalista, elude más bien que resuelve los problemas planteados » (*Ibid.*, nota anterior).

<sup>(14)</sup> J. CASTAN TOBEÑAS, *Derecho civil*, cit., I-2, 10ª ed., pág. 382.

<sup>(15)</sup> Citando al efecto a la doctrina tomista, y concretamente a G. RENARD, *La théorie de l'institution*, Paris, 1929 y *La philosophie de l'institution*, Paris, 1939, y a otros institucionalistas, y especialmente a L. EIJO Y GARAY, *La persona jurídica* (Discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia), Madrid, 1935.

<sup>(16)</sup> F. CLEMENTE DE DIEGO, en la *Contestación* al Discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia, Madrid, 1935, págs. 116-117, abunda en las ideas del texto, añadiendo: « La consecuencia es que esta noción de la personalidad del ente social tiene un valor *analógico*; ser social y ser humanos son análogos, no idénticos o equivalentes; difieren por un carácter fundamental, son semejantes en todo lo demás. Más la analogía no es la ficción ... El procedimiento de la analogía ... constata las semejanzas de las situaciones, no inventa nada; se confía a lo real para marcar lo que es común a los seres que considera y lo que les separa, sin radical y excluyente incompatibilidad, de tal suerte que su principio debe ser el mismo. Así es la noción de la personalidad moral una noción analógica, porque se apoya sobre los caracteres comunes a la persona

DE DIEGO <sup>(17)</sup>, que representa en España un poco el papel de la «escuela científica» europea, del primer tercio de este siglo, en alguna medida semejante al de F. FERRARA en Italia <sup>(18)</sup>.

Años más tarde, uno de los autores que más ha influido en la revisión del concepto de persona jurídica, en nuestra doctrina y en nuestra jurisprudencia, F. DE CASTRO, como veremos más adelante, comienza la exposición de su concepto, en una obra dedicada fundamentalmente a los estudiantes de la Facultad <sup>(19)</sup>, poniéndole en duda. Así dice el gran maestro de nuestra actual generación de civilistas: «El hombre, la persona física, es una realidad con la que ha de contar el Derecho como algo inmediato y de insoslayable consideración. La persona jurídica, por el contrario, ni se le ve ni se le toca; se nos presenta con los signos de una entequeia jurídica» <sup>(20)</sup>. Como se ve, ya inicialmente, estas palabras son elocuente testimonio de haber adoptado una

---

humana y al ser social; una y otro difieren por su valor de ser: aquella, ser sustancial; este, accidental; pero cada uno a su manera realiza los otros caracteres de la personalidad». Sin embargo, el tiempo dirá que lo *anomalístico* entre la persona física y las personas jurídicas, es mucho más importante que lo verdaderamente análogo, puesto que no existe analogía, sino simplemente similitud respecto de algunas situaciones.

<sup>(17)</sup> Aparte de F. CLEMENTE DE DIEGO y de L. EIJO Y GARAY, citados, vid. PEIDRO, *Entorno al problema del concepto y naturaleza de las personas jurídicas*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1952-2, y ed. separada.

<sup>(18)</sup> Vid. J. L. DE LOS MOZOS, *Derecho civil español*, I, *Parte general*, I, *Introducción al Derecho civil*, Salamanca, 1977, págs. 634-635; N. IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato*, Torino, 1974, págs. 156 y ss.

<sup>(19)</sup> *La persona jurídica*, en *Temas de Derecho civil*, Madrid, 1972.

<sup>(20)</sup> F. DE CASTRO, *La persona jurídica*, Madrid, 1981, pág. 261. En este volumen se recogen todos los trabajos del maestro sobre persona jurídica, a saber: *La sociedad anónima y la deformación del concepto de persona jurídica*, en *Anuario de Derecho civil*, 2 (1949), págs. 1397 y ss.; *¿Crisis de la sociedad anónima? Reflexiones sobre la proyectada reforma legislativa de la Sociedad Anónima*, en *Revista de Estudios Políticos*, 49 (1950), págs. 7 y ss.; *Sobre la pretendida validez de las fundaciones familiares*, en *Anuario de Derecho civil*, 6 (1953), págs. 623 y ss.; *Ofensiva contra el concepto de persona jurídica*, en *Anuario de Derecho civil*, 14 (1961), págs. 943 y ss.; *Formación y deformación del concepto de persona jurídica (Notas preliminares para el estudio de la persona jurídica)*, en el vol. *Centenario de la Ley del Notariado*, 3, *Estudios jurídicos varios*, I, Madrid, 1964, págs. 85 y ss.; y la obra citada en la nota anterior.

postura totalmente contraria a la anterior. ¿Qué habrá sucedido?. No se trata de un simple cambio de orientación teórica, sino de algo más profundo: de una verdadera crisis del concepto de persona jurídica, que se hace notar en la década de los años cuarenta y, sobre todo, en las dos siguientes, como vamos a ver seguidamente.

## 2. *La llamada crisis del concepto de persona jurídica.*

Posiblemente, hablar de crisis del concepto de persona jurídica sea llevar las cosas demasiado lejos <sup>(21)</sup>, puesto que no está en crisis el concepto en si mismo considerado, sino más bien su *deformación*, lo que el Profesor De Castro ha calificado de su *mitificación* <sup>(22)</sup>. Efectivamente, la deformación del concepto de persona jurídica ha supuesto, por una parte, el abuso en la teoría y en la práctica <sup>(23)</sup> de una excesiva abstracción dogmática en la utilización del concepto de persona jurídica, que ha perdido por ello una serie de matices en la formación progresiva del mismo <sup>(24)</sup>, procediéndose a su aplicación indiscriminada a supuestos tan dispares como puede ser una fundación benéfica y una sociedad anónima, llegándose a utilizar la así entendida « personalidad jurídica » para ir en contra de los más elementales criterios objetivos de justicia. Por eso, en todas partes, las voces más autorizadas se han alzado para denunciar estos abusos mediante la utilización de la persona jurídica, puestos generalmente

<sup>(21)</sup> Sobre todo, si partimos del « poder taumatúrgico » con se ha utilizado el concepto de persona jurídica, a lo que se refiere M. GITRAMA, en el prólogo a su traducción de D. RUBINO, *Las asociaciones no reconocidas*, s/d, pero Madrid, 1949, pág. 5.

<sup>(22)</sup> *Formación y deformación*, cit., en *Estudios jurídicos varios*, cit., I, págs. 85 y ss.

<sup>(23)</sup> Esto se ve en la jurisprudencia, que ha utilizado mecánicamente el concepto de persona jurídica: se citan las SS.de 11 de octubre de 1955, 9 de marzo de 1956, 16 de febrero de 1957, entre otras, que han sido duramente criticadas al fiarse de un concepto abstracto de persona jurídica, como si tal jurisprudencia se hubiera visto fascinada por una metáfora.

<sup>(24)</sup> En el Derecho romano hasta la denominación hubiera quedado desconocida de no haber sido por FLORENTINO (D. 46, I, 22).

al servicio del lucro capitalista, llegando a hacer crisis con ello, sino el propio concepto de persona jurídica, si, al menos, la concepción *formalista* de la misma que había llegado a hacerse dominante, lo que tiene lugar en un momento en que la sociedad anónima nace repentinamente, utilizando aquel esquema conceptual que se había formado tradicionalmente en otro campo (« *universitas* », « *pia corpora* »), para servir de cauce a toda serie de excesos <sup>(25)</sup>.

Sin embargo, tomar conciencia de este problema no supone, como han querido algunos, abandonar y prescindir del concepto de persona jurídica <sup>(26)</sup>, sino simplemente utilizarle de modo adecuado. Recogiendo el estado de esta cuestión, P. VERRUCOLI ha afirmado, certeramente, que « atribuir a la personalidad jurídica, en particular en la sociedad de capital, el valor limitado y relativo con que la considera la doctrina moderna (DURAND, HAMEL, SERICK, DE CASTRO) no significa negar validez al concepto del mismo, o mejor dicho, a la institución de la personalidad jurídica, sino conservar este componente de valor, recomponiendo su medida, e individualizando sus límites en relación con su verdadera función y con su desarrollo histórico » <sup>(27)</sup>. El tema ha ocupado tanto a la opinión jurídica europea de hace algunos años, y paralelamente a la doctrina española contemporánea, que no podemos limitarnos a una simple referencia, pareciendo oportuno exponer los aspectos más sobresalientes, así como los pasos más importantes que se han ido dando, de este interesante cambio

---

<sup>(25)</sup> Para esto, G. RIPERT, *Les aspects juridiques du capitalisme moderne*, Paris, 1949, págs. 70 y ss.; R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, II, 2ª ed., Paris, 1959, pág. 45, en relación con el abuso de la técnica de la representación aplicada al concepto de persona, y, en general, vid. F. DE CASTRO, *Op. cit.*, en *Anuario de Derecho civil*, 2 (1949), págs. 1397 y ss.

<sup>(26)</sup> En esta línea ya se manifestaron algunos pandectistas alemanes del siglo XIX: una perfecta información sobre el particular puede encontrarse en R. SALLEILLES, *De la personnalité juridique, histoire et théorie*, Paris, 1910. Posteriormente, en la doctrina francesa vuelve a esta orientación, R. DAVID, en su *rapport général* en el vol. *La personnalité morale et ses limites*, Paris, 1960.

<sup>(27)</sup> *Il superamento della personalità giuridica delle società di capitale*, Milano, 1964, pág. 64.

de opinión que acaba por prevalecer y por imponerse, al menos por lo que respecta al Derecho español, en la doctrina actualmente dominante <sup>(28)</sup>.

Ahora bien, para exponer como este cambio de opinión ha tenido lugar hay que tener en cuenta, primero, lo que se puede llamar con toda justeza, la *deformación* del concepto de persona jurídica, para señalar, después, los *abusos* a que ha dado lugar esta deformación, tal y como ha sido denunciado por la doctrina que ha producido este cambio de opinión, puesto que, sólo de esta manera, podremos llegar a entender la revisión dogmática del concepto de persona jurídica que se ha operado en la moderna ciencia del Derecho privado.

### 3. *Deformación del concepto de persona jurídica y abusos a los que ha llevado tal deformación.*

La deformación del concepto de persona jurídica, sobre todo como generalización, o como aplicación a determinados supuestos

---

(28) J. PUIG BRUTAU - L. PUIG FERRIOL, *Fundamentos de Derecho civil*, I, *Parte General*, 1-2, Barcelona, 1979, págs. 645 y ss.; L. DIEZ-PICAZO - A. GULLON, *Sistema de Derecho civil*, I, 2ª ed., Madrid, 1978, págs. 394 y ss.; A. DE COSSIO, *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones forales* (dirigidos por M. ALBALADEJO), I, Madrid, 1978, págs. 831 y ss.; J. CASTAN TOBEÑAS - J. L. DE LOS MOZOS, *Derecho civil español común y foral*, 1-2, 13ª ed., Madrid, 1982, págs. 413 y ss. Sin embargo, todavía hay autores que siguen un orientación intermedia, entre la teoría de O. von GIERKE y la de F. FERRARA, como D. ESPIN, *Manual de Derecho civil español*, I, 6ª ed., Madrid, 1977, págs. 370 y ss., aunque más próximo al segundo, e igualmente, J. L. LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, I, Barcelona, 1974, págs. 180 y ss., que se atiene a una orientación intermedia atenuadora de la concepción realista. Únicamente, M. ALBALADEJO, *Derecho civil*, I, 3ª ed., Barcelona, 1975, págs. 336 y ss., rechaza la utilidad del planteamiento dogmático, aunque se adscribe a una clara concepción realista. Tampoco faltan en la doctrina actual, trabajos interesantes que apoyan la renovación dogmática que ha tenido lugar en este tema, bien desde el punto de vista práctico, así: CAMY, *El patrimonio personalizado como estímulo para el desarrollo de negocios de toda clase*, en *Revista de Derecho Privado*, 1972, págs. 187 y ss.; ABAD BERRUEZO, *Estudio de los problemas de titularidad jurídica de las personas jurídicas*, Alicante, 1975; o desde el punto de vista histórico, como el libro del canonista PANIZO, *Persona jurídica y ficción. Estudio de la obra de Sinibaldo Fieschi*, Madrid, 1975.

(sociedad anónima, especialmente), ha tenido lugar a través de diversas etapas o estadios de la evolución dogmática, y que llega a consolidarse con el pandectismo tardío, uno de cuyos continuadores, a través de la «escuela científica» italiana, será F. FERRARA, aunque no por ello este ilustre civilista sea extraño a la preocupación de lo que durante algún tiempo se llamó el control de los *finés* de la persona jurídica <sup>(20)</sup>, y que en la doctrina antigua tiene un significado propio y específico <sup>(30)</sup>, que luego se pierde, como tantas veces pasa con los matices que acompañan a los grandes conceptos jurídicos. No sucede otra cosa con el tema de la persona jurídica, donde se van operando una serie de traslados de esquemas conceptuales del núcleo originario en el que surgieron, contribuyendo a su fijación en la nueva sede la actitud metodológica propia del *formalismo jurídico*, al servicio de los intereses del capitalismo y del Estado liberal. Así, de la *persona ficta* se pasa a la persona jurídica, a través de la personificación del Estado y de los entes públicos, en lo que influye la idea pandectista de que la *personalidad* consiste sólo en la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones, con lo que se confunde personalidad con *capacidad* <sup>(31)</sup>, a lo que viene a prestar, indirectamente, un apoyo decidido la teoría de O. von GIERKE, al hacer depender el reconocimiento de la perso-

---

<sup>(20)</sup> *Op. cit.*, en el *Trattato di VASSALLI*, II-2, págs. 273-274.

<sup>(30)</sup> Especialmente en la doctrina italiana, así: SATTA, *La conversione dei negozi giuridici*, Milano, 1903, págs. 166 y ss. (y allí interesantes referencias intimamente relacionadas con el tema que nos ocupa); AMBROSINI, *Trasformazione delle persone giuridiche*, 2 vols., Torino, 1910-1914; e igualmente en la doctrina francesa de la época, vid. R. SALEILLES, *De la personnalité juridique*, cit., págs. 651 y ss.; X. PERRIN, *La conversion par réduction des actes et des personnes juridiques*, th., Besançon, 1911, págs. 257 y ss. En toda esta doctrina había influido, naturalmente, un cierto sector de la pandectística alemana, representado especialmente por BRINZ con su teoría de los patrimonios de destino afectos a un fin («*Zweck-vermogen*»), y que ven en el ente colectivo un «centro de imputación de relaciones jurídicas» (*Pandekten*, I, núm. 59; III, núms. 432-454) y que mantendrá su influencia en la doctrina alemana y suiza posterior, vid. A. DE COSSIO, *Hacia un nuevo concepto de la persona jurídica*, en *Anuario de Derecho civil*, 7 (1954), págs. 653-654.

<sup>(31)</sup> Para esto véanse las referencias de F. DE CASTRO, *Op. cit.*, en *Anuario de Derecho civil*, 2 (1949), págs. 1402 y ss.

nalidad de su existencia anterior en la realidad social, criterio en el que, de forma curiosa y un tanto paradójica, se apoyarán F. FERRARA y sus seguidores <sup>(32)</sup>, transformándole metodológicamente, pues, el ordenamiento con el *formalismo*, constatada esta existencia en la realidad, a través del deseo de los particulares para constituir una nueva personalidad, se desentiende inmediatamente de ella (o a lo sumo se concentra en el control del *fin social*, que sólo atiende a la legitimidad del acto fundacional o constitutivo, cuando mucho) <sup>(33)</sup>, con lo que la propia idea del *fin social* que sirve de fundamento al reconocimiento de la personalidad jurídica, se subvierte, al quedar relegado o confundido con un mero fin egoísta. De este modo, la personalidad pasa de lo que O. von GIERKE llamara el *Derecho social*, sin adaptación alguna, al puro *Derecho patrimonial*. Es más, a partir de entonces, empieza a considerarse que la forma típica de persona jurídica es la sociedad anónima <sup>(34)</sup>. De esta manera, la concepción formalista fracasa, especialmente, por hablarse de persona jurídica, indistintamente, en un sentido amplio, con olvido del diferente juego de intereses y de valores en que puede surgir, pasando, por lo demás, del mundo de los conceptos abstractos al plano de la realidad jurídica, por vía legislativa, directamente, o a través de la interpretación de los materiales legislativos; todo ello, en virtud de una deformación de la realidad; propia del idealismo formalista, lo que se lleva a sus últimas consecuencias en la llamada *impenetrabilidad* de la persona jurídica <sup>(35)</sup>, como

---

<sup>(32)</sup> El triunfo de la dirección formalista fué rapidísimo, en algunos casos, como ya hemos visto, sin abandonar del todo la teoría llamada realista. En Alemania marcará la pauta, A. von THUR, *Teoría general del Derecho civil alemán*, trad. esp., Buenos Aires, 1946, I-2, págs. 109 y ss. En Italia, la influencia se mantendrá hasta F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, Milano, 1952, págs. 271 y ss., en la doctrina francesa, en cambio, su influencia será menor.

<sup>(33)</sup> A pesar de que, acudiendo a la idea del objeto o fin del contrato, y en una renovación de este concepto de *objeto*, se pone de relieve este aspecto de la cuestión, vid. J. L. DE LOS MOZOS, *El objeto del negocio jurídico*, en *Revista de Derecho Privado*, 1960, págs. 372 y ss.

<sup>(34)</sup> Sobre el desarrollo de esta idea a principios de siglo: H. J. HEDEMANN, *Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX Jahrhundert*, I, *Die Neuordnung des Verkehrslebens*, Berlin, 1910, págs. 62 y ss.

<sup>(35)</sup> A lo que se ha llegado por atribuir, mecánicamente, las cualidades de



si se tratara de una esfera autónoma de intereses, distintos de los meramente patrimoniales y sujetos, por ello, a los criterios de cooperación ajena, de certeza o seguridad jurídica y de la propia responsabilidad.

Los abusos a que se ha prestado esta concepción de la persona jurídica han dado lugar a una amplia reacción doctrinal, jurisprudencial y legislativa, renaciendo una concepción de la persona jurídica mucho más *técnica*, y que se ha ido manifestando a la medida que se han denunciado tales abusos, lo que ha tenido lugar, fundamentalmente, en relación con los temas siguientes:

a) La primera cuestión a aparecer fué en relación con la *nacionalidad* de las personas jurídicas, cuestión que se prestaba a abusos cuando aquella había sido elegida o determinada con un criterio más o menos ficticio, lo que ya se planteó con ocasión de la Primera Guerra Mundial (1914-1918) <sup>(36)</sup>, pero que aparte de la « beligerencia » de la persona jurídica, se puede prestar a otras situaciones insólitas, en materia fiscal, inversión de capitales extranjeros, evasión de capitales, etc. <sup>(37)</sup>.

b) Otro campo propicio al abuso de la *forma* de la persona jurídica, es el *fraude fiscal*, sobre lo que existe en casi todos los países, desde hace algún tiempo, una fuerte reacción legislativa <sup>(38)</sup>.

---

la *persona física* a la *persona jurídica* y que se manifiesta especialmente en Derecho de obligaciones, en el principio de la *responsabilidad limitada*. De esta manera se da cima a una serie de transvases que tuvo lugar primero de las personas de Derecho público a las « personas » jurídicas de Derecho privado que viene completado con el que ahora se indica. Pero tal armonística ha caído por tierra cuando, en el propio ámbito del Derecho público, han surgido una serie de entes, empresas públicas, servicios descentralizados, a los que se niega, como es natural, la personalidad jurídica perfecta; vid. al respecto, E. GARCIA DE ENTERRIA, *Los tipos de entes públicos en Derecho español*, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Federico de Castro*, I, Madrid, 1976, págs. 642 y ss.

<sup>(36)</sup> Vid. F. DE CASTRO, en *Estudios varios*, cit., págs. 135 y ss.; R. SERICK, *Apariencia y realidad en la sociedades mercantiles*, trad. esp., Barcelona, 1958, págs. 155 y 169 y ss.

<sup>(37)</sup> F. DE CASTRO, *Op. cit.*, en *Anuario de Derecho civil*, 2 (1949), pág. 1412; J. PUIG BRUTAU, *Comentarios del traductor al libro de R. SERICK*, cit., págs. 352, 355; POLO Y BALLBE, *La quiebra de la « Barcelona Traction »*, Barcelona, 1951, págs. 113 y ss., y 147 y ss.

<sup>(38)</sup> Sobre esto, WILSER, *Der Durchgriff bei Kapitalgesellschaften im Steuer-*

c) En el Derecho de sociedades anónimas, merece especial mención la llamada *sociedad de un sólo socio*, en cuyo caso se considera que no actúa la limitación de responsabilidad, propia de las sociedades de capital <sup>(39)</sup>.

d) En el mismo campo, la doctrina francesa, ya de antiguo, ha insistido en la idea de que las personas jurídicas actúan por grupos, no existiendo un verdadero equilibrio entre la forma jurídica y la realidad económica <sup>(40)</sup>, lo que da lugar al fenómeno de los *cartels*, de las *sociedades filiales*, etc. <sup>(41)</sup>, entendiéndose que, en estos casos, hay que buscar la verdadera conexión con independencia de los límites formales que separan unas personalidades de las otras.

e) Algo parecido sucede también en materia de *limitación de la concurrencia* <sup>(42)</sup> o, en otro sentido, en cuanto a la *extensión*

*recht*, Heidelberg, 1960; VERRUCOLI, *Op. cit.*, págs. 150 y ss.; PUIG BRUTAU, *loc. cit.*, pág. 331 y ss.

<sup>(39)</sup> Aparte de los manuales y tratados de Derecho mercantil, vid. F. DE CASTRO, *Op. cit.*, en *Anuario de Derecho civil*, 2 (1949), págs. 1412 y ss., y en *Estudios jurídicos varios*, cit., I, págs. 114 y ss.; PUIG BRUTAU, *Comentarios*, cit., págs. 287 y ss.; A. POLO, en *Leyes Mercantiles*, I, pág. 837. En la doctrina europea nos referimos también a los pioneros del planteamiento crítico aludido: entre otros, MOSSA, *Responsabilità dell'unico socio di un'anonima*, en *Rivista di diritto commerciale*, 1931, II, págs. 315 y ss.; T. ASCARELLI, en diversos trabajos y especialmente en *Personalità giuridica e problemi delle società*, en *Rivista della società*, II-6 (1957), págs. 1010 y ss.; VERRUCOLI, *Op. cit.*, págs. 131 y ss.; ROHDE, *Juristische Person und Treuhand*, Berlin, 1932, pág. 176 y ss.; R. SERICK, *Op. cit.*, págs. 40 y ss.; R. DAVID, *Rapport*, cit., págs. 11 y ss.

<sup>(40)</sup> F. DE CASTRO, en *Estudios jurídicos varios*, cit., I, págs. 117 y ss. y 132 y ss.; PUIG BRUTAU, *Comentarios*, cit., págs. 331 y ss.; R. SERICK, *Op. cit.*, págs. 228 y ss.; la doctrina francesa como se dice en el texto ha prestado especial atención a este tema, por todos: HAMEL, *La personnalité morale et ses limites*, Paris, 1949, págs. 143 y ss.; COULOMBEL, *Le particularisme de la condition juridique des personnes morales*, th., Nancy, 1950, págs. 184 y ss.; también la doctrina italiana ha prestado atención tempranamente a esta cuestión: F. MESSINEO, *Le società di commercio collegate*, Padova, 1932; W. BIGIARI, *L'imprenditore occulto*, Milano, 1954; ASCARELLI, *Op. cit.*, en *Rivista della società*, II-6 (1957), pág. 1004 y ss.

<sup>(41)</sup> Ya sobre esto, HAUSSMANN, *Die Tochtergesellschaft*, Berlin, 1923.

<sup>(42)</sup> VERRUCOLI, *Op. cit.*, págs. 152 y ss.; C. FERNANDEZ NOVOA, *La nueva ley británica sobre acuerdos restrictivos de la competencia*, en *Revista de Derecho mercantil*, 1957, págs. 385 y ss.

de la quiebra, a aquellas personas o entidades que se hallen en real conexión con el quebrado <sup>(43)</sup>, y así otros supuestos <sup>(44)</sup>, o siempre que se busca la simulación, el fraude a la ley o el perjuicio de terceros <sup>(45)</sup>.

#### 4. *Revisión del concepto de persona jurídica. El estímulo del derecho angloamericano.*

A la vista de la situación descrita, y con independencia de las soluciones que, en cada caso, han podido construirse, es lógico que la doctrina haya evolucionado hacia una toma de conciencia más profunda del problema, poniendo en tela de juicio a la concepción *formalista* de la persona jurídica y así, efectivamente, se ha hecho la crítica de los excesos dogmáticos a que ha llegado aquella doctrina, tratando de buscar, por otra parte, una nueva base teórica en que apoyar el concepto de persona jurídica. En lo que destaca, en nuestra doctrina, la paciente y rigurosa labor de F. DE CASTRO, profundo conocedor tanto de los problemas prácticos que suscita esta problemática, como de las doctrinas que tratan de superarla, las que divulga y da a conocer entre nosotros, no contentándose con ser mero divulgador de tales o cuales teorías, sino que, en todo momento, profundiza con rigor hasta el fundamento último de las cuestiones que plantea, dominándolas con su erudición histórica y doctrinal, y tratando, en última instancia, de someter la Economía a la Ética, sin cuyo apoyo no puede hablarse de buscar criterios objetivos de justi-

---

<sup>(43)</sup> VERRUCOLI, *Op. cit.*, págs. 152 y ss.

<sup>(44)</sup> T. ASCARELLI, *Op. y loc. ult. cits.*, págs. 1017 y ss.; F. DE CASTRO, en *Estudios jurídicos varios*, cit., I, págs. 117 y ss.; PUIG BRUTAU, *Comentarios*, cit., págs. 270 y ss.

<sup>(45)</sup> E. VERDERA, *La simulación en la anónima*, en *Revista de Derecho mercantil*, 1949, págs. 349 y ss.; R. SERICK, *Op. cit.*, págs. 44 y ss.; T. ASCARELLI, *Op. y loc. ult. cits.*, págs. 1020 y ss. También en relación con la sociedad de dos socios se acude a la aplicación de la doctrina del abuso del derecho y del respeto al principio general de la buena fe, así, J. B. JORDANO, *Denuncia unilateral y derecho de separación en sociedad limitada de dos socios constituida por tiempo indefinido*, en *Anuario de Derecho civil*, 7 (1954), págs. 895 y ss.

cia <sup>(46)</sup>. Con lo que, el Profesor DE CASTRO, se sitúa en la misma línea de renovación del pensamiento jurídico que ha tenido lugar en toda Europa, simultáneamente, justo en el medio del presente siglo, y coincidiendo con la llamada crisis del *positivismo* <sup>(47)</sup>, de la que es, en todos los campos de sus vastos estudios, un auténtico develador, adelantándose, en muchas ocasiones, a la mejor doctrina europea. Con ello, no se va a abandonar el concepto de persona jurídica, sino que reducido este dentro de sus propios límites, se va a adquirir un nuevo *sentido* de su utilización, en virtud de una concepción más *realista* del Derecho, adjetivo este que es preciso aclarar para que no se confunda con la «concepción realista» de la persona jurídica que es, precisamente, la que ha fracasado y a la que se critica por haber deformado la realidad, generalizándola e idealizándola, debido al apoyo del *formalismo* posterior que con aquella conecta. Formalismo que encubre tanto una forma de idealismo prenormativo, como la expresión más generalizada del positivismo normativista. Por eso, no se puede decir que la concepción *formalista* de la persona jurídica ha sido sustituida por una concepción *realista*, sin más, ya que este adjetivo se halla bastante desautorizado. Por otra parte, el realismo que mueve la revisión del concepto de persona jurídica, aunque pertenece a una propia concepción del Derecho, no trasciende al plano dogmático de la construcción del concepto de persona jurídica, o al menos no trasciende de manera mecánica, porque no se trata de un realismo naturalista, o de mera traducción del fenómeno social, sino de un realismo más esencial y profundo, que guarda relación con la protección de los «intereses jurídicos», o intereses merecedores de la tutela jurídica, en relación con los valores en que se funda la justicia concreta y objetiva que está por encima de esas pretendidas modelaciones o tipificaciones de la realidad social, en que consistía aquel otro realismo. Por todo ello, si puede calificarse de alguna manera esta nueva concepción de la persona jurídica habrá que limitarse

---

<sup>(46)</sup> En el mismo sentido, M. AMOROS, en la nota introductoria a la publicación de *La persona jurídica*, cit., pág. 20.

<sup>(47)</sup> Vid. J. L. DE LOS MOZOS, *Metodología y ciencia en el Derecho privado moderno*, Madrid, 1977, págs. 9 y ss.

a considerar que se trata de una concepción más *técnica* y que, por esto, resulta más realista, pues obedece a una más aguda diagnóstico de la realidad, y de los problemas que suscita en relación con el reconocimiento de la personalidad jurídica, en favor de las personas morales o colectivas, no dando lugar a una categoría general, sino a toda una escala de tipos singulares, distintos entre sí según el juego de los intereses y de los valores que se ponen en obra, como veremos más adelante.

De todos modos, el precursor en la doctrina europea de este movimiento revisionista fué HAUSSMANN <sup>(48)</sup>, seguido, inmediatamente, por MOSSA <sup>(49)</sup>, autores que pusieron de relieve la doctrina, por la cual, al sujeto dominante de una sociedad de capital deben serle imputadas las obligaciones asumidas por la sociedad dominada. En Francia será HAMEL <sup>(50)</sup> el que da la voz de alarma sobre la actuación por grupos de las personas jurídicas, especialmente por lo que se refiere a las sociedades de capital, pasando seguidamente a la crítica del concepto de persona jurídica que se había ido formando, lo que encuentra en la doctrina francesa un eco muy amplio <sup>(51)</sup>, siendo posteriormente DURAND, uno de los definidores más característicos de esta situación. Para este autor, «la teoría clásica de la personalidad jurídica descansa sobre tres proposiciones: 1) En su individualidad, la persona moral aparecía como un sujeto de derechos de la misma naturaleza que una persona física; 2) En las relaciones jurídicas, ella era titular de derechos y obligaciones idénticos a los de las personas físicas, y 3) Se presentaba como un ser totalmente distinto de las personas físicas que le habían constituido », pues bien, a través

<sup>(48)</sup> Aparte de la obra, antes citada, sobre la sociedad filial, vid. *Grundlegung des Rechts der Unternehmenszusammenschlüsse*, Mannheim, 1926.

<sup>(49)</sup> Ya hemos visto antes, su aportación al tema de la sociedad de un sólo socio, ahora en general su *Trattato del nuovo diritto commerciale*, IV, *Società per azioni*, Padova, 1957, págs. 357 y ss., 461 y ss. y 616.

<sup>(50)</sup> *Op. cit.*, págs. 143 y ss. y en diversas notas y comentarios.

<sup>(51)</sup> Aparte de los trabajos citados de HAMEL, COULOMBEL, DURAND (este último vid. *infra*, nota 52), hay que tener en cuenta las observaciones de los autores de principios de siglo, como R. SALELLES, cit., o MICHOU, *La théorie de la personnalité morale*, Paris, 1905, o las contenidas en obras generales (RIPERT, cit., SAVATIER, cit.), y toda la literatura especializada sobre el particular.

de estas proposiciones, aparece una inspiración común: «la afirmación de la realidad de la persona moral, naturalmente, desprovista de las exageraciones de organismo biológico. La idea profunda es que la libertad del hombre puede hacer nacer a la vida jurídica una nueva persona, teniendo una existencia tan real como un ser físico, y sometida en principio a las mismas reglas». Pero, lógicamente, añade, «la evolución sobrevenida a lo largo de este medio siglo ha puesto en tela de juicio cada una de estas proposiciones» (52).

Paralelamente a esta crítica, se advierte que en el sistema del *Common Law* la formación del concepto de persona jurídica ha seguido una evolución diferente (53), debido a que en ella no ha influido tanto el exagerado dogmatismo del sistema continental; por ello, ha sido posible un mayor control jurisprudencial de los fines de la persona jurídica (54), y así se ha formado la doctrina del *Disregard*, en la jurisprudencia americana, por la cual, los tribunales pueden prescindir o superar la forma externa de la persona jurídica, para, penetrando a través de ella, alcanzar a las personas y a los bienes que se amparan bajo su cobertura (55). Esta doctrina que autoriza a «correr el velo de la forma de la persona jurídica», empezó siendo originariamente una regla de equidad (*Equity*), pero posteriormente se ha convertido en patrimonio conceptual del Derecho de sociedades (56). Aunque esta orientación de la jurisprudencia americana era ya conocida en España, entre los especialistas (57) y, en general, debido a los

---

(52) *L'évolution de la condition juridique des personnes morales de droit privé*, en el vol. *Le droit privé français au milieu le XXe siècle (Etudes off. a Ripert)*, I, Paris, 1950, págs. 138 y ss.

(53) GOWER, *The Principles of Moderne Company Law*, 2ª ed., London, 1957, págs. 21 y ss.; FRIEDMANN, *Legal Theory*, London, 1947, pág. 478; SCHLESINGER, *Comparative Law, Cases-Texts-Materials*, 2ª ed., Brooklyn, 1959, págs. 417 y ss.; R. SERICK, *Op. cit.*, págs. 82 y ss.

(54) En el sistema del *Common Law* el reconocimiento de la personalidad aparece configurándose como un privilegio, VERRUCOLI, *Op. cit.*, págs. 75 y ss.

(55) Para esto, R. SERICK, *Op. cit.*, págs. 82 y ss.; VERRUCOLI, *Op. cit.*, págs. 75 y ss.

(56) R. SERICK, *Op. cit.*, págs. 95 y ss.

(57) Vid. la amplia referencia de A. POLO, *loc. cit.*, nota 39.

trabajos de A. DE COSSIO <sup>(58)</sup> y, sobre todo, de F. DE CASTRO <sup>(59)</sup>, ha llegado a divulgarse con la traducción del famoso libro de R. SERICK (*Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles*), llevada a cabo por J. PUIG BRUTAU <sup>(60)</sup>, libro que levantó en su día, como es sabido, una interesante y viva polémica <sup>(61)</sup>.

R. SERICK se ha planteado la posibilidad de la utilización de la doctrina del « *Disregard of legal Entity* », en un sistema totalmente distinto, aunque con una finalidad equivalente: por lo que llama la penetración (*Durchgriff*) a través de la forma de la persona jurídica. Pero notemos que, mientras en el Derecho angloamericano se concibe a la persona jurídica de una manera análoga a la mantenida por F. von SAVIGNY, con su *teoría de la ficción* <sup>(62)</sup>, R. SERICK, parte de aceptar la concepción de O. von GIERKE, de la realidad de la persona jurídica. De manera que la « desestimación de la forma de la persona jurídica » (« *Missachtung der Rechtsform der Juristischen Person* »), o su negación, ha de tener lugar por un exámen de la realidad, en virtud del *abuso de esa forma*, lo que no implica negar la personalidad jurídica, sino negarla en el caso concreto en razón de una falta de adecuación a la realidad, lo que, naturalmente supone caer en la incertidumbre, o hacer necesaria la intervención previa del legislador, para limitar o ampliar los supuestos de esta posible intervención. Por eso, el propio R. SERICK, volviendo al tema, años después de la primera edición de su libro, la reduce a los supuestos de alteración de los fines sociales y al problema de la actuación de los grupos, consciente de que llevar las cosas demasiado lejos, en este sentido, supondría *relativizar* demasiado el concepto de persona jurídica <sup>(63)</sup>. J. PUIG BRUTAU, en sus co-

<sup>(58)</sup> *Op. cit.*, en *Anuario de Derecho civil*, 7 (1954), págs. 623 y ss.

<sup>(59)</sup> Vid., aparte de las obras anteriormente citadas, *¿Crisis de la sociedad anónima?*, en *Revista de Estudios Políticos*, 49 (1950), págs. 77 y ss.

<sup>(60)</sup> Que además incluye como prólogo de la edición española un estudio preliminar de A. POLO, muy interesante, *loc. cit.*, págs. 7-19.

<sup>(61)</sup> Para una información sobre el particular el citado prólogo de A. POLO, *loc. cit.*, págs. 8 y ss.

<sup>(62)</sup> *Sistema de Derecho romano actual*, trad. esp., s/d. (1878?), II, §§ 85-102.

<sup>(63)</sup> *Durchgriffs Probleme bei Vertragsstörungen unter Berücksichtigung von Organschafts und Konzernverhältnissen*, en *Juristische Gesellschaft Karlsruhe*, 42, 1959.

mentarios, que siguen a la traducción del libro de R. SERICK, afirma con toda exactitud, que la problemática allí planteada « si no exige someter a profunda revisión el concepto de persona jurídica, por lo menos puede servir para señalar los límites, más allá de los cuales aparece como el resultado absurdo de una jurisprudencia puramente maquinal la obtención de deducciones, a base de esta premisa tan ilusoriamente acariciada: el concepto de persona jurídica » (64).

##### 5. *Nuevo sentido en la utilización del concepto de persona jurídica.*

Como ya hemos anticipado, de toda esta revisión dogmática, más que un nuevo concepto de la persona jurídica ha surgido un *nuevo sentido* de su utilización. Bien es verdad que no ha faltado quien, por llevar las cosas demasiado lejos, haya abogado por el abandono del concepto mismo de la persona jurídica, como es el caso de R. DAVID, al utilizar la técnica generalizadora que, desgraciadamente, se ha extendido mucho, en los últimos años, entre los comparatistas franceses, prescindiendo del plano crítico que siempre debe existir en toda revisión dogmática, postura que ha sido justamente criticada por F. DE CASTRO (65), pues, evidentemente, una cosa es la inadecuada utilización de un concepto y otra muy distinta, su abandono, lo que sería, a la larga, la propia negación de la dogmática jurídica y de su habitual forma de proceder (66).

Por eso, más que negar el concepto de persona jurídica, tal y como se ha ido formando en la tradición jurídica, heredera del pandectismo, hay que entenderlo en su verdadero sentido y utilizarlo dentro de sus propios límites. Sería absurdo negar el

---

(64) *Comentarios*, cit., pág. 268.

(65) *Ofensiva contra el concepto de persona jurídica*, en *Anuario de Derecho civil*, 14 (1961), págs. 943 y ss.

(66) Incluso en los propios trabajos de F. DE CASTRO se observa un tono distinto cuando adopta una actitud crítica frente a los abusos de la persona jurídica, especialmente de la sociedad anónima, que al ocuparse del concepto mismo de persona jurídica, lo que a algún observador superficial puede llegar a parecerle que ha habido un cambio de idea y aún de doctrina.



concepto de persona jurídica, porque esta, como ha dicho T. ASCARELLI, constituye un precioso instrumento para que el individuo pueda participar en varias actividades sociales, mediante la técnica de la multiplicación de *centros de imputación*, resolviendo de este modo la atribución de *diversas legitimaciones* en relación con los distintos bienes y actividades <sup>(67)</sup>. Pero sería todavía más absurdo equiparar la personalidad del ser humano a la del ser social, olvidando que este último está compuesto por una pluralidad de personas individuales, y no resulta inoportuno recordar aquí la idea de Cristian WOLF, para quien la sociedad, más que persona, es «*instar unius personae*» <sup>(68)</sup>. Por otra parte, como recuerda GONELLA, criticando a F. FERRARA, la personalidad no emana, mecánicamente, del orden jurídico, siguiendo la idea de que el ordenamiento «*eleva el hombre a persona*» y que, por lo mismo, reconoce a las personas jurídicas, pues es más lógico pensar que, aún en este caso, el fin del Derecho sigue siendo la realización de los intereses humanos <sup>(69)</sup>. De ahí que tenga pleno sentido hablar de la *instrumentabilidad* del concepto de persona jurídica.

En esta línea, el mismo T. ASCARELLI, al abordar el tema, comienza diciendo, recordando una frase de R. von IHERING, que tal concepto, en el lenguaje jurídico, es lo mismo que el paréntesis en el lenguaje algebraico. «*Cuando se habla de persona jurídica — añade — se refiere uno a la disciplina normativa que entiende reasumir con esta expresión; se trata de una expresión abreviada de la disciplina normativa concerniente a las relaciones entre los hombres, con lo que ha podido surgir la ilusión de que se alude a una realidad*» <sup>(70)</sup>. Se opone esta concepción a la propia del *formalismo*, ya criticada, porque «*aunque esta pueda reconocer*

<sup>(67)</sup> *Op. y loc. ult. cits.*, págs. 997 y ss. y 1004 y ss.

<sup>(68)</sup> *Institutiones iuris naturae et gentium*, Venetiis, 1769, págs. 207.

<sup>(69)</sup> *La persona nella filosofia del diritto*, Milano, 1959 (rist. de la ed. de 1938), págs. 247 y ss.

<sup>(70)</sup> *Personalità giuridica e problemi della società*, loc. cit., pág. 982, remitiéndose a sus estudios anteriores sobre la materia: *Considerazioni in tema di società e di personalità*, en *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1955, págs. 130 y ss.; y *Reflesioni in tema di titoli azionari e società tra società*, en *Saggi*, cit., págs. 219 y ss.

que se trata de una disciplina de relaciones entre hombres, parte siempre del presupuesto de que la personalidad constituye directamente un dato normativo », bien que según el propio ASCARELLI, esto no excluye que entendamos haya paralelismo con un dato prenormativo de la realidad social », o que este se finja como existente, haciendole corresponder a un dato normativo identificado como persona jurídica; pero lo absurdo es que se borren las diferencias que se dan en uno y en otro caso (71). Como vemos, en ambos puntos de vista el método utilizado es distinto, pero no por ello en el planteamiento de ASCARELLI, la personalidad jurídica deja de ser un *concepto normativo* (« *Ordnungsbegriff* »), lo que pasa es que el formalismo lo aplica indiscriminadamente, como fascinado por una metáfora, sin tomar en cuenta en donde tiene lugar, y sin diferenciar los distintos supuestos en que es posible aplicarle (72). Es lo mismo que pasa con la utilización del criterio de la *buena fe*, en función de la apariencia creada por la persona jurídica, especialmente si se trata de buena fe *objetiva* que indica, en realidad, la relevancia de valoraciones normativas extralegales (en cuanto quedan fuera de las contenidas en una regulación concreta), pero sin dejar de ser un concepto en función de lo normativo (no expresamente formulado, pero que podía haberlo sido por formar parte de la misma tradición jurídica al residir en un principio general de Derecho) (73).

---

(71) *Personalità giuridica*, loc. cit., págs. 983 y ss. Para el concepto normativo y su distinción del concepto esencial o sustancial (« *Wesensbegriffe* »), vid. no obstante, H. COING, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, Berlin, 1950, págs. 271 y 278.

(72) Esta actitud es propia del *idealismo formalista* que por desentenderse de la realidad, idealizándola, desenvuelve el ordenamiento en un plano puramente formal; contrasta con ella la posición realista defendida por O. von GIERKE, en la que hay siempre la apelación a un orden supralegal que aparece como superpuesto al propio orden jurídico, lo que igualmente, aunque por diversas razones, resulta inadmisibile, como anteriormente ha quedado expuesto; por eso el nuevo realismo busca la solución por un camino intermedio. Vid. al respecto las consideraciones finales de A. POLO, en *Prólogo*, cit., págs. 16-18.

(73) La invocación de la *buena fe*, por ASCARELLI, *Op. y loc. cit.*, págs. 985 y ss., no pasa de ser, en este punto, un recurso dialéctico, pero que viene utilizado muy oportunamente y con toda exactitud. SERICK, también utiliza la invocación a la buena fe, pero en un sentido diferente, para derogar el recono-

Otro tanto queremos decir cuando hablamos del sentido *instrumental* del concepto de persona jurídica, porque con ello estamos aludiendo a la idea de *fin* y de *objeto* como fundamento del reconocimiento por parte del ordenamiento de esa personalidad. Igualmente, para ASCARELLI, la persona jurídica es siempre *instrumental* a los intereses individuales (económicos o ideales) a los que sirve. Por eso, cuando se habla de los abusos de la persona jurídica por parte de la doctrina que, a pesar de todo, tiene presente una concepción antropomórfica de la misma (está aludiendo a la crítica de R. SERICK), se califican de abuso de personalidad, con lo que se pretende tomar base en otro ordenamiento de la realidad, superpuesto a la disciplina jurídica, pero la personalidad — añade ASCARELLI — no es más que la normativa aplicable a un tipo negocial y, por lo tanto, no es susceptible de abuso que versaría, en cambio, sobre su constitución, es decir, como negocio indirecto, con fraude a la ley o a los terceros, simulado, etc., y ahí es donde tiene que actuar el control del ordenamiento (74). En este sentido se ha mostrado la doctrina de modo casi unánime (75), criticando a la jurisprudencia por no haber sabido captar

---

cimiento de la forma de la persona jurídica, o mejor dicho, para justificar esa derogación sin modificar su concepto, lo mismo que por la aplicación de la buena fe no se aplica o deja de aplicarse, con todo rigor, un precepto jurídico (*Apariencia y realidad*, cit., pág. 28). También en nuestra doctrina, J. B. JORDANO, *Op. cit.*, en *Anuario de Derecho civil*, 7 (1954), págs. 895 y ss., acude a la buena fe y al abuso del derecho. Pero en todos estos supuestos, nótese que se trata de la buena fe *objetiva*, por mucho que pensemos que, a través de la forma de la persona jurídica se crea una *apariencia*, y esto guarda relación con la buena fe *subjetiva* (buena fe «legitimante»), que puede tener interés en relación con el concepto de persona jurídica, pero no en relación con el planteamiento del texto. Para la distinción entre estos dos tipos fundamentales de buena fe, vid. J. L. DE LOS MOZOS, *El principio de la buena fe*, Barcelona, 1965, págs. 39 y ss., 45 y ss., y 57 y ss.

(74) *Personalità giuridica*, en *loc. cit.*, págs. 1020 y ss.

(75) F. DE CASTRO, *Op. cit.*, en *Estudios jurídicos varios*, cit., I, págs. 120 y ss.; J. PUIG BRUTAU, *Comentarios*, cit., págs. 259 y ss., incluso en la doctrina especializada se ha manifestado tempranamente esta misma orientación, así en general, por todos: J. GIRON TENA, *Derecho de sociedades anónimas*, Valladolid, 1952, págs. 75 y ss., 80 y ss., que habla de *adecuación* del tipo legal a la realidad a la que sirve y de *relatividad* del concepto de persona jurídica; también, J.

el verdadero sentido del concepto de persona jurídica <sup>(76)</sup>, o por partir de conceptos abstractos que acaban por desdibujar las particularidades del caso concreto <sup>(77)</sup>, destacando, especialmente, J. PUIG BRUTAU y F. DE CASTRO. Incluso, en otro sentido, para estos autores las técnicas más avanzadas ideadas para reaccionar contra el llamado abuso de la forma de la persona jurídica (*Disregard, Durchgriff, Missachtung*), se corresponden, entre nosotros, a la llamada « doctrina de terceros » que ya fué utilizada tempranamente por nuestra jurisprudencia <sup>(78)</sup> que, por lo demás, ha evolucionado en los últimos años, haciéndose sensible a esta problemática, especialmente por lo que concierne a la *ruptura del hermetismo* de la persona jurídica <sup>(79)</sup>.

---

RUBIO, *Curso de Derecho de sociedades anónimas*, Madrid, 1964, pág. 131, en relación con la sociedad de un sólo socio, etc.

<sup>(76)</sup> A. DE COSSIO, *Op. cit.*, en *Anuario de Derecho civil*, 7 (1954), págs. 644 y ss.; F. DE CASTRO, *Op. cit.*, en *Estudios*, cit., I, págs. 139 y ss.; J. PUIG BRUTAU, *Comentarios*, cit., págs. 270 y ss.; J. LOIS ESTEVEZ, *Sobre el concepto de naturaleza jurídica*, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 4 (1956), págs. 159 y ss. y 174-178. Entre la jurisprudencia criticada, destaca la que tiene lugar en materia de arrendamientos urbanos y a propósito del traspaso de local de negocio que vino utilizando un criterio de verdadera oposición a los intereses protegidos en la propia regulación legal, lo que es muy grave cuando se trata de una ley especial que actúa intereses de orden público.

<sup>(77)</sup> J. PUIG BRUTAU, *Comentarios*, cit., págs. 274, 292 y ss., insiste en la *relatividad* del concepto de persona jurídica dependiente de los diversos supuestos o tipos de sociedades. En este sentido, en el Comentario a la Sentencia de 11 de octubre de 1955 por el equipo del *Anuario de Derecho civil*, 9 (1956), pág. 347, se afirma que la personalidad es un añadido al contrato de sociedad, algo completamente accidental y yustapuesto al mismo.

<sup>(78)</sup> Se refieren a ello, F. DE CASTRO, *Op. cit.*, en *Estudios*, cit., I, págs. 130 y ss.; *La persona jurídica*, cit., págs. 268 y ss.; J. PUIG BRUTAU, *Comentarios*, cit., págs. 341 y ss.; A. POLO, *Prólogo*, cit., págs. 8 y ss., indicando el nuevo rumbo de la jurisprudencia española, lo que demuestra que el debate sobre el concepto de persona jurídica, no ha sido estéril, ni mucho menos inútil, como alguno ha podido imaginar.

<sup>(79)</sup> Así la personalidad jurídica se considera inoponible, cuando se crea o alega de mala fe (SS. de 12 de diciembre de 1950 y 22 de junio de 1956), y aunque se haya dicho que la sociedad tiene personalidad distinta de sus socios, en ella no puede ampararse el fraude a la ley (S. de 21 de febrero de 1969). No se ha tenido en cuenta, tampoco la personalidad independiente cuando dos sociedades constituían una misma unidad patrimonial (S. de 30 de abril de 1959). Vid.

De forma que, como decíamos inicialmente, ni se puede hablar de crisis del concepto de persona jurídica, sino dentro de ciertos límites, ni parece que sea acertado abandonar su concepto, pues únicamente lo que interesa es advertir el sentido instrumental del mismo, al servicio de los intereses que protege el ordenamiento, alejándose de generalizaciones y de abstracciones, porque lo verdaderamente importante en la tarea del jurista no es sustituir unos conceptos por otros, sino utilizarlos convenientemente para el mejor conocimiento e interpretación de las normas jurídicas. En relación con nuestro tema, dirá F. DE CASTRO, que « lo que importa aquí de modo inmediato y urgente es averiguar que ha de entenderse por persona jurídica cada vez que ese término se emplea en un precepto jurídico; precisar si se usa siempre en el mismo sentido o, si se emplea en varios, cuales son estos y su mayor o menor alcance en cada caso; si en las mismas disposiciones que regulan una misma figura jurídica el término persona jurídica se ha tomado dándole diferente valor; en fin, si tal cosa se considerase posible y conveniente, cuidar que el concepto de persona jurídica sirva para ver y comprender mejor el ordenamiento jurídico, es decir, fijar su puesto y significado en el sistema de conceptos que constituye la ciencia del Derecho »<sup>(80)</sup>.

#### 6. *A modo de conclusión.*

Haciendo aplicación de lo que acabamos de decir, siguiendo el pensamiento de F. DE CASTRO, podemos establecer a modo de conclusión las consideraciones siguientes.

1ª. En primer lugar, para plantear la cuestión debemos de observar lo que ocurre en la práctica. Efectivamente, para reconocer la personalidad jurídica, « el antiguo Derecho público atendía especialmente a la condición unida de ciertos grupos. El Derecho privado moderno centra la atención en los patrimonios, su separación y distinción en su aspecto activo (legitimación) y, sobre todo, en el pasivo (masa de garantía). Se separa así el patrimonio

---

también, SS. de 28 de noviembre de 1955, 5 de mayo de 1958, 26 de octubre de 1961, 14 de febrero de 1962, etc.

<sup>(80)</sup> *Op. cit.*, en *Estudios*, cit., I, pág. 147.

de la persona jurídica (personal) del de sus socios y administradores; a la vez que se la distingue del patrimonio afectado a un fin y del patrimonio colectivo». En fin, estos son los términos en los que juega la categoría del concepto de persona jurídica.

2ª. En segundo lugar, hay que tener en cuenta que no todas las personas jurídicas son iguales, en cuanto a la *eficacia* jurídica del reconocimiento de la personalidad. De manera que puede hablarse de personas jurídicas *perfectas* y de personas jurídicas *imperfectas*. Las primeras son así consideradas por hallarse conformes a los modelos con los que se construyó la figura (en Derecho público, el Estado, los Municipios; en Derecho privado, las asociaciones, las fundaciones, la sociedad anónima), «gozan de vida independiente, hay separación completa en su patrimonio, no están afectadas por el cambio o estado de sus miembros». Las segundas, «son asimiladas a las personas para expresar que tienen algunas de las prerrogativas de las anteriores: en Derecho público, una serie innumerable de cajas, entes mixtos, entes autónomos, entidades paraestatales, comisiones, empresas nacionales o del Estado; en Derecho privado, las sociedades civiles, las colectivas y las comanditarias mercantiles. Las cuales no logran independencia completa, ni en su gestión ni en su patrimonio; sea respecto del Estado o sea respecto de los socios». Lo que supone que el concepto de persona jurídica, en sentido técnico, «se reduzca al valor del mínimo común denominador» <sup>(81)</sup>. Por lo que se refiere al ámbito del Derecho privado el concepto de persona jurídica *imperfecta*, es perfectamente admisible en el Derecho español <sup>(82)</sup>.

<sup>(81)</sup> *La persona jurídica*, cit., pág. 267.

<sup>(82)</sup> Sin embargo, dice F. DE CASTRO, se «ha rechazado su posibilidad 'en nombre de la ciencia', y se ha propuesto negar personalidad jurídica a las compañías colectivas y comanditarias, dado que en estas los socios colectivos quedan obligados, personal y solidariamente, a las resultas de las operaciones de la compañía (art. 127, 148 C. de C.). Intento este rechazado por el común de los autores, por su evidente contradicción con la letra de la ley (arts. 116, 122 C. de C.)».

«En el mismo orden de ideas — añade — se ha sostenido que de las deudas de la sociedad civil sólo responde esta con todos sus bienes presentes y futuros, y, por tanto, que los socios no tendrán que responder con su patrimonio personal,

3ª. El valor *instrinseco* de la persona jurídica ha sido igualmente cuestionado, aún respecto de las personas jurídicas *perfectas*, cuando a través de la forma de la persona jurídica se han llegado a cometer abusos, esto ha dado lugar al procedimiento por el cual se permite «levantar al velo» («*to lift the veil*») de la persona jurídica, lo que ha sido ampliamente aceptado en la práctica española <sup>(83)</sup>. Lo que pone de relieve, no la crisis del concepto de persona jurídica, sino su *instrumentabilidad*: formas y nombre están al servicio de una finalidad, la de fomentar una realidad social, en este caso la corporativa, que merezca serlo <sup>(84)</sup>.

---

de las deudas sociales. Separación e incomunicación de patrimonios que resulta, se dice, 'del carácter de persona jurídica distinta de los socios' (art. 1669). La opinión preponderante y la práctica de los Tribunales no acepta este criterio. El prejuicio dogmático en el que se basa (naturaleza siempre perfecta de la persona jurídica) no puede prevalecer sobre el mandato legal. Los socios quedan obligados respecto de las deudas de la sociedad; pues esta es la regla general presupuestada por el art. 1698; y será para matizarla, por lo que el artículo explica que no quedan los socios solidariamente obligados por ellas. Se quiere advertir con esta disposición (siguiendo al Proyecto de 1851) que si bien las sociedades civiles son también personalistas (art. 1700 3º y 4º, art. 1704) como las colectivas y comanditarias mercantiles (art. 222 C. de C.), se diferencian en que estas — y no las civiles — establecen la solidaridad de las obligaciones de los socios (arts. 116, 122 C. de C.). (*La persona*, cit., pág. 269).

<sup>(83)</sup> Vid. F. DE CASTRO, *La persona jurídica*, cit., págs. 269 y ss. Concretamente, pág. 271. Vid. también nota 79. Interesante, la referencia sobre la famosa quiebra de la «Barcelona Traction», de la que se ocupó el Tribunal de Justicia Internacional de La Haya, en la década de los sesenta y a comienzos de la siguiente: «En el célebre asunto de la quiebra de la BT, se plantea y discute, en todos los sentidos, ampliamente la cuestión del levantamiento del velo. La ocupación de los bienes de Ebro y otras compañías (únicos embargables) se basa en que estas eran propiedad total de BT (prácticamente sin bienes) que, por ello, entraban dentro de la quiebra de BT. Se alega de otra parte, que la nacionalidad canadiense de BT no era obstáculo para que esta compañía fuese defendida internacionalmente por el Gobierno belga, dado que las acciones de dicha compañía estaban prácticamente todas en poder de sociedades de nacionalidad belga. Más los tribunales españoles, en sus instancias superiores, basan sus decisiones en razonamientos de orden procesal. El Tribunal de Justicia Internacional acepta una excepción propuesta por el Gobierno español, dado que el Gobierno belga no demostró su *ius standi* ante el Tribunal (TIJ, 5 de febrero de 1970); también Mémoires 1970, Mémoires nouvelle Requête 1972), I, II, III» (*Ibid.*, págs. 271-272, nota 5).

<sup>(84)</sup> *La persona jurídica*, cit., pág. 272. Con ello se pone de relieve le

Por último, para completar este concepto habría que tener en cuenta los caracteres <sup>(85)</sup> y las clases de persona jurídica <sup>(86)</sup>, pero esto ya forma parte del desarrollo del mismo, cuestión de la que aquí no podemos ocuparnos.

---

sentido que adquiere la persona jurídica, como concepto normativo, en unos casos, tomando de la realidad algo que resulta incontestable, como es el caso de la persona física y de las personas de Derecho público, conforme a su constitución jurídica, en otros, tomando de la realidad los actos de la autonomía privada, y calificando e interpretando sus intenciones y deseos, debidamente manifestados, para el desenvolvimiento de unos intereses que son dignos de tutela jurídica, traduciendo, aquellos y estos, a la organización de una realidad normativa, en la que se comprende, igualmente, en su caso, el reconocimiento de la personalidad jurídica. De esta manera, según dice el propio F. DE CASTRO, «los bienes de la persona jurídica constituyen un patrimonio personal, separado del patrimonio de cada uno de sus miembros o representantes. Esta separación es completa y definitiva en la persona jurídica perfecta: pero la separación, aunque atenuada, existe en la persona jurídica imperfecta. No obstante la responsabilidad personal y solidaria del socio colectivo (arts. 127, 134, 148 C. de C.) y de que la quiebra de la sociedad implica la de esa clase de socios (art. 923 C. de C.), la separación señalada existe, se manifiesta: en que la quiebra de uno o más socios no produce por sí sola la de la sociedad (art. 924 C. de C., comp. art. 1700-3 Cc.); en que en caso de quiebra de la sociedad y de los socios, se mantendrán 'siempre separadas las liquidaciones respectivas' (art. 923 C. de C.); en que 'los acreedores de un socio no tendrán respecto de la compañía, ni aún en el caso de quiebra del mismo, otro derecho que el de embargar y percibir lo que por beneficios o liquidación pudiera corresponder al socio deudor' (art. 174 C. de C., comp. art. 1699 Cc.); además en que dichos acreedores del socio por créditos anteriores a la constitución de la sociedad concurrirán con los acreedores de esta, colocándose en el lugar y grado que les corresponda, y los acreedores posteriores solo tendrán derecho a cobrar sus créditos del remanente, si lo hubiere, después de satisfechas las deudas sociales (art. 927, C. de C.)» (*Ibid.*, pág. 273).

<sup>(85)</sup> Para F. DE CASTRO, son estos los siguientes: 1) propia e independiente capacidad jurídica y de obrar; 2) estructura artificial y actuación a través de órganos y representantes; 3) finalidad u objeto lícito; 4) configuración de los bienes de las personas jurídicas como un patrimonio personal; 5) publicidad. Vid. *Op. últ. cit.*, págs. 272-273.

<sup>(86)</sup> Distinguiendo fundamentalmente, por razón de su estructura, las personas jurídicas tipo asociación o corporación, y las personas jurídicas tipo fundación, de lo que aquí no podemos ocuparnos, como se dice en el texto, aunque la distinción haya de estar presente a la hora de formular el concepto de persona jurídica.



KARL-JÜRGEN BIEBACK

## ENTWICKLUNGSGESCHICHTLICHE UND FUNKTIONALE ASPEKTE DER GEGENWÄRTIGEN BEDEUTUNG DER KÖRPERSCHAFT DES ÖFFENTLICHEN RECHTS

Die Körperschaft des öffentlichen Rechts ist eine im deutschen Rechtsraum innerhalb des 19. Jahrhunderts entstandene Form innerstaatlicher, rechtlich selbständiger öffentlicher Verwaltungsorganisationen. Über ihre in dieser Zeit entwickelte institutionelle und rechtliche Ausprägung ist die Körperschaft des öffentlichen Rechts seitdem kaum hinaus gewachsen. Wie auch bei anderen Institutionen und Begriffen des öffentlichen Rechts, die aus der Zeit des Konstitutionalismus überkommen sind, muß auch die Körperschaft des öffentlichen Rechts gerade von ihrer Entstehung und der in sie eingebundenen, jeweiligen zeitlichen Problemstellungen her analysiert werden, um die heutige Bedeutung und Relevanz dieser Institution zu erfassen. Die mangelnde rechtshistorische, rechtstheoretische und verfassungsrechtliche Einordnung der Körperschaft des öffentlichen Rechts wirkt sich bis heute auf wichtige konkrete Fragen aus:

— Der verfassungsrechtlichen Beurteilung ihrer Gründung in Form von Zwangsmitgliedschaften <sup>(1)</sup>;

— dem Problem, welche Kompetenzen den Körperschaften des öffentlichen Rechts zustehen <sup>(2)</sup>, was insbesondere hinsichtlich des sogenannten politischen Mandats <sup>(3)</sup>, d.h. ihrer Kompetenz

---

<sup>(1)</sup> Vgl. BETHGE, *Grundrechtsprobleme einer Zwangsmitgliedschaft in Verbänden des öffentlichen Rechts*, in *Juristische Arbeitsblätter* 1979, S. 281 ff.

<sup>(2)</sup> Vgl. zuletzt REDEKER, *Grenzen für Aufgaben und Tätigkeit öffentlich-rechtlicher Zwangsverbände*, in *NJW* 1982, S. 1266 f.

<sup>(3)</sup> Vgl. zuletzt *BVerwG v. 17.12.1981*, *NJW* 1982, S. 1300 f.; DAMKOWSKI, *Zur Problematik der verfassten Studentenschaft*, in *DVBl* 1978, S. 219 ff.

zu allgemeinen politischen Äußerungen, und hinsichtlich der freien Interessenvertretung und der Mitgliedschaft von Körperschaften in allgemeinen, privatrechtlichen Interessenverbänden (4), sehr umstritten ist;

— damit zusammenhängend die Frage, ob sich Körperschaften des öffentlichen Rechts gegenüber dem Staat auf Grundrechte berufen können (5);

— die Beteiligung all jener Personen an der innerverbandlichen Willensbildung, die von Aufgabenbereich der Körperschaft des öffentlichen Rechts betroffen werden (6);

— schließlich die demokratische Legitimation des innerverbandlichen Rechts im Verhältnis zum Parlamentsgesetz (7).

Alle Konflikte zeugen von der schwierigen Einordnung der Körperschaft des öffentlichen Rechts in das Verhältnis von Staat und Gesellschaft und von Individuum und öffentlicher Organisation sowie der Ausdifferenzierung der innerstaatlichen Verwaltungsorganisation in der parlamentarischen Demokratie. Konkreter geht es meist darum, ob die Körperschaft des öffentlichen Rechts weitgehend von ihrer mitgliedschaftlichen Basis her bestimmt wird und ob sie gegenüber dem Staat autonom ist (Grundrechtsfähigkeit, Aufgabe der Interessenvertretung, eigene Legitimation zur Normsetzung), oder ob sie integraler Teil der Staatsorganisation, «mittelbare Staatsverwaltung» und damit letztlich auch gegenüber ihren Mitgliedern Träger fremder, verselbständigter Hoheitsgewalt ist. Im folgenden sollen diese aktuellen komplexen rechtsdogmatischen Probleme nicht gelöst, sondern ihre historische Bedingtheit und Entwicklung aufgezeigt und daraus ihre Ein-

---

(4) Vgl. *BVerwG* v. 24.9.1981, *NJW* 1982, S. 1298 f.; FRÖHLER-OBERNDORFER, *Körperschaft des öffentlichen Rechts und Interessenvertretung*, 1974.

(5) Vgl. BETHGE, *Zur Grundrechtsfähigkeit der öffentlichen Hand*, in *Juristische Arbeitsblätter* 1978, S. 533 ff.

(6) So die Auseinandersetzung, ob die Handwerkskammern «Unternehmerverbände» sind oder alle im Handwerk arbeitenden Gruppen vertreten müssen. Dazu zuletzt: FERNER, *Gegen die öffentlich-rechtliche Handwerkskammer als Unternehmerkammer*, in *WSI-Mitteilungen* 1982, S. 314 ff.

(7) *BVerfGE* 33, S. 125 ff. (Facharztbeschuß); vgl. FRIEHE, *Autonome Satzungen und Geltungsanspruch der Grundrechte*, in *JuS* 1979, S. 465 ff.; MEYN, *Gesetzesvorbehalt und Rechtsetzungsbefugnis der Gemeinden*, 1977.

ordnung in allgemeine Funktionsprobleme der Organisation selbständiger staatlicher Verwaltungseinheiten vorgenommen werden. Damit wird zugleich von einem Teilbereich aus die spezifische Entwicklung und Funktion der juristischen Person verdeutlicht.

## I. HISTORISCHE ENTSTEHUNG UND ENTWICKLUNG VON INSTITUTION UND BEGRIFF DER KÖRPERSCHAFT DES ÖFFENTLICHEN RECHTS.

### I. *Die Zeit des konstitutionellen Verfassungssystems* <sup>(8)</sup>.

a) Waren im Rechtssystem des späten Absolutismus alle juristischen Personen weitgehend staatlich kontrolliert und jeweils im Einzelfall staatlich konzessioniert, so bildeten die Gemeinden in der staatlichen Reformbewegung des beginnenden 19. Jahrhunderts die erste und allgemeinste Form innerstaatlicher, rechtlich und politisch selbständiger Organisationen. Mit den beiden Schüben der Gründung von Körperschaften des öffentlichen Rechts in der Reformphase zu Beginn des 19. Jahrhunderts (Gemeinden, Universitäten, kaufmännische Kooperationen) und ab 1873 (gewerbliche und berufliche Kammern, Realkörperschaften, Körperschaften der Sozialversicherung) sind im wesentlichen und bis heute andauernd die Aufgabenbereiche und Organisationsformen der Körperschaften des öffentlichen Rechts entwickelt worden.

Die Körperschaft des öffentlichen Rechts war Bestandteil einer staatlichen Politik, die einerseits den Einflußbereich der überkommenden monarchischen Staatlichkeit in die Gesellschaft hinein erweitern, sowie die Gesellschaft gestalten und modernisieren und dadurch das monarchische System und seine Legiti-

---

<sup>(8)</sup> Vgl. zu diesem Teil allgemein: BIEBACK, *Die öffentliche Körperschaft - ihre Entstehung, die Entwicklung ihres Begriffs und die Lehre vom Staat und den innerstaatlichen Verbänden in der Epoche des Konstitutionalismus in Deutschland*, 1976, *passim*.

mation stabilisieren wollte, die andererseits — auch zur Erreichung dieser Ziele — die freie gesellschaftliche Interessenverfolgung anerkennen und zugleich organisieren und integrieren mußte<sup>(9)</sup>. Der Übergang zwischen der Körperschaft des öffentlichen Rechts und dem öffentlich-relevanten privaten Verein war deshalb fließend<sup>(10)</sup>. Mit der Erstarkung der bürgerlichen Gesellschaft und dem schnellen Aufschwung des kapitalistischen Produktionssystems in der zweiten Hälfte des 19. und im beginnenden 20. Jahrhundert entstanden eine Vielzahl weiterer Organisationsformen, in denen der Staat die Gesellschaft zu regulieren versuchte und gesellschaftliche Interessengruppen in die Staatsverwaltung eindringen (Beiräte, Volkswirtschaftsräte, staatliche Unternehmen, Verstaatlichung der Eisenbahn, privatrechtliche Organisation der Reichsbank, Staatsmonopole, staatliche Forschungsinstitute, Zwangskartelle, beliebene, Interessenverbände, politische Parteien)<sup>(11)</sup>. Die Bedeutung der Körperschaft des öffentlichen Rechts wurde dadurch erheblich relativiert und sie verlor zunehmend ihren paradigmatischen Charakter für die Integration demokratischer Elemente in das konstitutionelle System und den staatlich gelenkten Ausgleich zwischen Staat und Gesellschaft.

---

<sup>(9)</sup> Vgl. BIEBACK (Anm. 8), S. 59 f., 315 f. sowie zusammenfassend S. 452 f.; neuerdings dargestellt am Beispiel der Sozialversicherung, STOLLEIS, *Die Sozialversicherung Bismarcks, in Bedingungen für die Entstehung und Entwicklung von Sozialversicherung*, Hrsg. H. F. Zacher, 1979, S. 387 f.

<sup>(10)</sup> BARON, *Das deutsche Vereinswesen und der Staat im 19. Jahrhundert*, Diss. jur. Göttingen 1962, S. 93 ff.; HEINZE, *Verbändepolitik und Neokorporatismus*, 1981, S. 93 ff.; STÜRMER, *Gesellschaftskrise und Bürokratie in Preußen - Deutschland seit 1800*, in LEUENBERGER-RUFFMANN (Hrsg.), *Bürokratie*, Bern 1977, S. 9 ff.; NIPPERDEY, *Verein als soziale Struktur in Deutschland im späten 18. und frühen 19. Jahrhundert, eine Fallstudie zur Modernisierung I*, DERS., *Interessenverbände und Parteien in Deutschland vor dem ersten Weltkrieg*, beides in DERS., *Gesellschaft, Kultur, Theorie*, 1976, S. 174 ff., 319 ff.; SCHEUNER, *Staatliche Verbandsbildung und Verbandsaufsicht in Deutschland im 19. Jahrhundert*, *Der Staat* Beiheft 2, 1978, S. 97 ff.; BIEBACK (Anm. 8) S. 105 ff.

<sup>(11)</sup> Vgl. STÜRMER (Anm. 10), WINKLER, *Pluralismus oder Protektionismus, verfassungspolitische Probleme des Verbandswesens im Kaiserreich*, 1972, S. 28 f.; BIEBACK (An. 8), S. 225 ff., 339 ff., 348 f. Daß die Körperschaft des öffentlichen Rechts dennoch und gerade als politische Interessenorganisation Bedeutung behielt, hat die kritische Diskussion zum Referat Scheuners gezeigt, vgl. An. 10, S. 122 ff., 127, 129, 136.

So stellte die Körperschaft des öffentlichen Rechts einen dem konstitutionellen System adäquaten Modus der Realisation staatsbürgerlicher Freiheit und ihrer Konversion in Handlungspotential für die staatliche Verwaltung dar. Die bürgerliche Freiheit und die bürgerliche Interessenartikulation werden organisatorisch-institutionell und staatlich-hoheitlich mediatisiert; die unkontrollierte und inhaltlich unbestimmte bürgerliche Freiheit — wie sie sich beispielhaft in den privaten Vereinen oder der bürgerlichen, politischen Öffentlichkeit realisierte <sup>(12)</sup> — wird inhaltlich auf die Mitgliedschaftsrolle in der öffentlichen Organisation reduziert und durch die hoheitliche Organisation kontrolliert; individuelle subjektive Rechte verwandeln sich in Teilhaberechte an der Organisation <sup>(13)</sup>, wobei die Stellung des Bürgers als Subjekt demokratischer Partizipation und Objekt politischer Herrschaft direkt miteinander verbunden sind.

Trotz dieser prinzipiellen Übereinstimmung mit dem konstitutionellen System vermag die Körperschaft des öffentlichen Rechts im Detail doch Ansätze eines *neuen Modus staatlicher Verwaltung* zu realisieren. Die *traditionelle Form* der bürokratisch-hierarchischen Verwaltung hatte sich für die allgemeine Staatsverwaltung in Deutschland im 18. und zu Beginn des 19. Jahrhunderts gerade vor der Schaffung der ersten Körperschaft des öffentlichen Rechts realisiert <sup>(14)</sup>. Die wesentlichen Elemente dieses traditionellen Verwaltungsmodus sind <sup>(15)</sup>:

---

<sup>(12)</sup> Zu diesen Typen bürgerlicher Freiheit, die in Deutschland von Anfang an stark staatlich-hoheitlich eingebunden waren, vgl. NIPPERDEY (Anm. 10), SCHEUNER (Anm. 11), HABERMAS, *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, 4. Aufl., 1969.

<sup>(13)</sup> Allgemein zum theoretischen Zusammenhang von subjektivem Freiheitsrecht, juristischer Person und Organisation: U. K. PREUSS, *Die Internalisierung des Subjekts, zur Kritik der Funktionsweise des subjektiven Rechts*, 1979, S. 63 ff.

<sup>(14)</sup> Vgl. HEFFTER, *Die deutsche Selbstverwaltung im 19. Jahrhundert*, 2. Aufl., S. 63 f., 117 f.; KNEMEYER, *Regierungs- und Verwaltungsreform in Deutschland zu Beginn des 19. Jahrhunderts*, 1970, S. 290 ff.; KOSELLEK, *Preußen - zwischen Reform und Revolution*, 2. Aufl., 1975, S. 217-283; H. ROSENBERG, *Bureaucracy, Aristocracy and Autocracy: The Prussian Experience 1660-1815*, Cambridge, Mass. 1958; grundlegend die historische Fundierung der Analyse bei M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 1956, Bd. 2, S. 703 ff.; BIEBACK (Anm. 8), S. 62 ff., 74 ff.

<sup>(15)</sup> Zu den vielfältigen Aspekten des traditionellen Modus der bürokratisch-hierarchischen Verwaltung vgl.: GRAUHAN-LEIBFRIED, *Die Sozialverwaltung zwi-*

— Strenge Bindung an vorgegebene, allgemeine Normen, die das Handeln der Verwaltung weitgehend determinieren;

— rigide Einbindung in ein System hierarchischer Abhängigkeit, mit fixierten Rangordnungen und Kompetenzen; *Legalität und Hierarchie sind die Legitimationsbasis* dieses Verwaltungstyps;

— strenge Distanz zu den Objekten der Verwaltung, den Bürgern, einmal dadurch, daß mit ihnen nicht kooperiert, sondern ihnen gegenüber hoheitlich einseitig entschieden wird;

— zum anderen dadurch, daß als Handlungstyp der *Eingriff* in ansonsten weitgehend autonome gesellschaftliche Prozesse vorherrscht;

— das Verwaltungspersonal wird von oben eingesetzt und wirtschaftlich/statusmäßig vom Staat gesichert, was die Distanz, Neutralität und Unabhängigkeit im Verhältnis zu den Bürgern sichert;

— finanziert wird der Verwaltungsapparat aus dem allgemeinen Staatshaushalt und über die allgemeinen Steuern;

— konkrete Arbeitsbedingungen sind: Hoher Grad von Arbeitsteiligkeit, Aktenmäßigkeit, Schriftlichkeit, Arbeitsplatz im Büro.

Schon auf den ersten Blick wird deutlich, daß die Körperschaft des öffentlichen Rechts diesen traditionellen Modus der staatlichen Verwaltung erheblich modifizierte. Gegenüber der ausschließlich monarchisch beherrschten Exekutive realisierte die Körperschaft des öffentlichen Rechts einen konträren, direkt *demokratischen Legitimationsmodus*, der — bis auf das in Preußen in den Kommunen vorherrschende Drei-Klassen-Wahlrecht — auch egalitär-demokratisch strukturiert war. Zumindest ein Teil der Körperschaftsverwaltung besteht nicht mehr in der Anwendung « fremden », monarchisch-parlamentarischen Rechts, sondern wird von den Vertretungsorganen der Körperschaft selbst in Satzungen gesetzt.

---

*schen politischer Herrschaft und politischer Produktion*, in *Zeitschrift für Sozialreform*, 1977, S. 65 ff.; OFFE, *Rationalitätskriterien und Funktionsprobleme politisch-administrativen Handelns*, Leviathan, 1974, S. 333 ff.; TREUTNER-WOLFF-BONß, *Rechtsstaat und situative Verwaltung*, 1978, *passim*.

Die Körperschaft des öffentlichen Rechts modifizierte ebenfalls den traditionellen *Funktionsmodus* erheblich durch die Wahl der Leiter der Körperschaftsverwaltung, die ehrenamtliche Ausübung von Verwaltungsfunktionen sowie die direkte Beteiligung der Bürger in Deputationen, Ausschüssen etc. Hierdurch wurde die hierarchisch-bürokratische Struktur der Verwaltungsorganisation aufgehoben und die Verwaltung mehrfach an die Bürger und Körperschaftsmitglieder rückgebunden. Schließlich lag das Schwerkraft der Körperschaftsverwaltung bei sozialen, kulturellen und wirtschaftlichen Infrastrukturleistungen sowie bei der öffentlichen Interessenvertretung - alles Materien, die nicht zu den Aufgaben der klassischen Hoheitsverwaltung gehören (Heer, allgemeine Finanzen, allgemeine Innenverwaltung, Justiz) Dadurch initiierten die Körperschaften selbst die gesellschaftliche Entwicklung und finanzierten ihre Aufgaben direkt von den Mitgliedern, wodurch gleichsam ein noch überschaubares Verhältnis von Leistung und Gegenleistung hergestellt wurde.

b) Aber die Durchsetzung dieses Modus öffentlicher Verwaltung wurde — ganz im Sinne der konstitutionellen Verfassungsstruktur — in mannigfacher Weise durch den Staat begrenzt. So konnte die Ministerialverwaltung direkt in die Körperschaftsverwaltung dadurch eingreifen, daß sie bei der Auswahl des Leitungspersonals mitwirkte und bei einer weitgehenden zentralstaatlichen Normierung der Aufgaben auch über die Rechtsaufsicht Kontrolle ausüben konnte. Insoweit war die Körperschaft des öffentlichen Rechts zugleich ein wesentliches Element des kompromißhaften Charakters der Verfassung der konstitutioneller Monarchie <sup>(16)</sup>.

<sup>(16)</sup> Grds. hierzu RAU, *Föderalismus und Parlamentarismus im Wilhelminischen Reich*, 1973, S. 9 ff., 37 ff.; WAHL, *Der preußische Verfassungskonflikt und das konstitutionelle System des Kaiserreichs*, in *Moderne Deutsche Verfassungsgeschichte*, 1972, S. 171 f.; BOLDT, *Deutscher Konstitutionalismus und Bismarck Reich*, in *Das kaiserliche Deutschland* (Hrsg. M. Stürmer), 1970, S. 119 ff.; DERS., *Deutsche Staatslehre im Vormärz*, 1975, S. 263 ff., alle zur Kontroverse um die Eigenständigkeit der Staatsform der konstitutionellen Monarchie. WINKLER (Anm. 11), S. 28 f. betont zu stark die staatliche Einbindung der Körperschaft des öffentlichen Rechts und vernachlässigt ihre Funktion bürgerlich-demokratische Elemente in die Staatsverwaltung einzubringen.

c) Im einzelnen lassen sich folgende Typen der Körperschaft des öffentlichen Rechts unterscheiden:

— Die meisten Körperschaften des öffentlichen Rechts waren *öffentliche Interessen- und Aufsichtsverbände*: sie dienten der Hervorbringung und Artikulation der beruflichen/gewerblichen Interessen bestimmter selbständiger Berufe, knüpften also an private Besitzstände an, und dienten zugleich der Beaufsichtigung und öffentlichen Kontrolle der beruflichen Tätigkeit<sup>(17)</sup>. Dabei erfaßte die Aufsicht bei den klassischen Gewerben nur wenige Bereiche (Börse, Ausbildungs- und Schulwesen), bei den vormals staatlich kontrollierten Berufen dagegen die gesamte berufliche Tätigkeit (Ärzte, Apotheker, Rechtsanwälte). Zwar hatten diese Körperschaften auch kraft Gesetzes die Aufgabe, eigene Leistungseinrichtungen für ihre Mitglieder zu schaffen<sup>(18)</sup>, doch stand diese Aufgabe nicht im Mittelpunkt. Von ihrem Ausgangspunkt her, an private Besitzstände anzuknüpfen und die daraus entstehenden Interessen öffentlich zu kontrollieren und zu artikulieren, sind auch die sogenannten Realkörperschaften (Deich-, Forst-, Jagd-, Fischerei-, Wasser- und Bodenverbände) hierher zu zählen, auch wenn sie stärker infrastrukturelle Leistungen und Nutzungen fördern sollten<sup>(19)</sup>.

— Die neuen Körperschaften des öffentlichen Rechts der Sozialversicherung dagegen waren vornehmlich allgemeine, sozialstaatlich-partizipative *öffentliche Leistungsverbände*. Zwar setzten sie gemäß dem Versicherungsprinzip auch eine Vorleistung in Form des Beitrags voraus, jedoch ging es nicht um die Verwaltung dieses eingebrachten, zwangsgesparten privaten Besitzstandes,

---

<sup>(17)</sup> Vgl. BIEBACK (Anm. 8), S. 102 ff. und 332 ff., 334 ff. m.w.N.; für die Gegenwart, SCHUPPERT, *Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch vonselbständige Verwaltungseinheiten*, 1981, S. 65 ff.; FRÖHLER-OBERNDORFER (Anm. 4), die jedoch zu sehr die Interessenvertretungsbefugnis betonen.

<sup>(18)</sup> Vgl. für die Industrie- und Handelskammern, KEUCHER, *Geschichtliche Entwicklung und gegenwärtiger Stand des Kammersystems*, Diss. jur. Halle-Wittenberg 1931, S. 26 ff.; M. ERDMANN, *Die verfassungspolitische Funktion der Wirtschaftsverbände 1815-1871*, 1968, *passim*; für die Handwerkskammern §§ 97 ff. der Novelle zur Gewerbeordnung von 1881, für die Landwirtschaftskammern § 2 des Preussischen Gesetzes vom 30.6.1894.

<sup>(19)</sup> BIEBACK (Anm. 8), S. 336-7 m.w.N.



sondern um eine solidarische Umlage für die allgemeine Organisation und Verteilung öffentlicher Leistungen. Nicht ohne Grund wollte Bismarck aus staatspolitischen Gründen das tradierte Modell staatlich-autoritärer, bürokratischer Leistungsgewährung durch Staatsbeamte in Staatsanstalten insbesondere bei der Rentenversicherung erhalten; allerdings konnte dies Modell nur im Kompromiß mit Forderungen nach Beteiligung der Mitglieder und nach Selbstverwaltung realisiert werden <sup>(20)</sup>.

Dieses Modell sozialstaatlicher Teilhaber an öffentlichen Leistungen überwand also nicht nur — wie die anderen Körperschaften des öffentlichen Rechts auch — den Legitimationsmodus der monarchischen Exekutivgewalt, sondern auch den Funktionsmodus der staatlich-hoheitlichen, bürokratischen Leistungsverwaltung. Aber dieser Ansatz war gleich zu Beginn im wesentlichen auf die Krankenversicherung beschränkt und blieb — bis auf den heutigen Tag — unterentwickelt. Denn schon die RVO von 1910 schränkte die Selbstverwaltungsbefugnisse der Körperschaften der Sozialversicherung, insbesondere diejenigen der Krankenversicherung, die allmählich zu Instrumenten « staatsfeindlicher » autonomer sozialdemokratischer/gewerkschaftlicher Sozialpolitik geworden waren, ganz erheblich ein, indem sie die Staatsaufsicht und das hauptamtliche Verwaltungselement verstärkte sowie die Leistungen verbindlich und sehr eingehend und einengend zentral-staatlich-gesetzlich regelte <sup>(21)</sup>.

— Auch die *Gemeinden* wurden mit dem Ausbau der kommunalen Daseinsvorsorge <sup>(22)</sup> ebenfalls zu einer Ausformung des Typs sozialstaatlich-partizipativer Leistungsverwaltung. Dieser Typ

---

<sup>(20)</sup> STOLLEIS (Anm. 9), S. 387 f.; TENNSTEDT, *Sozialgeschichte der Sozialpolitik in Deutschland*, 1981, S. 142 ff.; HEFFTER (Anm. 14), S. 677 ff.; HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, Bd. IV, 1969, S. 1192 ff.; W. VOGEL, *Bismarcks Arbeiterversicherung*, 1951, S. 131 ff.

<sup>(21)</sup> Vgl. hierzu: STANDFEST u.a., *Sozialpolitik und Selbstverwaltung*, 1977, S. 33 ff.; TENNSTEDT, *Geschichte der Selbstverwaltung in der Krankenversicherung*, 1977, S. 47 ff.; RODENSTEIN, *Arbeiterselbsthilfe, Arbeiterselbstverwaltung und staatliche Krankenversicherungspolitik in Deutschland*, in *Starnberger Studien*, Bd. 2, 1978, S. 113 ff., 159 f.

<sup>(22)</sup> HEFFTER (Anm. 14), S. 605 f.; BADURA, *Das Verwaltungsrecht des liberalen Rechtsstaates*, 1967, S. 41 ff.; RIEß, *Kommunale Wirtschaftspflege*, 1911.

behält jedoch zugleich starke Elemente der zentralstaatlichen und hoheitlich-bürokratischen Verwaltungsform. Denn er war über die Auftragsverwaltung stark an die allgemeine Staatsverwaltung gebunden; auch bildete sich vor allem in den Städten in Entsprechung zur staatlichen eine gemeindliche Verwaltungsbürokratie heraus <sup>(23)</sup>. Die Gemeinde kann deshalb stärker als ein eigenständiger Typus allgemeiner, dezentraler öffentlicher Verwaltung mit partizipativen Elementen gekennzeichnet werden.

Schließlich gewinnen vor allem in den Gemeinden <sup>(24)</sup> aber auch in den Körperschaften der Sozialversicherung <sup>(25)</sup> die über-regional organisierten Parteien/Gewerkschaften maßgeblichen Einfluß und mediatisieren die Mitwirkungsmöglichkeiten und Einflußnahme der Mitglieder weitgehend, wie sie die Körperschaften politisieren.

Bedingt und verstärkt durch ihren öffentlich-rechtlichen, hoheitlichen Charakter gehen die Körperschaften des öffentlichen Rechts in einer Entwicklung voran, die für das gesamte Verbandswesen zu einer Oligarchisierung, Bürokratisierung und internen herrschaftlichen Struktur führte und auf vielfältigen Ursachen beruhte <sup>(26)</sup>: Die Erweiterung und dadurch die zunehmende politische Relevanz ihrer Aufgaben; das Wachstum der Organisation über den vom einzelnen Mitglied beherrschbaren und von seiner Motivation getragenen Bereich des unmittelbaren und engeren Interesses hinaus; die Zunahme komplexer, nicht vorhersehbarer und determinierbarer Entscheidungen, die Kontinuität und Fachverstand in der Organisationsleitung sowie formalisierte Entscheidungsverfahren erfordern.

---

<sup>(23)</sup> HEFFTER (Anm. 14), S. 608 ff.; W. WEBER, *Staats- und Selbstverwaltung in der Gegenwart*, 2. Aufl., 1967, S. 63 ff.; W. HOFMANN, *Die Entwicklung der kommunalen Selbstverwaltung von 1848-1918*, in PÜTTNER (Hrsg.), *Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis*, 2. Aufl., Bd. I, 1981, S. 71 ff., 79 ff.

<sup>(24)</sup> W. HOFMANN (Anm. 23); HEFFTER (Anm. 14), S. 561 ff.; CROON, *Das Vordringen der politischen Parteien im Bereich der kommunalen Selbstverwaltung*, in *Kommunale Selbstverwaltung im Zeitalter der Industrialisierung*, 1971, S. 15 ff., 18 f., 45 f.

<sup>(25)</sup> Vgl. RODENSTEIN (Anm. 21); TENNSTEDT (Anm. 21), S. 39 ff.

<sup>(26)</sup> Vgl. die umfassende Darstellung bei TEUBNER, *Organisationsdemokratie und Verbandsverfassung*, 1978, S. 42 ff., 73 f., 81 ff.; HEINZE (Anm. 10), S. 93 ff.; STÜRMER (Anm. 10), S. 9 ff.; WINKLER (Anm. 11), S. 5 ff.

Im Funktionsmodus hat die Körperschaft des öffentlichen Rechts dagegen nur sehr begrenzt eine neue Form bürgerschaftlicher Partizipation in der öffentlichen Verwaltung entwickelt. Einerseits durch die Honoratiorenverwaltung, die sich jedoch andererseits mit der Auflösung der sozialökonomischen und politischen Basis für die selbständige, ehrenamtliche bürgerliche Mitwirkung hin zu einer Verwaltung hauptberuflicher Fachleute und partei- / verbandsgebundener Leitungsbeamten wandeln mußte. Nahm die Körperschaft des öffentlichen Rechts in ihrem Legitimationsmodus die spätere politische Struktur der parlamentarischen Demokratie teilweise vorweg, so beeinflusste dies auch ihren Funktionsmodus, als nunmehr der oft partei- und verbandspolitisch gebundene Fachmann zum Träger der Verwaltung in den Gemeinden und in der Sozialversicherung wurde. Er war zwar noch den Mitgliedern verantwortlich und an sie durch Wahlen rückgebunden, repräsentierte jedoch zugleich auch die Form selbständiger, hoheitlich-bürokratischer Herrschaft.

d) Schon am Beispiel der neuen Verfassung der Gemeinden und ihrer Stellung im monarchischen Staat <sup>(27)</sup>, vor allem aber mit der Herauslösung der privaten, erwerbswirtschaftlichen Korporationen aus dem alten öffentlich-rechtlichen Konzessionsystem <sup>(28)</sup> und dem quantitativen und qualitativen Wachstum der Körperschaften des öffentlichen Rechts wird in der Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts (Zivilistik wie Lehre vom öffentlichen Recht) allmählich der *Begriff der Körperschaft des öffentlichen Rechts* herausgebildet.

Dabei wird selbst noch unter Geltung der begrifflich abstrahierenden und formalisierenden Methode des Positivismus die Diskrepanz zur Staatsverfassung, das alternative Legitimationsmodell der Körperschaft des öffentlichen Rechts, meist explizit mitreflektiert und in die Begriffsbildung aufgenommen: Begriffselemente sind *demokratisch/genossenschaftliche Struktur*, der maß-

<sup>(27)</sup> BIEBACK (Anm. 8), S. 124 ff. (Konstitutionelle Staats- und Gemeinde-rechtslehre des Vormärz).

<sup>(28)</sup> Hier setzte vor allem WALDECKER, *Über den Begriff der Korporation des öffentlichen Rechts nach preussischem Recht*, 1913, seine Analyse an. Vgl. hierzu BIEBACK (Anm. 8), S. 110 ff.

gebliche Einfluß der Mitglieder sowie die *rechtliche und organisatorische Selbständigkeit innerhalb der öffentlichen Verwaltung*. Allerdings veränderte sich die Struktur der Argumentation im Laufe des 19. Jahrhunderts:

— Bedingt allein schon durch die faktische und politische Dominanz und den Vorbildcharakter der Gemeinde werden im Vormärz und auch noch in der Zeit bis in die Anfänge des Kaiserreichs die Elemente Einbindung in die öffentliche Verwaltung, Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben und mitgliedschaftliche Struktur verbunden und als Ausdruck der politischen Teilhabe des Volkes im konstitutionellen System interpretiert <sup>(29)</sup>.

— Nachdem das Scheitern der Revolution von 1848 endgültig den Fortschritt in der Demokratisierung des politischen Systems aufhielt und sich der Kompromiß des Bürgertums mit dem monarchischen Prinzip und seinen Verwaltungsstrukturen herstellen konnte, werden erst in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts die Einbeziehung in die öffentliche Verwaltung und die mitgliedschaftliche Struktur der Körperschaft des öffentlichen Rechts begrifflich voneinander getrennt und in keiner zusammenfassenden Kategorie mehr « aufgehoben ». Die innere, selbständige Struktur wird in allgemeinen Lehren der Verbandspersönlichkeit (Gierke u.a.) <sup>(30)</sup> bzw. der juristischen Person <sup>(31)</sup> eingebunden, während

<sup>(29)</sup> So gehört die Gemeindefreiheit, ihre rechtliche Selbständigkeit, innere demokratische Struktur und die Ausübung eigener Hoheitsgewalt zum « System der Volksfreiheit »: ROTTECK, *Staatsrecht der konstitutionellen Monarchie*, Bd. II/2, 1828, S. 3 ff.; SCHMITTHENNER, *12 Bücher vom Staate*, Bd. 3, 1845, §§ 169 f., S. 556 ff.; Bd. 1, 1839, §§ 164 ff., S. 254 ff.; ZOEPLF, *Grundsätze des allgemeinen und constitutionell-monarchischen Staatsrechts*, 5. Aufl., 1863, Bd. 1, § 52, S. 92 f.; Bd. 2, §§ 281 f., S. 1 ff.; H. A. ZACHARIÄ, *Deutsches Staats- und Bundesrecht*, 1. Aufl., Bd. 1, 1847, §§ 64 f., S. 227 f.; K. S. ZACHARIÄ, *40 Bücher vom Staate*, 2. Aufl., Bd. 1, 1839, S. 160 ff. Allgemein hierzu BIEBACK (Anm. 8), S. 149-153, 161-177, 178 ff. Vgl. auch das Rechtssystem der freien Verwaltung bei L. v. STEIN, *Die Verwaltungslehre*, Teil I, 2. Aufl., 1869, Bd. 2, S. 34 ff.; Bd. 3, S. 5 ff., 109 ff., 230 ff. sowie das gesellschaftliche Recht der Genossenschaften bei v. MOHL, *Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften*, Bd. I, 1855, S. 97 ff.

<sup>(30)</sup> Dazu und zur Entwicklung in den Lehren Gierkes und H. Preuß BIEBACK (Anm. 8), S. 433 ff., 446 f.

<sup>(31)</sup> Meist rein auf die privatrechtliche Tätigkeit begrenzt: ROSIN, *Das Recht der öffentlichen Genossenschaft*, 1886, S. 18 ff., 48 ff.; F. WOLFF, *Der Staat und die öffentlichen Korporationen*, 1897, S. 21 ff., 51.

das Verhältnis zum Staat und die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben oft begrifflich isolierend auf ein oder mehrere Merkmale, die zugleich den Unterschied zum privaten Verband ausmachen sollen, konzentriert werden (öffentliche/hoheitliche Aufgaben/Zwecke <sup>(32)</sup>, vom Staat übertragene Hoheitsgewalt <sup>(33)</sup>). Ähnlich wurde der Begriff der Selbstverwaltung aufgespalten und rechtsdogmatisch vor allem vom besonderen Verhältnis zur staatlichen-hoheitlichen Verwaltung her bestimmt <sup>(34)</sup>.

Jedoch ließ sich die besondere Bedeutung und Diskrepanz des eigenständigen demokratischen Legitimationsmodus der öffentlichen Verwaltung in den Körperschaften des öffentlichen Rechts gegenüber der staatlichen Verwaltung nicht begrifflich beseitigen. Deutlich wird dies schon in dem von Otto Mayer <sup>(35)</sup> herausgebildeten Gegenbegriff zur Körperschaft des öffentlichen Rechts, der Anstalt des öffentlichen Rechts. Ihr Verhältnis zum Staat wird gerade dadurch definiert, daß die Anstalt im Gegensatz zur Körperschaft keine selbst- oder mitbestimmungsfähigen Mitglieder hat, sondern völlig vom Anstaltsherren abhängig ist, ihre Benutzer der Anstaltsgewalt und damit einem « besonderen Gewaltverhältnis », einem « eigentümlichen Zustand verminderter Freiheit » unterworfen sind <sup>(36)</sup>. In diesem besonderen Gewaltverhältnis gelten die Grundrechte nicht und unterfallen die allgemeinen Regelungen, wie die Anstaltsordnung, nicht der Systematik von Rechtssatz und Gesetz <sup>(37)</sup> und damit nicht der Zu-

<sup>(32)</sup> ROSIN (Anm. 31), S. 18 f.; SCHULER, *Die öffentliche Körperschaft*, 1908, S. 44 f.; WOLFF (Anm. 31), S. 94; O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, 2. Aufl., Band II, 1917, S. 579 ff., 619 f., 707 ff.

<sup>(33)</sup> G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, 3. Aufl., 5. Neudruck, 1966, S. 392 f.; DERS., *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2. Aufl., 1905, S. 263 ff.; MEYER-DOCHOW, *Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts*, 3. Aufl., 1910, S. 21 f.; SARWEY, *Allgemeines Verwaltungsrecht* 1884, S. 72 f., 103 f.

<sup>(34)</sup> Vergl. BIEBACK (Anm. 8), S. 415 ff.

<sup>(35)</sup> Anm. 32, II, S. 590 ff.; ähnl. GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtssprechung*, 1887, S. 140; Art. *Juristische Person*, in HOLTZENDORFF, *Rechtslexikon*, Bd. 2, 1881, S. 422; *Deutsches Privatrecht*, Bd. 1, 1895, S. 474.

<sup>(36)</sup> Anm. 32, S. 494 ff., 496.

<sup>(37)</sup> Siehe Anm. 36.

stimmung/Mitwirkung des Parlaments bzw. der Bürger. Dadurch verkörpert die Anstalt durchgängig die Strukturelemente der monarchisch-obrigkeitlichen Verwaltung <sup>(38)</sup> - allerdings mit der Einschränkung, daß auch Körperschaften des öffentlichen Rechts, wie die Gemeinden oder sonstige Körperschaften, Anstaltsherren sein können <sup>(39)</sup>. Da die Anstalt selbst über keine eigenständige Legitimation verfügt, ist sie also auch gegenüber den verschiedenen Legitimationsmodalitäten des Anstaltsherrn indifferent.

Diese Universalität des Anstaltsbegriffs bei O. Mayer bringt aber zugleich jene Tatsache auf den Begriff, daß sich die Form hierarchisch-bürokratischer Verwaltung allgemein, selbst auch bei der Erbringung von Diensten durch die Körperschaft des öffentlichen Rechts, durchgesetzt hatte.

Andererseits hat O. Mayer die Diskrepanz zwischen der allgemeinen zentralstaatlichen obrigkeitlich-hierarchischen Verwaltung und den Körperschaften des öffentlichen Rechts scharf herausgearbeitet, indem er der eigenständigen demokratischen Legitimation der Körperschaft des öffentlichen Rechts besonderes Gewicht beigemessen hat <sup>(40)</sup>. Ähnlich argumentiert auch Haenel <sup>(41)</sup>. Beide Autoren haben zudem wie vor ihnen schon L. v. Stein (Rechtssystem der freien Verwaltung) <sup>(42)</sup> umfassende, begrifflich präzise Analysen erarbeitet, die alle öffentlichen/staatlichen Tätigkeitsformen unabhängig von ihrer rechtlichen Einkleidung und der Dichotomie von öffentlichem Recht und Privatrecht zusammenfaßten und damit die Komplementarität von öffentlich relevantem, privatem Verein und Körperschaft des öffentlichen Rechts und die fließenden Übergänge zwischen ihnen zum Ausdruck

<sup>(38)</sup> Dies betonen z.B. FORSTHOFF, *Rechtsfragen der leistenden Verwaltung* 1959, S. 47; JECHT, *Die öffentliche Anstalt*, 1963, S. 20 f.

<sup>(39)</sup> *Deutsches Verwaltungsrecht*, Bd. 2, 3. Aufl., 1924, S. 333 f.

<sup>(40)</sup> Anm. 32, S. 593, 626 ff., 663 f.

<sup>(41)</sup> *Deutsches Staatsrecht*, 1892, S. 82 ff.: Lehre von den «Korporativen Verbänden». Gierke hat mit seiner Lehre von der Genossenschaft bzw. realen Verbandspersönlichkeit zwar auch eine allgemeine Kategorie entwickelt, die Gierke jedoch weitgehend auf die eigene Sozialsphäre des Verbandes begrenzt, so daß damit keine öffentlichen und privaten Aufgaben der Verwaltung einende Sachkategorie gefunden worden ist, vgl. BIEBACK (Anm. 8), S. 433 ff.

<sup>(42)</sup> Vgl. oben Anm. 29 sowie BIEBACK (Anm. 8), S. 225 f.

brachten (« Korporative Selbstverwaltung » Haenels <sup>(43)</sup>, das « öffentliche Unternehmen » sowie die « öffentliche Genossenschaft » und ihre analoge Struktur zum Verein bei O. Mayer <sup>(44)</sup>. Integriert werden diese Formen öffentlicher Verwaltung in das konstitutionelle System, indem — ganz in Entsprechung zur Grundstruktur dieses Systems, jedoch gleichsam mit starker demokratischer Tendenz — der monarchischen Exekutive Zugriff auf die Körperschaft des öffentlichen Rechts gewährt wird, sich Staat und Mitglieder die Macht über die Körperschaft des öffentlichen Rechts teilen <sup>(45)</sup>.

e) Innerhalb dieser allgemeinen Entwicklung der Körperschaft des öffentlichen Rechts im 19. Jahrhundert machten die *Kirchen* eine Ausnahme. Als nach 1848 in allen deutschen Staaten die innerorganisatorische Trennung von Staat und Kirche eingeführt wurde, behielt man für die Kirchen die Bezeichnung « öffentliche Körperschaft » allein deswegen bei, um ihnen die schon seit dem ALR damit verbundenen Privilegien zu belassen; sonst aber zog man zwischen den Aufgaben und den Handlungsmitteln des Staates und der Kirche scharfe Grenzen <sup>(46)</sup>.

Wollte der rein abstrahierend-begrifflich orientierte Positivismus die Kirchen in einen allgemeinen Begriff der Körperschaft des öffentlichen Rechts integrieren, so mußte er den öffentlich-rechtlichen Status der Kirche und der Körperschaft des öffentlichen Rechts nicht aus der Kirche selbst — insbesondere ihren Aufgaben — sondern allein aus ihrem Verhältnis zum Staat erklären und die innere Struktur der öffentlichen Körperschaft und die Besonderheiten ihrer Aufgaben völlig vernachlässigen <sup>(47)</sup>.

<sup>(43)</sup> Anm. 41, S. 134 ff.

<sup>(44)</sup> Anm. 32, S. 1 f., 243 f. einerseits sowie ebda. S. 617 f. und Bd. I, 2. Aufl., 1914, S. 89 f.

<sup>(45)</sup> Sehr präzise so: O. MAYER (Anm. 32), S. 619; ähnl. HAENEL (Anm. 41), S. 138 f.

<sup>(46)</sup> Vgl. LUXENBURGER, *Die Religionsgesellschaften als Körperschaften des öffentlichen Rechts*, Diss. jur. Münster 1926, S. 14 f., 72 ff.; FORSTHOFF, *Die öffentliche Körperschaft im Bundesstaat*, 1931, S. 49; H. WEBER, *Die Religionsgemeinschaften als Körperschaften des öffentlichen Rechts im System des GG 1966*, insbes. S. 51 f., 91 ff.; BIEBACK (Anm. 8), S. 163 f., 166 f., 180 f., 196, 422 ff.

<sup>(47)</sup> JELLINEK, *System der subjektiven Rechte* (Anm. 33), S. 272 f.; FRIEDBERG,

Die Sonderstellung der Kirchen wird dennoch allmählich anerkannt <sup>(48)</sup>, so daß allgemein vertreten wird, daß sich der Begriff der öffentlichen Körperschaft auf die besondere, meist öffentlich-privilegierte Sonderstellung im weltlichen Recht beschränkt, ansonsten aber mit dem allgemeinen Begriff der Körperschaft des öffentlichen Rechts nichts gemein hat <sup>(49)</sup>.

## 2. Die Zeit der 1. Demokratie der Weimarer Reichsverfassung.

Im und nach dem ersten Weltkrieg sind noch zahlreiche neue Körperschaften des öffentlichen Rechts bzw. Sonderformen zur Lenkung der Wirtschaft geschaffen worden <sup>(50)</sup>, die jedoch nur im Bereich der Stahl- und Kaliwirtschaft das Kriegsende überlebten. Daneben entstanden in und nach dem ersten Weltkrieg, insbesondere auch in der Phase der Nationalisierungen, so zahlreiche Formen von privaten Lenkungs- und öffentlichen Zwangsverbänden sowie öffentlichen Unternehmungen, daß diese kaum noch rechtsdogmatische einheitlich begrifflich analysiert werden konnten und sich für sie die Sammelbezeichnung « wirtschaftliche Selbstverwaltung » einbürgerte <sup>(51)</sup>. Ansonsten wurde der traditionelle Bestand der Körperschaften des öffentlichen Rechts weder in der inneren Struktur noch in der Art der Aufgabenerledigung entscheidend weiterentwickelt. Auch die rechtswissenschaftliche

---

*Lehrbuch des katholischen und evangelischen Kirchenrechts*, 6. Aufl., 1909, S. 115; A. L. RICHTER, *Lehrbuch des katholischen und evangelischen Kirchenrechts*, 8. Aufl., 1886, S. 321 ff.

<sup>(48)</sup> Wegweisend KAHL, *Lehrsystem des Kirchenrechts und der Kirchenpolitik*, 1894, S. 332 f.

<sup>(49)</sup> SMEND, *Grundsätzliche Bemerkungen zum Korporationsstatus der Kirchen*, in *Zeitschrift für evgl. Kirchenrecht*, 1971, S. 241 f., 244; H. WEBER (Anm. 46), S. 108 ff. Neuerdings SCHEUNER, in *Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. I, 1974, S. 72 ff.; FRIESENHAHN, ebda, S. 545 ff.; MEYER-TESCHENDORF, *Der Körperschaftsstatus der Kirchen*, in *AÖR* 103 (1978), S. 289 ff.

<sup>(50)</sup> Vgl. W. WEBER (Anm. 23), S. 147 ff.; VOIGT, *Die Selbstverwaltung als Rechtsbegriff und juristische Erscheinung*, 1938, S. 64 ff.; GLUM, *Selbstverwaltung der Wirtschaft*, 1924, S. 22, 94 ff.

<sup>(51)</sup> Zu ihr Voigt und Glum ebda: sowie GIESEKE, *Wirtschaftliche Selbstverwaltung als juristischer Begriff*, in *Recht und Wirtschaft*, 1921, S. 245 f.



Literatur beharrte weitgehend auf dem Stand der Begriffsbildung des Positivismus <sup>(52)</sup>.

a) Der Funktionsmodus der Körperschaft des öffentlichen Rechts hat sich auch in der Weimarer Republik nicht wesentlich geändert. Dagegen stellte die Weimarer Reichsverfassung für die Legitimationsstruktur der Körperschaften des öffentlichen Rechts, speziell für die der Interessen- und Aufsichtskörperschaften, neue Herausforderungen an den Legitimations- sowie an den Funktionsmodus, die auch unter der Geltung des Grundgesetzes nichts an Aktualität verloren haben.

aa) Der Legitimationsmodus der Gemeinden wurde sofort nach der Revolution an die neue Verfassung angeglichen, indem das allgemeine, gleiche, freie und geheime Wahlrecht und in fast allen Gemeindeordnungen, die nach 1921 erlassen wurden, zudem einige Formen unmittelbarer, direkt-demokratischer Mitwirkung der Gemeindebürger eingeführt wurden (Gemeindeentscheid und Abberufung von Mandatsträgern) <sup>(53)</sup>.

bb) Die Wirtschafts- und Sozialverfassung der Weimarer Republik <sup>(54)</sup> war entscheidend geprägt worden durch das sog. November- oder Stinnes/Legien-Abkommen zwischen den Spitzenverbänden der Gewerkschaften und der Arbeitgeber <sup>(55)</sup>. Die in diesem Abkommen mit dem Tarifvertragssystem, der betrieblichen Mitbestimmung und der gleichberechtigten Teilhabe in der Sozialversicherung festgelegte *kooperative, paritätische soziale Selbstverwaltung* fand auch durchgängig Eingang in die Regelungen der

---

<sup>(52)</sup> Als Überblick: ENDRÖS, *Die Entstehung des Begriffs der Körperschaft des öffentlichen Rechts*, Diss. München, 1938 (1956).

<sup>(53)</sup> Vgl. zum Gemeindeverfassungsrecht der Weimarer Republik: REBENITSCH, *Die Selbstverwaltung in der Weimarer Zeit*, in *Handbuch ...* (Anm. 23), S. 87 ff. Zur direkten Bürgerbeteiligung vgl. Anlage I, S. 195 ff. bei KÜHNE-MEISSNER, *Züge unmittelbarer Demokratie in der Gemeindeverfassung*, 1977.

<sup>(54)</sup> Allgem. zu ihr und zum folgenden: PRELLER, *Sozialpolitik in der Weimarer Republik*, 1949 (1978), S. 170 ff., 226 ff.; HARTWICH, *Arbeitsmarkt, Verbände und Staat 1918-1933*, 1967.

<sup>(55)</sup> Speziell zum Verhältnis von Gewerkschaften und Sozialpolitik in der Weimarer Republik: H. MOMMSEN, *Staatliche Sozialpolitik und gewerkschaftliche Strategie in der Weimarer Republik*, in BORS DORF u.a. (Hrsg.), *Gewerkschaftliche Politik: Reform aus Solidarität*, 1977, S. 61 ff.

Wirtschafts- und Sozialordnung der Weimarer Reichsverfassung (Art. 156, 159, 161) und sollte gemäß Art. 165 WRV sogar zentrales Element einer neuen Wirtschaftsordnung werden.

Schon unter normativen Aspekten mußte deshalb der überkommene Legitimationsmodus der Kammern überholt erscheinen, da in ihnen nur die selbständigen Unternehmer bzw. Vertreter der Leitungsorgane der Unternehmen, nicht aber die Arbeitnehmer vertreten waren, diese öffentlichen Körperschaften dennoch aber weiterhin die Interessen *des* Handwerks, *der* Industrie etc. artikulieren sollten. Noch stärker war diese Diskrepanz in sozio-ökonomischer Hinsicht, als seit der Entstehung des Kammerwesens zu Beginn des 19. Jahrhunderts nicht mehr der allein- oder selbstleitende und (mit-) arbeitende Prinzipal, sondern das arbeitsteilig organisierte Unternehmen mit zahlreichen abhängig Beschäftigten und damit mit unterschiedlichen divergierenden Interessenstrukturen das typische Mitglied der Kammern geworden war. Wenn dieser Prozeß für die Industrie- und Handelskammern schon vor dem ersten Weltkrieg weit vorangeschritten war, hat er erst nach dem zweiten Weltkrieg das Handwerk voll erfaßt <sup>(56)</sup>.

In den berufsständischen Kammern der Ärzte, Rechtsanwälte, Architekten, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer ist diese Entwicklung noch voll im Gange. Hier wirft sie aber nicht so gravierende, strukturelle Probleme auf, da Anknüpfungspunkt der Körperschaftsmitgliedschaft nicht das « Gewerbe », sondern die persönliche qualifizierte Tätigkeit ist. Deshalb sind auch abhängig beschäftigte Ärzte, Rechtsanwälte etc. Mitglieder der Kammern <sup>(57)</sup>, so daß sich die unterschiedliche Interessenlage zwischen abhängig Beschäftigten und selbständigen « Standesmitgliedern » artikulieren kann <sup>(58)</sup>. Zum Problem werden hier deshalb die sonstigen,

<sup>(56)</sup> Vgl. hierzu: HOFFMANN-RIEM, *Interessenzuordnung im Handwerk*, 1980, S. 33-61.

<sup>(57)</sup> Vgl. z.B. für Rechtsanwälte § 60 BRAO; für Wirtschaftsprüfer Wirtschaftsprüferordnung v. 5.II.1975, § 58.

<sup>(58)</sup> Daß in der Realität die Selbständigen eine starke, überproportionale Vorrangstellung haben können, zeigen die Untersuchungen von NASCHOLD, *Kassenärzte und Krankenversicherungsreform*, 1967, und RAUSKOLB, *Lobby in Weiß, Struktur und Politik der Ärzteverbände*, 1976.

nicht standesgemäß qualifizierten abhängig Beschäftigten, die zum Teil schon wesentliche Funktionen der berufsständischen Tätigkeit ausüben.

Rechts- und verfassungspolitisch ist dieses Problem einer disproportionalen Repräsentationsstruktur und Interessenartikulation der Kammern verschieden lösbar, und dementsprechend geschwankt hat auch die Politik der Interessenvertretung der betroffenen abhängig Beschäftigten, der Gewerkschaften <sup>(59)</sup> - was nicht zuletzt zur mangelnden Durchsetzung dieser Reformvorschläge beigetragen haben mag. Einerseits können die Organe der traditionellen Kammern um Vertreter der Arbeitnehmer ergänzt werden, so z.B. die Forderung der SPD nach sog. Gewerbekammern im 19. Jahrhundert. Andererseits können öffentlich-rechtliche Alternativorganisationen, sog. Arbeitskammern, gegründet werden (so die Forderungen der SPD und der Gewerkschaften in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts) und schließlich können die bestehenden Kammern (evtl. im Verbund mit Arbeitskammern) von einem paritätisch strukturierten System von Wirtschafts- und Sozialräten vollständig bzw. weitgehend abgelöst werden (so die Forderungen der Gewerkschaften schon in der Weimarer Republik und seit 1950).

b) Zwar hatte die Weimarer Reichsverfassung in mehreren Artikeln die Eigenständigkeit der Körperschaft des öffentlichen Rechts gewährleistet (Art. 127 Gemeinde, Art. 142 Universität, Art. 156 und 165 Selbstverwaltung der Wirtschaft, Art. 161 Mitwirkung der Versicherten in der Sozialversicherung). Aber die Diskrepanz zwischen dem Legitimationsmodus staatlicher und körperschaftlicher Verwaltung war nunmehr entfallen. Da die Körperschaft des öffentlichen Rechts im Gegensatz zur Staatsverwaltung auch keinen neuen, eigenständigen Funktionsmodus entwickelte, hatte ihre Selbständigkeit keine materielle politische Basis, sondern war eher eine Frage der zweckmäßigen Gestaltung der öffentlichen Verwaltung im Spannungsfeld zwischen Zentralisation und Dezentralisation.

---

<sup>(59)</sup> FEIG, Art. *Arbeitskammern*, in *Handwörterbuch der Staatswissenschaften*, 4. Aufl., Bd. 1, 1923, S. 746 f.; SCHNEIDER-KUDA, *Mitbestimmung*, 1969, 79 ff., 149 ff., 212 ff.

Deshalb verlor die Eigenart der Körperschaft des öffentlichen Rechts, ihre Verbindung von demokratischer Struktur und selbständiger Wahrnehmung öffentlicher Verwaltung, an aktueller politischer wie auch begrifflich-dogmatischer Relevanz. Die interne Ausdifferenzierung der Verwaltung und ihre demokratische Organisation wurden deshalb stärker unter dem Begriff «Selbstverwaltung» mit rechtspolitischen Akzenten diskutiert, wobei die Körperschaft jetzt gerade auch die Funktion haben sollte, Minderheitenschutz gegen die Auswüchse der Demokratie zu gewährleisten <sup>(60)</sup>.

b) Voll ins rechtspolitische wie rechtsdogmatische Bewußtsein trat die Besonderheit der Körperschaft des öffentlichen Rechts und der öffentlichen Selbstverwaltung erst wieder, als gegen Ende der Weimarer Republik der Zentralstaat zunehmend direkt auf die Körperschaften des öffentlichen Rechts der Länder durchgriff und ihre Eigenständigkeit zu zerstören drohte. Dieses Problem ist von Forsthoff <sup>(61)</sup> analysiert worden, der zugleich die Körperschaft des öffentlichen Rechts verfassungshistorisch und -politisch einordnete: Da die Körperschaft des öffentlichen Rechts im 19. Jahrhundert aus dem Gegensatz von Staat und Gesellschaft entstanden, dieser Gegensatz aber nach Ansicht Forsthoffs (und in Anlehnung an Theoreme C. Schmitts) in der bürgerlichen Demokratie der Weimarer Republik aufgehoben sei, verlöre auch die Körperschaft des öffentlichen Rechts an notwendiger Daseinsberechtigung. Ist auch der historische Ansatz der Analyse zu korrigieren, als die Körperschaft des öffentlichen Rechts eher Prototyp für den fehlenden Antagonismus zwischen Staat und Gesellschaft im 19. Jahrhundert und eher Produkt des Staatsinterventionismus ist <sup>(62)</sup>, so trifft die Diagnose dennoch einen wesentlichen Punkt: Die Möglichkeit des Zentralstaates, fast beliebig Zugriff auf die Körperschaft des öffentlichen Rechts zu

---

<sup>(60)</sup> PETERS, *Grenzen der kommunalen Selbstverwaltung in Preußen*, 1926, passim, insbes. S. 43 f.; DERS., *Zentralisation und Dezentralisation*, 1928, S. 26 ff.

<sup>(61)</sup> Siehe Anm. 46, S. 130 ff. besonders hinsichtlich der Gemeinden; DERS., *Krise der Gemeindeverwaltung*, 1932.

<sup>(62)</sup> Vgl. die Diskussion der Thesen Forsthoffs bei BIEBACK (Anm. 8), S. 60 ff., 358 f.

nehmen. Die Analysen von Forsthoff sowie die von Peters <sup>(63)</sup> und Köttgen <sup>(64)</sup> über den Niedergang der kommunalen Selbstverwaltung in der Weimarer Republik haben auch auf diesem Gebiet den allmählichen Übergang in das Verfassungs- und Verwaltungsrechtssystem der NS-Zeit deutlich gemacht. Andererseits haben sie die starke instrumentelle, verwaltungsorganisatorische Funktion der Körperschaft des öffentlichen Rechts betont.

### 3. Die Zeit des Nationalsozialismus.

Der Nationalsozialismus ließ die Zahl der öffentlich-rechtlichen Körperschaften ungeheuer anschwellen. Mit dem Führerprinzip und der umfassenden staatlichen Aufsicht sowie den sog. Leitungsverbänden <sup>(65)</sup> wurde die Mitwirkungsmöglichkeit der Mitglieder starkt beschränkt und die Körperschaft weitgehend staatlich gebunden. Die Körperschaft des öffentlichen Rechts diente dazu, gesellschaftliche Lebensbereiche zu disziplinieren <sup>(66)</sup>. Gerade die Eigenschaft der Körperschaft des öffentlichen Rechts, die Mitglieder direkter und unmittelbarer in ihrem sozialen Status und ihren Interessen zu erfassen und zugleich politisch an die Staatsverwaltung zu binden, machte sie zum organisatorisch-ideologischen Grundmuster einer «ständischen Ordnung» in den Gemeinden, der Wirtschaft und der Kultur <sup>(67)</sup>.

<sup>(63)</sup> Siehe oben Anm. 60.

<sup>(64)</sup> KÖTTGEN, *Krise der kommunalen Selbstverwaltung*, 1931. Vgl. auch MEß, *Gemeindedämmerung*, 1932. Für die zahlreichen Staatseingriffe bei den Körperschaften der Sozialversicherung siehe TENNSTEDT (Anm. 21), S. 125 ff.; PRELLER (Anm. 54), S. 418 f., 459 ff.

<sup>(65)</sup> Allgem. hierzu KÖTTGEN (Anm. 64), S. 48 f.; BROHM, *Strukturen der Wirtschaftsverwaltung*, 1969, S. 87 ff.; W. WEBER, *Die Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts*, 2. Aufl., 1943, S. 20 ff.; DERS., *Der nicht staatsunmittelbare öffentliche Organisationsbereich*, in *Juristen-Jahrbuch*, Bd. 8, 1967-8, S. 137 ff., 144 f. Zum Führerprinzip RICHTER, *Führertum und Selbstverwaltung*, in *AÖR* 26 (1935), S. 189 f.; VOIGT (Anm. 50), S. 222 f. Zur völlig heterogenen Struktur der «Selbstverwaltung der Wirtschaft» in der NS-Zeit: BARTH, *Wesen und Aufgaben der Organisationen der gewerblichen Wirtschaft*, 1939; HEDEMANN, *Deutsches Wirtschaftsrecht*, 1939, S. 182 ff.

<sup>(66)</sup> Allgem. vgl. W. WEBER (Anm. 23), S. 31, 148 f.

<sup>(67)</sup> Ausgeprägt z.B. E. R. HUBER, *Verfassungsrecht des großdeutschen Reiches*, 2. Aufl., 1939, S. 457 ff.

Diese Inflation der Körperschaften des öffentlichen Rechts einerseits, die Gleichschaltung ihrer inneren Struktur und ihre rigide Unterordnung unter den autoritären Führerstaat andererseits machten jene Tendenz deutlich, die schon in der Endphase der Weimarer Republik eingeleitet worden war: Den stark instrumentellen Charakter der Institution der Körperschaft des öffentlichen Rechts. Es war gerade auch dieser Umstand und nicht allein die Überwindung der methodischen Ausrichtung des staatsrechtlichen Positivismus, die zu neuen, stärker funktionalen und institutionellen Analysen der innerstaatlichen öffentlich-rechtlichen Verwaltungsträger führten. Tendenzen, das überkommene begriffliche Repertoire, insbesondere den Begriff der juristischen Person des öffentlichen Rechts, auszumerzen <sup>(68)</sup>, konnten sich nicht durchsetzen.

Köttgen faßte 1939 die ausufernde Anzahl der öffentlichrechtlichen Organisationen unter den Begriff der «rechtsfähigen Verwaltungseinheit» zusammen. Zwar lehnte er den Begriff der juristischen Person ab, sah aber andererseits in der Rechtsfähigkeit ein Mittel, eine schon vorhandene selbständige «organisatorische Einheit» zu konsolidieren <sup>(69)</sup>. Wie Köttgen, so bemühte sich auch W. Weber, einen einheitlichen Begriff der Körperschaft des öffentlichen Rechts zu bilden. Das öffentlich-rechtliche Moment sah er darin, daß der Verband einem staatlichen Sonderrecht unterstellt wurde; entscheidend war für ihn die (formale) Eingliederung in den staatlichen Bereich, die er als einen komplexen öffentlichrechtlichen Status umschrieb <sup>(70)</sup>. Wurde hierdurch zwar die weitgehende Einverleibung der Körperschaften des öffentlichen Rechts in den Zentralstaat rechtlich eingefangen, so bildete dies aber auch einen Ansatz dafür, das Verhältnis zwischen Körper-

---

<sup>(68)</sup> Gegen den Begriff der juristischen Person als einem liberalen Relikt z.B.: NEESE, *Der Streit um den Begriff der juristischen Person*, in *Reichsverwaltungsblatt*, 1936, S. 393 ff.; HÖHN, *Deutsche Rechtswissenschaft*, 1938, S. 334 f. Für eine Beibehaltung dieses Begriffs zur Kennzeichnung eines rechtstechnischen Ordnungsinstruments: W. WEBER, *Körperschaften ...* (Anm. 65), S. 12-13.

<sup>(69)</sup> Siehe Anm. 64, S. 6 ff.

<sup>(70)</sup> Siehe Anm. 68, S. 2, 10 und *passim*. Vor W. WEBER bemühte sich vor allem KEMPERMANN, *Der Inhaltswandel der öffentlichen Körperschaft*, Diss. jur. Bonn 1936, um begriffliche Klärung.

schaft und Zentralstaat wieder stärker in rechtliche Formen zu fassen und die verbliebene organisatorische Selbständigkeit rechtsstaatlich abzusichern.

#### 4. Die Zeit nach 1945.

Nach 1945 wurden die Leitungsverbände der NS-Zeit beseitigt und bei allen Körperschaften des öffentlichen Rechts der bestimmende Einfluß der Mitglieder wieder hergestellt. Damit ist zwar — entsprechend der Verfassungsstruktur — der genuin demokratisch-mitgliedschaftliche Legitimationsmodus der Körperschaft des öffentlichen Rechts wieder etabliert worden. Aber darüber hinaus wurden für keines der tradierten Probleme der Körperschaft des öffentlichen Rechts entscheidend neue strukturelle Lösungen gefunden: Weder wurden die Ansätze zu einem grundlegenden allgemeinen sozialstaatlichen Teilhabemodus öffentlicher Verwaltung innerhalb der Leistungskörperschaften selbst ausgebaut (a, b), noch wurde die disproportionale Repräsentationsstruktur und Interessenartikulation der Interessen- und Aufsichtskörperschaften geändert (c).

a) Der im Sozialversicherungsrecht mit der RVO von 1910 begonnene, dort und bei den übrigen Körperschaften vor allem in der Weimarer Republik und — wenn auch unter anderen Vorzeichen — in der NS-Zeit vorangetriebene *Angleichungs- und Integrationsprozeß der Körperschaften des öffentlichen Rechts an und in die Staatsverwaltung*, hat auch in der Bundesrepublik nichts an seiner Dynamik verloren <sup>(71)</sup>.

Das Beamtenrecht einschließlich des Personalvertretungsrechts gilt voll für alle Körperschaften des öffentlichen Rechts mit Dienstherrenfähigkeit (§ 121 BRRG). Darüber hinaus ist durch das zweite Besoldungsvereinheitlichungs- und Neuregelungsgesetz von 1975 und auf seiner Basis in zahlreichen Ländern das gesamte Besoldungsrecht der öffentlichen Körperschaften, also auch das für die Arbeiter und Angestellten, in einem Ausmaß vereinheit-

---

<sup>(71)</sup> Die erste Phase hat noch W. WEBER, *Juristen Jahrbuch* (Anm. 65), S. 152 f. charakterisieren können.

licht worden, das erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken aufwirft<sup>(72)</sup>.

Die Reform der Finanzverfassung nach 1966/67 hat die traditionell bestehende Integration der Körperschaften des öffentlichen Rechts in die staatliche Regelung des Haushaltsrechts und die staatliche Haushaltskontrolle erheblich verstärkt. Zwar wurde die finanzielle Basis der kommunalen Gebietskörperschaften erweitert, andererseits wurde jedoch das gesamte finanzielle Gebaren der Körperschaften des öffentlichen Rechts der staatlichen Fiskalpolitik unterstellt (Art. 109 Abs. 4 GG, §§ 48 HGrG, 105 BHO, §§ 16, 18 ff, 30 Abs. 1, 2 StabG)<sup>(73)</sup>. Auch haben vor allem die Gemeinden, Universitäten und Körperschaften der Sozialversicherung angesichts der Knappheit der öffentlichen Finanzen einerseits und der weitgehenden zentralstaatlich-gesetzlich vorgeschriebenen und reglementierten Aufgaben andererseits kaum finanzielle Spielräume, um noch eigene Initiativen finanzieren zu können.

Die Verwaltungsverfahrensgesetze des Bundes und der Länder schaffen nicht nur ein auch für die Körperschaften des öffentlichen Rechts einheitlich geltendes Verfahrensrecht, sondern sie haben auch die z.B. für den Bereich der Sozialversicherung geltenden traditionsreichen Besonderheiten bis auf wenige Reste beseitigt<sup>(74)</sup>. Auch das Staatshaftungsrecht gilt für den gesamten Bereich der öffentlichen Verwaltung.

Schließlich nimmt die eingehende zentralstaatliche Normierung und Reglementierung der Aufgaben bei allen Körperschaften des

---

<sup>(72)</sup> Vgl. BIEBACK, *Staatliches Besoldungsangleichungsrecht und die Arbeitsvertragsfreiheit öffentlicher Bediensteter*, in *Zeitschrift für Arbeitsrecht* 1979, S. 453 ff.; DERS., *Verfassungsrechtliche Probleme der Vereinheitlichung der Besoldung der Angestellten und Arbeiter der Sozialversicherungsträger*, in *Vierteljahresschrift für Sozialrecht* 1979, S. III ff.

<sup>(73)</sup> Vgl. z.B. die Kommentierung zu §§ 16 ff. Stabilitätsgesetz bei STERN-MÜNCH-HANSMAYER, *Stabilitätsgesetz*, 2. Aufl., 1972, dort insbes. Anm. I, § 16 zur Einbeziehung der Gemeinden.

<sup>(74)</sup> KRASNEY, *Zur Neuregelung der Rücknahme rechtswidriger Leistungsbescheide der Sozialversicherung ...*, in *Soziale Sicherheit* 1978, S. 367 ff.; MEYER, *Verwaltungsverfahren und Sozialgesetzbuch*, in *NJW* 1979, S. 105 ff.; ULE, *Das Verwaltungsverfahren im Sozialgesetzbuch*, in *Vierteljahresschrift für Sozialrecht* 1980, S. 284 ff.



öffentlichen Rechts erheblich zu, so daß die Reduktion der Staatsaufsicht auf Rechtsaufsicht und gerichtliche Kontrolle nur scheinbar mehr Spielraum beläßt, jedoch eine intensive externe Beeinflussung ermöglicht. Bei den Gemeinden wächst die Belastung mit Auftragsangelegenheiten, bei denen sie nur noch Vollstrecker vorgegebener staatlicher Detailregelungen sind <sup>(75)</sup>.

Allerdings bleibt die Form dieser Einbindung von der der NS-Zeit wesentlich unterschieden: Sie geschieht in der Regel durch generelle Rahmenregelungen und überschreitet nicht die Grenzen zur Fachaufsicht. Da sie aber wichtige Ressourcen und Steuerungselemente einer jeden Organisation — Personal, Programm, Verfahren und Finanzen — beeinflußt, reduziert sich die Eigenständigkeit der körperschaftlichen Verwaltung darauf, bei weitgehend fremden Vorgaben nur noch minimale Spielräume bei der Ausführung der Aufgaben und der Personalverwaltung auszufüllen, und verbleibt nur noch in wenigen Angelegenheiten echte Eigeninitiative.

b) Diese verstärkte Eingliederung der Körperschaften des öffentlichen Rechts in das allgemeine System zentralstaatlicher Verwaltung hat die Voraussetzungen für einen stärker partizipatorischen Verwaltungsmodus der öffentlichen Körperschaften zwar nicht verbessert, aber es gibt dennoch zahlreiche, sehr differenzierte *Ansätze zu einem neuen Funktionsmodus*. Dies kann im folgenden nur an einigen Beispielen verdeutlicht werden.

aa) In der *Sozialversicherung* erhielten die Mitglieder durch das Selbstverwaltungsgesetz von 1951, dann durch die Reformen von 1967 und 1974 und schließlich durch das Sozialgesetzbuch Teil IV von 1976 <sup>(76)</sup> mehr Möglichkeiten, die Verwaltungsführung zu beeinflussen. So wurde die Wahl zu den Vertretungsorganen attraktiver ausgestaltet, die Staatsaufsicht durchgängig auf die Rechtsaufsicht beschränkt <sup>(77)</sup>, das ehrenamtliche Element gegen-

---

<sup>(75)</sup> SCHMIDT-JORTZIG, *Probleme der kommunalen Fremdverwaltung*, in *DÖV* 1981, S. 393 ff.; BT-Drucks. 9/943, Antwort der Bundesregierung zur « Lage der Städte, Gemeinden und Kreise ».

<sup>(76)</sup> Vgl. hierzu und zum Reformprozeß: Selbstverwaltungsbericht der Bundesregierung, BT-Drucks. 7/4244.

<sup>(77)</sup> Zu früheren Kontroversen vgl. W. WEBER und SALZWEDEL, *Die Selbst-*

über dem traditionell stark dominierenden hauptamtlichen Element verstärkt und die Verwaltung zum Teil bürgernäher (Versichertenälteste).

Dennoch bleibt hier der bürokratisch-hoheitliche, mitgliederferne Funktionsmodus durchgängig dominant. Dies wird allerdings nunmehr zunehmend Gegenstand der rechts- und sozialwissenschaftlichen Kritik <sup>(78)</sup>. Die Ursachen dieses Defizits an aktiver Selbstverwaltung sind zahlreich:

— Der mit der RVO von 1910 unter ganz anderen politischen Vorzeichen begonnene Prozeß, die Handlungsspielräume der Selbstverwaltung zu vereinheitlichen und zu reglementieren <sup>(79)</sup>;

— die Wahl zu den Selbstverwaltungsorganen findet nur geringes Interesse bei den Mitgliedern;

— bei der Wahl stehen kaum alternative, inhaltliche sozialpolitische Konzepte zur Entscheidung;

— die Pattsituation zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern in den Selbstverwaltungsorganen verhindert eigenständige sozialpolitische Initiativen;

— der Verwaltungsapparat ist so umfangreich, daß er von den gewählten Repräsentanten in den Leitungsgremien kaum effektiv kontrolliert werden kann;

— die Bundesanstalt für Arbeit hat zwar entsprechend dem Konzept der aktiven Arbeitsmarktpolitik nach dem AFG von 1969 erhebliche Handlungsspielräume, die jedoch durch die direkte staatliche Beteiligung in der Selbstverwaltung und durch zahlreiche staatliche Aufsichts- und Genehmigungsvorbehalte staatlich eingebunden sind;

— während bei den meisten Sozialversicherungsträgern das Schwergewicht der Leistungen bei den hochgradig formalisierten und bürokratisierbaren Zahlungen von Geldleistungen (Renten

---

*verwaltung in der Sozialversicherung*, Schriftenreihe des deutschen Sozialgerichtsverbandes, Bd. I, 1966, S. 27 ff., 50 ff.

<sup>(78)</sup> v. FERBER, *Sozialpolitik in der Wohlstandsgesellschaft*, 1967; DERS., *Soziale Selbstverwaltung - Fiktion oder Chance*, in BOGS-v. FERBER-INFAS, *Soziale Selbstverwaltung*, Bd. I, 1977, S. 97 ff.; STANDFEST u.a. (Anm. 21); TENNSTEDT, *Zur Ökonomisierung und Verrechtlichung in der Sozialpolitik*, in MURSWIECK (Hrsg.), *Staatliche Politik im Sozialsektor*, 1976, S. 139 ff.

<sup>(79)</sup> Vgl. v. FERBER 1967, TENNSTEDT in Anm. 78.

etc.) liegt (Renten- und Unfallversicherung), werden die Krankenkassen dadurch zu reinen Zahlstellen umgeformt, als ihnen mit dem Ausbau des kassenärztlichen Versorgungssystems seit 1955 die Möglichkeit genommen wird, selbst das Angebot an ambulanten medizinischen Leistungen zu beeinflussen. Dementsprechend wird es heute generell als ein Strukturmerkmal der Krankenversicherung angesehen, daß die Organisation der Versicherten selbst keine Leistungen direkt erbringen kann<sup>(80)</sup>. Bei der Ausfüllung und Festlegung der im Rahmen der RVO verbleibenden Spielräume haben die Spitzenverbände der Kassen und Kassenärzte seit der Weimarer Republik faktisch und seit 1934 auch rechtlich eine dominierende Stellung<sup>(81)</sup>.

Auf der anderen Seite wird heute zunehmend anerkannt<sup>(82)</sup>, daß eine wirksame Prävention und Teilung der versicherten Risiken, insbesondere der heute dominierenden psycho-sozial bedingten Krankheiten und allgemeinen Gesundheitsrisiken nur möglich ist, wenn die Mitglieder selbst ihre Gesundheitsinteressen beachten und Eigeninitiativen entwickeln. Auch kann ein Großteil der von der staatlichen Sozialpolitik abzudeckenden Risiken nicht durch monetären Leistungen, sondern eher durch personen- und konkret bedürfnisbezogene soziale Dienste befriedigt werden. Soziale Dienste sind aber nur dann effektiv zu erbringen, wenn der Klient an der Konzipierung und Abwicklung der Leistung partizipiert. Ein erster, allerdings stärker sozialfürsorgerischer Ansatz in diese Richtung ist der Ausbau der Informations- und Betreuungsdienste der Sozialversicherungsträger<sup>(83)</sup>, der gesetzlich insbesondere durch

---

<sup>(80)</sup> Zu den Ansätzen eigener Leistungseinrichtungen in der Weimarer Republik vgl. TENNSTEDT (Anm. 21), S. 150 ff.; zur Auseinandersetzung um die Selbstabgabestellen für Brillen vgl. BGH vom 18.12.1981, in *Der Betrieb* 1981, S. 1209 f.; ROHWER-KAHLMANN, LEIBRIED-TENNSTEDT, in *Zeitschrift für Sozialreform* 1980, S. 92 ff., 197 ff., 695 ff. m.w.N.

<sup>(81)</sup> Vgl. TENNSTEDT (Anm. 21), S. 211 ff.

<sup>(82)</sup> BADURA-GROSS, *Sozialpolitische Perspektiven*, 1976; v. FERBER, *Selbstverwaltung ...* (Anm. 78), S. 134 ff.

<sup>(83)</sup> Zu sozialen Diensten der Krankenkassen: EICHNER-NEUHAUS, *Soziale Dienste der Krankenkassen*, 1976; zur bürgernahen, regionalen Arbeitsmarktpolitik: BLANKENBURG-KRAUTKRÄMER, in *Archiv für Kommunalwissenschaften* 1979, S. 61 ff.

§§ 13-15 SGB-AT von 1975 flankiert wurde. Organisatorisch selbständige Eigeninitiativen der Versicherten gibt es vor allem erst in Form der ständig wachsenden «Selbsthilfegruppen» Arbeitsloser und Kranker <sup>(84)</sup>.

bb) Auch die *Gemeinden* unterliegen den gleichen Restriktionen, obwohl ihre Finanzausstattung mit der Gemeindefinanzreform von 1969 und ihre Verwaltungskraft durch die in allen Ländern seit ca. 1960 durchgeführte Gemeindeverwaltungsreform gewachsen ist <sup>(85)</sup>. Zudem ergaben empirische Untersuchungen, daß die Bürger die vielfältigen und zum Teil sehr traditionsreichen Formen direkter demokratischer Beteiligungsmöglichkeiten in den Gemeinden kaum nutzen. Dies ist einerseits auf den geringen Handlungsspielraum der Gemeindeverwaltung und entsprechender Bürgerbeteiligung und andererseits auf die dominierenden bürokratisch-hoheitlichen Verwaltungsformen in der Gemeinde sowie mangelnde Informiertheit der Bürger zurückzuführen <sup>(86)</sup>.

In jenen regionalen Angelegenheiten, in denen die kommunalen Körperschaften meist noch gewisse Handlungsspielräume besitzen, haben sich jedoch in den letzten 15 Jahren zahlreiche Bürgerinitiativen gebildet. Ihre Aktivitäten konzentrieren sich vor allem auf Gebiete der sozialen und kulturellen Infrastruktur, der Verkehrs-, Bau- und Sanierungsplanung sowie der Industrieansiedlung <sup>(87)</sup>. Durch die Bürgerinitiativen wird deutlich, wie wenig echte Partizipationsmöglichkeiten Bürger innerhalb der kommunalen Verwaltung haben. Zugleich sind die Bürgerinitiativen neue Ansätze zu einer autonomen organisatorischen Befassung mit öffentlichen Angelegenheiten jenseits der traditionellen bürokratisch-hierarchischen Verwaltungs- und Verbandsstrukturen.

---

<sup>(84)</sup> Vgl. die Übersicht bei BRANDES, *Arbeitslosigkeit in der Bundesrepublik*, in BACKHAUS u.a. (Hrsg.), *Gesellschaft*, Bd. 10, 1977, S. 187 ff., 221 ff.; KICKBUSCH-TROJAN, *Gemeinsam sind wir stärker*, 1981; M. L. MOELLER, *Selbsthilfegruppen*, 1978; DERS., *Anders helfen. Fachleute und Selbsthilfegruppen arbeiten zusammen*, 1981.

<sup>(85)</sup> Vgl. den Überblick bei v. UNRUH, *Gemeinderecht*, in INGO VON MÜNCH, *Besonderes Verwaltungsrecht*, 6. Aufl., 1982, S. 99 ff., 113 ff., 176 ff., 186 f.

<sup>(86)</sup> V. KODOLITSCH, *Kommunale Beteiligungspolitik*, 1980, S. 75 ff., 93 ff.

<sup>(87)</sup> Vgl. den Überblick bei SCHUPPERT, *Bürgerinitiativen als Bürgerbeteiligung an staatlichen Entscheidungen*, in *AÖR* 102 (1979) S. 369 ff.

Daneben gibt es — meist außerhalb der eigentlichen Hoheitsverwaltung — gerade in der gemeindlichen Kultur-, Bildungs- und Sozialverwaltung selbst zahlreiche Ansätze im Zusammenwirken von professionellen Verwaltungsbediensteten und Bürgern, die Bürger stärker an der öffentlichen Verwaltung ihrer eigenen Angelegenheiten zu beteiligen <sup>(88)</sup>. Während die Bürgerinitiativen sich meist aus der Mittel- und vor allem der Oberschicht rekrutieren, können diese kommunalen Initiativen auch Bürger unterer Bevölkerungsschichten aktivieren.

cc) Ansätze zur Veränderung des Funktionsmodus staatlicher Leistungsverwaltung durch die Organisation in Körperschaften des öffentlichen Rechts sind vor allem im *Bildungsbereich* zu sehen.

Mit den Reformen ab 1966/67 ist bei der Universität die vorher zum Teil noch staatliche Sach- und Personalverwaltung in die körperschaftliche Selbstverwaltung integriert und sind die Beteiligungsrechte der anderen Gruppen der Universität in sehr unterschiedlichem, zum Teil sehr schwankendem Maße erweitert worden. Da die Universitäten in sich noch in überschaubare Einheiten unterteilt sind, bieten sie zahlreiche Ansätze direkter Partizipation. Jedoch wird auch diese Entwicklung durch gegenläufige Tendenzen gehemmt. Die staatliche (Fach-)aufsicht und die zentralstaatliche Angleichung der Ausbildungsbedingungen (Zulassungsregelungen, bundesweite Studienreform) haben ein bisher nicht gekanntes Ausmaß erreicht <sup>(89)</sup>.

In den Schulen sind zwar die Mitwirkungsmöglichkeiten der Lehrer, Schüler und Eltern erweitert worden <sup>(90)</sup>, aber nicht in

---

<sup>(88)</sup> Vgl. die Beiträge zur kommunalen, bürgernahen Kultur- und Sozialverwaltung in *Starke Städte, lebendige Demokratie*, Neue Schriften des dt. Städtetages, Bd. 38, 1979, S. 253 ff., 279 ff.

<sup>(89)</sup> Dazu in letzter Zeit: SIEKMANN, *Zusammenwirken von Staat und Hochschule bei der Besetzung von Lehrstühlen*, in *DÖV* 1979, S. 82 ff.; DERS., *Die Bestimmung der akademischen Lehre durch hochschulfremde Einrichtungen*, 1978; H.-W. ARNDT, *Studienreform und Studienreformkommission*, in *WissR* 1979, S. 213 ff.

<sup>(90)</sup> Vgl. den Überblick bei NEVERMANN, *Grundzüge des Schulverfassungsrechts*, in NEVERMANN-RICHTER (Hrsg.), *Von der Schulanstalt zur Lehrerschule*, 1976, S. 196 f., 212 ff.; L.-R. REUTER, in R. VOIGT (Hrsg.), *Verrechtlichung*, 1980, S. 116 ff.

dem Maße, um den anstaltlichen Charakter der Schule grundlegend zu ändern, zumal auch hier mit der zunehmenden Verrechtlichung die zentrale staatliche Lenkung eher noch gewachsen ist <sup>(91)</sup>.

dd) Vor allem aber nehmen jene freieren Formen der Integration gesellschaftlicher Gruppen in die Staatsverwaltung (Beiräte, Beteiligung von Interessenverbänden in den Leitungsgremien staatlicher Behörden und Anstalten etc.), wie die Instrumentalisierung privater Vereine zu Verwaltungsträgern in einem so starken Ausmaß zu <sup>(92)</sup>, daß die Körperschaft des öffentlichen Rechts allenfalls noch eine unter vielen Formen der Integration gesellschaftlicher Interessen in die Staatsverwaltung ist. Gerade deshalb ist es notwendig, die besondere Funktion der Körperschaft des öffentlichen Rechts im Verhältnis zu diesen neuen Formen öffentlicher Verwaltung zu bestimmen (s.u. III).

c) Bei den gewerblichen und berufsständischen Kammern wurde nur in den Handwerkskammern die Repräsentationsstruktur dadurch erweitert, daß bei einer Gruppe der abhängig Beschäftigten, den Gesellen, zu einem Drittel Vertreter in den Repräsentationsorganen gewährt wurden <sup>(93)</sup>.

## 5. Zusammenfassung.

Als Fazit dieses historischen Überblicks über die Entstehung und Entwicklung von Institution und Begriff der Körperschaft des öffentlichen Rechts läßt sich festhalten:

a) Wie spätestens seit den Arbeiten von Köttgen und W. Weber deutlich geworden ist, ist die Körperschaft des öffentlichen

---

<sup>(91)</sup> Zum Prozeß der Verrechtlichung vgl. L.-R. REUTER (Anm. 90) sowie LAASER, *Die Verrechtlichung des Schulwesens*, in *Bildung in der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. 2, 1980, S. 1343 ff.

<sup>(92)</sup> Eine Übersicht bei SCHUPPERT (Anm. 17), S. 93 ff., 117 ff.; F. MÜLLER-THOMA, *Der halbstaatliche Verein*, 1974, S. 12 ff.; B. BECKER, *Zentrale nicht-ministerielle Organisationseinheiten der unmittelbaren Bundesverwaltung*, in *Verwaltungsarchiv* 1978, S. 149 f. sowie die Beiträge von Dieckmann und Wagener, in F. WAGENER (Hrsg.), *Verselbständigung von Verwaltungsträgern*, 1976, S. 19 ff., 31 ff.

<sup>(93)</sup> Vgl. hierzu HOFFMANN-RIEM (Anm. 56), S. 33 ff. und PERNER (Anm. 6).

Rechts weitgehend durch die Staatsverwaltung instrumentalisiert, um im Kontext mit den zahlreichen anderen Formen selbständiger und partizipatorischer Verwaltung Verwaltungsziele zu verfolgen. Deshalb hat das *Merkmal der juristische Person* (Persönlichkeit) des öffentlichen Rechts keine essentielle, auf ein vorstaatliches Substrat verweisende, sondern nur eine rein rechtstechnische Bedeutung. Es ist eines von vielen anderen Elementen, die rechtlich-organisatorische Selbständigkeit von Verwaltungseinheiten abzusichern. Bestätigt wird dies durch die Herausarbeitung der grundsätzlichen *Relativität der Rechtsfähigkeit*, speziell derjenigen des öffentlichen Rechts. Die Rechtsfähigkeit öffentlich-rechtlicher Organisationseinheiten auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts ist keine vorgegebene, natürliche sondern eine geschaffene und jeweils gegenstands-/kompetenzgebundene und -begrenzte Eigenschaft einer öffentlich-rechtlichen Organisation <sup>(94)</sup>.

b) Die *Beziehung zum Staat* kann nicht mehr durch eines oder wenige Begriffselemente umschrieben werden. Sie ist einerseits stark durch die jeweilige Verfassungsstruktur bestimmt. Andererseits sind sowohl zur Zeit der konstitutionellen Monarchie wie — besonders nach den Erfahrungen der NS- Zeit — in der parlamentarischen Demokratie die interne, mitgliedschaftlich-demokratische Struktur wie die formal-organisatorische Einbindung in den vom (Zentral-)Staat weitgehend geordneten Bereich der öffentlichen Verwaltung konstituierende und gleichberechtigte Elemente der Erscheinung der Körperschaft des öffentlichen Rechts.

c) Die *interne, demokratisch-mitgliedschaftliche Struktur der Körperschaft des öffentlichen Rechts* hat im konstitutionellen Verfassungssystem ihre überragende Bedeutung dadurch, daß sie ein schlechthin alternatives *Legitimationsprinzip* zur staatlichen Exekutivgewalt darstellt. Auch wenn dieser Gegensatz zur Staatsverfassung mit der demokratischen Verfassung der Weimarer Republik entfiel, hätten die Körperschaften des öffentlichen Rechts in ihrem *Funktionsmodus* weiterhin eine Alternative zur Staatsver-

---

<sup>(94)</sup> Dazu BACHOF, *Teilrechtsfähige Verbände des öffentlichen Rechts*, in *AöR* 83 (1958), S. 208 f.; RUPP, *Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre*, 1965, S. 81 ff.; RUDOLF, *Verwaltungsorganisation*, in RICHSEN-MARTENS, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 5. Aufl., 1981, S. 536-7.

waltung bilden können, wenn sie im Gegensatz zur bürokratisch-hoheitlichen Staatsverwaltung stärker partizipative Elemente realisiert hätten. Erst in der Bundesrepublik haben sich hierfür einige Ansätze entwickelt. Zu ihnen gibt es aber starke gegenläufige Tendenzen.

d) Besonders die *Gemeinden und Leistungskörperschaften* verlieren weitgehend an individueller Besonderheit und Selbständigkeit. Hauptursachen sind einmal die extensive externe Steuerung durch den Staat, zum anderen die Angleichung der internen Strukturen an die Staatsverwaltung, indem sich auch bei diesen Körperschaften eine hauptamtliche, bürokratische Verwaltung herausbildet und überregional organisierte und orientierte Verbände die interne mitgliedschaftliche Willensbildung mediatisieren.

e) Zwar können die erheblich kleineren und mitgliedernahen *gewerblichen und berufsständischen Interessen- und Aufsichtskörperschaften* noch Formen direkter Partizipation der Mitglieder realisieren. Dies sichert aber nur in begrenztem Maße einen neuen Funktionsmodus, da die Repräsentativstruktur dieser Körperschaften weiterhin «ständisch» ist und an den einzelnen Gewerbetreibenden/Selbständigen anknüpft, ohne zu berücksichtigen, daß die Berufsausübung in diesem Bereich weitgehend auf abhängig Beschäftigte verlagert wird. Tendenziell wird damit dieser demokratisch-mitgliedschaftliche Verband wieder zum Herrschaftsverband.

f) Während die Körperschaft des öffentlichen Rechts seit dem Abschluß ihrer Entwicklung unter der konstitutionellen Monarchie gegen Ende des 19. Jahrhunderts weitgehend stagniert, haben sich sowohl bei den unselbständigen Verwaltungseinheiten wie bei den Anstalten und den öffentlich gesteuerten privaten Vereinen zahlreiche neue Formen der Partizipation der Bürger/Verbände an der Verwaltung herausgebildet, so daß erst eine eingehendere Analyse der Funktion dieser verschiedenen Formen zu klären vermag, ob der Körperschaft des öffentlichen Rechts heute überhaupt noch eine spezifische Bedeutung zukommt, oder ob sie nicht durch Anstalten mit Repräsentativstruktur, halbstaatliche Vereine oder Formen der Eigenorganisation der Bürger (Bürgerinitiativen etc.) im Verbund mit der traditionellen staatlichen Verwaltung ersetzbar ist.



## II. DIE GEGENWÄRTIGE FUNKTION DER KÖRPERSCHAFT DES ÖFFENTLICHEN RECHTS.

Angesichts ständigen Wachstums von Funktionen und Personal der öffentlichen Verwaltung und den dadurch bedingten Problemen organisatorischer Effizienz ist das Problem der verselbständigten Verwaltungsträger intensiver unter verwaltungswissenschaftlicher Perspektive untersucht worden<sup>(95)</sup>. Dies hat zum Vorteil gehabt, die Körperschaft des öffentlichen Rechts entsprechend ihrem instrumentellen Aspekt in das ganze Ensemble dezentraler Verwaltungsorganisation einzuordnen, ihre Bezüge zu übergreifenden Funktionszusammenhänge deutlich zu machen und die Körperschaft des öffentlichen Rechts damit zu benachbarten privatwirtschaftlichen (Verein, Verband) und öffentlich-rechtlichen (nicht- bzw. rechtsfähige, verselbständigte Anstalt mit Beteiligung der Betroffenen) Organisationsformen abzugrenzen. Dagegen ist erst für einige Typen verselbständigter Verwaltungsträger ihre spezielle Funktion herausgearbeitet worden, wobei dann jedoch weitgehend eine Abgrenzung zu den Alternativ- und Substitutionsorganisationen fehlt<sup>(96)</sup>.

Im wesentlichen haben folgende Kriterien bei der Bestimmung der Funktion verselbständigter Verwaltungseinheiten Bedeutung:

— Die Besonderheiten des öffentlichen bzw. Privatrechts;

---

<sup>(95)</sup> Vgl. SCHUPPERT (Anm. 89); DERS., «Quangos» als Trabanten des Verwaltungssystems, in *DÖV* 1981, S. 153 ff.; LAUX, Die «verselbständigten Verwaltungsträger» in der wissenschaftlichen Diskussion, in *DÖV* 1981, S. 861 ff.; LÜDER, Verselbständigte Erfüllung von Verwaltungsaufgaben - eine Strategie zur Entwicklung steuerungsfähiger und effizienter Verwaltungsorganisation, in *Neuere Entwicklungen in den Wirtschaftswissenschaften*, Schriften des Vereins für Sozialpolitik, Bd. 98, 1978, S. 755 ff.; F. WAGENER und DIECKMANN Anm. 92.

<sup>(96)</sup> So vor allem die deskriptiv-systematisierende Abhandlung von B. BECKER Anm. 92 über die nicht-rechtsfähigen Bundesanstalten, schlichten Bundesstellen und Zentralstellen sowie MÜLLER-THOMAS Anm. 92 zum öffentlichen Verein; zur Anstalt als Typus der Leistungsverwaltung JECHT Anm. 38. Zahlreich ist die Literatur zur Funktion der Selbstverwaltung einiger Körperschaften des öffentlichen Rechts. So zu den Gemeinden: STÜER, *Funktionalreform und kommunale Selbstverwaltung*, 1980, S. 66 ff.; zur Sozialversicherung v. FERBER (Anm. 78); zu den Berufskammern FRÖHLER-OBERNDORFER (Anm. 3).

- Zurückdrängen des staatlichen (partei-)politischen Einflusses;
- sachlich-inhaltliche Besonderheiten der Aufgabe;
- Finanzierung öffentlicher Aufgaben;
- Generierung, Integration und Transformation gesellschaftlicher Interessen;
- Dezentralisation und Demokratisierung.

### 1. *Besonderheiten des öffentlichen bzw. Privatrechts.*

Die Verwaltung greift zu privatrechtlichen Organisationsformen, um größere Flexibilität beim Einsatz der Ressourcen und Steuerungsinstrumente einer Organisation — Verfahren, Personal, Programm und Finanzen — zu gewinnen, indem der Bereich des öffentlichen Rechts mit seinen speziellen Restriktionen verlassen wird. Für die Körperschaften des öffentlichen Rechts kann hieraus in einer Art Umkehrschluß gefolgert werden, daß die Bindung an die öffentliche Verwaltung zumindest nicht störend, unter Umständen aber sogar funktionell und normativ geboten ist.

Zu diesen Restriktionen des öffentlichen Rechts zählen insbesondere: Die stärkere öffentliche Beeinflussung und Kontrolle der Aufgabenerledigung durch Gesetzgebung, Staatsaufsicht und staatliche Rechnungsprüfung; der formalisierte wie unabhängige Status der Bediensteten; die Zuweisung von hoheitlichen Zwangsmitteln, insbesondere verbindliche Satzungsgewalt; die Verfügung über die öffentlich-rechtlichen Mittel der Finanzierung (Zwangsbeitrag, Gebühr und überwiesene Steuermittel); sowie das System des Monopolverbandes und der Zwangsmitgliedschaft, das die Konkurrenz zwischen den Mitgliedern ausschaltet, so daß zum Beispiel die berufliche Tätigkeit aller Mitglieder einheitlich geregelt und überwacht oder Einkommen zwischen den Mitgliedern umverteilt werden kann, ohne daß die benachteiligten Mitglieder abwandern können.

Allerdings zeigen alle Untersuchungen <sup>(97)</sup>, daß der Unterschied zwischen privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Or-

---

<sup>(97)</sup> Am ausführlichsten: TEUBNER (Anm. 26) S. 121 ff.; SCHUPPERT (Anm. 17) S. 78 ff.

ganisationen nicht durch begrifflich präzise definierte Trennungslinien und Zuordnungskriterien festgelegt werden kann, sondern nur auf einer Skala zwischen zwei Endpunkten (Ministerialverwaltung - rein privater Verein) einzuordnen ist. Dabei ist die staatliche Bestimmungsmacht über die Organisation ein wesentliches, aber hochkomplexes Kriterium, von dem wiederum die Rechtsform und die Zuordnung zum öffentlichen Recht nur ein Element ist.

## 2. Zurückdrängen staatlichen und (partei-)politischen Einflusses

Im Ansatz ähnlich, aber unterschiedlich in den organisatorischen Konsequenzen, ist die Funktion der Körperschaft des öffentlichen Rechts, aufgrund verfassungsrechtlicher (Artikel 5 Abs. 1, 3 GG) oder verfassungspolitischer Entscheidung die staatlich-ministeriellen und speziell die parteipolitischen Einflüsse auf die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben zu minimieren. Die markantesten Beispiele sind hier die Bundesbank und sonstige öffentliche Bank- und Kreditinstitute, die Rundfunkanstalten, die Universitäten und zahlreiche private Forschungs- und Kulturförderungsvereine (DFG, Max-Planck-Gesellschaft, Filmförderungsanstalten etc.) <sup>(98)</sup>. Hier ist die Körperschaft des öffentlichen Rechts offensichtlich eher eine Ausnahmeerscheinung. Ihre spezielle Bedeutung hat sie dort, wo die Leistungen der Organisation nicht so sehr der unspezifischen Allgemeinheit, als vielmehr den Mitgliedern selber zugute kommen und damit organisationsbezogen sind. Selbständigkeit kann in diesen Fällen schon durch die staatsunabhängige, mitgliedschaftliche Organisation erreicht werden. Die Einrichtung von Kuratorien bei manchen Universitäten sowie die Besetzung der überuniversitären Studienreformausschüsse mit externen Wissenschaftsabnehmern <sup>(99)</sup> machen hier aber den eher diffusen Öffentlichkeits- und Allgemeinheitsbezug der Universitäten deutlich.

---

<sup>(98)</sup> Zu ihnen ZIEROLD, *Die DFG als Selbstverwaltungsorganisation der Wissenschaft*, in *DÖV* 1960, S. 481 ff.; MASSOW, *Organisation der Wissenschaft und der Wissenschaftsförderung in der Bundesrepublik Deutschland*, 1968.

<sup>(99)</sup> Vgl. Anm. 89.

### 3. *Sachliche und inhaltliche Besonderheiten der öffentlichen Aufgabe.*

Eng hiermit hängt die Funktion zusammen, wegen der speziellen Besonderheiten der zu erledigenden öffentlichen Aufgabe einen bestimmten Typ der verselbständigten Organisationseinheiten zu etablieren.

Daß der *allgemeine Begriff* «*öffentliche Aufgabe*» selbst zu unspezifisch ist, um die Verwendung privater oder öffentlicher Organisationsformen zu begründen, ist mittlerweile hinreichend am Beispiel der zahlreichen privaten Organisationen, die öffentliche Aufgaben erledigen, nachgewiesen worden <sup>(100)</sup>. Deshalb sollen nur noch zwei allgemeine Aspekte, die eine stärkere Präzisierung des Zusammenhangs der «*öffentlichen Aufgabe*» mit den Körperschaften des öffentlichen Rechts zulassen, erörtert werden.

Einmal sind die klassischen Staatsaufgaben (Verteidigung, allgemeine Justiz, Inneres, Äußeres, allgemeine Finanzen) bis heute dem Kern der unmittelbaren, staatlich-hoheitlichen Verwaltung vorbehalten, während sich verselbständigte Verwaltungseinheiten nur bei jenen neueren Staatsaufgaben in der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Infrastruktur finden. Nur besagt diese Unterscheidung noch nichts darüber, weshalb innerhalb der neuen Aufgabenfelder gerade die verselbständigte Verwaltungsorganisation und dann noch speziell die Körperschaft des öffentlichen Rechts gewählt werden.

Zum anderen hat das Bundesverfassungsgericht <sup>(101)</sup> in zahlreichen Entscheidungen die Gründung einer Körperschaft des öffentlichen Rechts mit Zwangsmitgliedschaft nur für zulässig erachtet, um eine «*legitime öffentliche Aufgabe*» zu verfolgen. Ist aber der Begriff «*öffentliche Aufgabe*» schon extrem unbestimmt, so ist es auch der der «*legitimen öffentlichen Aufgabe*». Der Begriff «*legitim*» vermag in diesem Zusammenhang allenfalls auf jenen formalen Aspekt zu verweisen, daß in der Regel

---

<sup>(100)</sup> Vgl. hierzu SCHUPPERT (Anm. 17), S. 154 ff.; Zur Klassifizierung der öffentlichen Aufgaben, DERS., *Die öffentliche Aufgabe als Schlüsselbegriff der Verwaltungswissenschaft*, in *Verwaltungsarchiv* 1980, S. 309 ff.

<sup>(101)</sup> *BVerfGE* 15, S. 235 (239); *BVerfGE* 38, S. 281 (297 f.).

eine Aufgabe als « öffentlich » durch die Entscheidung jener staatlichen Organe, die Legitimität beschaffen können, vor allem dem Parlament, verbindlich festgelegt wird. Statt einer Analyse des allgemeinen Begriffs der öffentlichen Aufgabe vermag allenfalls eine konkrete Analyse der Aufgabentypen die Funktion verselbständigter Verwaltungseinheiten zu erklären. Analytisch brauchbar scheint hierbei die Unterscheidung zwischen a) fachlich-autonomen sowie b) mitgliederbezogenen Aufgaben zu sein.

a) Zu den *fachlich-autonomen Aufgaben* zählen jene der wissenschaftlichen und kulturellen Organisationen (s. oben III, 2 sowie Museen, Theater, Volkshochschulen etc.) sowie die technisch schwierigen, sektoral begrenzten Aufsichtsaufgaben (z.B. TÜV) mit fachspezifischen judiziellen (Vor-)entscheidungskompetenzen (Bundeskartellamt, Bundessortenamt, Bundesaufsichtsamt für das Versicherungswesen, Bundesoberseeamt etc.), sowie die Organisationen mit technisch kompliziertem Service-Charakter (EDV-, Planungs- und Beratungszentren etc.).

Die Erledigung dieser Aufgaben ist kaum durch Gesetz oder andere zentrale, ministerielle Regelungen hinreichend exakt bestimmbar <sup>(102)</sup>. Das Personal entzieht sich wegen seiner speziellen Fachkompetenz und Professionalität intensiver externer Steuerung <sup>(103)</sup>. Da hier der notwendige Sachverstand rein fachspezifisch ist, findet er sich in der Regel nur bei den Bediensteten selber. Bedienstete aber zu « Mitgliedern » der Organisation zu machen, ist weder von den Aufgaben her, die entgegen denen der Universität stark/völlig außenbezogen sind, noch von normativen Grundrechtsentscheidungen bzw. der politischen Bedeutung und Sachadäquatheit der Aufgabenerledigung (wie z.B. bei der Deutschen Bundesbank) her erforderlich. Ist dennoch eine größere

---

<sup>(102)</sup> Meist dürfte es sich um Finalprogramme bzw. um Konditionalprogramme mit erheblichen Konkretisierungsspielräumen handeln. Vgl. B. BECKER, *Aufgabentyp und Organisationsstruktur von Verwaltungsbehörden*, in *Die Verwaltung* 1976, S. 273 ff., 284 f.; DERS. (Anm. 92), S. 176-7.

<sup>(103)</sup> Zur relativen Selbständigkeit der Professionellen in der Verwaltung vgl. SCOTT, *Konflikte zwischen Spezialisten und bürokratischen Organisationen*, in R. MAYNTZ (Hrsg.), *Bürokratische Organisation*, 1971, S. 201 ff.; WERSEBE, *Demokratisierung durch Professionalisierung? Zum Konzept funktionaler Partizipation*, in *Zeitschrift für Soziologie* 1978, S. 157 ff.

Selbständigkeit und Beteiligung des Personals erwünscht, so läßt sich dies durch eine evtl. über das Personal-/Betriebsverfassungsrecht hinausgehende Mitwirkung der Beschäftigten erreichen <sup>(104)</sup>.

Eine Ausnahme dürften die schon oben (II, 4, c) erwähnten Schulen machen. Erbringen hier Professionelle selbständig (sogenannte pädagogische Freiheit des Lehrers) <sup>(105)</sup> solche Verwaltungsleistungen, die als personelle Dienstleistungen <sup>(106)</sup> nur begrenzt programmierbar und auf die Mitwirkung der Betroffenen angewiesen sind, und ist die personale Eingriffsintensität dieser Leistungen sehr hoch, so ist von der Aufgabe wie von (Verfassungs-) Rechts wegen (Art. 1, 2, 6 GG) eine Mitwirkung der betroffenen Bürger, der Schüler und Eltern geboten.

Trotz der Mitwirkung von Lehrern, Eltern und Schülern in der Schulverfassung vieler Bundesländer hat sich der Staat die Fachaufsicht über die Schulen vorbehalten (Art. 7 GG), um ein Mindestmaß an soziokultureller Egalität wie an allgemeiner sozialer Selektivität und Mobilität (Mehrgliedrigkeit des Schulsystems, Prüfungen etc.) zu gewährleisten. Die Schule hat deshalb zwar körperschaftliche Elemente, bleibt aber stark in die allgemeine Staatsverwaltung eingebunden.

Wegen der fehlenden Möglichkeit, die Aufgaben den Mitgliedern der Organisation zu überlassen, und wegen des stark externen Bezugs der Aufgaben auf die Allgemeinheit sowie schließlich wegen der traditionell und verfassungsrechtlich gebotenen staatlichen Fachaufsicht scheidet die Körperschaft des öffentlichen Rechts bei diesen Aufgaben als möglicher Organisationstyp aus.

b) Hieraus ergibt sich sogleich, daß die Aufgaben der Körperschaft selbst stark *mitgliederbezogen* sind. Dieses ist auch politisch und verfassungsrechtlich begründet. Bestimmen die Mit-

---

<sup>(104)</sup> Vgl. die erweiterte Mitbestimmung bei einigen kulturellen Organisationen. Hierzu RESCHKE, *Mitbestimmung und Mitwirkung in öffentlichen Institutionen*, in H.-J. v. OERTZEN (Hrsg.), «*Demokratisierung*» und *Funktionsfähigkeit der Verwaltung*, 1974, S. 112 ff.

<sup>(105)</sup> KOPF, *Die pädagogische Freiheit des Lehrers, Grundlagen und Grenzen*, in *DÖV* 1979, S. 890 ff. (892) m.w.N.

<sup>(106)</sup> Vgl. zur Begriffsbildung «*persönliche Dienstleistung*» BADURA-GROSS (Anm. 82), S. 66 f., die für ihren Typus jedoch nur die Kundenpräsenz, das «*uno actu Prinzip*» und die Kooperationsnotwendigkeit als Merkmale entwickeln.

gliedert weitgehend unabhängig von staatlichem Einfluß die Willensbildung und personale Leitung und dadurch auch die interne Rechtssetzung und hoheitliche Entscheidungsmacht der Körperschaftsverwaltung, so ist diese Unterbrechung der zentralstaatlichen, parlamentarischen Legitimationskette nur zulässig, wenn die Körperschaftsorgane auf jene Aufgaben und jene Gewaltunterworfenen begrenzt bleiben, zu denen bzw. von denen sie eine eigene Legitimation haben.

Nehmen die Körperschaften Aufgaben wahr, die nicht mitgliederbezogen sind, so muß diese Verwaltung vom Staat legitimiert, d.h. von ihm übertragen und von ihm auch inhaltlich kontrolliert werden.

Über diese Funktion, die Bedeutung des Legitimationszusammenhangs und seine Grenzen zu bestimmen, hinaus, bleibt das Kriterium « Mitgliederbezug der Aufgabe » aber inhaltlich relativ. Denn schon sobald die Aufgaben zentralstaatlich intensiv gesetzlich geregelt und finanziell bezuschußt werden, wie bei den Leistungskörperschaften oder Gemeinden, wird der allgemeine Bezug der Aufgabe deutlich.

Betrifft die Aufgabe der Körperschaft des öffentlichen Rechts die ganze (nur regional gegliedert, wie bei den Gemeinden) oder fast die ganze (Sozialversicherung) Staatsbevölkerung, so sind die Mitglieder nur das gesamte Staatsvolk in seiner jeweiligen regionalen bzw. sachlichen Besonderheit. Angesichts des engen Zusammenhangs aller staatlichen Aufgaben untereinander, ist es schwierig, eine bestimmte Aufgabenkategorie zu isolieren und zum ausschließlichen Gegenstand einer verselbständigten Verwaltungsorganisation zu erklären. Die Schwierigkeiten, die « Angelegenheiten des örtlichen Wirkungskreises » der Gemeinden (Art. 28 Abs. 2 GG) zu bestimmen <sup>(107)</sup>, machen dies deutlich.

#### 4. *Finanzierung öffentlicher Aufgaben.*

Eine weitere wichtige und isolierbare Funktion ist die Verselbständigung von Verwaltungseinheiten, um die Finanzierung einer öffentlichen Aufgabe zu erleichtern und sie organisatorisch

<sup>(107)</sup> Vgl. STÜER (Anm. 96), S. 220 ff., 253 ff. m.w.N.

außerhalb des allgemeinen Haushalts und unabhängig von allgemeinen Steuermitteln zu bewältigen. Die Gründe zur Errichtung solcher *Parafisci* <sup>(108)</sup> sind zahlreich. Neben den schon in den anderen Punkten angeführten Aspekten sind dies insbesondere spezifisch finanzwirtschaftliche Gründe:

— Erschließung neuer Finanzquellen neben der stark strapazierten staatlichen/gemeindlichen Steuer;

— Herausbildung von Finanzierungsformen, die die Abgabewilligkeit der Bürger steigern, deshalb für den Bürger einsichtig und akzeptabel sind und d.h. an seine besonderen Interessen anknüpfen müssen;

— Sicherung der Kontinuität und Selbständigkeit der Finanzierung einer Aufgabe, was durch ihre Herauslösung aus dem allgemeinen Staatshaushalt erleichtert wird. Diese parafiskalischen Ziele mögen einerseits dahin tendieren, die Organisation stärker privatwirtschaftlich auszurichten und entsprechend zu finanzieren (Verkauf der Leistungen auf dem Markt, Spenden). Als Alternative bietet sich eine öffentlich-rechtliche finanzielle Basis an, wobei wegen der rigiden verfassungsrechtlichen sowie haushalts- und finanzrechtlichen Anforderungen an die Steueraufbringung und Steuerverteilung (insbesondere Artikel 104 ff. GG) nur einerseits Gebühren andererseits Beiträge und Sonderabgaben zur eigenständigen Finanzierung des Parafiscus zur Verfügung stehen. Alle diese besonderen öffentlich-rechtlichen Finanzierungsmodi haben zwei Voraussetzungen, aus denen wiederum organisatorische Konsequenzen folgen:

— die Einnahmen sind mit bestimmten Ausgaben verbunden, weshalb die Parafisci eine Ausnahme zu dem allgemeinen Prinzip der Fiskalität, der Nichtbindung der Einnahmen an bestimmte Ausgaben (« Nonaffektation ») <sup>(109)</sup>, darstellen. Dieser Konnex entzieht die Finanzmittel den allgemeinen politischen Entscheidungen

---

<sup>(108)</sup> Zu ihnen vgl. W. JÖRG, *Die Parafiskalität unter besonderer Berücksichtigung der intermediären Finanzgewalten der sozialen Sicherheit*, Diss. Zürich 1961; TIEPELMANN, *Parafisci, Das Wirtschaftsstudium - WISU*, 1975, S. 295 ff.; L. HAJEN, *Bestimmungsgründe für die parafiskalische Organisation von Krankenversicherung*, 1980.

<sup>(109)</sup> § 7 HGrG, § 8 BHO, vgl. allgemein: G. SCHMÖLDERS, *Finanzpolitik*, 3. Aufl., 1970, S. 74 ff.



gen und Prioritäten des Parlaments und garantiert ihre sachbezogenen Selbständigkeit und ihre kontinuierliche Absicherung und bildet damit die finanzielle Grundlage für die selbständige Erledigung der Verwaltungsaufgabe.

— Die Einnahmen und Ausgaben sind an bestimmte Staatsbürger gebunden, sei es, daß — wie bei der Gebühr <sup>(110)</sup> — die Leistung jeweils nur von den konkreten Empfängern und Nutzern der staatlichen Leistungen bezahlt werden, sei es, daß die Leistungen zwar schon so allgemein sind, daß sie nicht mehr den jeweils individuellen Empfängern, aber noch nicht den allgemeinen Staatsausgaben und dem allgemeinen Staatsbedarf, sondern einer größeren, abgrenzbaren Gruppe zugerechnet werden können, die eine bestimmte, allen Gruppenmitgliedern gemeinsame Sachnähe zur Aufgabe hat und wegen dieses besonderen Interesses und/oder dieser besonderen Pflichtigkeit auch mit der Abgabe belastet werden kann <sup>(111)</sup>.

Der letztere Gesichtspunkt trifft gerade bei den Körperschaften des öffentlichen Rechts und hier speziell bei den Interessen- und Aufsichtskörperschaften in einer ganz spezifischen Weise zu. Bei ihnen werden gruppen- und mitgliedernützige Aufgaben direkt von den einzelnen Mitgliedern finanziert und liegen zugleich Gruppeninteressen und soziale Gruppenstrukturen vor, die gegenüber der staatlichen Einbindung ein gewisses Eigeninteresse artikulieren können und deshalb danach drängen, an der Verwaltung der Aufgabe beteiligt zu werden.

Zwar lassen sich die Betroffenen auch durch andere parafiskalische Systeme zur Finanzierung verselbständigter Verwaltungseinheiten heranziehen. Jedoch sind die Zahlungspflichtigen

---

<sup>(110)</sup> Zur Gebühr: WILKE, *Gebührenrecht und Grundgesetz*, 1973, S. 6 ff.

<sup>(111)</sup> Diese finanzwissenschaftlichen Kriterien - vgl. SMEKAL, *Die Finanzwirtschaft intermediärer Gruppen*, 1963, S. 25 ff.; UFER, *Die demokratischen Grundlagen der funktionalen Finanzwirtschaften*, Berlin 1966, S. 33 ff. - entsprechen jenen, die das BVerfG für die Sonderabgaben noch stärker normativ präzisiert hat, um Konkurrenzen zur Steuerfinanzierung von Verfassungen wegen auszuschalten und den grundrechtlich gebotenen Schutz der Abgabepflichtigen zu erhöhen: Homogene Gruppe, Gruppennähe und Gruppennützigkeit der Aufgabe, *BVerfGE* 55, S. 276 ff.; 57, S. 139 ff. sowie SELMER, *Gewerbearchiv*, 1981, S. 41 ff. m.w.N.

in der Regel erheblich heterogener und nur indirekt an der Aufgabenerledigung interessiert (Absatzförderungs- und Stabilisierungsfonds, Filmförderungsanstalt) <sup>(112)</sup>, oder sie zahlen nur für die allgemeine Inanspruchnahme der Leistung, ohne daß sie konkrete, gruppenspezifische Interessen an der Leistungserbringung haben (Rundfunkgebühr).

Allerdings ist das Finanzierungssystem gerade der Leistungskörperschaft nicht so einheitlich parafiscalisch. Die Rentenversicherung und die Arbeitslosenversicherung erhalten Zuschüsse aus dem allgemeinen Haushalt, die zum Teil auch dadurch gerechtfertigt sind, daß sie nicht nur mitglieder- und gruppenbezogene Aufgaben wahrnehmen (Kriegsfolgelasten, allgemeine Arbeitsmarktpolitik) <sup>(113)</sup>. Allgemein können die Mitglieder der Sozialversicherung kaum noch als «Gruppe», als spezifischer, homogener Teil der Staatsbevölkerung angesehen werden, wenn die Mitglieder bzw. Leistungsempfänger der beiden größten Systeme entweder über 90% der gesamten Bevölkerung der Bundesrepublik erfassen (Krankenversicherung) <sup>(114)</sup> oder allen Bundesbürgern offenstehen (Rentenversicherung gemäß § 1233 RVO). «Gruppennützig» ist das Sozialleistungssystem nur noch insoweit, als es an bestimmte soziale Lebenslagen (Angewiesenheit auf Lohneinkommen und den Arbeitsmarkt, Armut etc.) anknüpft.

Die Universitäten stellen zudem jenen neuen Typus sozialstaatlicher, körperschaftlicher Selbstverwaltung dar, bei dem die Leistung voll aus dem gesamtstaatlichen Budget finanziert und darüber auch mittelbar gelenkt wird.

##### 5. *Generierung, Integration und Transformation gesellschaftlicher Interessen.*

a) Neben den im vorherigen benannten aufgabenspezifischen Gründen für eine Verselbständigung von Verwaltungseinheiten ist

<sup>(112)</sup> Zu ihnen SCHUPPERT (Anm. 17), S. 40 f., 58 f.

<sup>(113)</sup> Zu diesem Problem: Arbeitsförderungsbericht, BT-Drucks. 7/403, S. 51; KRAUSE, *Fremdlasten der Sozialversicherung*, in *Vierteljahresschrift für Sozialrecht* 1980, S. 115 ff.

<sup>(114)</sup> Sozialbericht 1980 (Hrsg. BMAS), S. 98 f.

die Notwendigkeit, zur Durchführung der Verwaltungsaufgaben mit den betroffenen Bürgern zu kooperieren, ein wesentliches Ziel für die Schaffung verselbständigter Verwaltungsträger <sup>(115)</sup>. Diese Notwendigkeit hat ihre Ursache einerseits im Wachstum der Lenkungs- und Leitungsaufgaben, insbesondere im Bereich der Wirtschaft und andererseits im geänderten Modus des Aufgabenvollzugs, der nicht einseitig, hoheitlich-autoritär anordnet, sondern staattdessen indirekt, marktangepaßt lenkt, die gesellschaftlichen Machtgruppen berücksichtigt und integriert.

Hier hatte die öffentliche Körperschaft gerade im 19. Jahrhundert eine wesentliche Funktion:

— Da das Bürgertum politisch und ökonomisch noch schwach entwickelt war, führte die öffentliche Körperschaft oft erst dazu, es organisatorisch zusammenfassen, die individuellen Interessen zu gemeinsamen zu generieren, um sie für den Staat repräsentabel und beachtbar zu machen. Dies galt gerade auch für jene gewerblichen Bereiche, die in sich stark zersplittert waren, bei denen es jedoch aus Gründen der Wirtschaftslenkung und Wirtschaftsförderung auch von Staatswegen notwendig war, einheitliche Interessen und einheitliche Standards der Berufsausübung durchzusetzen (Handwerk, selbständige Berufe, Bauern) <sup>(116)</sup>.

— Umgekehrt war die Körperschaft Instrument der privaten Interessenverbände, in den Staat einzudringen und mit der Erfüllung ihrer verbandsspezifischen Aufgaben die Erledigung staatlicher öffentlicher Aufgaben zu verknüpfen <sup>(117)</sup>.

Mit dem Erstarken der Verbände gegen Ende des 19. und zu Beginn des 20. Jahrhunderts <sup>(118)</sup> haben die Verbände selbst die gesellschaftlichen Interessen intensiv organisiert und politisiert

---

<sup>(115)</sup> So vor allem die These SCHUPPERTS (Anm. 17), S. 259 ff.

<sup>(116)</sup> So ganz deutlich bei den Handwerks- und Landwirtschaftskammern: BIEBACK (Anm. 8), S. 332 f., 344 f. m.w.N. Vgl. auch FRÖHLER-OBERNDORFER (Anm. 3).

<sup>(117)</sup> Hierzu Bieback ebda. Für die Verbandforschung allgemein: HEINZE (Anm. 10), S. 93 f.

<sup>(118)</sup> Vgl. oben Anm. 10 sowie die knappe Übersicht bei SCHULZ, *Über Entstehung und Formen von Interessengruppen in Deutschland seit Beginn der Industrialisierung*, in VARAIN (Hrsg.), *Interessenverbände in Deutschland*, 1973, S. 25 ff.

und allmählich auf vielfältige Weise die Möglichkeit erhalten, innerhalb des Staatsapparates zu wirken. Dadurch verloren die Körperschaften des öffentlichen Rechts weitgehend ihre Funktion, wichtiges Instrument der Vermittlung von Sachverstand und der Unterstützung staatlicher Politik wie auch generell der Verbindung gesellschaftlicher Interessen mit dem Staat zu sein. So ist festgestellt worden, daß die Industrie- und Handelskammern in der Politikberatung und -beeinflussung neben den Industrie- und Arbeitgeberverbänden (BDI, BDA und Mitgliedsvereinigungen) nur noch geringe Relevanz haben <sup>(119)</sup>. In der Konzentrierten Aktion spielten die Kammern so gut wie keine Rolle; in der Konzentrierten Aktion des Gesundheitswesens sind die Körperschaften der Sozialversicherung gleichberechtigte Teilnehmer neben den privaten Verbänden der Leistungsanbieter, den Arbeitgeberverbänden und den Gewerkschaften. Zudem ist das Verhältnis zwischen dem Staat, speziell der Ministerialbürokratie, und den gesellschaftlichen Verbänden auf vielen Politikfeldern extrem intensiv und wird in den Sozialwissenschaften deshalb neuerdings als *Neokorporatismus* <sup>(120)</sup> gekennzeichnet. Die wesentlichen Elemente dieser Erscheinung sind:

— Die Verbände beeinflussen den Staat nicht etwa einseitig in ihrem Sinne (sog. Einfluß- oder Pressure-group-Theorem der konservativen politikwissenschaftlichen Theorie bis hin zur Theorie des staatsmonopolitischen Kapitalismus), sondern sind mit dem Staat wechselseitig verbunden und in ihn integriert;

— An diesem System sind nur bestimmte, exklusive, meist intern oligarchisch strukturierte Großverbände beteiligt, die auf ihrem Gebiet eine starke Vorrangstellung haben und durch die staatliche Anerkennung in dieser Vorrangstellung noch bestärkt werden.

---

<sup>(119)</sup> ADAM, *Der Einfluß der Industrie- und Handelskammern auf politische Entscheidungsprozesse*, 1979.

<sup>(120)</sup> Hierzu HEINZE (Anm. 10); ALEMAN-HEINZE (Hrsg.), *Verbände und Staat*, 1979; TEUBNER, *Neo-Korporatistische Strategien rechtlicher Organisationssteuerung*, in *Zeitschrift für Parlamentsfragen* 1979, S. 487 ff.; KASTENDIEK, *Neokorporatismus? Thesen und Analysen-Konzepte*, in *Probleme des Klassenkampfes*, Heft 38, 1980, S. 81 ff.

Die Körperschaften des öffentlichen Rechts waren also gleichsam Vorreiter dieses Systems des Neokorporatismus, sind durch es aber weitgehend abgelöst worden. Die Unterschiede in der historischen Entwicklung dürften vor allem darin liegen, daß die Körperschaft des öffentlichen Rechts eine stärker staatlich vorgeformte und gelenkte Art dieses gegenseitigen Einfluß- und Integrationsprozesses ist. Sie ist für ein Entwicklungsstadium typisch, indem die gesellschaftlichen Kräfte und Interessen noch nicht voll entwickelt (1818) bzw. von einem starken, monarchisch-autoritären Staat integriert wurden (nach 1873).

b) Es fragt sich deshalb, welche spezielle Funktion die Körperschaft des öffentlichen Rechts heute noch bei der wechselseitigen Vermittlung staatlicher und gesellschaftlicher Interessen hat.

Im neokorporatistischen System sind die wesentlichen institutionellen Formen des wechselseitigen Einflusses zwischen Staat und Verbänden vor allem Beiräte, Koordinationsgremien (konzertierte Aktion u.ä.) und Leitungsgremien staatlicher, rechtlich selbständiger und unselbständiger Anstalten.

Gegenüber diesen Formen liegt die Besonderheit der Körperschaft des öffentlichen Rechts in ihrer direkt demokratischen Struktur: Die Interessenvertreter werden durch Wahl der Mitglieder in die Leitungs- und Lenkungsorgane der Körperschaft entsandt und nicht etwa in der Form ausgewählt, daß der Staat nach staatlichen Maßstäben der Repräsentativität und Sachnähe der Verbände einen Beteiligungsmodus und Beteiligungsschlüssel festlegt, nach dem dann die Verbandsspitzen die konkreten Repräsentanten benennen.

Damit kann die Körperschaft des öffentlichen Rechts *vier Funktionen bei der Artikulation von politisch relevanten, gesellschaftlichen Interessen und ihrer Integration in die staatliche Verwaltung* erfüllen:

aa) Sie kann die Artikulation, Vertretung und Durchsetzung von Interessen unterstützen, die schwer organisierbar sind und damit der Selektivität verbandlicher, pluralistischer Interessenorganisationen <sup>(121)</sup> entgegenwirken, die heute allgemein bei grös-

---

<sup>(121)</sup> Hierzu HEINZE (Anm. 10) S. 42 f.; TEUBNER (Anm. 26), S. 73 f. beide m.w.N.

seren Verbänden zu konstatieren ist und wie sie durch das System des Neokorporativismus noch verstärkt wird. Die Körperschaft des öffentlichen Rechts eignet sich deshalb zur Heranziehung gesellschaftlicher Interessen, deren Organisation — aus welchen Gründen auch immer — gar nicht oder nur schwach oder nicht einheitlich, sondern in verschiedenen Verbänden, möglich ist, deren Repräsentativität der Staat nicht fixieren kann oder will.

bb) Zum anderen kann die Körperschaft des öffentlichen Rechts heterogene, ja sogar antagonistische Interessen und fachliche Kompetenzen intensiver zusammenfassen und integrieren, als dies bei der direkten Beteiligung verschiedener Verbände an der staatlichen/öffentlichen Verwaltung möglich ist. Denn die Verbandsbeteiligung knüpft ja immer schon an die partikulare, gruppenegoistische Interessenartikulation an bzw. sie berücksichtigt immer nur die jeweilige Verbandsmehrheit, ohne der unterlegenen Verbandsfraktion Möglichkeiten der Selbstdarstellung zu eröffnen. Die interne demokratische Willensbildungsstruktur der Körperschaften des öffentlichen Rechts eignet sich also einmal dazu, verschiedenen Interessen zur Artikulation zu verhelfen; andererseits können diese unterschiedlichen Interessen wiederum harmonisiert und ausgeglichen werden, wie dies zum Beispiel zwischen den Arbeitgebern und Arbeitnehmern in der Sozialversicherung oder zwischen verschiedenen Interessensfraktionen innerhalb der Kammern geschieht.

cc) Während die Beteiligung der Verbände an der öffentlichen Verwaltung meist auf der Ebene der Verbandsrepräsentation beschränkt ist, bietet die Körperschaft des öffentlichen Rechts wegen ihrer institutionellen Verbindung von mitgliedschaftlicher Struktur und öffentlicher Verwaltungsfunktion die Möglichkeit, einen Kooperationszusammenhang innerhalb der sozialstaatlichen Leistungsverwaltung zwischen den Bürgern als Leistungsempfängern und den (oft verbandlich gesteuerten) Leistungsfachleuten und Leistungsbürokratien herzustellen <sup>(122)</sup>.

dd) Bei den Körperschaften des öffentlichen Rechts erhalten die gesellschaftlichen Interessengruppen nur über das gesetzlich

---

<sup>(122)</sup> So vor allem die Analyse der Selbstverwaltung der Sozialversicherung bei v. FERBER (Anm. 78) und in STANDFEST (Anm. 21), S. 173 ff.

fixierte und garantierte Wahlrecht der Mitglieder Zugriff auf die Organe der Körperschaft und damit auf die staatlichen Verwaltungsagenden. Dadurch werden die Durchsetzungschancen der Großverbände gegenüber den anderen Verbänden rechtlich formal egalisiert und zu einer erneuten demokratischen Legitimation gezwungen auch wenn — bedingt durch die unterschiedliche ökonomische und bürokratische Durchsetzungsmacht — faktisch die Großverbände Vorteile haben. Zugleich wird dieser Prozeß der Konkurrenz verschiedener Verbände weniger stark staatlich gelenkt als dort, wo die Staatsverwaltung direkt bestimmte Verbände in die Verwaltung integriert.

c) Dies sind aber eher Möglichkeiten denn voll entfaltete Realität eines differenzierten, ja alternativen Modells der Integration gesellschaftlicher Interessen in den Staat gegenüber dem System des Neokorporatismus. Denn auch die Körperschaft des öffentlichen Rechts weist selbst heute zum Teil starke *Züge des neokorporativen Systems* auf und spiegelt nur die allgemeinen Probleme demokratischer Struktur innerstaatlicher Verbände wider.

aa) So spielen z.B. in den *Gemeinden* die politischen Parteien <sup>(123)</sup> und in den Körperschaften der *Sozialversicherung* die Gewerkschaften bzw. Arbeitgeberverbände <sup>(124)</sup> eine wesentliche Rolle und haben sie dort die Willensbildung weitgehend mediatisiert. Allerdings ist dieser Einfluß nur in Ansätzen institutionell abgesichert und gesetzlich fixiert. Er spiegelt deshalb eher die tatsächliche gesellschaftliche und politische Bedeutung der jeweiligen Verbände wider. Nur bei der Bundesanstalt für Arbeit besetzen die Interessenverbände von «wesentlicher Bedeutung» direkt die Organe der Selbstverwaltung (§§ 192 ff, 195 AFG) und haben Vertreter der öffentlichen Hand gleichgewichtigen Einfluß. Dies ist ein Modell, das gerade wegen seiner neokorporatistischen Strukturen für beispielhaft gehalten wird <sup>(125)</sup>, jedoch eher historisch aufgrund des traditionell starken staatlichen Einflusses in dieser Organisation und ihrer Nähe zu den schon

---

<sup>(123)</sup> Vgl. oben Anm. 24 sowie ZIEBILL, *Politische Parteien und kommunale Selbstverwaltung*, 2. Aufl., 1972.

<sup>(124)</sup> H. Bogs in: H. Bogs u.a. (Anm. 78), S. 20 f., 33 ff.

<sup>(125)</sup> Vgl. H. Bogs, ebda. S. 33 ff.

verbandlich organisierten Auseinandersetzungen auf dem Arbeitsmarkt (Arbeitskämpfe, Arbeitsnachweise etc.) erklärt werden muß <sup>(126)</sup>.

Ein eher latenter Ansatz der Institutionalisierung großverbandlicher Machtstrukturen sind die sog. *Friedenswahlen in der Sozialversicherung* (§ 46 Abs. 3 SGB IV). Danach sind Wahlen zu den Selbstverwaltungsorganen der Sozialversicherungsträger nicht erforderlich, wenn nur eine Liste oder mehrere Listen mit insgesamt nicht mehr Kandidaten, als Sitze zu vergeben sind, eingereicht werden. Außer bei den Körperschaften der Angestelltenrentenversicherung und -krankenversicherung dominiert dieses System in der ganzen Sozialversicherung. Aber diese Dominanz der Verbände ist — bis auf die Bundesanstalt für Arbeit — jederzeit modifizierbar und revisibel und hängt von den Interessen der Mitglieder ab.

bb) Gravierender ist — wie oben schon analysiert — die *Selektivität der in den Interessen- und Aufsichtskörperschaften repräsentierten Gruppen*, da die abhängig Beschäftigten in ihnen keinen Einfluß haben. Damit wird zugleich auch auf der Ebene der Körperschaften ein weiteres Defizit des Systems der Organisation von Interessen durch Verbände verstärkt: Die Asymmetrie, d.h. die ungleiche Durchsetzungsmacht unterschiedlicher Interessen und Interessenverbände <sup>(127)</sup>. Die Arbeitgeber erhalten neben ihren privaten Verbänden noch zusätzliche öffentlich-rechtliche Organisationsformen, die die Interessendurchsetzung mit hoheitlichen Mitteln ergänzen und effektivieren.

cc) Schließlich muß die Körperschaft des öffentlichen Rechts jene Anforderungen des politischen Systems erfüllen, die bei ihr — im Vergleich zu den privaten Verbänden — Tendenzen einer Oligarchisierung und internen autoritären Strukturierung noch verstärken können: Die Ausstattung der Körperschaftsorgane mit

---

<sup>(126)</sup> Vgl. LEIBFRIED, *Die Institutionalisierung der Arbeitslosenversicherung in Deutschland*, in *Kritische Justiz* 1977, S. 289 ff.; PRELLER (Anm. 54), S. 276 ff., 363 ff.

<sup>(127)</sup> Zur Asymmetrie verbandlicher Interessenvertretung insbes. zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbänden vgl. HEINZE (Anm. 10), S. 45 ff.; TEUBNER (Anm. 26), S. 73 ff. beide m.w.N.



Hoheitsgewalt und die Doppelrolle der Mitglieder als « Aktivbürger » wie als Untertan sowie schließlich die starke hoheitliche, zentralstaatliche Einbindung und Instrumentalisierung über die Auftragsverwaltung. Hinzu kommen jene Elemente, die bei allen politisch handlungsfähigen und handelnden Organisationen zumindest unter den gegebenen gesellschaftlichen und politischen Verhältnissen aktive demokratische Teilhabe limitieren<sup>(128)</sup>: Eine gewisse Zentralisierung und Größe, um Interessen zu vereinheitlichen und gleiche Entwicklungs- und Handlungsbedingungen für die Bürger zu realisieren; der Prozeß der Vereinheitlichung und Repräsentation von Interessen selbst; die Komplexität der Aufgaben und die begrenzte Zeit der Mitglieder zum Engagement im Verband; die Notwendigkeit, für komplexe Aufgaben hauptamtliche Kräfte einzustellen, die wiederum eigene Interessen an Handlungsspielräumen, Kontinuität ihrer Arbeit und Sicherheit ihres Arbeitsplatzes entwickeln; die Notwendigkeit, gegenüber der Umwelt nach außen jederzeit flexibel zu reagieren, Kompromisse zu schließen etc., die eine Verstellbändigkeit der Führungsinstanzen erfordert.

Die hierfür notwendigen Strukturen und Instrumente der Gegensteuerung hat zuletzt Teubner<sup>(129)</sup> nach eingehender Diskussion der (organisations-)soziologischen wie politikwissenschaftlichen Erkenntnisse und Theorien der Verbandsforschung rechtlich systematisch entwickelt. Insbesondere sind es:

— Verstärkung der innerverbandlichen, direkten Kommunikation zwischen den Mitgliedern und den Verbandsorganen; Formen direkter Entscheidungsbeteiligung; Verbesserung der verbandsinternen Information;

— Rechtsgarantien für verbandsinterne Gruppenbildung und ihre Betätigung sowie ihr Zugang zu Informationen und den Organen;

— interne Ausdifferenzierung der Organe, um ihre Kontrolle und Aufsicht zu verbessern.

---

<sup>(128)</sup> Hierzu vor allem: TEUBNER (Anm. 26), S. 57-77, 78-119; NASCHOLD, *Organisation und Demokratie*, 3. Aufl., 1972.

<sup>(129)</sup> Siehe Anm. 26 S. 169-259.

Hier haben die Körperschaften des öffentlichen Rechts insofern einen Vorsprung vor privaten Verbänden, als ihre interne Ordnung meist gesetzlich (formal-)demokratisch strukturiert ist und nicht zur völligen Disposition der jeweiligen, für eine Satzungsänderung ausreichenden Mehrheit steht.

## 6. *Dezentralisation und Demokratisierung.*

a) Typischer Gesichtspunkt einer Funktionsanalyse verselbständigter Verwaltungseinheiten ist ihre Bedeutung als wichtiges *Element der Dezentralisation* öffentlicher Verwaltung mit den anerkannten verwaltungstechnischen Vorteilen <sup>(130)</sup>:

- Steigerung der Wirtschaftlichkeit und Effizienz;
- Verbesserung der politischen und administrativen Steuerung dadurch, daß die zentralen Verwaltungsstellen von Verwaltungsaufgaben entlastet werden;
- Steigerung der Motivation und Eigeninitiative der Verwaltungenden;
- stärkerer Einsatz fachspezifischen Sachverstands.

Die ersten beiden Vorteile — *Steigerung der Effizienz und Entlastung der zentralen Verwaltung* — lassen sich zwar mit hoher Plausibilität entwickeln, insbesondere, da es im Prinzip unbestritten ist, daß nur dezentrale Entscheidungseinheiten die immer komplexer werdenden politischen Entscheidungen so fällen können, daß die jeweiligen Besonderheiten berücksichtigt werden und die Konfliktverarbeitungs- und Lösungskapazität des gesamten politischen Systems erweitert wird. Jedoch lassen sich diese Vorteile nur begrenzt empirisch messen und nachweisen, da es zur Messung der Effizienz und Wirtschaftlichkeit an komplexen, operationalisierten Maßstäben fehlt, und mit stärkerer Dezentralisation zugleich auch die Anforderung an die politische Leitung und Planung wachsen. Dezentrale Verwaltungsträger können sich

---

<sup>(130)</sup> Allgemein zu Vor- und Nachteilen der Dezentralisation und der Errichtung selbständiger Verwaltungseinheiten DIECKMANN (Anm. 92), S. 24 f.; LAUX ebda. S. 148; Ein kritischer Überblick bei LÜDER (Anm. 95). Bereichsspezifische Analysen z.B. bei v. FERBER, *Selbstverwaltung ...* (Anm. 78), S. 121 ff.; Speziell für die Gemeinde STÜRER (Anm. 96), S. 76 ff.

gegen Reorganisationen, die sie bedrohen, stärker widersetzen und sind leichter anfällig für die Tendenz zu Ressortegoismus und zu selektiver Informationssammlung und -verarbeitung. Die größere organisatorische Selbständigkeit vieler Körperschaften des öffentlichen Rechts erfordert also Instrumente der Gegensteuerung über eine zentrale politische Kontrolle, wie sie in Form der gesetzlichen Normierung der Kompetenzen und Aufgaben sowie der Rechtsaufsicht traditionell entwickelt sind. Zumindestens ebenso wirkungsvoll erweist sich auch hier die mitgliedschaftliche Struktur und interne Ausdifferenzierung der Körperschaften des öffentlichen Rechts, da sie eine interne Kontrolle und größere Öffentlichkeit und Transparenz gewährleistet, die zugleich auch genug Ansätze für eine externe politische Kontrolle bietet.

Zu diesen spezifischen Gefahren der Dezentralisation treten jedoch auch spezifische Vorteile der Körperschaft des öffentlichen Rechts. Die letzten drei Ziele — *höhere Flexibilität, Motivation der Mitglieder und der Verwalteten* — können durch die mitgliedschaftliche Organisation der Körperschaft des öffentlichen Rechts erheblich gesteigert werden:

— Die Mitglieder können als « Objekte der Verwaltung » zugleich über die interne Willensbildung Rückmeldung über den tatsächlichen Verwaltungsvollzug und über neue Anforderungen an die Verwaltung geben — was allerdings eine nicht völlig hierarchisch - bürokratisch reglementierte interne Kommunikationsstruktur, und das heißt u.a. hinreichend kleine Körperschaften, voraussetzt;

---

(121) Zur Legitimierung der körperschaftlichen Selbstverwaltung aus dem Demokratieprinzip vgl. *BVerfGE* 33, 125 ff. 159 (Ärztekammern); sowie *BVerfGE* 34, 307 ff., 317 (Heimarbeitsschüsse), *BVerfGE* 35, 79 ff., 125, 139 (Hochschulmitbestimmung); F. MAYER, *Selbstverwaltung und demokratischer Staat, in Demokratie und Verwaltung*, 1972, S. 327 ff.; U. K. PREUß, *Zum staatsrechtlichen Begriff des Öffentlichen*, 1969, S. 188 ff.; BROHM, *Strukturen der Selbstverwaltung*, 1969, S. 27 ff., 253 ff.; gegen eine Verbindung von körperschaftlicher Selbstverwaltung und Demokratieprinzip z.B. SCHMITT-GLAESER, *Partizipation an Verwaltungsentscheidungen*, in *VVDStRL*, Bd. 31, 1973, S. 179 ff., 214 ff. sowie DERS., *Mitbestimmung im Rundfunk*, in *Der Staat* 1974, S. 573 ff. (578-9) m.w.N.; H. H. KLEIN, *Demokratie und Selbstverwaltung*, in *Festschrift für E. Forsthoff* 1972, S. 165 ff.

— da fast alle Körperschaften des öffentlichen Rechts durch ihre direktere Anbindung an die Mitglieder zahlreiche Elemente ehrenamtlicher Mitwirkung verwirklichen können, bieten sie gute Voraussetzungen dafür, fachlichen Sachverstand zu mobilisieren und die Motivation des Verwaltungspersonals zu erhöhen - allerdings reduziert auf jenes Maß, das nichthauptamtliche Verwaltungskräfte zu leisten vermögen. Ansonsten beschränkt sich dieser Effekt auf den Einfluß über Bestellung, Information und Kontrolle hauptamtlicher Verwaltungskräfte, wie sie auch andere verselbständigte Verwaltungsträger unter Mitwirkung von Verbandsvertretern zu leisten vermögen.

b) Daß wesentliche politische sowie die Allgemeinheit der Staatsbürger betreffende Entscheidungen in der Demokratie von der Gesamtheit des Volkes und in der parlamentarischen Demokratie vom Parlament und von der durch das Parlament direkt legitimierten Ministerialverwaltung zu treffen sind, ist weitgehend unbestritten. Andererseits ist das parlamentarische Regierungs- und Verwaltungssystem überfordert, sollte es bei Leistungen, die im engen Kontakt mit dem Bürger und von stark professionalisierten Fachkräften erbracht werden, die jeweils spezifischen Bedürfnisse der Bürger und notwendige Autonomie gerade der Fachleute zentral steuern. Zudem ist der Mechanismus parlamentarischer Wahlen zu undifferenziert, ist die Interessenidentität zwischen Wahlbürgern einerseits und den Empfängern spezieller Leistungen sowie den Mitgliedern konkreter, abgrenzbarer Interessengemeinschaften andererseits zu gering, als daß nicht Legitimations-, Koordinations-, Informations- und Entscheidungsorganisationen auf Ebenen unterhalb des Zentralstaates errichtet werden müßten.

Um diese beiden eben genannten Defizite des zentralstaatlichen parlamentarischen Verwaltungssystems zu beheben, ist ein *Verbund fachlicher Autonomie und bürgerschaftlicher Partizipation* notwendig, der im parlamentarischen System nur dann keinen neuständischen Fremdkörper bildet, wenn er allen betroffenen Bürgern möglichst direkten Zugang bietet und ein Minimum an öffentlicher Kontrolle und genereller staatlicher Lenkung ermöglicht - wofür sich die Körperschaft des öffentlichen Rechts als Organisationsform anbietet. Da sie auch wesentliche Voraussetzungen einer inner-

verbandlichen Demokratisierung erfüllt (siehe oben II 5.), kann sie die politischen Machtverhältnisse und Einflußnahmen transparenter machen und eine innerverbandliche Öffentlichkeit schaffen, die auch externen, parlamentarischen und parlamentarisch verantwortlichen Instanzen größeren Einblick in den eigentlichen Vollzug der Verwaltung verschaffen können.

Die Körperschaft des öffentlichen Rechts ist deshalb eine notwendige Ergänzung und Stärkung des Systems der parlamentarischen Demokratie, die mehr Transparenz und Öffentlichkeit herstellt, spezielle Legitimationsmechanismen etabliert, Minderheitsinteressen schützt und die zentralstaatliche Macht pluralisiert und neutralisiert.

### 7. Zusammenfassung.

Unter historischen wie funktionalen Aspekten hat sich die innere *mitgliedschaftliche Struktur* der Körperschaft des öffentlichen Rechts <sup>(132)</sup> als ihr entscheidendes Element erwiesen, das Voraussetzung bzw. wesentlicher Faktor für die speziellen Funktionen der Körperschaft des öffentlichen Rechts ist: Direkte, authentische Interessenrepräsentation, mitgliederbezogene Finanzierung und Verselbständigung der Aufgabenerledigung, Erleichterung und Transparenz der Dezentralisation. Zugleich liegen hier auch die wesentlichen Probleme der Körperschaft des öffentlichen Rechts: Ihre zum Teil mangelnde interne repräsentative Struktur, die Möglichkeit und Grenzen, stärker partizipative Elemente der Verwaltung zu realisieren und damit zugleich den hoheitlich-autoritären, bürokratischen Funktionsmodus der Verwaltung durch einen neuen, partizipativen Funktionsmodus zu ersetzen.

Eng mit der mitgliedschaftlichen Struktur hängt der *Grad der organisatorischen und rechtlichen Verselbständigung* zusammen. Zwar gibt es auch andere, nicht körperschaftlich-mitgliedschaft-

---

<sup>(132)</sup> Der mitgliedschaftlichen Struktur räumen nur eine formale Bedeutung ein: z.B. FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, 10. Auflage, 1973, S. 487 f.; W. WEBER (Anm. 23), S. 113; Anderer Auffassung: WOLFF-BACHOF, *Verwaltungsrecht*, II, 4. Auflage, 1976, § 84 II, a.

lich, sondern anstaltlich organisierte, stark verselbständigte Verwaltungsträger (Rundfunkanstalten, Bundesbank, Anstalten der Wirtschaftslenkung etc.). Deren Aufgabe ist jedoch allgemein politisch, während sie bei den Körperschaften gruppen- und mitgliederspezifisch ist, weshalb die Interessen und der Fachverstand der Mitglieder über die Körperschaft in die öffentliche Verwaltung integriert und die Mitglieder zur Finanzierung der Organisation herangezogen werden können. Dadurch verfügen die Körperschaften des öffentlichen Rechts über zwei wesentliche soziale und organisatorische Ressourcen, Personal und Finanzen. Die mitgliedschaftliche Struktur setzt zugleich eine interne Organisationsstruktur und Rechtsordnung voraus. Damit sind entsprechend der rechtlich-formalen Verselbständigung als juristischer Person des öffentlichen Rechts auch die Voraussetzungen für eine organisatorische Selbständigkeit gegeben, bleibt die Eigenschaft als juristische Person — wie bei vielen anderen juristischen Personen des öffentlichen Rechts auch — nicht nur formal-rechtlich, instrumentell, sondern entspricht dem sozialen Substrat und der sozialen Eigenständigkeit der Körperschaft des öffentlichen Rechts.

Unter dem Aspekt der Abgrenzung gegenüber privaten Organisationen, der Integration gesellschaftlicher Interessen, der selbständigen Erledigung öffentlicher Aufgaben und insbesondere dem der Dezentralisation der Verwaltung ist das Problemfeld des *öffentlich-rechtlichen Status* der Körperschaft des öffentlichen Rechts <sup>(133)</sup> angesprochen. Entscheidend dürfte hier einerseits die Ausstattung mit speziellen Attributen öffentlicher Gewalt und der Integration in die staatliche Verwaltung sein - Merkmale, auf die sich die herkömmliche Definition und Behandlung der Körperschaft des öffentlichen Rechts im wesentlichen konzentriert. Gerade die funktionale Analyse der Körperschaft des öffentlichen Rechts hat jedoch gezeigt, daß die öffentliche Ordnung der internen Struktur, die Herstellung von Transparenz, Öffentlichkeit und formal gleichen Zugangsbedingungen zur Verwal-

---

<sup>(133)</sup> Hierauf stellte es bis heute noch die h.M. ab vgl. MRONZ, *Körperschaften und Zwangsmitgliedschaft*, 1973, S. 42 f., 111 f., 141-2, 143 f., 165 f.

tung, die Beseitigung von Konkurrenz durch Zwangsmitgliedschaft und formal gleichen Mitgliederstatus sowie der öffentlich-rechtliche Finanzierungsmodus sehr viel bedeutendere Elemente des öffentlich-rechtlichen Status sind als jene Attribute tradierter Hoheitsgewalt.





CLAUS OTT

BEGRIFF UND BEDEUTUNG DER JURISTISCHEN  
PERSON IN DER NEUEREN ENTWICKLUNG  
DES UNTERNEHMENSRECHTS  
IN DER BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND

1. In den letzten Jahren hat das Interesse der Rechtslehre an Begriff, Bedeutung und rechtlicher Einordnung der juristischen Person des Privatrechts wieder deutlich zugenommen, was durch eine Vielzahl von neueren Untersuchungen belegt wird, die von verschiedenen Ansätzen her das Phänomen der juristischen Person erneut zu erfassen versuchen <sup>(1)</sup>. Dabei wird auch dem sog. Theorienstreit über das «Wesen» der juristischen Person wieder eine gewisse Aufmerksamkeit zuteil <sup>(2)</sup>. Das überrascht — wenigstens auf den ersten Blick — um so mehr, als dieser Theorienstreit längst beigelegt und die juristische Person ohne grundsätzliche Widersprüche und Probleme im System des geltenden Rechts verankert schien. Dem im 19. Jh. und noch weit bis ins 20. Jh. hinein mit Vehemenz geführten Streit um die

---

<sup>(1)</sup> Vgl. RITTNER, *Die werdende juristische Person*, 1973; JOHN, *Die organisierte Rechtsperson*, 1977; WIERCKER, *Zur Theorie der Juristischen Person des Privatrechts*, in *Festschrift für Huber*, 1973, S. 339 ff.; KIEFNER, *Personae vice fungitur?*, in *Festschrift für H. Westermann*, 1974, S. 263 ff.; FLUME, *Gesamthandsgesellschaft und juristische Person*, in *Festschrift für L. Raiser*, 1974, S. 27 ff.; DERS., *Savigny und die Lehre von der juristischen Person*, in *Festschrift für Wieacker*, 1978, S. 340 ff.; DERS., *Unternehmen und juristische Person*, in *Festschrift für Beitzke*, 1979, S. 43 ff.; OTT, *Recht und Realität der Unternehmenskorporation. Ein Beitrag zur Theorie der Juristischen Person*, 1977.

<sup>(2)</sup> S. außer der in der vor. Anm. gen. Literatur COING, *Das Privatrecht und die Probleme der Ordnung des Verbandswesens*, in *Festschrift für Flume*, 1978, Bd. I, S. 429 ff.

Theorie der juristischen Person wird heute fast durchweg nur noch dogmengeschichtliche Bedeutung beigemessen und zum Teil eine tiefere Bedeutung auch ganz abgesprochen<sup>(3)</sup>. Die Frage nach dem «Wesen» der juristischen Person und nach den Voraussetzungen und der allgemeinen Bedeutung der Rechtsfähigkeit von Verbänden wird schon im Ansatz für irreführend oder belanglos gehalten oder unter Hinweis auf die gesetzliche Regelung, die die Verleihung der Rechtsfähigkeit an Verbände und die Ausgestaltung dieser Rechtsfähigkeit im BGB und in anderen Gesetzen gefunden, hat, für obsolet erklärt<sup>(4)</sup>. Demgemäß wird der Begriff der juristischen Person heute vorwiegend auf die rechtstechnische Seite der einheitlichen Zuordnung von Rechten und Pflichten und insbes<sup>(5)</sup> von Vermögen bezogen oder schlicht und unter Verzicht auf jeglichen inhaltlichen Bezug als «rechtstechnischer Begriff» oder «konstruktive Abbeviatur» zur Umschreibung vielfacher Rechtsbeziehungen verstanden<sup>(6)</sup>. Eine besondere rechts- oder gesellschaftspolitische Bedeutung kommt der juristischen Person als Institut des geltenden Rechts aus dieser Sicht nicht zu; grundsätzliche Fragen der Rechts-, Sozial- und Wirtschaftsordnung werden mit der juristischen Person kaum in Verbindung gebracht. Schließlich wurden auch die Entwicklungen im Recht der Personengesellschaften, die — von der Kautelarjurisprudenz ins Werk gesetzt — zu einer fortschreitenden Ver selbständigung dieser Verbände bzw. Organisationen geführt haben, bislang kaum mit dem Begriff der juristischen Person im Zusammenhang gesehen, sondern auf konkrete Rechtsanwen-

---

<sup>(3)</sup> Vgl. WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht*, Bd. I, 1980, S. 191 ff.; SCHULTZE-v. LASAULX, in SOERGEL-SIEBERT, *Kommentar zum BGB*, Bd. I, 11. Aufl., 1978, Rn. 4 vor S. 21; s. weiter die Hinweise bei OTT, *Recht und Realität der Unternehmenskorporation*, S. 36 ff.

<sup>(4)</sup> WIEDEMANN a.a.O. und RITTNER a.a.O. (Fn. 1), S. 225, sehen den Theorienstreit als durch die rechtspolitische Entwicklung beendet an. Zweifelnd demgegenüber KÜBLER, *Gesellschaftsrecht*, 1981, S. 32 f.

<sup>(5)</sup> KÜBLER a.a.O., S. 26; zur Beschränkung des Begriffs der JP auf die Vermögensfähigkeit in der Lehre Savignys: FLUME, in *FS Wieacker*, S. 345 ff. (Fn. 1).

<sup>(6)</sup> PALANDT-DANCKELMANN, *Kommentar zum BGB*, 40. Aufl., 1981, Einf. vor § 21; ähnlich («juristisches Kürzel», «Konstruktive Abbeviatur») schon Hans Julius WOLFF, *Organschaft und juristische Person*, Bd. I, 1933, S. 207 ff.

dungsprobleme reduziert <sup>(7)</sup>. Auch der bekannte Streit um die Frage, ob OHG/KG juristische Personen sind, schien keine große Aktualität, zumindest aber keine praktische Relevanz mehr zu besitzen <sup>(8)</sup>.

2. In diesen weitgehenden Stillstand der Lehre von der juristischen Person ist durch verschiedene Ursachen Bewegung gekommen. Eine dieser Ursachen ist die Auseinandersetzung um eine Neubegründung des Unternehmensrechts, bei der — nach bestimmten Vorschlägen — das überkommene Gesellschaftsrecht ganz oder teilweise abgelöst und durch ein weitergreifendes Unternehmens- oder Unternehmensverfassungsrecht ersetzt werden soll <sup>(9)</sup>. Den Kern dieser Vorschläge bilden rechtspolitische Konzepte, die teils auf eine verstärkte, teils auch auf eine grundsätzlich anders organisierte Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Unternehmen zielen <sup>(10)</sup>; nach einigen dieser Vorschläge sollen auch noch andere Interessen bzw. Interessenvertreter — wie z.B.

---

<sup>(7)</sup> Aus der umfangreichen Literatur zum Strukturwandel der Personengesellschaften sei verwiesen auf Maria PLUM, in *Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages*, Band II, 1960, S. 137 ff., sowie aus der neueren Literatur auf H. P. WESTERMANN, *Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften*, 1970; IMMENGA, *Die personalistische Kapitalgesellschaft*, 1970; TEICHMANN, *Gestaltungsfreiheit in Gesellschaftsverträgen*, 1970; REUTER, *Privatrechtliche Schranken der Perpetuierung von Unternehmen*, 1973; FLUME, *Die Personengesellschaft*, 1977, S. 189 ff.; KÜBLER a.a.O. (Fn. 4), S. 269 ff. m.w.N. Eine eingehende Darstellung der einschlägigen Literatur findet sich bei G. WÜST, *Gestaltungsfreiheit und Typenkatalog im Gesellschaftsrecht*, in *Festschrift für K. Duden*, 1977, S. 749 ff.

<sup>(8)</sup> Vgl. REINHARDT, *Gesellschaftsrecht*, 1973, S. 32 ff., 57; KÜBLER a.a.O. (Fn. 4), S. 65.

<sup>(9)</sup> Vgl. dazu DUDEN, *Zur Methode der Entwicklung des Gesellschaftsrechts zum Unternehmensrecht*, in *Festschrift für W. Schilling*, 1973, S. 309 ff. und die Diskussion zusammenfassende und systematisierende Abhandlung von Thomas RAISER, *Die Zukunft des Unternehmensrechts*, in *Festschrift für Robert Fischer*, 1979, S. 561 ff. mit eingehenden Nachw. S. a. Herbert WIEDEMANN, *Die Zukunft des Gesellschaftsrechts*, ebd., S. 883 ff. Zur Problematik des Begriffs Unternehmensrecht grundsätzlich BALLERSTEDT, *Was ist Unternehmensrecht?*, in *Festschrift für Duden*, 1977, S. 15 ff.

<sup>(10)</sup> Zur Entwicklung und zum Stand der Mitbestimmungsdiskussion KÜBLER a.a.O. (Fn. 4), S. 376 ff.; WIEDEMANN a.a.O. (Fn. 3), S. 299 ff., S. 582 ff.

der Verbraucher oder der « Öffentlichkeit » — in die Unternehmensverfassung einbezogen werden und Mitbestimmungsrechte erhalten <sup>(11)</sup>. Diese Vorschläge laufen auf eine organisatorische und rechtliche Verselbständigung des Unternehmens gegenüber den bisherigen Unternehmensträgern hinaus und werfen die grundsätzliche Frage nach dem Verhältnis von juristischer Person und Unternehmen auf <sup>(12)</sup>. Zugespitzt stellt sich diese Frage dort, wo gefordert wird, das Unternehmen selbst zur juristischen Person zu erheben oder wo die Ansicht vertreten wird, das Unternehmen sei bereits nach geltendem Recht juristische Person <sup>(13)</sup>. Von daher wird eine Auseinandersetzung mit Begriff und Funktion der juristischen Person im System des Gesellschaftsrechts und eines noch zu entwickelnden Unternehmensrechts unvermeidlich. Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer nach geltendem Recht — eingeführt durch das Montanmitbestimmungsgesetz von 1951 und durch das Betriebsverfassungsgesetz von 1952, erweitert durch das Mitbestimmungsgesetz von 1976 — hat noch nicht in gleicher Weise Probleme der juristischen Person aufgeworfen, weil diese Mitbestimmung in das Gesellschaftsrecht integriert worden ist. Sie gilt zwar — bei allen Unterschieden im einzelnen — nur für Unternehmen, die in der Rechtsform einer juristischen Person betrieben werden (AG, GmbH, KGaA, eingetr. Genossenschaft), knüpft also an die juristische Person an und verändert deren innere Organisation, hat aber die Funktion der juristischen Personen als Unternehmensträger und ihr Verhältnis zum Unternehmen formal nicht in Frage gestellt. Gleichwohl steht aber auch hinter dem geltenden Mitbestimmungsrecht die Erkenntnis, daß das Unternehmen ein « Sozialverband » ist, der

---

<sup>(11)</sup> Vgl. dazu vor allem BOETTCHER u.a., *Unternehmensverfassung als gesellschaftspolitische Forderung*, 1968; STEIMANN, *Das Großunternehmen im Interessenkonflikt*, 1969; THOMAS RAISER, *Das Unternehmen als Organisation*, 1969; OTT, *Recht und Realität der Unternehmenskorporation*, 1977; P. ULRICH, *Die Großunternehmung als quasi-öffentliche Institution*, 1977; STEINMANN-GERUM, *Reform der Unternehmensverfassung*, 1978.

<sup>(12)</sup> Vgl. dazu insbes. FLUME, in *FS Beitzke* (Fn. 1); DERS., *Um ein neues Unternehmensrecht*, 1980; sowie DERS., *Die Mitbestimmung - Ideologie und Recht*, in *ZGR* 1978, 678 ff.

<sup>(13)</sup> THOMAS RAISER, *Das Unternehmen als Organisation*, S. 166 ff.

nicht nur das Management und die Kapitaleigner, sondern zumindest auch die Arbeitnehmer umfaßt<sup>(14)</sup>. Insofern ist die Frage nach der Funktion der juristischen Person in einem solchen, über die Anteilseigner-Gesellschaft hinausreichenden Sozialverband ebenso wie die Frage nach dem Stellenwert der juristischen Person in einem über das Gesellschaftsrecht hinausgreifenden und das Unternehmen in seiner Ganzheit erfassenden System des Unternehmensrechts im Konzept der Mitbestimmung schon grundsätzlich enthalten.

3. Neue Impulse hat die Lehre von der juristischen Person im übrigen auch durch den fortschreitenden Strukturwandel im Recht der Personengesellschaften erhalten. Dieser durch die Vertragspraxis herbeigeführte Strukturwandel hat die OHG und vor allem die KG typischerweise stark an die Körperschaften angenähert und in vielen Fällen — so insbes. im Falle der sog. Publikums-KG — Körperschaften in der Rechtsform einer Personengesellschaft hervorgebracht<sup>(15)</sup>. Diese Umstrukturierung geschieht im einzelnen durch Vertragsgestaltungen, die den Bestand der Gesellschaft vom Schicksal einzelner Gesellschafter möglichst unabhängig machen, indem statt der gesetzlich vorgesehenen Auflösung der Gesellschaft bei Tod, Kündigung oder Konkurs eines Gesellschafters die Fortführung mit den Erben bzw. die Fortführung unter den übrigen Gesellschaftern unter Abfindung des ausgeschiedenen vereinbart wird<sup>(16)</sup>. Weiterhin

---

<sup>(14)</sup> Die Verbandslehre geht zurück auf SIEBERT, *Deutsche Rechtswissenschaft*, 1936, S. 225 ff., 255 ff., und vor allem auf FECHNER, *Die Treubindungen des Aktionärs*, 1942, und DERS., *Das wirtschaftliche Unternehmen in der Rechtsordnung*, 1942. Dazu FLUME, in *FS Beitzke* (Fn. 1), S. 50 ff. Wiedemann bezeichnet die Sozialverbandstheorie als «geschickte Ideologie um jedwede Mitbestimmungsforderung zu begründen», *ZGR* 1975, 402 und *Gesellschaftsrecht* (Fn. 3), S. 309. Ihm folgt FLUME, in *ZGR* 1978, 678, 681 und DERS., *Unternehmensrecht* (Fn. 12), S. 16.

<sup>(15)</sup> Zur Publikums-KG KÜBLER a.a.O. (Fn. 4), S. 280 ff.; BÄLZ, *Treuhandkommanditist, Treuhänder der Kommanditisten und Anglerschutz*, in *ZGR* 1980, 1 ff. S.w.o. Fn. 7.

<sup>(16)</sup> Vgl. FLUME, *Gesamthandsgesellschaft und juristische Person* (Fn. 1), S. 49 ff.; KÜBLER a.a.O. (Fn. 4), S. 274 ff. S. dazu vor allem auch die umfas-

wird typischerweise die Allzuständigkeit der Gesellschafter für Angelegenheiten der Gesellschaft durch formale Kompetenzzuweisungen und -abgrenzungen, meist in Verbindung mit der Errichtung besonderer « Gesellschaftsorgane », ersetzt, für Gesellschaftsbeschlüsse das Mehrheitsprinzip und die Bemessung des Stimmrechts nach Kapitalanteilen statt nach Köpfen vorgeschrieben<sup>(17)</sup> und häufig auch die Übertragbarkeit der Gesellschaftsanteile eröffnet<sup>(18)</sup>. Auch die Begründung der Dritt — oder Fremdorganshaft in dem Sinne, daß einem Nicht-Gesellschafter die eigentliche Unternehmensleitung übertragen wird, findet sich häufig in Verträgen von Personengesellschaften<sup>(19)</sup>. Diese Gesellschaftsverträge nehmen durch diese korporativen Elemente, nicht zuletzt aber auch dadurch, daß sie dem einzelnen Gesellschafter regelmäßig vorgegeben sind und nicht mit ihm erst ausgehandelt werden — vom eigentlichen Gründungsstadium abgesehen —, den Charakter körperschaftlicher Organisationsstatute an<sup>(20)</sup>. Die Bestrebungen, Personengesellschaften wie Körperschaften auszugestalten und zu verselbständigen, werden durch das geltende Recht teils gefördert, teils freilich auch begrenzt. Eine gewisse Verselbständigung ist bei allen Personengesellschaften, auch bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, schon im gesetzlichen Normalstatut durch die gesamthänderische Vermögensordnung angelegt, die das Vermögen der Gesellschaft vom Vermögen der einzelnen Gesellschafter scharf trennt. Bei der OHG und bei der KG ist diese Verselbständigung dadurch noch entscheidend verstärkt, daß sie im Rechtsverkehr eine eigene Identität besitzen<sup>(21)</sup>: sie können unter ihrer Firma Rechte erwerben, Verbindlichkeiten eingehen und vor Gericht klagen und verklagt werden

---

sende Untersuchung von REUTER, *Privatrechtliche Schranken der Perpetuierung von Unternehmen*, 1973.

<sup>(17)</sup> S. dazu FLUME, *Personengesellschaft* (Fn. 7), S. 209 ff., 213 ff.; KÜBLER a.a.O.

<sup>(18)</sup> Dazu FLUME a.a.O. (Fn. 16), S. 53 ff.

<sup>(19)</sup> Hierzu FLUME a.a.O. (Fn. 17), S. 235 ff., 240 ff.; JOHN a.a.O. (Fn. 1), S. 271 ff.

<sup>(20)</sup> Vgl. JOHN a.a.O., S. 149 f.

<sup>(21)</sup> Zur grundsätzlichen Bedeutung der Identitätsausstattung als Element der Rechtsperson JOHN a.a.O., S. 92 ff.

(§ 124 Abs. 1 HBG). Durch Einschaltung einer juristischen Person als Komplementärin einer KG (GmbH u. Co. KG) lassen sich die noch verbleibenden Unterschiede zu den kraft Gesetzes mit eigener Rechtsfähigkeit ausgestatteten Körperschaften weiter reduzieren.

4. Diese Entwicklung stellt das herkömmliche Verständnis der juristischen Person grundsätzlich in Frage. Wenn Personengesellschaften an die juristischen Personen des Handelsrechts so stark angenähert werden können, daß zwischen ihnen in wesentlichen Bereichen weitgehende Gemeinsamkeiten oder sogar Übereinstimmungen bestehen, dann verliert die Unterscheidung von juristischen Personen und anderen Verbänden jedenfalls in diesem Bereich ihre grundsätzliche und für das Rechtssystem konstitutive Bedeutung. Das zwingt dazu, die Funktion der Vertragsfreiheit bei der Verbandsbildung neu zu überdenken. Bislang galt als gesicherter Grundsatz des Verbandsrechts, daß rechtsfähige Körperschaften nur nach Maßgabe gesetzlicher Zulassung entstehen, nicht aber durch bloße Vereinbarung der Beteiligten begründet werden können <sup>(22)</sup>. Die strukturelle Annäherung der Personengesellschaften an die Körperschaften mittels der Vertragsfreiheit steht in offensichtlichem Widerspruch zu diesem Grundsatz. Wichtiger noch ist, daß durch diesen Vorgang « natürlich auch die undifferenzierte Frage nach der 'Rechtsfähigkeit' ins Zwielficht (gerät) » <sup>(23)</sup>. Stimmen Verbände — oder, noch allgemeiner: Zusammenschlüsse von Personen — hinsichtlich ihrer organisatorischen Struktur in allen wesentlichen Merkmalen überein, dann kann es für ihre Verselbständigung nach innen und außen und damit für ihre Teilnahme am Rechtsverkehr, die Inhalt der Rechtsfähigkeit ist, keinen großen Unterschied mehr ausmachen, ob ihnen förmlich die Anerkennung als juristische Person zuteil wurde. Organisatorisch-strukturell reduziert sich der Unterschied zwischen Rechtspersonen und Nicht-Rechtspersonen allenfalls auf Stufungen und ist abhängig vom jeweiligen Umfang

---

<sup>(22)</sup> KÜBLER a.a.O. (Fn. 4), S. 32; ausführlich dazu OTT a.a.O. (Fn. 1), S. 65 ff.

<sup>(23)</sup> JOHN a.a.O., S. 150.

der organisatorischen Verselbständigung des Verbands <sup>(24)</sup>. So besehen ist die juristische Person eine besondere Organisationsstufe, neben der es eine « Reihe von Neben- und Vorformen der Personifikation » <sup>(25)</sup> gibt, wobei sich einige dieser « Vorformen » von der Organisationsstufe der juristischen Person nur « in Nuancen » und mehr in der rechtstechnischen Konstruktion als im praktischen Ergebnis unterscheiden. Dies gilt z.B., wie schon erwähnt, für bestimmte Ausgestaltungen der GmbH u. Co. KG und hier wieder besonders für die Publikums-KG <sup>(26)</sup>. Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts beispielsweise kann dagegen insgesamt nur eine geringere Stufe organisatorischer Verselbständigung erreichen. Dementsprechend unterschiedlich ist auch die Verselbständigung im Rechtsverkehr und damit die Rechtsfähigkeit ausgeprägt. Der gebräuchliche, formal-einheitliche Begriff der Rechtsfähigkeit als der « Fähigkeit, Rechte und Pflichten » zu haben, ist zu undifferenziert, um diese Abstufungen zu erfassen, und insoweit auch unbrauchbar, als er « leicht den Blick auf die konkreten organisatorischen Zusammenhänge bei den einzelnen Personifikationen verstellt » <sup>(27)</sup>.

Mit dem Begriff der Rechtsfähigkeit gerät auch der Begriff der juristischen Person ins « Zwielficht », jedenfalls dann, wenn der Begriff der juristischen Person aus dem der Rechtsfähigkeit abgeleitet wird, wie es der herkömmlichen Lehre entspricht. Ein so reduzierter Begriff der juristischen Person vermag weder organisatorisch-strukturelle Gemeinsamkeiten oder Unterschiede der einzelnen Verbandstypen zu erfassen noch vermag er einen systematisch einleuchtenden Unterschied zwischen « rechtsfähigen » und « nicht-rechtsfähigen » Verbänden zu begründen. Eine Gegenüberstellung von juristischer Person und Gesamthand führt ebenfalls nicht weiter, sondern endet nur in dem ebenso bekannten wie ausweglosen Streit <sup>(28)</sup> darüber, wer bei der Gesamthand der « wirkliche Träger » der Rechte ist - die Personengemeinschaft

<sup>(24)</sup> JOHN a.a.O., S. 160 ff.

<sup>(25)</sup> JOHN a.a.O., S. 219.

<sup>(26)</sup> Oben Fn. 15.

<sup>(27)</sup> JOHN a.a.O., S. 223.

<sup>(28)</sup> Dazu OTT a.a.O. (Fn. 1), S. 44 ff.; JOHN a.a.O., S. 222 mit weit. Nachw.



als solche oder die «Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit» oder schließlich eine Personengesellschaft «als in ihren Mitgliedern existierend gedacht»<sup>(29)</sup>. Die Gesamthand ist bei nüchterner Betrachtung nichts anderes als ein «Mechanismus der Zurechnung»<sup>(30)</sup> von Rechten und Pflichten, insbesondere von Vermögen, der auf einen organisatorisch nicht oder jedenfalls nicht voll verselbständigten Verband zugeschnitten ist, der also den Besonderheiten eines Zusammenschlusses mit den Strukturmerkmalen der «Sozietät» Rechnung trägt. Die Gesamthand ist aber mit einer bestimmten organisatorischen Verbandsstruktur weder identisch noch beeinflußt sie die Verbandsstruktur weder identisch noch beeinflusst sie die Verbandsstruktur in irgendeiner Weise; Gesamthand und Verbandsstruktur stehen in keinem notwendigen Zusammenhang. Schon bei den gesetzlichen Gesellschaftstypen zeigt sich, daß die Gesamthand mit einem ganz unterschiedlichen Maß an Verselbständigung der Gesellschaft verbunden ist, wenn man die gesetzestypische Regelung der BGB-Gesellschaft einerseits, der OHG und KG andererseits vergleicht. Erst recht machen die vertraglichen Typenvermischungen bis hin zur Körperschaft in der Rechtsform einer Personengesellschaft deutlich, daß die Gesamthand über Organisation, Struktur und das Ausmaß der Verselbständigung eines Verbands bzw. eines Zusammenschlusses von Personen nichts auszusagen vermag. Inwieweit ein Verband «überindividuelle Wirkungseinheit» ist, hängt nicht von seiner Ausgestaltung als Gesamthandsgesellschaft ab, sondern davon, inwieweit Strukturelemente der Gesellschaft i.S. der *societas* durch solche der Körperschaft ersetzt worden sind und der Verband dadurch gegenüber seinen Mitgliedern verselbständigt worden ist. Dieser Zusammenhang wird verkannt, wenn Gesamthandsgesellschaft und juristische Person als «nur unterschiedliche Organisationsformen überindividueller

---

<sup>(29)</sup> FLUME a.a.O. (Fn. 16), S. 53. Flume versucht, Gesamthandsgesellschaft und juristische Person als den «wahren Gegensatz» herauszustellen; gegen ihn KÜBLER a.a.O. (Fn. 4), S. 27.

<sup>(30)</sup> KÜBLER a.a.O. Vgl. auch TEUBNER, in *Alternativ-Kommentar zum BGB*, Bd. 3, Besonderes Schuldrecht, 1979, Rn. 15 vor §§ 705 ff.

Wirkungseinheiten » <sup>(31)</sup> bezeichnet werden. Die Gesamthand, die als rechtstechnisches Instrument das Problem der Vermögenszuordnung bei Verbänden mit geringerer oder stärkerer, aber jedenfalls nicht umfassender organisatorischer Verselbständigung lösen sollte, nähert sich mit zunehmender Verselbständigung des Verbands der juristischen Person immer mehr an. Der Unterschied zwischen Gesamthand und juristischer Person schrumpft dabei « von einem prinzipiellen zu einem nur graduellen zusammen » <sup>(32)</sup> und verflüchtigt sich schließlich ganz, wenn die organisatorische Struktur der Gesellschaft der einer Körperschaft angeglichen wird, wie das Beispiel der kapitalistischen KG — etwa der sog. Publikums-KG — zeigt.

5. Zieht man aus dieser Entwicklung des Gesellschaftsrechts ein erstes Fazit, so ergibt sich, daß der Begriff der juristischen Person weitgehend entwertet und ohne systematische Bedeutung ist, wenn man die juristische Person nur einseitig und abstrakt von der « Fähigkeit, Rechte und Pflichten zu haben », und damit letztlich vom subjektiven Recht her definiert. Bezogen auf die Rechtsfähigkeit hat der Begriff der juristischen Person nur insofern noch Bedeutung, als er eine Vermutung für umfassende Rechtsfähigkeit begründet <sup>(33)</sup>; nur eine Vermutung, weil auch ein Verband, der rechtsförmlich juristische Person ist, nicht ohne Einschränkung rechtsfähig in dem Sinne ist, daß er Träger aller in der Rechtsordnung vorkommender Rechte und Pflichten sein kann. « Nicht nur auf der Ebene der Verfassung, sondern auch auf der Ebene des einfachen Rechts bedeutet die Rechtssubjektivität der juristischen Person ein Minus gegenüber der Rechtsfähigkeit des Menschen. Vor allem aber steht ihr Umfang nicht ein für alle Mal fest, er hängt vielmehr vom konkreten Formtyp

---

<sup>(31)</sup> FLUME a.a.O. (Fn. 16), S. 31. Zur « organisationsrechtlichen Umformulierung der Gesamthand TEUBNER a.a.O., Rn. 16 ff.

<sup>(32)</sup> TEUBNER a.a.O., Rn. 20. Vgl. auch FLUME, *Personengesellschaft* (Fn. 7). S. 87 ff., 93: Hinsichtlich der Rechtszuständigkeit stehen sich die Gesamthandsgesellschaft und die juristische Person im Gegensatz zur h.M. grundsätzlich gleich.

<sup>(33)</sup> Vgl. dazu JOHN a.a.O., S. 221: Rechtsperson ist standardisierte Höchstform der Personifikation.

der Vereinigung ab; an juristische Personen wird die Rechtsfähigkeit in durchaus ungleicher Weise verliehen. In breiten Bereichen herrscht freilich Übereinstimmung: die juristischen Personen des Privatrechts sind den natürlichen Personen für das Vermögensrecht durchaus gleichgestellt » (34). Eine solche Gleichstellung kommt aber, wie dargelegt, auch bei Verbänden in Betracht, die nicht die Rechtsform einer juristischen Person haben; der Begriff der juristischen Person ist dafür also nicht ausschlaggebend. Entscheidend hängt diese Gleichstellung vielmehr von den inhaltlichen und strukturellen Besonderheiten der in Frage stehenden Rechtsverhältnisse einerseits und ihrer Entsprechung durch Ausrichtung und Organisation des Verbands, insbesondere vom Grad seiner Verselbständigung ab. Diese strukturelle Entsprechung begründet bei juristischen Personen eine Vermutung für eine generelle Rechtsfähigkeit im Bereich des Vermögensrechts. Bei anderen Verbänden ist die Rechtsfähigkeit nicht von vornherein ausgeschlossen, es bedarf hier aber einer Prüfung von Fall zu Fall, ob ihre strukturellen Voraussetzungen vorliegen. So kann z.B. nach herrschender Meinung nicht nur eine juristische Person, sondern auch eine OHG/KG als Erbe eingesetzt werden, nicht dagegen eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (35); ebenso können nach h.M. nicht nur juristische Personen, sondern auch OHG/KG Gesellschafter einer anderen — rechtsfähigen oder nicht-rechtsfähigen — Gesellschaft sein, während wiederum der Gesellschaft bürgerlichen Rechts allgemein die Fähigkeit abgesprochen wird, Gesellschafter einer OHG oder KG zu sein (36); nach ebenfalls herrschender, aber umstrittener Ansicht soll eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts dagegen Gesellschafter einer anderen Gesellschaft bürgerlichen Rechts sein können (37). Die Entscheidung über die Zulassung des Verbands

(34) KÜBLER a.a.O. (Fn. 4), S. 33.

(35) Dazu FLUME, in *FS Raiser* (Fn. 1), S. 33 f. sowie *Personengesellschaft* (Fn. 7), S. 106 ff. m.w.N.

(36) BGHZ 46, 296; vgl. dazu FLUME, *Personengesellschaft*, S. 63 ff., S. 109 m.w.N.

(37) FLUME a.a.O. Ebenso TEUBNER a.a.O., § 705 Rn. 23. Abl. R. FISCHER, *Großkommentar zum Handelsgesetzbuch*, 2. Band, 3. Aufl., 1973, § 105 Amn. 28.

zu bestimmten Rechtsverhältnissen ist in allen diesen Fällen eine Entscheidung über dessen konkrete Rechtsfähigkeit, die aber weder mit dem Begriff der juristischen Person noch dem der Gesamthand etwas zu tun hat. Vielmehr wird in allen diesen Fällen darauf abgestellt, ob der Verband seiner — typischen — Struktur nach den inhaltlich-strukturellen Anforderungen der jeweiligen Rechtsverhältnisse zu genügen vermag und mit deren Regelungen im ganzen so zu vereinbaren ist, daß nicht mit schwerwiegenden Störungen des Rechtsverkehrs zu rechnen ist; letztlich geht es um Fragen der Funktionsfähigkeit und der Zweckmäßigkeit. Diese Fragen können sich von Fall zu Fall auch bei der juristischen Person stellen, ungeachtet der für sie sprechenden Vermutung der Rechtsfähigkeit. So ist z.B. umstritten, ob eine juristische Person Konkursverwalter <sup>(38)</sup> oder Vorstand einer anderen juristischen Person sein kann <sup>(39)</sup>; das verweist auf die gleichen Kriterien wie bei der Bestimmung der Rechtsfähigkeit von Verbänden, die nicht juristische Person sind. Die vieldiskutierte Frage, ob eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Gründer einer GmbH oder AG fungieren kann, wird zwar gelegentlich schlicht mit dem Hinweis auf ihre mangelnde Rechtsfähigkeit verneint <sup>(40)</sup>, doch ist dies ein Scheinargument. Der BGH, der diese Frage in einer Entscheidung vom 3.II.1980 <sup>(41)</sup> bejaht hat, hat demgemäß auch nicht auf das Merkmal der Partei- und Rechtsfähigkeit abgestellt, sondern auf die Anforderungen, die sich aus dem Gründungsstadium einer GmbH an die Gründungsgesellschaft ergeben und darauf, daß «der Rechtsverkehr und die Zusammenarbeit innerhalb der GmbH durch die Beteiligung einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts leiden könnte» <sup>(42)</sup>. Der BGH untersucht dann im einzelnen die Erschwernisse, die aus den strukturellen Besonderheiten der BGB-Gesellschaft im Hinblick auf Willensbildung, Mitgliederwechsel und Haftungs-

---

<sup>(38)</sup> Vgl. JAEGER-WEBER, *Konkursordnung*, 8. Aufl., Bd. II, 1973, § 78 Anm. 7.

<sup>(39)</sup> FLUME, *Personengesellschaft*, S. 110 m.w.N.

<sup>(40)</sup> Vgl. SCHOLZ-FISCHER, *GmbH-Gesetz*, 8. Aufl., 1977, § 2 Anm. 2; a.M. HOHNER, in *NJW* 1975, 718.

<sup>(41)</sup> BGH, *NJW* 1981, 682.

<sup>(42)</sup> S. 683.

verhältnisse folgen und legt im einzelnen dar, daß damit keine unüberwindbaren Hindernisse für die Beteiligung einer solchen Gesellschaft als Gründerin einer GmbH verbunden sind.

Die Fähigkeit eines Verbands, Träger bestimmter Rechte und Pflichten zu sein, hängt somit letztlich nicht von der formalen Zuerkennung der Rechtsfähigkeit qua juristischer Person ab, sondern davon, ob der Verband organisatorisch und strukturell als Normadressat geeignet ist. Eine zuverlässige und berechenbare Steuerung sozialen Verhaltens durch Zuordnung von Rechtsnormen an ein Kollektiv ist nur möglich, wenn eine Organisation besteht, die individuelles Handeln der einzelnen Mitglieder koordinieren und in einheitliches Handeln umsetzen und Rechtsnormen, die dem Kollektiv zugeordnet sind, in individuelle Verhaltensanweisungen transformieren kann<sup>(43)</sup>. Hinzukommen muß ein gewisses Maß an Verselbständigung des Verbands als « Wirkungseinheit » gegenüber seinen Mitgliedern in dem Sinn, daß die Abhängigkeit des Verbands in seinem Bestand vom Schicksal der einzelnen Mitglieder soweit relativiert wird, daß es sinnvoll ist, dem Verband selbst und nicht nur den einzelnen Mitgliedern Verhaltensnormen zuzuordnen. In prinzipieller Hinsicht folgen diese Voraussetzungen aus dem Begriff der Rechtsfähigkeit: ein amorpher, unstrukturierter vorübergehender Zusammenschluß von Menschen ohne angebbaren Mitgliederkreis und ohne Einrichtungen zur Verhaltenskoordination kann nicht Normadressat und Träger von Rechten und Pflichten sein<sup>(44)</sup>. Welches Maß an Organisation und Verselbständigung dazu im einzelnen erforderlich ist, ist aus dem Begriff der Rechtsfähigkeit allein dagegen nicht abzuleiten; das ist — wie sich bereits gezeigt hat — eine Frage der Funktionsfähigkeit und der Zweckmäßigkeit.

In dem Maß, in dem diese organisatorisch-strukturellen Voraussetzungen erfüllt sind, wird sich der Verband umgekehrt, sofern er überhaupt legal ist, auch die Anerkennung seiner Rechtsfähigkeit erzwingen<sup>(45)</sup>. Die förmliche Anerkennung als juristi-

<sup>(43)</sup> OTT, *Unternehmenskorporation* (Fn. 1), S. 88. S.a. HANS J. WOLFF a.a.O. (Fn. 6), S. 230.

<sup>(44)</sup> Dazu näher OTT a.a.O.

<sup>(45)</sup> Ein klassisches Beispiel dafür sind die Gewerkschaften, die sich gegen

sche Person ist freilich dem Gesetzgeber vorbehalten. Sie ist aber auch nicht Voraussetzung der Rechtsfähigkeit. Diese ergibt sich vielmehr ohne weiteres dann, wenn der Verband ein gewisses Maß an Verselbständigung und eigener, von den Mitgliedern abgehobener Handlungsfähigkeit erreicht hat, kraft seiner Organisation und Struktur also eine «überindividuelle Wirkungseinheit» geworden ist. Der Umfang der Rechtsfähigkeit ist nicht notwendig einheitlich, sondern kann durch die insbesondere gerichtlich kontrollierte Zulassung oder Nicht-Zulassung zu bestimmten Rechtsverhältnissen von Fall zu Fall unterschiedlich festgelegt werden. Die prinzipielle Rechtsfähigkeit ist aber eine notwendige Folge einer Verbandsstruktur, die den Verband zu einer «überindividuellen Wirkungseinheit» werden läßt.

6. Aus den bisherigen Ausführungen ergibt sich, daß Aussagen über einen Verband weitgehend belanglos sind, wenn sie sich nur auf die abstrakte Frage der Rechtsfähigkeit beziehen und nicht auch die Organisation und Struktur des Verbands erfassen. Die Betrachtung reduziert sich dann auf ein mehr konstruktives Detail, nämlich darauf, wie man sich die Zuordnung eines einheitlichen Rechts an eine Vielheit von Personen zu denken hat. Aus dieser Sicht bleibt von den Problemen der Verbandsordnung nur die Frage übrig, ob der Verband «eine gegenüber den Gesellschaftern verselbständigte Person» oder aber eine «in den Gesellschaftern existierende Personengruppe»<sup>(46)</sup> ist, was allenfalls noch eine - gerinfügige - rechtstechnische Bedeutung haben mag. Von einem solchen Ansatz aus gerät der Verband als soziale, ökonomische oder politische Realität gar nicht erst in den Blick. An dieser Stelle liegt allerdings der Einwand nahe, daß die juristische Person nicht stets auf einen Verband bezogen ist, sondern daß juristische Personen vielfach — ohne ein reales

---

eine eindeutige gesetzliche Entscheidung (vgl. § 54 BGB) als Körperschaften durchgesetzt und Rechtsfähigkeit erlangt haben, vgl. die Zuerkennung der vollen Parteifähigkeit durch BGHZ 50, 325. Näher zu dieser Entwicklung OTT a.a.O., S. 87 f.; KÜBLER, *Rechtsfähigkeit und Verbandsverfassung*, 1971 sowie DERS., *Gesellschaftsrecht*, S. 126 ff.

<sup>(46)</sup> So FLUME, in *FS Raiser* (Fn. 1), S. 51.

soziales Substrat zu haben — nur rechtstechnische Instrumente für Zwecke der Haftungsbeschränkung (Einmann-GmbH, GmbH u Co. KG) oder auch der Gesetzesumgehung, der Normerschleichung oder schließlich auch Instrumente zum Ausbau und zur Sicherung wirtschaftlicher Herrschaftssysteme sind <sup>(47)</sup>. Eine solche Instrumentalisierung der juristischen Person kann zu einer kritischen Auseinandersetzung mit dem Erfindungsreichtum der Kautelarjurisprudenz unter dem Gesichtspunkt des Institutsmissbrauchs und des funktionswidrigen Einsatzes der Privatautonomie führen; ein Grund, die Verbandsrealität auch im übrigen generell auszuklammern, kann sich daraus nicht ergeben.

Allerdings kann die Verbandsrealität von vornherein kein besonderes Interesse im Zusammenhang mit der Lehre von der juristischen Person beanspruchen, wenn man in ihr letztlich nichts weiter als ein Vertragsverhältnis zwischen den Verbandsmitgliedern sieht, wenn auch mit einer Reihe von Besonderheiten, die sich aus der Interessenstruktur im Innenverhältnis und aus Notwendigkeiten des Verkehrsschutzes im Außenverhältnis ergeben. Das Substrat der juristischen Person ist dann die Privatautonomie. Auf dieser Linie liegt die von Savigny entwickelte Lehre von der juristischen Person, die im allgemeinen als Fiktionstheorie bezeichnet wird <sup>(48)</sup>. Sie hat die Verbandsrealität aus der rechtlichen Betrachtung konsequent ausgeklammert und das « Wesen der juristischen Personen ausschließlich in die privatrechtliche Eigenschaft der Vermögensfähigkeit gesetzt ». Damit, so führte Savigny weiter aus, sollte « keineswegs behauptet werden, daß an den wirklich vorhandenen juristischen Personen nur allein diese Eigenschaft zu finden oder doch von Wichtigkeit wäre » <sup>(49)</sup>. Aber er hielt nur diese Eigenschaft für systemrelevant: « Nur für das System des Privatrechts sind sie durchaus Nichts als vermögensfähige Subjecte, und jede andere Seite ihres Wesens liegt völlig außer dessen Gränzen » <sup>(49)</sup>. Dies ist freilich nur von der

<sup>(47)</sup> Hierzu näher OTT a.a.O., S. 121 s. mit eingeh. Nachw.

<sup>(48)</sup> S. dazu FLUME, *Savigny und die Lehre von der juristischen Person*, in *FS Wieacker* (Fn. 1).

<sup>(49)</sup> SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, Band 2, 1840 (Neudruck 1973), S. 239 f.

Prämisse her schlüssig, daß diese « anderen Stiten ihres Wesens » auch nicht im Widerspruch zu den Grundprinzipien des Privatrechtssystems stehen. Diese Prämisse deutete sich schon an, als Savigny bei seiner Unterscheidung von « natürlichen » oder « notwendigen » juristischen Personen einerseits — wie Gemeinden, Städten und Dörfern oder Einrichtungen einer « vorindustriellen Idylle » — und « künstlichen oder willkürlichen » juristischen Personen andererseits <sup>(50)</sup> darauf abstellte, daß letztere « dem willkürlichen Entschluß eines Einzelnen oder Mehrerer ihr Daseyn verdanken » <sup>(51)</sup> Schärfer kam diese Prämisse in der Behandlung der Aktiengesellschaft durch Savigny zum Ausdruck, wenn er dazu ausführte, daß « ursprünglich gewiß eine reine Sozietät (also Miteigentum der Einzelnen) vorhanden » und « die spätere Ertheilung der Corporationsrechte gewiß nicht dazu bestimmt (gewesen sei), das innere Rechtsverhältniß wesentlich umzuändern », viel mehr die « corporative Verfassung bloß die leichtere und vollständigere Vertretung nach außen zum Zweck » <sup>(52)</sup> habe.

Auf den Streit um Savigny's Lehre von der juristischen Person und um sein Verständnis von der Aktiengesellschaft braucht an dieser Stelle nicht weiter eingegangen zu werden <sup>(53)</sup>. Festzuhalten ist: die soziale Realität des Verbands kann nur dann als rechtlich irrelevant angesehen werden und ist nur dann « keine juristische Frage », wenn zumindest implizit von der Systemimmanenz dieser « Realität » ausgegangen wird.

Dreh- und Angelpunkt der Systemimmanenz der Verbände ist die Privatautonomie, wenn Grundprinzip des Privatrechts ist, daß « alles Recht ... vorhanden (ist) um der sittlichen, jedem einzelnen Menschen innewohnenden Freiheit willen » (Savigny) <sup>(54)</sup>. In einem Rechtssystem, das an den individualistisch-ethischen Persönlichkeitsbegriff anknüpft und das Freiheit als sittliche Autonomie des Menschen versteht, « muß der ursprüngliche Begriff

<sup>(50)</sup> S. *System* II, S. 242 ff. Näher dazu KIEFNER a.a.O. (Fn. 1), S. 264.

<sup>(51)</sup> A.a.O., S. 243.

<sup>(52)</sup> *Obligationenrecht*, 2. Band, 1853, S. 113 f.

<sup>(53)</sup> S. dazu Fn. 48 und Fn. 50 sowie FLUME, *Unternehmensrecht* (Fn. 12), S. 9 ff.

<sup>(54)</sup> *System* II, S. 2.



der Person oder des Rechtssubjekts zusammenfallen mit dem Begriff des Menschen; und diese ursprüngliche Identität der beiden Begriffe läßt sich in folgender Formel ausdrücken; Jeder einzelne Mensch und nur der einzelne Mensch ist rechtsfähig » (55). Natürliche Person und juristische Person auf eine Stufe zu stellen und auch die Verbände als originäre Bezugspunkte des Rechts zu behandeln ist danach ausgeschlossen; Verbände können in dieses System nur dann integriert werden, wenn sie sich auf die «sittliche Autonomie des Menschen» zurückführen und als Ausfluß seiner Selbstverwirklichung begreifen lassen (56). Dabei genügt es nicht, daß die juristischen Personen als Institutionen bezeichnet werden, «die auf den Menschen bezogen sind» (57). Das ist ein allzu unverbindlicher Bezug. Entscheidend ist vielmehr, ob sich der Verband in seiner sozialen Realität durch die Privatautonomie seiner Mitglieder legitimieren läßt.

Dieser Aspekt, auf den es letztlich für das Rechtssystem allein und ausschließlich ankommt, ist durch die von Savigny begründete Lehre von der juristischen Person mit ihrer eindimensionalen Beschränkung auf die Rechtsfähigkeit im Sinne der Vermögensfähigkeit ausgeblendet worden. Ist ein Verband seiner sozialen Realität nach «überindividuelle Wirkungseinheit» im Sinne einer vom einzelnen Mitglied unabhängigen und ihm vorgegebenen Organisation und wird er in dieser Realität erkannt, dann ist der Widerspruch zwischen einer solchen Verbandsrealität und einem individualistisch verfaßten Privatrecht offensichtlich.

7. Die Legitimation durch die Privatautonomie der Mitglieder wird vor allem dort fragwürdig, wo ein Verband Träger eines Unternehmens ist. Gerade hier weist die Realität der Verbände soziale, ökonomische und politische Bezüge auf, die weder als für das Privatrechtssystem belanglos übergangen werden noch schlicht als Ausfluß der Privatautonomie der Verbandsmitglieder hingenommen werden können. Eine Konkretisierung der Privat-

(55) Ebenda.

(56) Vgl. hierzu näher OTT a.a.O., S. 58 ff.

(57) Wie FLUME, in *FS Wieacker* (s. Fn. 1), S. 344 Fn. 31 meint.

autonomie kann ein Verband nur sein, wenn er hinsichtlich seiner Wirkungen in den Vertragsbeziehungen seiner Mitglieder im wesentlichen aufgeht. Das ist der Fall bei Gesellschaften im ursprünglichen Sinn einer Assoziation von Individuen, eines Zweckverbandes also, der « auf Grund nicht vorgeprägter Entscheidung seiner Mitglieder besteht und der von ihrer interessenbestimmten Willkür abhängt »<sup>(58)</sup>. Das partnerschaftlich betriebene Handelsgewerbe des 19. Jh., zugeschnitten auf vorindustrielle Strukturen, ist das klassische Beispiel dafür. Unternehmen und partnerschaftliches Zusammenwirken der Gesellschafter waren hier nahezu identisch. OHG und KG sind in ihrer gesetzestypischen Ausgestaltung durch das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 diesem Typus nachgebildet worden. Selbst der Gesetzgeber des Jahres 1965 schien noch dieser Epoche verhaftet: in der Begründung zum Regierungsentwurf des Aktiengesetzes von 1965 wird die Aktiengesellschaft noch bezeichnet als ein « Zusammenschluß, zu dem sich die Aktionäre freiwillig verbunden haben »<sup>(59)</sup>.

Über derartige Vorstellungen ist die Entwicklung indes längst hinweggegangen. Nicht nur die AG, sondern vielfach auch die OHG und KG sind heute Körperschaften oder diesen zumindest stark angenähert und dadurch zu « überindividuellen Wirkungseinheiten » geworden<sup>(60)</sup>. Dies bedeutet nicht nur, daß sie sich gegenüber den jeweiligen Mitgliedern verselbständigt haben, sondern vor allem auch, daß in Verbänden dieser Art dem einzelnen Mitglied typischerweise ein vom Organisationsstatut bestimmter Wirkungsbereich zugemessen und vorgegeben ist<sup>(61)</sup>. Das einzelne Mitglied erhält einen auf festgelegte Kompetenzen und Funktionen beschränkten Status. « Überindividuelle Wirkungseinheit » eines Verbands bedeutet freilich noch etwas anderes: die Wirkungen, die vom Verband als Unternehmensträger ausgehen, reichen über den Lebensbereich der Mitglieder hinaus und erfassen auch den Lebensbereich von Nicht-Mitgliedern.

<sup>(58)</sup> Friedrich MÜLLER, *Korporation und Assoziation. Eine Problemgeschichte der Vereinigungsfreiheit im deutschen Vormärz*, 1965, S. 17.

<sup>(59)</sup> Bundestags-Drucksache IV 171, S. 92.

<sup>(60)</sup> So auch FLUME, in *FS Raiser* (Fn. 1), S. 31.

<sup>(61)</sup> Vgl. dazu näher OTT, *Unternehmenskorporation*, S. 28 ff., S. 254 ff. m.w.N.

Für juristische Personen als Unternehmensträger hat das Bundesverfassungsgericht im sog. Mitbestimmungsurteil vom 1.3. 1979 <sup>(62)</sup> die Grenzen einer Legitimation durch Privatautonomie aufgezeigt. Dort wird in bezug auf die Vereinigungsfreiheit gem. Art. 9 Abs. 1 GG ausgeführt, das Prinzip freier sozialer Gruppenbildung sei durch einen « personalen Grundzug » und durch einen « menschenrechtlichen Gehalt » gekennzeichnet <sup>(63)</sup>. Ob dies auch auf größere Kapitalgesellschaften zutrefte, könne zweifelhaft erscheinen: « Im Unterschied zu dem Typus der Vereinigungen, den das Grundrecht der Vereinigungsfreiheit seiner Geschichte und seiner heutigen Geltung nach primär schützen will, tritt bei diesen das personale Element bis zur Bedeutungslosigkeit zurück <sup>(64)</sup>. Konzernverflechtungen und der Einfluß großer Anteilseigner, so führt das BVerfG weiter aus, können « in zahlreichen Gesellschaften zu einer Lage führen, in der von freier Organbestellung und Willensbildung durch gleichberechtigte Gesellschafter oder deren Repräsentante, d.h. aber von dem in der Vereinigungsfreiheit enthaltenen Gedanken sich in freier Assoziation selbstbestimmender Mitglieder, nichts oder nur wenig übrig bleibt » <sup>(65)</sup>.

Zu ergänzen ist, daß dieselbe Wirkung auch vom Tatbestand der Managerherrschaft in Publikums-AG ausgeht <sup>(66)</sup>.

Auch der « soziale Bezug » jedenfalls der größeren Unternehmen wird vom BVerfG in seinem Mitbestimmungsurteil zur verfassungsrechtlichen Bestätigung der erweiterten Mitbestimmung der Arbeitnehmer nach dem Mitbestimmungsgesetz von 1976 herangezogen. Dazu führt das BVerfG aus, daß das Wirken der Kapitalgesellschaften als Unternehmensträger « in das wirtschaftliche und soziale Gesamtleben eng eingeflochten » sei und daß « ihre Organisation und das Zustandekommen ihrer Entscheidungen ... daher eine Vielzahl von Belangen der Mitglieder selbst,

---

<sup>(62)</sup> BVerfGE 50, 290 ff. = NJW 1979, 699 ff.

<sup>(63)</sup> BVerfGE 50, 353, 354.

<sup>(64)</sup> S. 355.

<sup>(65)</sup> S. 356.

<sup>(66)</sup> Hierzu eingehend Orr, *Unternehmenskorporation*, S. 162 ff. mit ausführlichen Nachweisen.

Dritter, etwa der Gläubiger, besonders aber auch der Arbeitnehmer, sowie öffentlicher Interessen» <sup>(67)</sup> berührten. An anderer Stelle ist in diesem Urteil davon die Rede, daß die sog. Unternehmerfreiheit bei Großunternehmen mit Wirkungen verbunden sei, die weit über das Schicksal des eigenen Unternehmens hinausreichten, namentlich in einer Wirtschaft, in der, wie in der Bundesrepublik, die Konzentration weit fortgeschritten sei <sup>(68)</sup>. Der Unternehmensleitung sei, so führt das BVerfG im Hinblick auf die Sozialbindung des Anteilseigentums an größeren Unternehmen aus, die «Wahrung von Interessen aufgegeben, ... die nicht notwendig diejenigen der Anteilseigner sein müssen» <sup>(69)</sup>. Die «bedeutende soziale Funktion des Anteilseigentums» bezieht das BVerfG ausdrücklich auch darauf, daß sich die Wahrnehmung der Verfügungsbefugnis zugleich auf die Daseinsgrundlage der Arbeitnehmer auswirke <sup>(70)</sup>.

Dieser «soziale Bezug» der juristischen Personen als Unternehmensträger ist nichts anderes als eine Seite ihrer «überindividuellen Wirkungseinheit». Die Legitimation dieser Wirkungseinheit durch die Privatautonomie, insbes. das Privateigentum der Mitglieder der juristischen Person — also der Aktionäre bei der AG etc. — reicht nicht mehr aus, sondern bedarf einer Ergänzung durch eine «soziale Legitimation», wie sie in der Mitbestimmung angelegt ist. Der verfassungsrechtliche Schutz der Privatautonomie und des Privateigentums des individuellen Anteilsrechts ist, wie das BVerfG in diesem Zusammenhang hervorhebt, nicht identisch mit der Erhaltung einer bestimmten Organisation und Verteilung wirtschaftlicher Macht in den Unternehmen und in der Wirtschaftsordnung insgesamt <sup>(71)</sup>.

8. Aus dem bisher Dargelegten ergibt sich fast von selbst eine Erkenntnis mit weitreichenden rechtssystematischen und gesellschaftspolitischen Konsequenzen: die Existenz und sozialen

---

<sup>(67)</sup> S. 359.

<sup>(68)</sup> S. 363.

<sup>(69)</sup> S. 343.

<sup>(70)</sup> S. 349.

<sup>(71)</sup> S. 344 f.

Auswirkungen der « überindividuellen Wirkungseinheit » hängen nicht mit der Rechtsform des Verbands zusammen und hängen insbesondere nicht davon ab, ob der Verband förmlich zur juristischen Person deklariert worden ist. Diese Auswirkungen hängen vielmehr ab von der körperschaftlichen Verbandsstruktur, die erst die « überindividuelle Wirkungseinheit » begründet, und im übrigen von der wirtschaftlichen Größe und Bedeutung des Unternehmens.

So gilt die Feststellung des BVerfG, daß in zahlreichen Gesellschaften von dem « Gedanken sich in freier Assoziation selbstbestimmender Mitglieder » nichts oder nur wenig übrig bleibe <sup>(72)</sup>, nicht nur für Gesellschaften, die juristische Personen sind, sondern auch für Personengesellschaften, wie das Beispiel der Publikums-KG zeigt, wie sich aber auch für viele « Familien-KG » belegen läßt. Ebenso sind Auswirkungen über den eigenen Unternehmensbereich hinaus auf die Daseinsgrundlage anderer und auf das wirtschaftliche und soziale Gesamtleben nicht mit einer bestimmten Rechtsform der Träger-Gesellschaft verbunden, sondern mit ihrer Existenz und mit ihrem Gewicht als « überindividuelle Wirkungseinheit ». Die Legitimationsdefizite, die für Kapitalgesellschaften in der Rechtsform der juristischen Person festgestellt worden sind, gelten für andere Gesellschaften, sofern diese faktisch vergleichbare körperschaftliche Strukturen aufweisen, in gleicher Weise. In gleicher Weise kann sich bei solchen Gesellschaften, auch wenn sie nicht juristische Personen sind, eine Überlagerung der Privatautonomie und des Privateigentums der Kapitaleigner durch den sozialen Bezug der « überindividuellen Wirkungseinheit » der Organisation ergeben. Die Konnexität von Freiheit des Eigentumsgebrauchs, Entscheidung über diesen und Zurechnung der Wirkungen dieses Gebrauchs ist bei körperschaftlich strukturierten Personengesellschaften in prinzipiell gleicher Weise gelöst wie bei Kapitalgesellschaften und deshalb prinzipiell auch offen für eine Ergänzung durch eine Komponente sozialer Legitimation. Wenn das Mitbestimmungsgesetz 1976 den Anwendungsbereich der erweiterten Mitbestimmung der Arbeitnehmer auf juristische Personen — nämlich AG und GmbH —

---

<sup>(72)</sup> S. 356.

beschränkt, so ist das eine politisch begründete, nicht aber eine strukturell zu begründende Entscheidung <sup>(73)</sup>.

9. Die Auseinandersetzungen um die Neuordnung der Unternehmensverfassung zielen auf eine Ergänzung der ökonomischen durch eine soziale Legitimation. Politische Impulse hat diese Auseinandersetzung vor allem aus den — besonders von den Gewerkschaften verfolgten und vorangetriebenen — Forderungen bezogen, die Mitbestimmung der Arbeitnehmer zu erweitern und bis zu einer paritätischen Mitbestimmung von Kapital und Arbeit auszubauen. Die Neuordnung der Unternehmensverfassung beschränkt sich allerdings nicht hierauf. Unternehmensverfassung und Unternehmensrecht als rechtspolitisches Programm lassen sich nicht auf die Formel reduzieren « Gesellschaftsrecht + Mitbestimmung » <sup>(74)</sup>. Vielmehr steht hinter Programm und Problematik der Unternehmensverfassung ein sehr viel umfassenderes und grundsätzlicheres Anliegen. Nicht allein die Integration der Arbeitnehmer in die Entscheidungsstrukturen des Unternehmens, sondern die Integration des Unternehmens selbst in die Rechts- und Gesellschaftsordnung ist die Aufgabe, und diese Aufgabe hat grundlegende gesellschaftspolitische Bedeutung. « Das Organisationsgefüge von Verbänden und Unternehmen ist ein nicht hinwegzudenkendes Element der Machtverhältnisse und Ordnungsformen, der Produktionsweisen und Verteilungsverfahren, in denen sich die Wirklichkeit unserer Sozialexistenz vollzieht » <sup>(75)</sup>.

Diese Zusammenhänge zu erfassen und in eine neue, systematische Ordnung zu bringen ist — ganz allgemein gesprochen —

---

<sup>(73)</sup> Auf die damit aufgeworfenen verfassungsrechtlichen Fragen kann hier nicht eingegangen werden. Vgl. z.B. FLUME, in *FS Beitzke* (Fn. 1), S. 57, der in der Anknüpfung auch an die Personengesellschaft einen « Umsturz der bestehenden Wirtschaftsordnung » sieht. Das kann schon deshalb nicht überzeugen, weil in bestimmten Bereichen ein Auswechseln von Rechtsformen — z.B. GmbH/GmbH u. Co. KG — ein beliebiger Vorgang ohne Auswirkung auf Organisation und Struktur des Unternehmens und Unternehmensträgers ist. Das BVerfG bestimmt die Sozialbindung der Privatautonomie von Unternehmern und Anteilseignern aber nach strukturellen Kriterien, nicht nach der Rechtsform.

<sup>(74)</sup> BALLERSTEDT a.a.O. (Fn. 9), S. 16.

<sup>(75)</sup> KÜBLER a.a.O., S. 5.

die Aufgabe der Unternehmensverfassung bzw. des Unternehmensrechts. Das kommt dort zum Ausdruck, wo der Begriff des Unternehmensrechts in einem gegenüber dem Gesellschaftsrecht umfassenderen Sinne verstanden und als neuer «systematischer Ansatzpunkt» bezeichnet wird, um das Zusammenwirken von Unternehmern, Kapitaleignern und Arbeitnehmern, aber auch die gesamtwirtschaftliche Rolle der Unternehmen zu würdigen<sup>(76)</sup>. Weil das Gesellschaftsrecht nur «Unternehmer und... Kapitaleigner als Subjekte des im Unternehmen ablaufenden Wirtschaftsgeschehens erscheinen» läßt, das Unternehmen aber «nicht in seiner Ganzheit erfaßt», ist es zu einem diese «Ganzheit» erfassenden Unternehmensrecht fortzuentwickeln<sup>(77)</sup>. Das ist mit der häufig zitierten Schlagzeile «vom Gesellschaftsrecht zum Unternehmensrecht» gemeint, und dies wurde vom Bundesjustizminister ausdrücklich auch als Aufgabe der von ihm 1972 eingesetzten Unternehmensrechtskommission benannt. Diese Kommission sollte «die Aufgabe haben, die Rechtsfragen zu untersuchen, die sich aus der notwendigen Fortentwicklung des Gesellschaftsrechts zu einem umfassenden Unternehmensrecht ergeben. Sie soll Vorschläge für die zu diesem Zweck erforderlichen Änderungen des Gesellschaftsrechts mit dem Ziel erarbeiten, ein der wirtschaftlichen und sozialen Entwicklung unserer Zeit gerecht werdendes Unternehmensrecht zu schaffen»<sup>(78)</sup>.

Die Vorschläge, die mittlerweile für ein solches zeitgemäßes Unternehmensrecht entwickelt worden sind, können hier ebenso wenig wie der Beitrag, den die Unternehmensrechtskommission dazu geleistet hat<sup>(79)</sup>, im einzelnen gewürdigt werden. Hier interessiert nur die Frage, welcher Zusammenhang mit der Lehre von der juristischen Person besteht und welche Rolle die juristische Person bei den Überlegungen für ein in der angedeuteten Richtung weiterentwickeltes Unternehmensrecht spielt.

---

(76) Untersuchungen zur Reform des Unternehmensrechts. Bericht der Studienkommission des Deutschen Juristentags, Teil I, 1955, S. 19.

(77) Ebenda.

(78) Bericht über die Verhandlungen der Unternehmensrechtskommission, 1980, S. 78.

(79) Kritisch dazu KÜBLER, in *ZGR* 1981, 377 ff., 387 ff. Vgl. a. den interessanten Hinweis S. 389 Fn. 45.

Dies verweist zunächst auf die grundsätzliche Frage nach dem Verhältnis von juristischer Person zu Unternehmen. Überwiegend werden juristische Person und Unternehmen einander gegenübergestellt und der juristischen Person die Funktion als « Unternehmensträger » zugemessen <sup>(80)</sup>. Das heißt einmal, daß die juristische Person — in ihrer jeweiligen Konkretisierung, vor allem als AG oder GmbH — die Rechtsform ist, in der das Unternehmen betrieben wird, in der es also in den Rechtsverkehr eingeführt wird und am Rechtsverkehr teilnimmt. Unternehmensträger ist die juristische Person danach insofern, als sie Träger der auf das Unternehmen bezogenen Rechte und Pflichten, des Unternehmensvermögens und der Haftung für die Unternehmensverbindlichkeiten ist. Zur Unternehmensträgerschaft gehört aber auch die rechtliche Ausgestaltung einer Organisation, durch die bestimmt wird, wer rechtsverbindlich für das Unternehmen handeln kann. Insofern werden durch die juristische Person in ihrer konkreten, verbandsrechtlichen Ausgestaltung die Grundprinzipien und Grundstrukturen der Unternehmensverfassung festgelegt. So sind AG und GmbH nicht nur Rechtssubjekt und Rechtsform des Unternehmens in bezug auf den Rechtsverkehr, sondern auch gesetzliche Verfassung im Hinblick auf die interne Unternehmensorganisation, wobei das gesetzliche Verfassungsstatut teils zwingend, teils dispositiv ist und im einzelnen einen unterschiedlichen Detaillierungsgrad aufweist.

Wiederum ist die Funktion als Unternehmensträger — in dem dargelegten doppelten Sinn — keine Besonderheit der juristischen Person; die gleichen Funktionen nehmen — je nach Rechtsform des Unternehmens — Personengesellschaften bzw. der Einzelkaufmann wahr. Unternehmen und Unternehmensträger müssen nicht identisch sein und sind es regelmäßig auch nicht, weil und soweit zum Unternehmen als « Wirkungseinheit » noch andere Faktoren gehören, als sie nach geltendem Recht in der Verfassung des Unternehmensträgers erfaßt und organisiert sind. Beim

---

<sup>(80)</sup> Vgl. RITTNER, *Die werdende juristische Person*, S. 282 ff.; ähnlich wird im « Kölner Gutachten » zum Mitsbestimmungsgesetz 1976 argumentiert, BADURA - RITTNER - RÜTHERS, *Mitsbestimmungsgesetz 1976 und Grundgesetz*, 1977, S. 190 f., 201 ff. s. auch FLUME, in *FS Beitzke* (Fn. 1), bes. S. 55 ff.



Einzelkaufmann als Unternehmensträger fällt die Unternehmensverfassung im Prinzip mit dessen Privateigentum und Privatautonomie zusammen; in gleicher Weise wie bei der juristischen Person werden auch bei dem als Personengesellschaft verfaßten Unternehmen nur «Unternehmer und ... Kapitaleigner als Subjekte des im Unternehmen ablaufenden Wirtschaftsgeschehens» erfaßt<sup>(81)</sup>. Diese Beschränkung ist bei juristischen Personen, die der unternehmerischen Mitbestimmung der Arbeitnehmer unterliegen, allerdings durchbrochen, und die gesellschaftsrechtliche Ausrichtung der Unternehmensverfassung ist damit modifiziert, ohne aber mit der Ganzheit des Unternehmens voll zur Deckung gebracht worden zu sein. Das wird schon dadurch belegt, daß die Dichotomie von «Gesellschaft» und «Betrieb» grundsätzlich bestehen bleibt, während die «unternehmerische» Mitbestimmung in das Gesellschaftsrecht eingebaut ist, besteht getrennt und unabhängig davon eine die «betriebliche Mitbestimmung» der Arbeitnehmer regelnde «Betriebsverfassung»<sup>(82)</sup>. Andere Interessen bzw. Beziehungen, die aus soziologischer Sicht ebenfalls zum Unternehmen als Organisation gehören — wie z.B. Verbraucher und andere Abnehmer sowie Zulieferer — werden weder von der gesellschaftsrechtlichen Unternehmensverfassung und ihrer Ergänzung durch ein Mitbestimmungsstatut noch durch die Betriebsverfassung erfaßt, bleiben aus der rechtlichen Ordnung des Unternehmens also bislang ausgeklammert.

Diese Defizite und Diskrepanzen der Unternehmensverfassung nach geltendem Recht werden deutlich, wenn man das Unternehmen dem sozialen Befund nach als «Sozialverband» oder als «Organisation» im soziologischen Sinn versteht<sup>(83)</sup>. Dadurch werden diejenigen Faktoren, Gruppen, Interessen- und

---

<sup>(81)</sup> Vgl. o. Fn. 77.

<sup>(82)</sup> Zu den Wurzeln dieser Unterscheidung Thomas RAISER, *Das Unternehmen als Organisation* (Fn. 11), S. 128 ff. Zur Funktion dieser Unterscheidung, Partizipationsforderungen von Arbeitnehmern abzufangen, OTT, *Unternehmenskorporation* (Fn. 1), S. 137; STEINMANN-GERUM, *Reform der Unternehmensverfassung* (Fn. 11), S. 16 f.

<sup>(83)</sup> Hierzu grundlegend Th. RAISER a.a.O. Vom gleichen Ansatz geht auch meine Untersuchung aus (*Recht und Realität der Unternehmenskorporation*, Fn. 1).

Handlungsbereiche des Unternehmens sichtbar gemacht, die nach geltendem Recht nicht in die Unternehmensverfassung integriert sind <sup>(84)</sup>. Dies wirft unvermeidbar die Frage nach der Legitimität dieser Unternehmensverfassung und der ihr zugrundeliegenden Relevanzkriterien auf, und insofern ist es sicherlich richtig, daß die sog. Sozialverbandstheorie einen wesentlichen Beitrag zur Begründung von Mitbestimmungsforderungen geleistet hat, der allerdings nicht als Ideologie bezeichnet werden kann, sondern wegen seiner sozialwissenschaftlichen Fundierung im Gegenteil gerade ideologiekritisch ist und daraus auch einen guten Teil seiner Wirkung in Richtung auf eine weiterentwickelte Unternehmensordnung bezogen hat <sup>(85)</sup>.

Aus der Sozialverbandstheorie wird die These abgeleitet, daß das Unternehmen auch rechtlich gegenüber den bisherigen Unternehmensträgern zu verselbständigen sei und in letzter Konsequenz auch die Forderung, das Unternehmen selbst zur juristischen Person zu erheben <sup>(86)</sup>. Die Verselbständigung des Unternehmens ist dabei eine Frage der positiv-rechtlichen Veränderung der Unternehmensverfassung im Sinne der Fortentwicklung des Gesellschaftsrechts zum Unternehmensrecht und betrifft die rechtliche Ausgestaltung der inneren Organisationsstruktur; sie ist ein Problem der AG, der GmbH, auch der KG etc., aber nicht ein Problem der juristischen Person. Es geht weder darum, daß das Unternehmen der juristischen Person gegenüber verselbständigt werden soll noch darum, das « Unternehmen selbst zum Unternehmensträger zu erklären » <sup>(87)</sup>. Es geht in der Sache vielmehr darum, die gesellschaftliche Ausrichtung der Unternehmensverfassung, die vom Vorrang der Anteilseigner vor anderen Gruppen ausgeht und geprägt ist, durch eine Ausrichtung an weiteren

---

<sup>(84)</sup> Vgl. hierzu besonders auch STEINMANN, *Das Großunternehmen im Interessenkonflikt*, 1969, S. 200 ff.

<sup>(85)</sup> So spricht BALLERSTEDT a.a.O. (Fn. 9), S. 19 Fn. 13 und ZHR 134, 251 von der « Verwirrung », die diese « soziologisch fundierte Lehre » hervorgerufen habe. Eine neue Erkenntnis führt aber häufig zunächst zu Verwirrung.

<sup>(86)</sup> Th. RAISER a.a.O. (Fn. 11), S. 166 ff.

<sup>(87)</sup> Wie aber RITTNER a.a.O. (Fn. 1), S. 288 meint. Dazu auch FLUME, in *FS Beitzke* (Fn. 1), S. 56.

oder allen zum Sozialverband des Unternehmens gehörenden Gruppen abzulösen. Die Ablösung ist auf verschiedene Weise möglich. Sie kann dadurch erfolgen, daß die Gesellschaft als Anteilseignerverband bestehen bleibt, sich in die Funktion als Unternehmensträger aber mit anderen Teilverbänden des Unternehmens, insbes. etwa der «Belegschaft» teilen muß<sup>(88)</sup>. Aufgabe der Unternehmensverfassung ist es dann, diese Teilverbände zu konstituieren und gegeneinander abzugrenzen und ihr Zusammenwirken im Unternehmen zu regeln. Ob die Teilverbände, insbes. der Anteilseignerverband, selbst als juristische Personen ausgestaltet werden, ist demgegenüber eine nachrangige Frage der organisatorischen Zweckmäßigkeit. Eine solche Lösung wäre jedenfalls möglich, ähnlich wie bei der Verwendung juristischer Personen als Tochtergesellschaften in der Konzernverfassung. Eine andere organisatorische Lösung kann darin bestehen, Anteilseigner, Arbeitnehmer und gegebenenfalls noch andere Gruppen — Vertreter der Verbraucher, der Öffentlichkeit etc. — als prinzipiell gleichrangig nebeneinanderstehende Gruppen in die Unternehmensverfassung zu integrieren und ihnen zusammen — beispielsweise qua Unternehmensversammlung — bestimmte Entscheidungsbefugnisse zuzuweisen<sup>(89)</sup>.

Welche Lösung auch immer gewählt wird, in jedem Fall ist das Ergebnis eine körperschaftlich strukturierte Organisation, die die Handlungsfähigkeit des Unternehmens im Rechtsverkehr und damit seine Rechtsfähigkeit gewährleistet. Der prinzipielle Unterschied solchermaßen verfaßter Unternehmer zur gesellschaftsrechtlich ausgerichteten Unternehmensverfassung nach geltendem Recht besteht darin, daß sie auf eine breitere Partizipationsgrundlage gestellt sind und der Einfluß innerhalb des Unternehmens wesentlich verändert, insbes. anders verteilt ist. Im übrigen sind aber auch die so verfaßten Unternehmen ihrer organisatorischen Grundstruktur nach Körperschaften nicht anders als - größenmäßig vergleichbare - gesellschaftsrechtlich verfaßte Unternehmen. Die

---

<sup>(88)</sup> Dazu im einzelnen DUDEN, in *FS Schilling* (Fn. 9), S. 314 ff.; Th. RAISER, in *FS R. Fischer* (Fn. 9), S. 561 ff., 571 ff.

<sup>(89)</sup> S. hierzu die Vorschläge von STEINMANN a.a.O. (Fn. 11); BOETTCHER u.a., a.a.O. (Fn. 11); Thomas RAISER a.a.O. (Fn. 11); OTT a.a.O. (Fn. 1).

Rechtsfähigkeit solcher Unternehmen hängt, wie dargelegt, von ihrer förmlichen Anerkennung als juristische Person ab. Entsprechendes gilt für Unternehmen, die im hier gebrauchten Sinn unternehmensrechtlich verfaßt sind. Auch insofern ist es eine nachrangige Frage, ob die Rechtsform des bisherigen Unternehmensträgers beibehalten oder ob — war sicherlich konsequent wäre — für solche Unternehmen eine neue Rechtsform der juristischen Person entwickelt wird, die die veränderte Unternehmensverfassung unmittelbar widerspiegelt.

10. Abschließend soll versucht werden, aus den vorhergehenden Untersuchungen einen Schluß zu ziehen auf Stellenwert und Bezugsrahmen einer der gegenwärtigen gesellschaftlichen Entwicklungslage entsprechenden Theorie der juristischen Person.

Die abstrakte Rechtsfähigkeit im Sinne der formal und losgelöst von der Verbandsstruktur definierten Fähigkeit, Träger von Rechten und Pflichten zu sein, scheidet als Ansatzpunkt einer Theorie der juristischen Person von vornherein aus. Die Rechtsfähigkeit ist, so hat sich gezeigt, Folge der organisatorisch-strukturellen Verselbständigung eines Verbands als überindividuelle Wirkungseinheit, und für diesen Vorgang der Verselbständigung ist es von untergeordneter Bedeutung, ob ein Verband förmlich als juristische Person anerkannt ist oder nicht. Eine Voraussetzung der Verselbständigung ist dies nicht, wie der fortschreitende Strukturwandel der Personengesellschaften und ihre Annäherung an Körperschaften oder Umwandlung in Körperschaften gezeigt hat. Die juristische Person ist insoweit in der Tat, ebenso wie die Gesamthand, ein konstruktives Detail im Mechanismus der Vermögenszuordnung. Um diesen Mechanismus zu erfassen, bedarf es keiner Theorie, sondern nur eines Hinweises auf das positive Recht.

Eine grundsätzliche Herausforderung der Rechts- und Gesellschaftsordnung und insbes. auch eines individualistisch verfaßten Privatrechtssystems stellt dagegen die Existenz « überindividueller Wirkungseinheiten » im nicht-staatlichen Bereich dar, die — wie eingehend dargelegt — in juristischer Präzisierung als körperchaftlich strukturierte Verbände und mithin als Korporationen zu bezeichnen sind. Korporationen werfen Legitimationsprobleme

im Verhältnis zu ihren Mitgliedern und den in die Korporation Eingegliederten wie auch im Außenverhältnis, in ihrem Auftreten im Rechtsverkehr, in ihrer Teilnahme an sozialen, ökonomischen und politischen Prozessen auf <sup>(90)</sup>. Korporationen stehen im Widerspruch zum überkommenen Privatrechtssystem, denn sie bedienen sich zwar der Instrumente der Privatrechts, stellen aber originäre, nicht auf Privatautonomie rückführbare Aktionszentren und ggf. auch Machtzentren der Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung dar und stellen damit ein Rechtssystem in Frage, das ganz auf die Autonomie des individuellen Menschen ausgerichtet ist und das nur den individuellen Menschen als originäres Aktionszentrum anerkennt <sup>(91)</sup>.

Diese Problematik haftet den Korporationen generell an. Sie stießen als « Räuber individueller Freiheit » und als pouvoirs intermédiaires zwischen Individuum und Staat auf die scharfe Ablehnung des politischen Liberalismus des 19. Jh. <sup>(92)</sup>. In einer konsequent auf die Freiheit des einzelnen Menschen als Individuum gegründeten Konzeption der gesellschaftlichen Ordnung ist kein Raum für pouvoirs intermédiaires und für eine Vermittlung zwischen Individuum und Staat, Individuum und Gesellschaft durch Korporationen. Nicht die korporative, sondern die individuelle Freiheit ist das Zeichen des politischen Liberalismus, und diese ist auch zum Grundprinzip des Privatrechtssystems geworden <sup>(93)</sup>.

Welches Gewicht Korporationen in der gesellschaftlichen Ordnung der Gegenwart insgesamt haben, muß hier dahinstehen. Das außerordentliche Gewicht korporativ verfaßter wirtschaftlicher Macht steht jedenfalls außer Frage. Ebenso steht aber auch außer Frage, daß die ökonomisch-industrielle Entwicklung der letzten 100 Jahre nicht zurückgedreht werden kann und deshalb eine Rückkehr zum Ausgangspunkt des Liberalismus in der Weise, daß Korporationen aufgelöst und durch individuelle Partnerschaften ersetzt werden, nicht möglich ist. Die industriellen Pro-

---

<sup>(90)</sup> Hierzu näher OTT, a.a.O., S. 127 ff., 226 ff.

<sup>(91)</sup> Näher dazu OTT a.a.O., S. 226 ff.

<sup>(92)</sup> Vgl. dazu OTT a.a.O., S. 52 ff.

<sup>(93)</sup> Dazu näher F. MÜLLER a.a.O. (Fn. 58), S. 225.

duktionsbedingungen und die allgemeinen Wirtschaftsverhältnisse der Gegenwart lassen sich mit den vorindustriellen Organisationsformen des 19. Jh. nicht vereinbaren und nicht aufrechterhalten. Wenn Korporationen organisatorisch-strukturell danach auch unverzichtbar sind, so folgt daraus nicht, daß der Status quo korporativer Macht und Herrschaft einfach hinzunehmen wäre. Vielmehr kommt es darauf an, die Legitimation dieser Unternehmenskorporationen im Hinblick auf ihre sozialen, ökonomischen und politischen Auswirkungen nach innen wie nach außen von den Grundprinzipien der Rechtsordnung her — einschließlich der Verfassung — neu zu entwickeln und die Korporationen in die Rechts- und Verfassungsordnung zu integrieren. Legitimation und Integration der Korporationen kann nur heißen, daß sie unter eine dem Rechtssystem und der Verfassung konforme Kontrolle gebracht werden. Grundlagen, Kriterien und Ansatzpunkte dafür zu entwickeln, ist Aufgabe einer zeitgemäßen Theorie der Unternehmenskorporation, die in Bereich der Unternehmens- und Wirtschaftsordnung an die Stelle überholter und irrelevant gewordener Theorien der juristischen Person treten muß. Nicht der gesamte frühere Theorienstreit um die juristische Person ist damit freilich obsolet. Soweit sich dieser auf die Zulassung und Kontrolle der Korporationen als überindividueller Wirkungseinheiten und Machtzentren bezog, bezog er sich auf die politische Dimension der juristischen Person und spiegelt insoweit noch immer die generelle Problematik der Korporationen in einem freiheitlich-individuellen Rechtssystem wider. Diese politische Dimension des Theorienstreits ist allerdings seit langem verloren gegangen<sup>(94)</sup>. Heute ist die Auseinandersetzung von wesentlich veränderten Ausgangsbedingungen aus zu führen, denn einmal steht die Existenz dieser Korporationen und der Durchbruch zur freien Körperschaftsbildung nicht mehr zur Disposition, zum ändern hat sich gezeigt, daß nicht mehr die juristische Person, sondern nur die Körperschaft oder Korporation als überindividuelle Wirkungseinheit Anknüpfungspunkt sein kann.

Die bisher geleisteten Vorarbeiten für eine moderne Theorie der Unternehmenskorporation hier darzustellen und zu würdi-

---

<sup>(94)</sup> Nachweise bei OTT a.a.O., S. 43 ff.

gen, würde über das Thema dieser Untersuchung hinausgehen. Ein kurzer Ausblick muß deshalb an dieser Stelle genügen. Für eine eingehendere Darlegung des eigenen Standpunkts verweise ich auf meine Untersuchung «Recht und Realität der Unternehmenskorporation», in der ich versucht habe, Ansätze und Grundzüge einer Theorie der Unternehmenskorporation zu entwickeln. Aufgabe einer solchen Theorie ist es zunächst, die Stellung und Funktion der Unternehmenskorporation in der Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung weiter zu analysieren und sodann — auf der Grundlage dieser Analyse und in Auseinandersetzung mit der Realität der Unternehmenskorporation — das Rechtssystem unter Wahrung seiner grundlegenden Prinzipien so weiterzuentwickeln, daß Integration und Legitimation der Unternehmenskorporation hergestellt und gesichert werden. Die erwähnten Legitimitätsdefizite der Unternehmenskorporation sind auch Ausdruck der grundlegenden Widersprüche, die die Unternehmenskorporation im Rechtssystem hervorgerufen hat und die sich dahin zusammenfassen lassen, daß private wirtschaftliche — und insbesondere korporativ verfaßte — Macht, die sich auf Privatautonomie stützt, zu einer Aufhebung von Privatautonomie führt. Um die unverzichtbaren Grundprinzipien der Rechtsordnung auch gegenüber Machtzentren dieser Art durchzusetzen, muß das Verhältnis der Korporationen insgesamt und besonders der Unternehmenskorporationen zu Staat und Individuum neu bestimmt und geregelt werden. Dazu gehört, daß sie als «intermediäre Gewalten» begriffen und dementsprechenden rechtlichen Kontrollen hinsichtlich ihrer Außenbeziehungen zu Zulieferern, Abnehmern und Verbrauchern wie auch im Verhältnis zu ihren Mitgliedern unterworfen werden. Auf den hierzu erreichten Diskussionsstand kann an dieser Stelle nicht näher eingegangen werden <sup>(95)</sup>. Es ist aber darauf hinzuweisen, daß das Problem der Integration und Legitimation der Korporationen maßgeblich auch ein Problem ihrer Binnenstruktur ist und die Lösung deshalb bei der Grundfrage jeder Unternehmensverfassung ansetzen muß,

---

<sup>(95)</sup> S. im einzelnen Ort, *Recht und Realität der Unternehmenskorporation*, S. 272 ff.

welche Gruppen in die rechtliche Organisation der Handlungsabläufe und Willensbildungsprozesse im Unternehmen einbezogen werden und mit welchen Kompetenzen sie ausgestattet werden sollen. Der soziologische Befund von Partizipation und Betroffenheit reicht dafür allein nicht aus, vielmehr müssen dafür Richtigkeitskriterien entwickelt werden, die an die soziale und ökonomische Funktion dieser Korporationen anknüpfen. Die Ableitung solcher Kriterien allein aus dem marktwirtschaftlichen Modell kann dafür allerdings ebensowenig ausreichen, schon deshalb nicht, weil die Unternehmenskorporationen nicht nur in ökonomischer, sondern auch in sozialer und politischer Hinsicht Machtpotentiale sind <sup>(96)</sup>. Von großer Bedeutung wird aus diesem Grund auch die Weiterentwicklung der Richtigkeitskriterien für die Erfolgskontrolle des Unternehmens: das allein auf Kapitalrationalität ausgerichtete Rechnungswesen vermag dessen politische und soziale Dimension nicht zu erfassen und muß deshalb zu einem wirtschaftsordnungskonformen Rechnungswesen weiterentwickelt werden <sup>(97)</sup>. Schließlich müssen entsprechende Richtigkeitskriterien für die Regelung der Zuständigkeiten in korporativ verfaßten Unternehmen entwickelt werden, die seine Funktionsfähigkeit, zugleich aber auch einen ausgewogenen Interessenausgleich gewährleisten <sup>(98)</sup>.

---

<sup>(96)</sup> S. dazu näher OTT a.a.O., S. 17 ff., 142 ff., 184 ff. sowie STEINMANN-GERUM a.a.O. (Fn. 11), S. 63 ff. Dieser Aspekt wird neuerdings gerade auch zur Verteidigung der Unternehmensautonomie angeführt, vgl. BADURA - RITTNER - RÜTHERS a.a.O. (Fn. 80), S. 228, 250 f.; ebenso FRIAUF-WENDT, *Eigentum am Unternehmen*, 1977, S. 69 ff. n.w.N.

<sup>(97)</sup> STEINMANN-GERUM a.a.O. (Fn. 11), S. 72, 91 f.; s.a. Thomas RAISER, in *FS Rob. Fischer* (Fn. 9), S. 575.

<sup>(98)</sup> Vgl. hierzu bes. auch die methodischen und ökonomischen Grundüberlegung bei STEINMANN-GERUM a.a.O., *pass.*



UWE JOHN

## EINHEIT UND SPALTUNG IM BEGRIFF DER RECHTSPERSON

Die Auseinandersetzung über Begriff und Funktion der Rechtsperson hat bekanntlich im 19. und zu Beginn des 20. Jahrhunderts insbesondere in der deutschen Rechtslehre mit großer Breite und Tiefe stattgefunden. Die neuere Entwicklung ist dagegen durch eine erhebliche Ernüchterung gekennzeichnet. Man stellt heute fest: « Infolge der verschiedenen (philosophisch-soziologischen) Grundlagen der ... zugrundegelegten Begriffe war der Streit hoffnungslos »<sup>(1)</sup>. Auch fehlt es nicht an Darstellungen des Literaturstreites. Insoweit ist — für den damaligen Stand (1933) — das Werk von H. J. Wolff<sup>(2)</sup> an Ausführlichkeit und Eindringlichkeit unübertroffen: Diese Arbeit nochmals zu leisten, besteht keine Notwendigkeit. Nach wie vor von Interesse ist es aber, die von der Rechtsperson entwickelten Konzeptionen unter einem besonderen methodischen Aspekt zu betrachten: Demjenigen der Einheitlichkeit oder Gespaltenheit der begrifflichen Darstellung<sup>(3)</sup>. Dabei geht es nicht nur um ein äußerlich-formales Kriterium. Vielmehr lautet die dahinter stehende Frage: Inwieweit werden unter dem Begriff « Rechtsperson » ganz diskrepante Erscheinungen mehr oder weniger notdürftig zusammengefaßt,

---

(1) COING in STAUDINGER, *Komm. zum BGB* (12. Aufl. 1980), Einleitung zu §§ 21-89, Randnr. 4.

(2) *Organschaft und Juristische Person. Untersuchungen zur Rechtstheorie und zum öffentlichen Recht*. Erster Band: *Juristische Person und Staatsperson* (Berlin 1933).

(3) Dazu schon JOHN, *Die organisierte Rechtsperson. System und Probleme der Personifikation im Zivilrecht* (Berlin 1977) S. 22 ff. Dort auch zu weiteren, im Folgenden nicht referierten Theorien.

und inwieweit gibt dieser einheitliche Begriff sinnvolle Gemeinsamkeiten zwischen natürlichen und juristischen Personen und womöglich weiteren speziellen Untergruppen wieder? Die Fragestellung ist — von inhaltlichen Implikationen abgesehen — schon methodisch von grundsätzlicher Bedeutung. Denn die Einheitlichkeit der begrifflichen Darstellung ist ein Grundprinzip der Systembildung: Von zwei Systematisierungsmöglichkeiten, die dem zu systematisierenden Stoff in gleicher Weise gerecht werden, ist diejenige vorzuziehen, die mit weniger Unterteilungen auskommt bzw. die meisten Gemeinsamkeiten aufdeckt <sup>(4)</sup>. Eine Untersuchung unter diesem Gesichtspunkt kann auch Anregungen für eine neue Konzeption geben (dazu unten III).

Inwieweit die bisherigen Theorien die Einheitlichkeit der Darstellung leisten konnten, hängt wesentlich von dem Ausgangspunkt ab, von dem her sie den Begriff der Rechtsperson zu entwickeln unternommen haben. Zwei große Gruppen von Theorien stehen sich gegenüber: Solche, die das Rechtssubjekt vom subjektiven Recht ableiten (unten I), und solche, die jenes von diesem unabhängig zu konstituieren suchen (unten II).

## I. VERSTÄNDNIS DES RECHTSSUBJEKTS VOM SUBJEKTIVEN RECHT HER.

Die hier in Frage stehenden Konzeptionen lassen sich alle auf das Muster zurückführen: « Rechtssubjekt ist, was subjektive Rechte hat bzw. haben kann ». Deshalb kommt es in hohem Maße darauf an, wie das subjektive Recht definiert ist. Insoweit stehen sich in erster Linie die auf Savigny zurückgehende Auffassung vom subjektiven Recht als « Willensmacht » und die von Ihering entwickelte Definition des subjektiven Rechts als Interessenschutz gegenüber; in der Folge gibt es aber auch Versuche zur Mischung oder Überwindung dieser Ansätze.

---

<sup>(4)</sup> « Entia praeter necessitatem non sunt multiplicanda ». Dieses Prinzip wird in der Philosophie als das « Ockhamsche Rasiermesser » (Occam's razor) bezeichnet; vgl. TAMMELO, *Rechtslogik und materiale Gerechtigkeit. Beiträge zur Rechtsphilosophie und zur Theorie des Völkerrechts* (Frankfurt/M. 1971) S. 77.

### I. *Das subjektive Recht als Willensmacht.*

Die meisten Theorien, die das subjektive Recht als Willensmacht auffassen, kommen zu einem offen oder verdeckt dualistischen Begriff des subjektiven Rechts und Rechtssubjekts oder jedenfalls des letzteren. Eine Sonderstellung nimmt freilich der Schöpfer dieser Konzeption des subjektiven Rechts, nämlich Savigny, ein. Bei ihm ist die Rechtsperson noch kein Annex des subjektiven Rechts, sondern selbst der Grundpfeiler des Systems. Nach Savigny kann nämlich «ursprünglich» nur der Mensch Rechtssubjekt sein, weil alles Recht um der sittlichen, jedem einzelnen Menschen innewohnenden Freiheit willen vorhanden ist <sup>(5)</sup>. Daran orientiert sich das subjektive Recht als eine Macht der Person, «ein Gebiet, worin ihr Wille herrscht und mit unserer Einstimmung herrscht» <sup>(6)</sup>. Hieraus ergibt sich, daß es neben dem «natürlichen» Rechtssubjekt Mensch nur noch künstliche, durch bloße Fiktion angenommene Subjekte als Träger von Rechtsverhältnissen geben kann (Fiktionstheorie) <sup>(7)</sup>.

Bereits bei Savignys Schüler Puchta bahnt sich jedoch eine Wendung an. Zwar hält er scheinbar die philosophische Begründung der Rechtssubjektivität aufrecht, indem er für die Eigenschaft des Menschen als Rechtssubjekt die «subjektive Möglichkeit eines rechtlichen Willens» anführt; aber nunmehr wird die Persönlichkeit zugleich als «die Fähigkeit zu Rechten» definiert, und diese wird nicht mehr strikt von der vorgegebenen Existenz der Persönlichkeit abgeleitet <sup>(8)</sup>. Damit ist ein erster Schritt getan zu der Feststellung, der Mensch als willensbegabtes Wesen sei Rechtssubjekt, weil das subjektive Recht eine Willensmacht sei, und nicht: Das subjektive Recht sei Willensmacht, weil es zur Verwirklichung des menschlichen Willens diene. Puchta zieht diese Konsequenz noch nicht; erst bei späteren Autoren wird sie allgemein. Der Fiktionstheorie als

<sup>(5)</sup> *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd. II (Berlin 1840) § 60 S. 2.

<sup>(6)</sup> a.a.O. Bd. I (Berlin 1840) § 4 S. 7.

<sup>(7)</sup> a.a.O. Bd. II § 85 S. 236.

<sup>(8)</sup> Vgl. die Formulierungen in PUCHTAS, *Pandekten* (12. von Schirmer revidierte Aufl., Leipzig 1877) S. 36. Dazu im einzelnen JOHN (Fußnote 3) S. 27 f.

Erklärung für die Existenz nichtmenschlicher Rechtssubjekte bedarf Puchta selbstverständlich ebenso wie Savigny. Das Mittel der Fiktion zeigt, daß die Einheit des Begriffs der Rechtsperson und derjenigen des subjektiven Rechts nur scheinbar erhalten, die Frage von Gemeinsamkeit und Unterschieden der Personenklassen aber eher verdeckt als beantwortet wird.

Scheinbar völlig anders setzt Brinz mit seiner berühmten Theorie vom Zweckvermögen an. Er versteht das subjektive Recht als ein Können und Dürfen <sup>(9)</sup>, das « nur in Personen denkbar » sei <sup>(10)</sup>. Rechtsfähigkeit heißt rechtliche Handlungsfähigkeit <sup>(11)</sup>. Unmündige Menschen bilden insoweit eine Ausnahme. Die juristische Person ordnet er aber anders ein: Es gebe « auch Rechte, die ihrem wesentlichen Bestande nach keinen Personen zustehen, also nicht Rechte subjektiven Sinnes zu sein brauchen, sondern ein Vermögen bildend, Zweckvermögen sein können » <sup>(12)</sup>. Diese Rechte gehören nicht « irgendwem », sondern « für etwas » <sup>(13)</sup>. Sie sind, da nur der Mensch Rechtssubjekt ist, subjektlos, sie bilden Zweckvermögen. Deshalb sind sie eine andere Klasse von Rechten als die einem Menschen zustehenden, wenn auch diesen parallel. Damit wird die Einheitlichkeit des Rechtssubjekts ebenso aufgegeben wie diejenige des subjektiven Rechts: Der durch die Fiktionstheorie verdeckte Riß im Rechtssystem tritt offen zutage.

Eine gewisse Unentschiedenheit in der Konzeption findet sich bei Windscheid <sup>(14)</sup>. Das als Willensmacht verstandene subjektive Recht besteht nach ihm dadurch, daß die Rechtsordnung für einen von ihr erlassenen oder zu erlassenden Befehl den Willen einer Person als maßgebend erklärt hat. Person ist der Mensch, weil nur er einen Willen hat. Nun gebe es aber Rechte, die nicht an einen Menschen als Subjekt geknüpft sind, sondern die Be-

<sup>(9)</sup> *Lehrbuch der Pandekten*, Erster Band (2. Aufl. Erlangen 1873) § 65 S. 211 ff.

<sup>(10)</sup> S. 213.

<sup>(11)</sup> § 52 S. 175.

<sup>(12)</sup> S. 213.

<sup>(13)</sup> § 61 S. 201.

<sup>(14)</sup> Zum Folgenden: WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 9. Aufl. bearbeitet von Th. Kipp (Frankfurt/M. 1906, Neudruck Aalen 1963) § 49 S. 219 ff.

stimmung haben, einem Zweck zu dienen. In diesem Fall liege es am nächsten, das Fehlen eines Rechtssubjekts anzunehmen, weil die Rechtsordnung den von ihr erteilten Befehl niemandem zu eigen gegeben habe. Es müsse zwar dafür gesorgt werden, daß ein für diese Art des subjektiven Rechts maßgebender menschlicher Wille vorhanden sei, aber der betreffende Mensch handle « nicht für *etwen*, sondern für *etwas* ». Windscheid meint nun, dieser Auffassung widerstrebe ein natürliches, auf dem Zuge zur Persönlichkeit, der durch die Menschennatur hindurchgehe, beruhendes Gefühl. Deshalb finde man auch hier ein tragendes Subjekt, und zwar in einer künstlich geschaffenen vorgestellten Person. Es ist leicht einzusehen, warum Windscheid sowohl für die Fiktionstheorie als auch für die Theorie vom subjektlosen Recht in Anspruch genommen wird. Die Einheitlichkeit des Systems ist bei ihm jedenfalls nicht größer als bei seinen Vorgängern.

Bei Hölder, der zunächst dem gleichen Ansatz folgt, verlaufen die Spaltungen des Systems gänzlich anders. Aus der Definition des subjektiven Rechts als Willensmacht schließt er: « Beruht das Wesen des Privatrechts auf der dem Willen des Berechtigten zukommenden Bedeutung, so kann Subjekt eines solchen nicht in derselben Weise wie ein anderer sein, wessen Wille von Rechts wegen keine Bedeutung hat, » <sup>(15)</sup> womit insbesondere die wegen Minderjährigkeit Unmündigen und Geisteskranken gemeint sind. Weil im Falle ihrer gesetzlich angeordneten Vertretung der Wille des Vertreters bestimmend ist, ist Rechtssubjekt der Vertreter. Aber seine rechtliche Macht ist keine eigene, sondern ein Amtsrecht <sup>(16)</sup>. Wenn das Recht gleichwohl den gesetzlich vertretenen Menschen Rechtsfähigkeit zuerkennt, dann bezeichnet dies lediglich einen « Wert, den es ihrem Leben zuerkennt » <sup>(17)</sup>, wegen dessen diese Menschen Objekt rechtlicher Fürsorge sind <sup>(18)</sup>. In der Konsequenz löst Hölder auch die ju-

---

<sup>(15)</sup> *Natürliche und juristische Personen* (Leipzig 1905, Neudruck Aalen 1964) S. 123.

<sup>(16)</sup> a.a.O. S. 103 f., 125.

<sup>(17)</sup> S. 112.

<sup>(18)</sup> S. 127 ff.

ristische Person auf: Sie ist teils ein Amtsverhältnis, teils ein Gemeinschaftsverhältnis<sup>(19)</sup>. Ihre Organe üben wie sonstige gesetzliche Vertreter ein Amt aus, und für die etwaigen Mitglieder ist « das Amtsvermögen ... ein ihnen gemeinsames Vermögen in demselben Sinne wie das Mündelvermögen ein Vermögen des Mündels »<sup>(20)</sup>. Damit überwindet Hölder die Spaltung, die durch den Gegensatz von natürlichen und juristischen Personen veranlaßt wird, aber er ersetzt sie durch die Spaltung in das Rechtssubjekt um seiner selbst willen, das eigene Rechte hat, und den Amtsträger, der Amtsrechte für andere verwaltet. Der damit erzielte grundsätzliche Fortschritt bleibt fragwürdig.

Einen großangelegten Versuch, das Rechtssubjekt unter Beibehaltung des Begriffs des subjektiven Rechts als Willensmacht einheitlich zu erfassen, hat Gierke unternommen. Man kann nicht ohne weiteres sagen, daß er das Rechtssubjekt vom subjektiven Recht herleitet. Vielmehr neigt er dazu, ähnlich wie Savigny das Rechtssubjekt aufgrund gewisser Vorstellungen von der Rechtsidee zu entwickeln, wenn er sagt, die Rechtsordnung wende sich « an den Menschen als vernunftbegabtes Wesen, das befähigt ist, sich selbst aus sich heraus zu bestimmen »<sup>(21)</sup>. Daraus erklärt es sich, daß Gierke den seit Savigny bekannten Schwierigkeiten ausgesetzt ist. Diese bestehen einmal bei der Rechtsfähigkeit von Kindern und Geisteskranken<sup>(22)</sup>. Indem das Recht ihrer nach Gierke an sich immer noch vorhandenen natürlichen Willensfähigkeit die Geltung entzieht, « gewährt es mit der anderen Hand die Zuständigkeit einer durch rechtliche Mittel zu verwirklichenden Willenssphäre ». Das Kind ist danach « Rechtssubjekt, weil und in wieweit in seinem Namen Herrschaft zu üben und zu erdulden ist ». Danach baut Gierke seinen Rechtssubjektbegriff auf dem Willen auf. Dieser findet sich nur bei Menschen. « Die Menschen aber können entweder als Einzelne

<sup>(19)</sup> S. 341.

<sup>(20)</sup> S. 342 f.

<sup>(21)</sup> *Deutsches Privatrecht*, Erster Band. *Allgemeiner Teil und Personenrecht* (Leipzig 1895) S. 115. Zu dem im Text angedeuteten Aspekt der Gierkeschen Theorie vgl. im einzelnen JOHN (FN 3) S. 36.

<sup>(22)</sup> Zum Folgenden: *Privatrecht* S. 354, insbes. FN 8.

oder als Verbände das Recht der Persönlichkeit haben »<sup>(23)</sup>. Jedoch schreibt Gierke in den Verbänden gar nicht den einzelnen Menschen selbst die Rechtssubjektivität zu. Die Verbandsperson ist vielmehr « eine wirkliche und volle Person gleich der Einzelperson, jedoch im Gegensatz zu dieser eine zusammengesetzte Person »<sup>(24)</sup>. « Wirklich » bedeutet im Gegensatz zur Fiktionstheorie « nicht bloß erdichtet » (Theorie der realen Verbandspersönlichkeit). Die Handlungsfähigkeit der Verbandsperson wird nicht erst durch Stellvertretung hergestellt, sondern sie handelt mittels der zuständigen Menschen durch « Organe », und zwar « wie die Einzelperson in der Rede des Mundes oder der Bewegung der Hand », sie ist « als solche willens- und handlungsfähig »<sup>(25)</sup>. « Zusammengesetzt » will sagen, daß ihre Einheit « sich nicht in einem einzelnen menschlichen Leibe, sondern in einem gesellschaftlichen Organismus » verwirklicht. Wenn Gierke zugleich einräumt, daß die Verbandsperson « als soziales Gebilde sich im innersten Wesen von einem bloß natürlichen Gebilde unterscheidet »<sup>(26)</sup>, so entsteht ein gewisses Zwielficht, bei dem die Reichweite der Einheitlichkeit nicht recht sichtbar wird und sich eigentlich auf den Oberbegriff « Träger eines freien Willens » beschränkt. Diese Eigenschaft wird für die Verbandspersonen in problematischer Weise postuliert; einheitsstiftende Funktion hat dabei der dunkle Begriff « Organismus ». Dieser Versuch einer monistischen Darstellung hat also zu einem Verlust an Prägnanz des Rechtssubjektbegriffes geführt.

## 2. *Das subjektive Recht als Interessenschutz.*

Die von diesem Verständnis ausgehenden Theorien erheben alle den Anspruch monistischer Darstellung des Rechtssubjekts, allen voran diejenige Iherings, der bekanntlich — abweichend von allen Vorgängern — als erster das subjektive Recht von

---

<sup>(23)</sup> a.a.O. S. 267.

<sup>(24)</sup> S. 470.

<sup>(25)</sup> S. 472.

<sup>(26)</sup> S. 473.

seinen inhaltlichen Wirkungen her als rechtlich geschütztes Interesse ansieht<sup>(27)</sup>. Dies führt ihn immerhin zu einer Lösung des Problems der willensunfähigen Menschen, also der Kinder und Geisteskranken. Denn Ihering kann vom «natürlichen» interessefähigen Menschen ausgehen und damit zugleich die Willensunfähigen ohne Brechung als Rechtssubjekt anerkennen<sup>(28)</sup>. Bei den juristischen Personen beginnen jedoch die Schwierigkeiten erneut. Da jedes private Recht die Interessen und Zwecke eines Menschen zu fördern hat, ist der Mensch der Destinatär eines jeden Rechts<sup>(29)</sup> und damit an sich auch immer nur er Rechtssubjekt. Bei den juristischen Personen ist er dies ohne weiteres jedoch nur «nach innen»; «nach außen» tritt dagegen «die als Trägerin aller Teilrechte, als Inbegriff aller berechtigten Personen gedachte Gesamtheit» auf<sup>(30)</sup>. Damit ist in gewissem Sinne eine Einheit des Subjektsbegriffes hergestellt, denn eigentliches Subjekt ist immer der «Genießer» des Rechts (Genießertheorie), d.h. bei den juristischen Personen die an ihnen beteiligten Menschen, da die juristischen Personen «als solche völlig genußunfähig» sind<sup>(31)</sup>. Jedoch ist die Anlehnung an die Fiktionstheorie unverkennbar, wenn Ihering von der «gedachten» Gesamtheit der Berechtigten spricht. Zum anderen hat Ihering erhebliche Schwierigkeiten, die Stiftung in seine Konzeption einzubauen<sup>(32)</sup>. Wieder ist also die Einheitlichkeit des Systems nur unvollkommen hergestellt; die Brüche verlaufen nur an anderer Stelle.

Eine sehr eigenwillige, rigoros monistische Theorie hat Schwarz entworfen<sup>(33)</sup>. Nach ihm dient jedes Recht einem Zweck, nämlich der Befriedigung eines bestimmten Interesses<sup>(34)</sup>.

---

<sup>(27)</sup> *Geist des römischen Rechts*, Bd. 3, 6. u. 7. Aufl. (Leipzig 1924) § 60 S. 339.

<sup>(28)</sup> S. 332 ff.

<sup>(29)</sup> S. 340.

<sup>(30)</sup> S. 224, S. 356.

<sup>(31)</sup> S. 356.

<sup>(32)</sup> Vgl. dazu im einzelnen JOHN (FN 3) S. 39.

<sup>(33)</sup> *Rechtssubjekt und Rechtszweck. Eine Revision der Lehre von den Personen*, in *Archiv für Bürgerliches Recht*, Bd. 32 (1908) S. 12 ff.

<sup>(34)</sup> S. 15.



Deshalb ist «jedes Recht ... Zweckrecht, jeder Rechtskreis Zweckrechtskreis, jedes Vermögen Zweckvermögen» (35). Folglich ist die Frage nach dem Rechtssubjekt falsch gestellt; sie muß lauten: «Nicht: *wem*, sondern *wofür* gehört Recht und Vermögen» (36). Auch das Vermögen des einzelnen Menschen gehört einem Zweck, nämlich der Befriedigung seiner Bedürfnisse. Aber der Zweck und nicht der Interessenträger oder Verfüger individualisiert einen Rechtskreis. Zwar erkennt Schwarz an, daß «*omne ius hominum causa constitutum est*» (37). Dennoch ist der Mensch dem Zweck untergeordnet. Die mit jedem Recht verbundene Verfügungsmacht steht einem Zweckvertreter zu, der gleichsam ein Instrument des Zweckes ist, sowohl beim Einzelnen wie bei der juristischen Person: Auch der Einzelne ist nur Verwalter seiner Rechte (!) (38). Danach bereitet die gemeinsame Konstruktion von natürlicher und juristischer Person (39) ebenso wie anderer Erscheinungen (40) keine Schwierigkeiten mehr. Das Problem des Rechtssubjekts ist dadurch gelöst, daß alles auf das subjektive Recht bezogen und das Rechtssubjekt hinwegdefiniert worden ist. Die mit diesem Begriff sonst beschriebenen Sachzusammenhänge verflüchtigen sich bis zu einem Abstraktionsgrad, auf dem sich schlechterdings alles vereinigen läßt.

Die breit angelegte Theorie H. J. Wolffs (41) ist durch mannigfaltige Schichtungen und Differenzierungen gekennzeichnet. Er unterscheidet grundsätzlich zwischen Begriffsbildungen der «Rechtstechnik» und solchen der «Rechtselementarlehre». Die letztere leistet «die Entwicklung der juristischen Grundbegriffe, wie sie sich durch In-Beziehung-Setzen von Rechtsnormen zu 'natürlichen Gegebenheiten' ergeben» (42). Die «Rechtstechnik» dagegen erforscht die «internen rechtlichen Beziehungen zwischen gegebenen Subjekten und Objekten, wie zwischen den

(35) S. 28.

(36) S. 29.

(37) S. 137.

(38) S. 39 und 81.

(39) Schwarz hält diese Begriffe auf die Dauer gesehen für überflüssig (S. 90).

(40) S. 18 ff.

(41) In seinem oben (FN 2) zitierten Werk.

(42) S. 133 FN 1 unten.

durch die Rechtsordnung gegebenen Begriffen » (43) und ist « eine nurmehr formale Betrachtung der Rechtsbeziehungen ..., die mit allen Rücksichten auf philosophische, rechtsphilosophische, soziologische und rechtssoziologische Voraussetzungen auch die auf die inhaltliche Bestimmung der Namen wie der Begriffe beiseite läßt » (44). Auf der Ebene der Rechtselementarlehre (45) sind alle Menschen Interessenträger, also auch Rechtssubjekte, aber nicht ohne weiteres auch Pflichtsubjekte (46), weil sich das Recht « als imperativische Norm ... nur an vernünftige und willensfähige Wesen richten » kann (47). Bei den Unmündigen und Geisteskranken, die dies nicht sind, sorgt die Rechtsordnung dafür, « daß ihre Interessen durch Pflichtsubjekte wahrgenommen werden, die nicht nur taugliche Adressaten der Rechtsnorm, sondern auch verpflichtet sind, jene fremden Interessen wahrzunehmen » (48). Ähnlich ist die Sachlage bei den juristischen Personen (49). So bildet auf der zweiten Ebene der Rechtstechnik der Begriff « Person » die Klammer, die den mündigen und unmündigen Menschen ebenso wie die juristische Person umfaßt. Die Person ist « Zurechnungssubjekt » (50), sie ist « nicht mehr, wie der Mensch, ein Tatbestand oder Tatbestandskomplex, sondern der gedankliche (ideelle) Zielpunkt von Normen; wer oder was Person ist, ist daher keine Tatsachenfrage, sondern ergibt sich erst aus der positiven Rechtsordnung, die sowohl Tatbestände als auch z.B. Organisationen als Endpunkte ihrer Zurechnung behandeln kann » (51). Letzteres ist nach Wolff die Lage bei der juristischen Person, die im rechtselementaren Sinne mangels Einsichtsfähigkeit nicht Pflichtsubjekt (52) und mangels eigener Interessen nicht Rechtssubjekt ist (53). Die juristischen

---

(43) S. 135.

(44) S. 136.

(45) S. 137.

(46) S. 117.

(47) a.a.O.

(48) S. 118.

(49) S. 118 FN 2.

(50) S. 149.

(51) S. 149-150.

(52) S. 152.

(53) S. 153 f.

Personen sind daher rein rechtstechnisch zu konstruieren <sup>(54)</sup>. Wolff versucht also zwischen dualistischer und monistischer Konstruktion des Rechtssubjekts zu vermitteln, indem er das auf einer Ebene unvereinbar Erscheinende auf einer anderen verbindet. Wiederum hat sich der Systembruch verlagert, diesmal aber führt er gar zu einer Spaltung des rechtlichen Denkens insgesamt.

### 3. *Mischung oder Überwindung der Begriffe des subjektiven Rechts.*

Die sehr komplexe Theorie Bekkers, in der mehrere Entwicklungsstadien zu unterscheiden sind <sup>(55)</sup>, lassen wir hier beiseite. Im weiteren ist zunächst diejenige von Rhode <sup>(56)</sup> von Interesse. Sein Ausgangspunkt liegt darin, daß er «alle jene 'Personen', die neben dem Menschen die Subjektseigenschaft haben sollen, auf menschliche Rechtssubjekte zurückführt. Ist das gelungen, so sind alle Versuche, in den Begriff des Rechtssubjekts mehr als den Menschen einzuschließen, sinnlos geworden» <sup>(57)</sup>. Rhode versucht, alle Verhältnisse, in denen sich das subjektive Recht von einem menschlichen Subjekt zu entfernen scheint, statt als Ablösung von diesem Subjekt als (bloße) Zweckbindung zu erklären. Er entwickelt hierzu eine «Lehre vom zweckgebundenen Recht» <sup>(58)</sup>. Die Zweckbindung kann so weit gehen, daß dem «Rechtsinhaber» von allen Funktionen nur noch das «nudum ius» verbleibt <sup>(59)</sup>. Die Anwendungsfälle solcher Zweckbindung reichen von der Treuhand <sup>(60)</sup> und der Gesamthand <sup>(61)</sup> über den Konkurs und die Testamentsvollstreckung <sup>(62)</sup> bis zu den

---

<sup>(54)</sup> S. 165 ff.

<sup>(55)</sup> Vgl. JOHN (FN 3) S. 29 und 45 ff.

<sup>(56)</sup> *Juristische Person und Treuhand. Grundzüge einer Lehre vom zweckgebundenen Recht* (Berlin 1932).

<sup>(57)</sup> S. 73 ff.

<sup>(58)</sup> a.a.O.

<sup>(59)</sup> S. 72.

<sup>(60)</sup> S. 93 ff.

<sup>(61)</sup> S. 99.

<sup>(62)</sup> S. 111.

juristischen Personen <sup>(63)</sup>. Die Figur der juristischen Person wird damit entbehrlich: Sie verdecke nur, betont Rhode, « daß die einer 'juristischen Person' zugeschriebenen Rechte immer nur Rechte eines oder mehrerer Menschen sind, denen das Gesetz gestattet hat, anonym im Rechtsleben aufzutreten » <sup>(64)</sup>. Damit ist die Einheit des Rechtssubjektsbegriffs wiederhergestellt, aber zugleich der Begriff « subjektives Recht » problematisch geworden. Rhode gelangt zu der Feststellung, an diesem Begriff könne man immer nur das Wort « subjektiv » erläutern, während sich das « den Rest einer inneren Beziehung verdeckende Wort 'Recht' » nicht erläutern lasse, weil es « der Urbegriff unserer Wissenschaft » sei <sup>(65)</sup>. Dann fragt es sich aber, ob eine Lehre, die alle sonst unter dem Gesichtspunkt des Subjekts problematisierten Verhältnisse unter dem Blickwinkel des (zweckgebundenen) subjektiven Rechts erklären will, ihren Grundbegriff in derartigem Maße im Dunkeln lassen kann, ohne daß ihr Erklärungswert leidet.

Im Ausgangspunkt scheinbar völlig anders vollzieht sich die Abwendung von der überkommenen Denkweise bei Kelsen. Für ihn sind die Begriffe « subjektives Recht », « Rechtssubjekt » und « juristische Person » mehr oder weniger entbehrliche Bezeichnungen von gewissen Komplexen innerhalb des umfassenden Normengefüges « Recht ». Das subjektive Recht des einen ist nicht mehr als die Kehrseite der rechtlichen Pflicht des anderen <sup>(66)</sup>, deren Nichterfüllung durch Klage geltend gemacht werden kann <sup>(67)</sup>. Die Aussage, daß ein Individuum ein subjektives Recht « hat », bedeutet nichts weiter, als « daß eine Rechtsnorm ein von ihr bestimmtes Verhalten dieses Individuums zur Bedingung bestimmter Folgen macht » <sup>(68)</sup>. Da Kelsen Handlungsfähigkeit ganz allgemein als die Möglichkeit versteht, an das Verhalten des Betreffenden Rechtsfolgen zu knüpfen <sup>(69)</sup>, ist nach ihm nicht

---

<sup>(63)</sup> S. 130.

<sup>(64)</sup> S. 178.

<sup>(65)</sup> S. 71 ff.

<sup>(66)</sup> *Reine Rechtslehre*. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit, 2. Auflage (Wien 1960) S. 132.

<sup>(67)</sup> S. 139.

<sup>(68)</sup> S. 140.

<sup>(69)</sup> S. 150 ff.

der Handlungsunfähige, sondern dessen gesetzlicher Vertreter Rechtssubjekt <sup>(70)</sup>. Der Sachverhalt «Person» besteht nur in der Auferlegung von Pflichten und Verleihung von Rechten an Menschen: «Die physische oder juristische Person... *ist* diese Rechtspflichten und subjektiven Rechte, ist ein Komplex von Rechtspflichten und subjektiven Rechten, deren Einheit im Begriff der Person figürlich zum Ausdruck kommt. Die Person ist nur die Personifikation dieser Einheit» <sup>(71)</sup>. Und weiter: «Die sogenannte physische Person ist damit nicht ein Mensch... Es ist nicht eine natürliche Realität, sondern eine juristische, von der Rechtswissenschaft geschaffene Konstruktion, ein Hilfsbegriff in der Darstellung rechtlich relevanter Tatbestände. In diesem Sinne ist die sogenannte physische Person eine juristische Person» <sup>(72)</sup>. Auch die juristische Person im herkömmlichen Sinne ist eine rechtliche «Teilordnung», deren (relative und vorläufige) Einheit und Selbständigkeit zwar nicht wie bei der physischen Person durch das Verhalten eines Menschen, aber ebenfalls durch ein «rechtsinhaltliches Kriterium» begründet wird <sup>(73)</sup>. Die Rechte und Pflichten der juristischen Person sind in Wahrheit solche ihrer Organe, also von Menschen <sup>(74)</sup>. Die Subjektsqualität der juristischen Person wird mittels «Zuschreibung» der Handlungen dieser Menschen geleistet <sup>(75)</sup>. Die im Begriff der juristischen Person enthaltene Personifikation beschreibe «in verhältnismäßig einfacher Weise» gewisse komplizierte Sachverhalte; man könne sich deshalb seiner bedienen, müsse es aber nicht <sup>(76)</sup>.

So neuartig das Kelsensche System zunächst aussieht, so wenig ist er doch von den meisten herkömmlichen Theorien entfernt. Auch für ihn liegt der Schwerpunkt beim Recht und nicht beim Subjekt. Im übrigen entsteht bei aller Geschlossenheit dieser

---

<sup>(70)</sup> S. 162 ff.

<sup>(71)</sup> S. 177.

<sup>(72)</sup> S. 178.

<sup>(73)</sup> *Allgemeine Staatslehre* (Berlin, Heidelberg, New York 1925; Nachdruck Bad Homburg v.d.H., Berlin, Zürich 1966) S. 66.

<sup>(74)</sup> *Reine Rechtslehre*, S. 180 ff., 191.

<sup>(75)</sup> S. 185.

<sup>(76)</sup> S. 194.

Lehre der Eindruck, daß sie die Schwierigkeiten des Problems der «juristischen Person» mehr herausdefiniert als löst. Denn die rechtswissenschaftliche Arbeit hat gerade die Aufgabe, die von Kelsen apostrophierten «gewissen komplizierten Sachverhalte» in «verhältnismäßig einfacher Weise» zu beschreiben, und zwar ohne sie auf die Abstraktionshöhe der Rechtsnorm selbst zu heben, wo zwar Einheitlichkeit und Konsequenz walten, aber keine konkrete Problematik mehr in den Blick kommt. Die Problemlösung kann daher mit Kelsen nicht enden, sondern erst beginnen.

## II. VOM SUBJEKTIVEN RECHT UNABHÄNGIGE KONZEPTIONEN.

In diesem Zusammenhang lassen sich — vergrößernd gesagt — zwei Gruppen von Theorien unterscheiden: Die eine versucht eine Beschreibung der Probleme aufgrund rechtsphilosophischer Überlegungen (unten 1), die andere aufgrund einer Analyse der im geltenden Recht vorgefundenen Strukturen (unten 2).

### 1. Begründung aus der Rechtsphilosophie.

Schönfeld beginnt beim Aufbau seines Systems mit der vom Rechtssubjekt zu unterscheidenden Rechtsperson<sup>(77)</sup>. Die (natürliche oder juristische) Rechtsperson ist nach ihm stets «Kulturperson», wobei «Kultur» verstanden wird als «der Geist in Raum und Zeit»<sup>(78)</sup>. Neben die Rechtsperson stellt Schönfeld allerdings alsbald wieder das «Rechtssubjekt», das sich in traditioneller Weise wesentlich dadurch auszeichnet, subjektive Rechte zu haben. Eigenartig ist nun das Verhältnis von Rechtsperson und Rechtssubjekt: «Wie das subjektive Recht die Einheit von Rechtssubjekt und Rechtsobjekt bedeutet, also ist die Rechts-

<sup>(77)</sup> Allerdings erst in Schönfelds späteren Schriften. Anders noch in *Iherings Jahrbüchern*, 75 S. 339 ff.

<sup>(78)</sup> *Rechtsperson und Rechtsgut im Lichte des Reichsgerichts als Vorarbeit zu einer künftigen Wirklichkeitslehre des deutschen Rechts*, in *Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben*, Bd. II (Berlin und Leipzig 1929) S. 207.

person die Einheit von objektivem und subjektivem Recht. Sie ist das 'und' in der Rede vom objektivem und subjektivem Recht » (79). Diese Beschreibung wird auch nicht völlig deutlich, wenn Schönfeld an späterer Stelle sagt: «Somit ist die Rechtsperson immer Pflichtsubjekt, insofern sie immer soll, aber sie ist nicht immer Rechtssubjekt, insofern sie nicht immer hat » (80). Sie ist «möglicherweise Rechtssubjekt, niemals aber das Rechtssubjekt Rechtsperson. Jene bedeutet einen juristisch zugearteten, soziologischen und damit materialen Begriff..., dieses einen rein juristischen und damit formalen Begriff... » (81). Schönfelds eigenständig konstruierte «Rechtsperson» bedeutet also einen Schritt über das Recht hinaus (oder einfach: aus ihm hinaus), während ein völlig rechtliches Phänomen anscheinend nur das «Rechtssubjekt» ist, das Schönfeld aber nicht anders versteht als seine Vorgänger. Daher ist der Gewinn aus dieser Theorie schwer zu erkennen. Schönfeld glaubt zwar, mit ihr fast alle Erscheinungen des Personenrechts (von der Rechtsnachfolge über die Rechtsgemeinschaft, die Treuhand und die Gesamthand bis hin zur Gründung und Umwandlung juristischer Personen) erklären zu können (82); dies bleibt aber mehr Vision als Beweis. Die Einheit des Systems wird also wie bei Wolff durch eine neue Trennung erkauft, und auch der Erklärungswert seiner Konzeption bleibt zweifelhaft (83).

Larenz hat in einer früheren Schrift (84) versucht, mithilfe Hegelscher Denkkategorien die herkömmlichen Widersprüche in der Lehre von der Rechtsperson «aufzuheben». Der erste ist derjenige von «Realität und Idealität» der Person (85). Bei der juristischen Person, deren Nicht-Realität im Gegensatz zum einzelnen Menschen offensichtlich zu sein scheint, sei man ihr durch

---

(79) S. 216.

(80) S. 219.

(81) S. 223.

(82) S. 224 ff.

(83) Ähnliche Einwände sind gegen die Lehre G. Husserls zu erheben, vgl. dazu JOHN (FN 3) S. 53 f.

(84) *Hegels Dialektik des Willens und das Problem der juristischen Persönlichkeit*, in *Logos*, 20 (1931) S. 196 ff.

(85) S. 217.

die Fiktionstheorie begegnet, ohne zu sehen, daß die natürliche Person als solche ebensowenig « real » sei. Diese Antinomie habe man einmal durch einen konsequenten Schritt aus der Realität hinaus zu beseitigen versucht: Natürliche und juristische Personen lägen auf der gleichen Ebene, wenn man sie, wie Kelsen, beide nicht mehr als real beschreibe. Diesen « Realitätsverlust » vermeide Gierke, nach dem auch juristische Personen real seien. Nur führe dieser Weg zu der anderen Antinomie von « Einheit und Vielheit in der Gesamtheit » <sup>(86)</sup>. Larenz setzt dem den « dialektischen Begriff der Person » entgegen, der die Widersprüche (im hegelschen Sinne) « aufheben » soll: Die Person ist « weder sinnlich-real noch unsinnlich-ideell, sondern Wirklichkeit, weil *Selbstverwirklichung des Geistes*, sie ist das 'Selbst', in dem sich die Wirklichkeit des Willens wie alles geistigen Lebens begründet. Die Persönlichkeit ist also *reales Willenszentrum* » <sup>(87)</sup>. Abgesehen von möglichen Einwänden gegen die dialektische Methode setzt sich diese Theorie der gleichen Kritik aus wie schon viele vor ihr: Ihr Personbegriff hat wenig Verbindungen zu den einzelnen Strukturproblemen des geltenden Rechts. Die Einheit des Systems ist also wiederum um den Preis der Konturenarmut gestiftet worden <sup>(88)</sup>.

## 2. *Strukturanalyse des geltenden Rechts als Ausgangspunkt.*

Zu dieser Gruppe sind diejenigen Versuche zu rechnen, die die juristische Person in den Rahmen eines allgemeinen Verbandsrechts stellen wollen. Ansätze hierzu finden sich bei einer Reihe von Autoren <sup>(89)</sup>. Am weitesten ist hierin Otto Schreiber <sup>(90)</sup> gelangt. Er geht aus von der « Besinnung auf die Organisations-elemente » <sup>(91)</sup> und versucht, « den Begriff 'juristische Person' »

<sup>(86)</sup> S. 225.

<sup>(87)</sup> S. 231.

<sup>(88)</sup> Vergleichbares läßt sich der Theorie Rittners (*Die werdende juristische Person*, Tübingen 1973) entgegenhalten, vgl. dazu JOHN, *Rechtstheorie* 1974, 234 ff.

<sup>(89)</sup> Nachweise bei JOHN (FN 3) S. 56 f. und 58.

<sup>(90)</sup> *Die Kommanditgesellschaft auf Aktien* (München 1925).

<sup>(91)</sup> S. 14.



als solchen zunächst vollkommen auszuschalten und ihn in seinen Elementen aus den verschiedenen, konkret geregelten Organisationsformen heraus neu zu gewinnen » <sup>(92)</sup>. Anhand solcher Elemente <sup>(93)</sup> mustert er die wichtigsten Erscheinungen des Privatrechts summarisch durch <sup>(94)</sup>. Er kommt zu dem Ergebnis: « Das deutsche Privatrecht kennt keinen Gegensatz zwischen Personenverbänden mit juristischer Persönlichkeit und solchen ohne sie; sondern es kennt nur eine sehr komplizierte Stufenfolge verschiedenartiger Organisationen, die bei den einfachsten Bildungen ohne juristische Persönlichkeit beginnt und bei den vollendetsten Organisationen mit juristischer Persönlichkeit endet » <sup>(95)</sup>.

Damit könnte in der Tat ein Ausweg aus der festgefahrenen theoretischen Diskussion gefunden sein, der wegen seines streng *juristischen* Charakters zugleich Folgerungen für rechtliche Einzelfragen hervorzubringen vermag. Hier setzt meine im Folgenden skizzierte eigene Konzeption an.

### III. DIE RECHTSPERSON IM RAHMEN EINER ALLGEMEINEN LEHRE VON DEN PERSONIFIKATIONEN.

#### I. Ausgangsthesen.

Ich habe oben bereits angedeutet, daß die verbandsrechtlichen Lehren, die die juristische Person in den Zusammenhang einer « Stufenfolge verschiedenartiger Organisationen » (Schreiber) stellen, am ehesten einen Ansatzpunkt bieten, um über die herkömmlichen Theorienstreitigkeiten hinauszugelangen. Ihr Vorteil liegt im wesentlichen darin, daß sie ihre systematischen Einsichten aus dem geltenden Recht selbst zu gewinnen suchen und damit stets den Kontext der konkreten juristischen Problemstellungen im Auge behalten, anstatt sich auf eine Ebene von Abstraktionen

---

<sup>(92)</sup> S. 15.

<sup>(93)</sup> Vgl. im einzelnen S. 18.

<sup>(94)</sup> S. 18 ff.

<sup>(95)</sup> S. 37.

zu begeben, auf der die Tauglichkeit der Begriffsbildung für die juristische Arbeit kaum mehr zu überprüfen ist. Ihr Mangel liegt andererseits hauptsächlich in ihrer Beschränkung auf das Verbandsrecht, d.h. in der Ausklammerung der « natürlichen » Person, die einen Einbau in das Personenrecht (und damit in das Rechtssystem im Ganzen) verhindert. In diesem Sinne ist also der Blickwinkel der Verbandslehren zu erweitern. Dies bedeutet natürlich nicht, daß alle anderen bisherigen Theorien ganz und gar zu verwerfen wären. Denn ohne Zweifel stellt sich der bisherige Theorienstreit von heute aus gesehen als « sukzessive Entfaltung der konstituierenden Aspekte der körperschaftlichen juristischen Person des Privatrechts »<sup>(96)</sup>, mehr noch: der Rechtsperson überhaupt, dar. Aus allen Theorien läßt sich etwas lernen. So lehrt die Diskussion im 19. Jahrhundert die Fruchtlosigkeit des Versuchs, das Rechtssubjekt vom subjektiven Recht abzuleiten, wie auch immer man das letztere verstehen mag. Der Grund hierfür ist die Bedeutungsarmut und Konturlosigkeit des subjektiven Rechts<sup>(97)</sup>, das so viele Funktionen im Rechtssystem erfüllen muß, daß es letztlich zu allem und zu gar nichts mehr taugt: Zutreffend hat man gesagt, der Begriff « subjektives Recht » sei « eine bloße anmahnde Sammelbezeichnung der Anforderungen von Gerechtigkeit für das Individuum gegenüber dem Recht »<sup>(98)</sup>. Ferner hat die bisherige Diskussion gezeigt, daß es nichts einbringt, Argumente auf der Ebene des « Realen » solchen auf der Ebene des « Ideellen » entgegenzustellen: Das Recht muß stets beide Ebenen im Auge behalten, wie es Norm und Sachverhalt zwar unterscheiden muß, aber nicht gänzlich voneinander trennen kann. Und schließlich ist die Hinwendung zur Methode des verbandsrechtlichen Ansatzes selbst ein Ergebnis der Untersuchung von Lehren, die der systematischen Einheit die genaue Beschreibung struktureller Unterschiede oder umgekehrt die letztere der erste-

---

<sup>(96)</sup> WIEACKER, *Zur Theorie der Juristischen Person des Privatrechts*, in *Festschrift für Ernst Rudolf Huber* (GÖTTINGEN 1973) S. 371.

<sup>(97)</sup> Vgl. dazu H.-M. MÜLLER-LAUBE, *Die Empfangszuständigkeit im Zivilrecht* (1978) S. 12 und 41.

<sup>(98)</sup> KASPER, *Das subjektive Recht - Begriffsbildung und Bedeutungsmehrheit* (Karlsruhe 1967) S. 176.

ren geopfert haben. Es kann also keine Entscheidung innerhalb der Alternative « monistisches-dualistisches System » geben, sondern die Direktive muß lauten: So viel Einheit wie möglich, so viele Unterscheidungen wie nötig.

## 2. *Elemente der Personifikation.*

Eine Beschreibung dieser Elemente kann selbstverständlich nicht geschehen, ohne das Ganze der Phänomene zu betrachten, die im geltenden Recht mit « Personifizierung » zu tun haben. Andererseits kann man die einzelnen Fälle von Personifikationen nur untersuchen, wenn man bereits Leitgesichtspunkte für eine Analyse zur Verfügung hat. Die Darstellung beim einen oder anderen zu beginnen, ist eine Frage der Zweckmäßigkeit und Klarheit. Wenn daher im Folgenden die Elemente der Personifikation scheinbar abstrakt aus Grundbedingungen des Zivilrechts abgeleitet werden, so heißt das nicht, daß sie gleichsam im luftleeren Raum entwickelt und dann konkreten Rechtserscheinungen « übergestülpt » worden sind.

a) *Handlung.* — Sobald und solange eine Rechtsordnung ein Gebiet « Zivilrecht » kennt, bedeutet dies, daß sie in gewissem Umfang einen Bereich zur Verfügung stellt, in dem zum einen die Entscheidungen über einzelne rechtliche Beziehungen weiterhin offen sind und erst noch getroffen werden müssen, und daß sie diese Entscheidungen zum anderen nicht bei einem Entscheidungsträger monopolisiert hat, sondern viele « dezentralisierte » Entscheidungsträger vorsieht, denen damit eine gewisse Autonomie zukommt<sup>(99)</sup>. Diese Entscheidungsträger sind die Rechtspersonen. Rechtliche Entscheidungen treffen nennt man gemeinhin rechtlich « handeln ». Die Rechtsperson hat also zunächst die Funktion einer selbständigen Wirkungseinheit. Als solche kann sie sich in einem konkreten Menschen (in seiner Eigenschaft als Rechtsperson) erschöpfen, muß es aber nicht. Sie erschöpft sich dann darin, wenn der erwachsene Mensch, der im Vollbesitz

---

<sup>(99)</sup> Vgl. hierzu PAWLOWSKI, *Allgemeiner Teil des BGB* (Tübingen 1972) Bd. 1: *Status der Person und subjektive Rechte*, S. 4 ff.

seiner geistigen Kräfte ist, in eigener Sache auftritt: Er « handelt » für sich selbst. Bei Unmündigen, Geisteskranken und juristischen Personen (und in gewissem Sinne schon dann, wenn der mündige Mensch einen Bevollmächtigten bestellt hat) wird die Funktion des rechtlichen Handelns gewissermaßen dezentralisiert, d.h. auf Menschen übertragen, die im Rahmen einer Organisation tätig werden. Bei juristischen Personen (und anderen komplexen Personifikationen) ist die Handlungsfähigkeit des Ganzen nur noch durch einen (häufig verwickelt aufgebauten) Apparat herzustellen. Diesen kann man ebenso wie den Vormund beim Mündel als *Handlungsorganisation* bezeichnen, und zwar als eine « notwendige » deshalb, weil die Handlungsfähigkeit der betreffenden Personifikation (ihre aktive Rechtsfähigkeit) durch sie überhaupt erst hergestellt wird. Der einzelne voll mündige Mensch bedarf keiner Handlungsorganisation, da er auch ohne sie handlungsfähig ist, er ist insofern der einfachste Grenzfall einer Personifikation. Er kann sich aber zur Erweiterung seiner rechtlichen Handlungsmöglichkeit eine « mögliche » Handlungsorganisation zulegen, indem er Bevollmächtigte bestellt; auch anderen Personifikationen (z.B. juristischen Personen) steht dies offen. Die im deutschen Recht übliche Unterscheidung in « gewillkürte » und « gesetzliche » Vertretung gibt den Strukturunterschied nicht angemessen wieder, weil sie auf die Entstehung statt auf die Funktion der « Vertretung » abstellt; der grundsätzlich für juristische Personen reservierte Begriff der « Organschaft » ist dabei vollends ein Fremdkörper, obwohl er zutreffendere Vorstellungen auslöst.

Weitere Differenzierungen im Begriff der Handlungsorganisation sind unausweichlich, um Mißverständnisse zu vermeiden<sup>(100)</sup>. So muß man die « konkrete » von der « abstrakten » Handlungsorganisation unterscheiden, nämlich den Amtsträger vom Amt. Nur der erstere kann « reales » Substrat der Organisation sein<sup>(101)</sup>.

<sup>(100)</sup> Vgl. im einzelnen JOHN (FN 3) S. 74 ff.

<sup>(101)</sup> Dies mißversteht WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht*, Bd. I (München 1980) S. 197, wenn er meint, ich sähe die Organisation als « Substrat » der juristischen Person an. Die konkrete Organisation kann man als « Substrat » bezeichnen (wenn anders dies etwas einbringt), die abstrakte dagegen ist rechtliche Regelung.

Die abstrakte Handlungsorganisation kann auch gestuft sein, so etwa, wenn eine juristische Person ein Amt innehat (z.B. eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung als vertretungsberechtigter Gesellschafter einer Personengesellschaft, wie bei der GmbH und Co. KG). Ferner ist nach der Art der Kompetenzen die «interne» von der «externen» Handlungsorganisation zu trennen, und eine besondere Rolle für die Struktur der Handlungsorganisation und die Kompetenzverteilung in ihr spielt der Organisationszweck.

b) *Haftung*. — Die Rechtsperson handelt nicht nur, sie steht auch für ihre Handlungen ein: Sie haftet. Damit ist gemeint, daß sie durch ihre Handlungen (bzw. diejenigen ihrer Handlungsorganisation) Rechtswirkungen herbeiführt, welche zu praktischen Folgen führen. Die hauptsächliche praktische Frage ist in letzter Konsequenz die Möglichkeit der Zwangsvollstreckung in die ihr zugeordneten Vermögensgegenstände. Hierdurch werden der Rechtsperson einerseits faktische Nutzungsmöglichkeiten, andererseits rechtliche Kompetenzen in Bezug auf bestimmte Gegenstände («subjektive Rechte») entzogen. Dies und nur dies ist hier mit «Haftung» gemeint; es soll damit nicht in die alte Auseinandersetzung um «Schuld und Haftung» eingegriffen werden. Die organisatorisch verfestigte Möglichkeit, solchermaßen der Haftung zu unterliegen, kann man als Existenz eines abstrakten «*Haftungsverbandes*» (bzw. einer Haftungsorganisation) bezeichnen, während die der Haftung unterliegenden Rechtsgegenstände dann der konkrete Haftungsverband der Personifikation sind.

Auch beim Haftungsverband sind weitere Differenzierungen vonnöten, auf die hier nicht näher eingegangen werden soll<sup>(102)</sup>. Hervorzuheben ist, daß eine Personifikation nicht stets einen (abstrakten) Haftungsverband haben, also haftungsfähig sein muß. Auch die Existenz einer bloßen Handlungsorganisation ist ein Stück Personifikation (Verselbständigung). Erst recht muß der Haftungsverband einer Personifikation nicht der einzige sein, der ihren Gläubigern zur Verfügung steht. Dies ist zwar bei den meisten juristischen Personen der Fall, und insofern kann man

---

<sup>(102)</sup> Vgl. im einzelnen JOHN (FN 3) S. 81 ff.

zugespißt sagen, daß die juristische Person ein « Mittel der Haftungsbeschränkung » sei <sup>(103)</sup>. Aber die Einzigkeit des Haftungsverbandes ist wiederum nur ein Schritt auf dem Wege zur vollen Verselbständigung, nicht Voraussetzung einer Verselbständigung überhaupt.

c) *Identitätsdarstellung*. — Die Rechtsperson muß, wenn sie als verselbständigte Wirkungseinheit funktionieren soll, ihre Identität (und Individualität) im sozialen Kontext sinnfällig zum Ausdruck bringen, sie muß eine « *Identitätsausstattung* » haben <sup>(104)</sup>. Als solche dient in erster Linie der Name bzw. die Firma. Je formalisierter eine rechtliche Handlung ist, bei der die Rechtsperson in Erscheinung tritt — etwa in gerichtlichen Verfahren — um so mehr kommt es auf die Namensangabe an. Es ist eine bedeutende Lücke in der Verselbständigung, wenn eine Personifikation sich auf die Namen ihrer Mitglieder (Organisationsangehörigen) stützen muß, wenn ihr also eine eigene rechtlich anerkannte Identitätsausstattung fehlt, wie etwa in Deutschland der « Gesellschaft des bürgerlichen Rechts » (§§ 705 ff. BGB).

In örtlicher Hinsicht wird die Rechtsperson identifiziert durch den Wohnsitz bzw. Sitz, der als formalisiertes räumliches Zentrum ihrer rechtlichen Tätigkeit fungiert. Erst diese örtliche Bestimmung neben dem Namen macht die Rechtsperson als Wirkungseinheit jederzeit « auffindbar » und ermöglicht es somit, unbeschränkt mit ihr Verbindung aufzunehmen. Wohnsitzlosigkeit bedeutet eben den Verlust eines Stücks bürgerlich-rechtlicher Existenz - mag auch mancher dies als Ausdruck von « Freiheit » verstehen.

### 3. *Folgerungen*.

Verwendet man diese Organisationselemente zur Analyse der Struktur einzelner Personifikationsphänomene <sup>(105)</sup>, so schält sich eine komplexe Folge verschiedenartiger Organisationsstufen her-

<sup>(103)</sup> So PAWLOWSKI (FN 98) S. 68.

<sup>(104)</sup> Vgl. JOHN (FN 3) S. 92 ff.

<sup>(105)</sup> Dazu JOHN (FN 3) S. 95-217.

aus: Die Lehre von der Rechtsperson erweitert sich zu einer Morphologie der Personifikationen. Es läßt sich zeigen, daß die « natürliche » Person, der Mensch, ohne Handlungsorganisation sein kann. Er kann aber auch mit einer « möglichen » (rechtsgeschäftliche Stellvertretung) oder mit verschiedenartigen « notwendigen » Handlungsorganisationen (Eltern als gesetzliche Vertreter, Vormund) und gewissen Zwischenformen (Pflegschaft) ausgestattet sein. Die größte Ähnlichkeit mit seiner Organisation weisen die juristischen Personen auf. Auch sie besitzen eine Handlungsorganisation, einen selbständigen (meist: einzigen) Haftungsverband und eine umfassende, rechtlich weitgehend formalisierte Identitätsausstattung. Freilich ist bei ihnen die Differenzierung insbesondere der internen Handlungsorganisation weitaus größer als beim Menschen als organisierter Rechtsperson, weil bei ihnen vielfältige Interessen im Spiele sind, die in formalisierter Weise zum Zuge kommen müssen. Unter- und außerhalb dieser Organisationsstufe gibt es nun eine Reihe von Neben- und Vorformen der Personifikation. Zu den höchstentwickelten gehören die sog. Personengesellschaften des Handelsrechts. Ihre Handlungsorganisation unterscheidet sich von derjenigen der juristischen Personen oft nur in Nuancen, und ihre Identitätsausstattung entspricht derjenigen der juristischen Personen weitestgehend. Nur die Haftungsfrage ist bei ihnen unabänderlich anders gelöst: Neben ihrem eigenen Haftungsverband gibt es jeweils noch mindestens einen weiteren, der den Gläubigern unbeschränkt zur Verfügung steht (Kommanditgesellschaft) <sup>(106)</sup>. Eine etwas geringere Organisationsstufe besitzt die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts. Sie kann sich zwar einer offenen Handelsgesellschaft stark annähern; insbesondere im Bereich der Identitätsausstattung bleibt sie aber erheblich hinter jener zurück. Stark davon unterschieden sind die übrigen sog. Gesamthandsgemeinschaften (Erbengemeinschaft und eheliche Gütergemeinschaft), die weithin durch die Erfordernisse ihrer besonderen Rechtsgebiete

---

<sup>(106)</sup> Dies ist allerdings relativiert bei der GmbH u. Co. KG, bei der die « persönliche », « unbeschränkte » Haftung wiederum eine juristische Person (die GmbH) trifft. Deshalb neigen Rechtsprechung und Gesetzgebung immer stärker dazu, die Behandlung dieses Gebildes derjenigen einer GmbH anzunähern.

geprägt sind. Fließend dagegen sind die Unterschiede zwischen der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts und dem nicht eingetragenen (« nichtrechtsfähigen ») Verein. Ansätze einer Personifikation lassen sich auch bei der Konkursverwaltung, der Testamentsvollstreckung, der Verwaltungstreuhand u.a. Instituten nachweisen. Es wäre gewiß reizvoll, diese für das deutsche Recht vorgenommene Analyse etwa auf das italienische oder französische Recht auszudehnen, um so einen Beitrag zu einer « strukturellen Rechtsvergleichung » zu leisten.

Der Gewinn dieser Betrachtungsweise gegenüber der herkömmlichen Lehre besteht — wie wir glauben — im wesentlichen darin, daß sie den Gegensatz von « Person » und « Nichtperson » relativiert <sup>(107)</sup>, der kein Drittes und keine Stufungen kennt. Neuere deutsche Lehren haben lediglich die Gesamthand als weiteren Personifikationsansatz akzeptiert <sup>(108)</sup>, sind aber hierbei stehengeblieben. Es geht uns nicht darum, die Eigenschaft « Rechtsfähigkeit » in einem diffusen Kontinuum aufzulösen, sondern genau anzugeben, worin sich die volle Rechtsfähigkeit von verwandten, aber geringeren Graden der Verselbständigung unterscheidet. Die volle Rechtsfähigkeit ist freilich typisierte Rechtsfähigkeit; ihr Inhalt steht im wesentlichen fest und bedarf daher meist keiner besonderen Diskussion. Wenn demgegenüber auch eine « Teilrechtsfähigkeit » möglich ist, so bedeutet das zunächst, daß andere Phänomene als Vollpersonen — welche auch immer — niemals pauschal von Attributen der Verselbständigung ausgeschlossen werden dürfen. Es bedeutet aber auch, daß jedes Element der Rechtsfähigkeit bei ihnen einer besonderen Begründung bedarf, die sich auf die Regelungszusammenhänge des jeweiligen Rechtsgebiets stützen muß. Die allgemeinen Lehren von der Personifikation können dabei meist wenig Konkretes beisteuern, aber sie können verhindern, daß mit vermeintlichen Denknö-

---

<sup>(107)</sup> Einen wesentlichen Beitrag dazu hat bereits FABRICIUS in seiner Schrift *Relativität der Rechtsfähigkeit* (München, Berlin 1963) geleistet.

<sup>(108)</sup> FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, I 1, *Die Personengesellschaft* (Berlin, Heidelberg, New York 1977) S. 50 ff., 56 ff., 90 ff. Ihm haben sich neuestens einige Autoren weitgehend angeschlossen.



wendigkeiten argumentiert wird <sup>(109)</sup>. Im übrigen aber verweisen sie die praktischen Probleme der Rechtsfähigkeit in die einzelnen Rechtsgebiete (Familienrecht, Erbrecht, Handels- und Gesellschaftsrecht) zurück, wo sie sachbezogen erörtert werden müssen.

So hat sich schließlich die Frage nach Einheit und Spaltung im Begriff der Rechtsperson mit einem « ja - aber » beantwortet, genauer vielleicht: mit einem « sowohl - als auch »: Mehr notwendige Differenzierung schafft um so mehr mögliche Einheit. Welcher Jurist konnte eigentlich etwas anderes erwarten?

---

<sup>(109)</sup> Ein beredtes Beispiel für diese Gefahr liefert die aktuelle deutsche Diskussion über die Gründung einer GmbH durch nur einen Gesellschafter, die der Gesetzgeber ab 1981 zugelassen hat (§ 1 GmbHG); vgl. dazu JOHN, in *Betriebsberater*, 1982, S. 505 ff.



MADS HENRY ANDENAES

DIE RECHTSPERSÖNLICHKEIT  
DER AKTIENGESELLSCHAFT  
IM NORWEGISCHEN RECHT (\*)

1. *Einleitung.*

Dieser Aufsatz beschäftigt sich mit den Grundprinzipien im norwegischen Recht betreffend der eigenen Rechtspersönlichkeit juristischer Personen, im Wesentlichen am Beispiel des Aktienrechts dargestellt. Die Ausgangspunkte sind zum Teil andere als in den meisten Staaten, was aus der Sicht der Rechtsvergleichung von gewissem Interesse sein mag. Eine nähere Rechtsvergleichung hat an dieser Stelle jedoch zu unterbleiben.

Das Beispiel des Aktienrechts ist gewählt, weil es praktisch am Wichtigsten ist. Mit Aktiengesellschaft (aksjeselskap) ist in diesem Zusammenhang sowohl AG als GmbH gemeint; eine Unterscheidung die im norwegischen Recht nicht durchgeführt ist.

Die Ausdrücke juristische Person (juridisk person), eigenes Rechtssubjekt (eget rettssubjekt), eigene Rechtspersönlichkeit (egen rettssubjektivitet) usw. werden in der norwegischen Literatur nicht mehr unterschieden. Dasselbe gilt für diesen Aufsatz.

Die mehr begriffliche oder rechtsphilosophische Diskussion über das Wesen einer juristischen Person wird womöglich entgangen.

2. *Entwicklungsgang und Rechtsquellenlage.*

Nach dem niederländischen Vorbild wurden auch in Dänemark-Norwegen die bekannten grossen Handelskompagnien des

---

(\*) Alle Übersetzungen sind vom Verfasser. Alle Hinweise sind in der Originalsprache. Die Verkürzung Rt. = Norsk Retstidende = die publizierte Sammlung höchstrichterlicher Entscheidungen.

17. Jahrhunderts errichtet. Die erste war Dansk Østindisk Kompani, die in einem königlichen Dekret vom 17. März 1616 errichtet und in 30 « artikler » geregelt wurde <sup>(1)</sup>. Die Regelung enthielt an sich keine Ansätze einer neuen Rechtsform, und war z.B. mit der damaligen Partenreederei vereinbar. Die Schuldenhaftung war überhaupt nicht erwähnt. Ebenso wie in anderen Staaten setzte sich indessen der Gedanke durch, dass diese Grossunternehmen als juristische Personen betrachtet und behandelt werden mussten. So konnten zwei dänische Darstellungen aus etwa 1830 die juristischen Personen als eigene Gesellschaftskategorie einordnen <sup>(2)</sup>.

Als sich der Gedanke der eigenen Rechtspersönlichkeit erst für die Handelskompagnien durchgesetzt hatte, war die nächste Frage, ob diese Rechtsform auch sonst zur Verfügung der Bürger stehen sollte. In Dänemark-Norwegen konnten die erwähnten Darstellungen aus etwa 1830 auch feststellen, dass die Wahl dieser Rechtsform frei war, wenn keine Privilegien beantragt wurde. Dieser Rechtssatz beruhte auf einer gewohnheitsrechtlichen Entwicklung; staatliche Verleihung der eigenen Rechtspersönlichkeit war (und ist) grundsätzlich unnötig. Private Aktiengesellschaften verschiedener Art traten schon im 18. Jahrhundert auf; in grösserem Masse doch erst von 1850 ab <sup>(3)</sup>. Mit einem norwegischen Aktiengesetz dauerte es bis 1910. Vereine (foreninger) und Genossenschaften (samvirkelag) haben noch heute keine gesetzliche Grundlage.

Das geltende Aktiengesetz enthält, wie seine Vorgänger, nur folgende Bestimmung von Interesse für die Rechtspersönlichkeit der Gesellschaft: « Erst wenn eine Aktiengesellschaft registriert ist, kan sie als solche Dritten gegenüber Rechte erwerben und andere Verpflichtungen übernehmen, als diejenigen, die eine Folge der Gründung sind » <sup>(4)</sup>. Diese Bestimmung setzt voraus, dass

<sup>(1)</sup> Abgedruckt als Beilage in Karl LEHMANN, *Die geschichtliche Entwicklung des Aktienrechts bis zum Code de Commerce* (1895, Heymanns Verlag).

<sup>(2)</sup> P. G. BANG, *Juridisk Tidsskrift*, Bd. 16 (København 1829) s. 48 fig.; Anders Sandøe ØRSTED, *Haandbog over den danske og norske Lovkyndighed*, Bd. V, s. 420, 429 431; Bd. VI, s. 468 fig. (København 1832, 1835).

<sup>(3)</sup> Mads Henry ANDENÆS, *Aksjeselskapsrett* (Oslo 1981) s. 14-15.

<sup>(4)</sup> Lov 4 juni 1976 nr. 59 om aksjeselskaper § 2-13<sup>1</sup>.

die Aktiengesellschaft gewissermassen als juristische Person gilt. Der Gesetzgeber hat aber bewusst eine ausdrückliche Verleihung der Rechtspersönlichkeit (wie es z.B. im deutschen Aktiengesetz § 1 geschehen ist) vermieden. Man kann deshalb kaum sagen, dass die Rechtspersönlichkeit der Aktiengesellschaft auf dieser Bestimmung des norwegischen Aktiengesetzes und ihrer Auslegung beruht. Vielmehr beruht das Prinzip und dessen Inhalt auf der stattgefundenen gewohnheitsrechtlichen Entwicklung, wobei die weitere Ausgestaltung der Rechtsprechung und Theorie überlassen bleibt.

### 3. *Eigene Rechtspersönlichkeit als tatsächliche und rechtliche Hauptregel.*

Nach einhelliger Ansicht wird die norwegische Aktiengesellschaft *tatsächlich* durchgehend als eigene Rechtspersönlichkeit behandelt: Für die Gesellschaftsschulden haftet nur die Gesellschaft, und für die Privatschulden haften nur die Aktionäre persönlich. Die Rechte der Gesellschaft stehen nicht «zwei oder mehreren zu» im Sinne des Gesetzes der Rechtsgemeinschaften (lov om sameige), sondern gehören der Gesellschaft als Alleineigentümerin. Die Aktionäre haben zwar ein wirtschaftliches Eigentümerinteresse, aber in der rechtlichen Konstruktion ist die Gesellschaft Eigentümerin. Die Gesellschaft hat Grundbuchtitel usw. Übertragungen zwischen Gesellschaft und Aktionär werden nicht anders beurteilt als zwischen Gesellschaft und Dritter in Beziehung auf Grundbuchordnung, Dokumentabgaben, Konzession usw. Übertragung von Aktien gilt nicht als Übertragung von Anteilen am Gesellschaftseigentum. Wird der Gesellschaft ein Schaden zugefügt, ist sie und nicht die Aktionäre ersatzberechtigt und strafrechtlich verletzt. Die Gesellschaft ist eigenes Prozesssubjekt, Steuersubjekt usw.

Unklar ist, ob man eine entsprechende *rechtliche* Hauptregel aufstellen kann.

Der angesehene und freisprühige Verfasser *Per Augdahl* bringt eine sicherlich noch verbreitete Ansicht zum Ausdruck, wenn er folgendes schreibt: «... es ist nichts als leeres Gerede wenn als

Begründung für die Lösung einer konkreten Rechtsfrage betreffend eines Zusammenschlusses angeführt wird, dass ein Zusammenschluss dieser Art eine juristische Person — ein eigenes Rechtssubjekt, ist (bzw. nicht ist). Es ist auch nichts als Spiegelfechterei wenn bestritten wird, dass ein Zusammenschluss juristische Person in einer Beziehung sein kann, ohne in anderen Beziehungen juristische Person zu sein ... Es ist also ein ganz konkrete Frage für die einzelne Rechtsregel ob Zusammenschlüsse — und gegebenenfalls *welche* Zusammenschlüsse — in der Anwendung dieser Regeln als eigenes Wesen behandelt): als eine juristische Person betrachtet werden soll» (5).

Man kann sich fragen, ob rechtsphilosophische Gesichtspunkte (skandinavischer Rechtsrealismus) hier die Rechtsdogmatik beeinflusst hat. Dass eine Gesellschaft im rechtsphilosophischen Sinne kein eigenes Wesen ist, beantwortet jedenfalls nicht die praktische Rechtsfrage, ob man eine Regel für die Behandlung aufstellen soll.

In der Rechtsprechung kann man eine lange und immer wachsende Reihe von Urteilen finden, die in mehr oder minder offener Sprache wesentlich mit der eigenen Rechtspersönlichkeit der Aktiengesellschaft begründet werden. Zwei Urteile vom obersten Gerichtshof (Høyesterett) der letzten Jahre können als Beispiele dienen.

Rt. 1974 s. 524: Eine Aktiengesellschaft verlangte Schadensersatz wegen erhöhtes Flughafenslärms. Die Klage blieb ohne Erfolg, weil die Gesellschaft als solche das Grundstück zu einer Zeit erworben hatte, wo mit erhöhtem Lärm gerechnet werden musste. Dass das Grundstück schon früher im persönlichen Besitz der Aktionäre war, war nach Ansicht des Gerichts ohne Bedeutung. Die Umorganisation «... kann Rechtswirkungen in anderen Beziehungen gehabt haben, und A/S X muss dann von der gewählten Rechtsform gebunden sein», heisst es zur Begründung.

Rt. 1978 s. 1184: Bruder und Schwester teilte die Aktiengesellschaft in der Weise, dass gewisse Vermögenswerte einer anderen Aktiengesellschaft übertragen wurden, in der die Schwester Al-

---

(5) Per AUGDAHL, *Aksjeselskapet* (3. utg., Oslo 1959) s. 26-27.

leinaktionär werden sollte. Das Gericht wollte die Übertragung nicht als steuerpflichtige Übertragung zu einem «Aktionär» im Sinne des Steuergesetzes ansehen. Zur Begründung heisst es: «Bei Übertragungen zu einer anderen Aktiengesellschaft ist es die Aktiengesellschaft als solche, die Empfänger ist, und nicht der Aktionär oder die Aktionäre dieser Gesellschaft. Das hängt damit zusammen, dass die Aktiengesellschaft sowohl steuermässig als in anderen Beziehungen als eigenes Rechtssubjekt betrachtet wird. Der reale Hintergrund dieses Gesichtspunkts ist unter anderem in den Bestimmungen des Aktiengesetzes zu finden, die das Verfügungsrecht der Aktionäre über das Gesellschaftsvermögen begrenzen»<sup>(6)</sup>.

Auch reale Gründe können dafür sprechen, die eigene Rechtspersönlichkeit der Aktiengesellschaft als rechtliche Hauptregel aufzustellen. In einer Auslegung der einzelnen aktuellen Regel wird oft keine oder nur schwache Anhaltspunkte für die eine oder andere Lösung zu finden sein. Eine allgemeine Regel würde deshalb ein praktisches Bedürfnis erfüllen. Möglichst übersichtliche Alternativen bei der Wahl von Gesellschaftsform ist auch wünschenswert. Wenn die Aktiengesellschaft sowieso durchgehend als juristische Person behandelt wird, scheint es natürlich, eine damit übereinstimmende allgemeine Regel zu wählen.

#### 4. *Fälle wo das Prinzip der eigenen Rechtspersönlichkeit nicht ausschlaggebend ist.*

4.1. *Allgemeines.* — Wie in anderen Staaten gibt es im norwegischen Recht Fälle, wo das Prinzip der eigenen Rechtspersönlichkeit nicht ausschlaggebend ist.

Oft sind solche Abweichungen im Gesetz, Privatvertrag, Satzung usw. ausdrücklich aufgenommen. Im Aktiengesetz kann besonders die Konzernbestimmungen unter diesem Gesichtspunkt gesehen werden. Im Konkursgesetz, Steuergesetz, Konzessionsgesetz usw. gibt es eine Reihe weitere Beispiele verschiedener Art.

---

<sup>(6)</sup> Weitere Hinweise sind z.B. Rt. 1913 s. 632, Rt. 1926 s. 657, Rt. 1931 s. 908, Rt. 1933 s. 79, Rt. 1938 s. 962.

Von grösserem Interesse sind jedoch die Abweichungen, die in Rechtsprechung und Theorie sonst aufgestellt werden. Ein Durchgang einiger wichtigen Fallgruppen kann die Lage näher beleuchten.

4.2. *Persönliche Haftung.* — Eine persönliche Haftung der Aktionäre oder der Gesellschaftsleitung gegenüber Dritten kann erstens vertraglich begründet sein. Ob das der Fall ist, beruht nach der Rechtsprechung auf allgemeinem Vertragsrecht. Rt. 1980 s. 1109 ist ein Beispiel. Der Vorstand wurde hier als persönlich haftend angesehen, weil er nicht angegeben hatte, dass die Waren für die Aktiengesellschaft bestellt wurden. In der Begründung heisst es: «Auch in diesen Verhältnissen muss die allgemeine vertragliche Regel gelten, dass derjenige, der einen Vertrag macht — hier der Vorstand — persönlich hafte, wenn nicht etwas anderes markiert oder unter den Parteien klar vorausgesetzt ist».

Zweitens sind Aktionäre und Leitung persönlich ersatzpflichtig falls sie aus Fahrlässigkeit dem Dritten einen Schaden zufügen (aksjelovens § 15-1). Rt. 1975 s. 198 macht eine praktisch wichtige Anwendung dieses Prinzips: Müsste der Auftretende verstehen, dass die Gesellschaftsschulden nicht rechtzeitig bezahlt werden konnten, ist er dem Kreditgeber ersatzpflichtig, wenn er trotzdem Kredite aufnimmt.

In den Vorarbeiten des Aktiengesetzes und in der Rechtsliteratur wird angenommen, dass es an sich fahrlässig sein kann, eine unterkapitalisierte Aktiengesellschaft in Gang zu bringen oder bei Refinanzierung fortzusetzen. Gerichtsentscheidungen über diese Frage sind noch nicht bekannt.

Drittens und letztens ist persönliche Haftung nach den Grundsätzen der objektiven Arbeitgeberhaftung für fahrlässige Handlungen der Angestellten auferlegt worden. Die erste Entscheidung ist Rt. 1937 s. 600. Der persönlich haftende war hier eine Bank, die zugleich Alleinaktionär einer Schifffahrtsaktiengesellschaft B war. Die Bank wurde als verantwortlich für die Handlungen «ihres» Vorstandsmitglieds in B angesehen. Eine zweite Entscheidung ist Rt. 1976 s. 1117. Der persönlich haftende war hier ein schwedisches Grossunternehmen, dessen Representation in



Norwegen durch Zusammenarbeit mit einer Einmannaktiengesellschaft B durchgeführt wurde. Das schwedische Unternehmen wurde als «eigentlicher» Arbeitgeber verantwortlich für die Fahrlässigkeit eines Kranführers in B.

Die beiden Entscheidungen sind ganz kurz und nichtssagend begründet. Eine Verallgemeinerung einer solchen Arbeitgeberhaftung würde erhebliche Konsequenzen haben, die kaum völlig durchgedacht sind. Es scheint deshalb zweifelhaft, ob die Gerichte diesen Weg weiter betreten werden.

4.3. *Haftung der Aktiengesellschaft.* — Rt. 1970 s. 81 betrifft eine private Exportregulierung, die von einer persönlich verpflichteten Partei (M) durch zwei aussenstehende Aktiengesellschaften übertreten wurde. M war Aktionär und Vorstandsmitglied der beiden Aktiengesellschaften, aber nicht der einzige Interessent. Sowohl M als die Aktiengesellschaften wurden zum Schadensersatz verurteilt. Der Kern der Begründung ist, dass M. «bestimmenden Einfluss» auf den Aktiengesellschaften ausübte, und sie «als Medium seiner widerrechtlichen Handlungen» benutzte.

Diese Begründung mag zutreffend sein in dem Sinne, dass M. für die Handlungen der Aktiengesellschaften haften musste. Nicht so zutreffend ist sie als Begründung dafür, dass die Aktiengesellschaften von den Verpflichtungen des M. gebunden waren. Hier wäre es besser, Gesichtspunkte der illoyalen Mitwirkung und der Identifikation heranzuziehen.

4.4. *Rechtsübergang zu und von der Aktiengesellschaft.* — Bei Rechtsübergang zu und von der Aktiengesellschaft, der im Wesentlichen den Charakter einer Umorganisation hat, ist der allgemeine Eindruck, dass das Rechtsleben an der eigenen Rechtspersönlichkeit der Aktiengesellschaft festhält. Als Ausnahme kann vor Allem ältere Steuerrechtsprechung im Fusionsfall hervorgehoben werden, die in einer echten Fusion keine Übertragung von Gesellschaftseigentum sah (?).

Ein Rechtsübergang zu und von einer Aktiengesellschaft kann insoweit ausser Betracht gelassen werden, als er als illoyale Um-

---

(?) Rt. 1922 s. 486, Rt. 1925 s. 1009.

gehung von Gesetz oder Vertrag angesehen werden kann. Dieser Satz ist besonders im Steuerrecht anerkannt, lässt sich aber wahrscheinlich auch sonst aufstellen.

Rt. 1932 s. 1015 und Rt. 1962 s. 988 betreffen die Frage, ob eine angebliche Übertragung vom Aktionär zur Aktiengesellschaft tatsächlich durchgeführt ist. In beiden Fällen ging es um Schulden, für die der jeweilige Eigentümer haftete. In beiden Fällen wurde die angebliche Übertragung als nicht durchgeführt angesehen, und damit die persönliche Haftung des Aktionärs als nicht aufgehört. Unklarheiten gehen nach diesen Entscheidungen zu Lasten des Aktionärs, was vom Gesichtspunkt der Notorität richtig scheint.

4.5. *Aktienübergang.* — Als Ausgangspunkt muss wahrscheinlich festgehalten werden, dass Übergang von allen oder einem wesentlichen Teil der Aktien, nicht als Übergang des Gesellschaftsvermögens angesehen werden kann. Das gilt jedoch nicht im Steuerrecht. Zuerst in der Rechtsprechung, später ausdrücklich im Gesetz, ist hier zu entscheidendem Merkmal gemacht, ob « in Wirklichkeit ein Verkauf des Gesellschaftsvermögens beabsichtigt ist »<sup>(8)</sup>. Weiter bleibt es nach Rt. 1936 s. 529 unklar, ob zwischen Verkäufer und Käufer die Regeln des Aktienkaufs (d.h. die Regeln des beweglichen Eigentums) in solchen Fällen anwendbar sind. Auch in anderen Beziehungen ist der Rechtszustand unsicher in dieser Fallgruppe.

4.6. *Weitere Fälle.* — Auf dem Gebiete des Versicherungsrechts ist Rt. 1939 s. 483 bemerkenswert. Der gesetzlich bestimmte Wegfall der Versicherung wenn der Versicherte oder dessen Ehegatte den Schaden selbst verursacht, wurde hier auf den Gatten des Hauptaktionärs der versicherten Aktiengesellschaft ausgedehnt.

Auf dem öffentlich-rechtlichen Gebiet sind die Staatsaktiengesellschaften lebhaft diskutiert worden, d.h. Aktiengesellschaften, wo der Staat praktisch Alleinaktionär ist. Zentral in dieser Diskussion ist das norwegische Grundgesetz § 19, wonach der

<sup>(8)</sup> Rt. 1921 s. 462 ist die grundlegende Entscheidung, siehe jetzt lov 18 august 1911 nr. 8 om skatt av formue og inntekt § 54 annet ledd.

König (praktisch die Regierung) über « Staatseigentum » bestimmt. Bis 1957 war die herrschende Meinung, dass das Eigentum der Staatsaktiengesellschaften nicht vom Grundgesetz getroffen wurde. Seitdem hat sich die Meinung durchgesetzt, dass das Grundgesetz durch Errichtung von Staatsaktiengesellschaften nicht umgegangen werden kann. Das heutige Aktiengesetz enthält deshalb Sonderbestimmungen über Staatsaktiengesellschaften, die die Erfordernisse des Grundgesetzes berücksichtigen.

Von den verschiedensten Rechtsgebieten könnten immer neue Beispiele erwähnt werden. Einen erschöpfenden Katalog aufstellen zu wollen, wäre praktisch unmöglich und theoretisch falsch. Auch die Gesichtspunkte können ins Unendliche variieren.

### 5. Zusammenfassung und Schussfolgerungen.

5.1. Die Freiheit der Bürger, Aktiengesellschaften und andere juristische Personen zu errichten, ist in Norwegen (und Dänemark) gewohnheitsrechtlich anerkannt. Die staatliche Verleihung der eigenen Rechtspersönlichkeit ist grundsätzlich unnötig.

Noch heute ist das Prinzip der eigenen Rechtspersönlichkeit nicht im Gesetz ausgesprochen, sondern muss nach Gewohnheitsrecht und realen Gründen ausgestaltet werden.

5.2. Die norwegische Aktiengesellschaft wird durchgehend als selbständige juristische Person behandelt. Ob eine eigentliche rechtliche Hauptregel aufgestellt werden kann, bleibt dagegen unklar. Rechtsprechung und reale Gründe können doch für eine solche Hauptregel angeführt werden.

In den meisten Gerichtsentscheidungen ist die Festhaltung der eigenen Rechtspersönlichkeit zum Nachteil der Aktionäre (die Aktionäre müssen die Folgen ihrer Wahl der Aktiengesellschaftsform hinnehmen). Es gibt aber auch Entscheidungen, wo die Festhaltung der Konstruktion zum Vorteil der Aktionäre ist (ihr Recht, die Rechtsform der Aktiengesellschaft zu benutzen).

5.3. Wie in anderen Staaten gibt es im norwegischen Recht Fälle, wo das Prinzip der eigenen Rechtspersönlichkeit nicht aus-

schlaggebend ist. In Abschnitt 4 wurde einen Durchgang einiger Fallgruppen vorgenommen. Ein erschöpfender Katalog lässt sich praktisch und prinzipiell nicht aufstellen.

In den meisten Gerichtsentscheidungen ist es zum Nachteil der Aktionäre, dass die eigene Rechtspersönlichkeit als nicht ausschlaggebend betrachtet wird (Grenzen ihres Rechts, sich auf die Rechtsform der Aktiengesellschaft zu berufen). Es gibt aber auch einige solche Entscheidungen zum Vorteil der Aktionäre (Grenzen der Folgen der gewählten Rechtsform). Es macht also keinen grundsätzlichen Unterschied, ob die Festhaltung oder Nichtfesthaltung der eigenen Rechtspersönlichkeit zu Gunsten oder zu Lasten der Aktionäre ist.

Typisch für das norwegische Recht ist die weitgehende Harmonisierung der eigenen Rechtspersönlichkeit der Aktiengesellschaft mit allgemeinen Rechtssätzen. So wird die beschränkte Haftung durch die allgemeine persönliche Schadensersatzpflicht der Aktionäre und Leitung gegenüber Dritten ergänzt, die selbständige Eigentümerstellung der Gesellschaft durch allgemeine Grundsätze der illoyalen Umgehung ergänzt, allgemeine Grundsätze der Identifikation von Rechtssubjekten zur Anwendung gebracht usw. Ob diese Harmonisierung Ergänzung oder Beseitigung der eigenen Rechtspersönlichkeit der Aktiengesellschaft genannt wird, ist eine nur terminologische Geschmackssache. Die Bedeutung der eigenen Rechtspersönlichkeit wird in jedem Fall durch die Anwendung solcher allgemeinen Rechtssätze reduziert.

Das norwegische Recht gibt wenige Anhaltspunkte für eine eigenständige « Durchgriffslehre » (*piercing the corporate veil*). Nach dem Gesagten ist für eine solche Lehre auch wenig Platz.

PIETRO RESCIGNO

## ENTI DI FATTO E PERSONA GIURIDICA

### 1. *La storia del suonatore Bonsor: una breve antologia di casi esemplari.*

La vicenda giudiziaria del suonatore Bonsor, e della causa da lui intentata innanzi ai giudici inglesi contro il sindacato degli orchestrali, mi parve esemplare, tanti anni fa, per apprezzare il formalismo che dominava letteratura e giurisprudenza in tema di persona giuridica e di enti di fatto, e le dominava sino al punto di tracciare un confine invalicabile, una inaccessibile barriera tra le realtà sociali inquadrare nell'una o nell'altra categoria a seconda che fosse intervenuto o meno il riconoscimento.

Che si tratti di fenomeni della vita sociale ed economica sostanzialmente non dissimili, al di là dei profili di forma, è convinzione dello stesso legislatore se solamente si rifletta che nell'ambito dello stesso fatto organizzativo (società, associazione, comitato, consorzio), senza contraddire o correggere la definizione che ne abbia data o presupposta, il legislatore — nei punti in cui fissa distinte normative — si limita a menzionare il dato estrinseco del riconoscimento mancato. Così si legge, a proposito dell'ordinamento interno e dell'amministrazione rimessi agli accordi dei soci, di « associazioni non riconosciute come persone giuridiche » (art. 36, 1° co., c.c.); del comitato, per lo specifico regime della responsabilità dei componenti, si menziona la circostanza che « non abbia ottenuto la personalità giuridica » (art. 41, 1° co.); della società che « acquista personalità giuridica » a séguito della trasformazione si sottolinea l'ininterrotta continuità, nel senso che « conserva i diritti e gli obblighi anteriori alla trasformazione » (art. 2498, 3° co.).

La sostanziale identità del sostrato materiale — per usare l'antico linguaggio che nella persona morale distingue substrato di fatto e 'forma' di cui lo riveste il diritto — non impedisce, come si è detto, normative diverse su specifici punti. Una spiegazione unitaria delle divergenze riesce disagiata, come sa bene il lettore, e si rivelano insufficienti i criteri, pur correntemente adottati o riproposti, dell'autonomia patrimoniale e della limitazione di responsabilità come contrassegni, e allo stesso tempo ragioni storiche di giustificazione della personalità giuridica. È superfluo ricordare come la illimitata responsabilità individuale si riveli in più figure compatibile con la personalità dell'ente (come accade per gli accomandatari dell'accomandita per azioni, per l'unico azionista od il quotista unico della società a responsabilità limitata, o nelle cooperative con responsabilità sussidiaria dei soci); e non è nemmeno necessario menzionare gli espedienti costruttivi e gli artifici logici che inducono a 'graduare' l'autonomia patrimoniale, col ravvisarne manifestazioni piene o invece parziali, perfette o al contrario incompiute.

Ciò che vuol mettersi in luce, come si accennava, è la contrapposizione tra persona giuridica ed ente di fatto che viene operata su punti ove non sono espresse discipline differenziate (ciò che in via di principio accade per la gestione del patrimonio e la responsabilità individuale). Diviene allora decisiva — ma l'osservazione, si disse, tocca l'esperienza passata in misura notevole, mentre si riduce assai per quella presente — l'idea di un processo di unificazione che si realizza attorno alla persona giuridica contro la persistente, insuperabile pluralità che caratterizza l'ente di fatto.

Qui non viene ripercorso l'itinerario di studio e di riflessioni dell'autore di queste pagine, sollecitato in anni lontani (tra il '50 e il '60) a considerare il tema della persona morale dalla iniziale ricognizione dei profili giuridici di partiti politici e sindacati professionali, più tardi allargata a tutte le formazioni sociali costituzionalmente garantite, e regolate nel segno dell'indifferenza alla 'forma' giuridica che assumono. La letteratura in argomento è da allora cresciuta in ricchezza e varietà di svolgimenti, favorita anche dall'incontro del vecchio problema con correnti nuove di pensiero — si allude all'analisi del linguaggio ed alla filosofia

del positivismo logico —, un incontro suggestivo e stimolante anche quando utilizzava remote intuizioni.

La storia di Bonsor merita di essere nuovamente raccontata: nel narrarla allora (1957), a distanza di pochi anni dall'accaduto, mi sembrò di dover apprezzare nei giudici inglesi una prudenza nelle concrete soluzioni che consentiva di superare ostacoli frapposti dalla tradizione, dagli insegnamenti della dottrina, dalla terminologia legislativa, e di resistere al fascino di concetti, schemi e costruzioni di apparente vigore logico. Iscritto al sindacato degli orchestrali, Bonsor ne era stato espulso per mancato versamento dei contributi, con una decisione erronea nei presupposti e pronunciata da un organo incompetente. Dal giudice di primo grado, e dalla Corte di appello con un verdetto preso a maggioranza, aveva ottenuto l'*injunction* per l'iscrizione nel libro dei soci, ma gli erano stati negati i danni per il periodo di forzata incolpevole inattività professionale. Il ragionamento era di apparente linearità: il sindacato non doveva rispondere se il segretario aveva agito senza *authority*, espressa o tacita; se il segretario era competente, il potere doveva intendersi conferito dall'intero corpo sociale, ivi compreso l'attore, poichè il sindacato è una « associazione di individui, priva di personalità » e quindi l'organo, nell'escludere un socio, agiva pur sempre come rappresentante di lui.

Alla Camera dei Lords, ancora con una sofferta decisione a maggioranza, il principio venne rovesciato proprio col negare l'ultima tesi: considerare il segretario dell'associazione sindacale come rappresentante dell'unione si traduce in una « illegittima estensione dei principi in materia di mandato, e in una estensione completamente fuori della realtà ».

La vicenda di Bonsor si rivelò esemplare sotto più di un aspetto: indusse a discutere, e per qualche autore a rivedere la costante tendenza a rifiutare il controllo giudiziario su gli « affari interni » dell'associazione; in altra direzione servì a portare alla luce la gravità dei pregiudizi che il sistema del *closed shop* può procurare quando sia incolpevole la mancata appartenenza al sindacato o sia illegittimo il rifiuto di ammettervi il lavoratore; in breve, alimentò — sia pure con la misura che è abituale all'ambiente inglese — le ricorrenti proteste che nascono da attitudini antipluraliste o vorrebbero interventi e controlli ogni volta

che il gruppo si faccia arbitro di fondamentali libertà dell'individuo.

Ma qui interessa il più limitato profilo della personalità giuridica che all'associazione sindacale (*unincorporated body* quale essa è) manca, e l'idea che nell'ente di fatto lo strumento costruttivo per descrivere i rapporti tra i singoli e gli organi sociali rimanga la rappresentanza negoziale, o il mandato, contro la formula ed il pratico significato della rappresentanza organica che per la persona giuridica consente di immedesimare l'ente con l'organo (e in definitiva con il soggetto che è 'portatore' della funzione).

La chiave di soluzione adoperata dai giudici inglesi è dunque il diverso meccanismo della rappresentanza negoziale, che ha radice nella volontà del *dominus*, rispetto alla rappresentanza organica che sembra aver carattere di necessità. È opportuno qui insistere sull'indole 'necessaria', secondo una collocazione che prescinde dalla precisa duplicità delle fonti — la legge o l'interessato, per rifarsi alla definizione ed alla terminologia del nostro art. 1387 — da cui dovrebbe in ogni caso derivare il potere di agire.

Giurisprudenza e dottrina, sul continente come nell'area anglo-americana, sembrano ferme all'idea che la persona giuridica sia per definizione capace di agire, e che l'esercizio della capacità direttamente si compia attraverso l'organo. Il 'mito' della persona giuridica trova così nella nozione di organo e nell'immediatezza della capacità negoziale esplicita per quella via una delle più appaganti conferme; e sarà giudicato trascurabile il rifiuto della parola 'organi' nel linguaggio legislativo, così per le persone giuridiche come per gli enti di fatto, ma allo stesso tempo non casuale il più lungo 'giro' di parole e di rimandi che contrassegna il regime degli enti sprovisti di personalità.

Per tornare alla disciplina delle associazioni e dei comitati non riconosciuti dettata nel nostro sistema, sono particolarmente significative le norme sulla capacità processuale, attiva e passiva. (L'ordinamento tedesco risalente all'inizio del secolo, come è noto, attribuiva agli enti di fatto la sola capacità passiva, nel segno del più evidente sfavore per l'associazione contro l'avvertita tutela dei terzi, e per la capacità processuale attiva costringeva



tutti gli associati a promuovere il giudizio o induceva le Corti ad artificiose costruzioni). Dal codice di rito a quello di diritto sostanziale è indicativa la modalità stessa del richiamo: le associazioni non riconosciute « possono stare in giudizio nella persona di coloro ai quali ... è conferita la presidenza o la direzione » secondo gli accordi dagli associati, è scritto nel codice civile (art. 36, 2° co.); il codice di procedura civile (art. 75, 4° co.) ribadisce che « le associazioni e i comitati, che non sono persone giuridiche, stanno in giudizio per mezzo delle persone indicate negli articoli 36 e seguenti del codice civile ».

A chi scrive la vicenda di Bonsor era servita proprio per illustrare un caso che toccava la situazione processuale dell'ente di fatto e dei singoli componenti. La veduta tutta formalistica che si nasconde dietro la contrapposizione della rappresentanza organica alla volontaria, riferite rispettivamente alla persona giuridica ed all'ente di fatto, era destinata a tradursi o a svilupparsi in un'affermazione più radicale; essa anzi era, a guardar bene, la premessa del discorso su organo e rappresentante negoziale e della distinzione tracciata in termini di incompatibilità. Del processo intentato dalla o contro la persona giuridica è 'parte' quest'ultima, perchè ad essa sono da imputare diritti ed obblighi che si fanno valere innanzi al giudice; nel processo dell'ente di fatto la qualità di 'parte' spetta invece a tutti i componenti, nel caso dell'associazione non riconosciuta a ciascuno degli associati.

La nostra Cassazione, in verità suggestionata da nomi autorevolissimi della dottrina di diritto civile e commerciale e della teoria del processo, fece applicazione del principio enunciato al problema della capacità di testimoniare, e dichiarò incapaci di testimoniare tutti gli associati nelle cause dell'associazione non riconosciuta: non tanto, ebbe cura di spiegare la S.C., per il divieto dell'art. 246 c.p.c., « quanto per il fondamentale principio di incompatibilità tra la qualità di parte e quella di testimone ».

Critiche severe investirono allora l'intera materia della capacità di testimoniare dei soci, ammessa ogni volta che la personalità giuridica sussisteva, pur quando era chiaramente un labile schermo, e sempre negata in mancanza della personalità, e si misero in luce gli esiti paradossali di una logica in apparenza

coerente e rigorosa. Così la Cassazione venne indotta ad abbandonare il principio a breve distanza di tempo. La sentenza novatrice cedeva alla tentazione della costruzione dogmatica, ed allora rimanevano discutibili l'impostazione ed il modo di argomentare: non si poteva negare « che l'associazione non riconosciuta realizzi una figura intermedia fra la comunione e l'associazione persona giuridica, e cioè sia configurabile come un ente collettivo, o centro di interessi, che, pur esistendo in fatto e non sul piano giuridico, risulta tuttavia fornito di una personalità limitata ». Sopravvivono in questa parte della motivazione, come si vede, gli antichi pregiudizi legati alla distinzione tra i due piani « di diritto » e « di fatto » ed alla costruzione di una scala graduale della 'personalità'. Ma decisiva per attenuarli, se non per rimuoverli, è la frase finale: « dato che ad esso il diritto positivo ricollega diritti ed obblighi che non sono degli associati ».

Centro d'interessi, cui si collegano diritti ed obblighi che non sono degli associati: qui sta la sostanza del discorso, appena annebbiata dalla riduzione del fenomeno sul piano del fatto e dall'idea della personalità imperfetta. Interesse, diritto, obbligo sono i vocaboli elementari del discorso del giurista: attorno a quei concetti il sistema propone, ad apertura del regime dei soggetti, le nozioni di capacità giuridica, quando la definisce attitudine alla titolarità di diritti e doveri *propri*, e di capacità di agire, quando la vede come idoneità a svolgere l'attività che riguarda la sfera degli interessi *propri*.

L'individuazione di interessi propri dell'ente, risolvendosi nell'imputazione di diritti e di obblighi distinti da quelli dei componenti, e legittimando un'attività da riferire direttamente (quanto all'efficacia che dispiega) all'ente, significa che non hanno rilevanza il riconoscimento formale e la personalità giuridica sulla capacità di diritto e la capacità di agire, se delle due fondamentali nozioni si guarda il sostanziale contenuto. Per la capacità di agire è una verità generalmente accettata, che giustifica l'inclusione degli enti non riconosciuti tra i soggetti dell'attività giuridica; del resto la stessa immagine romaniana che assimilava alla condizione servile quella degli enti di fatto voleva sottolineare, pur restando irrigidita in un'idea formalistica della capacità giuridica legata al riconoscimento, come all'attività giuridica, di creazione

o modifica o scioglimento di rapporti, quegli enti abbiano a partecipare alla pari con i soggetti dotati di personalità.

Diverso significato assume il discorso — che spesso da varie provenienze si raccoglie — sulla natura *speciale* della capacità giuridica riferita ai soggetti diversi dalle persone fisiche: qui, se si vuole istituire una connessione tra titolarità (attuale o potenziale) di rapporti e finalità dell'ente, si allude egualmente (ed è l'antico problema della validità o meno degli atti *ultra vires*) a un problema, storicamente e positivamente suscettibile di soluzioni diverse, che ancora si rivela indifferente al profilo della personalità giuridica ottenuta mediante riconoscimento formale, in uno dei modi contemplati nel sistema, o della mancanza di riconoscimento e di personalità giuridica.

Quando invece si parla di *relatività* della capacità giuridica — e sul punto siamo debitori delle analisi più acute alla dottrina tedesca —, si apre una differente prospettiva, che tocca così la persona fisica come gli enti di fatto e le persone giuridiche, e che converrà riprendere e brevemente illustrare.

Ma intanto, sulla traccia delle vicende giudiziarie di Bonsor in lite col suo sindacato, e dei soci del *club* italiano dichiarati incapaci di testimoniare, deve ribadirsi ciò che allora e dalla casistica successiva apparve di evidente necessità allo scopo di ridimensionare il 'mito' della personalità giuridica. Questa, ammoniva la saggezza di uno scrittore inglese, «è una chiave che schiude una stanza dove gli arredi ci sono familiari, ma vi sono altre chiavi ed altre stanze». Era un invito a ragionare e decidere su gli interessi implicati nelle singole situazioni, usando o adattando gli strumenti più congrui. La capacità di ricevere per testamento pubblico e il credito di lavoro della cooperativa fornirono occasioni immediate di singolare e puntuale conferma (il riferimento è all'esperienza di studi dell'autore). L'intervento, in qualità di testimoni, di soci di un'associazione al testamento pubblico in favore dell'ente non poteva tradursi in incapacità di ricevere se l'ente era privo di personalità, e nella capacità ove si trattasse di una persona giuridica. La negazione alla persona giuridica della qualifica di lavoratore subordinato e perciò la configurazione come *locatio operis* del contratto dalla cooperativa stipulato coi terzi, mentre il vincolo di dipendenza corre tra socio

e cooperativa, non poteva privare i soci, di fronte al committente ed in particolare nelle procedure concorsuali, del privilegio che assiste i crediti di lavoro, dovendo guardarsi all'effettivo, finale destino delle prestazioni.

2. *La persona giuridica 'costruttiva'. Patrimonio, collettività, persona.*

Si è detto, richiamando la dottrina tedesca, della 'relatività' che essa ravvisa nel concetto di capacità giuridica, rispetto a talune situazioni: sarà bene chiarir subito che costituiscono materia di una specifica e approfondita riflessione, abitualmente, il nascituro e gli enti di fatto (ma non incide sull'accostamento lo scoprirvi, come carattere comune, una sorta di naturale svolgimento destinato a convertirli in persone). Relatività non vuol dire gradualità, progrediente perfezione, o compimento per fasi successive: se fosse questo il senso della parola, essa rimarrebbe esposta alla esatta critica secondo la quale non è un problema di 'quantità' il problema della capacità giuridica.

Si vuole piuttosto mettere in luce, così confermando anche la scarsa utilità pratica del concetto, che la nozione di capacità giuridica può correttamente costruirsi, per chi voglia mantenerla, solo dopo avere individuato l'ambito delle situazioni riferibili a un soggetto o (per usare un'espressione più larga, che vuole appunto render ragione dei fenomeni studiati) ad un centro d'interessi. L'affermazione della capacità giuridica come condizione che precede l'acquisto dei diritti e l'assunzione degli obblighi, nella sua astrattezza, è eredità ideale del giusnaturalismo, e della eguale libertà degli uomini, a cui la capacità giuridica spetta — in questi termini è formulata la proposizione legislativa — per il solo fatto della nascita.

L'abitudine o la tendenza a vedere nella 'personificazione' il modo più sicuro e coerente di ridurre ad unità un centro d'interessi aiuta a capire perchè nella letteratura tedesca più antica, invece che di 'relatività' della capacità giuridica, si sia preferito parlare di persone giuridiche 'costruttive' od 'implicite' dove situazioni e rapporti venivano (e vengono) regolati secondo un

disegno che appare non lontano nè dissimile dal processo 'unificante' della persona giuridica. Ancora una volta il regime del nascituro, ed in particolare del concepito, sollecitava l'espedito logico e la formula verbale; ma l'incertezza circa l'esistenza del soggetto si allargava, come presupposto della 'categoria', oltre l'ipotesi del soggetto futuro e della probabile sopravvenienza, per comprendervi pure il soggetto di cui fosse divenuta incerta l'esistenza attuale (ed allora la scomparsa e gli istituti qualificati dell'assenza e della morte presunta si inserivano pianamente nel discorso).

Affinità con l'una e l'altra ipotesi si riscontravano nella figura dell'eredità giacente, e perciò può apprezzarsi la non rara spiegazione dell'evento in termini di persona giuridica. Nella situazione dell'eredità giacente è reciso il legame del patrimonio con l'antico titolare, e col chiamato all'eredità non è ancora riannodato, mentre egualmente le esigenze pratiche impongono ed il legislatore appresta una disciplina non dispersiva dei beni e dei rapporti.

L'idea di persona giuridica 'costruttiva' od 'implicita' non riposa solamente sulla convinzione che il processo 'unificante', rispetto ad interessi diritti ed obblighi, congruamente ed in maniera compiuta si realizzi con la personalità giuridica, e quindi con la creazione di una entità nuova. Era e rimane legata, altresì, alla considerazione corrente della realtà giuridica, che quella realtà esaurisce nei soggetti e nell'oggetto dei diritti, persone e beni visti in un rapporto di complementarità senza che possa restare scoperto spazio o margine alcuno.

Una così rigida classificazione — soggetto o oggetto di diritti, senza mediazioni o alternative — non riesce ad abbracciare tutti i modi di atteggiarsi degli interessi umani. Se ne avvidero gli scrittori che coniarono la formula della 'persona giuridica costruttiva' e la applicarono al regime dei rapporti riferibili al nascituro; in forme più semplici ed accessibili se ne è resa conto la dottrina dell'azienda. In verità è nella disciplina dei beni che si avverte la necessità di piegare la 'logica' soggetto-oggetto a modelli più docili, sino a ravvisare la relatività delle valutazioni che si volevano costrette nei due termini estremi del soggetto e dell'oggetto dei diritti.

La 'personificazione' è risultato che può raggiungersi, per il legislatore, anche rispetto ai beni. È appena necessario ricordare al lettore l'istituto della fondazione, dove un complesso di beni diviene 'persona' in virtù del riconoscimento; ma per la fondazione il discorso si mantiene agevole per l'aderenza alla 'logica' ripetutamente ricordata, in virtù della 'trasfigurazione' dei beni in persona. Si rivela più interessante l'indagine che si fermi a considerare i complessi patrimoniali non ridotti ad unità attraverso il processo 'formale' della personificazione. La linea di ricerca può utilmente partire dalla universalità di diritto; gli altri fenomeni di combinazione di cose e la stessa universalità di beni mobili (*l'universitas facti* della tradizione, per usare un linguaggio che ancora una volta mette a confronto il piano del fatto e quello del diritto) ne restano fuori, ancorati alla categoria dell'oggetto di diritti, senza possibili contaminazioni od ambiguità nella sicura discriminazione dai soggetti.

Nel rammentare che è universalità di diritto il patrimonio della persona defunta (che anzi la sola *universitas juris* conosciuta dalla legge è l'eredità e la considerazione *sub specie universitatis* è operazione logica che serve a tenere unito il complesso di beni e di rapporti a determinati fini) e che invece non è universalità il patrimonio della persona vivente (anche se la responsabilità patrimoniale nascente da ogni obbligazione cade su tutti i beni presenti e futuri del soggetto), conviene forse riprendere con qualche svolgimento ulteriore l'accento ai soggetti di cui è solo eventuale l'esistenza.

Le situazioni che descrivemmo — dei nascituri, dell'assente, della persona di cui sia stata dichiarata la morte presunta, degli enti di fatto con specifico riguardo all'eredità, al legato, alla donazione che siano in loro favore disposti — attengono in effetti non già al profilo della persona, degli stati e della capacità personali, sibbene al profilo dei beni che alla persona appartengono ed alle vicende che li toccano. La mancanza attuale del soggetto o l'incertezza in ordine all'esistenza determina un regime legale dei beni che sembra rivelare analogie con la personificazione, qual è operata dalla legge attraverso il formale riconoscimento, in presenza di realtà diverse dalla individualità della persona fisica.

Le formule, più volte ricordate, della persona « implicita » o « costruttiva » confermano dunque l'insufficienza di uno schema che pretenda di chiudere nelle categorie della universalità di diritto e della persona giuridica tutti i complessi di beni che non fanno capo ad una persona fisica attualmente e certamente in vita; gli schemi consueti non bastano poichè sono di natura diversa i conflitti che occorre risolvere. Si pensi all'assenza ed agli interessi che insorgono e possono venire in collisione: ne sono portatori coloro che acquisterebbero diritti o sarebbero liberati da obblighi se l'assente fosse morto nel giorno cui risale l'ultima notizia; coloro che sarebbero eredi o legatari al momento della morte che venga storicamente provata; infine l'assente per l'eventualità che ritorni o ne sia provata l'esistenza. La disciplina dell'assenza e della presunzione di morte è intesa a risolvere il contrasto degli interessi sopra descritti e non è possibile, in ragione della varietà e particolarità che rivestono, scorgere una vicenda successoria nel senso stretto del termine nel regime dei rapporti che all'assente fanno capo.

La considerazione sotto specie di universalità del patrimonio della persona viene compiuta, dunque, quando la persona viene a mancare per morte; della singolarità di regime nel caso di incertezza sull'esistenza si è detto ripetutamente. Sin che la persona fisica sia in vita il suo patrimonio, come complesso di beni e di rapporti attivi e passivi, non è considerato come universalità pur se la legge, come si ebbe modo di ricordare, con riguardo alla garanzia dei creditori del soggetto lo contempla nella sua interezza e nel continuo suo mutare.

Accade però che, dei rapporti legati alla persona, taluni possano essere tenuti distinti in ragione di una particolare finalità da assolvere o a garanzia di determinati soggetti. Si pensi, ad esempio, al « fondo patrimoniale » costituito dai coniugi o da un terzo per « far fronte ai bisogni della famiglia »; sui beni e sui frutti del fondo è esclusa l'esecuzione se il creditore conosceva l'estraneità del debito contratto ai bisogni della famiglia (artt. 167, 1<sup>o</sup> co. 3; 170).

I fondi speciali per l'assistenza e la previdenza, costituiti dall'imprenditore con o senza il contributo dei lavoratori, sono disciplinati essi pure nel segno della non distraibilità dal fine e

dell'esclusione da azioni esecutive dei creditori del datore e dei prestatori di lavoro. Qui tuttavia l'opinione ricostruttiva più attendibile è incline a vedervi una forma associativa, corrente tra i lavoratori che amministrano i fondi e ne sono i beneficiari, e non già un'organizzazione di beni assimilabile alla fondazione (o a fenomeni generalmente ad essa accostati, anche se privi di riconoscimento formale, qual è ad esempio il comitato).

Patrimoni vincolati, o allo 'scopo', sono formule che pure evocano aspetti e momenti della cultura giuridica classica, ed il tentativo di collocare fenomeni e situazioni per i quali non si prestava o appariva eccessivo lo strumento della personalità, anche quando non si ritenevano necessari i meccanismi del riconoscimento formale. Una storia delle idee e dei concetti dovrebbe menzionare le categorie dei patrimoni autonomi o separati; ma conviene tornare, per un discorso più spedito e concreto, alla figura dell'azienda.

In misura più accentuata si verifica la distinzione di un complesso di beni e rapporti, nell'ambito del generale patrimonio della persona, nel caso dell'azienda, « complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa », secondo la definizione legislativa (art. 2555).

La teoria dell'azienda, disegnata rispetto alle distinzioni dei beni, ne mette in luce il carattere di bene produttivo e di bene immateriale se accentua il profilo organizzativo; ora si insiste invece sul carattere, proprio dell'azienda, di « complesso di beni », che non si presta ad essere collocato tra le universalità di mobili per la diversa natura delle cose che la compongono, e non consente nemmeno un inquadramento tra le universalità di diritto, poichè l'universalità di diritto è espediente che serve ad assicurare il regolamento e la continuità di rapporti giuridici, non già a realizzare processi produttivi di nuova ricchezza. Intanto, il legislatore non ha inteso conferire, al complesso dei beni organizzato per l'esercizio dell'impresa, l'unità che è propria della persona giuridica.

Il processo si sarebbe compiuto ove il legislatore avesse raccolto le sollecitazioni ad accordare anche all'imprenditore individuale, sia pure circondando la concessione di opportune cautele, il privilegio della limitazione di responsabilità per i beni impe-



gnati nell'azienda: una raccomandazione ed un invito che spesso si sono rifatti all'*Anstalt* come modello suggestivo e di pratica convenienza.

L'azienda dunque, priva dei caratteri della persona, rimane nella categoria dell'oggetto dei diritti; e tuttavia si coglie, nel regime che la legge le riserva, il segno sicuro della attenzione prestata all'autonomia che il complesso aziendale finisce per acquisire rispetto al patrimonio restante della persona e rispetto alle vicende del titolare.

L'autonomia dell'azienda rispetto alla persona del titolare si rivela nelle norme protettive dei segni di distinzione, nel senso che la tutela non coincide con quella della personalità del titolare (si pensi soltanto alla protezione del nome civile e della ditta), e ancor più si rivela nel regime del trasferimento dell'azienda. Il trasferimento opera il passaggio dei debiti, dei crediti e dei contratti; il regime della successione nei rapporti in corso, quando siano relativi ad un'azienda, risulta estremamente semplificato rispetto alle regole ordinarie.

La disciplina dell'azienda mette in luce le connessioni tra regime della proprietà e regime dell'iniziativa economica. Dal punto di vista formale proprietà ed impresa sono concetti nettamente separati: la proprietà è diritto di escludere gli altri, una situazione che può essere descritta e conclusa in termini puramente negativi; l'impresa è attività, esercitata mediante beni organizzati dall'imprenditore.

La verità è che alla nozione di azienda è del tutto estraneo il 'modello' dominativo, e non solo per la contrapposizione formale tra proprietà e impresa appena ricordata, o per la scissione sostanziale tra titolarità e controllo dei beni che è tipica dell'economia contemporanea: limitando la riflessione all'azienda nella elementare descrizione dell'art. 2555 c.c., durante il processo produttivo la proprietà dei beni assume ristretto valore, sia che si consideri con riguardo ai beni impegnati nella produzione, beni che hanno perduto la loro individualità, sia che si consideri con riguardo ai beni che risulteranno al termine del processo, e che intanto non esistono ancora. Ma qui, nel discorso su persona giuridica ed ente di fatto non personificato, si voleva solamente ribadire la relatività delle valutazioni legislative. Un complesso

di cose può essere considerato alla stregua di oggetto di diritto, ed è ciò che si verifica nell'universalità, o assurgere alla condizione di soggetto, come avviene nella fondazione; la disciplina dell'azienda ci avverte della opportunità di non assumere in ogni caso, con carattere di assolutezza, l'uno o l'altro dei due modi estremi di valutazione.

La considerazione legislativa e la relatività che la distingue sono legate anche a ragioni storiche. Così si spiega che la comunione sia considerata e regolata nel regime dei beni e della proprietà (v., oltre all'art. 1100 che la definisce, anche l'art. 2248), pur dando luogo ad una organizzazione di persone; e che invece la comunione medesima, ove sia strumentale all'esercizio di un'attività economica, venga contemplata dalla legge sotto il profilo della collettività delle persone (art. 2247).

Anche sulla comunione, come il lettore sa, ha finito per gravare — sia pure in episodici contributi della dottrina — l'ombra della persona giuridica. Le disquisizioni costruttive del resto, anche quando non approdano alla soggettività (e si è appena detto che il risultato è di rado perseguito), mostrano come non sia facile conciliare con l'assorbente profilo della situazione dei beni «in comune» il momento della 'collettività' che gestisce e dispone, anche a voler mantenere l'uso in una dimensione individuale.

Molte difficoltà nascono dal pregiudizio, dominante nel nostro ambiente e nella nostra mentalità, che vera proprietà sia solamente la proprietà individuale: e perciò sembra singolare una situazione in cui sulla cosa insistono diritti di più persone. In altri sistemi le forme di proprietà collettiva, dalle antiche proprietà di villaggio o di comunità alla comunione moderna, rappresentarono invece un dato non inconsueto; da quei modelli, specialmente di origine tedesca, hanno tratto ispirazione le marginali figure di proprietà collettiva rimaste nel nostro ordinamento, assai poche se confrontate con le immagini sopravvissute o vagheggiate nell'esperienza e nella dottrina politico-giuridica dell'Ottocento (la letteratura e la pratica ripercorse con tanta finezza dallo studioso colto ed attento dell'«altro modo di possedere», *altro* rispetto alla formula dominativa individuale).

Si è detto della sostanziale estraneità alla nostra tradizione di forme di proprietà collettiva; e si è detto pure che a modelli d'origine germanica risalgono o si ispirano le poche figure conosciute presso di noi dal diritto intermedio ad oggi. La comunione di tipo germanico, detta pure a mani unite, è caratterizzata dalla chiara subordinazione dell'interesse individuale dei partecipanti all'interesse collettivo del gruppo: sino alla realizzazione delle finalità per cui fu costituita la comunione, i singoli partecipanti non possono chiedere la divisione nè, uscendo dal gruppo, ottenere la liquidazione della loro quota. La prevalenza delle ragioni collettive sulle ragioni individuali conduce di regola alla inalienabilità della quota, che viene sottratta anche all'aggressione dei creditori individuali del singolo partecipante.

I caratteri che abbiamo descritti come propri della comunione germanica si ritrovano nella disciplina positiva che il nostro ordinamento riserva all'associazione non riconosciuta: « finchè questa dura, i singoli associati non possono chiedere la divisione del fondo comune, nè pretenderne la quota in caso di recesso » (art. 37) ed in genere in ogni ipotesi di cessazione del rapporto sociale. Una disciplina così singolare, che in un particolare istituto accoglie, della contitolarità di diritti, una concezione lontana dalla nostra tradizione, si spiega per la modesta entità economica degli apporti patrimoniali dei singoli associati agli enti di fatto (si pensi agli iscritti a un partito politico o agli aderenti a un sindacato), piuttosto che per il proposito di garantire all'associazione la continuità dell'azione e il perseguimento degli scopi al di là delle vicende dei singoli associati e degli ostacoli frapposti da minoranze. Preoccupazioni, queste ultime, certamente estranee al legislatore del codice; ma il sistema, attraverso norme suggerite dall'idea delle ridotte dimensioni del fenomeno e dal programma di evitare conflitti sociali e contestazioni giudiziarie, forniva inconsapevolmente una preziosa struttura giuridica alle realtà associative della vita democratica, anche se lo schema, in occasione di vicende complesse quali sono le scissioni di partiti o di sindacati o di chiese, mostra, assieme ai lati positivi, innegabili limiti.

Il profilo del 'gruppo', soverchiato dalla considerazione dei beni in comune, si è detto emergente, nel regime generale della comunione, soprattutto a proposito della gestione. Nella disci-

plina dell'amministrazione viene in luce l'esistenza di una collettività, per quanto estremamente semplice nella struttura e spesso nata senza la volontà dei partecipanti (come si verifica nella comunione incidentale), in ogni caso costituita per il mero godimento delle cose, senza farne lo strumento di un'attività e di un comune impegno produttivo di nuovi beni. Questi caratteri non impediscono il disegno legislativo di una vera organizzazione e la validità delle regole di maggioranza che sono tipiche degli enti a struttura collettiva.

Il condominio degli edifici vede accrescersi la rilevanza di quel profilo. Il funzionamento del condominio e quindi il potere di gestione si adeguano in misura ancor più accentuata al modello degli enti collettivi, ed in particolare la disciplina delle delibere richiama quella degli atti di organi collegiali. Nel linguaggio legislativo ricorre sovente il termine « assemblea » che rispecchia forme ed espedienti tecnici propri dell'organizzazione collettiva.

Le regole sull'assemblea sono applicabili, negli edifici non in condominio, all'assemblea degli inquilini che delibera, convocata dal proprietario o ad iniziativa di almeno tre conduttori, sulla gestione e le spese del riscaldamento; nel condominio, se gli oneri del servizio sono a carico dell'inquilino, questi interviene all'assemblea dei condomini in luogo del locatore quando debba deliberarsi sulla materia (art. 6, 2° e 3° co., l. 22 dicembre 1973, n. 841). La tutela riservata alla posizione del conduttore merita di essere segnalata, e non solo perchè vi si scoprono i segni di una nuova concezione del condominio. La nota singolare è la partecipazione, all'attività deliberativa, di soggetti non proprietari e che tuttavia in concreto utilizzano il bene ed hanno interesse alla efficienza ed economicità di servizi di cui sopportano il costo. La normativa speciale, a guardarla bene, rende ancora più labile il legame col regime dei beni e colloca in primo piano la 'collettività' delle persone (e di persone, quali sono i conduttori di immobili ad uso abitativo, che sulla cosa hanno un diritto di natura non reale).

Si è detto della personalità giuridica come processo 'unificante' che, nella logica del sistema, può compiersi attorno ad una pluralità di persone o ad un complesso di beni. Ma sul terreno delle cose la realtà si è rivelata meno docile agli schemi, di quanto

possa illudere la riduzione alle categorie dei soggetti o dell'oggetto di diritto. La conferma della relatività delle valutazioni è sembrata evidente non appena si è superata, nell'ambito delle combinazioni di beni, l'universalità di mobili che rimane saldamente radicata nella categoria dell'oggetto. Universalità di diritto, patrimoni allo scopo ed azienda (e per quest'ultima non sarà inopportuno ricordare come tra le altre si sia escogitata la formula della *universitas iurium*, vuoi per sfuggire all'abusato dilemma diritto-fatto, vuoi per sottolinearne il singolare modo di porsi nel mondo del diritto e prima ancora nell'« officina delle cose » di finziana memoria) hanno reso, e soprattutto l'azienda, il senso della relatività; più ancora — ma la loro rilevanza s'avverte più sul piano dogmatico che su quello dell'operare pratico — l'hanno manifestata le c.d. persone giuridiche 'costruttive', vale a dire i regimi dei rapporti patrimoniali da imputare al nascituro, all'assente, agli enti di fatto beneficiari di attribuzioni liberali, all'eredità giacente.

La relatività, si è chiarito poi, non solo è da intendere nel quadro dei concetti ed istituti che formano la trama dell'ordinamento, poichè vi si comprende anche la storicità dell'apprezzamento. Il trascorrere dalla categoria dell'oggetto al novero dei soggetti, o il sovrapporsi del profilo soggettivo ad una persistente disciplina ancorata alla situazione delle cose sono stati ricordati come momenti del pensiero, dell'evoluzione legislativa, di settoriali interventi o di marginali figure, con speciale riguardo alla comunione.

Riferito alle persone, il discorso risulta meno ricco e problematico di quanto non sia stato per i beni. A voler disegnare una 'scala' di fenomeni in cima ai quali collocare l'associazione dotata di personalità, si potrebbero individuare invero situazioni, partendo dal gruppo privo di riconoscimento (ove il criterio discriminante è solo la mancanza dell'elemento 'formale' nella puntuale corrispondenza del materiale substrato), che vanno sino alle occasionali comunità d'interessi, alle modalità di una prestazione che coinvolge più debitori (come nel lavoro a squadra), all'obbligazione soggettivamente complessa.

Nemmeno vengono alla luce fenomeni che corrispondano, con una prospettiva rovesciata, all'unificazione del patrimonio com-

piuta attraverso lo strumento della personalità giuridica (ciò che indicammo, a proposito della fondazione, come un trasfigurarsi dei beni in soggetto). Ipotesi costruttive del genere appartengono a curiose rarità della cultura e dell'esperienza del diritto: la pretesa risarcitoria di un *club* sportivo, per l'evento che aveva provocato la morte di tutti i suoi atleti, per superare l'esigenza di un diritto assoluto come oggetto della tutela aquiliana, suscitò in qualche giurista l'idea della *universitas personarum*, una entità distinta dalla somma dei valori dei singoli giocatori perduti. Il caso, come il lettore sa bene, provocò la rimeditazione del problema della protezione aquiliana del credito; ma la tesi ricordata, non priva di fantasiosa eleganza, resta ad ammonirci come le tutele del diritto più facilmente possano fondarsi ed ottenersi quando interessi e pretese vengono ancorati al mondo fisico delle cose ed al collaudato modello della proprietà.

GIORGIO BERTI

LA PARABOLA DELLA PERSONA STATO  
(E DEI SUOI ORGANI)

I PARTE: *Lo stato e il diritto pubblico.*

1. Il diritto pubblico, quale noi conosciamo, nella sistematica generale e nelle sue articolazioni, rimane sempre dominato dalla dogmatica della personalità dello stato e degli organi statali. Può sembrare anacronistica o addirittura sbagliata una affermazione siffatta in un tempo in cui i cultori del diritto pubblico sorvolano, e quasi con un atteggiamento pudibondo, sulla persona dello stato, e in cui l'alluvionale produzione di leggi e di disegni organizzativi sembra del tutto esente sia da avvertimenti di ordine sistematico, sia da collegamenti con gli istituti portanti del vecchio tradizionale sistema. Io sono però convinto che, al di sotto di tutta questa materia alluvionale, le vecchie cose si siano in buona parte conservate. Anzi, tutte le volte che occorre mettere un po' d'ordine nella generale confusione, e riprendere i fili del discorso sullo stato, sia pure per interpretarne le odierne evoluzioni o involuzioni, pare non si possa non cominciare da una ripresa e da un aggiustamento dei concetti e degli istituti che si riassumono nella personalità dello stato oppure in qualche modo mettono capo ad essa.

Rimango sempre colpito, ad esempio, dal fatto che la dottrina non sappia rinunciare ad uno degli effetti di ordine sistematico di maggior rilievo e di maggior seguito, derivanti appunto dalla centralità della persona giuridica dello stato: vale a dire l'impostazione della conoscenza del diritto pubblico alla stregua della grande partizione di organizzazione e attività, di soggetti ed atti.

Non come nel diritto privato, dove il soggetto è centrale in ragione della necessaria pluralità dei soggetti e quindi della moltiplicazione altrettanto necessaria dei rapporti tra essi intercorrenti, onde tutto il sistema è congegnato in funzione della definizione e della attuazione al massimo grado della capacità di rapporto che raccoglie insieme la capacità giuridica e la capacità di agire: il fatto che il diritto privato sia tutto costituito per la persona discende dal fondamentale criterio di libertà che caratterizza l'intera posizione del soggetto e lo rende per così dire signore della propria sfera sino al punto in cui, in nome del rapporto necessario con gli altri, quella stessa libertà trova i propri confini. Non c'è infatti socialità nel diritto privato che non debba misurarsi con la libertà del singolo, e trovare semmai attraverso questa la via per realizzarsi. Il soggetto dunque è dominante proprio perchè i soggetti sono infiniti nel tempo e moltissimi nello spazio dell'ordinamento. Non è tanto dunque il fatto che le regole sono calibrate secondo la volontà del privato, quanto il fatto che le regole sono costruite in funzione della pluralità dei rapporti fra privati. Ed allora l'attività si propone necessariamente come l'espressione della libertà individuale all'interno di un rapporto tra due libertà: il soggetto diventa così il punto di inizio e di conclusione del ciclo giuridico e gli atti sono qualificati e valutati in quanto traggono ragione dall'inserirsi appunto in questo circuito, come l'espressione oggettiva della sua perenne funzionalità.

Il diritto pubblico, che pure ha rilevato dal sistema privatistico nomi e sembianze di istituti, non registra tutto ciò. Esso è radicalmente diverso, stando alla sua originaria e perdurante configurazione, caratterizzato da una fondamentale differenziazione dei soggetti, divisi in due categorie, quelli cosiddetti attivi e quelli ricettivi o passivi. Un ordinamento basato sulla diversa qualità o attitudine dei soggetti si salva solo se riesce, attraverso il telaio di regole di cui si compone, a raggiungere un tale grado di obiettività da rendere razionale o razionalmente accettabile quella disparità. Ma ciò è utopistico. Si è invece puntato sulla potenza del soggetto attivo, e cioè dello stato, e si è costruito il sistema intorno a questa potenza, supponendo che essa fosse accettata in anticipo e una volta per tutte dall'intera categoria dei soggetti destinatari dei comandi.



Così come concepito in origine e via via realizzato, il diritto pubblico è ruotato dunque per intero intorno allo stato come supersoggetto. Eppure, anche il diritto pubblico è stato concepito per la libertà dei cittadini: ma nel momento in cui la garanzia delle libertà è stata affidata alle speciali prerogative dello stato come soggetto, quelle stesse libertà hanno dovuto registrare il loro primo appannamento. Ci sono infatti delle regole di fondo in virtù delle quali il soggetto stato deve prevalere tutte le volte che gli interessi che gli vengono riconosciuti si scontrano con le libertà dei privati. Il rapporto che ne deriva è perciò sempre sbilanciato, non è mai un vero rapporto. Di conseguenza, il soggetto stato non è un soggetto come gli altri, ha delle prerogative sue, ed ecco che l'organizzazione nel diritto pubblico si distacca dalle attività (e dalle regole che la concernono) proprio per dare spazio, sia pure nella razionalizzazione giuridica, al predominio del soggetto privilegiato e per rimarcare la dipendenza della attività dalle prerogative o dalle esigenze di questo soggetto.

Infatti, mentre nell'organizzazione si espande la potenzialità del soggetto pubblico, si misurano, nell'ordine delle attività, gli effetti che tale potenza produce nei soggetti destinatari. Potrebbe sembrare che anche qui ricorra l'idea o il principio del rapporto: più propriamente, l'organizzazione e la attività si dividono invece nel punto in cui non è possibile costruire un vero rapporto, in cui cioè le ragioni della parte forte si riversano ineluttabilmente sulle posizioni delle parti meno forti.

Si è cercato di accreditare anche a questo riguardo il concetto di rapporto, ma la sistematica del diritto pubblico, proprio per dividere le ragioni dello stato nell'organizzazione e le ragioni dei privati nelle regole della attività, ha prodotto in verità l'anti-rapporto.

Perdurando tale separazione, perdura anche la sottostante logica del soggetto, ma non del soggetto e basta, sibbene di un soggetto potenziato e perciò qualitativamente diverso dagli altri: in questo senso, al di là delle apparenti contraddizioni dei giorni nostri, la personalità dello stato, sia pure deformata o realizzata in molte forme (enti pubblici della più varia specie) rimane al centro della scena e continua a oscurare i volti delle molte comparse.

Così noi potremmo anche affermare che, al di sotto delle particolari sistematiche (diritto costituzionale; diritto amministrativo), resta viva e vitale la partizione del diritto pubblico in organizzazione da una parte e attività-giustizia dall'altra. Tale sistematica ripercorre dunque quella che divide il potere e il rapporto, sul presupposto peraltro che il rapporto rimane interamente condizionato dal potere. Si spiega tra l'altro come la giustizia amministrativa sia la sola vera espressione sistematica della parte in cui si pone in evidenza il rapporto, rimanendo tutto il resto incluso appunto nell'organizzazione dei soggetti pubblici.

2. La personalità dello stato non ha sicuri natali (v. però, per la dottrina, ALBRECHT W. E., *Rezension v. R. MAURENBRECHER*, «*Grundsätze des heutigen deutschen Staatsrechts*», in *Gottingische gelehrte Anzeigen*, 1837, B. III, 1489, spec. 1492 ss.). La sola cosa certa è che, pur evocandosi nell'idea di persona quella di entità o di corpo capace di diritti e di doveri, con una assonanza evidente rispetto alla persona giuridica del diritto privato, la persona dello stato non ha un substrato paragonabile al soggetto artificiale dell'ordine privatistico.

Per lo stato, l'alternativa tra l'idea di persona come finzione e l'idea di persona come realtà si rifà a richiami o percezioni del tutto particolari. Ed infatti la dottrina classifica due filoni fondamentali: quello secondo cui la personalità statale non sarebbe altro che l'effetto o la qualificazione dell'unità dello stato colta nei suoi fattori storico-sociologici, e l'altro secondo il quale lo stato si fingerebbe persona in funzione delle garanzie giuridiche dei rapporti con i cittadini e perchè questi rapporti siano appunto conoscibili e quindi garantiti verso lo stato inteso allo stesso tempo nella sua unità e nella articolazione dei suoi poteri.

Per questo, con maggiore sincerità, anche se in modo giuridicamente meno raffinato, una parte della dottrina non rinuncia all'idea di finzione.

Sappiamo anche che nel concetto di personalità dello stato si cela una sintesi fra lo stato come principale attore politico e lo stato come fonte dell'ordinamento giuridico. Anche questa duplicità di apparenze, la quale riproduce quella della doppia

immagine sociologica e giuridica, rende la persona statale assai scarsamente assimilabile al soggetto collettivo del diritto privato.

Il fatto che sia le teorie organiche che quelle inorganiche abbiano adottato in ordine allo stato il concetto di persona giuridica, vuoi collegandolo (o facendolo discendere) dall'idea di unità organica o di organismo, vuoi più sistematicamente, e secondo una nuova maturità giuridica, identificandolo in una forma di pensiero (*Denkform*) riassuntiva di una pluralità di relazioni della più varia natura (BINDER), sta a significare che la formula semplificatrice si riteneva comunque adatta a rappresentare e qualificare l'acquisizione di un concetto di stato che risolvesse l'antitesi tra monarchia e popolo e fosse in pari tempo risolutivo una volta per tutte del conflitto fra società e potere politico. Era dunque conseguenziale che nell'idea di persona dello stato si concentrassero e si confondessero l'idea di sovranità politica e quella di ordinamento giuridico.

Una certa organicità, in termini nuovi dello stato, consisteva però, a mio modo di vedere, proprio nella integrazione fra la decisione politica e la funzione normativa. Si spiega perciò che non fosse essenziale all'instaurazione del concetto di stato-persona la dipendenza della corrispondente figura dal rapporto giuridico inteso come rapporto tra soggetti distinti ed ugualmente garantiti. GERBER affermava infatti che la concezione dello stato come personalità era la presupposizione di ogni costruzione giuridica del diritto statale. Il rapporto giuridico, come rapporto tra stato e cittadino, veniva dunque *dopo* la personalità dello stato. Il che significa che tale forma di pensiero voleva rappresentare essenzialmente la limitazione del potere monarchico in confronto ai protagonisti politici emergenti. In quanto il monarca si trovasse incluso insieme con il parlamento e i magistrati in un ambito di relazioni racchiuso nella persona giuridica statale voleva rappresentare la negazione dell'uso arbitrario del potere monarchico: essendo assorbito nella capacità dello stato, tale potere diveniva per forza di cose funzionale allo stato stesso inteso appunto nella sua totalità. Ecco perciò che questa sorta di operazione ha avuto luogo certamente come presupposto di una più compiuta costruzione giuridica del diritto statale, ma a sua volta sul presupposto di una sovranità politica concepita separatamente dalla società.

Lo stato assoluto insomma si svolgeva nella personalità giuridica e trovava in questa la prima razionalizzazione della sua ancor confusa organicità. Ciò è tanto vero che la maturazione della personalità giuridica dello stato si è avvalsa della trasformazione dei protagonisti politici in organi, così che la persona dello stato, come già emerge in GERBER, può divenire agevolmente la copertura concettuale delle relazioni che, in quanto aventi luogo fra organi, sono necessarie ed indefettibili. Si potrebbe dire pertanto che il concetto di organo è ineliminabile da quello di persona giuridica statale: nascono e forse periscono insieme.

Di conseguenza, il potere statale è sempre funzionale, se non altro perchè ogni organo può affermare il suo volere e la ragione della sua esistenza, oppure la sua legittimazione, soltanto in confronto agli altri organi, in una sorta di scambio reciproco, che porta a rilevare come ogni manifestazione di volontà di uno di essi è in funzione del tutto, e cioè della persona giuridica statale. A questo punto possiamo dire che lo stato come unità personale è ancora un potere politico unificato e che la persona giuridica è veramente un modo di pensare, e cioè il criterio razionale attraverso il quale si concepiscono unitariamente le relazioni tra organi. Ergo, questa forma di pensiero non solo non è essenziale alla conoscenza dello stato, ma può comprendere qualsiasi forma di dominio compatibile con un minimo di funzionalità reciproca, e quindi verso il tutto, degli organi statali. La personalità giuridica dello stato è insomma la forma minima di uno stato il cui potere sia concepito in termini giuridici. Tuttavia, senza che si operasse questa prima riduzione del potere politico in potere giuridico, non sarebbe stato possibile poi pervenire ad una qualunque concezione democratica dello stato.

In questo primo stadio, lo stato è dunque concepito come persona giuridica proprio in quanto « unità », riferita questa sia, e in un certo senso principalmente, ai fattori politici, sia, e starei per dire secondariamente, alla società degli individui. Perlomeno, l'idea che lo stato sia persona giuridica in quanto raccoglie il popolo, è successiva, anche se in modo pressochè indistinguibile, a quella dello stato come unità dei suoi organi, oppure, come si esprimeva un tardo ottocentesco studioso italiano, delle sue « persone istituzionali » (corona, parlamento, gabinetto), che pure avreb-

bero mantenuto una certa loro soggettività (G. GRASSO, *I presupposti giuridici del diritto costituzionale*, Genova 1898, pagg. 166 ss.). Ed infatti è qui che si scopre la origine del problema della personalità degli organi, il quale dunque è coevo alla nascita dell'idea stessa di organo.

Mi preme osservare anche che il concetto di persona dello stato nasce da un intreccio tra prospettiva politica e prospettiva giuridica, onde anche il diritto pubblico potrebbe dirsi frutto di un incrocio tra contenuti politici e forme giuridiche tratte dal diritto privato. Per un certo tempo, e da parte di alcuni autori (ad es. GIORGI) si continua a tenere divisi il fronte politico e il fronte giuridico, parlandosi esplicitamente di persona politica e di persona privata dello stato (cui sono fatte corrispondere, sul piano della attività, le due categorie degli atti di impero e degli atti di gestione; sul piano patrimoniale, la distinzione fra sovranità territoriale e proprietà; e, su quello delle situazioni soggettive, la separazione tra diritti pubblici e diritti civili).

3. Già in questi modi e in questi limiti la personalità statale rappresentava un grosso risultato, raggiunto sia sul piano politico che su quello culturale-giuridico. Il concetto-sintesi di persona giuridica, avviato sin dal suo primo porsi ad acquistare la forza suggestiva ed indiscutibile del dogma, simboleggiava l'incontro e l'intreccio di una molteplicità di linee evolutive (la razionalizzazione della lotta fra le parti politiche: corona-rappresentanti sociali-burocrazia; la definizione del rapporto società-stato o economia-politica; l'affermazione del primato dello stato sui corpi intermedi ed il perfezionamento interno della sovranità; la fondazione di un criterio assoluto di legittimazione dei poteri su di una organizzazione giuridicamente conformata e come tale inattaccabile; l'accettazione, anche a tale fine, della predominanza culturale del metodo giuridico e la parallela costruzione di un sistema del diritto pubblico).

Tutto ciò ci conferma anzitutto nel convincimento che la personalità dello stato sia stata un unicum, quasi la convenzione culturale ritenuta necessaria per ridurre a blocco unitario, però dotato di pensiero e di volontà, una quantità di elementi neppure tra loro omogenei. Come ho già detto, nonostante tutti i nobili

tentativi di confutazione dell'idea organica, questa si è per così dire traslata dalla primitiva intuizione della società come organismo ad una più matura concezione organica della società assunta in blocco nel cielo dello stato: è lo stato, in quanto persona giuridica, a presentarsi come alcunchè di organico, sia pure con vestimenti giuridici.

E difatti il primo momento organico è consistito nella fissazione di rapporti ordinati, ma stretti e necessari, tra le parti politiche, chiamate a comporre l'unità dello stato attraverso la loro trasfigurazione organica. Queste parti diventano tutte uguali nella loro funzione fondamentale di comporre la persona statale. Esce di qui una approssimativa utilizzazione dell'idea giuridica di rapporto, sul presupposto che, per costruire appunto dei rapporti, occorre stabilire un razionale equilibrio fra le parti e dare prima a queste una qualificazione od una colorazione adatta a consentire ad esse l'ingresso nel rapporto stesso. Però un'idea organica riaffiora non appena si passa dall'intuizione dei rapporti a quella del superamento di questi nell'unità personale dello stato.

Ma organica è anche l'idea di personalità quando si tenga conto che attraverso essa stessa si è creduto di raggiungere il superamento di un'altra fondamentale divisione, dalla parte appunto dello stato, e cioè della separazione tra società e stato o tra economia e politica. Si dirà che lo stato liberale ha voluto razionalizzare la separazione, consolidandola e quasi perfezionandola; però nel momento stesso in cui si è ritenuto di raggiungere questo risultato, nel quale già peraltro si annunziava un primato della politica, si doveva conferire un'immagine accettabile alla implicita o presupposta alleanza fra società e stato. Separazione dunque, ma attraverso un'alleanza, e quest'ultima raggiunta mediante l'integrazione dei due fattori nell'unità organica della persona statale.

Lo stato insomma, nella sua apparenza personale, conteneva e quindi copriva la società, eliminando perciò qualsiasi possibilità di conflitto o negando in principio ogni conflitto fra queste due parti fondamentali. Riproduzione quindi sulla scena giuridica, e cioè mediante l'assegnazione di parti all'interno della persona statale, dell'ora detta relazione fondamentale. Così che l'economia era sì libera di svolgersi, ma in quanto fosse accetto e definitivo

il patto politico, ed è da questa piattaforma pattizia che nascono i limitati diritti pubblici dei « sudditi ». Infatti, in nome di questa alleanza potranno riconoscersi diritti a chi non potrebbe averne in quanto suddito. JELLINEK dirà poi che il primo dovere del suddito è quello di riconoscere lo stato, oppure che « nel riconoscimento e nell'obbedienza dei sudditi attinge lo stato tutta la sua autorità ». Eppure la sovranità dello stato « è una sovranità sopra uomini liberi, cioè sopra persone ». Nelle contraddizioni che troppo facilmente si scoprono in JELLINEK e in altri autori a lui storicamente vicini, si scopre anche il riflesso di sintesi impossibili.

Di matrice organica è anche l'affermazione del primato dello stato sui corpi intermedi e sulle comunità territoriali, sussunti anch'essi nell'unità ideale della persona giuridica. Pure le associazioni pubbliche esercitano brandelli di sovranità, ma in quanto siano astrette alla persona statale. Anzi si dirà proprio che sono « organi » della azione statale. I comuni e le province non sapranno più districarsi da questa loro specialissima condizione.

Nasce così una organizzazione giuridica, che raccoglie e distribuisce, qualificandoli, organi e poteri. È questa organizzazione che legittima le azioni, tant'è vero che i poteri sono esercitati dagli organi in virtù della appartenenza a questa organizzazione, prima ancora che per attribuzione legislativa o in forza della loro competenza specifica, che non vincola mai in modo assoluto, anche ad onta di contrarie affermazioni, il loro agire in nome dell'unità statale.

Ed ecco che, attraverso uno sfruttamento a fondo, però anche anomalo, del metodo giuridico, si troverà il modo di assorbire nei legami di carattere organizzativo anche molte situazioni individuali che, secondo una concezione « normale » dei fenomeni giuridici, avrebbero dovuto presentare (e valorizzare) autonome radici. Nell'idea stessa di « diritti riflessi » è inclusa per vero quella di una appartenenza allo stato non già secondo la regola di libera cittadinanza, ma secondo un principio di sudditanza.

Lo spazio della organizzazione, per meglio dire lo spazio della persona giuridica statale contrassegnato appunto dai rapporti organizzativi, è costruito in modo da potersi allargare o ridurre. Ma con una chiara tendenza nel primo senso. Così che si ha spesso l'impressione che il riconoscimento di diritti individuali, anche là

dove esso raggiunge la massima pienezza, sia pur esso in funzione di perfezionare e consolidare quello che è il vero centro del sistema, e cioè la persona dello stato. La quale è pronta ad auto-obbligarsi proprio per non perdere la signoria dell'ordinamento e quindi dei rapporti con i sudditi.

Si comprende così che, rinnovando in tal guisa l'uso del diritto, si dovesse costruire un diritto su misura della persona statale. La sapienza dei giuristi di quell'epoca consistette appunto nell'usare gli istituti del diritto comune, o pezzi di questi istituti, per costruire ciò che serviva a coonestare la potenza giuridica dello stato.

4. Nella teoria dell'autobbligazione (JELLINEK) era già evidente il tentativo di superamento dell'idea organica: per meglio dire, era evidente un certo sdoppiamento dello stato. Solo per una fedeltà di principio alla persona giuridica, la proiezione dello stato nei rapporti con i cittadini veniva tradotta appunto in una forma di autobbligazione, così che lo stato salvasse il suo essere, allo stesso tempo, nell'unità personale il più grande operatore politico e l'arbitro dell'ordinamento giuridico. Questa è la sintesi suprema rappresentata dalla personalità giuridica, dove si vede l'enorme distanza che separa, per origine, composizione e funzione, la persona-stato dagli altri soggetti.

Però il fatto stesso di proiettare lo stato nel rapporto con il cittadino significava accostare ad un'idea di stato tutta incentrata su di una giuridicità più o meno artificiosa dei rapporti interorganici di base, un'idea di stato riversata nelle relazioni con i cittadini, in quelle relazioni cioè che si dissero poi esterne. Ebbene l'insistenza sulle garanzie dei diritti dei cittadini, visti nella coesistenza e nella contrapposizione ai diritti dello stato verso i cittadini stessi, doveva a lungo andare provocare il logoramento della persona giuridica come unificazione, vuoi di realtà sociologiche vuoi di rapporti. Distinguendosi tra realtà sociologica e realtà giuridica dello stato, si preparava già la separazione tra stato ordinamento e stato organizzazione, che dominerà più o meno incontrastata la scena giuridica sino ai nostri giorni.

In realtà, acquisita una più matura consapevolezza d'ordine culturale e abbandonate le matrici idealistico-romantiche preva-



lenti nell'originaria impostazione della persona totale dello stato, si arriverà a fornire una più razionale collocazione ai rapporti fra lo stato e i cittadini e a coltivare quindi ancora la persona statale nei limiti della sua funzionalità a questo ordine di rapporti.

Parallelamente, l'organo subisce anch'esso una certa metamorfosi: nel momento stesso in cui viene contrapposto al rappresentante, non è già più un fattore compositivo dell'unità statale, ma viene dopo lo stato, come quella figura che, pur rappresentando lo stato, ottiene che l'atto statale sia per così dire una istantanea consacrazione dello stato unitario. C'è sempre, dunque, nell'organo una funzione ulteriore rispetto a quella di testimoniare la provenienza dell'atto dall'autorità dello stato, ed è appunto quella di esternare e quasi conservare, nella finzione, l'unità dello stato, perchè è ancora questa unità che legittima l'esercizio dei poteri.

Ebbene, nella persistente efficacia della figura dell'organo continua a vivere, anche se vieppiù artificialmente, l'idea organica della personalità. Se è vero che dietro l'organo non c'è nulla, mentre dietro il rappresentante c'è il rapporto con un'altra persona (JELLINEK), è anche vero che quel nulla cela la sempre più sotterranea, ma sempre viva personificazione dello stato organico. Talchè l'organo congiunge per così dire l'unità organica dello stato, e cioè la persona statale intesa come totalità organica, con il concetto di stato-persona ormai racchiuso nel rapporto con il cittadino. Per questa ragione il concetto di organo è sempre più forte e più denso di significati di quello di persona giuridica. Se questa perde di smalto, se non altro perchè è portata a calarsi e confondersi tra tutte le persone giuridiche, comprese quelle di diritto privato, l'organo conserva meglio il mistero dello stato, e cioè di una unità pensata, più che finta, perchè voluta o creduta.

Tutto l'insistere della dottrina pubblicistica sull'organo denunzia questo preciso avvertimento. Se cade l'organo, si va a rischio di scoprire il nulla e lo si deve tenere in piedi: la concezione giuridica delle figure e dei rapporti contiene o produce una forza legittimante se, attraverso il linguaggio, spira degli impulsi destinati ad essere ricevuti come imposizione di doveri. Sotto un certo profilo, il diritto pubblico non è che un linguaggio speciale, cui aderiscono degli apparati o che questi apparati custo-

discono ed esprimono. I dogmi della persona e dell'organo sono a loro volta le custodie di questo linguaggio, che appunto ha forza fintantochè è creduto.

Così si capisce come le legittimazioni degli apparati, vuoi politici vuoi amministrativi, continuano a passare per l'artificio dell'organo. La stessa sovranità popolare non convince mai proprio perchè le sue apparenze sono mediate dalla legittimazione organica. E ben presto l'ordinamento complessivo o generale prenderà, in questa funzione genericamente legittimante, il posto della persona giuridica totale: ma non sarà un grosso cambiamento, piuttosto l'aggiustamento del linguaggio a nuove convinzioni o a nuovi modi di pensare e creare figure. La persona era legata ovviamente ad una ispirazione volontaristica, la potenza dello stato era quella della volontà dei suoi organi, il soggetto colui che incarnava il comando o l'atto di volontà. Se non si pensa più in termini di volontà oppure si concepisce alla HEGEL una volontà obbiettiva, mutilata però di propensioni o filiazioni assolutistiche, si può anche concepire un ordine obbiettivo che si regge razionalmente per se stesso, unificato in un generale criterio di doverosità, riferito invero alla condotta degli individui.

La doppia natura dello stato come organismo e come persona giuridica, delineata da JELLINEK, si trasforma in un'idea di stato come ordinamento accoppiata all'idea di stato come soggetto che agisce mediante una propria organizzazione. Ma mentre lo stato-organismo della prima maniera riesce a racchiudersi tutto intero nello stato-persona, quando si proietta appunto nei rapporti intersoggettivi, lo stato organizzazione si troverà invece ad appendere per intero la sua giuridicità, e quindi la sua legittimità, allo stato ordinamento.

Solto ormai il *Volkgeist* nella coscienza dei più (anche se destinato a nuove confuse e tragiche incarnazioni politiche), doveva prevalere una concezione dello stato che soddisfacesse un'esigenza di razionalità e misurasse allo stesso tempo, anche per superarle, le nuove distanze fra la società e l'organizzazione politica. La stabilità dello stato non era infatti più assicurabile attraverso un ordine di concetti dal quale traspariva un ordine sociale, voluto e pensato, e imposto poi come reale.

Mutò rapidamente anche la funzione complessiva dello stato: se la concezione organica poteva accordarsi alla fine con il prevalere di una funzione normativa rispetto ai compiti di intervento, ben presto accadde che la funzione positiva e modificativa dello stato verso la società quasi prevalesse e soggiogasse la generale funzione normativa e conservatrice. La stabilità dell'ordinamento non poteva più essere affidata ad una interpretazione organica della società, giacchè la società metteva sempre più in evidenza quanto di disorganico e di conflittuale si agitava in essa. Era troppo falsa ogni immagine di organismo solidificato in una persona unitaria. Lo stato che agisce deve assumere dunque la doppia faccia del garante e dell'interventore. Non gli basta un'immagine unitaria ed esso ha bisogno a sua volta di essere sorretto e legittimato nelle sue azioni. Ecco perciò che esso non può essere come persona il vero punto di partenza, e deve attendere invece l'investitura da un ordine che allo stesso tempo lo superi e ne costituisca l'altra immagine. Lo stato-ordinamento non è altro allora che la riconduzione dell'azione dello stato come persona a un insieme di regole pensate come anteriori o superiori allo stato stesso.

In realtà si ricostruisce l'autobbligazione di JELLINEK come un rapporto tra due facce dello stato, l'una obbiettiva, l'altra soggettiva (WENZEL, WOLFF H. J., NAWIASKY). Naturalmente, non si riuscirà mai a disgiungerle in modo pieno e convincente, vi saranno sempre aree miste e si dovrà di volta in volta operare una sorta di distribuzione. Le leggi infatti provengono dallo stato-persona, ma il loro contenuto normativo, distaccandosi dalla persona, si colloca in una gerarchia di norme che ha sede nello stato-ordinamento. Solo più tardi si tenterà anche una divisione organica tra queste due apparenze dello stato, senza avvedersi che il fatto di imputare un organo allo stato ordinamento (o, come poi si disse, allo stato come comunità) altro non era che un confuso rientro in un'idea di personalità ormai deteriorata.

Contemporaneamente, i giuristi tentavano una purificazione del loro metodo scientifico (con partenza da GERBER, LABAND, JELLINEK, fino a V. E. ORLANDO da noi, a Kelsen e alla scuola austriaca). Più che una purificazione, è da pensare che il perfezionamento del metodo giuridico ovvero la raffinazione di questo

metodo al fine di consolidarne in modo definitivo la razionalità, fosse ormai nient'altro che una difesa nei confronti di più giovani e fervidi metodi scientifici di interpretazione della società e dello stato. La scienza giuridica aveva infatti trionfato proprio quando, secondo i puristi, soggiaceva alle contaminazioni, anzi le sfruttava.

5. Lo sdoppiamento tra stato-persona e ordinamento giuridico ha molto il sapore di un espediente logico per rappresentare la divisione tra l'area istituzionale del potere e l'area istituzionale delle libertà individuali, come se fosse possibile tracciare nella vita una siffatta linea e come se una razionalità di questo tipo potesse imporsi al corso della storia.

È sicuro che il potere politico, ancor peggio se ripristinato nella sua antica separatezza nei confronti della società, cercherà sempre di aumentare, non certo di allentare, la sua presa su di essa e tutto allora tornerà daccapo. Qui forse si annidano anche le illusioni di chi ha creduto troppo nel « dover-essere », formula che, se non sorretta da una definitiva conquista della libertà individuale e sociale, rimane puramente descrittiva e priva di forza. Sarà sempre sopraffatta dall'« essere » del potere politico.

L'idea di persona riferita allo stato, che pure ha dietro di sé una spinta evidente a proporre un'immagine di potere politico razionalizzato, ma pur sempre di potere, rispondeva perlomeno al bisogno di appoggiare la crescita della società, avviata ormai alla sovranità popolare, ad una salda struttura che comprendesse insieme, quasi a rinforzarsi reciprocamente, i diritti della società e i diritti monarchici. Trattavasi di un passaggio obbligato o perlomeno ritenuto tale: prima di raggiungere un'efficienza propria, come efficienza razionalizzata degli uomini e dei gruppi, si doveva cercare una saldatura completa fra la società e lo stato. Lo stato, che è governo e ordinamento allo stesso tempo, non è altro che l'immagine rovesciata di una società che si governa e stabilisce le regole della propria permanenza. Lo stato che si autoobbliga e che pretende la fedeltà dal cittadino-suddito è proprio per questo idoneo a garantire anche a questo cittadino una buona fetta di libertà. Lo stato forte e compatto è necessario ad una società debole, perchè non consapevole sino in fondo dei propri diritti.

Il sistema di JELLINEK ebbe a dare la massima trasparenza a tutto ciò: confessando le contraddizioni e le ambiguità, questa rappresentazione è stata fondamentale e non è stata probabilmente mai superata nel pensiero giuridico. KELSEN sembra talora collocarsi al lato opposto di JELLINEK, ma il sistema da lui propugnato non si discosta molto dalle linee di fondo della costruzione di JELLINEK. Che lo stato sia la personificazione dell'ordinamento non è che un altro modo per rappresentare l'identificazione stato-ordinamento, riempiendo lo stato di razionalità normativa. In nome della dottrina pura del diritto, questa razionalità non aveva tuttavia la sua fonte nel comportamento sociale, ma veniva appesa ad una norma ipotetica, fondamentale perchè così pensata, e in bilico fra un ordine giusnaturale e un ordine positivo.

Certo, in questo modo l'ordinamento giuridico acquistava una saldezza sua, ma di ordine logico, così come era logica e filosofica tutta l'innervatura di doveri e di sanzioni che sorreggeva l'edificio. Un'illusione, quella kelseniana, di affidare la vita degli stati e le conquiste liberali ad una sorta di società giuridica, come se fosse possibile scalzare un'astrazione od una finzione come quella della persona statale, ancora vicina tutto sommato a certe realtà organico-politiche, con una astrazione ancor più esasperata. Con KELSEN l'ordinamento, e le istituzioni di cui esso si compone, acquista tanta indifferenza da prestarsi a tutti gli utilizzi resi possibili o convenienti dalle vicissitudini politiche.

La via da percorrersi non era già quella della imbalsamazione dell'ordine giuridico in un vuoto asettico, ma semmai al contrario del dover dare atto dei processi reali di conflitto e di reciproca affermazione degli interessi sociali e individuali, nonchè delle forze politiche e sociali che se ne fanno di volta in volta portatrici.

La parabola della personalità dello stato e dei suoi organi raggiunge forse con KELSEN il punto terminale: sia come organismo, sia come ordinamento giuridico, sia e ancor più nella formula intermedia della personificazione di una rete di rapporti, la persona dello stato ha rappresentato l'unificazione della società sul versante del potere, inteso come potere politico compatibile con la sussistenza e la garanzia di una fascia di diritti individuali e sociali. Per questa ragione essa è servita a radicare una ege-

monia della politica, sul presupposto che solo la forza politica riuscisse a vivificare il contrapposto versante delle libertà. Però la necessità connessa alla persona giuridica statale è che i diritti individuali e sociali tengono e si espandono sino al punto in cui essi trovino limite nell'unità del potere politico.

L'efficacia della formula resiste invero tuttora. La linea di demarcazione fra il potere e la libertà non è mai certa e sicura; non si tratta di due spazi ben delimitati o di forze disposte a trovare in una reciproca azione consapevole il punto della loro coesistenza storica. Da noi, la vicenda dell'interesse legittimo, come dell'area nella quale i diritti subiscono la condizione del potere, è quanto mai significativa. Lo stesso disporsi delle aree istituzionali di potere, nelle loro reciproche relazioni (la cosiddetta separazione o la pluralità coordinata dei poteri), è molto spesso in funzione non già di garantire quanto di penetrare politicamente la società; la difesa individuale e sociale si arresta ancora di fronte al comando politico-legislativo e basta allora attrarre in quest'orbita i processi di decisione perchè i rispettivi risultati siano inattaccabili e le decisioni possano realizzarsi imperativamente anche contro i diritti e gli interessi sociali. La dimensione organica delle istituzioni (e non rileva che si chiamino organi comunitari anzichè della persona giuridica statale), serve sempre a interrompere la comunicazione con la società, e poco conta che si tratti di organi elettivi o rappresentativi, giacchè l'aggettivazione non riduce il significato del sostantivo. D'altra parte, il processo di rappresentanza non avviene direttamente, ma, attraverso i partiti politici, viene guidato e adattato alle esigenze della conservazione del potere.

Sotto questi profili, la sovranità popolare ha accresciuto per ora le *chances* del potere generando nuove occasioni e nuove forme di separazione e di supremazia.

## II PARTE: *Il diritto pubblico e il rapporto stato-cittadino.*

6. Come si è detto, il concetto di stato persona, con il conseguenziale impianto soggettivistico di tutto l'ordinamento, era necessario anche alla realizzazione delle garanzie individuali ed

alla verifica dei diritti dei cittadini. La separazione tra stato e società e la supremazia del primo sulla seconda non potevano presentare di per sè risvolti giuridicamente apprezzabili: la separazione e la supremazia o l'egemonia erano di ordine politico e solo politicamente si potevano in realtà apprezzare. Sul piano giuridico, il rapporto politico società-stato si doveva dunque tradurre in rapporto giuridico tra individuo e stato.

La società, affidando o delegando alla classe politica la garanzia dei conflitti sociali, poteva raggiungere l'obiettivo della sua conservazione e della pace sociale; onde i conflitti intra-sociali, quando non fossero strettamente individuali, si trasformavano immediatamente in rapporti o conflitti tra il potere politico e l'individuo, e quindi tra stato persona e persona individuale. In pratica, i rapporti tra l'individuo e la società furono scaricati sul rapporto tra società e stato, e questo ha rappresentato una delle ragioni che hanno fatto poi degenerare la funzione dello stato verso la società, aumentando insieme la forza dello stato e la disponibilità di esso ad usi strumentali ed esterni di tale sua forza (tutto dipendeva dai gruppi politici che si avvicendavano alla guida dello stato).

Ora si comprende facilmente come in questo grande compromesso, che in fondo lasciava intatte le forze reali e non modificava i loro rapporti effettivi, consentendo continue alternanze di predominio tra forze politiche e forze sociali dello stesso segno, la sola struttura che esprimesse e generasse qualche stabilità era il rapporto stato-individuo, come rapporto giuridico regolato preventivamente da norme generali, e garantito, allo stesso tempo che fonte a sua volta di garanzia.

Da questa struttura, la società in quanto tale si manteneva estranea ed era ovvio che lo stato, investito per delega dalla società, entrasse in detta struttura in posizione di netta superiorità rispetto all'individuo: tanto, la garanzia era implicita nelle regole del gioco, e non occorreva verificarla di volta in volta nei suoi presupposti e nelle sue giustificazioni storico-politiche. Così, anzichè congiungere stato e società, politica ed economia, detto rapporto ne conservava la separazione, e l'individuo, solo ed isolato, divenne il falso obiettivo di una lotta o di una dialettica

che si giocava in realtà tutta sul piano politico-sociale, senza apparire e senza coinvolgere perciò l'autorità dello stato.

L'eclisse della società si protrasse nonostante i mutamenti profondi nella composizione delle forze sociali e nei loro rapporti, e nonostante le trasformazioni politiche della relazione tra la società e lo stato: sia la società monoclasse che la società pluriclasse ebbero interesse a non coinvolgere mai la posizione di supremazia dello stato, il quale, allo stesso modo che prestava garanzie formali, si prestava altresì ad attuare le scelte politiche nei confronti degli individui presi come soggetti isolati, sguarniti di efficienti ripari sociali (di qui la persistente lotta alle associazioni interindividuali, che non fossero quelle dichiaratamente politiche, come i partiti, che erano appunto funzionali al gioco).

Lo svuotamento dello stato di contenuti ideali, nonostante le contrarie declamazioni, è andato di pari passo con l'utilizzo che poteri economici e sociali, tramite i partiti, hanno fatto dell'imponente strumentario dello stato: la c.d. volontà della persona giuridica statale è stata indispensabile perchè le decisioni extrastatali, doppiate da procedimenti formali, venissero imposte agli individui. Di qui dunque la soggettività dello stato come qualificazione di una forza destinata ad imporsi ai singoli e l'inserzione di questa forza in un rapporto giuridico, ufficialmente paritario, dove stato e individuo si presentavano entrambi come soggetti giuridici, dotati di capacità giuridica e di capacità di agire.

Costruito il congegno, non è parso più possibile, nè forse utile, fare marcia indietro: come ho detto prima, neppure le forze sociali pervenute alla soglia del potere dopo il liberalismo e le relative certezze e geometrie, ebbero interesse o volontà di modificare un quadro istituzionale che, ad onta dell'evidente rapido deterioramento, sembrava consentire il consolidarsi di qualsiasi forma di egemonia. È insomma sempre l'utilizzabilità del sistema a dimostrare che la formula era assai indovinata, perlomeno fino al punto in cui volesse mantenere comunque una prevalenza della politica sull'economia e quindi un predominio dello stato sulla società.

Ma voglio considerare ora qualche altro aspetto delle ragioni che hanno determinato la fortunata vicenda della formula.



Sia che lo stato garantisca, sia che lo stato assista, le strutture possono non mutare, o per lo meno mutano in quantità e complessità, ma ne rimane invariato il regime di fondo. Che la parte politica si preoccupi di conservare il consenso di base alla sua presenza ed alla sua azione, o che si dia cura di procacciarsi comunque una base di legittimazione, il meccanismo, vale a dire il rapporto con la società, non può cambiare altro che in superficie. Il principio soggettivo rimane lo stesso: gli istituti subiscono lievi modifiche in funzione di adattamento, ma mantengono intatto il loro patrimonio di regole e di proporzioni reciproche. Anzi, è proprio la struttura soggettivistica dell'intero sistema a permetterne l'uso nelle più svariate e talora politicamente contrapposte vicende.

Il fatto che nello stato, all'interno della sua persona, si concentrassero la produzione e l'attuazione delle norme, secondo una essenziale fisiologia, non poteva restare senza effetto sulla consistenza della persona statale, non poteva non aumentarne enormemente la capacità, facendone insomma un supersoggetto.

L'organizzazione pubblica cresce intorno a questo supersoggetto che la innerva con le sue diramazioni e la domina; in realtà, tramite la selva di relazioni con i cittadini, questo supersoggetto domina la società intera.

Però, mi preme accentuare il fatto che intorno allo stato così inteso si intesse un sistema giuridico, ricalcato sulle figure formali del diritto privato. Tutti gli istituti del diritto privato vengono utilizzati, come forme appunto adattabili, per spiegare e regolare i rapporti tra lo stato e i cittadini, tra il pubblico e il privato. Ulteriore strumentalizzazione dunque: il diritto, come sistema e come criterio di conoscenza, di valutazione e di direzione delle azioni umane, subisce forse la sua prima sconfitta, nei confronti del «politico», nel momento in cui, per giustificare le garanzie dei cittadini verso lo stato, viene impiegato in una operazione artificiosa, e cioè la distribuzione delle parti, pubblica e privata, in un rapporto che resta dominato dalla potenza statale.

In realtà, questo sistema di diritto pubblico, tutto incentrato sul soggetto pubblico e la sua superiore capacità, si dimostra presto insostenibile, e più lo si perfeziona, più esso si dimostra frutto di accostamenti artificiali, creati per conferire un sufficiente

grado di accettabilità alla garanzia dei diritti individuali e soprattutto ai limiti che questa garanzia viene a soffrire, fin dal suo nascere, a causa del potere pubblico.

Ed infatti il principio soggettivistico consente di per se stesso che le lotte e le alternanze politiche restino fuori dalla istituzione-potere, onde questa si può far cominciare in ogni caso là dove un risultato politico è stato raggiunto e diviene il contenuto del potere medesimo. In un modo o nell'altro, formatasi la c.d. volontà politica, questa viene assunta in un meccanismo che per la sua naturale funzionalità riesce o dovrebbe riuscire ad imporla, raggiungendo gli scopi che essa prefigge al meccanismo medesimo. Si immagina insomma un soggetto (o un gruppo di soggetti gerarchicamente ordinati) con una elastica capacità, ma con meccanismi rigidi per l'esercizio di questa capacità. La sfera della capacità viene riempita di contenuti in relazione alle decisioni che nascono nell'ambito politico (partiti) e si definiscono nei loro contorni mano a mano che subiscono il processo di giuridicizzazione. In altri termini, la capacità giuridica del soggetto legittima le decisioni indipendentemente dal loro effettivo contenuto e dalle loro effettive giustificazioni (decisionismo). Di conseguenza il soggetto stato, per la sua stessa conformazione, legittima ogni decisione e la impone alla società: si tratta sempre di un soggetto autoritario, anche se le decisioni paiono essere frutto di volontà democratica, perchè formatasi dal confronto di opinioni e di volontà di rappresentanti.

Mano a mano che lo stato procede nella sua vicenda storica, la sua strumentalità diviene sempre più evidente: ormai è chiaro che le decisioni politiche si prendono al di fuori degli organi dello stato e questi, proprio grazie alla loro formale rappresentatività politica, sono obbligati a riceverle e a immetterle nel gioco giuridico di decisioni formali e atti di esecuzione. Quindi tutto l'apparato dello stato e le sue diramazioni (enti territoriali, autarchici, dipendenti, funzionali, strumentali ecc.) sono divenuti gli strumenti per l'esercizio dei poteri che, affidati formalmente all'ente pubblico e fatti appartenere alla sua sfera di capacità, sono in realtà detenuti dai gruppi politici. La personalità dello stato non è dunque altro che il rivestimento della sovranità come sintesi astratta di tutti i poteri di cui la classe politica mano a mano

si appropriava, in quanto investita o delegata a tal fine (o presuntasi tale), ad opera della collettività. Lo stato come società anonima?

Così, mentre la sovranità eminente è attribuita al popolo, quella utile rimane prerogativa della persona statale, che la esercita tramite i suoi organi diretti ed indiretti (enti autarchici e simili). La congiunzione tra queste due forme della sovranità era ed è però saldamente tenuta in mano dalla classe politica che se ne è fatta arbitra: l'affermazione della sovranità popolare non ha mai infatti trovato confronto in dimensioni reali o razionalmente accettabili, proprio perchè espressione non veritiera: dietro di essa, si intravede sempre la signoria politica.

Nè su quest'ultima ha influito il tentativo dottrinale di restringere l'area della persona statale, allargando lo spazio riservato all'ordinamento od alla comunità a discapito di quella (fatta coincidere con una parte sola dello stato) operativa ed imperativa. Tale operazione, neppure storicamente corretta, non ha favorito l'aspirazione ad una relazione autentica tra la società e l'apparato normativo-organizzativo. Ha soltanto determinato degli spostamenti di figure, dividendo il campo tra ordinamento e soggetti, il che val quanto dire tra politica-legislazione e politica-amministrazione, la prima all'ordinamento-comunità, la seconda alla persona giuridica. Operazione sbagliata, anche a riguardarla in termini puramente giuridici: come si fa infatti a incidere nel circuito unitario tra legislazione e amministrazione, per cui questa si porrebbe esclusivamente in dipendenza di quella, senza distorcere profondamente il significato dell'una e dell'altra? Come è possibile insomma conservare per l'una e per l'altra una sola legittimazione, se si spezza l'unità personale dello stato?

7. La trasformazione giuridica dell'attività politica non raggiunge mai un effetto pari a quello che si produce attraverso la giuridicizzazione dei rapporti economici, vale a dire l'assicurazione di una sfera di libertà e di signoria dell'individuo. Solo in apparenza la garanzia della libertà individuale è consegnata alla trasformazione giuridica dei fatti politici, e cioè al diritto pubblico: questa garanzia dipende in realtà, anche sotto l'aspetto quantitativo, dalla coesistenza in un ordinamento unitario della

sfera politica e di quella economica. Occorrerebbe domandarsi la ragione e la funzione della coesistenza in un unico ambito giuridico, quale appunto l'ordine giuridico statale, di due mondi giuridici così diversi tra loro al punto da non poter essere accomunati talora neppure sotto il profilo del linguaggio. Approssimativamente, mentre il diritto privato rappresenta la traduzione in regole e sanzioni dei meccanismi e dei fatti economici, il diritto pubblico vuole rappresentare l'analogo processo per ciò che attiene ai comportamenti e ai fatti politici.

L'individuo però riceve libertà non dal diritto pubblico, ma dal diritto privato, nei limiti in cui l'azione politica, colta in termini di linguaggio giuridico, lascia esistere la sfera economica o si arresta di fronte ad essa, a pena di compromettere l'assetto costituzionale. La libertà spirituale ed economica dell'individuo si trova insomma sul punto di coesistenza di queste due parti. Di qui tra l'altro le affermazioni secondo cui l'interesse legittimo presuppone già e comunque nel soggetto una situazione piena altrimenti conformata (BENVENUTI, CANNADA BARTOLI).

Ed allora dovremmo dire che la scoperta del diritto pubblico è stata in realtà l'invenzione di un sistema di principi o istituti, approssimativamente giuridici ai fini della conoscenza dei fatti politici, adatta a far percepire la garanzia e il limite della libertà individuale.

Allo stesso modo, l'edificio del diritto pubblico non è altro che un sistema di approssimazioni giuridiche adatto a raccogliere gli esiti dei fatti politici: ciò spiega perchè il diritto pubblico sia stato costruito mediante una serie di adattamenti e di deformazioni di omologhe figure del diritto privato. E ciò spiega anche come il diritto pubblico quale sistema abbia dovuto giovare anzitutto di una rappresentazione soggettivistica e volontaristica della disciplina giuridica che esso sintetizza. Allora si spiega pure perchè la congiunzione politica-diritto, procreando il diritto pubblico, si sia giovata, quasi per necessità, della incarnazione dello stato in una persona giuridica, tanto che lo stesso ordinamento complessivo ha finito col trovare un essenziale appoggio o addirittura il grembo in questa persona giuridica.

Sotto questo profilo, la strumentalità dello stato si delinea sin dal primo momento, anche se a dire il vero tale strumentalità

si presta a interpretazioni alternative a seconda del punto di vista prescelto (o imposto): lo stato-persona si può intendere infatti anche come l'espressione della riduzione del potere politico alla condizione del diritto soggettivo (stato minimo), in questo caso però con l'attenuazione o la diminuzione di intensità della parte politica (da questa prospettiva sono infatti uscite le legislazioni che unificavano nella giustizia ordinaria tutte le controversie tra stato e individui). È però evidente che in questo modo si può correre il rischio di ridare autonomia alla politica, sciogliendola dai pur comodi e graditi condizionamenti giuridici, il che potrebbe essere sopportato solo in presenza di un assetto in cui la libertà si connetta alla salvaguardia delle posizioni economiche e l'economia prevalga sulla politica, non dove quest'ultima agisca come funzione sovrapposta alla società e si spinga a creare o predeterminare nuovi equilibri sociali. In verità questa seconda fu l'alternativa che prevalse, sia che la si veda come espressione della volontà della parte dominante della società di esercitare appunto il suo dominio su quella restante, sia che la si veda all'opposto come espressione della volontà di emersione e di predominio di quest'ultima. È certo comunque che nella società industrializzata lo stato ha consolidato le sue strutture, ritraendo una legittimazione indipendente proprio dal fatto di radicarsi con connotati propri, e cioè di sovranità giuridicizzata, nell'ordinamento pensato insieme, e anche confusamente, sia come prodotto dello stato stesso, sia come una entità ad esso preesistente e ricollegata in questo caso a figurazioni astratte della società, quali il popolo e la nazione.

Si spiega in tal modo come, anche in prosieguo, non si sia mai riusciti a dare una immagine credibile della sovranità se non trasferendola sul piano della capacità soggettiva dello stato. Ed anche quando, esasperandosi i termini della legittimità « giuridica » dello stato, si è creduto di poter opporre stato-persona e stato-ordinamento, altro non si è fatto che sdoppiare l'unico soggetto facendone due: basterebbe pensare che, al di là della contrapposizione nominale, gli strumenti riferiti all'una e all'altra delle parti sono rimasti gli stessi (capacità, poteri, organi). Il fatto è che la soggettività pubblica, a differenza di quella privata, ha voluto rappresentare l'unità organica della sede dei

poteri politici: perciò qualsiasi operazione condotta all'interno di questo quadro organico non poteva e non può approdare a nulla di profondamente diverso (la dottrina ricorre allo sdoppiamento personalità-soggettività per giustificare l'attività di figure non personalizzate in senso pieno: WOLFF H. J.).

Si tenga presente inoltre il coordinamento organico e anche funzionale delle potestà statali: tale coordinamento, nell'ambito dell'unità, si forma e si perpetua alla stregua di articolazioni di un'unica capacità. Del resto, dividendo artificiosamente titolarità ed esercizio della sovranità, facendo apparire la prima riferita all'ordinamento complessivo e la seconda allo stato-soggetto, non si esce dal principio soggettivistico e si lavora sempre con strumenti quali appunto la capacità giuridica e la capacità di agire che non sfuggono all'ordine concettuale della persona giuridica. Talchè questa diventa una sorta di comune denominatore, sia nell'ordine concettuale che in quello del linguaggio.

La sovranità popolare, che rimane un mito, si rigenera nel momento in cui diviene alimento dello stato ed è anzi il principale fattore dell'autolegittimazione di questo: quando il criterio della legittimazione è giuridico, la sovranità ha bisogno di un soggetto per manifestarsi. In breve, la sublimazione della società in ordinamento adotta un criterio giuridico soggettivo e si sovrappone come tale alla società stessa, ricadendo su di essa da una fonte che rimane oscura. Il processo democratico che si dovrebbe svolgere secondo la successione società-diritto-stato, si rovescia e diventa criterio autocratico, svolgendosi secondo l'altra successione: stato-diritto-società.

Anche al fine di comprendere gli attuali adattamenti della sfera pubblica, i quali si ricollegano pur sempre allo strumentario giuridico che ha la sua sede nell'area della persona giuridica statale, occorre sempre rifarsi al fatto fondamentale che tutto il diritto pubblico è la ricostruzione giuridica del potere politico fatto derivare da un soggetto giuridico, e cioè dal titolare di una capacità. Il potere politico che promana da una capacità diventa per ciò stesso situazione soggettiva e cioè potere giuridico: questo è il binario sul quale si è mossa, nei paesi dell'Europa continentale, l'esperienza del diritto pubblico.

8. Si può ora passare a dimostrare quanto si è detto attraverso l'osservazione di congegni interni al sistema.

La necessità del momento soggettivo della persona giuridica statale si può saggiare così dal punto di vista normativo, dal punto di vista del rapporto tra il potere pubblico e gli interessi sociali, dal punto di vista dell'organizzazione vera e propria annessa alla struttura del potere, e infine dal punto di vista degli atti di esplicazione del potere e di affermazione o riproduzione della personalità.

Ipotizzato che il processo giuridico complessivo cominci dalla posizione della norma giuridica, il potere politico ha accettato di esserne destinatario solo nel momento in cui ha potuto affermare rispetto ad essa la sua funzione di creatore e garante del relativo comando. Solo l'intermediazione della persona giuridica statale come fattore di congiunzione del momento creativo della norma e del momento della sottoposizione al dovere da questa imposto, poteva consentire allo stesso potere politico di conservare intatta la sua signoria. Ciò è stato sintetizzato, come si è ricordato, da G. JELLINEK secondo lo schema dell'autobbligazione dello stato: in realtà, questa autobbligazione non è altro che la rappresentazione, in termini appunto soggettivi e per così dire finali, di un fenomeno di altro tipo, vale a dire la giuridicizzazione del potere politico mediante la costituzione di un corpo di norme speciali in quanto destinate a comporre la capacità di un soggetto allo stesso modo speciale, e cioè la persona giuridica dello stato.

La dottrina ha anche riprodotto questo stesso fenomeno in termini di diverse categorie di norme, le norme di relazione e le norme di azione, e cioè le norme rivolte a tutti i soggetti e le norme rivolte invece a regolare l'azione dello stato e insieme i rapporti di appartenenza allo stato (GUICCIARDI, la giurisprudenza ordinaria e amministrativa, e una recente ripresa in ROMANO A.). A ben vedere però non sono le norme in se stesse che mutano la loro qualità a seconda dei destinatari o dei bersagli dei loro imperativi: poichè il comando normativo si completa in ogni caso attraverso l'attività pratica che esso tende a conformare, è il tipo di questa attività che fa sembrare mutevole la qualità della norma.

Le norme dirette allo stato subiscono insomma la trasformazione determinata dal fatto di ricadere o di ritornare nell'ambito della sovranità mediante l'attivazione o la disciplina di una serie di rapporti di appartenenza che comprendono i cosiddetti organi dello stato, ma che non lasciano immuni i soggetti individuali in quanto appunto si pongano in relazione immediata con il potere politico (diritti riflessi, interessi legittimi e figure simili). Insomma si tratta sempre del privilegio del potere politico, reso evidente e accresciuto attraverso la personalità statale. La quale dunque ha a suo vantaggio uno spazio assai più cospicuo e comprensivo di quanto appaia dalle consuete descrizioni della sua struttura.

Anche i cittadini, attraverso il congegno delle norme organizzative o di azione, vengono insomma attratti nell'orbita personale dello stato e ne divengono, sotto questo profilo, componenti. Si dice perciò che, anche quando un soggetto crede di esercitare una sua libertà pretendendo alcunchè allo stato, ad esempio una autorizzazione o concessione o un qualsiasi altro consenso o assenso, egli si assimila al potere pubblico e si sottopone a un giudizio o ad una volontà che non è mai frutto di accordo o di contratto. Infatti, nel progressivo affinarsi della sistemazione giuridica del diritto pubblico, si è sempre di più allontanata l'idea di possibili rapporti contrattuali nell'area di questo potere (inutile ricordare qui i passaggi dalle prime ricostruzioni dell'atto amministrativo in termini contrattuali, sino a quelle più recenti in termini di atto imperativo).

Come si vede, il campo coperto dalla personalità giuridica, e quindi la capacità giuridica dello stato di diritto, ha un contenuto assai largo e complesso e sembra dunque costruita apposta per contenere ed esaltare i rapporti di conciliazione e quindi anche di soggezione tra stato e cittadini.

Non sarebbe fuori luogo includere in questa osservazione anche un ulteriore aspetto politico della capacità dello stato: così come la persona giuridica dello stato viene fatta depositaria della sovranità statale, allo stesso modo i rapporti fra stato e cittadini sono congegnati in funzione di testimoniare o rappresentare o ricreare il consenso dei cittadini nei confronti del potere



politico. In termini giuridici questo consenso però è sempre una forma costituzionale di soggezione.

L'avvento dello Stato di diritto ha conferito un nuovo impianto al problema del rapporto fra pubblico e privato: in un certo senso questo rapporto è stato ripulmato sul cittadino, connettendo in lui due status, e cioè quello di diritto privato e quello di diritto pubblico. Rimane l'impressione che il diritto privato abbia mantenuto, anche attraverso molteplici adattamenti delle sue figure, una notevole indipendenza dal diritto pubblico, e cioè una fedeltà ad origini extrastatali, che i codici a più riprese emanati nel corso dell'esperienza giuridica dello Stato, non sono riusciti a cancellare (vanno tenuti presenti gli stadi evolutivi del pensiero di autori come SAVIGNY e JHERING).

Un altro passo di decisiva importanza nella connotazione del mondo giuridico della persona statale è dato dal rapporto venuto a determinarsi, nell'ambito di essa e mercè la sua funzione, tra potere politico e interessi sociali. Ed invero, la necessità, culturale e logica della persona statale è evocata dall'idea di interesse generale. Questo è un'astrazione rispetto agli interessi sociali reali: e non è possibile che la figura dell'interesse generale prenda consistenza senza collocarsi tra gli elementi che si riferiscono alla persona giuridica o dipendono da essa. In tal modo possiamo esprimere questa ulteriore proposizione: l'interesse generale sta agli interessi sociali come la persona statale sta alla società politicamente pensata. L'interesse generale forma il contenuto o il fine del potere dello stato, e diviene la causa giuridica dei suoi atti.

Così l'interesse generale diventa interesse pubblico e vuol significare la traduzione, anzi la appropriazione politica dell'interesse sociale effettivo. Il che non sarebbe accettabile sotto il profilo della legittimazione se appunto l'anzidetta trasformazione non avvenisse come riferimento dell'interesse sociale alla capacità della persona giuridica. Difficile sarebbe riaffermare l'interesse sociale mediante una descrizione normativa pura e semplice quando esso viene preso in considerazione non nella sua naturale mutabilità, ma in una rappresentazione canonizzante.

Non dissimilmente deve dirsi della organizzazione formale, che è l'unica a venir presa in considerazione sotto il profilo giuridico,

e non per le relazioni che si svolgono nell'ambito di essa, ma soltanto nei limiti in cui questa organizzazione diviene, nei suoi centri artificiali, l'espressione sensibile della capacità di agire della persona giuridica. L'organo, che ha perduto ormai la sua originaria caratterizzazione, è nient'altro che il punto di riferimento soggettivo del provvedimento dell'autorità, di qualunque specie esso sia. Ed allora nella figura di organo si deve necessariamente operare una sintesi formale di elementi reali, e cioè l'incontro tra il potere politico e l'istituzione, a volta a volta espressa quest'ultima da unità di funzionari dell'ordine legislativo, dell'ordine amministrativo e dell'ordine giudiziario. Anzi l'idea di organo trasporta sul piano della azione quella di persona giuridica, specificando, a seconda delle materie, la sintesi che è implicita nel concetto di persona.

In quanto i prodotti dei poteri pubblici esprimono l'autorità mediante provvedimenti imperativi, occorre figurarsi che in questi provvedimenti cala la forza della organizzazione, ed il prezzo per raggiungere ciò non può essere altrimenti fornito che facendo derivare il provvedimento da una capacità soggettiva pubblica. Ciò serve anche a riconfermare il primato politico sopra lo stato pensato attraverso i suoi funzionari, e per impedire quindi rapporti diretti tra questi ultimi e le organizzazioni sociali e i cittadini.

L'organo pubblico incontra la società solo attraverso la funzione pubblica espressa in atti autoritari. Tant'è vero che si ammette solo eccezionalmente e di malavoglia il negozio bilaterale e si disconoscono anche forme di accordi o contratti all'interno della organizzazione statale, e cioè tra gli organi. Si sono infatti escogitati e via via applicati fino ad oggi istituti idonei a far sì che ogni organo si manifesti per così dire in modo solitario e che la convergenza di più manifestazioni organiche avvenga in modo che esse non si incrocino ma raggiungano separatamente il bersaglio. Ciò perchè la coesistenza degli organi non deve avere altra forma sensibile che quella organizzativa e la partecipazione di più organi all'emanazione di un atto riflette l'organizzazione e tocca solo derivatamente la forma dell'atto. Basti ricordare la *Vereinbarung* e la riproduzione nostrana nella specie dell'atto complesso. Quanti atti complessi non si ritrovano ancor oggi

nella scena degli atti di diritto pubblico? e perchè non si dà spazio nel diritto pubblico a forme procedimentali generali ed unitarie? Si preferisce specializzare gli atti nel contenuto e quindi nella forma, affinchè, a seconda delle fattispecie, sia possibile calibrare adeguatamente il peso della organizzazione e misurare rispetto alla singola fattispecie il peso della politicITÀ da trasfondere nell'atto.

La persona giuridica dello stato genera poi in continuazione persone giuridiche pubbliche modellate su di essa: l'attribuzione di una pubblicITÀ ad un ente, anche se destinato poi ad operare nel campo della produzione economica o dei servizi, è divenuto il simbolo della necessità di un legame soggettivo con lo stato. È molto meno vero che la qualificazione pubblicistica rappresenti la specializzazione dello statuto dell'ente. Essere ente pubblico vuol dire essenzialmente accettare la direttiva politica come regola della propria attività. E di qui l'impossibilità di raggiungere, nell'impresa pubblica, un qualsiasi accettabile connubio tra l'autonomia dell'imprenditore e la volontà del gestore politico.

Insomma, la persona giuridica statale rivive continuamente nelle forme del diritto pubblico, anche se nessuno si sente più soggiogato dalla sua immagine e non presta più fiducia al sistema che da essa si è dipartito.

Come si è detto, l'idea di personalità rimane però al vertice di un sistema che gli effettivi detentori del potere utilizzano, pur facendolo degenerare, nelle sue immense potenzialità.

9. Caduta l'antica matrice della società organica, come storia o come spirito di nazionalità; caduta la razionalità del sistema giuridico, saldo sinchè contaminato dalla presenza di una gerarchia sociale affermatasi per suo conto, e sempre più debole quanto più incontaminato e puro; la personalità dello stato, i suoi corollari e le sue varie figurazioni, si prestano all'uso disordinato e scomposto che ne fanno gli attori politici. Al di sopra della personalità statale, o di ciò che ne rimane, sono riemerse le forze che lo stato-persona aveva raccolto e costretto nei suoi ingranaggi giuridici. L'arbitrio e la lotta politica sono meno evidenti e più coperti proprio perchè essi trovano riparo ancora, in modo peraltro anomalo, negli istituti discendenti dalla personalità dello

stato. Non è più un sistema, ma c'è ugualmente un uso del sistema in quanto fornisce linguaggio e legittimazioni.

Però la persistenza degli istituti nati col vecchio stato sembra ostacolare, ma allo stesso tempo anche filtrare nuovi e più aggiornati incontri tra politica ed economia, tra poteri e diritti. Talchè più che l'affermarsi di nuovi criteri appare il dilagare della confusione, che colpisce gli istituti, ma non ne lascia indenne l'interpretazione scientifica, con qualsiasi metodo essa si proponga. Se la persona giuridica statale e il diritto pubblico rappresentano in un certo senso un monopolio e una egemonia della scienza giuridica e della relativa interpretazione sistematica della realtà, nella condizione odierna non solo il diritto pubblico ed il criterio normativo cui esso si ispira manca di attitudine a raccogliere una tale varietà di fatti e di intrecci, ma non soccorrono neppure la sociologia e la scienza politica, giacchè queste ultime non hanno sempre a disposizione un campo di indagine che non sia già per così dire deformato dalla sovrapposizione di istituti, i quali a loro volta proliferano in una diversa dimensione del sapere, quella appunto normativa.

E così nella realtà anche le c.d. forze politiche non riescono a penetrare gli istituti per vie maestre, ma approfittando di spazi e di ingressi secondari ed infrangendo spesso dei divieti di transito. Non ci sono contenuti politici liberamente apprezzabili, ma o interessi di gruppi politici o interessi pubblici canonizzati. Così il rapporto tra politica ed economia avviene sempre per circuiti sbagliati, e cioè inadatti; o scavalcando lo stato oppure usufruendo di canali anomali. L'espansione del politico va dunque di pari passo con la corruzione della legalità, ma anche con l'utilizzo degli istituti della legalità, in quanto conviene sfruttare della forza che essi comunque mettono a disposizione.

Del vecchio stato rimane dunque sempre attiva la parte della supremazia. Dalla parte dei diritti, si deve dire che questi vedono semmai accrescersi la loro distanza dal mondo del potere, ma non per acquistare garanzie o rinforzi o per veder riconosciuta la loro energia espansiva, ma rinchiudendosi in se stessi e affidandosi per la tutela alle decisioni dei giudici.

È su questa linea che vanno considerati anche i diritti e gli interessi sociali: se essi non formano occasioni o contenuti di

istituti pubblici, è proprio perchè questi ultimi, saturati ormai dalla loro storia e dagli usi che ne vengono fatti, non hanno alcuna capacità di accoglierli e di razionalizzarli. Le istituzioni sembrano talora costituire uno sbarramento fra la società con le sue imprese economiche ed uno stato che non trova, nelle figure e nei metodi, un'immagine coerente.

Le costituzioni del dopoguerra non hanno procurato, sotto questi profili delle *chances*: esse sembrano anzi aver prefigurato più il punto di arrivo del vecchio stato che non l'avvio di una nuova esperienza, e si ha quasi l'impressione che il riconoscimento dei diritti individuali e sociali sia tanto più marcato, quanto meno predisposte le forme istituzionali a tradurre questi diritti in un'energia vitale complessiva.

Gli stessi istituti delle autonomie politiche, in cui avrebbero potuto verificarsi i più efficaci incontri tra gli interessi generali e quelli speciali, sono stati attratti nell'area del dissestato potere politico e si sono trovati a percorrerne le vie.

È chiaro ormai che l'unificazione politica dello stato è formale e artificiosa e non ci sono funzioni o astrazioni che, come quelle della persona giuridica, soccorrano con qualche promessa. C'è anzi da chiedersi se l'unificazione a livello politico generale, che pure è necessaria, possa riprodursi secondo schemi simili a quelli dello stato-persona, con il ricorso a sintesi artificiali fra economia e politica in modo da far discendere sulla società e sulle sue contraddizioni e inuguaglianze una serie di impulsi autotitari. O non sia piuttosto il momento di dare atto che sintesi unitarie prefigurate non sono più possibili e che i poteri, se così possono ancora chiamarsi, debbono costruirsi in forme più libere di incontro e composizione di interessi a seconda delle aree sociali ed economiche in cui questi interessi compaiono e attendono per loro stessa natura a forme unificanti o compositive. Allora l'ordinamento non può offrire altro che strumenti il cui uso sia costantemente controllato e perciò legittimato.

Non possiamo certo noi fare affidamento assoluto su forme procedurali del tipo del *due process*, la cui forza compositiva di pubblico e privato è tutta basata sulla saldezza e sul primato dei diritti individuali e quindi sulla necessità di verificare in confronto a questi diritti la giustificazione dei fini pubblici. Non

possiamo forse neppure affidarci ad autorità arbitrali, alle quali non sappiamo dare un potere riempito di consapevoli affidamenti. Siamo troppo segnati dal mito della legalità astratta, perchè possiamo scendere al livello dei rapporti senza coperture pre-costituite. La personalità dello stato era anche il supporto di una legalità siffatta, ma si trattava di una legalità « specifica » compatibile con la realizzazione unitaria e positiva delle decisioni politiche nei riguardi della società.

Nulla ci impedisce però di pensare all'utilizzo della legalità « comune », anche laddove si tratta di comporre interessi speciali con quelli generali; ciò però sul presupposto che il rapporto politica-economia o tra potere e libertà non sia consegnato per intero allo stato unitario, non sia oggetto dell'esclusiva della potenza statale. Al di là di ogni ispirazione o di ogni intenzione politica in ordine ad una funzione largamente penetrante ovvero minima (DAHRENDORF) dello stato rispetto ai rapporti sociali ed economici, possono prefigurarsi sedi di composizione libera, in quanto non precostituita in modo assoluto, tra l'istanza politica o normativa e quella economica o reale; composizione da intendersi nel senso della libera costruzione di interessi obbiettivi e di corrispondenti decisioni e quindi anche di apposite strutture, salvaguardando poi per l'ordinamento generale l'assunzione di questi interessi decisioni e strutture in un ordine normativo ovvero distributivo di imputazioni.

Certamente però ogni ipotesi non può verificarsi solo alla stregua della conoscenza giuridica dei fenomeni e dei relativi canoni, ma a seguito della accettazione della reciproca contaminazione, nei metodi di conoscenza e nelle classificazioni, dalle scienze sociali.

Non si può insomma più ipotizzare un mondo giuridico più o meno personificato, che abbia in se stesso origine e conclusione. Occorre pensare lo stato come alcunchè di complessivo anche come composizione di diversi, ma pur sempre naturalmente coordinati metodi di lettura scientifica della realtà sociale. La produzione di un qualsiasi ordine nella società non è necessariamente legata alla realizzazione del circuito formale della legalità e della validità degli atti e dei comportamenti. L'ingranaggio giuridico riceve come tale prodotti elaborati attraverso l'utilizzo integrato

di metodi di conoscenza e di azione definiti appunto insieme mediante l'analisi politica, economica e giuridica. C'è insomma un terreno comune nel quale ormai debbono razionalmente convivere le scienze sociali al fine appunto di rendere unitariamente leggibile alla fine una realtà complessa e sempre mutevole e proporre strutture di contenimento e di razionalizzazione.

Così come il metodo giuridico ha prodotto, nella elaborazione scientifica e nella prassi, la persona e il potere dello stato e attraverso ciò il diritto pubblico come conoscenza totalizzante ed esclusiva del rapporto tra lo stato e la società, un nuovo ordine scientifico di interpretazione della vicenda politica ed economica della società dovrà produrre necessariamente nuove convenzioni culturali e pratiche. Dovrà incidere anzitutto sull'idea di unità, che è implicita nel fatto stesso di prendere ad oggetto una società. Quale tipo di unità ci aspetta? E quali processi unificanti?

Quel sapiente e ancor misterioso connubio tra politica e diritto, e l'altro, sottostante, tra economia e politica (HINTZE), da cui il diritto pubblico era stato fatto scaturire, non è più riproducibile. Altre debbono essere le formule e i metodi dell'analisi e della costruzione.

Di sicuro ormai sappiamo che, morta nella cultura la persona giuridica dello stato, ne sta morendo anche la proiezione scientifica, il diritto pubblico.





JERZY WRÓBLEWSKI

## LEGAL PERSON: LEGAL LANGUAGE AND REALITY

1. The relevant feature of the present methodology of the legal sciences is the variety of methods they are using. One can even say that, with the exception of extreme formalism and extreme antiformalism, all accept that in the legal sciences one should use logico-semiotical, sociological, and psychological techniques depending on the problems one tries to solve <sup>(1)</sup>.

The logico-semiotical methods <sup>(2)</sup> are sometimes treated as the paradigm of formalism. It seems, however, that this contention holds only when the methods in question are thought of as traditional positivistic or modern normativist approach, and when one treats this approach as the only legitimate in the legal sciences. This contention, however, is hardly accepted to-day in the methodology of law <sup>(3)</sup>. The positivistic formalism has been rather naive in its use of «legal logic» and, from the point of view of the contemporary semiotics and logic, was spectacular in its ignorance of the features of the legal language and of the legal discourse. The last normativistic exploration in the area of the general theory of norms demonstrated that one can deal

---

<sup>(1)</sup> Cf. e.g. J. WRÓBLEWSKI, *The Theory of Law - Multilevel, Empirical or Sociological*, in *Poznań Studies in the Philosophy of the Sciences and the Humanities*, 1-4, 1979, part. V and litt. cit.

<sup>(2)</sup> Cf. J. WRÓBLEWSKI, *Metody logiczno-językowe w prawoznawstwie (The Logico-Semiotic Methods in the Legal Sciences)*, in *Metody badania prawa*, ed. A. Łopatka, Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk 1973.

<sup>(3)</sup> Cf. W. KRAWIETZ, *Juristische Entscheidung und wissenschaftliche Erkenntnis*, Wien-New York 1978, §§ 20-22; J. WRÓBLEWSKI, *Podstawowe problemy metodologiczne dogmatyki prawa (Basic Methodological Problems of Legal Dogmatics)*, in *Studia metodologiczne*, 20, 1981 *passim*.

with law in a more conscientious methodologically way than legal positivism did, but this phase of Kelsen's thought rejects any application of logic in the area of law (4).

It seems, therefore, that the opposition of formalism and antiformalism in legal methodology is to some extent a spurious opposition (5): there are some problems in the legal sciences and in the legal practice that can and should be dealt with using the logico-semiotical methods, and there are others for which these methods cannot be used and one calls for other tools. All depends on the features of the problems one formulates and the instrumentality of tools one uses. This is a nut-shell of multi-level approach to law accepted as the methodological background of the present essay.

We accept that an analysis of the legal concepts is relevant for any legal science and any legal practice. We accept further that at least a part of this analysis has to use logico-semiotical methods. This contention holds for any analysis of any concept in any type of research in the legal sciences: it holds for legal theory, history of law, sociology of law and legal dogmatics.

2. The present essay deals with the concept of legal person (6). This concept stimulates various theoretical controversies although is used probably in all contemporary legal systems and has been used extensively in the past.

The purpose of the present essay is to outline a semiotic approach to the theory of legal person. This is a rather new approach and has to be thought of as a tentative to use some logico-semiotic tools to deal with rather baffling issues of the theories in question.

---

(4) Cf. H. KELSEN, *Allgemeine Theorie der Normen*, Wien 1979, chapt. 57-58.

(5) About the concept of formalism cf. N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano 1965, chapt. IV; M. JORI, *Il formalismo giuridico* (Quaderni di filosofia analitica del diritto 1), 1980; about the spuriousness of this opposition in the theory of legal interpretation cf. J. WRÓBLEWSKI, *Meaning and Truth in Judicial Decision*, Helsinki 1979, p. 93-104.

(6) We use the term « legal person », as shorter than its synonym « artificial person ».

The limited scope of the present essay does not demand any presentation of the enormous literature concerning the theories of legal person - it is sufficient to refer in general to this literature and give only some most typical examples of standard constructions identified, if it is needed, by a reference to their inventors or typical partisans (?).

3. Using the semiotic approach I have to make several assumptions which will simplify my argument by excluding issues which can be discussed on the level of semiotics itself. One can, of course, discuss these assumptions too, but it would require rather long argumentation and, therefore, let us take them as the starting point of our analysis.

The term «legal person» belongs to the legal language in which the texts of law are formulated. Legal language is a species of natural ethnic language. About any legal language we speak in various juridical languages. The legal language and the juridical languages are complex systems, in which there are various levels and various types of linguistic expressions. We assume, however, that a description in detail of the languages in question is not relevant for the purpose of the present essay.

The legal language as a natural language performs several functions. These functions are determined by the context of use of linguistic expressions. As a rule one of various functions of a linguistic expression is thought of as dominant. Pragmatics deals not only with concrete use of language in an act of speech, but also with potential functions of linguistic expressions in typical situations of communication. This is the reason why even accepting for natural language the primacy of pragmatics over semantics one can deal with the meanings of linguistic expressions on the level of semantics, i.e. not dealing with concrete acts of speech.

---

(?) Cf. from the Polish literature: S. GRZYBOWSKI, *System prawa cywilnego. Część ogólna (System of the Civil Law. General Part)*, Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk 1974, §§ 33, part II, chapt. X; Z. RADWAŃSKI, *Zarys części ogólnej prawa cywilnego (Outline of the General Part of the Civil Law)*, Warszawa 1979, chapt. III § 2 and litt. cit.

4. Among the functions of the natural language one singles out descriptive, expressive, stimulative and performative functions <sup>(8)</sup>. For the needs of theoretical analysis of the legal language one can add also a function which I will call the «function of presentation» (cf. point 7.2).

Generally speaking, a linguistic expression performs a descriptive function when it describes the objects belonging to its denotation. It performs an expressive function when it expresses the psychic phenomena of the person using it. It performs a stimulative function when it influences a behaviour or attitudes or psychic processes of some persons. It has a performative function if an use on this expression in a determined situation produces some conventional consequences according to the rules of a given culture. It performs a function of presentation when it represents some complex situations but has neither any reference nor any meaning.

Linguistic expressions have some meaning either taken separately (categorematic terms) or at least in connection with other expressions of this language (syncategorematic terms). I use the term «meaning» without defining it. I assume that one can determine a meaning of a linguistic expression using directives of meaning of the given language and criteria with which one can decide whether various persons use this expression in the same meaning in a given situation or in a type of situations <sup>(9)</sup>.

In the present essay it is sufficient to deal only with the descriptive function and the function of presentation.

I will deal with the terms «legal person» and «natural person» as expressions of the legal language. The term «person» appears also in natural language. To present the issues of my essay in a clear way I will use the term «ordinary person» as the conventional synonym of the term «person» in natural language.

---

<sup>(8)</sup> Cf. e.g. C. K. OGDEN and I. A. RICHARDS, *The Meaning of Meaning*, New York 1959, chapt. X; R. JACKOBSON, *Essais de linguistique générale*, Paris 1963, p. 87-102. The names of singled out functions are not used in a uniform way.

<sup>(9)</sup> Cf. K. AJDUKIEWICZ, *Język i znaczenie (Language and Meaning)*, in K. AJDUKIEWICZ, *Język i poznanie*, Warszawa 1960, vol. 1.

5. The assumptions and conventions presented above (points 3, 4) form the starting point for the semiotic approach to the theories of legal person. We think that the concept of legal person and the theories of legal person depend on a choice of one of the three types of constructs.

This trichotomy is based on the following argument. The term «legal person» is used as all general names are used. Thus, if this term has some reference then, according to our assumptions, it has some meaning. If, however, this term has no reference, then it is not determined whether it has some meaning in the legal language (categorematic term) or has a meaning only as a part of a complex linguistic expression (syncategorematic term e.g. «the organ of legal person»); in this last situation only this complex expression has some meaning, or a reference or performs a function of presentation. We have, hence, three types of constructs.

Firstly, the term «legal person» has a reference. The reference of this term in theories of legal persons is the so-called substratum. This is the construct accepted in the «substratum theories».

Secondly, the term «legal person» has no reference. Traditionally one speaks within this framework that this view is asserted in the theories of fiction. In more up-to-date literature which is in part semiotically oriented one asserts that the term in question performs only a function of presentation. This is the construct accepted in the «antisubstratum theories».

Thirdly, the term «legal person» does not mean anything, but can be used as a part of a complex linguistic expression which has a meaning in a determined legal language. This is construct accepted in the «syncategorematic theories».

This typology is different from the typologies and various classifications in current legal theory and *a fortiori* in the dogmatics of the civil law. It is, however, my contention that this basic typology is adapted for a semiotic approach to the concepts and theories of legal person, when one uses the categories of meaning, reference and function of presentation of the expressions of legal language.

No reference is necessary to other functions of legal language in the present context. The descriptive function is implied in the problems of reference and of meaning. Each expression used in any natural language has the expressive function; any reduction of reference to this function, as done by Petrażycki in his theory of legal person <sup>(10)</sup>, is based on a radically psychologistic interpretation of logic and belongs to-day to the past. Legal language is characterized pragmatically by a dominance of the stimulating function, and an use of the term «legal person» has no specific features. Legal language is used in performative manner, and the performative function is necessary for making each legal conventional act; an use of the term «legal person» has not, however, any specific characteristics for this function <sup>(11)</sup>.

We can, therefore, accept the trichotomic typology of basic constructs of legal person as presented above.

6. In the substratum theories of legal person one asserts that the term «legal person» not only has a meaning but also has a reference. In other words, the term in question is like many other general names of natural languages; there are some objects referred to by them. The characteristics, however, of these objects in various theories of legal persons of this type are different. Their common denominator is an assertion of the existence of a substratum of the legal person. But there are deep differences concerning the nature of this substratum.

The substratum theories can be analyzed according to two basic classifications. The first way is based on various *sit venia verbo* ontological characteristics of the substratum. This is a way commonly used in current literature. The second way is more complicated but theoretically more interesting too: it starts with a comparison of the legal person and natural person,

---

<sup>(10)</sup> L. PETRAŻYCKI, *Wstęp do nauki prawa i moralności* (*Introduction to the Science of Law and Morality*), Warszawa 1959<sup>2</sup>, § 2; ID., *Teoria prawa i państwa* (*Theory of Law and State*), Warszawa 1960, vol. 2, p. 134 sq.

<sup>(11)</sup> The basic text is by J. L. AUSTIN, *How to Do Things with Words*, London 1962. The bibliographies of performative utterances cf. G. CARCATERA, *La forza costitutiva delle norme*, Roma 1979, p. 19 sq. note 1.

and only on the strength of this comparison one deals with the reference of the term «legal person». I will use the second way: there are theories in which the substratum of «legal person» are natural persons, and all other theories.

6.1. There are theories of legal person according to which the substratum of legal person are qualified sets of natural persons. The reference or substratum of «legal person» are natural persons.

The analysis of this type of theories should start with the notion of natural person in the legal language which eventually is related with the reference of the natural language term «ordinary person» (cf. point 4). Generally speaking, the concept of natural person is strictly related with «something» referred to in natural language as ordinary person. The most typical opinion is that natural person this is an ordinary person to which some legal capacities, powers etc. are ascribed by law. The law, however, does not ascribe these «legal modalities» to all ordinary persons (e.g. slaves in the classical antiquity), and sometimes treats as natural persons objects which are not ordinary persons (e.g. *nasciturus*). The relation between denotations of the terms «natural person» and «ordinary person» are, thus, an instance of an overlapping of sets.

The relation between legal person and natural person in these theories is analogous to that of natural person and ordinary person. The substratum of legal person are natural persons or groups of natural persons fulfilling some conditions determined by law <sup>(12)</sup>. An example of the former are the theories in which the substratum of a legal person is the director of an enterprise, of the latter - all the so-called theories of collective <sup>(13)</sup>. The director of an enterprise is a natural person and, hence, an ordinary person who performs some legally regulated role in a

---

<sup>(12)</sup> Cf. classical text of J. Austin; «Fictitious or legal person are of three kinds: 1-st. some are collections or aggregates of physical persons ...» (J. AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence*, London 1869, in J. HALL, *Readings in Jurisprudence*, Indianapolis 1938, p. 444).

<sup>(13)</sup> E.g. R. O. CHALFINA, *Ogólna nauka o stosunku prawnym (General Theory of Jural Relation)*, Warszawa 1979, chapt. 199 sq. and litt. cit.

complex economico-juridical institution appearing as an enterprise. A collective this is a group of natural persons, and, hence, of ordinary persons, existing within a net of various interrelations and fulfilling some conditions determined by law.

All constructs of legal person belonging to this type of theories can be schematically presented as the following sequence: ordinary person + legal qualification  $\rightarrow$  natural person + legal qualification  $\rightarrow$  legal person <sup>(14)</sup>. Ordinary person is, thus, eventually the substratum of the legal person. The term «legal person» refers to ordinary persons fulfilling some conditions determined by law as their legal qualification.

6.2. The second group of the theories of legal person of the type we are analyzing now, assert that the substratum of the legal person is not composed of natural persons.

There are various types of this substratum and we cannot here even enumerate them. As examples one can single out: «Z w e c k - v e r m ö g e n», biologically conceived organic groups <sup>(15)</sup> or simply organizations <sup>(16)</sup>.

From the ontological point of view these substrata are either *sui generis* phenomena of a social reality or are ontologically complex objects. There is no proper philosophical reflection of the ontology of these substrata. In any case if a theory of legal person explains its nature by such substratum, then it should exist in the universe of discourse of this theory, and there should be a denotation of the term «legal person» in some reality.

---

<sup>(14)</sup> This sequential transformation can be, however, thought of also as an extension of meaning of the term of natural language by an use of the metaphor creating a fiction. In this sense the sequence formulated in the text can be applied also to a modernized form of the theory of fiction. Cf. L. SILANCE, *La personnalité juridique: réalité ou fiction?*, in *Les présomptions et les fictions en droit*, ed. Ch. Perelman and P. Foirers, Bruxelles 1974, p. 278 sq.

<sup>(15)</sup> Cf. The critical analysis of these theories in L. PETRAŹYCKI, *Teoria ...*, p. 113-118; E. G. MAYNEZ, *Introducción al estudio del derecho*, Mexico 1960, §§ 146-150. This enumeration can be completed by Austin's concept of legal persons as «things in the proper signification of the term» (J. AUSTIN, *op. cit.*, p. 444).

<sup>(16)</sup> This is the construction widely approved of in the socialist civil law doctrine, cf. Z. RADWAŃSKI, *op. cit.*, p. 139.



6.3. The common feature of both theories of legal person described above is that the term «legal person» is a name having a reference, i.e. that there exist some objects forming its denotation. The legal language implied by these theories assumes an ontology based on some common sense materialism or naturalism (point 6.1) or some philosophically not elaborated conception of reality (point 6.2).

The search for the substratum of legal person characterizing both theories seems to be based on the belief that the necessary condition for using the term «legal person» is an identification of its reference. At the same time one assumes that there is a correlation between the descriptive function of this term and of the term «natural person».

In the same direction pushes these theories the concept of the subject of law dichotomically divided in the natural person and the legal person. There are no doubts concerning the existence of natural person and, therefore, one tries to find some reference of the term «legal person»: without them a coherence of the very concept of the subject of law would be challenged. More or less complicated constructs of a reference of the term «legal person» are, therefore, accepted.

The varieties of constructs of substrata of legal person and difficulties of their determination stimulate some doubts whether the question «what is the substratum of legal person?» is properly formulated.

From the semiotic point of view any search for the substratum in question is not necessary for using the term «legal person» in a meaningful way. A linguistic expression can perform many functions, have a meaning and be used in communication without having a reference according to an ontology implied by given language. Standard examples of such expressions are questions, more controversial examples are commands or norms, when they are not thought of as descriptions of some ought-reality or of psychic phenomena (17).

---

(17) Cf. J. WRÓBLEWSKI, *Meaning ...*, p. 1-26.

The term «legal person» is widely used in legal discourse, it appears in various legal provisions <sup>(18)</sup>, is used in many languages dealing with law. One can determine the synonyms of this term in legal languages connected with different ethnic languages, e.g. «*personne morale*», «*juristische Person*», «*persona giuridica*», «*osoba prawna*», «*juridiczeskije lico*» etc. All these linguistic phenomena can be explained without asserting any existence of an substratum of the term «legal person», because for this explanation it is sufficient to treat this term as having a meaning (point 7) or as a part of a complex meaningful linguistic expression (point 8).

7. The anti-substratum theory of legal person negates any existence of its substratum <sup>(19)</sup>. Within semiotical framework one states, hence, that the term «legal person» has no reference, i.e. that in the reality implied by the use of legal language there are no objects forming its denotation.

I single out two kinds of this group of theories: traditional theories of fiction and new theories which can be named «theories of presentation».

7.1. Theories of fiction have a long historical tradition <sup>(20)</sup>. The group of these theories is not monolithic, but in the present

<sup>(18)</sup> E.g. from Polish law institutions concerning the responsibility of legal persons: A. SZPUNAR, *Odpowiedzialność osób zobowiązanych do nadzoru (Responsability of Persons Having a Duty of Supervision)*, Warszawa 1978, chapt. IV, § 3, and the protection of personal interests: ID., *Ochrona dóbr osobistych (Protection of Personal Interests)*, Warszawa 1979, chapt. II § 5. About treasury as legal person cf. N. GAJL, *Budżet a skarb państwa (Budget and Treasury)*, Warszawa 1974, chapt. IV, 1 (f), 2 (c).

<sup>(19)</sup> Examples of this type of theories of legal persons: J. Austin writes about «fictitious or legal persons», asserts that «they are persons by a figment, and for the sake of brevity in discourse» and that they are «feigned persons» (J. AUSTIN, *op. cit.*, p. 444). L. Petrażycki quotes the pope Innocentius IV: legal persons exist only as «abstract concepts, because are *nomina iuris et non personarum, nomina intellectualia*» (L. PETRAŻYCKI, *Teoria ...*, p. 112); A. Ross writes plainly about the use of a fiction of legal person (A. ROSS, *Towards a Realistic Jurisprudence*, Copenhagen 1946, p. 193).

<sup>(20)</sup> Cf. about these theories, L. PETRAŻYCKI, *Teoria ...*, p. 113-118; E. GARCIA MAYNEZ, *op. cit.*, § 146.

essay we are interested in their common features. The theories in question assert that there is no substratum of the legal person. There are, hence, no legal persons. The law, however, treats legal persons as subjects of law, i.e. within the framework of legal institutions legal persons are thought of as existing entities. This is a clear case of «Als-Ob» thinking and, therefore, we have to do with a fiction of legal person. Fiction in this context is *prima facie* linked with the Waihinger's philosophy but these links are, however, not very clear and the use of the term «fiction» in legal discourse calls for an analysis <sup>(21)</sup>.

Theories of fiction assume some rather vague ontology in which the meaning of the term to «exist» and its negation ought to be defined. There is, however, no explicit ontology of this kind. In metatheoretical reconstruction one can ascribe <sup>(22)</sup> to these theories a materialistic or naturalistic notion of existence with which one contrasts the existence of ordinary persons or natural persons with the non-existence of legal persons.

7.2. Theories of presentation are based on theoretical reflection concerning a peculiar relation between some expressions of the legal language to facts related by legal norm, or simply a relation of these expressions to some set of norms. These relations are the basis for singling out the function of presentation among the functions of natural language (cf. point 4).

The general description of the theories in question is presented in the following outline. In the legal language there are expressions that have no reference, but enable to «describe» in a very concise manner some relations of facts, norms or their parts but these relations are not a reference of these expressions. These

---

<sup>(21)</sup> Cf. H. WAIHINGER, *Die Philosophie des Als-Ob*, Berlin 1911; J. ESSER, *Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen*, Frankfurt am Main 1969<sup>2</sup>, § 2; J. WRÓBLEWSKI, *Structure et fonctions des présomptions juridiques*, in *Les présomptions ...*, p. 67-70.

<sup>(22)</sup> About the procedure of ascription cf. J. WRÓBLEWSKI, *L'attitude philosophique et l'attitude aphilosophique dans la théorie contemporaine du droit*, in *Archives de philosophie du droit*, XI, 1966, p. 284-286; *Id.*, *Law and Philosophy*, in *Österr. Zft. f. öffentliches Recht und Völkerrecht*, 28, 1977, p. 214 sq.

expressions are, thus, a convenient tool of legal discourse, but one can do without them. The relations presented by these expressions do not exist, because the sphere of the Ought does not «exist» in the sense in which exists any object referred to in the language describing the empirical reality.

I single out two theoretical conceptions: the realism of A. Ross and the normativism of H. Kelsen.

Ross deals extensively with expressions of legal language which serve as a «tool of presentation» (23). Realist approach of the author influences his rather restrictive understanding of the term «existence». Reality of all what exists is understood in a naturalistic or materialistic way. According to Ross there are many expressions «without any semantic reference» (24), and the term «legal person» is among them. The construct of legal person appears in continental law where «it is usual to invent a single, undivided subject where none exists» (25). This invention was related with the problems of ownership for presenting some connection in the «directives of law» between conditioning facts and conditioned consequences (26).

According to Kelsen's opinion the legal person is «an artificial construct of the legal sciences» (27), it is simply a set of legal norms identical with an organization (28). One can also say developing this trend of thought that legal person is «a partial legal order» (29). Normativistic theory of legal person can be treated in my opinion as a kind of the theory of presentation notwithstanding that Kelsen has not analyzed the corresponding function of legal language (30). This is, therefore,

---

(23) A. ROSS, *On Law and Justice*, London 1958, p. 172; the author uses also the term «tool of description» (*ibidem*, p. 186, 187).

(24) *Ibidem*, p. 172.

(25) *Ibidem*, p. 181.

(26) *Ibidem*, p. 172.

(27) H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, Wien 1960<sup>2</sup>, p. 176 and § 33.

(28) H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, Cambridge 1949, p. 109 sq.

(29) *Ibidem*, p. 108; R. J. VERNENGO, *Curso de teoria general del derecho*, Buenos Aires 1976<sup>2</sup>, p. 274 and chapt. 8.2.

(30) Kelsen writes, however, that the «anthropomorphic metaphor» of legal person serves «zum Zweck der Vereinfachung und Ver-

a tentative interpretation of Kelsen's views from the semiotic point of view: normativist terms « hypostasis », « point of ascription » or « personification » <sup>(81)</sup> have the function of presentation.

7.3. Each type of the anti-substratum theories of legal person is criticized in different manner.

The theories of fiction are clearly connected with an implied although not explained ontology. This ontology determines the negation of the existence of the substratum of legal person. There is no analysis of the legal language at all. From the semiotic point of view these theories are, thus, incomplete, and the lack of explicit philosophical background reveals a rather poor interest in the basis needed to speak about reality and about existence.

Theories of presentation are either explicitly linked with semiotic conceptions, or can be ascribed to them. The former is the case of Ross, the latter of Kelsen. There are two essential critical comments to be made.

Firstly, the thesis that in the legal language there are expressions without any reference but performing some functions is justified within the framework of semiotics. The standard examples — according to widely accepted opinions — are expressions with dominant stimulative function or performatives. The function of presentation is singled out, however, a *d u s u m* of the legal language. One can observe that this « new » function is neither described in a sufficiently precise way nor compared with other functions with a defined and widely accepted status in semiotics. There is no analysis of relations, if any, between reference, meaning and presentation. The basic characteristic of presentation can be summarized in one statement: without the expressions performing the function of presentation one can not present in a concise or convenient way some objects or relations. This description of the function is, however, not persuasive, if

---

anschaulichung der Darstellung einer komplizierten Sachverhaltes» which corresponds to the quoted views of A. Ross (H. Kelsen, *Reine ...*, p. 182).

<sup>(81)</sup> H. Kelsen, *General ...*, p. 108; *Id.*, *Reine ...*, p. 182.

we take into account the features of any definition: each term defined in a determined language or in a determined discourse performs such function of presentation. One has to add, however, that at last in empirical languages in real definitions *definiendum* has the same reference as *definiens* has, and that in classical form of definition the meaning of both parts of definition is the same. It seems, therefore, that the function of presentation should be defined in more detailed way that is to-day.

Secondly, there are relevant differences between a realistic and normativist form of the theory of presentation.

Realism treats the term «legal person» as a «tool of presentation» but does not deny an existence of natural persons which are thought of as ordinary persons having some qualification determined by law. The construction of legal person is, thus, rather different from that of natural person: the former can be compared with the theory of fiction, the latter corresponds to the widely held views common in the legal sciences <sup>(32)</sup>. Thus, the concept of legal subject is not unified.

Normativism treats legal person and natural person in an uniform way and negates any relevant difference between them: both are thought of as strictly legal constructs, both present a sets of legal norms <sup>(33)</sup>. The unity of the concept of legal subject is preserved, but the price of it is the total break of links with the concept of ordinary person and with widely shared intuitions of the legal sciences.

8. The syncategorematic theory of legal person is linked with realist approach and is based on some concept of meaning. The term «legal person» has no meaning, but is used as a part of a meaningful complex linguistic expressions.

---

<sup>(32)</sup> This view is clearly formulated by J. Austin: «All rights reside in, and duties are incumbent upon, physical or natural persons. But by ascribing them to feigned persons, and not to physical persons whom they in truth concern, we are frequently able to abridge our descriptions of them (J. AUSTIN, *op. cit.*, p. 444). Cf. also A. ROSS, *On Law ...*, p. 181.

<sup>(33)</sup> E.g. H. KELSEN, *Reine ...*, p. 193; *Id.*, *General ...*, p. 96.

8.1. According to M. Moritz, who is the founder of the syncategorematic theory <sup>(34)</sup>, the term «representative-of-the-legal-person» has a meaning, whereas the term «legal person» has no meaning at all <sup>(35)</sup>.

The syncategorematic theory rejects both types of theories discussed above. The arguments against them can be summarized in the following way: any theory of substratum is wrong, because there is no object which exists as the reference of the term «legal person»; any anti-substratum theory is also wrong because it asserts that the term «legal person» does not have any reference but has a meaning, whereas it has no meaning at all.

8.2. The syncategorematic theory demands some comments.

Firstly, syncategorematic expressions are well known in the semiotics of natural language and in logic. The expressions in question acquire some meaning only as parts of complex expressions (i.e. in some context), in which they perform a determined role. The standard examples are functors and operators <sup>(36)</sup>. The characteristic examples in the legal languages are expressions: «... ought to ...», «... ought not to ...», «... has right to ...» or «... is permitted ...», «... is forbidden ...» <sup>(37)</sup> where in the place of dots one puts the names. The application of the category of syncategorematic expressions to the term «legal person» is quite a new proposition.

Secondly, one can ask whether the term «legal person» is in fact syncategorematic in legal language. The doubts are two-fold: (a) it seems that in the legal language the expressions of

<sup>(34)</sup> M. MORITZ, *Sind die juristische Personen Fiktionen?*, in *Der Festschrift für Karl Olivecrona*, Lund 1972: ID., *Ueber den Begriff der juristischen Personen*, in *Akten des XIV Intern. Kongresses für Philosophie*, Wien 1968, V.

<sup>(35)</sup> M. MORITZ, *Ueber ...*, p. 117, 125 sq.; ID., *Sind ...*, p. 451, 455 sq.

<sup>(36)</sup> *Mała Encyklopedia logiki (A Small Encyclopedia of Logic)*, Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk 1970, p. 360.

<sup>(37)</sup> G. KALINOWSKI, *La logique des normes*, Paris 1972, p. 26 sq., p. 113 sq.; K. OPALEK, *Z teorii dyrektyw i norm (On the Theory of Directives and Norms)*, Warszawa 1974, chapt. III; Z. ZIEMBA, *Logika deontyczna jako formalizacja rozumowań normatywnych (Deontic Logic as a Formalization of Normative Reasonings)*, Warszawa 1969, p. 93 sq. and chapt. X § 3.

the form «legal person is created by ...» or «legal person acts through ...» etc. are meaningful; (b) one determines the translation of the term «legal person» in various legal languages belonging to different natural languages and one treats them as having the same meaning, i.e. as synonyms. The arguments against these doubts should be persuasive enough to run against rather common intuitions expressed in these doubts.

Thirdly, if we accept for the sake of argument, that the only meaningful term is «representative-of-the-legal-person» or some analogously constructed term, then there is the question what this term means or what this term is referring to. Theoretically one can answer this question in two ways: (a) according to a substratum theory, i.e. the term in question refers to some qualified natural person or other object (cf. point 6); (b) according to an anti-substratum theory when the term in question presents some relations of facts or norms (point 7). Thus there are two possibilities notwithstanding that the founder of the syncategorematic theory has preferences of his own (38).

9. The semiotical approach presented in the present essay is an attempt to analyze the very controversial problem of the legal person in a new way. One can argue, however, that the theories of legal person have no practical relevance, because in spite of the theoretical disputes, law regulates the institution of legal person and legal practice uses it extensively.

This extreme practical point of view does not satisfy scientific interests. We know from recent history that American legal realism in his radical period tried replace the question «what is law?» by the question «how law works?». It required relatively short time to see that it is hard to do without any definition of law and, therefore, one constructed definitions which were methodologically totally wrong (39). One should add that realists did not negate an existence of law, while rejecting the

---

(38) This is the position of the theory of presentation cf. M. MORITZ, *Sind ...*, p. 456; *Id.*, *Ueber ...*, p. 125 sq.

(39) Cf. K. N. LLEWELLYN, *The Bramble Bush*, New York 1951<sup>2</sup>, p. 12 and cf. p. 8.



possibility of defining it. In reference to legal person the extreme practical approach can deny the relevance of a theory of legal person, but there are also theories which deny their existence. The situation is, thus, paradoxical, and the paradoxes in the history of scientific thought have been not once the stimulant for fruitful research searching for a viable solution.

It seems therefore, that the question « what is the legal person? » (in general or in a given system of law) is justified although the answer can be understood as: (a) an essentialist definition; (b) a nominal definition, or (c) an identification of a reference of the term « legal person » in a determined language. The (b) and (c) interpretations correspond to the semiotic approach. This approach is, however, related with ontological conceptions of reality when dealing with the reference, if any, of the term « legal person ». The analysis of the three types of the theories of legal person have justified this view.

10. Our analysis has a metatheoretical character in the sense that it does not presuppose any theory of legal person. It demonstrates, however, the semiotical and ontological assumptions which are implied by any theory in question. Concluding our essay we will summarize these assumptions.

The term « legal person » in a given language either has a meaning (categorematic term) or has a meaning only as a part of a complex expression (syncategorematic term). All the theories but one (point 8) accept the first view.

If the term « legal person » is a meaningful linguistic expression, then there are two possibilities: either this expression has a reference or has no reference. A choice of one of these possibilities depends on the ontology accepted in a legal discourse and implied in the legal language.

The substratum theories of legal person (point 6) identify the objects which are the reference of the term « legal person ». In these theories one can ask “ What it is legal person? ” and “ What the term « legal person » means? ”; or “ What is the reference of the term « legal person? ”.

The anti-substratum theories (point 7) deny an existence of any reference of the term « legal person » but treat it as a mea-

ningful linguistic expression. In these theories the question "What is legal person?" cannot be formulated properly. The answer for the question "What is the reference of the term «legal person»?" is simple - there is no reference of this term. The question "What the term «legal person» means?" in the theories of presentation is answered by identifying the ways in which one uses this term performing the function of presentation.

The theories of substratum and anti-substratum theories accept that the term «legal person» at least means something. In opposition to them the syncategorematic theory (point 8) rejects the meaningfulness of the term «legal person». In the syncategorematic theory the question "What is the legal person?" is wrongly formulated. The same holds for the question "What is the reference of the term «legal person»?". The question "What the term «legal person» means?" is answered by stating, that this term has no categorematic meaning. Also this theory, as other theories, implies some conception of reality which justifies the negation of any reference of the term «legal person».

All controversies concerning the nature of legal person can be, thus, ascribed to some semiotical and ontological views. The semiotical approach of the present essay is the basis of the analysis in which the foundations of particular theories of legal persons are made explicit. This approach, however, cannot identify the correct solution of the theory of legal person, because it is impossible on the metatheoretical level of analysis.

*Letture*



Mario A. CATTANEO, *Dignità umana e pena nella filosofia di Kant*,  
Milano, Giuffrè, 1981, pp. 333.

Il problema della pena è da tempo al centro dell'attenzione di Mario Cattaneo, che se ne è occupato in varie occasioni, studiando autori che in più modi si collegano al movimento illuministico tedesco e alla sua conclusione nella filosofia del criticismo. Sono da ricordare i volumi su Paul Johann Anselm Feuerbach (1970) e su Christian Thomasius (1976), e il saggio su Karl Grolman (1973). All'inizio di questi interessi si può ragionevolmente porre il volume di carattere storiografico più generale dedicato nel 1966 a *Illuminismo e legislazione*; dev'essere altresì ricordato, del 1978, *Il problema filosofico della pena*. Uno studio del 1980 considerava il problema del diritto penale in Schopenhauer; infine, e veniamo ai temi ultimi, un intervento al congresso kantiano tenutosi nel 1981 a Mainz lueggiava i cenni al problema del diritto e della pena presenti nella *Critica della ragion pura*. Si giungeva in tal modo al centro del problema, e il volume di oggi tocca appunto, in tutta la sua estensione, il problema della pena nel filosofo del criticismo. Anche qui, come in tutti i precedenti studi dell'autore, troviamo la stessa scrupolosa adesione alle fonti, sempre citate e discusse, talora con minuziosa indagine filologica, nella lingua originale; e troviamo, ispirata ad analoghi criteri, la stessa accuratissima informazione sulla letteratura secondaria, sì che questo libro è anche una documentatissima rassegna critica.

Segno di probità scientifica è la chiarezza estrema nelle tesi dimostrate, come pure la dichiarazione esplicita, preliminare e conclusiva, delle premesse di valore da cui l'autore muove. Nulla è lasciato implicito e non vi sono cenni allusivi. La discussione è condotta fino ad illuminare le premesse filosofiche dei contributi critici considerati, ed il modo, non necessario ma non infrequente (si veda il caso di autori marxisti, come a p. 64 per Lacorte, a p. 308 per Cerroni, alle pp. 132 e 288 per Illuminati), in cui esse influenzano e sviano l'effettiva ricerca scientifica. Non è affatto in contraddizione con tali rilievi critici la ricordata limpidezza con cui Cattaneo indica le premesse di valore da cui muove, della quale può essere citata ad esempio la dichiarazione seguente, che si legge a p. 3: «La mia analisi (...) si svolgerà sulla base di una netta adesione morale ai principî fondamentali della filosofia pratica di Kant, vista come modello insuperato di equilibrio razionale». Non v'è contraddizione perché la ricerca procede poi sem-

pre in modo scientifico, ovvero con citazione e discussione delle fonti e con l'indicazione precisa di nessi concettuali. Ma la ricordata adesione di Cattaneo alla filosofia pratica di Kant dà ragione, come scelta ultima di valore da cui muove lo studioso, anche degli interessi che lo animano, e che riportano ad unità il campo dei suoi studi, sempre mossi dalla convinzione della vitalità e validità del modello kantiano dello stato liberale di diritto, come forma di convivenza politica nella quale sola sono rispettati, e garantiti da sanzioni, i diritti e le libertà individuali. L'attenzione perdurante ai problemi della pena, cioè al massimo tipo di sanzione prevista dall'ordinamento giuridico, si spiega con tale partecipazione etico-politica ai valori dello stato liberale di diritto, e con la connessa, dichiarata ostilità alle forme non democratico-liberali della convivenza, ovvero alle forme istituzionali del comunismo e del fascismo. Valga la dichiarazione conclusiva del volume: « Infine, è stata mia intenzione testimoniare, sulla scorta dell'insegnamento di Kant, il valore assoluto e irrinunciabile del principio cristiano e umanistico del rispetto per l'uomo come fine in se stesso, principio che deve costituire il punto di partenza di ogni serio tentativo di risolvere, proteggendo la libertà individuale dalle degenerazioni collettivistiche e totalitarie, il problema penale » (p. 328). Non è fuori luogo ricordare, come testimonianza e argomentazione più piena di tali valutazioni etico-politiche, il corso universitario *Stato di diritto e stato totalitario* (Ferrara, senza data, ma pubblicato « a vent'anni di distanza dalla gloriosa rivoluzione ungherese contro il totalitarismo », come si legge nelle righe conclusive, a p. 216); in tale volume compaiono pure i problemi della giustizia penale nei sistemi totalitari e nei loro teorici.

Abbiamo prima citato le parole conclusive del libro presente, nelle quali appare testimoniato, « sulla scorta dell'insegnamento di Kant, il valore assoluto e irrinunciabile del principio cristiano e umanistico del rispetto per l'uomo come fine in se stesso ». Vediamo qui affermato il rapporto fra Kant e il pensiero cristiano. D'altro lato, Kant è visto come culmine e fondazione filosofica dell'illuminismo pratico. Nel primo dei tre capitoli del libro, che si intitola « Il principio della dignità umana », questi nessi sono particolarmente messi in luce. Kant è visto come il pensatore che porta a compimento la linea centrale dell'illuminismo: « Kant si fa interprete in realtà di quel razionalismo etico che costituisce il filone più profondo e (...) più autentico dell'illuminismo », « reagendo contro le tendenze 'libertina' e 'sentimentale' del secolo XVIII » (p. 39). E se è ben nota l'influenza del filosofo del sentimento, Rousseau, su Kant filosofo della dignità umana, « deciso e radicale » è in lui « il rifiuto della linea 'libertina' del Settecento » (*ibid.*). Il nesso illuminismo-Kant è posto con riferimento al significato pratico di quel movimento di pensiero, che ad avviso di Cattaneo è il suo significato maggiore. Non filosofia sistematica, questo illuminismo

pratico, che combatte per la dignità e i diritti dell'uomo, trova in Kant le proprie basi filosofiche (p. 43). Privato come di rami secondari (« nonostante certe diffuse interpretazioni »: p. 39) delle correnti libertina e sentimentale, l'illuminismo diviene razionalismo etico e trova quindi in Kant la sistemazione filosofica che gli mancava. In quanto razionalismo etico, esso è teoria dell'autonomia dell'uomo come essere legislatore in virtù della propria razionalità; e Kant, teorico dell'autonomia morale, ne diviene il filosofo. Ora, tale autonomia è posta da Cattaneo in connessione necessaria con l'esistenza di Dio. L'imperativo categorico nella sua seconda formulazione, quella che secondo Cattaneo più caratterizza l'etica kantiana, esige il rispetto dell'umanità come fine, e afferma quindi il valore della dignità dell'uomo; il portatore di una tale dignità e autonomia è membro di un « regno dei fini » intelligibile. Ma l'uomo è autolegislatore in quanto porta entro di sé, egli che è immagine di Dio, la dignità e la razionalità che Dio stesso ha posto in lui. Non sono fondati quindi i tentativi di « misconoscere », in Kant, « lo sforzo di adeguare la morale critica (che egli riteneva non costituire nessuna novità, ma essere la riformulazione di principi antichi e perenni) alla religione cristiana; simili tentativi sono smentiti (...) in particolare dalla presentazione dell'esistenza di Dio come uno dei tre postulati della ragione pura pratica », oltreché da tutta la *Critica della ragion pratica* (pp. 63-64). Una tale rivendicazione del carattere religioso e cristiano della filosofia kantiana è svolta da Cattaneo, con costanza e fermezza, contro « uno dei tanti travisamenti idealistici della filosofia kantiana » (p. 60). Questa insistenza nel rivendicare la presenza di Kant nella linea del pensiero cristiano è indubbiamente fondata, sostenuta da sicure prove testuali, coerente con l'edificio sistematico del pensiero kantiano, solennemente affermata nella prefazione alla seconda edizione della *Critica della ragion pura*. È peraltro giusto aggiungere e precisare che più che di « travisamento idealistico » si deve parlare di « travisamento neoidealistico », specificamente italiano. Con questa precisazione si viene a porre contemporaneamente una duplice limitazione: quel « travisamento » non è da ascrivere all'idealismo tedesco di Fichte, Schelling, Hegel, i quali altresì devono essere ascritti al pensiero cristiano, fino alla *summa* sistematica hegeliana; quel « travisamento » è fenomeno storiografico geograficamente e culturalmente più circoscritto di quanto non faccia pensare l'intensità con la quale esso si è espresso nella nostra cultura. È un discorso, evidentemente, che esige ben maggiore approfondimento di quello consentito in questa sede. Qui è stato accennato, per esprimere la portata del consenso alle tesi dell'autore; il quale ultimo, dal punto di vista dei problemi che gli stanno a cuore, rifiuta, esplicitamente o implicitamente, la tesi neoidealistica (potentemente favorita dalla prevalente timorosità del pensiero cristiano) che il destino del pensiero moderno sia un destino di immanenza.

Più volte l'autore ritorna sulla differenza filosofica fondamentale che esiste tra Kant e la rinascita kantiana del secondo Ottocento e del nostro secolo. È il problema del formalismo di Kant, che il pensiero neocritico ha inteso in un modo che va al di là della funzione originariamente esercitata. Se v'è nel pensiero di Kant un formalismo teoretico, v'è anche un formalismo etico, e infine un formalismo giuridico. Cattaneo però osserva a più riprese che al formalismo etico sfugge, con conseguenze che valgono anche per il campo giuridico, la seconda formulazione dell'imperativo categorico, perché «essa ha un *contenuto*, e questo contenuto è il rispetto della dignità dell'uomo» (p. 27). Un simile formalismo etico, conseguentemente, come rilevava nel 1921 Erich Kaufmann nella sua *Kritik der neukantischen Philosophie*, appartiene più al neokantismo che alla filosofia di Kant stesso (secondo un giudizio riportato da Cattaneo a p. 26). Tale formalismo — che in molti autori diviene relativismo dichiarato o inconsapevole — ha avuto grande fortuna, come si sa, nel campo giuridico; e basti ricordare qui i nomi di Stammler e di Kelsen. Ma esso ha avuto un rilievo filosofico assai più generale, in quanto in esso si è incarnata gran parte della rinascita kantiana, ed anche nelle sue forme più originali e creative, dando luogo, con Dilthey e con altri, alle forme dello storicismo individualistico di derivazione non-hegeliana e anti-hegeliana. Non si potrebbe dire che tali reincarnazioni siano insensibili all'insegnamento di Kant, esse che hanno fatto proprio, in maniera così forte ed intrinseca, quel valore dell'individualità che è indubbiamente presente nella filosofia kantiana. Cattaneo ritiene che il valore della dignità umana sia da solo bastante ad evitare i pericoli del formalismo (e, aggiungiamo, dei suoi sbocchi relativistici). Forse è un non facile problema teoretico il decidere se quel valore non vada anch'esso soggetto a reincarnazioni e trasfigurazioni storiche e culturalmente condizionate. In ogni caso, quel formalismo radicale, che si basava tutto sulla prima *Critica* e ne applicava i criteri alla filosofia pratica, ha avuto larga fortuna nel neokantismo; ma già anche in Gustav Hugo, che si professava kantiano, e la cui filosofia del diritto era giudicata da Fries più conseguente di quella kantiana, perché appunto fedele al formalismo della prima *Critica* e quindi immune dal pericolo di ricadere nel vecchio giusnaturalismo contenutistico. In quel giusnaturalismo contenutistico, a giudizio di Fries, lo stesso Kant era caduto nelle sue opere filosofico-giuridiche. Cattaneo non menziona questi sviluppi di Gustav Hugo e questo giudizio di Fries; che forse sono un anello istruttivo per comprendere il destino formalistico, storicistico, relativistico, di tanta parte della filosofia contemporanea, e alla cui radice sta la trasformazione del soggetto trascendentale kantiano in un soggetto empirico, fenomenico, inteso psicologicamente, già attuata dallo stesso Fries.



Cattaneo individua la linea maestra della filosofia pratica kantiana nel principio della dignità dell'uomo come fine in sé, derivabile dalla seconda formulazione dell'imperativo categorico. A questo principio e a questa formulazione si ricollega la fondazione sia della morale sia del diritto, intese come le due ramificazioni della filosofia pratica. La distinzione tra morale e diritto, che Cattaneo illustra nel secondo capitolo, si deve intendere all'interno di questa fonte comune. Come è detto chiaramente nella conclusione, il principio della dignità umana ha « carattere insieme morale e giuridico »: « in quanto il rispetto dell'umanità come fine riguarda soltanto la persona di se stessi il dovere ha natura morale, ma in quanto esso concerne anche la persona degli altri questo dovere ha natura *sia* morale *sia* giuridica, e si traduce nell'obbligo di non violare i diritti altrui » (p. 319). Cattaneo riferisce, con l'abituale completezza, le varie soluzioni date al problema dagli interpreti; e vediamo esposte e motivate le tesi della separazione, della connessione, e una tesi intermedia, secondo la quale Kant ha una posizione addirittura « oscillante, o non chiaramente definita », e vede una separazione sì, ma non assoluta (p. 120). Cattaneo pare condividere tale tesi, e afferma che in questa visione del problema sta il debito di Kant nei confronti della soluzione illuministica enunciata da Thomasius. Originale nella filosofia morale, Kant lo è meno nella determinazione del diritto; col riferimento alla coercibilità, egli continua la posizione di Thomasius (p. 168); e la approfondisce elaborando i criteri dell'eteronomia, della legalità, della conformità esteriore. Peraltro in Kant il diritto, pur indipendente dalla considerazione dell'adesione interiore al principio, ha un rapporto *indiretto* con il contenuto dell'imperativo categorico morale nella sua seconda formulazione; giacché la coazione giuridica vale a tutelare la libertà dell'uomo e a permettergli dunque l'esplicazione dell'azione morale. Sostenendo questa tesi, Cattaneo si avvicina all'interpretazione di Martinetti (p. 187), secondo il quale « il diritto considerato nella sua perfezione ideale, cioè nella sua più perfetta natura di strumento della vita morale, è lo stabilimento delle migliori condizioni possibili esteriori per il realizzamento della vita morale interiore: quindi il regno della libertà esteriore in vista del regno della libertà interiore » (parole citate a p. 156). In conclusione, il rapporto fra diritto e morale è definito « di distinzione concettuale e di derivazione indiretta » (p. 187). Si tratta di vedere se questo rapporto, definito in modo così nitido, sia mantenuto nel campo del diritto penale, oppure se in quel caso Kant non venga meno alla sua visione generale, e non colleghi invece *direttamente* il diritto penale alla morale. A questo problema è dedicato il terzo capitolo del libro, dal titolo « La pena nella filosofia pratica di Kant ».

La tesi di Cattaneo è che il concetto di pena, che in sé è soltanto una specie del concetto generale di sanzione, nella filosofia pratica di

Kant si ricollega non al concetto *giuridico* di coazione, ma a una prospettiva *morale* (p. 189). È la stessa *Critica della ragion pratica* che collega alla violazione della legge morale la *Strafwürdigkeit*, l'esser meritevoli di pena. Ora, in tale sede morale, come ha ben osservato Rudolf Dünhaupt, il concetto di pena si collega direttamente al concetto di azione morale come elemento necessariamente connesso alla sua violazione, e connesso come conseguenza sulla base dei principî di una legislazione morale a priori; questa stessa pena-conseguenza non può esser vista peraltro come tale che il timore di riceverla divenga il motivo che induce all'osservanza dell'imperativo morale (p. 200). Si entrerebbe così nel mondo patologico degli impulsi empirici, degli stimoli (*Triebfeder*) ad agire, e l'azione che ne derivasse non sarebbe più compiuta per il dovere e quindi non sarebbe qualificabile come morale, ma soltanto come legale o giuridica. Il collegamento necessario della pena alla violazione della legge morale, non come mezzo per ottenere il rispetto degli imperativi ma come fine, in quanto connessione in sé morale e buona, secondo i principî della ragione, è ribadito nelle varie opere kantiane di filosofia pratica; e con particolare chiarezza in margine allo scritto del 1791 sulla teodicea (citato e discusso alle pp. 205-206). Deriva da queste precisazioni che il concetto di pena non ha il significato teorico della coazione come elemento caratteristico della legalità. Cattaneo ne trae la conclusione, ben argomentata, « che il concetto di pena o di punizione » non abbia « un chiaro e preciso *status* nell'ambito della filosofia morale di Kant », e che anzi vi costituisca « un corpo estraneo, un elemento che (...) rischia di reintrodurre in essa elementi di eteronomia » (p. 214). Vicino per questo verso e parzialmente alle critiche di Schopenhauer, Cattaneo ritiene che la nozione di pena sia un « residuo non risolto » (p. 218) nella dottrina morale di Kant, un elemento derivato dalla morale teologica e pertanto in contrasto con la dottrina morale complessiva di Kant, fondata sul concetto di autonomia. Le difficoltà della concezione kantiana della pena tornano in primo piano nella discussa definizione della legge penale come imperativo categorico, che introduce un elemento contraddittorio nella filosofia pratica di Kant, collegando l'imperativo categorico a un concetto che è una specie del genere coazione, e quindi motivo che rimanda all'eteronomia e all'eudemonismo (come ha osservato chiaramente Georg Jellinek, citato a p. 291). Inoltre v'è il problema, sollevato da Max Salomon, se sia conciliabile con i principî del criticismo identificare l'imperativo categorico con la legge penale positiva; basti pensare alle note distinzioni, in apertura della *Rechtslehre*, tra l'indagine sul *quid jus*, di natura filosofica, e l'indagine sul *quid juris*, di natura empirica.

Se è vero che la dottrina penale kantiana è collegabile al concetto di retribuzione, è anche vero che questa retribuzione è di natura morale anziché giuridica. Il collegamento della pena all'ambito morale

anziché all'ambito giuridico deriva da quanto finora riferito; ed è ulteriormente ribadito in un luogo della *Rechtslehre* dove Kant, parlando dello *jus talionis*, afferma che per il reato di alto tradimento la morte è l'unica pena proporzionata alla « malvagità interna » (*innere Bösarigkeit*) dei criminali (p. 307). In questo caso Kant si allontana, come opportunamente nota Cattaneo, dalla linea maestra dell'illuminismo, caratterizzata dalla secolarizzazione del diritto penale ed espressa da Beccaria in modo precisamente antitetico a Kant (« il danno della società come criterio di misura delle pene »: p. 308); da Thomasius in un modo intermedio tra le due posizioni estreme, in quanto richiedente soltanto l'esame delle azioni esterne, con l'aggiunta dell'onere della prova del dolo da parte degli organi pubblici accusatori di un'azione illecita. Come proposizione riassuntiva dell'indagine di Cattaneo si può citare l'affermazione per cui la definizione della legge penale come imperativo categorico « costituisce una contraddizione *sia* con i principî della filosofia morale », perché introduce un impulso empirico all'azione, « *sia* con i principî della filosofia giuridica del criticismo », perché contravviene al principio kantiano della separazione fra diritto e morale (p. 306). La ricostruzione critica del pensiero di Kant su questo punto, come in genere, è condotta in modo attento all'evoluzione interna attraverso le varie fasi e le varie opere; con meditate precisazioni sul passaggio da una fase illuministica, « fedele al principio della secolarizzazione del diritto penale » (p. 314), alla fase della rigida tesi della retribuzione morale. Sia pure con la prudenza scientifica che gli è propria, Cattaneo avanza (« azzarda ») « l'ipotesi che (...) la dottrina giuridica della pena di Kant non poggi su basi molto solide, e che la sua radice sia essenzialmente un ritorno di moralismo giuridico nel suo autore, che è venuto (in questo settore) a prevalere sulla esigenza della separazione fra diritto e morale, pur chiaramente affermata in linea generale » (pp. 314-315). Anche sul problema della pena in Kant, troviamo un'ampia rassegna di giudizi critici, da Fichte agli studiosi dei nostri anni. A questa rassegna segue l'esame critico di Cattaneo, che si sviluppa intorno ai seguenti quattro temi: 1) il rispetto dell'uomo come fine; 2) il principio del taglione; 3) la pena di morte; 4) la definizione della legge penale come imperativo categorico. Specialmente a proposito del principio del taglione, e della pena di morte come caso specifico di applicazione di quel principio, Cattaneo condivide i giudizi critici espressi da molti autori, e rileva anch'egli un allontanamento di Kant dalla via regia dell'illuminismo e dagli stessi principî fondamentali da lui posti nell'ambito giuridico in coerenza con il suo sistema filosofico.

Se teniamo presente il filo conduttore delle analisi sopra accennate, nonché la netta e dichiarata adesione alla filosofia pratica di Kant, razionalistica e cristiana, comprendiamo come Cattaneo accenni, nelle sobrie osservazioni conclusive, alla tentazione da lui avvertita, come

da altri interpreti che hanno aderito ai principî morali, giuridici, politici, di quella filosofia: ovvero la tentazione « di indicare la direzione che avrebbe potuto prendere Kant, e di cui si trovano le premesse nella sua dottrina, in riferimento (...) al problema del diritto penale » (p. 321). Questo sviluppo coerente dai principî avrebbe potuto condurre Kant alla « prospettiva di una retribuzione giuridica, limitata e negativa »; un esempio della quale può esser visto nella dottrina penalistica della « tutela giuridica » elaborata da Francesco Carrara (p. 323), o nella dottrina del giurista kantiano Ludwig Heinrich Jakob (pp. 323-324). La separazione tra morale e diritto, posta nettamente da Kant, avrebbe dovuto implicare anche il diritto penale; e così il diritto, che nel sistema kantiano mantiene un legame indiretto con la morale (e particolarmente con la seconda formulazione dell'imperativo categorico, come abbiamo riferito sopra), non avrebbe accanto a sé un suo ramo specifico, il diritto penale, collegato direttamente alla morale; il che è motivo di contraddizione con le premesse della filosofia pratica kantiana, quando invece il diritto penale altro non è che diritto, ovvero sistema di norme coattive, caratterizzato soltanto da una specifica e più dura sanzione. Sono due tendenze presenti nel pensiero di Kant, e ricollegabili, la prima, che è la più coerente dal punto di vista sistematico, alla distinzione fra diritto e morale pur nella derivazione da una comune radice; la seconda « a un ritorno di rigorismo moralistico eteronomo » (p. 327). Cattaneo non manca di notare in più luoghi del suo libro — ed è un motivo di grande importanza per la comprensione della filosofia politica di Kant — l'ideale kantiano del « regno dei fini », quale « unione sistematica di esseri razionali grazie a leggi oggettive comuni », come si esprime la *Grundlegung*; e accenna altresì, ricordando anche l'importante libro di Vlachos sul pensiero politico di Kant, del 1962, al passo della prima *Critica* sulla *Repubblica* di Platone, e all'*idea necessaria* di una « costituzione basata sulla massima libertà umana secondo leggi » (p. 325): idea in senso kantiano, e quindi regolativa rispetto alle costituzioni possibili, fino alla situazione, non realizzabile ma valida come archetipo, di una non-necessità della pena. Più che di « fuga verso l'utopia » (p. 327), parleremmo qui del significato più profondo (perché legato ai principî del sistema) della filosofia politica di Kant; con questa celebre interpretazione della *Repubblica*, interpretazione giustamente collegata da Cattaneo al concetto di « regno dei fini », è coerente la visione kantiana fondamentale di una separazione tra morale e diritto all'interno di una filosofia pratica basata sul principio della dignità umana. Che è il principale insegnamento kantiano, al quale lo stesso Cattaneo aderisce con tanta forza di convinzione, e sul quale il suo libro porta un prezioso contributo chiarificatore.

GIULIANO MARINI

Francois CHATELET, Evelyne PISIER-KOUCHNER, *Les conceptions politiques du XXe siècle* (Thémis Science Politique), Paris, Presses Universitaires de France, 1981, 1088 pages.

Voici un livre peu ordinaire, un texte riche, abondant et d'une pédagogie grinçante. Il fait le point sur l'une des questions les plus difficiles qui soit: l'état du délire politique. Je vais me livrer ici à quelques considérations hasardeuses, dont je souhaite qu'elles contribuent à mettre en relief cet ouvrage équivoque, inclassable, interrogateur, conçu pour je ne sais quel public, certainement pas pour les universitaires indolents ni pour les ruminants de la trop classique « histoire des idées politiques ». Je voudrais faire sentir qu'il ne s'agit pas d'un Manuel au sens courant du terme, mais d'un genre littéraire beaucoup plus fort, ce qu'en langage scolastique les écoliers occidentaux appelaient jadis une « Summa quaestionum ».

De quoi s'agit-il? Reprenons l'affaire de haut. Il s'agit de retraiter cette espèce de résidu, voire de déchet, que nous appelons la pensée politique. Retraiter les amas savants déversés comme une immense poubelle, qui serait les pensées produites à propos du pouvoir. Les retraiter pour en faire quelque chose de nouveau dont nous pouvons ou pourrions nous servir. Car enfin, à quoi sert trop souvent l'énorme entreprise historiographique sur les idéaux et les pratiques politiques, sinon à nous encombrer l'esprit, à bourrer l'étudiant de citations, à nous empêcher de penser? Dans ce livre, je vois percer, dès les premières pages, la lassitude à l'égard de traditions pédagogiques surfaites et d'un historicisme débordant de jugements prétendus objectifs. Les auteurs ont choisi la voie beaucoup moins encombrée, où cheminer veut dire s'interroger sur le renue-ménage des idées comme tel et laisser les questions en suspension, j'allais dire entre ciel et terre, au lieu même qui devra être un jour finalement reconnu, si d'aventure nous finissons par admettre que la topologie n'est pas seulement une vue de l'esprit mais fonctionne bel et bien. Pour ma part, je ne saurais trop insister là-dessus, sur la nécessité de raisonner en fonction de la structure et, par conséquent, de rapporter les phénomènes dits de pensée à un certain type de fonction dans la production/reproduction des systèmes d'organisation.

Incontestablement, ce livre cherche à se mouvoir de ce côté-là. C'est d'abord pour cela que j'en approuve le dessein: il vise une cible, l'Etat. Le lecteur a tout intérêt à méditer le tracé, judicieusement présenté en « Sommaire »: l'Etat Gérant, l'Etat Parti, l'Etat Nation, l'Etat Savant, l'Etat en question. On me pardonnera ces références littérales, à mes yeux capitales. Quatre facettes plus une = tout cela est à rejouer. J'appelle ça s'avancer, prudemment mais fermement, vers l'idée même de structure. Structure, au sens où je l'entends comme micmac de production d'un discours de la reproduction.

On a beau être au XXe siècle et au beau milieu du système industriel ultramoderne, la production de ce discours de la reproduction joue à fond la même carte, toujours la même, la carte de cette chose apparemment si simple d'après les définitions juridiques, l'Etat. Ne nous y trompons pas, le juridisme est défaillant pour manifester la vérité de l'Etat. Celle-ci ne peut être montrée, car elle n'est pas montrable: les débats sur l'Etat et sa vérité sont une réplique des débats sur la Raison. Dès lors, il faut reconnaître comme une trouvaille les « Préliminaires » de ce pseudo Manuel, par lesquelles F. Châtelet et E. Pisier-Kouchner annoncent leur mise: Nietzsche, Freud, l'Art enfin contre le poids des Choses. Tel quel. Je trouve cette entrée en matière non seulement tout à fait conséquente eu égard au projet, mais intéressante au titre de ceci: voilà deux auteurs qui se frayent un passage vers la théorie politique d'une manière singulièrement — comment dirais-je? — poétique. Si ces « Préliminaires » s'achèvent par un bref recueil de commentaires, écrits par eux pour la circonstance de leur livre, sur le cinéma, cet exploit est l'instant concluant d'un projet de réflexion qui travaille l'unique hypothèse plausible à l'échelle des histoires politiques du XXe siècle, l'hypothèse du drame et de l'impossible. C'est bien cela que traque le tripot européen des idées sur l'Etat, depuis les formulations médiévales de ce concept: avec l'Etat, nous jouons notre propre mythologie de la Raison et notre capacité de croire en la Science maniée par les pouvoirs. Toute l'idiotie sanglante de notre mirobolant XXe siècle est là.

Très certainement, ce livre va perturber beaucoup de monde dans la zone enseignante, parce qu'il n'est pas habituel d'apercevoir l'Etat à partir de cette frontière-là, de ce monde entre-deux mondes que constitue l'univers des pensées politiques. Pour qui nous prenons-nous, nous les Occidentaux? Avant tout, pour des penseurs de la rationalité capables de tout, sauf de mélanger la Raison avec son contraire. Et pourtant, nous fonctionnons comme le reste de l'humanité, sous-développée ou pas, c'est-à-dire aux prises avec les illusions sans lesquelles aucune organisation ne serait pensable, parce que l'inconscient demeure maître des lieux et des oeuvres. Autrement dit, toute conception politique qui prétend penser ce que nous appelons l'Etat parie sur la déraison d'un tel concept et transite inévitablement par la tuyauterie qui va nous crâcher le christianisme jusqu'à la fin des temps industriels tels que nous les concevons. Là précisément gîte le délire politique dont nous vivons et que, non par méchanceté mais par entraînement rationaliste, nous nous donnons pour mission d'inoculer au genre humain tout entier. Notre délire politique, c'est-à-dire le support mythologique et divin que nous nommons l'Etat, c'est le discours dans la structure auquel nous sommes accrochés. Nous n'en démordons pas. Lisez ce qu'en disent Châtelet et Pisier-Kouchner: il n'y a pas de socialisme qui tienne sans (la farce chrétienne de) l'Etat.

J'ai mis entre parenthèse la farce chrétienne, car cette parenthèse en l'occurrence abrite la mince découverte des mes travaux. J'ai découvert, après bien des déconvenues, que si structure il y a, cela veut dire que l'État est d'abord un produit de la reproduction telle que toute mythologie la considère. Sous l'État, il ya quelqu'un, un quelqu'un mythologique, implacable, absolu et absolument divin.

Mon propos a des airs de charabia, des airs seulement. Nous avons obtenu en Occident de faire croire aux autres que nous étions rationnels, du seul fait que nous avions promu (rappelons- nous Ockham et sa bande dont idéologiquement nous descendons) la société laïque comme telle. Nous avons nettoyé la religion de la religion, sans la faire disparaître pour autant. Ma thèse est bien connue là-dessus. Dans une structure, il y a de l'indéménageable. J'ai noté ceci: l'indéménageable de la religion, c'est l'État. Voilà pourquoi le rationalisme, cet extraordinaire accomplissement du christianisme, peut s'affubler de tous les masques, y compris du masque antireligieux. Les démonstrations de cette affaire se trouvent dans la glose médiévale, telle que j'en fais l'exégèse à mon tour, après Kantorowicz, Post et quelques autres parmi ceux qui m'ont enseigné cette science politique naïve si révérée de la philosophie allemande, laquelle sait retrouver, sous tous les régimes, cette source vive de son savoir du Droit, de l'État et du Peuple.

A propos de cette articulation fondamentale, je vais formuler une critique. Aucune théorisation sur l'État ne peut faire l'économie de la tuyauterie chrétienne où se recyclent tous les discours maniant l'État. On oublie trop ce fait: l'État, en tant que concept archi-moderne, est le produit de ses inventeurs, les médiévaux, légistes et canonistes unis dans la seule cause vraiment sacrée qui soit, la Cause du Pouvoir, deux notions strictement juridiques dans leurs origines de discours. Hobbes, ce transmetteur si consciencieux du juridisme essentiel, l'a fort bien dit en son temps. L'État, c'est toujours quelqu'un, non seulement la personne morale définie par les juristes, mais le monstre auprès duquel nous allons manger pour le nourrir, aussi invraisemblable que cela soit (sauf du point de vue des inconscients). Ma critique est celle-ci: le fameux thomisme, si important pour les exercices vaporeux de l'humanisme chrétien dont nous reparle ce livre, n'a pas la créativité politique qu'on lui prête, car l'État Gérant est écrit non pas chez St Thomas, suiveur plus ou moins génial, mais dans l'espace-institué-écrit que l'historiographie allemande (à laquelle je suis rallié depuis longtemps) désigne comme Système des droits savants. A partir de ce constat, la question de l'État et du Droit doit être réenveloppée de juridisme divin. Autrement dit, à partir de là, la fétichisation de l'État et les raptus révolutionnaires occidentaux (je précise: occidentaux) peuvent réintégrer leur asile, en tant qu'éléments dans la structure où opère ce que nous appelons le christianisme, lequel pourrait fort bien se passer de Dieu, mais non pas de Référence au savoir absolu tel que la reproduction dont nous

sommes les sujets familiers l'imagine et l'organise topologiquement. A mon avis, il est impossible de dissocier l'apport de Hegel, ou même celui de Marx lui-même, de cette enveloppe matricielle, dès lors qu'on prétend se placer sur le terrain d'une historiologie si j'ose ainsi m'exprimer (pardon, lecteur, pour ce gros mot!). Sur ce versant encore, il faut noter que l'empire soviétique, descendant comme nous du monde juridique romain, théocratique et byzantin, n'a absorbé que tardivement nos élucubrations rationalistes, laïcistes et scolastico-pontificales, à l'époque moderne seulement; cet empire-là a reçu le discours de l'Etat (au sens scolastique de « status », qui signifie à la fois, comme Post l'a montré, la fonction et le Moi qui l'exerce) comme une greffe incroyable. Soulignons: *incroyable*. Cette remarque porte loin, si vous voulez bien y réfléchir.

J'aurais la plus grande peine à prétendre conclure sur ce livre fort concluant. Il fera jaser, n'en doutons pas; on dira: il lui manque ceci, les auteurs n'ont pas dit cela, etc. Je pense que l'imbécillité, malgré tout, n'aura pas la tâche facile, parce que les deux auteurs manifestement n'ont pas lésiné sur les risques à prendre. Ici, ce qui est en cause, ce n'est pas la politique-mélo, encore moins la mise en scène sentimentieuse sur le mode du je-vais-tout-vous-dire. Non, ce n'est pas cela. Il s'agit d'une réflexion sur le principe d'autorité tel que nous aimons l'imaginer pour marcher, « de concert » comme on dit, avec les pouvoirs. Or, une réflexion, sur cette musique inusable, n'a de valeur stimulante qu'à partir des faillites repérées comme fait politique ultime et premier dans la structure. Pour parler de ces choses-là autrement qu'académiquement ou pour la galerie, il faut avoir reçu soi-même, à son corps défendant si possible, la leçon fondamentale, la seule peut-être qu'on puisse vraiment enregistrer: les montages les mieux rôdés et les dispositifs de gouvernement les plus efficaces tombent, non pas en désuétude mais sous les coups.

PIERRE LEGENDRE

*Diritto comune e diritti locali nella storia dell'Europa - Atti del Convegno di Varenna (12-15 giugno 1979) [...], Milano, Giuffrè, 1980, pp. 578.*

Dalla medievale « dottrina degli statuti » in poi il problema del rapporto fra *jus commune* e *jura propria* ha traversato — quasi senza significative discontinuità — tutta la storia dell'esperienza giuridica europea. Ed anche dopo che si fu rotta l'antica unità organica di quell'esperienza e al nostro problema si cominciò a guardare in prospettiva ormai soltanto storica, non per questo esso perse d'interesse; anzi, venne via via riproponendosi in modi sempre nuovi e diversi



per il continuo variare dei suoi referenti teorici (1). Un tema, insomma, destinato a scomporsi e ricomporsi continuamente, a riproporsi sempre nuovo quasi ad ogni mutar di generazione quando le soluzioni prima intraviste si palesavano insoddisfacenti per l'emergere di nuovi possibili approcci: si direbbe quasi che gli « occhiali del giurista », mutando via via di colore e di gradazione, abbian reso cangiante senza sosta il panorama. Questo spiega perchè la storiografia giuridica, che pure avrebbe di fronte a sè infiniti spazi da dissodare, torni con tanta insistenza a coltivare un fazzoletto di terra che ad un osservatore frettoloso potrebbe sembrare ormai irrimediabilmente dilavato e sterile.

La prova della sempre rinnovata fecondità di questo campo d'indagine — pur nella 'continuità' di certi temi e di taluni moduli storiografici — la si ha leggendo gli 'atti' di questo convegno che vide riuniti gli studiosi di quattro prestigiosi istituti europei, accomunati da quest'unico interesse di ricerca.

Fin dalla presentazione del volume i direttori degli istituti che intervennero all'incontro — Helmut Coing per il *Max-Planck-Institut* di Francoforte, André Gouron per l'*Institut d'histoire du droit et des institutions des anciens pays de droit écrit* che ha sede presso l'Università di Montpellier, Alfonso Garcia Gallo per il madrileno *Instituto nacional de estudios juridicos* e Giulio Vismara direttore dell'*Istituto di Storia del diritto italiano* dell'Università di Milano — danno conto del perchè scelsero questo tema per le loro giornate di studio: perchè certe situazioni e certi rapporti fra ordinamenti « non si sono esauriti nel passato, ma trovano corrispondenza nella realtà attuale ». Qualcuno, volendo, potrà anche dubitare che sia possibile identificare la continuità fra problema storico e realtà contemporanea nel « rapporto tra il diritto della Comunità europea e i diritti statali dei suoi membri, tra diritto statale e diritti locali in una molteplicità di confronti tra legislazione comunitaria, statale, regionale, comunale »; ma non si può certo negare che — così impostata e motivata — l'indagine storica perde qualunque connotazione antiquaria e tenta assai arditamente una riscoperta credibile dei suoi più naturali contesti disciplinari.

I singoli scritti sono dislocati nel volume in modo da rendere evidente a prima lettura, il contributo dato da ogni singolo Istituto partecipante; ed anche noi ne daremo conto senza turbar quest'ordine e senza ricercare le pur molte affinità tematiche.

---

(1) Basterebbe pensare a quale novità rappresentò — per l'impostazione e la soluzione del nostro problema — la romaniana teoria dell'ordinamento giuridico (sia o no appagante per noi, nella sostanza, questa applicazione). Se ne può convincere all'evidenza chi rilegga certe pagine del CALASSO (i suoi *Ordinamenti giuridici del Rinascimento medievale*, per esempio, e quanto di essi rifluisce poi in taluni suoi scritti 'minori'). E, per converso, è istruttivo constatare quanto sia presente la riflessione storica del CALASSO in quegli *Ordinamenti giuridici privati* di Salvatore ROMANO che rappresentano la 'traduzione' nell'universo privatistico delle grandi intuizioni teoriche del padre.

Per il *Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte* intervennero il Coing, il Luig, il Dolezalek e il Ranieri.

Il Coing<sup>(2)</sup> esaminò la 'lettura' che quattro giuristi a diverso titolo significativi — lo Schneidewin, lo Struve, lo Schilter e il Dumoulin — fecero d'un testo dei *Libri Feudorum* relativo all'applicazione, nelle cause «*quarum cognitio frequenter nobis committitur*», del diritto romano delle *leges Longobardorum* e delle *Regni consuetudines*: un testo nel quale — con sorprendente lucidità — s'invertivano i termini d'una celeberrima costituzione imperiale romana (C. 8. 52 [53]. 2) e si affermava che «*legum [...] Romanarum non est vilis auctoritas, sed non adeo vim suam extendunt, ut usum vincant aut mores*». Questo «principio generale sul quale la scienza doveva travagliarsi per secoli»<sup>(3)</sup> era suscettibile di molte utilizzazioni interpretative; e le quattro che il Coing propone appaiono per più d'un verso istruttive. È istruttivo che lo Schneidewin, prospettando una gerarchia che andava *gradatim* dal *tenor investiturae* alla *consuetudo loci* al *ius commune feudorum* alla *lex civilis communis scripta* e alla analogia, richiamasse Oberto per convalidare la posizione largamente sussidiaria della *lex civilis*; ed altrettanto istruttivo è che lo Struve escludesse la necessità dell'*adprobatio* imperiale per le consuetudini in materia feudale già 'canonizzate' dal testo obertino. Due 'letture' che si collocano, senza forzature nè 'residui', nella logica più tipica della Recezione. Più provveduto l'approccio dello Schilter, anche se non diverso nella sostanza e sempre ancorato all'ottica della Recezione: la *consuetudo feudi* longobarda è sussidiaria al *ius* feudale dei singoli *populi* perchè *generalis* e perchè inserita nel *Corpus Juris* (recepito) tramite i *Libri feudorum*. Diversa, invece (e 'sorprendente', dice il Coing) l'*opinio* del Dumoulin; il quale, distinguendo il *ius commune* dalla *scriptura privata* di Oberto — che fu persona *nulla auctoritate publica seu principis seu populi fungens* —, toglie senz'altro valore al testo obertino riducendo così la 'gerarchia delle fonti' ai *facta investiturae* alla *consuetudo* locale e al *ius commune*. Ma la diversità si attenua forse non poco se si fa l'ipotesi (forse non del tutto assurda) che nel linguaggio del Dumoulin *ius commune* e *ius civile (romanum)* non siano sinonimi (e che non lo siano lo conferma un testo dello stesso Dumoulin che il Coing cita e nel quale si ammette che, sia pure solo nei luoghi in cui è *in usum receptum*, il testo obertino sia *ius generale et commune feudorum*. Resta comunque il fatto, che il Coing sottolinea alla fine, che tutti questi autori hanno utilizzato un testo del *Corpus Juris* in un modo che «*ressemble beacoup à la manière dont l'ont utilisé les commentateurs*», sicchè — conclude — «*de plus en plus il me semble douteux que l'époque de l'humanisme ait été en vérité le commencement d'une nouvelle pensée juridique*» (cfr. p. 23). Una con-

(2) COING, *L'applicazione dei «Libri Feudorum»*, pp. 15-23.

(3) Il giudizio è del CALASSO, *Medio Evo del Diritto*, I, Milano, 1954, p. 555.

clusione davvero 'generale', che va ben al di là, sia della modesta occasione esegetica che del tema stesso (pur vasto) del convegno, e che meriterebbe ben altre discussioni.

Il contributo del Luig affronta il tema comune di studio rileggendo le *meditationes ad Pandectas* di Augustin Leyser <sup>(4)</sup>, giurista dell'*Usus modernus* « già evidentemente preso dalla logica giusnaturalistica » <sup>(5)</sup>, onesto ma non eccelso professore d'università, membro della *Spruch-fakultät* di Helmstedt e giudice nel tribunale principesco della Sassonia elettorale, non certo un protagonista dell'età sua, ma proprio per questo assumibile come testimone fedele dell'*opinio communis* più diffusa e consolidata <sup>(6)</sup>. Alla rilettura delle *Meditationes* leyseriane il Luig premette una analisi dei profili teorici della materia (che in realtà si risolve in un *excursus* di storia degli assetti normativi e istituzionali dei tribunali tedeschi in ordine a quella che — con terminologia più che discutibile — si sua chiamare « gerarchia delle fonti ») <sup>(7)</sup>.

In questo *excursus* assume uno speciale rilievo la *Reichskammergerichtsordnung* del 1495, che stabilì l'applicabilità *ex officio* in quel fóro del *jus commune* divenuto *Reichsrecht* in forza della Recezione, condizionando invece l'applicazione degli altri sistemi normativi (territoriali o cittadini) alla loro allegazione e alla prova del loro contenuto. Nè il sistema era turbato dalle norme vaevoli nei tribunali territoriali, quando queste sancivano l'applicabilità *ex officio* del 'diritto generale' del territorio (Baldo aveva già insegnato che *statutum dicitur jus commune in patria*) e confermavano l'*onus probandi* per le norme vigenti nei singoli luoghi particolari del territorio stesso. Il sistema invece venne turbato quando la *Reichskammergerichtsordnung*

<sup>(4)</sup> LUIG, *Universales Recht und partikulares Recht in den Meditationes ad Pandectas von Augustin Leyser*, pp. 27-48.

<sup>(5)</sup> WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, trad. it., Milano, 1980, vol. I, p. 332.

<sup>(6)</sup> Il LUIG trova una nobile scusa per la non cospicua attività del Leyser scrittore, oppresso com'egli fu dai còmpiti professorali e dalle incombenze del render giustizia (« *seine Aufgabe als Professor und als Richter liessen Leyser nicht viel Zeit für eine grosse Aktivität als wissenschaftlicher Schriftsteller* » [p. 41]): ma perché altri, che pur non ebbero minori uffici, seppero dare tanto migliori prove? Resta tuttavia vero che in realtà certi personaggi di seconda fila, privi di quel genio dei protagonisti che talvolta ama compiacersi dell'intuizione solitaria, possono rappresentare meglio l'*aurea mediocritas* della scienza giuridica, ed offrire così con più indifesa trasparenza un saggio fedele dell'esperienza giuridica del loro tempo.

<sup>(7)</sup> Che gli ordinamenti cittadini — il L. rammenta Lüneburg 1401 e Am-burgo 1497 — dichiarassero prevalente il diritto locale-cittadino su quello territoriale e questo a sua volta sul *Kaiserrecht* (secondo un modello del tutto simile agli statuti dell'Italia comunale), non può a nostro avviso autorizzare lo storico a ragionare d'una collisione fra ordinamenti. In realtà queste 'gerarchie' — sulle quali si è forse discettato un po' troppo (anche da parte di chi scrive) — se le si leggono senza particolari pregiudizi e senza paralizzanti (e discutibilissimi) referenti teorici, si limitano proprio ad affermare ciò che era già di per sè assolutamente ovvio.

fu recepita senza variazioni in talune *Hofgerichtsordnungen* con quello che il L. definisce « un equivoco interpretativo ricco di conseguenze », in virtù del quale si dovrebbe provare il diritto territoriale dinanzi ai giudici del singolo territorio (e qui stava l'equivoco) e si finì poi col segnare una sorta di linea di confine come fra « diritto » e « fatto » fra il *jus commune* recepito ed ogni norma con esso concorrente. Senza scendere in una più minuta analisi di quanto il L. afferma in ordine alla *concordia discors* fra la *Reichskammergerichtsordnung* e le molte *Hofgerichtsordnungen* (una *concordia*, e una *discordia*, nelle quali ebbero parte anche tensioni istituzionali e gradi diversi d'autonomia), sembra lecito prospettare di sfuggita due domande (la cui rilevanza va forse al di là — e neppur di poco — dei problemi che il L. ha affrontato). In primo luogo c'è forse da chiedersi se la *Trennungslinie* fra 'diritto' e 'fatto' non divida piuttosto norme note (e perciò applicabili *ex officio*) e norme concretamente ignote allo stesso giudice e in quanto tali bisognose di prova; ed è quasi soverchio aggiungere che note al giudice devono essere le norme proprie del 'livello istituzionale' (*Reich* o territorio) a cui il giudice stesso appartiene. In secondo luogo vien da chiedersi se in un simile contesto sia significativo quanto basta il generalissimo termine 'diritto'. Lo è, direi, se il suo uso non rinvia nè a 'ordinamento' nè a 'istituzione' in senso modernamente statutale, se non pone — cioè — il problema d'una collisione fra ordinamenti (che non c'era e non era avvertita), ma si limita a 'leggere' tutto questo quadro secondo la chiave interpretativa del 'complesso di esperienza' <sup>(8)</sup>: nè vale la pena di sapere cosa, a questo punto, rimanga della troppo lodata 'gerarchia delle fonti', quando già si conosca la nessuna affidabilità di quel retorico termine 'fonte' di cui tanto inutile scialo si è fatto (e si sèguita a fare) <sup>(9)</sup>.

Sulle *Meditationes* del Leyser il L. osserva anzitutto che vi si trova condivisa l'*opinio* dominante secondo cui non era necessario provare la recezione e l'applicabilità d'ogni singola regola del *jus commune*; ma l'esempio che il Leyser addusse, tratto dalla sua esperienza nella *Spruchfakultät* di Helmstedt, la diceva lunga sui rischi insiti nell'ignoranza dei giudici, per la quale era possibile che norme di *jus commune* non oggetto di quotidiana prassi venissero pretermesse imponendosi in tal modo alle parti di provare esistenza e contenuto di consuetudini territoriali o locali per avventura identiche nella sostanza all'ignorato diritto comune. La seconda osservazione è che la presunzione a favore del *jus commune* si risolveva solo nel dovere di un'applicazione *ex officio* dalla quale non derivava a favore di questo *jus* alcuna 'prece-

<sup>(8)</sup> Quasi pleonastico l'ovvio rinvio a ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, II ed., Torino, 1961, pp. 375-387.

<sup>(9)</sup> Da vedere, ancora, ORESTANO, *I fatti di normazione nell'esperienza romana arcaica*, Torino, 1967, pp. 2-5.

denza gerarchica': chè, anzi, al Leyser erano anche occorsi casi nei quali la prova d'una *consuetudo generalis* poteva portare a soluzioni assolutamente singolari (cfr. p. 43). Inoltre — almeno dopo la Pace di Westfalia (1648) — i giudici ritennero sussistere una presunzione di vigenza per tutte le norme che potessero riconnettersi al potere legislativo dei principi del *Reich* che quella Pace aveva riconosciuto autonomo e legalizzato convalidando *ex post* la prassi già largamente consolidata di legiferare in deroga al *jus commune* recepto. (Allo storico dell'esperienza giuridica dell'Italia comunale verrebbe in mente, a questo punto, una specie di — forse troppo ardita — proporzione matematica: che la Pace di Westfalia stia alla presunzione di applicabilità delle legislazioni principesche come la Pace di Costanza sta — o era stata — alla *potestas statuendi* dei Comuni italiani).

Senza potersi soffermare ora sulle puntuali precisazioni del L. (cfr. pp. 44-47), vorremmo solo fare una chiosa da nulla alle conclusioni a cui lo scritto perviene (cfr. p. 48). Dice il L. che la sua indagine ha di per sé un significato solo come ricostruzione della riflessione teorica dei giuristi dell'*Usus modernus* in ordine all'applicazione del diritto, e come constatazione dell'uso pratico che un singolo giurista — Augustin Leyser, nel nostro caso — fece dei risultati di quella riflessione. Ma tutto questo sarebbe poca cosa, se misurato sull'orizzonte della 'storia giuridica materiale'. Si tratta, probabilmente, della naturale e lodevole modestia con la quale uno studioso serio guarda sempre al suo lavoro; ma non saremmo affatto d'accordo con tanta riservatezza. In primo luogo perchè — come lo stesso L. riconosce — questa è una pagina di storia che va studiata e approfondita, se si vuol capire fino in fondo e senza fraintendimenti la critica che nel XVIII secolo si levò nei confronti del diritto comune e del sistema che contrapponeva diritto 'generale' e diritti 'locali', critica che portò ai 'codici giusnaturalistici' i quali spazzaron via ad un tempo sia il 'diritto generale romano' che i 'diritti locali'. Ed in secondo luogo per una ragione ancor più radicale: quella modestia delle conclusioni potrebbe esser vera, solo se davvero la perfezione fosse data esclusivamente dalla 'storia giuridica materiale'; ma, in realtà, cos'è questa storia? chè s'ella fosse — come, ahimè, tanto spesso è stata — la tetra descrizione giustapposta dei 'contenuti' diversi di diritto comune e diritti 'locali', fatta per filo e per segno al solo scopo di catalogare pedestremente analogie e differenze (o, peggio ancora, alla ricerca dei soliti improbabilissimi *Einflüsse*), allora si potrebbe proprio dire che si tratta d'una povera cronaca priva di senso.

Il contributo del Dolezalek <sup>(10)</sup> riguarda una *decisio* della Rota romana resa sul finire del Trecento e relativa alla possibilità (affermata)

<sup>(10)</sup> GERO DOLEZALEK, *Scriptura non est de substantia legis - à propos d'une décision de la Rote Romaine de l'an 1378 environ*, pp. 51-70.

che « *constitutio sive statutum canonicorum sive capituli* » sia oggetto di prova testimoniale: un problema che — come già abbiám visto — rappresenta nei suoi termini generali (dell'onere di provare al giudice la norma da applicare) un *Leit-motiv* che ha attraversato tutta l'esperienza giuridica del diritto comune. Il tema è solo mediatamente attinente all'argomento del dibattito; giacchè, anche prima ed indipendentemente dalla *Reichskammergerichtsordnung* del 1495, l'onere di provare il diritto non poteva non avere ad oggetto che gli *jura propria* di per sè privi di generale notorietà. Lo scritto del D. è di grande finezza, e meriterebbe d'esser partitamente discusso, ma farlo ci porterebbe forse lontano dal filo del nostro discorso.

Direttamente ed esplicitamente rivolto al tema del convegno è, invece, il contributo di Filippo Ranieri<sup>(11)</sup>, uno studioso che da anni va dedicando le sue esemplari indagini alla giurisprudenza del *Reichskammergericht*. La ricostruzione del R. prende le mosse — con rigorosa concretezza, ma senza mai perdersi in vane prove di erudizione particolaristica — da un caso discusso dinanzi al *Reichskammergericht* fra il 1554 e il 1570 in sede di appello da una sentenza del *Hofgericht* della Pomerania, per risolvere il quale sembrava esser decisiva una norma statutaria della città di Stettino del 1479. Il problema era di accertare dinanzi al RKG quale fosse, non tanto il tenore testuale della norma stessa, quanto le modalità della sua consuetudinaria applicazione (che avrebbe potuto, almeno in parte, divergere da quel tenore testuale). Il R. ricorda che, attraverso la Recezione, era arrivata anche in terra di Germania quella « teoria degli statuti » nata nel contesto del *mos italicus* che dava vigore primario agli *jura propria* e funzione sussidiaria al *jus commune* temperando poi la portata dei primi col ricorso al principio *statuta sunt stricte interpretanda*: anche in Germania valse dunque il principio di ricorrere in primo luogo agli *jura propria* (*Gewohnheit, Stadtrecht, Landrecht*), ma lo si vanificò nel fatto introducendo la regola secondo cui chi allegava una regola del *jus commune* « *fundatam intentionem habet* » giacchè « *jura novit curia* », mentre l'applicazione degli *jura propria* era condizionata alla prova della loro esistenza del loro contenuto e della loro applicazione. Fu, questa regola, una creatura dei *doctores* dell'età della Recezione, giacchè la *Reichskammergerichtsordnung* nelle sue diverse redazioni e molte *Hofgerichtsordnungen* su quella (almeno nella sostanza) esemplate imponevano solo l'onere (di per sè comprensibilissimo) dell'allegazione; e fu una regola fondata sulla (gratuita, certo, ma vittoriosamente insistita) identificazione dello *statutum* con una *consuetudo* e di questa con un *factum* processualmente rilevante solo se provato. Allora, nota il R. sulla scorta anche di certe osservazioni, per esempio, del

(11) RANIERI, *Diritto comune e diritto locale nei primi decenni della giurisprudenza del Reichskammergericht. Alcune prospettive di ricerca*, pp. 73-92.

Wieacker <sup>(12)</sup>, la *Reichskammergerichtsordnung* non è stata — come voleva certa pur autorevole storiografia — il punto di partenza della c.d. Recezione «pratica» (*Vollrezeption*) ma «il punto d'arrivo di un lento e ben più antico processo di recezione culturale delle regole e degli strumenti concettuali della scuola italiana dei Consiliatori» (cfr. p. 78). Sembrerebbe, tuttavia, restar fermo il fatto che l'*interpretatio* dei giuristi, con l'imporre l'*onus probandi* a chi invocava una norma di diritto locale, ottenesse nella pratica l'effetto di rovesciare «il rapporto di sussidiarietà fra i due gruppi di norme» (cfr. p. 78) (*jus commune* e *jus proprium*). È una delle tesi storiografiche oggi più accreditate; ma — osserva il R. — nè questa nè le altre diverse o contrastanti sono state discusse a partire dalle fonti giudiziarie del RKG, alle quali si è sistematicamente preferito la lettura delle diatribe teoriche (cfr. p. 79). Tornando, dopo queste osservazioni, al caso concreto nel quale s'era discusso dell'applicabilità di quel certo statuto di Stettino, il R. dimostra che in realtà nel caso di specie il RKG assunse le prove testimoniali in ordine al contenuto della norma statutaria, e la domanda alla fine fu respinta proprio sulla base delle risultanze istruttorie. Quale che fosse in realtà la situazione normativa nella città baltica, il RKG riconobbe che «*cardo totius causae in interpretatione illius statuti (di Stettino) consistit*»; e la causa fu decisa sulla base dell'*interpretatio statuti* che le prove raccolte sembravano imporre, anche se il collegio non fu unanime nelle sue valutazioni. Una decisione che — giusta o sbagliata che fosse, poco importa — aveva preso addirittura a base una *opinio* minoritaria risalente al Saliceto e seguita anche altrove (nel Parlamento di Parigi, per esempio), secondo cui il giudice poteva anche d'ufficio accertare il contenuto d'uno statuto allegato.

Le conclusioni del R. sono particolarmente limpide sul piano metodologico: per risolvere davvero questi enormi problemi sarebbe necessario uno spoglio organico delle carte processuali del RKG (oggi sfortunatamente disperse in più luoghi) che dovevano serbar memoria di qualcosa come settantamila processi. Le ricerche fatte dal R. presso il *Max-Planck Institut* hanno consentito di regestare le carte di più che trentacinquemila giudizi; ed hanno consentito di accertare che la prassi del Tribunale di Spira non mirò punto a livellare gli *jura propria* a favore d'un indiscriminato ricorso al *jus commune* in forza della tanto celebrata *fundata intentio*: in realtà, assai più spesso di quanto non si potrebbe credere, i giudici del RKG vollero accertare anche *ex officio* le situazioni normative locali. Ed anche sulla provenienza territoriale dei processi di appello celebrati dinanzi al RKG vi sarebbero, ad avviso del R., da fare alcune istruttive constatazioni: anche quando, agli inizi del Cinquecento, la competenza del RKG si esten-

---

(12) WIEACKER, *Storia* cit., vol. I, pp. 257 ss.

deva ancora a quasi tutto l'Impero per la scarsità dei *privilegia de non appellando*, a Spira giungevano in prevalenza appelli dai territori meridionali e sudoccidentali dell'Impero. Si potrebbe perciò domandarsi se la apparentemente più profonda recezione del diritto comune avvenuta nelle regioni dell'Alta Germania fosse dovuta non ad una maggior 'fragilità' del *jus proprium* di quelle terre <sup>(13)</sup>, ma ad una più incombente presenza dell'opera uniformatrice del RKG. Ma la conclusione più puntuale è ancora di metodo, e riguarda la ormai impellente necessità di « integrare la tradizionale analisi delle fonti letterarie sulla recezione del diritto romano-comune in Germania con nuove indagini sul contesto storico-sociale, in cui questo grande fenomeno storico va inquadrato » (cfr. p. 92). Sarebbe difficile dissentire da questa giudizio-sissima indicazione di rotta; perchè sarebbe difficile negare che l'esperienza giuridica (quella della quale si vuol ricostruire la vicenda, non solo, ma ogni esperienza giuridica) non è soltanto l'esperienza giuridica riflessa; e perchè l'esperienza giuridica riflessa — la « dottrina », per usare una terminologia tanto tradizionale quanto sommaria — non è certo il solo tramite di cui lo storico si può giovare per ricostruire quella storia dei principî che pure non esaurisce l'intera esperienza. Tutto questo apre lunghe ed affascinanti prospettive di nuove ricerche (sulle quali il R. si è da tempo felicemente incamminato), che probabilmente — quando saranno state condotte fino in fondo — ribalteranno molti luoghi comuni sui quali da tempo ci stiamo tutti, chi più chi meno, beatamente cullando.

I contributi recati al Convegno dall'*Institut* di Montpellier, pur se preziosi nei loro singoli contenuti, non appaiono tutti ugualmente pertinenti al tema generale: non lo sono di certo quelli del Lacave <sup>(14)</sup>, dello Chêne <sup>(15)</sup>, della Reyerson <sup>(16)</sup> e dell'Otis <sup>(17)</sup>, sicchè si può fare a meno di discuterne qui. Il saggio del Gouron <sup>(18)</sup>, invece, merita d'esser brevemente discusso anche se non affronta *ex professo* il problema del rapporto fra diritto comune e diritti locali; non foss'altro perchè il problema della *potestas statuendi* — coinvolgendo una questione di rilevanza reciproca fra due ordinamenti (quello nel quale la *potestas statuendi* viene esercitata e quello che questa *potestas* rico-

<sup>(13)</sup> Come, per esempio, pensa il WIEACKER (*Storia cit.*, vol. I, pp. 198 s.) che R. cita.

<sup>(14)</sup> MICHEL LACAVE, « *Façades uniformes* »: *esthétique urbaine et expropriation en France sous le Second Empire*, pp. 121-138.

<sup>(15)</sup> CHRISTIAN CHÊNE, *Remarques sur la police rurale dans les coutumes du Rouergue*, pp. 171-186.

<sup>(16)</sup> KATHRYN L. REYERSON, *Les opérations de crédit dans la coutume et dans la vie des affaires à Montpellier au Moyen Age: le problème de l'usure*, pp. 189-209.

<sup>(17)</sup> LEAH OTIS, *Une contribution à l'étude du blasphème au Bas Moyen Age*, pp. 213-223.

<sup>(18)</sup> ANDRÉ GOURON, *La potestas statuendi dans le droit coutumier montpellerain du XIIIe siècle*, pp. 97-118.



nosce) — già di per sè rinvia a quel rapporto come al suo referente imprescindibile <sup>(19)</sup>. Il G. ricostruisce in queste pagine la storia dei rapporti fra la città di Montpellier e gli Aragonesi, desiderosa la prima di consolidare i propri poteri legislativi e di governo, disposti i secondi — seppure non « *de gaîté de coeur* » — alle più larghe concessioni in cambio del pagamento di sempre più ragguardevoli somme di denaro o della rinuncia da parte della *communitas Montispessulani* a ricevere la restituzione di quanto mutuato: una vicenda che per il vero richiama assai significativamente alla memoria la storia istituzionale delle città del *Regnum Siciliae* <sup>(20)</sup>. In un tale contesto non meraviglia che « *de la potestas statuendi persone, sinon le Pape, ne sifflait mot* » (cfr. p. 105) e che nei testi legislativi cittadini « *aux accents triomphalistes dont s'entoure le rappel de la potestas statutaire* » facciano poi riscontro interventi normativi sostanzialmente modesti: evidentemente la così spesso lodata *influence del droit savant* — che in Montpellier aveva tante ragioni di dispiegarsi dopo che il Piacentino vi era approdato esule dalle sue terre — non riusciva ad andare molto al di là dell'altisonanza d'un esordio redatto secondo le buone regole del *dictamen* cancelleresco. La vicenda, insomma, appare segnata da precise coordinate locali, che la rendono assai diversa da quella che vissero le città comunali d'Italia dalla Dieta di Roncaglia alla Pace di Costanza e che diede materia e vocabolario a quella dottrina degli statuti fondata tutta sulla *potestas statuendi* come suo nucleo essenziale <sup>(21)</sup>. Voglio dire che la *potestas di statuere in consuetudinibus* appare derivata dalla *concessio* regia quanto la ricognizione della *potestas statuendi* di cui si ragiona (pur senza nominarla) negli *Acta pacis Constantiae* si palesa come semplice legittimazione *ex post* di quel che ormai era nel fatto largamente consolidato <sup>(22)</sup>. In questo senso, ed entro questi limiti, le pagine del Gouron attengono al gran tema 'diritto comune - diritti particolari', anche se la situazione istituzionale di cui vi si ragiona appare un po' defilata rispetto all'omologa situazione che costituì il

<sup>(19)</sup> Per alcune ulteriori considerazioni sia consentito rinviare a quanto già abbiamo scritto nelle *Osservazioni sulla potestas statuendi dei Comuni nello Stato della Chiesa (a proposito di Const. Aeg., II, 13)*, in: « El Cardenal Albornoz y el Colegio de España », Vol. III (= « Studia Albornotiana », XIII), Bologna, 1973, pp. 67-83.

<sup>(20)</sup> Le cui vicende istituzionali son così ben designate dal BELLOMO, *Società e istituzioni in Italia dal Medioevo agli inizi dell'Età moderna*, III ed., Catania, 1982, pp. 283 ss. Le analogie appaiono notevoli, per esempio, nella carta del 15 giugno 1204 che il G. analizza a p. 99, dove appare chiaramente l'identificazione (o, per lo meno, la non completa distinzione) fra *statutum* e *consuetudo* tanto da potersi parlare d'uno *statuere in consuetudinibus* (cfr. p. 101 a proposito d'una carta del 15 agosto di quello stesso 1204).

<sup>(21)</sup> Si potrebbe forse rinviare ancora alle nostre *Osservazioni*, cit.

<sup>(22)</sup> La cancelleria fridericiana fu, in questo, assolutamente esplicita, quando fece dire all'Imperatore « *concedimus vobis civitatibus [...] ut in ipsa civitate omnia habeatis sicut hactenus habuistis vel habetis* ».

terreno di cultura della 'dottrina degli statuti' elaborata dai *doctores* d'Italia.

Il Carbasse, nello scritto <sup>(23)</sup> che studia i pochi testi delle *coutumes* della Francia meridionale dov'è imposto alle comunità di risarcire i *maleficia clandestina* in virtù d'una loro affermata responsabilità collettiva, constata anzitutto che queste norme consuetudinarie sono databili fra il 1240 e il 1300 (con esiti 'ulteriori' fino al 1350) e provengono dalla Provenza e dalle terre del Sud-Est. Per quanto, poi, attiene alle origini di queste *coutumes*, il C. ritiene di individuarle in 'influssi' canonistici mediati da legislazioni signorili. La scomparsa — invece — di questa normativa consuetudinaria è attribuita dal C. (ed eccoci al tema) alla cosiddetta « *conquête progressive du Sud-Ouest par le droit romain, dont l'individualisme n'a pu que faire reculer les pratiques communautaires* » (cfr. p. 150): complesso gioco d'*influences* — positive e negative — su cui il lettore potrebbe forse aver qualche riserva metodica da prospettare, ma di cui preferisce lasciare intero il merito (e la responsabilità) all'autore.

Le pagine che il Giordanengo dedica alle *coutumes* e al diritto feudale nel Delfinato e in Provenza <sup>(24)</sup> pongono il problema delle *influences savantes* sul diritto feudale di queste regioni e della loro integrazione con gli usi locali fra la seconda metà del Duecento e il Trecento. In Provenza, come dimostrano le fonti (ed in particolare due testi rispettivamente del 1210 e del 1341), la ricognizione (ma forse dovremmo parlare di 'ritrovamento') <sup>(25)</sup> degli usi locali — anche attraverso decisioni arbitrali — lasciata ai *doctores* tese irresistibilmente ad assumere « *une forme savante* » (cfr. pp. 157-159): sicchè sembrerebbe di poter dire che il filtro dell'ambiente 'colto' — che ben conosceva e sapeva ben maneggiare i testi — riuscì ad elaborare un *ius commune feudorum*, di fronte al quale la *coutume* non resse il confronto restando sommersa da questa « *vague de droit savant* » (cfr. p. 159). Diversa la situazione nel Delfinato, dove l'influsso dei giuristi appare meno forte e maggiore la 'resistenza' del sistema consuetudinario (cfr. p. 160), come le fonti sembrano confermare (cfr. pp. 160 e 165). Si deve allora concludere che, per quanto attiene alla materia feudale, si debba parlare d'un diritto provenzale *savant* da contrapporre ad un diritto delfinatese *coutumier*? (cfr. p. 165). Il G. esclude la plausibilità d'una simile contrapposizione così rigorosa e preferisce (giustamente) interrogarsi — con lo Chevrier — sulla « *existence d'un droit des fiefs qui serait commun au sud-est de la France entendu très*

<sup>(23)</sup> JEAN MARIE CARBASSE, *La responsabilité des communautés en cas de 'méfaits clandestins' dans les coutumes du Midi de la France*, pp. 141-152.

<sup>(24)</sup> GÉRARD GIORDANENGO, *Coutume et droit féodal en Dauphiné et en Provence (XIIIe et XIVE siècles)*, pp. 155-167.

<sup>(25)</sup> *Ritrovamento del diritto* nel senso che a questo termine (o, diciam meglio, a *Rechtsfindung*) dà il WIEACKER, *Storia* cit., vol. I, p. 278 (= *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl., Göttingen, 1967, p. 188).

*largement*». Infatti nelle terre del *droit écrit* ci fu lotta aperta contro i *Libri Feudorum* condotta da personaggi come Pierre James e Jean Faure; e perchè, si chiede ancora il G. (cfr. p. 166), in Provenza almeno non si è arrivati ad identificare feudo ed enfiteusi (come un'ottica rigorosamente *savante* avrebbe forse potuto suggerire)? Anzi, nei secoli XVII-XVIII, saranno proprio i giuristi provenzali a negare l'influenza *savante* dei *Libri Feudorum*, così come un giurista delfinatese del Quattrocento — Guy Pape — aveva riconosciuto come *jus commune* i *Libri Feudorum* eccettuati solo quei pochi casi « *in quibus consuetudo contraria in hac patria reperitur* » (cfr. p. 166, nt. 63).

La conclusione che il lettore è indotto a trarre è, ancora una volta, che — al di là delle puntuali 'gerarchie' che saremmo sempre tentati di redigere — il problema storico vero non è forse nè di 'recezioni' nè di 'influssi' nè di *droit savant* come sistema normativo 'compatto', ma di possibili 'letture dotte' che via via hanno interpretato (e, per ciò stesso, variato) i dati che l'esperienza giuridica ('inconsuete tunica', direbbe il Calasso) <sup>(26)</sup> giorno dopo giorno proponeva alla fatica dei *doctores*.

Gl'interventi del madrileni *Instituto Nacional de Estudios Juridicos* si collocano tutti, in modo singolarmente diretto e rigoroso, nella prospettiva del tema generale: sia che l'indagine si volga alla storia d'un singolo istituto (com'è il caso del contributo della Alonso Martin), sia che l'attenzione sia diretta ai rapporti fra diritto comune e diritto territoriale o locale in una determinata regione (che è il tema studiato dal Garcia-Gallo, dal Martinez Diez e dalla Barrero Garcia).

Nel primo caso — nel lavoro della Alonso Martin sulla dote, cioè <sup>(27)</sup> — è dato cogliere con puntualità l'intervento legislativo dei re di Castiglia sull'antico tessuto normativo di derivazione visigotica, rifiuto nel tempo con accenti e modulazioni diverse nelle singole normazioni locali. La Recezione in materia dotale sembra emergere nell'opera legislativa di Alfonso IX col *Fuero Real*, promulgato anche « *para conseguir la uniformidad del derecho de Castilla* » (cfr. p. 293) e soprattutto con le *Partidas* nelle quali « *se da entrada ya al régimen dotai justiniano* » (cfr. p. 294). I tramiti della 'penetrazione' furono anche altri, legislativi e di prassi (cancelleresca e notarile): la A.M. ne segue puntualmente la storia segnata ad un tempo da continuità autoctone di remota origine visigotica (mediate dai *Fueros* e giunte fino alla codificazione come patrimonio tipico dell'esperienza giuridica spagnola) e da innesti di sapore giustiniano, sulla cui reciproca incoerenza si esercitò la fatica degli'interpreti.

<sup>(26)</sup> CALASSO, s.v. *Equità - premessa storica*, in *Enc. del Dir.*, vol. XV, p. 69 (= *ID.*, *Storicità del diritto*, a cura di P. FIORELLI, Milano, 1966, p. 376).

<sup>(27)</sup> MARIA LUZ ALONSO MARTIN, *La dote en el derecho local y en el derecho territorial castellano bajo la Recepción*, pp. 287-301.

Le pagine del Garcia Gallo <sup>(28)</sup> offrono una ricostruzione coerente e puntuale della storia giuridica delle terre soggette alla corona aragonese per quanto riguarda il rapporto fra diritto comune e diritti locali. Di queste terre solo la Catalogna ha vissuto fra l'VIII e il XIII secolo nel solco della tradizione giuridica europea: la tradizione teodosiano-visigotica vi restò viva ed operante, anche quando nel resto della Spagna dominavano gli Arabi (cfr. pp. 229-233).

Diverso è il discorso da fare per i 'nuovi territori'. Alla metà del XII secolo la situazione muta rapidamente: conquistate Tortosa (nel 1148) e Lerida (nel 1149) si vien formando la Nuova Catalogna; nel 1228 si riconquista il Regno di Maiorca, negli anni 1233-1260 quello di Valenza; comincia, attraverso Barcellona, il contatto col grande commercio mediterraneo (cfr. p. 233). La corona aragonese fa così il suo ingresso nel contesto basso-medievale della Francia del Sud e dell'Italia; e se nella Vecchia Catalogna la popolazione aveva conservato il suo antico patrimonio giuridico, nelle terre di recente riconquistate non esisteva « *una tradición jurídica de raíz cristiana* » (cfr. p. 234). Contemporaneamente, mentre la popolazione autoctona continua a vivere « *conservando su propio Derecho* », le « *gentes de distinta procedencia* » che vengono a popolare queste terre appena riconquistate pongono col loro stesso sopraggiungere le premesse per un radicale mutarsi dell'ordinamento vigente in coincidenza con quel mutare delle condizioni sociali ed economiche che è tipico della crisi di passaggio al Basso Medioevo. La *Lex Gothorum* non ha forza di rinascere dopo i secoli della dominazione araba; nè la legislazione regia riesce a farsi così ampia ed articolata quanto le esigenze imporrebbero. Si perde così l'unità giuridica e tarda a svilupparsi un diritto territoriale. A tutte queste circostanze « *se debe sin duda alguna a que a fine del siglo XII ha penetrado ampliamente en Cataluña el Derecho romano* » (cfr. p. 237): una « *receptión erudita* », dapprima, a cui « *sigue muy pronto la penetración del Derecho romano en la práctica* » (cfr. p. 238). Tutto questo si traduce però, nella sostanza, in assai consuete e prevedibili 'gerarchie di fonti', e chiama addirittura precise reazioni di rigetto da parte dei legislatori, anche se questo rigetto è poi smentito — come nel caso del *Código de Valencia* — da legislazioni fortemente e palesemente 'romanizzate' (cfr. p. 239). Nè il termine *consuetudines* che sovente intitola le legislazioni locali deve trarre in inganno: lo provano le Consuetudini di Valencia largamente esemplate sul *Codex* giustiniano <sup>(29)</sup>. Non dissimile, alla radice, la situazione di Tortosa, dove

<sup>(28)</sup> ALFONSO GARCIA-GALLO, *El derecho local y el comun en Cataluña Valencia y Mallorca*, pp. 229-249.

<sup>(29)</sup> L'A. afferma (cfr. p. 241) che « *la Costum o Furs de Valencia supone la recepción casi plena del Derecho romano, primero en el ámbito local y luego en el general, al convertirse sus preceptos en leyes de un código nacional* » (l'ultimo corsivo è nostro).

— sia pure con la affermata presenza d'un patrimonio consuetudinario (cfr. p. 242) — il diritto romano era certo presente nella pratica giudiziaria nel 1262 (cfr. p. 243) e nel 1272 il diritto comune appariva in una 'gerarchia' in funzione suppletiva al diritto locale e agli *Usatges* di Barcellona (cfr. *loc. ult. cit.*). A parte certi problemi di palese influenza reciproca fra raccolte di consuetudini di città diverse (che porrebbe problemi non piccoli, ben noti anche a chi ha studiato le consuetudini delle città di Sicilia)<sup>(30)</sup>, si può certo parlare — per Valencia e Tortosa — di testi romani inclusi letteralmente in queste raccolte; ed anche per altre legislazioni locali il discorso da fare sembra sempre sostanzialmente lo stesso. Diversa, almeno formalmente, la storia legislativa del Principato di Catalogna nel suo insieme (nella quale, dalla proibizione del 1241 di applicare anche sussidiariamente le leggi romane e canoniche — che non sembra aver avuto pratica applicazione —, si arrivò fino al riconoscimento, nel 1409, del vigore sussidiario del diritto comune dinanzi alle Cortes di Barcellona) così come diversa fu quella del Regno di Maiorca (d'una diversità che non intaccò la sostanza del processo di recezione).

Le pagine del Martinez Diez propongono il problema delle origini della Recezione in Spagna<sup>(31)</sup>, o per meglio dire nel Regno di Castiglia e León. È una storia istruttiva, perchè testimonia di una presenza del diritto canonico (e d'un gran numero di canonisti anche di prestigio europeo) a partire dal regno di Alfonso VI (1072-1109) che rompe l'antico «*magnifico aislamiento*» della cristianità e della società castigliana da Roma; mentre nè d'una presenza di giuristi laici educati alla lettura del *Corpus* giustiniano nè d'una sostanziale e diffusa conoscenza di questo *Corpus* si può parlare fino alla metà del XIII secolo e al regno di Alfonso X. Fu questo sovrano dalla saggezza autonomatica che fondò nel marzo del 1254 a Salamanca la prima cattedra di *ius civile*, e che al *ius civile* s'ispirò nella sua opera di riformatore legislativo. Ma se è vero quel che l'A. dimostra, e cioè che il *Fuero Real* non è — come tradizionalmente si riteneva — del 1255, ma la sua redazione come *Fuero de Castilla* va retrodatata al 1249 (cfr. p. 261); e se la sua composizione appare legata a doppio filo col canonista Fernando Martinez de Zamora, resta confermato che la recezione del *ius civile* in Castiglia fu opera dei canonisti i quali, attraverso il re, riuscirono ad influenzare l'amministrazione l'opera dei giudici e le università (cfr. p. 259). Se, almeno inizialmente, il *Fuero real* limitò il suo vigore alla sola Castiglia (con esclusione, dunque, del Regno del León, del Regno di Toledo e di gran parte dell'Andalusia), spettò ad un'altra opera del 1255 voluta anch'essa da Alfonso X

(30) Per tutti cfr. BELLOMO, *Società e istituzioni*, cit., pp. 296 s.

(31) GONZALO MARTINEZ DIEZ, *Los comienzos de la recepción del Derecho romano en España y el Fuero Real*, pp. 253-262.

e destinata ai giudici sia di Castiglia che del León — l'*Espéculo* — il compito di « *extender el influjo del Derecho Romano a la totalidad de su reino* ». La conclusione che il M.D. trae è semplice: « *potemos muy bien datar la recepcion del derecho romano en Castilla en el año 1255 simultanea y paralelamente desde el Fuero Real y el Espéculo* »: una prima recezione, giacchè « *la segunda y definitiva tenarà lugar años mas tarde a través de la Partidas* » (cfr. p. 262). Che è conclusione molto semplice e limpida, con la quale il lettore (convinto dalle puntualissime dimostrazioni) può ben consentire <sup>(32)</sup>, ferma restando semmai la consueta doppia cautela di non datare in modo troppo rigoroso processi per loro natura lentamente progressivi e perciò solitamente distesi in archi di tempo assai lunghi, e di accertare nel modo meno riduttivo possibile l'oggetto proprio di quella che — forse un po' troppo frettolosamente — si ama in genere definire 'recezione del diritto romano'.

Il contributo della Barrero Garcia — intitolato alla ricostruzione del sistema del diritto locale territoriale generale e comune in Castiglia Aragona e Navarra <sup>(33)</sup> — mira diritto al nucleo essenziale del generale tema di dibattito. Al di là delle sue apparenti complessità, l'esperienza giuridica medievale spagnola sembra ricostruibile storicamente sul filo di tre tappe fondamentali: la vigenza dei diritti locali, la loro confluenza negli ordinamenti territoriali ed infine il passaggio di questi e di quelli « *a un derecho general más o meno romanizado* » (cfr. pp. 265 s.).

Per quanto attiene ai diritti locali — a parte la specialissima situazione di Toledo, dove una numerosa popolazione visigotica serbò la propria identità anche giuridica attorno alla *Collectio Hispana* e alla *Lex Visigothorum* e la mantenne viva nel contesto della tradizione culturale mozarabica (cfr. p. 270) — il medioevo spagnolo sembra segnato, fino al XIII secolo e nei territorî studiati dalla B.G., dalla scomparsa del diritto visigotico e dallo sviluppo di un sistema di normazione consuetudinaria vitalmente legato alle condizioni materiali d'una vita fatta quasi soltanto di pastorizia e costretta a svolgersi in un territorio che certo non favoriva ricchezza e varietà di rapporti: si ebbe insomma in questi secoli « *un derecho consuetudinario y simple, propio de una sociedad poco desarrollada* » (cfr. pp. 266-268). La riconquista delle terre già di dominazione araba impose il trapianto di questo sistema consuetudinario ed il suo sollecito adeguamento alle mutate condizioni di esistenza della società: tale adeguamento si ebbe attraverso *privilegia* regali via via ampliati e confermati in coerenza alle sempre mutevoli circostanze (cfr. pp. 268 s.).

<sup>(32)</sup> Tanto più che è consueto ormai parlare d'una « protorecezione » operata dai canonisti assai prima della c.d. « recezione pratica »: cfr. WIEACKER, *Storia*, cit., vol. I, pp. 133 ss.

<sup>(33)</sup> ANA MARIA BARRERO GARCIA, *El Derecho local, el territorial, el general y el comun en Castilla, Aragon y Navarra*, pp. 265-284.

Allo sviluppo della società nei nuovi territorî consuetudini e privilegi si palesarono presto insufficienti; sicchè nel XII secolo un nuovo patrimonio normativo prese forma sviluppandosi dall'antico assetto consuetudinario e dalle sentenze che i giudici — da buoni pratici del diritto — « *apojan en la costumbre y la desarrollan* » (cfr. p. 269); un patrimonio normativo che presto trovò nella scrittura un valido strumento di consolidazione.

Il passaggio dai diritti locali a quelli territoriali — avvenuto dalla metà del XII secolo in poi sulla spinta dei problemi che alla 'nuova società' erano posti dalle trasformazioni in atto (processo di urbanizzazione, nascita e sviluppo del commercio e dell'artigianato, aggregazioni corporative) — avvenne sul filo della recezione da luogo a luogo e di 'generalizzazione' di quei *fueros* che meglio sembravano rispondere alle esigenze di questa società in trasformazione. Un processo legato alla sempre più consolidata prassi di redigere per iscritto le norme locali, e che naturalmente comportava un continuo riplasmarsi del patrimonio normativo con confluente di norme di diversa origine e smembramenti di sistemi originariamente compatti. A questo processo di territorializzazione posero mano — in un continuo lavoro tanto anonimo quanto fecondo — una folla di operatori preoccupati di adeguare continuamente gli strumenti normativi locali mettendo a profitto le soluzioni già altrove utilmente sperimentate (cfr. pp. 271-275).

Il passaggio — logicamente, se non proprio cronologicamente, successivo — « *de los derechos locales y territoriales a un derecho general romanizado* » (cfr. pp. 275-284) non avvenne in modo rigorosamente uniforme, anche se gl'itinerari furono profondamente simili fra loro: la ricostruzione che di questo processo offre la B.G. è nitida ed appagante.

Nel regno aragonese il processo di unificazione prese le mosse coi *Fueros de Aragon* del 1247 (*Cortes* di Huesca): la legislazione resterà sempre tendenzialmente legata al substrato della tradizione e mostrerà perciò « *una cierta hostilidad hacia el Derecho romano* », ostilità che sarà validamente compensata dall'opera « interpretativa » dei giudici regi.

Più complesso si presenta il panorama castigliano. Alla metà del XIII secolo l'opera di razionalizzazione del sistema normativo è già avviata (col *Fuero Juzgo*) e trova in Alfonso X il suo protagonista. Le rielaborazioni operate da questo sovrano non insensibile « *a las nuevas corrientes* » furono occasione dell'improvviso rinascere — per reazione — di *Fueros* fortemente tradizionalisti ai quali la cancelleria alfonsina replicò prima col *Fuero Real* poi con le *Partidas*, che la B.G. definisce « *una magna enciclopedia jurídica que refunde ampliamente la doctrina filosòfica, moral y política de la epoca con una extensa exposición de normas romanas y canonicas* » (cfr. p. 279): un tipico e potente vei-

colo di 'recezione', insomma, che troverà la propria definitiva sistemazione nel 1348 con l'*Ordinamiento de Alcalá* dove è riconosciuta la preminenza del *Fuero Real* e la funzione integrativa (tipica, d'altronde, del *jus commune*) delle *Partidas*.

In Navarra, invece, i re di schiatta francese non intervennero nella materia, consentendo così a una *obra tosca, mal elaborata* come il *Fuero General de Navarra* di diventare il pilastro fondamentale dell'ordinamento navarro; e spettò così ai giudici interpretare i *Fueros* e le consuetudini nell'ottica che poteva esser suggerita dalla loro cultura romanistica, elaborando così per via giurisprudenziale una situazione che apparirà ben consolidata quando nel XVI secolo il regno di Navarra confluirà in quello di Castiglia (cfr. pp. 282-284).

I contributi all'Istituto di Storia del Diritto italiano dell'Università di Milano si aprono con un saggio del Cavanna dedicato alla estrema crisi della legislazione stautaria lombarda alla soglia dell'Età delle codificazioni<sup>(84)</sup>. Il C. constata anzitutto l'interesse da sempre dimostrato per il gran tema del *jus proprium* dalla storiografia giuridica italiana, sia pure con esclusivo riferimento alla c.d. 'civiltà comunale' e perciò con un taglio decisamente medievistico (cfr. p. 307). Non mancano ragioni per giustificare questa scelta: lo splendore dell'età delle autonomie comunali (cfr. p. 308), non solo, ma anche il fatto che nello Stato principesco dell'Età moderna l'assolutismo del Principe disarticola il sistema della pluralità delle 'fonti' del diritto scoprendo piuttosto i 'valori' della certezza e della unificazione e uniformazione dei sistemi normativi (cfr. p. 309). All'opera di livellamento — osserva ancora il C. (cfr. p. 310) — dettero un valido contributo anche i Grandi Tribunali; alla fine, quando nascerà e si affermerà fino a trionfare l' 'idea di codice', l'antico 'pluralismo' degli *jura propria* sarà riduttivamente inteso ed interpretato come particolarismo (cfr. p. 310) (termine, quest'ultimo, che sarà riferito all'esperienza giuridica dell'età medievale proprio dalla storiografia positivista ottocentesca tutta pervasa dalla infatuazione 'unitaria' propria della codificazione) (cfr. p. 311). Mentre — ad avviso del C. — «la vicenda del diritto statutario ha lo stesso un suo fascino e merita una certa attenzione anche nella fase della decadenza e del tramonto» (cfr. *loc. ult. cit.*), non foss'altro perchè questo *jus proprium*, anche al punto estremo del suo itinerario, ha saputo fungere da «masso controcorrente» e dare una «ostinata contropinta» a quegli impulsi che conducevano ormai invincibilmente l'esperienza giuridica verso gli esiti di uniformità propri della codificazione. Il lettore può convenire con questa prospettiva, non senza aver fatto due tenui notazioni. La prima è che il disinteresse della

(84) ADRIANO CAVANNA, *Tramonto e fine degli statuti lombardi*, pp. 307-328.



storiografia giuridica per la legislazione statutaria post-comunale, oltre che da pregiudiziale 'mentalità codicistica', può essere stato motivato anche dal fatto che assai spesso dietro tanta parte di questa tarda legislazione non c'è più lo spessore fondante di quella realtà istituzionale che aveva reso così prepotentemente vitale lo *jus proprium* della società comunale. La seconda è che l'esercizio di quella certa funzione di 'masso' e di 'contropinta' sembra essere ancor oggi *thema probandum* e potrebbe dirsi sicuramente constatata solo se si dimostrasse la capacità degli Statuti locali in età principesca di creare nuovi assetti normativi coerenti con le sempre nuove esigenze emergenti, e non già di conservarne di vecchi nè di ridursi al rango di scoloriti regolamenti speciali o territoriali nel contesto di ordinamenti ormai definitivamente unificati ed accentrati nelle mani d'un assoluto (anche se talvolta illuminato) sovrano.

In questa prospettiva, dunque, il C. studia l'estrema esperienza statutaria in Lombardia, sullo sfondo di quella complessa vicenda culturale e politica che fu l'Illuminismo giuridico lombardo che visse la sua stagione di rinnovamento dalle cautele teresiane attraverso le bufere giuseppine fino ai 'definitivi' sconvolgimenti dell'età napoleonica (cfr. pp. 312-314). Episodio significativo di questa lunga tormentata vicenda fu la pubblicazione, nel 1747, d'una nuova edizione delle *Constitutiones Domini Mediolanensis* a cui il curatore dell'edizione — Gabriele Verri — premise un suo *De ortu et progressu iuris Mediolanensis Prodrumus* (cfr. p. 314).

Questo scritto — nota il C. —, nel quale pure si prende atto dello « stato di avanzata senescenza » in cui ormai versa la legislazione statutaria, appare tuttavia fondato sulla constatazione che gli Statuti formano con le *Constitutiones* la « coppia » (intesa proprio in senso fisico di coppia di forze) su cui si regge l'intero sistema giuridico lombardo (cfr. p. 315). Anche su questo può consentire il lettore; al quale tuttavia non sfugge (come non sfugge al C., che lo sottolinea) che di quella « avanzata senescenza » di cui or ora dicevamo resta un segno profondo e indiscutibile nella trama ricostruttiva del sistema che lo stesso Verri propone: giacchè non appare dubbio che l'identificare — come fa il Verri (cfr. p. 315, nt. 17) — lo *statutum* con lo *jus privatum* e le *Constitutiones* col *publicum* è conferma indiscutibile della riconosciuta 'evaporazione' di quel substrato istituzionale che era stato (in secoli ormai lontani) la radice vera del vigore dello statuto. Nel suo *Prodrumus* il Verri lamentava anche le ragioni della crisi in atto nel sistema dell'ordinamento giuridico lombardo e chiedeva una maggiore attenzione per gli Statuti esigendone nel contempo un'adeguata riforma; giacchè non appariva sopportabile che queste compilazioni normative — alle quali restava pur sempre affidata la disciplina di tanta parte del sistema di diritto privato — fossero ormai territorio di pascolo brado per un *vulgus pragmaticorum* privo di senno

e di scrupoli (cfr. pp. 315-316). Questo disegno del Verri — tutto coerentemente incentrato sul fondamento della « *necessaria hodierna autonomia* » e alternativo rispetto ai propositi d'una più radicale riforma del sistema formulati dal Muratori — appare tuttavia utopico (cfr. pp. 315-317, soprattutto nt. 19, 23, 26), dal momento che quella *autonomia*, che pure il Verri elogia come 'necessaria' alla soluzione dei problemi dell'oggi, era ormai morta nei fatti ed era perciò priva di senso l'idea di mantenerne forzosamente in vita l'antico 'prodotto'.

Al programma del Verri si contrappose la soluzione « distruttiva » del Kaunitz, ad avviso del quale « l'esperienza dimostra che per alzare una buona fabbrica bisogna atterrare la vecchia; se non si aboliscono le Nuove Costituzioni e quell'*inestricabile labirinto di statuti e di leggi* ... Milano non potrà mai *risorgere* » (cfr. p. 319) <sup>(35)</sup>. Questo più radicale progetto aveva per sè l'avvenire, e non valsero certo a bloccarlo le nostalgie del Verri (cfr. p. 320) o quella più che moderata soluzione adombrata dallo Spannocchi, che — ritenendo « ancora immaturo » il « codice universale » — pensava di « preparare indirettamente » una remota « rivoluzione » attraverso una « ricompilazione in uno solo di questi municipali Statuti » (cfr. p. 321). Come ogni programma moderato (moderato sul piano culturale, non su quello della prudente scelta degli strumenti), anche questi del Verri e dello Spannocchi finivano col piegare gli strumenti che sceglievano oltre la loro naturale elasticità e col trasfigurarne in certo modo l'essenza; giacchè, in buona sostanza, sia dal Verri che dallo Spannocchi lo Statuto era sentito come 'fonte' normativa sostanzialmente arretrata capace di conservare un tessuto giuridico antico e disponibile solo ad una riforma sostanzialmente eteronoma, fatta — come si dice — 'dall'alto'. E non ci si accorgeva che quest'ultima parte del progetto — che di per sè era la più originale e significativa — contraddiceva in modo radicale ed insanabile quella che potremmo chiamare 'idea di statuto'. In questa stessa prospettiva anche i pareri di taluni non eccelsi giuristi — come il Gola o il Giletti — che preferivano gli antichi statuti e le *Constitutiones* al nuovo Regolamento giudiziario austriaco (cfr. p. 322) ricordano da vicino la patetica ira dei vecchi giudici di Frauenfeld di fronte all'incauto *doctor* che aveva osato allegare le straniere *opiniones* di Bartolo e di Baldo <sup>(36)</sup>. La conclusione della vicenda è quella che tutti sappiamo, e che il C. sintetizza come meglio non si potrebbe:

<sup>(35)</sup> Su questa vicenda son da vedere le lucide pagine del PETRONIO, *Il Senato di Milano - Istituzioni giuridiche ed esercizio del potere nel Ducato di Milano da Carlo V a Giuseppe II*, I, Milano, 1972, pp. 293 ss.; su questa stessa lettera del Kaunitz cfr. pp. 296 s.

<sup>(36)</sup> La celebre storiella è raccontata dal KISCH, *Bartolo e Basilea* (in: « Bartolo da Sassoferrato », Milano, 1962, I, p. 349) e rammentata dal WIEACKER, *Storia*, cit., I, pp. 118 s. Ma probabilmente proprio d'una storiella si tratta (GENZMER, ZSS, RA, LXVII, 1950, p. 605).

«ormai la volontà di liquidare *in toto* il tradizionale assetto particolaristico del diritto si è fatta definitivamente strada, sull'onda stessa dei tempi e degli eventi. Il vecchio mondo a misura di un Gabriele Verri, in cinquant'anni, si è completamente dissolto» (cfr. p. 326).

Il lungo saggio della Di Renzo Villata sulla riflessione dei giuristi lombardi dell'Età moderna intorno al rapporto tra diritto comune e diritto locale <sup>(37)</sup> meriterebbe una lettura puntuale che ci è vietata da ovvie ragioni di spazio. Ci limiteremo a prospettare una (forse marginale) questione di metodo e a chiosare brevemente le conclusioni a cui la D. R. V. giunge alla fine della sua ricerca. La questione metodica, anzitutto. I giuristi che la D. R. V. ha esaminato vanno da Giason del Maino a Alberto De Simoni, dal finire cioè del Medioevo alle soglie dell'Ottocento, passando attraverso l'Alciato, il Belloni, il Claro, Gabriele Verri, il Beccaria, Alessandro Verri e lo Spannocchi (per non dir dei molt'altri e 'minori', le pagine dei quali sono pur state lette con grande puntualità): questa tradizione culturale è stata 'isolata' come 'dottrina giuridica l o m b a r d a', e al lettore viene forse fatto di domandarsi quale sia (se c'è) la consistenza storica reale di questa 'l o m b a r d i t à', se essa sia stata davvero 'scritta nelle cose' ed assumibile perciò a categoria storiografica non fuorviante, o se non sia invece tramite di involontaria 'settorializzazione' (anche se non proprio di 'provincializzazione': ma il termine semmai sarebbe da prendersi *in bonam partem*) d'un contesto di *scientia juris* che ha sempre mal sopportato di queste segmentazioni territoriali.

Le conclusioni, poi, a cui la D. R. V. perviene sono in qualche modo condizionate dalla questione metodica a cui alludevamo or ora <sup>(38)</sup>: così, è certamente vero che «i casi di un Alciato e di un Belloni che per ragioni diverse emigrano in Francia e ivi ottengono successi e fortune, per ritornare poi in patria arricchiti da un corredo di nuove conoscenze, sono sintomatici di un travaso di dottrine e di principi dall'uno all'altro Stato in Europa, che impedisce una regionalizzazione della cultura» (cfr. p. 385). Ma forse proprio per questo — per non far rinascere nella ricostruzione storiografica quella 'regionalizzazione' che nei fatti non ci fu mai — non mette gran conto andare a ricercare quali fossero gl'indirizzi seguiti «nel lungo cammino della scienza giuridica l o m b a r d a dalla fine del Quattrocento fino

<sup>(37)</sup> GIGLIOLA DI RENZO VILLATA, *Diritto comune e diritto locale nella cultura giuridica lombarda dell'Età moderna*, pp. 331-388.

<sup>(38)</sup> Così, per es., notare — come fa la D. R. V. — che «desiderio di soddisfazione di un'esigenza teorica e spinte di natura pratica confluiscono in definitiva nel postulare un largo uso del diritto comune, che contribuisce anche, come elemento unificatore, a dare alla scienza giuridica lombarda un respiro europeo» (cfr. p. 385; il corsivo è nostro) può essere o non essere osservazione che il lettore condivide a seconda che egli creda o no alla specifica «lombardità» di quella scienza, o — se si preferisce — all'esistenza di un «mondo lombardo del diritto» (cfr. p. 384).

all'epoca napoleonica » (cfr. *loc. ult. cit.*). La D. R. V. si chiede anche se « lo stesso pensiero di Gabriele Verri, tutto teso al potenziamento del diritto statutario, visto come un simbolo del conservarsi nei secoli delle più schiette tradizioni locali e come garanzia del rispetto dell'autonomia del popolo lombardo, non tradisce un giudizio fortemente positivo sul diritto comune in un'epoca di profonda crisi del sistema fondato su di esso » (cfr. p. 386). Certamente sì, vien fatto di rispondere; e la constatazione può essere assai istruttiva, ove però non si dimentichi che entrambi quei 'valori' che il Verri disperatamente difendeva — *jus commune* e *jus proprium* — erano ormai arrivati al punto estremo del loro pur lungo viaggio nell'esperienza giuridica del nostro continente: gli spinti più acuti se n'erano già lucidamente accorti (cinque anni prima del *Prodromus* verriano eran comparsi a Venezia i muratoriani *Difetti*) e l'idea di codice stava ormai entrando nella mente dei più (dei più, per lo meno, di quelli le cui scelte potevano contare). La battaglia del Verri, insomma, era persa in partenza.

La D. R. V. conclude il suo saggio osservando che « il ceto dei giuristi si presentava ancora una volta [*sul finire del Settecento*] come il più idoneo a fornire una risposta a tali quesiti [*a proposito di scopo delle norme e di contenuto dell'interesse pubblico*] mediante il ricorso al suo ampio corredo ermeneutico: cercava così di non perdere quel potere di gestione del diritto, non solo romano, che gli aveva consentito, specie nel passato, di godere di una posizione ampiamente privilegiata » (cfr. p. 388): ed è conclusione con la quale si consente più che volentieri.

Lo scritto di Gian Paolo Massetto ripropone, a partire da una assai singolare fonte inedita, i molti problemi che si prospettano in ordine alla prassi giudiziaria della Lombardia spagnola <sup>(89)</sup>. La fonte è una specie di zibaldone ad uso privato d'un probo membro del Senato milanese, Carlo Patellani, che venne nominato senatore nel 1644 dopo essere stato fin dal '36 avvocato fiscale, e che morì ai 17 di dicembre del 1665 avendo vissuto *omni aevo celeberrimus* e fu sepolto in S. Maria della Scala. Il contenuto del documento è quello tipico d'un *vademecum* e 'libro di ricordanze' d'un buon senatore (cfr. pp. 400-404); e certamente metterebbe conto fare una ricerca organica dei molti simili a questo che giacciono sparsi qua e là, per cavare da questa lettura un quadro quanto più possibile vasto ed esauriente. Ma già dalla lettura di questo soltanto il M. trae quel molto che se ne può trarre (e che resta già di per sé istruttivo, anche se privo — almeno per ora — di riscontri analoghi). Non tutto ciò che il M. ha letto in queste carte interessa direttamente il tema ge-

---

<sup>(89)</sup> GIAN PAOLO MASSETTO, *Avvocatura fiscale e giustizia nella Lombardia spagnola: note su un manoscritto secentesco*, pp. 391-456.

nerale, se non le cose che riguardano « le fonti del diritto » (cfr. pp. 443-456) e che consentono di raccogliere dati preziosi, non solo sulla personale scienza giuridica di questo onesto (ma non eccelso) senatore, ma anche sul più corrente *stylus citandi* e sulla (d'altronde prevedibile, ma pur sempre istruttiva) importanza che agli occhi d'un *practicus* potevano rivestire la letteratura consiliaristica e la più consolidata *communis opinio*. È insomma, questa del M., una fatica più che meritatoria, che c'è da augurarsi sia proseguita sul quel piano di più ampia ricognizione documentale a cui alludevamo poc'anzi: se ne avvantaggerebbero le nostre conoscenze, così difficili per i recenti vuoti che nelle fonti più 'nobili' relative al Senato milanese hanno lasciato i guasti violenti dell'ultima guerra.

Il contributo dello Sciumè riguarda un tema che, seppure non pertinente (già solo per motivi cronologici) al rapporto fra diritto comune e diritti locali, offre tuttavia l'occasione per alcune riflessioni non del tutto sghembe rispetto all'argomento centrale, giacchè il problema della possibile rilevanza degli usi in un ordinamento giuridico codificato rimanda necessariamente al rapporto dialettico fra sistema normativo unico sovraordinato e sottostante realtà consuetudinaria tendente ad una autoregolamentazione autonoma delle situazioni; rapporto che non esclude affatto una pluralità di soluzioni contemporanee diverse da luogo a luogo <sup>(40)</sup>. Ci dobbiamo accontentare solo di qualche cenno, senza scendere in più diffuse analisi. È certo, anche se si può discutere sull'ampiezza reale di questa innovazione, che la codificazione napoleonica ha rappresentato un momento di 'compressione' degli usi e della loro rilevanza normativa: anche se può aver ragione lo S. a negare che col *Code de commerce* « gli usi commerciali siano scomparsi come fonte autonoma dal terreno delle obbligazioni » e che poi « essi siano improvvisamente riapparsi fra le fonti di diritto nella seconda metà del secolo » (cfr. p. 461), resta pur vero che « la codificazione napoleonica ha segnato un momento di statalizzazione delle fonti anche nell'ambito del diritto commerciale » (cfr. pp. 460 s.). Ed è innegabile che, « se la recezione degli usi quale fonte normativa testimonia un maggior spazio lasciato alla pratica commerciale entro l'ordinamento giuridico, nel procedimento di formazione dei codici napoleonici gli interessi della categoria mercantile trovarono una più ampia accoglienza nelle formulazioni dei disposti legislativi adottate in via definitiva » (cfr. pp. 464 s.). Detto in altro modo — e magari senza compromettersi in troppo generiche lodi per la 'bontà' delle singole soluzioni codificate — si può forse affermare che la statizzazione del diritto — la quale è parte integrante della stessa 'idea di codice' così come Napoleone l'aveva pensata — espunge quasi natu-

<sup>(40)</sup> ALBERTO SCIUMÈ, *Gli usi commerciali nell'ordinamento del Regno Italico (1805-1814)*, pp. 459-479.

ralmente l'uso come prodotto tipico ed autonomo del 'sociale'; e questa espunzione potè di fatto esser tollerata (e addirittura gradita) dalla borghesia mercantile, perchè essa era — o, come che fosse, credeva di essere — compartecipe del potere legislativo: il *Code de commerce*, insomma, potè esser sentito, dal ceto dei suoi diretti destinatari, come un fatto in certo modo 'a u t o l e g i s l a t i v o'.

Difficile è dire se davvero « *il code de commerce*, attraverso il decreto di promulgazione, più che negare assoluta validità agli usi, rinunciava a disporre su di essi » (cfr. p. 465). Lo S. cerca di dimostrare in modo assai rigoroso e calzante il suo assunto, attraverso un esame attento e puntualissimo, sia dei lavori preparatori, sia — soprattutto — della dottrina e della giurisprudenza che sul *Code* si vennero formando nel corso dell'intero XIX secolo e che ebbero autorità anche in Italia, prima per i legami anche estrinsecamente istituzionali con la Francia napoleonica e poi — fin oltre la metà del secolo — per le intrinseche connessioni della legislazione italiana (si pensi al Codice di commercio del 1865) con la tradizione napoleonica. Ora, questa indagine mostra come in Italia, fin dal 1805, fosse preminente l'attenzione alle consuetudini commerciali (cfr. p. 472), un'attenzione destinata infine ad essere coscientemente raccolta con la riforma del 1882 (cfr. *loc. ult. cit.*). La conclusione dello S. è chiara: anche prima della riforma del 1882 « gli usi mantengono (...) quel carattere di fonte autonoma di produzione normativa conservato attraverso il costante e spesso determinante ricorso ad essi attuato nelle decisioni giurisprudenziali e nella pratica amministrativa » (cfr. p. 478); in concreto, se è pur vero « che con il *code de commerce* si è introdotto un sistema nel quale le fonti sono state tutte ricomposte entro l'ordinamento statale » (cfr. p. 479), non si deve tuttavia dimenticare che « gli usi commerciali non potevano di fatto essere accantonati con l'introduzione del codice di commercio del 1808, giacchè questo veniva applicato da magistrature composte per la maggior parte da mercanti o da membri che dei mercanti rappresentavano gli interessi » (cfr. *loc. ult. cit.*). Son conclusioni sulle quali il lettore può consentire o no. Una cosa è certa, ed esce confermata da queste pagine: questi problemi saranno avviati a soluzione non arbitraria, quando dalle diatribe teoriche alimentate solo di scarni riferimenti ai 'principi generali' codificati o alle loro sottostanti 'ideologie' si avrà la pazienza di passare ad un esame sistematico (e, aggiungerei sommessamente, spregiudicato) delle interpretazioni giurisprudenziali e dottrinarie che costruiscono nel concreto il sistema normativo autenticamente vigente e ad una lettura esauriente di tutti i motivi che portarono — da noi in Italia — dal codice del '65 a quello dell' '82. Fatica, quest'ultima, alla quale si dovrebbe metter mano in molti: perchè di molte mani c'è bisogno per un lavoro così lungo e minuzioso, e perchè molti occhi — di storici del diritto e di cultori del diritto commerciale, o di chi sappia disin-

voltamente inforcare insieme gli occhiali di questi e di quelli — servono se si vuole che nulla sfugga del panorama, nè i minuti particolari nè le linee d'insieme <sup>(41)</sup>.

I due ultimi scritti del volume, della Storti Storchi e del Padoa Schioppa, diversi per mole, hanno fra loro in comune il taglio 'lombardo' e l'interesse per le 'continuità' che in questa *tranche* d'esperienza giuridica si possono riscontrare lungo l'asse diacronico delle 'tradizioni' (sul quale ha condotto la sua indagine la Storti Storchi) come lungo quello sincronico della comparazione tra le singole legislazioni (a cui si è volta in prevalenza l'attenzione del Padoa Schioppa).

Lo scritto della Storti Storchi ricostruisce la 'tradizione longobarda' attraverso lo studio, nel 'diritto bergamasco' dei secoli XII-XIV, delle norme in materia di rapporti patrimoniali fra coniugi <sup>(42)</sup>: un tema di per sé interessante, che la S.S. ha trattato con quell'ampiezza di orizzonte che appariva indispensabile per renderne plausibile l'inserzione in un contesto tematico che di per sé non consentiva 'localismi' vani (e l'A. lo nota chiaramente fin dall'esordio: cfr. p. 483). Il tracciato generale del lavoro è lineare: dopo aver constatato la permanenza nelle carte bergamasche della professione di legge longobarda (cfr. pp. 490-495), e dopo aver rapidamente censito le 'influenze' longobarde romane e feudali nel formarsi del diritto consuetudinario lombardo in genere (cfr. pp. 495-499), l'attenzione si ferma un istante sulla 'matrice longobarda delle consuetudini bergamasche' (pp. 499-500), solo per notare che a Bergamo la legislazione statutaria non scalfì la tradizione consuetudinaria in materia di diritto di famiglia. Seguono alcuni 'cenni' sui rapporti patrimoniali fra coniugi in Italia settentrionale nell'Alto Medioevo (cfr. pp. 500-503) e nell'Età comunale (pp. 503-506), i quali consentono una rapida valutazione della riflessione che su questa materia condussero i *doctores* quando dovettero constatare la «disapplicazione» nella nostra materia del «diritto romano comune» e «la validità della consuetudine contraria al diritto romano» (cfr. pp. 506-509). Da qui l'attenzione della S.S. si volge in modo più specifico alla «prassi bergamasca in materia di rapporti patrimoniali fra coniugi nei secoli XII e XIII» (cfr. pp. 509-517), le cui radici sono individuate nella giurisprudenza longobardistica in materia di *antifactum* (cfr. pp. 519-535), di *quarta* e di *odium quartae* (cfr. pp. 535-547), dei «poteri di amministrazione e dei diritti di successione del marito sui beni della moglie» (cfr. pp. 547-550). Le conclusioni sono che, stante «la lacuna di una disciplina statutaria della

<sup>(41)</sup> Qualche saggio, fatto molti anni fa secondo un progetto concordato con l'indimenticabile Domenico Pettiti e con Marcello Foschini ed affidato ad alcuni studenti maceratesi come ricerca per la tesi di laurea, dette risultati che parvero interessanti.

<sup>(42)</sup> CLAUDIA STORTI STORCHI, *La tradizione longobarda nel diritto bergamasco: i rapporti patrimoniali fra coniugi (secoli XII-XIV)*, pp. 483-553.

materia » dei rapporti patrimoniali fra coniugi (cfr. p. 550), « la professione di legge, nel contesto giuridico della città di Bergamo, svolse la funzione di rinviare all'applicazione dei principi generali del *Liber legis longobardorum*, per tutte le parti dell'atto che non venivano regolate con stipulazioni particolari » (cfr. p. 551). Pur essendo questi « i primi risultati di una linea di ricerca che potrebbe portare ad ulteriori approfondimenti » (cfr. p. 552), essi rappresentano un dato sul quale si potrebbe utilmente discutere ancora. Il lettore forse avrà qualche riserva sulle premesse teoriche e metodiche dell'indagine — una ricerca sul 'diritto bergamasco', volta a redigere un inventario di 'persistenze' e di 'matrici', può lasciare un po' perplessi —, ma non potrà non apprezzarne la puntualità e il rigore nell'uso degli strumenti.

Il saggio del Padoa Schioppa — anch'esso all'apparenza non totalmente inscrivibile nel tema generale al convegno <sup>(43)</sup> — riguarda un « principio operante nell'Italia dei Comuni e presente del resto in gran parte dei diritti dell'Europa medievale » (cfr. p. 557): il principio secondo cui la *pax* tra autore del reato e parte offesa estingue il reato, e con esso fa venir meno la sanzione penale; un principio, le cui radici affondano nella tradizione altomedievale. Il P.S. ne ricostruisce la storia, anzitutto, in quella legislazione bergamasca, la cui ricchezza di documentazione consente osservazioni altrove impossibili. È così dato constatare — già per il Dugento —, non solo una larga funzione assegnata nel sistema penale alla *pax* come strumento di estinzione del reato o di alleggerimento della sanzione (cfr., in materia di pena capitale per l'omicidio, p. 563), ma addirittura un allargarsi di questa funzione in significativa connessione con un maggiore articolarsi del sistema e con un inasprimento delle sanzioni; mentre viene individuata (ed anche questo appare assai istruttivo) la *pax rupta* come autonoma fattispecie criminosa (cfr. pp. 558-563). Questa funzione tenderà ad esser limitata (pur non scomparendo) nella legislazione successiva, a partire dalla compilazione statutaria del 1331 a cui attese anche Alberico da Rosciate (cfr. pp. 563-566). La storia della *pax* in alcune altre legislazioni statutarie lombarde è disegnata dal P.S.: in quella di Pavia, i cui statuti trecenteschi presentano soluzioni non molto dissimili da quella dei coevi statuti bergamaschi (cfr. pp. 567 s.); in quella di Milano, nella quale appare prevalente l'attenzione per i profili processuali (cfr. pp. 568 s.); in quella di Como, in cui nella prima metà del Trecento prevalse il principio (già altrove affermatosi) della irrilevanza della *pax* in ordine alle più gravi ipotesi delittuose. L'esame è concluso con le Nuove Costituzioni, nelle quali alla *pax* è riconosciuto effetto estintivo solo per reati punibili a istanza della parte offesa con

---

<sup>(43)</sup> ANTONIO PADOA SCHIOPPA, *Delitto e pace privata nel diritto lombardo: prime note*, pp. 557-578.



la sola pena pecuniaria (cfr. p. 571). Il sistema, vien fatto di osservare, tende a razionalizzarsi e — nel contempo — a limitare l'effetto tipico della *pax*: la quale ha il solo scopo (che le è perfettamente 'naturale') di far venir meno quella punibilità che derivava solo dalla querela: l'ordinamento, insomma, si limita a sussumere e sanzionare la incoerenza (che è già nei fatti: per questo parlavamo or ora di 'effetto naturale') fra querela e *pax*. Nè sembra che possano aver rilievo — sul piano degli assetti giuridico-formali — certe constatazioni di mero fatto, per esempio, del Claro (cfr. pp. 572 s.); mentre è da sottolineare la decisiva funzione della *remissio* (che ovviamente presuppone di fatto la *pax*) nel procedimento di concessione della grazia (cfr. pp. 573 s.).

Nel trarre le conclusioni della sua indagine il P.S. ripropone il problema del rapporto *jus commune* - *jura propria*. I testi del *Corpus* giustiniano, infatti, e fra essi soprattutto C. 2. 4. 18, non consentivano agl'interpreti esegesi compatibili con le esigenze della pratica: questo lasciava spazio alla legislazione statutaria nella « specificazione dei casi in cui la pace privata valeva a commutare la pena » (cfr. p. 575), mentre alla riflessione dei *doctores* restò affidato il problema — più ricco di implicazioni teoriche, ma non certo irrilevante sul piano pratico — « se la pace conclusa valesse o meno a precludere l'inquisizione del giudice » (cfr. *loc. ult. cit.*). Le soluzioni legislative, poi, variarono nel tempo: salve le comprensibili e non dimenticabili discontinuità da un luogo ad un altro, può dirsi in generale che alla pace privata fu lasciato spazio nelle legislazioni della piena età comunale, nella quale pure si assiste ad un significativo inasprimento della politica criminale; mentre nell'età signorile ed in quella 'spagnola' lo spazio riservato alla *pax* sarà ulteriormente limitato. Alla fine il lettore resta soddisfatto insieme ed incuriosito: soddisfatto del risultato che un'indagine così puntuale ha già dato, incuriosito del molto che una ricerca organica e 'globale' potrebbe fornire per chiarire un aspetto tutt'altro che secondario della storia dell'esperienza giuridica fra l'età dei Comuni e le codificazioni. Il P.S. ha puntualmente previsto tutt'e due queste reazioni dei suoi lettori, quando — con esemplare modestia e con lucida consapevolezza — ha intitolato *prime note* queste sue pagine.

La nostra lettura è andata forse un po' troppo per le lunghe, così rapsodica com'è stata (e forse non poteva non essere). Valutazioni d'insieme non se ne possono dare, se non si vuol ripetere quel che via via già ci è capitato di osservare. Si potrebbe ridire — con qualche argomento in più — quel che già abbiam detto da principio; ma sarà meglio tenersi alla regola *ne bis in idem*.

UMBERTO SANTARELLI

Giustino D'ORAZIO, *La genesi della corte costituzionale. Ideologia, politica, dibattito dottrinale: un saggio di storia delle istituzioni* (con prefazione di Enzo Cheli), Milano, Comunità, 1981 (Studi e ricerche nelle scienze sociali, n. 83).

Ora che le raccolte delle decisioni della corte costituzionale italiana cominciano ad occupare uno spazio abbastanza ragguardevole negli scaffali delle biblioteche giuridiche, si avverte sempre più l'esigenza di guardare alle origini dell'istituto onde confrontare la realizzazione che esso ha trovato in questi ventisette anni con l'idea che di esso avevano avuto i suoi primi propugnatori.

Il libro di D'Orazio, che ha seguito l'opera della corte da un osservatorio privilegiato qual'è l'ufficio studi della corte medesima, ripercorre le diverse fasi nel corso delle quali l'idea della giustizia costituzionale cominciò a circolare in Italia, in seguito al lento diffondersi delle conoscenze intorno alle esperienze compiute negli Stati uniti ed intorno alla dottrina kelseniana (ed alla costituzione austriaca del 1920 che l'aveva tradotta in norme positive), per poi affermarsi, anche se fra molte incertezze ed ambiguità, nel corso dei lavori dell'assemblea costituente.

L'impressione che si ricava da questo accurato riesame dei dibattiti sviluppatasi fra il 1925 ed il 1956 è che la realtà si sia notevolmente discostata da tutte le previsioni, ma che ciò sia avvenuto molto più accentuatamente sul piano dell'evoluzione del sistema giuridico operante in Italia che non su quello delle specifiche modificazioni apportate all'ordinamento positivo dalle sentenze della corte.

Bisogna dire, in realtà, che, fra coloro che disputavano intorno all'opportunità di introdurre in Italia il controllo di costituzionalità delle leggi, ben pochi erano quelli che avevano un'adeguata informazione sulla consistenza di questo istituto del punto di vista tecnico-giuridico ed ancora meno, anche fra i giuristi, erano quelli che mostravano di apprezzare a pieno le profonde differenze di ordine tecnico ed ideologico esistenti fra un sistema di *Judicial Review of Legislation* ed un sistema di *Verfassungsgerichtsbarkeit*.

Le idee che circolavano a questo proposito ruotavano intorno alla generica aspirazione ad un tipo di controllo che impedisse le violazioni della legalità realizzate in molti paesi nel periodo fra le due guerre mondiali, inserendosi in quella «razionalizzazione del potere» che avrebbe dovuto completare la subordinazione al diritto dell'attività delle pubbliche autorità iniziata nel corso del XIX secolo all'insegna dello «stato di diritto».

La scarsa chiarezza di tali idee risulta tuttavia evidente se si passano in rassegna le proposte che furono avanzate (e persino alcune delle disposizioni che furono introdotte nella costituzione e nelle leggi integrative di essa) ed ancor più se si analizzano gli atteggiamenti di grave

incomprensione spesso adottati dai tecnici e dai politici nei confronti dell'opera svolta dalla corte, dopo che nel 1956 essa entrò finalmente in azione.

Del resto, le caratteristiche tecniche del suo funzionamento risultano ancor oggi poco comprensibili a molti osservatori ed anche fra i giuristi — ove si faccia astrazione di una ristretta schiera di specialisti — emergono non di rado incertezze circa la portata, anche pratica, delle pronunce che la corte adotta.

Eppure il sistema di controllo incidentale di costituzionalità delle leggi realizzato in Italia — come anche in Austria e nella Repubblica federale tedesca, dove peraltro non ha assunto l'importanza pratica che ha raggiunto da noi, specialmente sotto il profilo quantitativo — è venuto a costituire una felice sintesi fra il modello americano e l'originario modello austriaco, tanto da presentarsi oggi probabilmente come il vero sistema europeo di giustizia costituzionale.

Attraverso il collegamento del giudizio costituzionale con un giudizio « *a quo* », cioè con un qualunque procedimento in corso di svolgimento davanti ad un'autorità giurisdizionale, questo modello assume infatti quello stesso tipo di concretezza che è proprio del controllo esercitato dai giudici americani, i quali si pronunciano sulla costituzionalità delle leggi soltanto in quanto esse debbano trovare applicazione rispetto a concrete fattispecie e con riferimento al momento di tale applicazione.

Questa caratteristica fa sì che il controllo di costituzionalità possa assumere altresì quel carattere di permanenza che rende possibile esercitarlo anche nei confronti di leggi non recenti o di norme costruite in via di interpretazione e soprattutto consente di reiterarlo nel caso in cui il diritto scritto subisca modificazioni tacite per effetto dell'evoluzione delle interpretazioni giurisprudenziali o per altri motivi.

Il controllo di costituzionalità diviene così un fattore di adeguamento costante e tendenzialmente generale ai principi costituzionali dell'ordinamento — e più precisamente del diritto vivente — nonostante l'asistematicità delle denunce da cui esso trae origine. Il modello italiano conserva così i caratteri essenziali del sistema americano, a cominciare dalla concretezza, senza peraltro conferire ai giudici un potere di disapplicazione della legge che risulterebbe poco confacente alla struttura degli organi giudiziari europei ed alle loro tradizioni.

La definitiva disapplicazione della legge consegue infatti soltanto ad un'eventuale pronuncia della corte costituzionale, la quale giudica in forma accentrata su tutte le questioni di questo genere e può altresì filtrarle dal punto di vista dell'accettabilità dei loro riflessi politici e così realizzare — pur sempre attraverso l'impiego di strumenti tecnici — quell'autolimitazione che la pone al riparo dalle reazioni degli altri organi costituzionali e le permette al tempo stesso di consolidare le decisioni adottate.

Sul piano più propriamente giuridico il controllo di costituzionalità delle leggi svolto secondo questa tecnica ha rappresentato per almeno tre motivi un'innovazione di rilievo rispetto al sistema giuridico precedentemente accolto in Italia, che era quello generalmente adottato nei paesi di *civil law* a partire dalla rivoluzione francese, largamente tributario altresì della concezione diceyana della supremazia della legge del parlamento su ogni altra manifestazione di volontà degli organi dello stato.

L'aspetto più clamoroso di tale innovazione è rappresentato dall' almeno parziale svincolo del giudice dalla sua dipendenza nei confronti della legge intesa come atto dal parlamento. Se infatti la supremazia della legge nei confronti dell'esecutivo era stata largamente incrinata attraverso il riconoscimento di forme di attività normativa del governo dotate dall'efficacia propria delle fonti primarie (in Italia la prassi formatasi in questo senso era stata codificata con una delle leggi « fascistissime » nel 1926 e benché l'assemblea costituente avesse cercato di circoscriverla entro limiti ben definiti con gli art. 76 e 77 della costituzione, la prassi ha nuovamente debordato, ad esempio con l'ammettere l'illimitata reiterabilità dei decreti-legge, mentre altre rotture del principio sono state compiute dal legislatore costituente, ad esempio con la previsione delle norme di attuazione degli statuti regionali speciali), la subordinazione del potere giudiziario al potere legislativo (oltre che, in conseguenza di quanto detto sopra, anche al governo-legislatore) era stata accanitamente difesa e teorizzata.

Ma se il giudice — qualunque giudice — può ora disapplicare le leggi in attesa della decisione della corte costituzionale (che da questo punto di vista è anch'essa un giudice, racciordato al primo ed operante quasi come un suo organo), il suo vincolo nei confronti dal parlamento e del governo non è più assoluto ed incondizionato ed il principio di subordinazione del giudice alla legge, espresso dall'art. 101, 2° comma, della costituzione, va letto come se parlasse di subordinazione del giudice al *diritto*, cioè alle norme che risultano vigenti a seguito di tutto un complesso di operazioni nell'ambito delle quali quelle compiute dal parlamento e dal governo in veste di legislatori costituiscono soltanto una parte, preminente certo, ma non esclusiva di ogni altro contributo.

L'innovazione realizzata mediante l'introduzione del controllo incidentale di costituzionalità della legge è risultata rivoluzionaria altresì per l'inusitata importanza che essa ha conferito — indipendentemente da ogni espressa previsione legislativa — alla motivazione delle decisioni della corte, introducendo così nel nostro ordinamento la problematica dell'efficacia di precedente delle *rationes decidendi*, che era stata in passato ritenuta quasi esclusivamente propria degli ordinamenti anglosassoni.

Che così non fosse è stato ormai ampiamente dimostrato soprattutto dagli studi di Gorla, ma è indubbio che, prima che le sentenze

interpretative della corte costituzionale lo mettessero davanti agli occhi di tutti, il problema dell'efficacia di precedente delle pronunce giudiziarie era emerso quasi esclusivamente in occasione del dibattito sulle « massime » della cassazione, talora abusivamente qualificate come « consolidate » per imporne artificiosamente l'osservanza.

Nel caso delle interpretazioni della corte costituzionale il problema si è presentato con ben altro rilievo quando essa ha cercato di far rispettare i propri precedenti anche da parte della corte di cassazione ed è stato proprio l'insuccesso delle manovre tentate a questo fine a dimostrare come l'« efficacia di precedente » fosse potenzialmente propria di qualunque decisione giudiziaria e come la misura di essa dipendesse da un complesso di fattori non sempre valutabili *a priori*: in concreto, risultò chiaro che i precedenti stabiliti dalla corte di cassazione disponevano di una forza persuasiva superiore a quella dei precedenti stabiliti dalla corte costituzionale e che anche la portata delle decisioni di accoglimento di questa (che costituivano la massima arma a sua disposizione per rovesciare i precedenti stabiliti dalla cassazione conferendo ai propri autorità, non solo di precedente, ma addirittura di giudicato costituzionale) costituisce pur sempre oggetto di interpretazione — al pari della portata della legge — con la conseguenza che anche in relazione ad essa i precedenti della cassazione possono assumere un ruolo determinante.

Terzo risultato dell'innovazione, che per molti osservatori è apparso ancor più sorprendente degli altri due, fu l'inserimento delle sentenze di accoglimento della corte costituzionale nel catalogo delle fonti del diritto. Se infatti, in virtù dell'art. 136 della costituzione, esse potevano determinare la cessazione di efficacia di disposizioni o norme di legge o di atto avente forza di legge, ne derivava che esse dovevano essere inserite fra le fonti primarie. Il principio di tassatività di queste ultime (desumibile dagli art. 70, 76 e 77 Cost.) in questo caso era infatti pienamente rispettato, dato che a prevedere questa nuova fonte era in sostanza l'art. 136 della costituzione che è norma costituzionale.

È vero che questa prevedeva, secondo la famosa formula kelseniana, soltanto una sorta di « legislazione negativa », suscettibile di rimuovere dall'ordinamento disposizioni o norme ma non di coniarne esplicitamente di nuove, ma apparve subito chiaro che tale rimozione non poteva non risolversi al tempo stesso nell'introduzione in esso di nuove norme, sia che esse venissero costruite attraverso il recupero di una disciplina anteriormente vigente ed abrogata dalla legge dichiarata incostituzionale (con conseguente « reviviscenza » di essa), sia che esse venissero elaborate in via di interpretazione dei materiali normativi residuati dopo che la disposizione o norma dichiarata incostituzionale era stata espunta.

Fra questi materiali venivano ad occupare una posizione importante gli stessi dispositivi delle sentenze della corte (nonché le parti di mo-

tivazione cui essi eventualmente rinviassero) la cui efficacia « di giudicato » consisteva in sostanza nella trasformazione dei dispositivi stessi in « disposizioni » dotate di forza normativa pari a quella delle fonti primarie.

E poiché la tecnica di elaborazione dei dispositivi delle sentenze costituzionali, sollecitata dalle resistenze che i precedenti stabiliti dalla corte costituzionale incontravano, fece cospicui progressi, così da pervenire all'invenzione delle sentenze parziali (ed in particolare di quelle che costituivano la « seconda metà » delle sentenze interpretative di rigetto) e dalle sentenze manipolative (« additive » e « sostitutive »), il carattere non soltanto « negativo » di questa « legislazione » si fece sempre più evidente.

Queste ripercussioni di carattere strutturale che l'esperienza della giustizia costituzionale ha avuto sul sistema giuridico operante in Italia appaiono d'altronde di importanza assai maggiore rispetto alle modificazioni — pure anch'esse tutt'altro che trascurabili, almeno in certi settori come ad esempio quello concernente il processo penale — che le sentenze della corte hanno introdotto nell'ordinamento positivo in virtù del loro contenuto normativo e ciò costituisce probabilmente il dato di maggior interesse per una valutazione del fenomeno da un punto di vista, non esclusivamente giuridico o politico, ma più generalmente culturale.

Ripercorrendo con D'Orazio le varie fasi della genesi della corte, appare evidente come tutti questi sviluppi si siano realizzati quasi completamente al di fuori delle previsioni che erano state avanzate, non soltanto dai politici, ma anche dai giuristi; ma ciò non deve indurci a pronunciare affrettati giudizi negativi nei confronti di questi precursori. Alla determinazione dei risultati suddetti — o per lo meno ad ingigantirli — hanno contribuito infatti una serie di circostanze specificamente proprie della situazione politica e culturale italiana del secondo dopoguerra che i precursori della giustizia costituzionale non potevano certamente prevedere.

Queste circostanze consistono principalmente nel grave scempenso che si è venuto a determinare fra i principi costituzionali (quali una cultura giuridica sufficientemente avanzata riusciva a leggere nella carta del 1947 nonostante talune sue pecche) ed una legislazione ed una prassi amministrativa rimaste ferme per effetto del blocco della politica determinato dalla guerra fredda e dalle sue ripercussioni interne (*conventio ad excludendum*, recupero della « continuità » con i regimi anteriori, ecc.).

Di fronte all'immobilismo legislativo che questa situazione ha prodotto e che ha reso impossibile, ad esempio, riformare adeguatamente i codici e le altre grandi leggi per adeguarli alla cultura maturata nel frattempo, l'attività che la corte costituzionale ha potuto svolgere, in stretto contatto con la magistratura ordinaria, si è presentata come

una delle poche alternative possibili alla stagnazione dell'attività politica, nonostante che in teoria quest'ultima apparisse più direttamente finalizzata alla realizzazione delle trasformazioni dell'ordinamento giuridico, e da ciò è derivata la particolare fortuna della corte, che ha vissuto intorno agli anni '60 la sua grande stagione.

A questa esplosione del binomio magistratura-corte ha fatto seguito però la reazione della classe politica la quale, incapace di tenere il passo di uno sviluppo culturale troppo avanzato rispetto ai suoi *standards* medi, ha adottato rimedi assai efficaci, principali dei quali sono stati la legge costituzionale che nel 1967 ha ridotto la durata in carica dei giudici costituzionali e circoscritto talune manifestazioni dell'autonomia della corte, e soprattutto in una più accurata selezione dei candidati alla carica di giudice costituzionale, tendente a prevenire ulteriori manifestazioni d'indipendenza che si spingessero oltre determinati limiti.

Se questa sorta di « ripresa in mano » della corte da parte delle forze politiche ha indubbiamente frenato i possibili sviluppi della sua giurisprudenza, essa non ha però potuto impedirli del tutto e soprattutto non ha potuto eliminare gli effetti che già si erano prodotti e che sopra abbiamo sommariamente descritto. Inoltre, la forte rivalutazione del ruolo del potere giudiziario che è derivata dalla possibilità offerta ai giudici di sospendere, sia pure solo temporaneamente, l'efficacia delle leggi in attesa della decisione della corte, ha determinato, ben al di là degli effetti pratici delle sentenze d'incostituzionalità concretamente pronunciate, un'imprevista maturazione politico-culturale dei magistrati ordinari, i quali hanno cominciato a sentirsi partecipi dei processi di formazione della volontà dello stato e non semplici esecutori della volontà del parlamento o del governo; questa evoluzione si manifesta ormai quotidianamente, non soltanto nelle ordinanze di rimessione alla corte costituzionale, ma anche in molti altri tipi di provvedimenti giurisdizionali.

Del pari, la breccia aperta nel sistema delle fonti, qual era previsto dall'art. 1 delle preleggi, dall'inserimento in esso dei dispositivi delle sentenze di accoglimento della corte, ha costituito un modello per altre operazioni, assai diverse dal punto di vista tecnico, ma aventi tutte come risultato di modificare l'elenco contenuto nell'art. 1, oggi smisuratamente allungatosi.

Queste modificazioni strutturali che l'esperienza dell'attività della corte costituzionale hanno apportato al « sistema giuridico » italiano hanno fatto sì che esso risulti oggi assai diverso da quelli propri di altri ordinamenti di *civil law* cui esso era invece interamente assimilato, ad esempio, nella classificazione delle « famiglie di diritti » quale fu stabilita nella famosa opera di René David. Nessuna evoluzione di questo tipo si è sviluppata invece, ad esempio, in Francia, dove anche i fermenti determinati nella fase più recente da certe prese di posizione del *Conseil constitutionnel* o dei magistrati ordinari sembrano ben lungi dal poter

determinare effetti di questo tipo. Fedele al principio della sovranità del parlamento appare altresì la cultura giuridica inglese che — pur operando nell'area della *common law* — da questo punto di vista sembra quella, fra le culture giuridiche europee, che più nettamente si contrappone all'evoluzione realizzatasi oltre oceano. Assai vicina, almeno sul piano tecnico alle posizioni italiane sono invece quelle dei giuristi dell'area tedesca e di quella spagnola, anche se non sembra che in tali paesi i risultati pratici di questa evoluzione siano così rilevanti come nel caso italiano (per la Spagna, dove il funzionamento del *Tribunal constitucional* è ancora agli inizi, occorrerà tuttavia stare a vedere che cosa sta maturando).

In considerazione di ciò la ricostruzione che D'Orazio ha compiuto della fase delle origini e di quella dell'elaborazione dei testi normativi riguardanti la corte viene a completare un panorama degli studi di giustizia costituzionale ormai assai denso di esperienze e di contributi scientifici. E della sua paziente fatica dobbiamo perciò essergli grati.

ALESSANDRO PIZZORUSSO

Raffaella GHERARDI, *Potere e costituzione a Vienna fra Sei e Settecento. Il « buon ordine » di Luigi Ferdinando Marsili*, Il Mulino, Bologna 1980, pp. 516.

Dare conto di tutti i temi e gli spunti e i problemi contenuti in questa pregevole e importante ricerca di Raffaella Gherardi <sup>(1)</sup>, nella quale le principali linee direttrici si sostengono su particolari specifici ed elementi di dettaglio spesso di rilievo in se stessi <sup>(2)</sup>, è evidentemente impossibile. Ci si deve perciò necessariamente limitare a considerare quegli aspetti nei quali, salvo errori, sembra risiedere il maggior apporto conoscitivo e interpretativo fornito dall'autrice.

Il primo punto su cui fermare l'attenzione potrebbe essere dato dal nesso fra la « Politica » del Marsili e quella tradizione di cultura politica che per comodità si potrebbe dire rinascimentale, il nesso cioè, se esiste, fra il « buon ordine economico » (pp. 344, 369) del Marsili e quei « buoni ordini » politico-costituzionali attorno ai quali, dalla Firenze primo-cinquecentesca di Machiavelli e Guicciardini all'Inghilterra del mezzo Seicento di Harrington, passando attraverso il mito o il modello della Costituzione veneziana, si è incentrata tanta parte della letteratura politica. La questione non è illegittima, poiché l'attributo

(1) Cfr. anche la recensione di A. CASELLA, in *Società e Storia*, II, 1981, pp. 248-250.

(2) Cfr. a titolo di esempio il rapporto fra Marsili e il mercante olandese Philippe Mommartz, segnalato alle pp. 467-469.



« economico » secondo l'ottica camerale-mercantilistica resaci familiare dai lavori di Pierangelo Schiera, lungi dal risultare restrittivo, qualifica l'idea del « buon ordine » in tutta l'ampiezza, quasi totalizzante, della sua portata, conformemente, del resto, alla nozione economica ed extra-economica insieme di mercantilismo di uno Schmoller e di uno Heckscher <sup>(3)</sup>. Peraltro da più di un luogo dell'esposizione della Gherardi proviene la sollecitazione a porsi la domanda se fra « buon ordine » al singolare e « buoni ordini » al plurale esistano delle correlazioni, e quindi se fra capitoli di storia del pensiero politico come quelli gravitanti intorno alla Firenze rinascimentale o alla « fortuna » particolarmente inglese di Machiavelli <sup>(4)</sup> da una parte e il cameratismo e mercantilismo austro-tedesco dall'altra sussistano dei compartimenti stagno geograficamente precisi oppure sia riscontrabile una sotterranea circolarità. Non si tratta tanto di quella sorta di sincretismo registrato dalla Gherardi per lo *Einrichtungswerk* del 1688-89 — « accanto all'antico *Gottesgnadentum* e alla *Staatslehre* del XVI secolo compaiono le moderne idee della *salus publica*, il diritto naturale di Grozio e Pufendorf, insieme con tendenze marcatamente anticetuali che si fanno avanti a livello giuridico e fiscale e in nome di una *Machtpolitik* di stampo nettamente mercantilistico » (p. 221) — quanto piuttosto delle suggestioni derivanti dallo *Entwurf einer Bibliotheca Universalis Selecta* di Leibniz per il cancelliere austriaco Strattmann, analizzato dalla Gherardi all'interno della disamina del nodo politico-culturale Leibniz-Conring-Marsili che costituisce uno dei temi salienti di questo libro (pp. 404 sgg., 413 sgg.). Attraverso anche il filtro bibliografico di Naudé e Conring (p. 406) machiavellismo, antimachiavellismo, ragion di stato, tacitismo rientrano inevitabilmente nell'orizzonte di una *Bibliotheca Universalis Selecta* che comprende altresì una letteratura specificamente afferente le discipline economico-finanziarie, militari e geografiche e geografico-politiche, conformemente all'apparato dottrinario e scientifico camerale e mercantilistico. Ma il dato estrinseco di una biblioteca trova conforto in elementi di carattere, per così dire, interno. L'« arte geografica » del Marsili (pp. 340, 332, 339), funzionale alla storia e alla politica concreta, aveva un suo naturale e significativo riscontro nell'interesse esplicitamente dichiarato, nell'*Idea dell'istituzione e della Biblioteca di Sua Eccellenza il Signor Generale Conte Marsigli ...* (1703), fra l'altro per le « Relazioni d'ambasciate fattesi da uno e dall'altro alle corti (...) » (p. 443): spunto che non può non far venire a mente le tipiche ed esemplari relazioni degli

<sup>(3)</sup> Cfr. D. C. COLEMAN, *Eli Heckscher and the Idea of Mercantilism*, in *Revisions in Mercantilism*, ed. with an Introduction by D. C. Coleman, London 1969, pp. 95 e 102.

<sup>(4)</sup> Cfr. F. RAAB, *The English Face of Machiavelli. A Changing Interpretation 1500-1700*, London-Toronto 1965, e soprattutto G. PROCACCI, *Studi sulla fortuna del Machiavelli*, Roma 1965, pp. 209-261.

ambasciatori veneti al Senato, a proposito delle quali si è giustamente parlato di « fortuna veneziana del Machiavelli » e non a caso, a caratterizzarne la fisionomia, è stato fatto altrettanto opportunamente il nome di Giovambattista Ramusio <sup>(5)</sup>. Se dalla geografia come componente fondamentale della politica si passa a considerare la politica in quanto tale, essenziale nella trattazione della Gherardi è l'attenzione posta sul genere della « notitia rerum publicarum » a proposito del quale è possibile individuare un nesso Conring-Marsili (pp. 413 sgg., 419 sgg.). Ma Hermann Conring, come è noto <sup>(6)</sup>, costituisce un imprescindibile capitolo della « fortuna » europea di Machiavelli, alla quale è tutt'altro che estraneo Justus Lipsius <sup>(7)</sup>, giustamente ricordato dall'autrice, sulla scorta dei fondamentali studi di Gerhard Oestreich, come colui che pose le premesse della « notitia rerum publicarum » e per la sua significativa inclusione nello *Entwurf* leibniziano (pp. 417 n. 55, 453-454). Ma anche l'avvento del tacitismo si fregia del nome del grande Lipsius, che finisce così, prima di Conring, col rappresentare un vero e proprio crocevia: Lipsius e l'Olanda. È qui che probabilmente si situa fra Cinque e Seicento il punto di contatto fra una politica non più di stampo umanistico-rinascimentale, ma comunque tutt'altro che immemore di questa sua remota ascendenza, e una politica che fa da presupposto all'ottica cameralistica e mercantilistica. L'Olanda come essenziale punto di riferimento è presente in Marsili: « veddasi l'Olanda che è un pugno di fango sterile di tutto che concerne al lusso che necessità; eppure con l'industria del traffico si è fatta emporio d'Europa (...) » (p. 283); « l'Olanda — scrive la Gherardi (p. 229) — è il modello di ispirazione ideale per gli autori dell'*Einrichtungswerk*, per i loro progetti economico-mercantili ». E il cerchio si chiude con il riscontro operato dall'autrice (p. 257) delle citazioni del quarto dei *Politicorum libri* di Lipsius fatte da Raimondo Montecuccoli nella sua *Ungheria l'anno MDCLXXVII*. D'altronde le conversioni e le riconversioni religiose del grande dotto olandese avevano contribuito, anche dal punto di vista biografico, a rendere il suo pensiero politico e militare indifferente sotto il profilo confessionale. Retaggi machiavelliani, erudizione classica (stoicismo e tacitismo), dunque, in Lipsius, e nello stesso tempo premesse lontane ma inequivocabili della futura scienza politica cameralistica e mercantilistica: merito tutt'altro che secondario del libro della Gherardi è quello di fornire elementi di riflessione intorno a nodi di storia del pensiero politico forse più intrecciati e aggrovigliati, nel tempo e nello spazio, di quanto non si sia comunemente indotti a ritenere.

<sup>(5)</sup> Cfr. A. VENTURA, *Introduzione a Relazioni degli ambasciatori veneti al Senato*, Bari 1976, I, pp. LXIV e XXIV-XXV.

<sup>(6)</sup> Cfr. G. PROCACCI, *op. cit.*, pp. 278 sgg. e *passim*.

<sup>(7)</sup> *Ivi*, *passim*.

La menzione di Montecuccoli sollecita a considerare ora gli altri aspetti salienti del libro della Gherardi, quelli più importanti, e nei quali consiste l'effettivo apporto critico e conoscitivo del suo lavoro: le caratteristiche dell'assolutismo austriaco messe a fuoco attraverso la figura di Luigi Ferdinando Marsili, di cui sono accuratamente vagliati e utilizzati vasti materiali inediti di contenuto politico. Il dosaggio e l'interscambio fra lo studio del processo di formazione dello Stato moderno nella monarchia asburgica fra Sei e Settecento e la vera e propria monografia su Marsili costituiscono la struttura compositiva del volume, che mette a frutto intelligentemente i risultati storiografici acquisiti, a partire da quelli essenziali di Jean Bérenger.

Marsili è così inserito in una varia costellazione di personaggi che esemplifica i diversi ambiti — militare, economico-finanziario, politico-costituzionale, amministrativo etc. — secondo cui si articola l'orizzonte ideale della dottrina cameralistica e mercantilistica e quanto in essa si rispecchia dei processi genetici e formativi dello Stato. In ambito militare il nesso è fra Marsili da un lato e Montecuccoli e Antonio Carafa dall'altro, tanto che addirittura successore del Carafa lo ritenne Johann von Thiel, consigliere e referendario dell'Imperatore, colui che nel 1700 avrebbe lamentato l'incongruenza fra l'inefficienza amministrativa della corte di Vienna e le indicazioni economiche contenute nelle relazioni marsiliane (pp. 218, 253, 339, 381-385). Nel problema militare, nella tematica del *miles perpetuus*, trova conferma una delle strutture portanti del paradigma assolutistico della formazione dello Stato: l'essenzialità della guerra a questo fine. Per certi aspetti si potrebbe dire che l'importanza che ebbe per la Marca di Brandeburgo l'ultimo decennio della guerra dei Trent'anni, la ebbe per la monarchia asburgica la fase di guerre che portò alla pace di Karlowitz del 1699 e l'acquisizione dei territori ungheresi, al di là dell'ovvia differenza fra il dissesto della Marca negli anni Quaranta del XVII secolo e l'uso coloniale dei *Neoacquisita* ungheresi (pp. 265-267) allo scopo di dare pratica attuazione al principato territoriale asburgico. L'accostamento fra le due esperienze, brandeburghese e asburgica, indotto dalla constatazione della funzione esercitata nell'uno e nell'altro caso, come che sia, dalla guerra, trova riscontro nella analogia del processo statale, che consiste nel tendere al principato territoriale. Anche qui, beninteso, con una fondamentale differenza: mentre gli Hohenzollern erano divenuti principi territoriali con la pace di Westfalia da ceti dell'Impero quali formalmente erano, il percorso attraversato dalla monarchia asburgica sotto Leopoldo I, persuasivamente individuato dalla Gherardi (pp. 68, 73), fu quello dall'Impero al principato territoriale, da *Kaisertum* a *Landesfürstentum*. Fatte salve perciò le differenze sia circa la guerra, sia circa i punti di partenza da cui presero avvio i processi che portarono all'affermazione del principato territoriale, resta tuttavia il fatto che la guerra in se stessa, e la tendenza al principato territoriale

in se stesso furono elementi comuni sia al Brandeburgo che all'Austria. Il paradigma assolutistico della formazione dello Stato nel mondo austro-tedesco trova conferma alla luce di questa comparazione. All'interno di questa larga cornice comparativa si possono esemplificativamente annoverare altri elementi comuni, e perciò pur essi costitutivi del paradigma: l'importanza dell'*Akzise* sottolineata dall'*Einrichtungswerk* (p. 240), il monopolio del sale (p. 114), quegli aspetti, cioè, della politica economica e finanziaria nei quali consistette tanta parte del contrasto fra principe e ceti, o, su tutt'altro piano, la presenza dell'alta nobiltà austro-boema negli organi amministrativi centrali della monarchia asburgica (p. 91) che richiama, per analogia, la massiccia presenza nobiliare nel *Geheime Rat* riformato brandeburghese del 1651. Ecco che allora il paradigma si specifica ulteriormente nel rapporto principe-ceti (pp. 82-83), individuato nel suo istituto più rappresentativo, vale a dire il *Bewilligungsrecht* cetuale relativo alle «contribuzioni» (pp. 71-72), e colto nella sua caratteristica costante, strutturale, per così dire, quella del «compromesso» fra, appunto, *Fürstentum* e *Ständetum* (pp. 125-126) e delle resistenze tenaci e spesso insuperabili dei ceti (pp. 384-385).

Fin qui la plausibilità di una trama di analogie che fa pensare — accomunando Hohenzollern e Asburgo — quasi a una fisiologia interna del processo di formazione dello Stato. La specificità del caso austriaco assume naturalmente una caratteristica tutta sua particolare in ragione della centralità che in esso ebbe l'Ungheria (pp. 78-80). È nei riguardi dell'Ungheria che l'Imperatore tende ad acquistare la fisionomia del principe territoriale attraverso il perseguimento di «*devotion, völligen ruhestandt und wohlfahrt*» (come recitava un testo del 23 novembre 1687, praticamente coevo allo *Einrichtungswerk*, citato dalla Gherardi a p. 215) dei sudditi, secondo un formulario assolutistico quasi canonico che rispecchiava la linea politica di Theodor Althet von Strattmann e di Franz Ulrich von Kinsky, i due grandi esponenti del partito mercantilistico, al di là di lievi differenze fra loro (p. 216), che furono i protettori e interlocutori di Marsili, e cui vanno aggiunti Kaunitz, dopo la morte di Kinsky (pp. 50-53), e il vicepresidente della *Hofkammer* von Starhemberg (pp. 293 sgg.). A questo proposito si può osservare che se Leibniz, Couring, Schierendorf rappresentano, nell'economia dello studio della Gherardi, le coordinate scientifiche entro cui «leggere» Marsili, e Montecuccoli e Carafa quelle militari-politiche, Strattmann e Kinsky in particolare ne rappresentano quelle politiche *tout-court*: è questa, in sostanza, la costellazione di personaggi, cui si accennava, nella quale Marsili è inserito, quel partito mercantilistico asburgico che la Gherardi ha avuto il merito di rendere familiare, adesso, negli studi italiani. E forse il merito sarebbe stato ancora maggiore se la ricostruzione politica non fosse stata in qualche modo un po' piegata alle esigenze dimostrative di una

teoria politica, quella mercantilistica, e i protagonisti, nella lettera dell'esposizione e del racconto, non avessero talora assunto un po' troppo la funzione di esemplificare una dottrina in sede pratica piuttosto che quella di artefici materiali di un tanto chiaro quanto incerto e difficoltoso indirizzo politico. Peraltro uno degli assunti di fondo della Gherardi a conforto della indiscutibile centralità del problema ungherese nel contesto dell'assolutismo asburgico è adeguatamente indicato ed illustrato: l'accorpamento e la composizione di interessi fra principato asburgico e ceti austro-boemi al fine di piegare le resistenze cettuali nei territori ungheresi sottratti al dominio turco, elemento che fa da denominatore comune per l'imperiale e austriaco Strattmann, il boemo Kinsky, e il progetto marsiliano di « colonizzazione continentale » dell'Ungheria (pp. 166, 194, 212-214, 249-251): « nel corso della *Zwischenzeit* srbickiana e sul progetto comune della colonizzazione dell'Ungheria si sono realizzate, fra forze costituzionali diverse, alleanze tali da rendere il mercantilismo stesso e i concreti tentativi di metterlo in pratica non più — o meglio non solo — patrimonio esclusivo del principe » (p. 271, e, per i ceti d'Ungheria, pp. 216-217). Il riferimento cronologico va a quella fase di transizione individuata da Srbik che furono gli anni Ottanta e Novanta del XVII secolo, intermedi fra una prima e una seconda fase dell'esperienza storica mercantilistica, quella avviatasi con gli anni Sessanta e quella inaugurata dalla pace di Karlowitz (pp. 134-135): fase di transizione caratterizzata appunto dai due « ministeri » di Strattmann (1684-1693) e di Kinsky (1693-1699) (p. 165), e che vide nello *Einrichtungswerk* del 1688-89 lo « specchio della centralizzatrice volontà di potenza della *Hofburg* viennese » (pp. 220 sgg.). La periodizzazione mutuata da Srbik svolge una funzione rilevante nella trattazione della Gherardi. Alla vigilia del « ministero » di Strattmann, l'incendio che nel corso dell'assedio turco di Vienna distrusse nel 1683 il Kunst- und Werkhaus (pp. 156-157) sembrò chiudere anche simbolicamente il primo periodo, alla stessa stregua in cui lo *Einrichtungswerk* esprimeva tipicamente la fase intermedia di transizione. Su questa scansione cronologica l'analisi della Gherardi si sofferma così sul *Reichsmercantilismus* a sfondo religioso dello Spinola come sulla « visione di carattere squisitamente economico » (p. 140) dei cameralisti Becher, Hörnigk e Schröder, cui dedica pagine di indubbio rilievo, e ancor più significative proprio per la collocazione che la periodizzazione cronologica conferisce a quella grande quanto sterile prima epoca delle sintesi mercantilistiche. Ma anche la più pragmatica seconda fase, quella del periodo di Karlowitz, si scontrava con difficoltà considerevoli: « la resistenza frenante della *Verfassung* ungherese (rimasta intatta nella sua cellula base, cioè nel comitato), l'enorme pesantezza dell'intero apparato amministrativo della Monarchia (e l'insormontabile opposizione dei ceti all'interno di esso) e la forte dipendenza finanziaria di quest'ultima dal capitale

straniero, olandese in particolare» (p. 384). L'esemplificazione fornita dunque dalla Gherardi sul caso austriaco conferma la fisionomia accidentata del paradigma assolutistico della formazione dello Stato, fatta di un aggrovigliato sistema di spinte e contropinte, di incontro e scontro di forze centripete e centrifughe, come talora la Gherardi stessa si esprime, avendone delineato limpidamente i contorni e la direzione.

INNOCENZO CERVELLI

Maximilian HERBERGER, *Dogmatik - Zur Geschichte von Begriff und Methode in Medizin und Jurisprudenz* (Ius Commune, Sonderheft 12), Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1981, XIV, 490 pp.

Ein wichtiges, unsere Kenntnis bedeutend erweiterndes Buch ist hier zu besprechen. Das gegenwärtige Bild, das sich Juristen von juristischer Dogmatik machen, wird bestimmt durch die Vorstellung, daß historisch gesehen die Übernahme des Dogmatik-Begriffs in die Jurisprudenz eine Anleihe bei der Theologie und inhaltlich gesehen Dogmatik die Hinnahme tradierter, kraft Autorität geltender Sätze als Ausgangspunkte einer Disziplin ist. Für die historische Seite dieser Vorstellung wird oft Leibniz als Kronzeuge benannt, der dogmatische Theologie und dogmatische Jurisprudenz miteinander verglichen und in der «Nova methodus discendae docendaeque iurisprudentiae» eine «mira similitudo» der beiden Fakultäten konstatiert hatte. Die inhaltliche Seite der Vorstellung scheint sich von selbst zu verstehen, denkt man doch sogleich an die kirchlichen Dogmen, von denen orthodoxe Theologie allemal ausgeht. So kann Josef Esser das gängige Verständnis von Dogmatik auf die kurze Formel bringen: «Dogmatik ist nun einmal ganz allgemein das Ausgehen von unveränderlichen Autoritäten, seien es Texte oder ihr jeweiliges Verständnis» (Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Frankfurt 1972, S. 91).

Das Buch von Herberger führt den Nachweis, daß beide Teile dieser Vorstellung falsch sind. Grundlage des Nachweises ist eine in ihrer Breite und Tiefe gleichermaßen beeindruckende Auswertung der Wissenschaftsgeschichte.

In der Theologie war «Dogma» weder bei den Kirchenvätern noch bei den Scholastikern ein Schlüsselbegriff. Was heute «Dogma» heißt, hieß in der Regel «canon» oder «articulus fidei» (S. 136, 183), und obgleich schon die Apostelgeschichte (16, 4) die Beschlüsse des Apostelkonzils «dogmata» nennt, war das Wort im allgemeinen weder mit der Bedeutung einer besonderen Richtigkeitsgewähr noch mit der eines besonderen Geltungsanspruchs verknüpft (hierzu vor allem S. 121 ff. und 193 ff.).

Juristen kannten und verwendeten das Wort, lange bevor es in der Theologie zum *terminus technicus* für fundamentale Glaubenswahrheiten wurde. Die Wurzeln des juristischen Wortgebrauchs sind älter als die Theologie selbst (S. 23 ff.). Plato sprach von Beschlüssen der Volksversammlung als von «Dogmen». Über Demosthenes gelangte die Bezeichnung der Gesetze als «Dogmen» in die *Digesten* (Dig. 1, 3, 2). Dies darf jedoch nicht zu der Annahme verleiten, für Juristen habe das Merkmal der autoritativen Setzung im Vordergrund gestanden. Nicht das Beruhen auf Autorität macht nach antikem Verständnis einen Satz zum Dogma. Dogmen sind vielmehr für wahr gehaltene allgemeine Sätze, die in einem größeren Zusammenhang von Sätzen stehen, zusammen eine Lehre oder *technè* bilden (S. 9 f., 14, 19 ff.).

Herberger vermutet den Ursprung dieses Dogmenbegriffs in der Medizin (S. 6 ff.). Das muß freilich zweifelhaft bleiben, weil die Datierung älterer Schichten des *Corpus Hippocraticum* auf vorplatonische Zeit rein spekulativ ist.

Die im Untertitel seines Buches erwähnte Medizin hat gleichwohl für die Geschichte der Dogmatik zentrale Bedeutung. Die Auseinandersetzungen der antiken Ärzteschulen, der «dogmatischen», der «empirischen» und der — in ihrer methodischen Eigenständigkeit stets fragwürdigen — «methodischen» Schule, haben nämlich für die Entwicklung der Wissenschaftstheorie bis in die frühe Neuzeit hinein außerordentliche Bedeutung gehabt. Infolge des Zerfalls der Einheit der Wissenschaften in Natur- und Geisteswissenschaften ist dies weithin in Vergessenheit geraten, und Herbergers großes Verdienst ist es, die Aufmerksamkeit der Juristen wieder auf diesen Strang der wissenschaftlichen Tradition zu lenken.

Am nachhaltigsten hat Galen die Methodendiskussion beeinflusst. Von Galen, der der dogmatischen Ärzteschule wohl nahestand, jedenfalls von späteren ihr zugerechnet wurde (S. 101), gibt es eine Fülle von Äußerungen über dogmatische Denkweise. Als deren Wesenszüge kristallisieren sich heraus: Ablehnung der bloßen Empirie, also Anerkennung der Notwendigkeit theoriegeleiteter Wahrnehmung für den Aufbau einer Disziplin (S. 96 ff.); Zusammenführung des Vereinzelten zu verallgemeinernden Sätzen (S. 83 ff.); Eliminierung aller Widersprüche (S. 85); Verwendung genereller Sätze sowohl zur Auffindung und Überprüfung spezieller Sätze als auch zur Erklärung der Phänomene (S. 87 ff.).

Dogmatische Denkweise ist also gekennzeichnet durch Aufstellung und bewußte Verwendung genereller Sätze (Dogmen). Daher wird, wie Herberger ausführlich belegt, in der Wissenschaftsgeschichte «dogmatisch» immer wieder synonym mit «rational» und mit «methodisch», aber auch mit «logisch», «systematisch» und «theoretisch».

Die Berührungspunkte der Juristen mit der «dogmatischen» Medizin aufzuzeigen, ist ein Hauptanliegen Herbergers. Der Weg, den

er nachzeichnet, beginnt bei Labeo (S. 106 ff.), führt — um nur einige Stationen zu erwähnen — über das mit der Glosse « ditissimi » zu Const. « Omnem » § 2 (hierzu S. 161 ff.) eingeleitete Sich-aneinander-Messen und -Reiben der Fakultäten (S. 209 ff.) und über Mediziner-Juristen wie Nevizanus (S. 217), Ehem (S. 238), Conring (S. 301), Placcius (S. 318) zu den alle Wissenschaften umspannenden Philosophien von Leibniz (S. 306 ff.), Wolff (S. 330 ff.) und Kant (S. 348 ff.). Der Ertrag der Untersuchung ist in der Gesamtschau wie in den Einzelheiten eindrucksvoll. Hervorzuheben sind z.B. die lichtvollen Interpretationen von Dig. 50, 17, 1 und Dig. 1, 3, 1-6 (D. 69 ff.) sowie von Dig. 50, 17, 202, Dig. 1, 3, 12 und Dig. 1, 2, 2, 47 (S. 110 ff.) vor dem Hintergrund der antiken Wissenschaftstheorie; ebenso lohnend die Darstellung der Wirkung, die der Paduaner Aristotelismus auf Juristen wie Baldus, Gribaldus Mopha, Julius Pacius und zahlreiche andere gehabt hat (S. 203-260). Bisweilen mag die Bedeutung, die Herberger der Medizin im Gesamtzusammenhang der Wissenschaften und ihrem Einfluß auf die Juristen beimißt, überzogen erscheinen. Dann muß daran erinnert werden, daß sein Thema nicht die Medizin an sich ist, sondern die Wissenschaftstheorie, die auch und gerade innerhalb der Medizin diskutiert wurde. Daher ist letztlich gleichgültig, ob und in welchem Umfang sich unmittelbare Kenntnis medizinischer Schriften bei Juristen nachweisen läßt. Wichtig und überzeugend nachgewiesen ist hingegen die Vertrautheit der Juristen mit den methodologischen Problemstellungen, die auch Problemstellungen der Mediziner waren.

Der Rezensent hat in seiner als Band 1 der Sonderhefte zu *Ius Commune* erschienenen Untersuchung zur Methode der Glossatoren zu zeigen versucht, daß die mittelalterliche Rechtswissenschaft nicht ohne die vor allem durch Boethius vermittelte aristotelische Logik verstanden werden kann. Dieser Versuch wird durch die als 12. Band derselben Reihe erschienene Arbeit Herbergers nicht in Frage gestellt. Herberger knüpft vielmehr in zahlreichen Einzelheiten an die Beobachtungen des Rezensenten in « *Dialektik und Jurisprudenz* » an. Aber er kann darüber hinaus deutlich machen, daß für die Überlieferung antiker Methodologie nicht nur das dialektisch-rhetorische Schrifttum, sondern wesentlich auch das medizinische in Betracht zu ziehen ist. Ein kleiner, aber hübscher Beleg für die Fruchtbarkeit dieses Ansatzes ist der gelungene Nachweis der Herkunft der Glosse « *prima elementa* » zu Inst., *Præmium* § 4, nach deren Quellen der Rezensent vergeblich gesucht hatte (S. 183 f.).

Es ist im Rahmen einer Besprechung nicht möglich, auf die Fülle der in Herbergers Buch erwähnten Juristen, Mediziner und Philosophen einzugehen, ebensowenig auf die Fülle der erörterten Sachfragen. Nur summarisch erwähnt sei, daß alle Bestandteile der « *dogmatischen* » Methodologie zur Sprache kommen: Definition und Einteilung, Deduktion und Induktion, die Prämissensuche durch kombinatorische Topik



(S. 185 f. - in diesem Zusammenhang wäre die auf die Spitze getriebene Kombinatorik des Johannes Bassianus zu berücksichtigen gewesen) ebenso wie die Falsifikation von Prämissen und die Beweisführung aus den Ursachen («demonstratio propter quid»).

Wenn sich die Jurisprudenz als dogmatische Disziplin versteht, muß sie sich den Problemen stellen, die die fachspezifische Adaption der allgemeinen Methodologie mit sich bringt. Einer Normwissenschaft drängt sich die Frage geradezu auf, ob Dogmen deskriptive oder normative Sätze sind oder Doppelfunktion haben. Das antike Verständnis von Dogma ließ alle Möglichkeiten zu. Im Wechsel der Lesart bei Quintilian («perceptiones» - «praeceptiones») war die Fragestellung gleichsam in Miniatur gefaßt. Unter den Juristen hat Zasius — nach Vorarbeit von Baldus (S. 206 ff.) — mit der Unterscheidung zwischen den Gesetzen, die vorschreiben, und den «regulae dogmaticae» oder «doctrinae», die Aussagen über die Gesetze machen, als erster eine dem modernen Stand der Wissenschaftstheorie entsprechende Antwort gegeben (S. 219 ff.). - Da nach antiker Auffassung nur das Allgemeine Gegenstand der Wissenschaft sein kann, mußte auch die Frage aufkommen, ob die Anwendung des Rechts auf individuelle Sachverhalte ein wissenschaftlicher Vorgang sein kann. Seit der Zeit des Humanismus ist dieses Thema von Juristen immer wieder diskutiert worden (S. 265 ff.), häufig unter der Fragestellung, ob die Dogmatik zur Theorie oder zur Praxis gehöre (S. 296, 336 ff.). Dies mündet ein in die jüngst mitsamt ihren Konsequenzen für den juristischen Lehrplan von Jan Schröder dargestellte Theorie-Praxis-Diskussion des 18. und beginnenden 19. Jahrhunderts. Auf Grund der Entdeckung des Historischen (im Sinne eines der Gegenwart oder Vergangenheit angehörenden Einmaligen) als Gegenstand der Wissenschaft (S. 348 ff.) wird dann bei Hugo die Dogmatik zur «handwerksmäßigen Jurisprudenz» degradiert (S. 356 ff.). Wenn später bei Ihering Dogmatik als «höhere Jurisprudenz», «construierende» Tätigkeit oder «künstlerische Production» wieder in ihre Rechte eingesetzt wird, so ist es nur scheinbar die alte. In Wirklichkeit ist unter den Schlägen des deutschen Idealismus (Schelling, Hegel, S. 399 ff.) die Dogmatik-Tradition längst zusammengebrochen. Geblieben ist eine mit Kategorien formaler Logik nicht rekonstruierbare, allenfalls noch am Postulat der Widerspruchsfreiheit festhaltende, durch den Verlust rationaler Methodenregeln gekennzeichnete Vorstellung von juristischer Dogmatik (S. 372, 403, 410). Gerade an dieser Stelle muß hervorgehoben werden, daß Herbergers Wertungen aus umfassender Beschäftigung mit Wissenschaftstheorie hervorgegangen sind. Einseitigkeiten und die Verfolgung modischer Trends, die Bruchstücke einer Methodologie als Rezepte für das Ganze ausgeben, liegen ihm fern. Vor Übertreibungen bewahrt ihn auch seine immense Kenntnis der Philosophie- und Wissenschaftsgeschichte. Sie berechtigt ihn, Verwahrung einzulegen gegen den Neuigkeitsanspruch mancher

Thesen in der gegenwärtigen Rechtstheorie, der in Wirklichkeit nichts anderes ist als das Zeugnis fehlender historischer Fundierung (S. 268).

Das Ende des Buches mit seinen negativen Urteilen über den Stand der juristischen Methodologie in der Mitte des 19. Jahrhunderts wirkt abrupt. Alles drängt zu der von Herberger hier nicht ausgesprochenen, aber — wie auch sein gemeinsam mit D. Simon verfaßtes Buch « Wissenschaftstheorie für Juristen » (1980) zeigt — stets gemeinten Frage: Wie kann die Rechtswissenschaft wieder Anschluß an die allgemeine Wissenschaftstheorie gewinnen? Zu den notwendigen Bedingungen hierfür gehört unter anderem: Es muß die immer noch verbreitete Vorstellung aufgegeben werden, die sogenannte Begriffsjurisprudenz sei das Ergebnis eines besonders intensiven Einflusses formaler Logik auf das juristische Denken (und damit zugleich eine Widerlegung des Geltungsanspruchs der Logik im Bereich der Rechtswissenschaft). Und zweitens: Juristen dürfen sich nicht durch hegelianische Dialektik gegen die Nüchternheit methodologischer Fragestellungen einnehmen lassen. Im Sinne dieser beiden Forderungen sind an Herbergers Arbeit anknüpfende Untersuchungen zur Rechtswissenschaft seit 1850 zu wünschen.

Ausführliche Personen- und Sachregister helfen, den reichen Inhalt des Buchs zu erschließen. Dies ist umso notwendiger, als die Lektüre wegen der Breite der Darstellung und der Einbeziehung sehr unterschiedlicher Fragestellungen in den historisch aufgebauten Gesamtplan nicht ohne Schwierigkeiten ist. Zu den zahlreichen griechischen und lateinischen Zitaten liefert Herberger jeweils — einwandfreie, versteht sich — Übersetzungen, was der Leser sicher auch bei den lateinischen Zitaten begrüßen und nicht als Zumutung empfinden wird. Der Rückgang sprachlicher Bildung kann also die Lesbarkeit des Buches auch künftig nicht entscheidend beeinträchtigen; ob er es allerdings zuläßt, daß in einem Jahrzehnt jüngere Wissenschaftler solche aus den Quellen schöpfende Bücher noch schreiben können, ist leider sehr ungewiß.

GERHARD OTTE

Pietro PIOVANI, *Oggettivazione etica e assenzialismo*, a cura di Fulvio Tessitore, Napoli, Morano Editore, 1981, pp. 146 (« Collana di filosofia fondata da E. Paolo Lamanna e Pietro Piovani ». Nuova Serie diretta da Claudio Cesa e Fulvio Tessitore, 1).

Non deve stupire che una rivista dedicata allo studio del diritto, soprattutto nella sua dimensione storica, accolga la recensione di questo libro di Pietro Piovani, apparso — si può dire — all'indomani della sua morte, affrontata con lucida e inflessibile consapevolezza. Piovani

fu, infatti, nelle sue origini dottrinali e per molta parte della sua esperienza teorica, un filosofo del diritto, rimasto sempre fedele ai suoi « inizi », anche quando la sua meditazione si volse ai problemi della vita etica e dell'esperienza morale. Ma fu anche uno storico della filosofia e della cultura estremamente sensibile alla perenne connessione tra eticità e diritto, all'oggettivarsi nella « norma » di quei « valori » che costituiscono il necessario fondamento di ogni rapporto o società umana non affidati all'arbitrio o alla prevaricazione. Invero, chi ripercorra i vari momenti del suo lungo « lavoro » e magistero filosofico (che, non a caso, si misurò così spesso con uno dei massimi filosofi-giuristi, Giambattista Vico), non ha difficoltà a comprendere come l'esperienza vivente e storica del diritto continuasse a costituire uno dei costanti presupposti di una filosofia altrettanto rigorosa nel suo procedimento teorico, quanto mai astratta o separata dalla concretezza dell'esistenza individuale e sociale, dei suoi problemi, delle sue contraddizioni, delle sue insuperabili e sempre rinnovate aporie.

In realtà, a fondamento della personale meditazione di Piovani stava sempre la coscienza di vivere in un'età di crisi di valori senza precedenti, che non investiva soltanto un « sistema » etico, un assetto sociale o una « visione del mondo », ma colpiva alle radici la stessa possibilità di qualsiasi « valore », travolta irrimediabilmente dai molteplici esiti del nichilismo in cui sembrava concludersi la lunga vicenda delle civiltà dell'Occidente. A differenza di altri teorici a lui vicini e partecipi di quella medesima consapevolezza, egli non volle però far sua la via che poteva condurre ad un'illusoria « rifondazione » dei valori ormai esauriti o alla costruzione di nuovi, ambiziosi, « fondamenti ». Così — lo ha ben sottolineato Fulvio Tessitore, nella sua bella prefazione-saggio — « di fronte alle varie restaurazioni assolutistiche e neo-giusnaturalistiche » o alla esaltazione delle « certezze » o « fedi pratiche » proposte dai più opposti volontarismi, Piovani scelse un cammino più lungo, difficile e « pericoloso » che lo portò a « sprofondarsi nella crisi », per intenderne « le segrete e più determinanti ragioni », assumendo come primo oggetto della sua analisi l'individualità considerata nella sua irriducibile ed essenziale realtà. L'individuale fu davvero il « tema di fondo » di un pensiero che, mai costretto nel gioco delle « mode » o dei « successi » filosofici « à la page », si svolse, invece, sempre in un continuo e severo confronto con i massimi pensatori del passato, in una discussione mai dimessa con le personalità più rappresentative della filosofia contemporanea; ed ebbe come esito la piena comprensione della finitezza e incompiutezza dell'uomo e, insieme, della sua tensione verso l'universale e la « norma », verso un impegno etico in cui si trascenda l'isolamento e l'imperfezione radicale dell'esistente. Non posso, purtroppo, seguire qui le varie fasi del coerentissimo itinerario filosofico del Piovani, da *Normatività e società* (1949) a *Giusnaturalismo ed etica moderna* (1961), da *Conoscenza storica e coscienza morale* (1966) ai *Prin-*

*cipi di una filosofia della morale* (1972), opere che segnano altrettanti momenti di un costante approfondimento di questa intuizione originaria, definita poi dal lavoro dello storico in un dialogo sempre più serrato con Vico e con Kant, con Hegel e con Nietzsche, ma anche con i massimi filosofi dell'«esistenza». Basterà dire che, attraverso un recupero quanto mai personale e originale del criticismo kantiano, egli volle andare «all'origine del soggetto e dell'oggetto, all'origine della ragione», rifiutando ogni ontologismo esplicito o mascherato, per cogliere piuttosto quel processo dinamico del pensiero che muove «dall'inconscio al conscio, dall'indistinto alla chiarificazione, dal dato all'esistenza, dall'illogico al logico». Ben consapevole che «farsi non è attuare in sé l'essere, ma realizzare la propria esistenza» (e che, pertanto, davvero «costituente non è l'essenza, ma l'assenza»), Piovani affermò, così, con forza sempre crescente, una visione dinamica della personalità, intesa come coscienza di un *deficere* radicale e originario che tende a colmarsi, proprio nell'esercizio della vita morale, nel rapporto con l'altro e con gli altri, nell'instaurazione di forme di coesistenza e di «riconoscimento» irriducibili all'astratta misura di una tavola di valori precostituita. Ma proprio perchè era fermamente convinto che il tema attuale della filosofia fosse «l'affrancamento dell'esistente», non accettò le soluzioni esistenzialistiche e la loro profonda e invincibile nostalgia dell'Essere e della Totalità, bensì mirò a comprendere ed analizzare le «situazioni» concrete, a penetrarne le «strutture», a intendere in esse il germinare e il costituirsi dei «valori». Come scrisse in una pagina delle sue più belle, tutta la storia della riflessione filosofica moderna concludeva nella «fuoriuscita» dell'esistente «dall'orbita di ogni universalismo» etico, religioso o politico; e, quindi era legittimo che esso volesse essere ormai «escluso da ogni natura fisica o metafisica che lo naturi o lo abbia naturato», per «rimanere ancorato alla situazionalità come storicità, in una storia che non si cosmologizzi in storia universale, ma rimanga un interrelazionale tessuto di sogni, speranze, aspirazioni, godimenti, dolori, fatiche, successi, smacchi, delusioni». Ciò significava respingere con uguale decisione sia la prospettiva «totalitaria» dell'idealismo, sia l'insufficienza e l'incoerenza del «puro volontarismo», sia ancora quella sorta di «ontologia perfezionata» che Piovani individuava anche nell'«epochè» fenomenologica, per riconoscere che «l'essenziale non è ciò che non è, bensì ciò che *ancora-non-esiste*». Ed è chiaro — lo sottolinea assai bene il Tessitore — che, per lui «la coscienza dell'inintangibilità dell'essere» era la «condizione della ricerca trascendentale dell'esistente, senza cui l'esistente non sarebbe esistente», e che, appunto per questo, «determina la radicale riforma dell'assoluto a cui si tende e il necessario rifiuto di ogni ontologia neo-sostanzialista». Di più: Piovani ne deduceva anche «l'inconsistenza della contrapposizione del fatto e del valore, del fattuale e del valorativo», perchè l'essere e il dover essere (o, nei termini suoi proprî,

l'«esistenziale» e l'«assiologico») non appartengono a due mondi diversi, di cui l'uno sia il luogo delle entità ideali, assolute e certe, ma costituiscono le dimensioni effettive dell'azione e della vita morale, nella riconosciuta pluralità delle dimensioni etiche e dei loro valori costitutivi. Il che spiega perchè egli sottolineasse la validità di un «apparente formalismo, palese tributario della morale kantiana» capace di «riconoscere dignità etica a qualunque azione che abbia in sè la forza di espandersi in un'oggettivazione che attesti una tensione universalizzante»; e ritenesse che solo un simile formalismo potesse diventare «contentutismo reale storicizzato nel suo tentativo di penetrare, comprendere qualunque forma in cui si sostanzia l'attivo desiderio dell'uomo di soddisfare il suo insaziabile appetito di valori ...». Di contro alla stabilità dell'essere ed alla immobilità dei valori si delineava così il tema di una perenne «trasformazione» delle «figure dell'etica», nella mobilità e nel divenire del mondo storico, nella stessa angosciante coscienza di un precarietà senza limiti che ritrovava nelle pagine di Piovani il significato e la misura dell'esperienza pascaliana, il senso di un'antica vocazione cristiana, lontana e dimenticata dalla potenza delle istituzioni. Ma questa angoscia, questo «dolore», questa certezza di «ogni fine» erano anche l'unica «speranza» dell'esistente, fondata sulla rivelazione dell'«assenza» e, nondimeno, sempre proiettata oltre se stessa, nel confronto con l'infinita «deficienza» che pure lo «costituisce».

Ho insistito su questi temi davvero centrali della meditazione di Piovani perchè essi costituiscono i presupposti di questo estremo «messaggio» che è, insieme, «un atto di fede nel futuro del filosofare, sconcertante 'vizio' caratteristicamente europeo» e la razionale conclusione di una dottrina del «deesse» che, con straordinaria verità, si nutre dell'ultima e irripetibile tra tutte le esperienze. E leggendo queste pagine ove, esplicita o dichiarata, è sempre presente l'idea che l'esistenza trova il suo significato e la sua vera ragione nella morte, è impossibile non ricordare, con immutato dolore, che chi le scrisse, con la consueta nitida misura, stava vivendo, davvero, giorno per giorno, la propria morte, «costruendola» — voglio dire — con questa rigorosa meditazione che non conosce debolezze o cedimenti, ma guarda con limpido e fermo sguardo il nostro comune destino umano, la sorte identica che ci sovrasta in ogni ora della vita. Si tratta però di un discorso puramente teoretico, fondato sull'ormai riconosciuta crisi dell'oggettività dei valori, sull'impossibilità di dedurli da un qualsiasi sistema in cui si suppongono iscritti, sul mutamento di metodo e di mentalità che impone all'etica di riconoscersi soltanto come «filosofia dell'azione» e di porsi al centro della «nuova teoresi», per verificare se stessa, in una piena e assoluta autonomia. Al centro di questo radicale spostamento del campo e della prospettiva della riflessione etica c'è però — e il Piovani lo dichiara subito, perchè questa è la prima «traccia» della sua analisi

— la novità sconvolgente che il « soggetto pensante » è ormai cosciente di « *essersi fatto* pensante ». Perchè i confini del razionalismo si sono estesi sempre più e sempre più oltre le frontiere dell'inconscio; e l'*ego* non è più un'unità monolitica, ma una complessità stratificata che cerca il suo pensiero in falde in cui la razionalità non esclude di essere pre-razionale » o, addirittura, « in contatto con una irrazionalità imperfetta ». Ciò distrugge, insieme, l'immagine tradizionale del « pensiero come perfezione e del soggetto come inamovibile titolare di codesta perfezione ». Invero, attraverso l'analisi psicologica, sociologica, storica e preistorica, l'indagine sull'«infanzia» e sul «primitivo» conduce il soggetto pensante verso una zona sempre più oscura e indecifrabile, « una profondità mal scandagliabile » che rivela, infine, la « inspiegabilità iniziale del suo esserci ». Il soggetto si trova, dunque, « gettato qui come cosa tra cose », sottratto al circuito dell'« essere come pensiero », posto, anzi, sotto « il livello del razionale ». E siccome gli è impossibile scegliere quella « soluzione assoluta » che scegliendo l'« inesistenza » gli permetterebbe di affermare la propria « assolutezza illimitata », deve riconoscersi in « un sistema di accettazioni, di implicazioni, di coerenze » dal quale l'esistente non ha il potere di uscire. « L'accettazione dell'esistenza — scrive Piovani — sottintende una logica vitale: chi, volendosi, vuole l'esistenza non può non volere la serie di assenti, di ammissioni e di comportamenti che dell'esistenza sono il riconoscimento o tacito o espresso ». Sicchè la morale può essere interpretata come « una rete di implicite coerenze avvolta intorno al soggetto nella misura e nelle forme in cui non può fare a meno di avvolgersi »; è, appunto, una « logica dell'esistenza » fondata, soprattutto, « sulla concludente severità delle azioni e dei pensieri vissuti », ben diversa dai « verbalismi moralistici » o dai « compiacimenti immoralistici stravaganti ». Nell'esistenza, infatti, l'individuo recupera la propria soggettività nell'esercizio della scelta esistenziale, così come mira a cancellare il « ricordo alienante » della sua oscura, incomprensibile origine nell'« esasperazione soggettivistica ». Egli sa, però, di potersi « costruire » solo attraverso un « continuo trasmutarsi », nelle forme dialettiche complesse dell'« oggettivazione etica » che « salva dalla labilità dell'informe l'esistenza accettata » e le attribuisce la sua consistenza e la sua forma. Ma non si tratta mai di « un regno di sicurezze da preservare », di un « solido assetto » che chiuda e definisca, una volta per sempre, il significato e la struttura dell'esistere. Ché, anzi « la lotta per la morale non concede tregue o armistizi » ed è caratterizzata dall'« agonismo delle intransigenze », non dallo « irenismo degli accomodamenti ». Certo, l'espansione esistenziale del soggetto deve arrestarsi là dove la « prevaricazione » significherebbe disconoscimento degli altri e violazione della loro personale identità. Tuttavia, Piovani sa bene che « la morale ..., in epoche e forme diverse, dà luogo a difese giuridiche differenti nei tempi e nei modi ... », ma « non può andare oltre codesto garantismo che,

pure vivente nelle tensioni ideali della civiltà del diritto più evoluta, è perennemente esposto a modificazioni e a violazioni, non solo parziali». Nessuna personalità è, perciò, esente dai condizionamenti che esercita e subisce, «in una complessità di azioni e di reazioni tessuta con trama tanto fitta che solo le più ingenue filosofie della storia presumono di poterle districare alla perfezione». Resta però il fatto decisamente qui riaffermato che «capriccio e arbitrio» sono «caratteri tipici della prevaricazione..., in antitesi con l'attitudine oggettivante della volontà etica», «resistenze singolaristiche del soggetto che è restio ad affidarsi alle convergenze coesistenziali, senza cui nessuna azione s'intreccia con le altre in omogeneità più o meno stabile». E, al contrario, «il volere tanto più vale e valorizza quanto più vale anche per gli altri uomini e, al limite, per ogni uomo».

Ecco perchè la morale deve assumere ed assume «una funzione strutturante tutta esplicita», giacchè la libertà pur «garantita dal continuo scegliere» è sempre circoscritta da situazioni concrete e determinate, modificabili, certo, ma, nondimeno, inevitabilmente «delimitanti». Il «decisionismo» non è, infatti, «arbitrarismo»; così come ogni scelta implica l'accettazione di alcune possibilità e l'esclusione di altre, e si connette a tutte le altre, dall'opzione primaria dell'esistenza e tutte quelle che ne conseguono, «in un collegamento che fa sistema» ed ha una sua interiore, razionale organicità. In effetti, proprio perchè l'esistenza è traversata di continuo da «incertezze» e «lacerazioni», chi esiste è dominato dall'«assillo del *rimanere*» e il suo volere è mosso dalla coscienza della propria insufficienza che lo spinge a «progredire» per «autoconservarsi». L'uomo non ha «un essere semplicemente da conservare», bensì da formare «con sforzo progrediente». Così l'individuazione può «procedere», solo se riesca a «proporsi uno scopo accomunante» e a proporre tradizioni e valori idonei «ad attuare stabilità di persuase adesioni»; e, dunque, a rinnovare, trasformare e ricreare quei fondamenti e quelle «riconosciute gerarchie» continuamente sottoposte a processi di decadenza e di disintegrazione e, nondimeno, sempre riemergenti in altre forme ed altri contenuti.

Ciò significa — Piovani non lascia alcun spazio a facili e tentatrici ambiguità — che «senza un riferimento normativo sovrastante» nessun sistema morale può attuarsi, perchè «l'anomico non instaura valori» e tutti i mutamenti dei loro sistemi sono «contemporaneamente dissacranti e consacranti», nello scontro tra «le volontà neo-instaurate» con la loro convincente e incalzante tensione etica, e l'eguale forza di convinzione di chi «testimoni» per valori contrastanti o diversi. Con tutto questo, nessun sistema di valori può mai controllare e programmare «l'orientamento dei voleri», senza una «mediazione collettiva spontanea» che offra ad essi una «recezione e sanzione comunitaria». O come dice appunto Piovani con la sua esemplare chiarezza: «*L'institutum* ha la sua intima libertà perchè dipende dal sottinteso consenso di tutti...

La vera oggettivazione si realizza nel trascendimento dei soggetti. La vera soggettività si compie nella realtà delle oggettivazioni mediante e mediante». Spetta, appunto, alla «oggettivazione etica» di chiarire che «non c'è morale che non sia legata ai *mores*» e non ne venga, in ultima analisi, «ratificata». Giacchè persino «nell'assoluto etico esasperato dalla decisione di un soggetto», la stessa sublimità dell'atto e del gesto vale sempre «per la sua attitudine di esemplarità»; e, dunque, per le «ratificazioni» che esso può ottenere direttamente o indirettamente.

Richiamandosi, in questo caso, allo Hegel ed alla sua polemica contro l'«anima bella», compiaciuta della sua solitaria nobiltà, Piovani può scrivere che «l'aspirazione a *moralia sine moribus* è tanto poco formulata e formulabile» che la stessa pretesa di contrapporre la «soggettività morale» all'«oggettività etica» subito si dissolve, quando se ne considerino le effettive radici storiche così legate ad alcuni aspetti fondamentali della cultura europea del primo Ottocento. Né stupisce il suo appellarsi a Schleiermacher per notare come l'«elogio dell'*ethos*», così corrente e dominante per tutta la prima metà di quel secolo, testimoni, in sostanza, il «collettivismo profondo delle istituzioni etiche» che «stratificano nel loro esistere, nelle maniere del loro persistente atteggiarsi, volizioni di più generazioni che si sono fatte volontà oggettive canalizzandosi nei solchi predisposti dagli atteggiamenti precedenti, accogliendoli, accettandoli, innovandoli, aggiungendo un nuovo strato ... a quel volere solidificato». Per questo, proprio l'intelligenza della vicenda «mai meccanica» degli «istituti etici», del loro «farsi storico» e del loro «durare» permette davvero di seguire i processi dell'esperienza morale e il loro effettivo, concreto sviluppo. Ma neppure questa fenomenologia sembra sufficiente, se la loro individuazione non è affidata alla ricostruzione storica che li inserisce nel loro contesto, nella temporalità in cui fanno sistema, definendone le «fasi generazionali» e il loro emergere e successivo moltiplicarsi. Anzi, una riflessione morale davvero consapevole degli «intimi legami che stringono etica e storica» può intendere come il «formismo storico-istituzionale» in cui le azioni etiche si oggettivano non smentisca ed anzi possa convalidare il «formalismo» della grande tradizione kantiana che, senza «ridurre l'esemplarità storica ad atlante anatomico», rispetta l'unica irripetibile libertà dell'agire etico, comprensibile solo «caso per caso». Del resto, per questo filosofo della morale e del diritto, sempre così preoccupato della concretezza storica dei valori e delle «norme», nessun «istituto» etico può davvero «valere», se non è pervaso da una vitale «tensionalità», da quella «inquietudine» sempre volta verso il futuro.

Certo, «affidarsi ai *mores* è sostenersi e al tempo stesso sostenere», è affidarsi all'istinto della ripetizione, costantemente smentito, però, dai contrasti emergenti tra gruppi di valori e dall'inevitabile imporsi di perentori problemi di scelta. Ma Piovani ci ricorda che la molteplicità



dei valori è, in fondo, la varietà stessa delle individualità personali, che, sempre, l'omogeneità implica l'eterogeneità e che la medesima « ripetizione » dei valori e delle abitudini sociali può sussistere soltanto se regge alla propria tensione, senza scadere nell'inerzia e in un automatismo ormai esaurito. Non solo: anche la « vischiosità dell'oggettività etica che rallenta la mobilità dei rapporti morali » e mira a stabilizzare le azioni esposte alle insidie della « labilità » ed alle « tentazioni del narcisismo » non prescinde mai dalle inquietudini che turbano le coscienze e le inducono « all'allarme del dubbio morale, presupposto di ogni scelta ». In realtà, mai c'è etica senza inquietudine, « perchè tale inquietudine è dell'uomo, nasce con l'uomo ». La stessa preoccupazione di « assicurare l'azione, confermarla, garantirla, sottrarla alla cancellazione, alla dissipazione, alla labilità », per inserirla, « con energia..., nel giro dell'esistenza », rivela come il ricordo dell'origine sia sempre presente alla coscienza umana, consapevole di « quanto sia penoso, costoso continuare ad esistere, procedere, permanere ».

Al cuore della vita etica riemerge così quell'interrogativo primo e ineliminabile che, nonostante tutti gli « occultamenti », continua sempre a condizionare la vita dell'uomo; quel chiedersi che cosa stia alle origini prime delle nostre logiche e delle nostre etiche, e perchè l'« esistenza » sia stata scelta invece dell'« inesistenza ». Essere « deficiente » e « indigente » per antonomasia, posto « in mezzo a viventi ... naturalmente dotati di mezzi più o meno idonei a lottare per la sopravvivenza nella prima paurosa selezione », l'uomo mantiene, anche nella vita storica, l'antico terrore della propria « estrema debolezza », il senso mai esorcizzato di un passato terribile che è anche il suo presente. Dietro di lui — come vide, con folgorante potenza il filosofo che Piovani ha così amato e compreso — sta, infatti, ancora e sempre, il ricordo delle « selve primigenie », ove l'uomo fu « il più atterrito tra i viventi » e « morente consapevole tra morenti inconsapevoli », intese di essere il più esposto « all'insidia dell'inesistenza incombente » compiendo l'esperienza decisiva della morte. Si salvò dalla sua deformità e incompiutezza naturale, uscendo della vita « interanimale, belluina » per costruire la « cultura » e la « civiltà ». E, tuttavia, la paura primigenia non è stata vinta ma soltanto « ingrandita », perchè l'« agguato della inesistenza » continua a dominare la vita dell'uomo e lo costringe a « tematizzare la morte », ponendo al centro dell'esistenza il « problema del mistero ». « La paura è un istinto che l'uomo denaturalizza convertendolo in punto di riferimento dell'intera esistenza arrischiata ». Né può liberarsene con solitari « atti di sopravvolontà » che valgono soltanto per « raffinate coscienze isolate », bensì se ne emancipa con la sua storia che è « in buona parte, un sistema di trasformazione del terrore originario ». Senza indietreggiare di fronte alle estreme conseguenze del suo pensiero, Piovani scrive che la stessa spinta al vivere viene dall'« opposizione alla morte » e che, a ben guardare, tutta la vita umana è soltanto un « inventio mortis ».

È questa la ragione per cui la conoscenza dell'uomo è, soprattutto, una lotta contro la « confusio », una reazione al pericolo della dispersione e del rischio che si affida alla capacità umana di « contrassegnare », dapprima nelle forme del pensiero mitico, ancora chiuso nell'indistinzione tra « segno » e « segnato », poi nel parlare e nel concettualizzare che mira a controllare « la mobile immanenza dei molteplici » in un « ordine » capace di accoglierla. Consapevole che la filosofia ha ormai fatto pienamente luce sulle origini « non logiche » della logica e che la razionalità affonda le sue radici nell'oscura regione della « confusio » e del terrore, Piovani risale alle origini della riflessione occidentale, dal tempo favoloso delle antichissime cosmologie al crescere del pensiero razionale nei momenti determinanti della storia della riflessione classica. Eraclito e Parmenide, Socrate e Platone, Aristotele e Plotino sono i filosofi che, in una costante dialettica mai esaurita, segnano il sorgere di una visione dell'Essere come « totalità » e come « pensiero » entro la quale riemerge però sempre l'insopprimibile realtà del « molteplice » e del « diverso », il mondo dell'esistere la cui sola alternativa è l'« assenza ». Certo, Tommaso d'Aquino spostando il problema dell'essere dal piano dell'intelligibilità a quello dell'esistenza, sembra creare un nuovo vincolo ontologico assolutamente cogente, in cui l'Uno come « institutor formae » « non ha più nulla da sottrarre ad alcuna realtà perchè riempie ogni realtà ». Ma Piovani è bene attento alla meditazione di Maestro Eckhart e di Guglielmo d'Ockham, i due filosofi che, muovendo per strade tra loro così diverse, contribuiscono a restituire l'Essere dal piano dell'esistenza a quello dell'intelligibilità, riproponendo i problemi radicali che la « perizia sistematrice » di Tommaso poneva come risolti. E tutta la storia del pensiero moderno è poi da lui interpretata, con felice coerenza, come la « critica di ogni tentativo di sostanzializzazione dell'Essere e dimostrazione della sua vanità », « smantellamento di quell'ordine in cui l'Essere, per assicurarsi stabilità, aveva cercato una struttura inglobante ». La rivoluzione scientifica del secolo XVI, che già con Galilei trasforma l'« ordine » in « mero ordinamento » e trapassa ad una « concezione funzionale » del mondo; il nascere di un pensiero « più ragionante che razionale » che « cartesianamente dubita » e « con Montaigne e con Galilei, programmaticamente saggia » sono, appunto, le espressioni di una verità disposta a farsi, « in riconosciuta egestate, *filia temporis* », di un sapere che mira alla « umanizzazione conoscitiva » della natura e, insieme, fa dell'uomo il « nuovo continente da esplorare ». Così, mentre « la storiografia, la psicologia, la politica, la giuridica e l'economica » acquistano una sistematicità scientifica che sempre più « coinvolge il conoscente nella conoscenza », la « dignità dell'uomo » esce dalla sua classica « genericità » e diventa « curiosità riservata a ogni condizione umana, compresa quella caratterizzata da diversità remote al modello eroico e virtuoso dell'uomo sublimato nell'antica e variamente ritornante idealità del sapiente ». L'« individuazione » non è,

dunque, più « affievolimento di essenza », bensì « affermazione di esistenza ». È, invero, il nuovo sapere è ormai tanto « plurificato » da sfuggire ad ogni « classificazione », e la sua complessità permette ad una razionalità « sensibile alla dinamica del conoscere » di limitare il « raggio dei propri interventi » il campo in cui le è lecito operare. « Ragione matematica, ragione storica, ragione critica — afferma Piovani, guardando ai grandi esempi di Galilei, di Vico e di Kant — lavorano tutte — ciascuna a suo modo — per una conoscenza che si riconosca come scienza dei fenomeni », « rendono omaggio alla penetrabilità del fenomeno, all'importanza del suo manifestarsi ». Ma « capire che l'unità degli oggetti è determinata solamente dagli intelletti » significa, in realtà, « emancipare definitivamente la conoscenza da ogni residuo di realismo ingenuo e da ogni velleità di sostanzializzazione dell'uno come unità ontologicamente contrapposta al soggetto ». Talchè non è un caso che la nuova razionalità divenga sempre più attenta a comprendere « il valore delle formazioni storiche molteplici » in cui si realizzano le forme dell'eticità, e che proprio « il lievito kantiano » nutrisca le riflessioni di Herder e di Humboldt volte a indagare se ogni individuazione storica contenga una forza in cui l'« interezza dell'universale si manifesti ». Per Piovani, che avvicina la meditazione di Humboldt alla problematica di Dilthey, è questa la via dello « storicismo critico » che vuole intendere i modi con cui l'individualità si universalizza e riconosce nella conoscenza storica il solo sapere che afferri « il divenire come il divenire ».

Quest'« arduo itinerario verso l'universalità dell'individuale » sembrò abbandonato, quando l'idealismo, « restauratore severo del pensiero come assoluto », postulò « un nuovo rapporto Essere-Pensiero » e ridusse la pluralità delle coscienze conoscenti « nella sintesi di una soggettività che le comprende una volta per tutte ». Ed ecco appunto, con lo Hegel, la trasformazione dell'idealismo « in totale filosofia della storia », anzi in una filosofia che, accogliendo « le esigenze esistenziali del soggetto », « s'immerge nell'esistenza, prendendo contatto diretto con la storia ». Senonchè questa storia — la critica di Piovani è netta e riprende e sottolinea con forza un tema sempre a lui congeniale — è poi « una razionalizzazione perfezionata, una concettualizzazione raffinata », servita da una « servizievole dialettica » pronta a sacrificare « l'opposto, il fenomenico, il determinato, l'esistenziale, l'individuato... sull'altare del concetto, del quale con indiscutibile coerenza il panlogismo hegeliano, in ogni parte del suo sistema, prevede, auspica, prepara, pianifica il sicuro, finale trionfo ». Né mai la coincidenza tra l'io e il Pensiero-Essere è stata affermata con uguale intransigenza, compromettendo la sua « liberazione... dall'incombente dominio dell'essere ».

È questa la conclusione che induce Piovani a contrapporre al panlogismo hegeliano la certezza che la libertà dell'azione può essere salvata solo « nella sua imprevedibilità » ed è quindi « storicamente valutabile dopo il suo essersi formata, nell'oggettivata realtà della sua formazione

e tensione». Affermando che «l'universalità dell'individuo si trova e si conferma nell'esistenza storica» e che la stessa razionalità è «un momento della tensione esistenziale», egli scrive alcune delle pagine più affascinanti di questo libro, quando, parlando della «responsabilità morale «implicita nell'essere persona», indica i lineamenti di un'etica che voglia intendere «i mutamenti e le trasfigurazioni dell'esistenza», non tema di accettare la pluralità dei valori e delle «fedi», al di là di ogni «sconfitta» o «trionfo», accerti «le forme storiche in cui il possibile si fa effettivo, consumandosi nel concreto eppure modificandolo». «Qui — scrive — la storia cessa d'essere la serie dei momenti della «storia universale» dilatabile nei tempi lunghi di una logicizzazione atta a spiegare, e giustificare tutto; è un mobile coordinamento di accadimenti legati non all'esistenza del 'memorabile' ricordato, ma all'esistenza di *ogniuno*, che è 'storico' per il solo fatto di essere oggettivato nell'esistere, in un modo e non in un altro». Ma la polemica contro «il falso storicismo» di ogni *Weltgeschichte* in difesa dell'individuale e dell'esistente non significa che Piovani ripercorra, a sua volta, i «sentieri» delle «filosofie dell'esistenza» contemporanee. Certo, che «il pensiero moderno» sia «una progressiva, sistematica scomposizione del mondo, come tale negato nella sua unità e mostrato nelle varie sue composizioni e ricomposizioni» è convinzione radicale e profonda di questo filosofo, per il quale «la verità è un verificare» e l'«esistere» è «un individuarsi per non essere cancellati». E, se scorge proprio nell'«angoscia» dell'«instabilità» il segno che avvicina il nostro «tempo dell'Anticristo» all'«estrema solitudine addolorata del Cristo», proprio per questo, afferma, senza compromessi, che «pensare non è suturare le fratture o coprirle, ma comprenderle nella loro irrisolubilità». Pure, al tempo stesso, mentre così spesso ricorda la «sconcertante lezione di Nietzsche», riconosce che «niente è meno *esistenzialistico* del cosiddetto esistenzialismo»; in esso scopre (soprattutto in Heidegger) la nostalgia e la ricerca di «un essere non insidiato dalla *bisognosità*», un'ontologia latente, il tentato rinnovamento di una metafisica positiva già dichiarata impossibile da una critica plurisecolare.

Da questo estremo «impasse», dal timore «dell'esistere come esistere» non si può, dunque, uscire ripercorrendo (e «mascherando») le antiche strade che le filosofie, le metafisiche e le teologie dell'Occidente hanno tante volte percorso. Altro è, infatti, il principio che può oggi formulare un pensiero coerente sino in fondo con se stesso e la propria storia: la constatazione che «l'essenza di ogni realtà fenomenica è l'assenza», perchè «il reale non riesce mai ad esistere, integralmente, non si realizza mai compiutamente» e «riesce ad essere solo in quanto tende ad essere quale dovrebbe essere, ma quale, esistenzialmente, non sarà mai». L'approdo a questa certezza è, certo, un «traguardo non facile», «una conquista lenta» e sempre precaria, perchè impone una radicale «inversione di tendenza», contro «l'assillo dello *stare*, del *ri-*

*manere*, del conservarsi, del sopravvivere». La vita, proprio perchè è lotta contro l'inesistenza, è, difatti, « un sistema di agglutinamenti e coesioni » che assicurano e consolidano; e le tante teodicee implicite o esplicite del « pensiero positivo » soccorrono al lento lavoro di consolidamento della « prassi », a quell'oblio della precarietà » che induce alle illusorie certezze, ma è anche sostegno delle « scelte vitali », oggettivate nell'esperienza etica. Eppure una filosofia che sia davvero comprensione dell'esistenza non può che accettare sino in fondo il « non-esistere originario e conclusivo », porre al suo centro il « concetto esistenziale della morte », negando ogni evasione, ogni nevrotica esorcizzazione dell'angoscia, ogni tentativo « banale » o « raffinato » di renderci « familiare » e « banale » la fine.

« Conoscere la morte è la conoscenza più alta », scrive un uomo che stava già vivendo la sua « personale » inesistenza e su di essa meditava con il rigore e la limpida coscienza di chi aveva saputo davvero vivere sino in fondo la propria esperienza esistenziale. Ma la conoscenza della morte non ammette scorciatoie o artificiose liberazioni, non permette che la « seduzione di *Thanatos* » induca l'uomo all'« esibita tragicità » del suicidio, alla sua « asettica » e troppo « estetica » nobiltà. La verità sta altrove, nel desiderio di conoscere che fa della morte il solo mezzo « non strumentale » per avvicinarsi finalmente all'inesistenza che domina tutta la vita sfuggendola, momento finale di una storia che è veramente « sua » per ognuno, irripetibile, unica. Con un congedo di altissima dignità e purezza ma che, per chi gli fu amico, suona straziante, Piovani ci ammonisce che l'accettazione dell'inesistenza è davvero se stessa, solo « se attua il proprio tentativo di conoscenza ultima come accettazione totale, che non smentisca l'oggettivazione etica, ma la confermi divenendo, in fondo, il momento radicale di quella oggettivazione, il punto d'arrivo di tutte le mancanze, di tutte le carenze, di tutte le insufficienze che mettono in moto la vita grazie alle loro insoddisfazioni ». È una morte che « non può essere improvvisata » e che, invero, ciascuno, « nella biologia e nella storia » finisce col prepararsi « con preoccupata cura », anche se ignora la sua « arte sottile ». Ma è anche — ed è questo l'estremo messaggio che ci giunge da un libro di straordinaria misura umana — l'« unico spazio conosciuto in cui, alla linea di displuvio, l'esistere e l'inesistere s'incontrano », l'estremo sapere dove svanisce l'antico terrore e si conclude, per ognuno e per tutti, la lunga fatica delle civiltà e delle culture, il perenne confronto dei valori e delle « fedi ».

CESARE VASOLI

*Das Profil des Juristen in der europäischen Tradition, Symposium aus Anlaß des 70. Geburtstages von Franz Wieacker.* Herausgegeben von Klaus LUIG und Detlef LIEBS, Ebelsbach, Verlag Rolf Gremer, 1980, 447 S.

Zu Wieackers 70. Geburtstag ist nicht nur eine reichhaltige Festschrift erschienen <sup>(1)</sup>, es haben seine Schüler überdies ein Symposium veranstaltet, das dem Profil des Juristen in der europäischen Tradition galt. Das Thema war vorzüglich gewählt. Der Band ist interessant ausgefallen und bringt die Forschung in wichtigen Punkten erheblich voran. Dieser Gewinn liegt nicht zuletzt in präzisen Details. Daher wird man es dem Unternehmen nicht anlasten dürfen, daß seine Ausführung bisweilen hinter dem mit dem Titel verbundenen Anspruch zurückbleibt. Ein vom Mut zu allgemeineren Aussagen getragener Band steht daher nach wie vor aus. Vielleicht ergibt sich auch für ihn einmal eine passende Gelegenheit.

Mit der Pontifikaljurisprudenz setzt sich J. G. Wolf auseinander. Im Anschluß an die Wendung *comitia, quae pro conlegio pontificum habentur* (Labeo bei Gellius, *Noctes Atticae* 15, 27, 1) geht es für Wolf um die Rolle der *pontifices* bei der Einberufung und Leitung der Kuriatkomitien (Kalatkomitien). Nach den (glaubhaften) Argumenten von Wolf haben die *pontifices* die Kuriatkomitien nicht selbst einberufen und geleitet. Dies hat vielmehr ein Magistrat getan. Doch ist der magistratischen Aktivität eine pontifikale vorangegangen. Diese war ein Dekret (21). Die Sache war daher ähnlich dem Hergang bei jenen Sakralakten, bei denen ein Magistrat nur nach Vorspruch und Vorbild eines *pontifex* handelte (10). Über dieses etwas magere Resultat hinaus fallen wichtige Nebenbeobachtungen an. Von den späteren Ziviljuristen hebt Wolf (2) die pontifikalen Juristen durch ihre Amtsträgerschaft ab. Der implizierte Amtsbegriff bedarf aber noch verdeutlichender Untersuchung. Anregend ist der Vergleich zwischen der Gutachtertätigkeit von *haruspices* und von Juristen (19). Nicht überzeugend erscheint mir der vom Verfasser so stark betonte Gegensatz zwischen Ausdrucksweise und Verständnis von Cicero (*de domo sua* 136, *de harusp. resp.* 21) einerseits, Gellius andererseits.

Auf die Juristen der Zeit des Tiberius Gracchus lenkt Behrends den Blick. Die Position der Juristen aus der *gens Mucia*, auch des Brutus und des Manilius, wird in anregender Weise verdeutlicht. Obgleich ich mich selbst zu den Anhängern einer aktualisierenden Darstellung der Rechtsgeschichte zähle, geht Behrends in meinen Augen hierbei etwas zu weit. Weckt schon die Rede von einer « konservativ-liberalen Jurisprudenz » (26) Vorbehalte und löst der S. 52 angenommene Gegen-

---

<sup>(1)</sup> *Festschrift f. Franz Wieacker zum 70. Geburtstag*, hg. von O. BEHRENDIS u.a., 1978.

satz zwischen einem «klassischen liberalen Naturrecht der Stoa» und einem sozialen Naturrecht des Antipater von Tarsos Bedenken aus, so ist es jedenfalls unglücklich, dem P. Mucius eine «sozial-liberale Position» (112) zuzuweisen, als passe er in ein Kabinett Schmidt/Genscher. Diese Einwände gegenüber der Darstellungsweise können aber nicht die sachlichen Leistungen von Behrends schmälern. Sie liegen vor allem im Nachweis der Entwicklung der Orientierung der Jurisprudenz am *vir bonus* (58 zu *ut inter bonos bene agere oportet*, 60 f. zum *vir bonus* als Maßstab des Rechts, 64 über P. Mucius, Brutus und Manilius als Begründer einer Jurisprudenz der *boni viri*). Daher gelingt auch eine Aufhellung der Geistesgeschichte des *neminem laedere*. Treffend wird das «gute Gewissen des römischen Eigennutzes» erfaßt (49).

Einige Notizen zu Details des Beitrages von Behrends sind noch anzubringen: Daß die klassische Lehre vom *ius gentium* dieses nicht als Naturrecht, sondern als Zivilisationsrecht stilisiere (so S. 42, Anm. 39), trifft zumindest für das Konzept des Gaius<sup>(2)</sup> nicht zu. - In der Anm. 51 F. soll es statt «Kornhardt (o. Anm. 46)» wohl «Kornhardt (o. Anm. 49)» heißen. - Ob Cic. *de off.* III 23, 89 ein Eigentum im Rechtsinne meint, erscheint mir entgegen S. 50 zweifelhaft. - Zur Entwicklung der antiken Naturrechtslehre sollte auch die bei den Rechtshistorikern überhaupt zu wenig beachtete Monographie von Verdroß<sup>(3)</sup> herangezogen werden, in der allerdings auf die vom Verfasser (53 f.) aufgezeigte Bedeutung des Antipater von Tarsos nicht eingegangen wird. - Zum Werktitel *res cottidianae sive aurea* werden (60) neue Aspekte aufgezeigt, doch halte ich «Alltägliches und Gold» (66) nicht für eine zulässige Übersetzung. - Die Literatur zur Diskussion über die Rückwirkung der *lex Atinia* (65) ist vom Verf. nur fragmentarisch berücksichtigt worden; zur *dos* der Licinnia (68) hat er die interessanten Überlegungen von Waldstein<sup>(4)</sup> vernachlässigt.

Mit den «nichtliterarischen Juristen» der Kaiserzeit beschäftigt sich Liebs. In Gegenwart und jüngerer Vergangenheit hat es viele vorzügliche Juristen gegeben, die nicht publiziert haben. Die Annahme liegt nahe, daß wir auch die Angehörigen der römischen Jurisprudenz nicht nur an ihren literarischen Leistungen messen sollten. Gewiß: Wer nicht geschrieben hat, hat damit in der Regel auch bewirkt, daß wir nicht mehr ermitteln können, was er geleistet hat. Doch wird manchmal noch sein Ansehen greifbar, auch ergeben sich Anhaltspunkte für die Zahlenrelation zwischen literarischen und anderen Juristen. Die 35 Juristen, die Liebs nennt, bilden allerdings eine ziemlich gemischte Gesellschaft. Zu ihnen drängt sich eine Frage auf, der Liebs im Detail

(2) Zu ihm Herbert WAGNER, *Studien zur allgemeinen Rechtslehre des Gaius*, 1978.

(3) *Grundlinien der antiken Rechts- und Staatsphilosophie*<sup>2</sup>, 1948.

(4) *Index* 3 (1972) 343 ff.

nicht nachgegangen ist: Wie viele von den 35 können mit den Juristen der Palingenesie (von Gaius einmal abgesehen) ungefähr auf eine Stufe gestellt werden? Mein vorläufiger Eindruck geht dahin, daß wirkliche Prominenz als Jurist ohne literarische Aktivität doch nicht möglich war.

Liebs ist mit viel Umsicht ans Werk gegangen und in vielen Punkten über den durch Kunkel <sup>(5)</sup> geprägten Forschungsstand hinausgelangt. Gerade deshalb war es überflüssig, daß er mehrmals (125, 158, 172 Anm. 395) gegenüber Kunkel einen unangebracht scharfen Ton angeschlagen hat. Daß er auch den richtigen Blick für Kunkels große Leistungen hätte, läßt der Verfasser dagegen kaum erkennen.

Dem Anteil von Juristen und Rhetoren an den Novellen von Theodosius II. geht Voss (199 ff.) nach. Die Thematik der oft zur Seite geschobenen Einleitungen (205 ff.) wird treffend gewürdigt. Es wird gezeigt, wie sich diese Einleitungen von Aussagen über die Motive der Normierung (214) unterscheiden. Für das Selbstverständnis der damaligen Justizpolitik wird (z.B. 222 f.) viel gewonnen. Einleuchtend ist die Annahme, daß die Vorarbeit von Fachjuristen vor allem in den privatrechtlichen Novellen ohne aktuellen Anlaß (235) zum Tragen gekommen ist. Die Einleitung zu Nov. Theod. 9 steht dem in D. 1, 3, 17 überlieferten *dictum* des Celsus aber doch ferner, als der Verfasser (248) annimmt.

Verlassen wird die Antike mit Fuhrmanns philologischen Bemerkungen zu Theodulfs Paraenesis ad iudices (257 ff.). Wir können feststellen, daß viele Topoi der Literatenklage über Richter und Juristen auch in der karolingischen Renaissance anzutreffen sind. Interessant sind die Zusammenhänge zwischen den bei Theodulf angesprochenen Mißständen und den Reformgesetzen Karls d. Großen (vgl. 270 zur *Admonitio generalis* aus 789).

Hermann Lange beschäftigt sich mit dem Adel des *doctor* (279 ff.). Gegenüber Visconti <sup>(6)</sup> relativiert er die Bedeutung der *Authentica Habita* aus 1158. Er verweist auf die Fortwirkung des antiken Gedankens *sciencia nobilitat* (286) und auf kanonistische Elemente.

Auf Leyser (1683-1752) richtet Luig (295 ff.) den Blick. Wenn er dabei zwischen « Richterkönigtum und Kadijurisprudenz » unterscheiden will, so gibt dies zu grelle Töne. Sachlich und nützlich ist aber die Analyse von Stellungsnamen Leysers zu materiellrechtlichen Fragen. Unter diesen finden wir die Klagbarkeit des *pactum nudum* (300), die *laesio enormis* (309), Probleme um Zinsen und Wucher. Leysers Arbeitsweise erscheint dank der Untersuchung von Luig rationaler als in älteren Beurteilungen (324 f.).

Diesselhorst führt die berühmten Prozesse des Müllers Arnold vor, die viel zur Ausbildung des rechtsstaatlichen Denkens in deutschen

<sup>(5)</sup> *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen* <sup>2</sup>, 1967.

<sup>(6)</sup> *Studi Besta* III (1939), 221 ff.



Landen beigetragen haben. Vom Zentralthema weicht sein Beitrag allerdings ebenso ab wie Wollschlägers Darlegungen über Zivilprozeßstatistik und Wirtschaftswachstum im Rheinland von 1822 bis 1915. Zu diesem führt die gedankenreiche und kluge Skizze von Luigi Lombardi Vallauri über « Juristenberufe heute » (399 ff.) zurück. Was er über den Juristen als Pathologen seines eigenen pathologischen Zustandes sagt, gilt der Frage, ob das Eingreifen des Juristen mehr zur Sanierung oder mehr zum endgültigen Scheitern zwischenmenschlicher Beziehungen beiträgt. Ich möchte das Engagement des Juristen nicht so agonistisch sehen wie der Verfasser und erinnere an die Bemerkungen der Romanistin Bolla (\*) über den Gegensatz der Betrachtung des Prozesses durch Jhering und Franz Klein. Behandelt wird dann noch der Richter als sozialer Gestalter (*operatore sociale*), der Anwalt als Vor-Richter und der Rechtsinformatiker als Bereitschaftsjurist. Es war ein guter Einfall des Verfassers, die in der Diskussion beim Symposium artikulierten Einwendungen gruppiert in einem Anhang zu beantworten. Ein Nachwort von Wieacker (417 ff.) würdigt die Beiträge des Bandes und stellt so gleichsam auch dessen erste und wichtigste Rezension dar.

THEO MAYER-MALY

Jan SCHRÖDER, *Wissenschaftstheorie und -lehre der « praktischen Jurisprudenz » auf deutschen Universitäten an der Wende zum 19. Jahrhundert.* (Ius Commune, Sonderhefte 11), Frankfurt/M., Vittorio Klostermann, 1979.

Die Juristenausbildung in Deutschland hat im Herauswachsen aus der Tradition des Ius Commune seit der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts, vor allem aber im Laufe des 19. Jahrhunderts, eine Zweiteilung theoretischer und praktischer Ausbildungsteile entwickelt: an der Universität bietet die Vorlesung (und ihr entspricht das klassische Lehrbuch) die theoretisch-systematische Darstellung der Materie, in der Übung erfolgt schon auf der Universität ein Vorgriff auf die Praxis der Falllösung. Das erste juristische Staatsexamen enthält Elemente der Praxis in seiner Funktion als Justizeingangsprüfung wie der Theorie im Sinne einer Universitätsabschlußprüfung; die daran anschließende praktische Ausbildung in Gerichts-, Verwaltungs-, und Anwaltsstationen in der Referendarzeit bringen aber erst die eigentliche Einführung in die Praxis. Man hat meist den Wendepunkt zu dieser Ausbildungskonzeption in dem Entwurf einer geschichtlichen Rechtswissenschaft durch Savigny gesehen. Diese Trennung von Theorie und

---

(\*) *Der Prozeß - geordneter Rechtskampf oder soziales Übel*, in *Festschrift für Hans Schmitz I* (1967) 413 ff.

Praxis wurde in der Folgezeit immer wieder bedauert <sup>(1)</sup> und durch Reformvorschläge zu überbrücken versucht, schon im vergangenen Jahrhundert. Erst die Reformwelle um 1970 brachte aber mit der Gründung neuer Fachbereiche der sogenannten einstufigen Juristenausbildung, die unter dem beherrschenden Gesichtspunkt der Verbindung, Verschränkung, Integration von Theorie und Praxis, von Universitätslehre und Ausbildungstagen stehen, den Versuch einer Überwindung dieses Dualismus. Über die Ergebnisse dieser Experimente ist das Urteil noch nicht gesprochen, doch erwiesen sich jedenfalls die Möglichkeiten einer echten Integration im Sinne einer « Theorie der Praxis » einerseits und « theoriegeleiteter Praxis » andererseits als weit schwieriger erreichbar denn vermutet.

Die streng historisch ausgerichtete Arbeit von Jan Schröder hat also durchaus aktuelle Fragestellungen der deutschen Rechtswissenschaft zum Gegenstand, wenn sie den Ansätzen jener Entfremdung nachgeht. In der Einleitung werden sorgsam Arbeitsfeld, - methode und Erkenntnisziel abgesteckt: nicht die inhaltliche Frage von Übereinstimmung oder Divergenz der Lehren der Theoretiker und der Handlungen der Praktiker werden untersucht, wie Verfasser es enfangs vorhatte, sondern die Begriffsgeschichte von Theorie und Praxis innerhalb der Jurisprudenz (S. 3). Doch greift die Arbeit eigentliche weiter aus, als es die Einleitung definiert: sie verfolgt die Neuorganisation der zur « Rechtswissenschaft » gewordenen Jurisprudenz an der Wende zum 19. Jahrhundert von der Wissenschaftstheorie her; der Umbruch in der Philosophie zwischen Christian Wolff und Kant stellt sich dabei immer deutlicher als der große Wendepunkt heraus. Erst von hier aus wird deutlich, warum das praktische Handeln des Juristen in der Lehre des Rechts notwendigerweise einen gänzlich veränderten Stellenwert zugewiesen erhält: Zuvor ist die Anleitung zum praktischen Handeln selbstverständliches Ziel der Rechtsausbildung; danach werden nicht nur die praktischen Teile der Jurisprudenz streng von der Theorie geschieden, sondern innerhalb der praktischen Materie findet eine Aufspaltung in das der systematisch-theoretischen Durchdringung fähige Prozeßrecht einerseits, die an den Rand der Universitätslehre und wissenschaftlichen Literatur gedrängten, « rein praktischen » Gebiete der Relations- und Referierkunst, der forensichen Rhetorik, der Fallösetechnik, der Kautelarjurisprudenz, der alten Staats- und Kanzlei-praxis andererseits statt.

Schröder greift auch zeitlich sehr viel weiter aus als der Titel verrät und verfolgt, wie sich im 17. und früheren 18. Jahrhundert ein zunächst von den Definitionen der Jurisprudenz im *Corpus iuris* ausgehender,

---

(1) Vgl. etwa dazu F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl. 1967, S. 438: « Dieses oft beklagte, oft karikierte und allerdings erschreckend einseitige Ausbildungsideal ... ».

dann davon abgesetzt, «habituel» Jurisprudenzbegriff entwickelt und zur Herrschaft gelangt: Jurisprudenz als praktische Fähigkeit, das Recht richtig zu interpretieren und auf vorkommende Fälle richtig anzuwenden. Praxis ist damit gegenüber der Theorie des Rechts kein durchgehend andersartiger Studiengegenstand, sondern im sogenannten «praktischen Studium» stehen nur Gesichtspunkte der (vor allem prozessualen) Praxis gewichtsmäßig im Vordergrund. Noch Nettelbladt geht 1749 von der habituellen Begriffsbestimmung der Jurisprudenz aus, ebenso der Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis von 1756. Als Hintergrund weist Schröder den fortwirkenden Aristotelismus, insbesondere dessen Lehren von den fünf, auf die Erkenntnis des Wahren gerichteten Fähigkeiten der Seele nach, wobei allgemein die Rechtsdisziplin der Klugheitslehre (*prudencia*) zugewiesen bleibt.

Als nächste Phase analysiert Schröder, wie sich in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts anstelle des habituellen (also auf subjektive Fähigkeiten des Juristen abgestellten) ein objektiver Begriff der Jurisprudenz als einer wissenschaftlichen Materie durchsetzt: Jurisprudenz als Rechtsgelehrtheit, Rechtsgelehrsamkeit, schließlich Rechtswissenschaft. Parallel dazu erscheint die Vorstellung vom die Erkenntnisse ordnenden System. Erst auf dieser Stufe kann sich die Vorstellung einer eigentlichen Materie der praktischen Jurisprudenz bilden; diese verfolgt Verfasser in einem ausführlichen Durchgang durch die Literatur. Die Zusammenfassungen und der Überblick über die Rechtsgebiete erfolgt in dieser Zeit in der sich ausbildenden und verbreiteten Literaturgattung der «Enzyklopädie des Rechts».

Schröder dringt in dem nun folgenden, wohl wichtigsten zweiten Hauptteil der Arbeit in einem erneuten Anlauf in die tieferen Schichten der Wissenschaftsgeschichte vor. Indem er den Umbruch von Erkenntnistheorie und Wissenschaftsbegriff von Christian Wolff zu Kant verfolgt, macht er deutlich, wie vom Wissenschaftsbegriff her der Systemgedanke einen neuen Inhalt erhält und zum Maßstab der Wissenschaftlichkeit wird: System wird von einer an den Erfordernissen der Lehre ausgerichteten Ordnung der Erkenntnisse zum konstituierenden Merkmal der damit als solche etablierten «Rechtswissenschaft»<sup>(2)</sup>, zur Struktur des Rechts. Gleichzeitig ergeben sich damit die Maßstäbe der wissenschaftlichen Bearbeitung des Rechts in Bezug auf die innere Notwendigkeit der Rechtssätze und die begriffliche Logik ihrer Begründung. Schröder zeigt das breite Feld der Versuche, vor allem in den neunziger Jahren des 18. Jahrhunderts, mit diesem Wissenschaftsbegriff innerhalb der Jurisprudenz zu operieren; Konsequenz dessen muß auch eine Ortsbestimmung von Rechtsgeschichte und Rechtsphilosophie im Verhältnis zu «dogmatischer» Jurisprudenz sein, während die

(2) Dieser Begriff taucht nicht erst bei Savigny (so meist seit H. Kantorowicz) auf, sondern wird von Schröder in der Diskussion seit dem letzten Jahrzehnt des 18. Jhdts. nachgewiesen.

Materien der praktischen Jurisprudenz (außer dem erwähnten Sonderfall des Prozeßrechts) innerhalb der Rechtswissenschaft keinen wirklichen Platz mehr beanspruchen können. — Von dieser, von den Kantianern im wesentlichen schon vor der Jahrhundertwende erreichten Grundlage erscheint nun die wissenschaftstheoretische Begründung Savignys, die Grundlegung also der historischen Rechtsschule, als erneute Wendung, unter teilweiser Integration und teilweiser Überwindung kantischer Standpunkte (S. 161 ff., insbesondere 164f.). Ebenso — teils integrierend, teils überwindend — aber verhält sich Savignys Ansatz zum Frühhistorismus etwa von Gustav Hugo. Schröder sieht in Savigny somit einen großen und deshalb erfolgreichen Kompromiß, indem die «geschichtliche Rechtswissenschaft» einerseits die neuen Kriterien der Wissenschaftlichkeit erfüllt, andererseits aber den Praxisbezug der Jurisprudenz von der Theorie her nicht aufzulösen gezwungen ist (S. 165-66).

Neben diesen wohl zentralen Teilen der Arbeit kann auf die beiden folgenden nur kurz eingegangen werden. Unter dem Titel «Das Organ der Wissenschaft — Regelauffassung und regelanwendendes Seelenvermögen—» verfolgt Verf. nunmehr die parallelen Wandlungen der Erkenntnistheorie (und Psychologie) bei Wolff, Kant und in der Jurisprudenz. Die Kant'sche Scheidung von Verstand und Urteilskraft führt zur Trennung von Wissenschaft und Kunst und gibt die praktische Jurisprudenz als nur übende Tätigkeit experimentierenden, in gewisser Weise irrationalistischen Tendenzen anheim.

Der III. Teil der Arbeit bietet eine Übersicht der «Lehre der praktischen Jurisprudenz» an sieben exemplarisch wichtigen deutschen Universitäten (Göttingen, Halle, Leipzig, Jena, Berlin, Landshut/München) für den Zeitraum von etwa 1770 bis 1880. Zu diesem Zweck werden, soweit vorhanden und erreichbar, sämtliche Vorlesungsverzeichnisse u.ä. ausgewertet und sorgfältige statistische Überblicke geboten.

In diesem Bereich wie in dem der Erschließung der Literaturgattung der «Enzyklopädie des Rechts» (zwischen 1749 und 1857) besitzt die Arbeit schon durch die erschöpfende Materialverarbeitung bedeutenden Wert. Ihr zentraler Punkt ist aber die Beleuchtung einer kreuzweghaften Epoche der Rechtswissenschaft unter großenteils neuen wissenschaftsgeschichtlichen Aspekten. Die aus der eigenen, bis heute andauernden Wirkungsgeschichte erklärliche einseitige, überhöhende Sicht der Historischen Schule erfährt Korrekturen durch eine detaillierte Einordnung in die gleichzeitige wissenschaftstheoretische Diskussion — eine Einordnung, die die Heroisierung Savignys wohl mindert, die Bedeutsamkeit seiner Weichenstellungen aber eher deutlicher werden läßt. Die nicht einfach zu lesende Arbeit Schröders verlegt dabei Auseinandersetzungen mit maßgebenden neueren Autoren und ihren Ergebnissen und Wertungen oft in die Fußnoten, eine Methode, die eine Verfolgung des Gedankengangs des Autors erleichtert, aber die volle

Entfaltung der Argumentation in schwierigen Problembereichen nicht gestattet; hier wird man daher mit einem Urteil zurückhalten müssen. Vielleicht könnte der Autor einzelne Probleme in ergänzenden Aufsätzen entfalten (als Beispiel zur S. 153 FN 109 die Auseinandersetzung mit Lüderssen, Wieacker, Stühler, bestätigend mit Blühdorn, zu Feuerbach; S. 165 FN 156 die Auseinandersetzung mit Wieacker und Marini über Savignys Methodenlehre; unschön und einem wissenschaftlichen Diskurs unangemessen dabei die Kurzwertungen « richtig », « unrichtig », « ganz verfehlt », vgl. etwa die genannten Stellen sowie S. 154 FN 115). Eine wichtige methodische Arbeitsweise des Verfassers, die gleichzeitig seine theoretische Begabung bezeugt, von ihm allerdings nicht selber methodisch ausgewiesen wird, ist die induktiv-systematische Begriffsbildung im Gange der Arbeit, die es ermöglicht, begriffliche Parameter zu bilden, an denen die « Flucht der Erscheinungen », der Fluß der wissenschaftlichen Diskussion gemessen und geordnet werden kann (so etwa der « habituelle » und der « objektive » Begriff von Jurisprudenz). An anderer Stelle werden diese Parameter direkter aus der zeitgenössischen Philosophie abgeleitet, etwa als Maßstäbe der « Wissenschaftlichkeit ». Zum Verständnis wie zur Bewertung der Arbeit ist es wichtig, diese begrifflichen Angelpunkte festzuhalten; die Richtigkeit seiner Einordnungen und Bewertungen (etwa Hugos, Feuerbachs, Savignys) wird sich nur von hier aus diskutieren lassen. Die von einer feinen Intellektualität gekennzeichnete Arbeit wird sich darüberhinaus einerseits der philosophiegeschichtlichen Diskussion, andererseits der Weiterverfolgung der gezogenen Linien in die breitere Materie der Rechtswissenschaft i.S. der Verarbeitung und Umgestaltung des Rechtsstoffes, wie auch der noch fast unerforschten Rechtspraxis zu stellen haben; sie gibt für diese Diskussion einen neuen, grundsätzliche Perspektiven öffnenden Ausgangspunkt.

GERHARD DILCHER



*A proposito di...*





GABRIELE CRESPI REGHIZZI

## UNA STORIOGRAFIA GIURIDICA SOVIETICA

A proposito di *Sovetskaja istoriko-pravovaja nauka. Očerki stanovlenija i razvitija (La scienza storico-giuridica sovietica. Studio sulla sua formazione e il suo sviluppo)*, Mosca, 1978 (edizioni « Nauka », pp. 1-352), a cura di V. M. KURICYN (responsabile), D. A. GAJDUKOV e S. L. RONIN

1. Struttura e periodizzazione. — 2. La funzione educativa della storia del diritto e i centri di propulsione e vigilanza. — 3. Gli interventi del potere. — 4. Autonomia e insegnamento della disciplina. — 5. Temi discussi e problemi controversi. — 6. Letteratura e manualistica: scrittori buoni, cattivi e così così.

### 1. *Struttura e periodizzazione.*

« La scienza storico-giuridica sovietica », preceduta da una prefazione firmata da Kurizyn e Ronin, si compone di tre parti suddivise in nove capitoli.

La prima parte ha riguardo agli studi di storia giuridica dell'epoca presovietica.

La seconda parte offre un panorama dei problemi, degli autori e delle opere relativi alla storia dello Stato e del diritto sovietico.

La terza parte è dedicata alla dottrina della « storia generale » dello Stato e del diritto (cioè degli ordinamenti politico-giuridici antichi, medioevali, borghesi, socialisti non sovietici e dei Paesi in via di sviluppo).

Il gusto per le periodizzazioni ha indotto a distinguere, all'interno di ogni parte, tre periodi diversi: gli anni 1917-1936, gli anni 1937-1959 e gli anni 1960-1977.

All'interno di ogni capitolo (ossia per ogni periodo storico) la trattazione è ordinata, spesso confusamente, in quattro gruppi di argomenti: 1) stato generale delle ricerche scientifiche e peculiarità del loro sviluppo nel periodo dato; 2) principali problemi metodologici dibattuti nel periodo dato; 3) valutazione dei lavori (o delle loro fonti) pubblicati nel periodo dato; 4) questioni controverse di storia del diritto sorte o dibattute nel periodo dato.

È spesso molto faticoso seguire le vicende di un'opera, di un autore o di un problema attraverso suddivisioni cronologiche e sistematiche che in più di un caso appaiono rigide e arbitrarie.

Fra le questioni controverse e discusse nel nostro volume vi è proprio quella della periodizzazione. Sebbene il curatore asserisca che la periodizzazione di una scienza sociale determinata non debba automaticamente imitare la periodizzazione (ufficialmente adottata) per la storia della società sovietica nel suo complesso — e fornisca esempi nel testo di periodizzazioni parzialmente diverse, fondate su criteri socio-economici (p. 177) o sulla retrodatazione alla metà degli anni trenta dell'anno di nascita dello Stato socialista onnipopolare (pp. 209-210) — egli finisce però con l'adottare le suddivisioni proposte nei corsi ufficiali di storia del PCUS, a cui si è quasi sempre uniformata la storiografia giuridica sovietica:

« L'essenziale nella scelta dei momenti che determinano le basi scientifiche della periodizzazione deve essere, in ultima analisi, la corrispondenza fra le tappe principali della storia della scienza sociale in questione (nel caso di specie, la storia del diritto) e le tappe fondamentali della storia della società e dello Stato sovietico » (p. 15).

2. *La funzione educativa della storia del diritto e i centri di propulsione e vigilanza.*

« Negli anni trascorsi dalla rivoluzione di ottobre la scienza storico-giuridica sovietica ha percorso vie di sviluppo assai complicate, ma che hanno condotto, nell'insieme, a risultati felici ... i lavori in questo campo hanno un grande significato innovatore, pratico ed anche educativo. Lo studio, su un piano generale, dell'esperimento edificante della creazione e dello sviluppo del primo Stato socialista plurinazionale e del suo sistema giuridico, del processo di perfezionamento dell'attività degli organi statali sovietici, degli istituti della democrazia sovietica, dei fondamenti giuridici della vita statale e sociale dei popoli dell'URSS, arreca indubbiamente grande vantaggio. Ma *i lavori di storia del diritto*, contenendo molti dati fattuali sulle gloriose tradizioni di attuazione dei principi leninisti di democrazia sovietica, del diritto e della legalità sovietica, *sono chiamati a servire la nobile causa dell'educazione giuridica dei cittadini sovietici, che costituisce una parte importante dell'educazione comunista nel suo insieme [enfasi mia]*. Essi debbono contribuire, alla pari dei lavori di studiosi di altri settori della scienza giuridica sovietica, alla crescita socio-politica e culturale degli uomini sovietici, all'elevamento del loro attivismo sociale, all'affermazione nella coscienza e nella condotta dei cittadini dell'URSS di principi di alta umanità e delle norme della convivenza socialista » (pp. 5-6).

Da quando, dopo le esitazioni del Comunismo di guerra, riemergono preoccupazioni giuridiche in capo ai responsabili della politica sovietica, e soprattutto da quando si afferma la tesi staliniana dell'esigenza del massimo consolidamento dello Stato e del diritto nazionale (sia pure allo scopo di favorire una loro futura scomparsa), tutta la dottrina sovietica è sollecitata a contribuire alla costruzione e alla sistemazione del sistema giuridico nazionale.

Liquidate le tesi nichilistiche, sociologiche, economicistiche, il diritto sovietico, che nel 1938 troverà nel Vyšinskij una celebre definizione come « complesso di regole di condotta che esprimono il volere della classe dominante elevato a legge », non è più caduco, transitorio, parzialmente antitetico al socialismo, ma stabile e postulato come socialista *ab origine*, oggetto d'insegnamento e strumento di educazione e propaganda del sistema sovietico al tempo stesso.

Allo storico è affidato allora il compito delicato di ricostruire il passato di questo diritto in modo coerente con le nuove qualificazioni, componendo soltanto quelle tessere (dati d'archivio, autori, opere, concezioni) che si lasciano disporre armonicamente entro i contorni prestabiliti del mosaico.

Di quando in quando, con frequenza dettata dalle modalità di esecuzione e dalle mutevoli finalità dell'opera, il committente interviene per guidare o correggere gli artisti: fissando precetti fondamentali e regole di dettaglio, nel cui quadro potrà esprimersi la creatività dell'autore. Poichè non è raro che i primi, e soprattutto le seconde, subiscano dei cambiamenti, la suprema qualità dell'artista è la prudenza.

Fuori di metafora, il potere sovietico decise molto presto che la storia del diritto nazionale, tanto anteriore quanto posteriore al 1917, non poteva essere lasciata interamente al caso, alle scelte, alle sensibilità dei singoli scrittori.

I lavori apparsi (a firma di storici generali, o di civilisti) sugli eventi rivoluzionari, sui Soviet, sulle prime Costituzioni, sull'opera di codificazione, non appaiono sempre soddisfacenti. Occorre distinguere fra storici sicuri e storici sospetti, e a questo fine sorgono, per iniziativa di Lenin e dei vertici del Partito, i primi Centri scientifico-organizzativi che d'ora in poi presiederanno allo sviluppo e all'indirizzo delle ricerche storiche marxiste e alla formazione di quadri qualificati di storici marxisti, ivi inclusi gli storici del diritto.

Così, nel 1920, nasce in senso al Partito bolscevico l'*Istpart*, una commissione speciale per lo studio della storia del Partito e della rivoluzione d'ottobre che funzionerà per quattro anni, e che affida a due personalità note — il Pokrovskij e l'Adoratskij — la redazione delle prime raccolte di fonti.

È quasi contestuale la creazione dell'*Institut krasnoj professury* (« Istituto del professorato rosso »), presieduto dallo stesso Pokrovskij, allo scopo di formare storici marxisti nel campo delle scienze sociali.

Nel 1925 la « Sezione dell'edificazione sovietica » presso l'Accademia comunista (già Accademia socialista, si trasformerà nel 1936 nell'Accademia delle Scienze dell'URSS), presieduta dal solito Pokrovskij e annessa al Comitato Esecutivo Centrale dell'URSS, diventa Istituto. Al suo interno, mossa dalla necessità di lottare contro la storiografia menscevica, socialrivoluzionaria e trozkista, si forma una « Commissione storica » marxista, che ruota intorno alla figura di Piontkovskij, e che nello stesso anno fornisce i soci fondatori della importante « Società degli storici marxisti ». A sensi del proprio statuto, questa società si propone di aggregare i marxisti (e coloro che « si sforzano di assimilare il marxismo ») che operano nel campo delle scienze storiche, e prevede fra le sue finalità l'elaborazione di una teoria marxista della storia, la critica marxista della storiografia contemporanea, la propaganda e la divulgazione del metodo marxista nella storia.

Le campagne ideologiche « contro le metodologie borghesi e piccolo-borghesi » nella storia del diritto sono affidate, a partire dal 1926, al « Gabinetto di diritto e storia delle dottrine politiche » presso l'Istituto « Marx ed Engels ».

Ma è soprattutto nella « Sezione di teoria generale dello Stato e del diritto » dell'Accademia comunista, resa celebre dai nomi dei suoi condirettori, Stučka e Pašukanis, che — stante le concezioni dell'epoca — confluiscono gli storici (o aspiranti tali) del diritto sovietico. Essa ha come compito « lo studio della teoria e della storia del diritto e dello Stato dal punto di vista marxista, allo scopo di elaborare una concezione rivoluzionaria marxista del diritto e dello Stato », di demolire il vecchio diritto e creare un nuovo sistema giuridico. A questo fine, nell'assenza di contributi originali sovietici, la Sezione traduce (dal francese) « i lavori classici sul diritto di giuristi borghesi occidentali che, per l'uno o l'altro verso, presentano un interesse per il marxismo »; e pubblica, nel 1925, la prima raccolta di pensieri e frammenti di Marx ed Engels sul diritto.

Nel 1927-1928 la Sezione di teoria generale si suddivide in quattro (poi cinque) sottosezioni, una delle quali, presieduta da I. P. Razumovskij, prende il nome di « storia del diritto e delle dottrine politiche ».

Nel 1929 dalla fusione dell'Istituto dell'edificazione sovietica e della Sezione di teoria generale dell'Accademia nasce l'« Istituto dell'edificazione sovietica e del diritto », ribattezzato « Istituto di diritto statale » nel 1936, « Istituto di diritto » nel 1938, « Istituto di diritto ' A. Ja. Vyšinskij ' » nel 1954 — in onore del principale protagonista della vita giuridica nazionale negli anni staliniani — fino all'attuale denominazione di « Istituto dello Stato e del diritto » (IGIPAN) dell'Accademia delle Scienze dell'URSS.

Sino alla fine degli anni cinquanta un unico Settore ha riunito la teoria generale e la Storia del diritto all'interno dell'IGIPAN. Oggi la « Storia dello Stato e del diritto sovietico » costituisce un Settore

autonomo in seno al massimo organo di ricerca giuridica nel Paese, di cui è titolare proprio il prof. Kuricyn, curatore del volume di cui stiamo occupandoci.

Da qualche anno un organismo istituito presso il Consiglio scientifico dell'Accademia delle Scienze dell'URSS, la « Sezione di teoria e storia dello Stato e del diritto » (competente per i problemi relativi alle « leggi di sviluppo dello Stato, dell'amministrazione e del diritto »), coordina le ricerche giustoricistiche in tutto il Paese.

### 3. *Gli interventi del potere.*

Se i centri ricordati nel precedente paragrafo fornirono allo storico ortodosso la cornice organizzativa e scientifica entro cui operare, ad indirizzare o rettificare le ricerche di storia del diritto si provvede, periodicamente, con strumenti di altro tipo.

Facendo seguito alla pubblicazione, nel 1925, della prima raccolta delle opere di Lenin, se ne sottolineò ben presto la primazia negli studi di storia dello Stato e del diritto, sovietico o straniero. Ne discese come corollario la condanna della neutralità e la necessità per lo storico (come per il giurista) di combattere « gli esponenti dell'anticomunismo nel settore della storia dello Stato e del diritto » (p. 7-8). L'adesione dell'opera storica alle concezioni di Marx e di Engels e al pensiero di Lenin diverranno d'ora in poi il criterio fondamentale per il giudizio di quell'opera.

Ma anche le dottrine dei classici si prestano a letture discordanti. Direttamente o attraverso gli organismi controllati il potere deve fornire agli storici e ai giuristi indicazioni inequivoche sulle mete e sulle modalità per raggiungerle, e lo fa con una serie di risoluzioni che diventano capisaldi per lo sviluppo delle scienze sociali.

Nel 1931, in armonia con le decisioni del XVI Congresso, la frazione comunista del Consiglio della Società degli storici marxisti enuncia le proprie « Tesi sui compiti della scienza storica marxista nel periodo corrente »: assalto risoluto alla storiografia borghese, necessità di mettere la storiografia al servizio della costruzione del socialismo, creazione di una storia delle etnie non russe dell'URSS ad opera di storici delle rispettive nazionalità (tesi, l'ultima, che per lungo tempo non verrà osservata).

Nel 1934 e nel 1936 tre decreti congiunti del Partito e del Governo (1) « sull'insegnamento della storia civica nelle scuole dell'URSS », « sui manuali di storia » e, rispettivamente, « sul lavoro degli istituti di istruzione superiore (VUZ) e sulla direzione della scuola superiore

---

(1) Sulla cui natura cfr. BISCARETTI DI RUFFIA e CRESPI REGHIZZI, *La Costituzione sovietica del 1977. Un sessantennio di evoluzione costituzionale nell'URSS*, Milano, 1979, pp. 21-23.

[del Partito comunista], criticano il modo fin allora seguito di far storia e di insegnarla, consistente « nella sostituzione dell'esposizione concreta degli avvenimenti più importanti con determinazioni astratte di formazioni socio-economiche e con astratti schemi sociologici » (p. 64).

L'invito a modificare i testi per la didattica è ripreso pochi giorni dopo in una seduta comune dell'Istituto giuridico dell'Accademia e dell'Istituto del professorato rosso, e dalla rivista giuridica dell'Accademia, limitatamente ai manuali di storia e alle antologie di fonti storiche del diritto russo e sovietico.

Nel 1947, la prima edizione dell'opera collettanea di « Storia dello Stato e del diritto sovietico », curata da A. I. Denisov, era la pronta risposta (« lontana dalla perfezione », p. 172) alla esigenza prioritaria di redigere un manuale di storia del diritto sottolineata nella più antica delle risoluzioni citate.

La storia del diritto ha potuto trarre benefici, alla pari di qualsiasi altro ramo del diritto sovietico, da due fondamentali risoluzioni del Comitato Centrale del Partito del 1946 e del 1964, dedicate, rispettivamente, all'« ampliamento e miglioramento dell'educazione giuridica nel Paese » e all'« ulteriore sviluppo della scienza giuridica e miglioramento dell'educazione giuridica nel Paese ».

Nell'ultimo decennio, la fioritura di monografie sul diritto russo prerivoluzionario ha preso l'avvio da due direttive politiche del 1969 e del 1975 (« Direzioni fondamentali del lavoro scientifico e di ricerca dell'Istituto di Storia e dell'Istituto di Storia generale dell'Accademia delle Scienze dell'URSS » e « Il settantesimo anniversario della rivoluzione del 1905-1907 in Russia »).

Gli incentivi alla produzione giustoricistica, tuttavia, non devono far dimenticare « il nesso inscindibile fra partiticità ed oggettività » (p. 274). In quest'ottica il XXIV Congresso ha ribadito, nel 1972, che « il Partito attribuisce un significato eccezionale all'interpretazione esatta ed oggettiva della storia del nostro Stato ». Il senso dell'espressione « esattezza e oggettività » era stato spiegato senza ambiguità dal Comitato Centrale in un decreto del 1967 (« Misure per l'ulteriore sviluppo delle scienze sociali e l'elevamento del loro ruolo nella edificazione comunista »): il basso livello teorico di libri, articoli, tesi deriva dalla debolezza dell'approccio di classe, dall'insufficiente attuazione del principio di partiticità (*partijnost'*) nell'analisi storica, cioè della « lotta senza compromessi contro l'ideologia borghese e riformista » e della consapevolezza dello storico del ruolo direttivo del Partito nell'edificazione comunista <sup>(2)</sup>.

---

(2) KOSULNIKOV e PEDOSOV, *Ovladevat' bogatym opytom leninskoi partii*, in *Pravda*, 13 ottobre 1972, p. 2.

Il principio della «partiticità» si aggiunge così a quello della conformità al marxleninismo come metro di valutazione della storia del diritto.

#### 4. *Autonomia e insegnamento della disciplina.*

Si è visto nei precedenti paragrafi in quali particolari condizioni debba destreggiarsi lo storico sovietico del diritto. È logico attendersi che in modo altrettanto peculiare si sia posta (e ancora si ponga) la questione della cosiddetta autonomia, scientifica e didattica, della sua disciplina.

Allo studioso di sistemi socialisti sono famigliari l'accanimento e la passione con cui i giuristi sovietici affrontano il problema della autonomia di questa o quella branca del diritto. (Un gusto ed uno zelo analoghi si ritrovano in Italia solamente fra i cultori del diritto agrario). Alla naturale inclinazione all'astrattezza, al non cancellato influsso del metodo dogmatico-concettualistico di origine tedesca si aggiungono probabilmente, a spiegazione del fenomeno, ragioni inerenti a conflitti personali, a concorrenze istituzionali, di natura professionale o «concorsuale». Sotto questo profilo le vicende dell'autonomia della storia del diritto, e dei tormentati rapporti di questa disciplina con la più prepotente ed espansiva teoria generale dello Stato e del diritto, ricalcano quelle di altri rami della giurisprudenza sovietica (il diritto amministrativo, i diritti fondiario-agrario-kolchoziano), e soprattutto il caso emblematico del diritto civile e delle sue alterne fortune nella ricorrente e sempre latente *querelle* con il diritto della economia.

Naturalmente, sulle sorti della storiografia giuridica sovietica ha pesato in modo determinante la pretesa dell'ideologia dominante di far prevalere la verità filosofica e politica sulla verità storica (così da rendere la seconda superflua o del tutto secondaria). Ma questa constatazione, ch'è alle radici del problema, non può essere invocata da chi presenta il proprio lavoro come primo esperimento di ricerca storiografica sul diritto sovietico e definisce la storiografia giuridica come settore autonomo di conoscenza ed autonoma disciplina scientifica (p. 6).

Coltivata per lo più da studiosi maturi e docenti universitari che, «pur agendo lealmente verso il potere sovietico, restavano in maggioranza su posizioni metodologiche non marxiste» (p. 20), rifiutando l'apporto di fattori economici e sociologici, la storia del diritto è guardata negli anni venti con grande sospetto ed esclusa dai piani di studio di molte Facoltà giuridiche. Si diffonde l'opinione che il suo studio e il suo insegnamento siano inutili, mentre in tutti gli istituti di studi superiori pullulano corsi di una nuova disciplina, l'*obščestovedenie* (termine russo che ha preceduto il neologismo *sociologija*), che mescola

nozioni di economia, storia e diritto e polemicamente intende illustrare le vicende dei popoli e dei sudditi, non quelle degli Stati e dei governanti.

Nel 1926 nota il Pašukanis — nella prefazione alla seconda edizione del suo celebre saggio « La teoria generale del diritto e il marxismo » — che « nella storia del diritto abbiamo soltanto ciò che ci ha dato la letteratura storica marxista generale » e che « il marxismo sta cominciando solo adesso a conquistare questa regione nuova per lui ».

Spetterà ad un grande ma discusso storico del diritto russo, S. V. Juškov, il primo tentativo (nel 1928) di definire le caratteristiche (l'« oggetto ») della storia del diritto: « parte componente ma indipendente della teoria del diritto, la quale a sua volta non è altro che una parte della teoria sociale unitaria, diramazione della teoria marxista della società » (p. 24). Mentre qualche anno dopo M. N. Pokrovskij protesterà contro il disconoscimento della « relativa indipendenza » delle sovrastrutture politiche e giuridiche dalla base economica (p. 27).

Il 1936 è l'anno della Costituzione staliniana, del rilancio del diritto sovietico socialista come valore positivo, dell'avvio dell'opera di ricostruzione del sistema giuridico nazionale.

Dal 1937 riappaiono nei programmi delle Facoltà di Giurisprudenza (e dal 1939-40 nei *VUZ* giuridici) i corsi cattedratici di « storia dello Stato e del diritto sovietico ». Negli Istituti giuridici superiori al corso di « storia dello Stato e del diritto dei popoli dell'URSS » (ivi incluso il diritto dei primi insediamenti slavi) si affianca un corso di « storia generale dello Stato e del diritto » suddiviso, limitatamente all'epoca moderna, in tre periodi: dalla rivoluzione francese alla Comune di Parigi; dalla Comune al 1918; dal 1918 ad oggi.

Circa a partire dal 1939 le Facoltà giuridiche e l'Istituto giuridico dell'Accademia accolgono l'iscrizione ed iniziano il perfezionamento di assistenti (*aspiranty*) di storia del diritto, dopo che una conferenza generale sulla ricerca giuridica nell'URSS, svoltasi a Mosca nel 1938 presso il medesimo Istituto, ha proclamato l'importanza delle discipline storico-giuridiche (ivi inclusa la storia del diritto borghese).

Nonostante le ricordate innovazioni, alcune di queste riforme vorranno tempo per la propria applicazione, e la storia del diritto sovietico rimane, alla vigilia del secondo conflitto mondiale « uno dei settori più arretrati » (p. 277).

Nel 1956 la rivista « Lo Stato e il diritto sovietico », organo ufficiale dell'IGIPAN, pubblica i risultati di un incontro di storici del diritto dedicato alla questione dell'oggetto (*predmet*) di questa disciplina, che identifica con « lo sviluppo storico dello Stato e del diritto sovietico come sovrastruttura politico-giuridica » (scartando una proposta isolata che si riferiva alle « leggi di sviluppo dei rapporti politici e giuridici dei popoli del nostro Paese, nelle condizioni storiche concrete »),



Rimane l'incertezza su un quesito di fondo: chi, fra gli storici e i cultori di teoria generale, debba analizzare le leggi di sviluppo storico dello Stato e del diritto sovietico, e chi invece descrivere unicamente i fatti!

Acquisita l'affermazione dell'autonomia, il dibattito sull'oggetto, il sistema, la periodizzazione della storia giuridica, raggiunge il suo culmine nel 1960-61, in concomitanza con la diffusione e la discussione del progetto del nuovo (III) Programma del PCUS, e del disegno ivi contenuto del socialismo maturo e dello Stato onnipopolare.

##### 5. *Temi discussi e problemi controversi.*

Nel primo decennio del potere sovietico la situazione è dominata dal confronto ideologico, ma anche dalla pluralità delle opinioni e dalla convivenza di giuristi di estrazione e formazione diversa.

Fra gli storici del fenomeno giuridico grandeggiano figure formatesi in epoca presocialista (Lappo-Danilevskij, che ha insegnato a Cambridge, Andreev, Andreevskij, Storožev, Presnjakov) mentre va emergendo, « il più grande » (p. 32) fra gli storici del nuovo diritto sovietico, lo Juškov. I suoi studi sulla Russia di Kiev e la *Russkaja Pravda*, condotti da posizioni marxiste, producono il risultato di mettere in luce il regime socio-politico e la « natura di classe del sistema statale e giuridico nel territorio di Kiev, culla comune dei popoli russo, ucraino e belorusso » (p. 35).

Le prime raccolte di fonti di diritto russo e sovietico sono ancora informate ai « principi della ricerca e dell'archivistica borghese » (quali?). Negli studi storici condotti in seno alle Repubbliche non russe (o relativi a minoranze etniche) prevale la condannata ideologia del nazionalismo borghese. Ma il giudizio sui lavori di questi anni è di estrema serietà ed alto livello professionale: la loro importanza ai fini della documentazione non è venuta meno dopo cinquant'anni.

Nel 1927 escono, curati da Stučka, i tre volumi della « Enciclopedia dello Stato e del diritto », un testo insuperato che fa stato della ricerca giuridica sovietica prima e durante la NEP. Ivi il taglio delle singole voci è storico, e numerose sono le voci autonome di storia del diritto.

Si va formando una *communis opinio* che già in questo periodo indica quali saranno le soluzioni corrette di molti problemi di storia del diritto nazionale: lo Stato russo non è una categoria eterna superclassista; la storia del popolo ucraino e delle sue istituzioni non è nettamente separata da quella dei popoli russo e belorusso; dalla propria cattedra di storia del diritto a Tiflis, il prof. Dzavahišvili, « accostandosi all'interpretazione marxista del regime socio-economico dell'antica Georgia, ammette l'avvenuta sostituzione della primitiva so-

cietà di clan ad opera del regime feudale » e il « significato progressista dell'unione della Georgia alla Russia » (p. 42) <sup>(3)</sup>.

A cavallo del 1930 la dottrina vive il grande dibattito sui fondamenti teorici della sociologia e sulle sue relazioni con il materialismo storico e con la storia. Gli storici discutono la questione della genesi e dello sviluppo del feudalesimo e della data di nascita delle prime formazioni statuali sul territorio dell'URSS. Si afferma il principio che la periodizzazione della storia dello Stato e del diritto deve avvenire in base al criterio delle formazioni « socio-economiche » (e al loro succedersi, dovuto a mutamenti nei rapporti fra forze di produzione), e non secondo i criteri dei centri di potere politico (era di Kiev, di Mosca, di Pietroburgo, etc.) o delle dinastie (epoca dei principati e dei *veče* o assemblee del popolo, zarista, imperiale), caratteristici della storiografia russa prerivoluzionaria.

Ma accanto ai problemi storiografici univocamente e definitivamente risolti o in via di soluzione (tra questi, il rigetto della teoria del cosiddetto « modo asiatico di produzione », ossia di una forma di rapporti produttivi tipica dei popoli dell'Asia, che farà luogo alla tesi più sfumata e più dura a morire della « variante asiatica del feudalesimo ») ve ne sono altri che rimarranno aperti a un vigoroso dibattito fino alla fine degli anni trenta e in taluni casi fino all'epoca hrusceviana.

La polemica è legata ai nomi dei grandi protagonisti di questo dibattito: Juškov, Pokrovskij, Grekov. Essa cessa per esaurimento naturale, autocritica o intervento del censore.

Vale la pena di illustrare, nella loro emblematicità, le vicende della *teoria del capitalismo commerciale*, elaborata dal Pokrovskij negli anni venti, che vedeva nel regime mercantile-monetario della città russa medioevale « un corpo estraneo rispetto al sistema feudale », contrapponeva il servaggio (*krepostničestvo*) al feudalesimo (*feodalizm*) e definiva il capitalismo commerciale come un precapitalismo od una fase transitoria dal feudalesimo al capitalismo (p. 45). Per lo storico delle istituzioni ciò significava riconoscere che negli Stati russi preunitari (Pskov, Novgorod) il sistema mercantile e monetario particolarmente sviluppato « era di ostacolo alla nascita di rapporti feudali » (Juškov, Bogoslovskij) e portava ad una contrapposizione delle repubbliche mercantili capitalistiche nord-occidentali (caratterizzate inoltre dalla democrazia assembleare del *veče*, o parlamento) al principato feudale di Mosca: contrapposizione politicamente inammissibile (e criticata dal Grekov).

Nel 1931 il Pokrovskij cambia idea e scrive che « il carattere della soprastruttura politica è determinato dai rapporti di produzione e

(3) DZAVAHİSVILI, *Istoriya gruzinskogo prava*, 3 voll., Tiflis, 1928-1929.

non dallo scambio ... il 'berretto di Monomah' (<sup>3 bis</sup>) è una decorazione feudale, e non capitalistica » (p. 55).

Anche il modo di impostare e risolvere altre questioni della storiografia russa è sintomatico.

Così, il giudizio sulla forma di governo di Pskov e Novgorod ha potuto variare considerevolmente nell'arco di un ventennio. In un primo tempo, poichè la storiografia occidentale aveva affermato il carattere democratico di quei regimi, fondati sul potere popolare del *veče*, lo storico ortodosso si sente obbligato a dichiarare, secondo un manicheismo di maniera, che ivi « i lavoratori erano oppressi più che in alcun altro luogo » (Grekov, 1936; « Storia dell'URSS », 1938), e rifiuta a quei regimi perfino la qualifica di repubbliche (Juškov; *contra* Pokrovskij). Ma dopo la guerra — ed oggi, a maggior ragione, con la progressiva rivalutazione della Santa Madre Russia — torna possibile rinvenire « alcuni istituti politici e giuridici democratici » e una « democrazia relativamente significativa (naturalmente di tipo feudale) » negli statuti di Novgorod o nella *Pskovskaja Sudnaja Gramota* (Polosin, Martysevič, e lo stesso Juškov) (4). Con un disinvolto voltafaccia, anche il Grekov sottolinea ora (1946) la funzione democratica svolta dal *veče*, « organo formalmente supremo del potere popolare, simpatizzante con i servi della gleba ».

Sorte non migliore di quella toccata alla teoria del capitalismo commerciale sarà riservata alla dottrina juškoviana dello « stadio prefeudale » o barbarico (Martynov), distinto dalla convivenza di tre regimi o strati (gentilizio o di clan, schiavistico e feudale), che avrebbe caratterizzato le città-stato russe nei secoli IX e X. Assai diffusa fino agli anni cinquanta, questa dottrina avrebbe erroneamente identificato l'epoca prefeudale con lo Stato prefeudale (mai esistito), utilizzando in modo inesatto un'osservazione di Stalin (5), senza rispondere al quesito fondamentale: « la dittatura di quale classe impersonava lo Stato prefeudale? » (p. 76). Insegnano invece i classici che l'epoca di transizione dalla società a base di clan allo Stato è contraddistinta unicamente da dittature guerriere.

Elemento sgradito, nella teoria dei tre strati dello Stato prefeudale, è l'affermazione della componente schiavistica (condivisa dallo Šestjakov e da P. P. Smirnov), che cozza con la tesi prevalente dell'assenza di

(<sup>3 bis</sup>) A Vladimir Monomah, principe di Kiev agli inizi del XII secolo, è attribuita la paternità di uno Statuto ritenuto, per l'epoca, tra i più progressisti.

(4) Su queste fonti del diritto russo cfr. KAISER, *The growth of the law in Medieval Russia*, Princeton (N.J.), 1980, nonché CRESPI REGHIZZI, *Il diritto sovietico*, in SACCO e CRESPI REGHIZZI, *Rassegna delle fonti del diritto civile, dell'economia e della famiglia nei Paesi socialisti*, in *Annuario di diritto comparato e studi legislativi*, 1967 (supplemento speciale).

(5) Non si può « buttare in un sol mucchio il feudalesimo e il periodo prefeudale, quando i contadini non erano ancora ridotti in servitù ». STALIN, ŽDANOV e KIROV, *Zamečanija po povodu konspekta učebnika po istorii SSSR*, nel libro *K izučenii istorii*, Mosca, 1946, p. 22.

strutture schiavistiche presso gli Slavi orientali (e a maggior ragione presso i popoli dell'Armenia, di parte della Georgia e dell'Asia Centrale) (6).

Nel corso della sua polemica con Grekov, Juškov supererà solo in parte le obiezioni alla propria concezione (sostenuta fino al suo ultimo lavoro del 1961), descrivendo il passaggio dalla convivenza alla lotta fra i tre strati e la vittoria dello strato feudale, che sul piano normativo significò il passaggio dalla « versione breve » alla « versione estesa » della *rusškaja pravda*. Allo Juškov sarà allora ascritto il merito di aver dimostrato, contro la tesi borghese della *pravda* come raccolta privata di norme di origine tedesca e bizantina, la sua natura di redazione in gran parte ufficiale del nascente ed autoctono diritto feudale (?).

A partire da quale data si può parlare di uno Stato, e di un sistema giuridico, presso i Kazachi, i Kirghisi, le minoranze già nomadi dell'Asia Centrale?

Per quanto strano possa sembrare, la risposta è legata ad un altro interrogativo che ha arroventato gli animi degli storici sovietici e che va collocato nel quadro della scottante questione delle autonomie delle etnie non russe nell'URSS: quale è stato il mezzo di produzione fondamentale nelle società fondate sull'elevamento nomadico del bestiame? Il bestiame (Fuks, Tolybekov, Šahmatov) o la terra (Juškov, Zimanov, Erenov)?

Anche in questo caso alla corretta soluzione del problema soccorre la dottrina dei classici: « L'assenza della proprietà privata della terra è la chiave per la comprensione di tutto l'Oriente » (Marx), integrata con le direttive del X Congresso del Partito (8).

Chi all'interrogativo suesposto risponde « la terra » (affermando l'esistenza della proprietà della stessa da parte dei gruppi al potere) equipara i khanati centroasiatici a monarchie feudali. Chi risponde « il bestiame », vi scorge entità instabili, a base di clan, occasionalmente accentrate sotto la guida militare del khan. I secondi trattano la storia del relativo diritto come storia di un diritto essenzialmente consuetudinario, i primi come storia di un diritto feudale, « di livello superiore ».

La politica, la letteratura, la storia aiutano anche a comprendere perchè la storiografia ufficiale sovietica non possa condividere la tesi

(6) NOVOSEL'CEV, PAŠUTO e ČEREPNIN, *Puti razvitiija feodalizma*, Mosca, 1972, p. 97 ss. e III ss.

(7) JUŠKOV, *Rusškaja Pravda*, Mosca, 1950. L'autore perviene ad affermare il carattere autoctono delle fonti della *pravda* attraverso un'analisi comparata del diritto di asilo nel diritto russo e bizantino.

(8) Il Partito serra e riunisce le masse lavoratrici delle regioni orientali « per la liquidazione definitiva dei rapporti patriarcali-feudali fra le etnie più precocemente oppresse ». *KPCC v rezoljucijah i rešenijah ...*, vol. 2º, Mosca, 1970, p. 253.

del Pokrovskij in ordine a un altro problema controverso: quello della formazione dello Stato moscovita unitario, nato (secondo la tesi di questo scrittore e di molti storici non russi) dalla combinazione di tre fattori: l'abilità e le ricchezze del principe di Mosca, le peculiarità del sistema tartaro di governo e il sostegno della Chiesa. Disturba, in questa spiegazione, il ruolo positivo attribuito in questo processo al « giogo mongolo »<sup>(9)</sup>.

Come appare da quanto precede, buona parte del volume curato dal Kuricyn discute di opere e di autori che hanno affrontato questioni di storia delle istituzioni politico-giuridiche presovietiche. Il diritto presocialista non soltanto ha potuto offrire per molti anni allo storico una documentazione più abbondante, sedimentata e accessibile, ma è parso per lungo tempo un campo di indagine meno sensibile alle forbici del censore armato del materialismo storico o delle direttive contemporanee di politica della storia.

A tratti, però, la sicurezza del rifugio in studi di antichità giuridiche si è rivelata illusoria.

#### 6. Letteratura e manualistica: scrittori buoni, cattivi e così così.

Scriva il Kurizyn che la scelta delle opere di storia dello Stato e del diritto (apparse nell'arco di un sessantennio) degne di menzione e/o di apprezzamento è stata un compito difficile per gli autori de « La scienza storico-giuridica sovietica » (p. 13).

Tale compito non è meno semplice per l'osservatore esterno, sommerso in un vortice di nomi, di titoli, di date, di giudizi in cui è quasi impossibile orizzontarsi.

Nel disordine espositivo del volume, in cui la congerie del materiale non è esente da ripetizioni e contraddizioni, si può solo tentare, avvalendosi anche di altre fonti, di delineare alcuni filoni e di procedere per grandi semplificazioni.

Durante la NEP e l'epoca del primo piano quinquennale avevano visto la luce alcune monografie dedicate alla storia di singoli istituti del giovane diritto sovietico. Per diverse ragioni, era logico che attraessero la massima attenzione i fenomeni legislativi nuovi e tra questi, innanzi tutto, le costituzioni e il codice civile (il codice per antonomasia, cioè il *Graždanskij Kodeks*, o *GK*, della RSFSR).

Del *GK* si discuteva se esso fosse borghese o proletario, e conseguentemente caduco o tendenzialmente stabile<sup>(10)</sup>. La problematica costituzionale, amplissima, ruotava invece intorno alla questione della natura confederale (tesi di minoranza presto abbandonata) o federa-

(9) VLADIMIRCEV, *Obščestvennyj stroj Mongolov. Mongolskij kočevoj feodalizm*, Leningrado, 1934; CRESPI REGHIZZI, *L'eredità del diritto mongolo*, in *L'est*, 1980.

(10) CRESPI REGHIZZI, *Socialismo e diritto civile nell'esperienza sovietica*, in questi *Quaderni*, 1974-75. 3-4. p. 845 ss.

tiva dell'Unione Sovietica, o in altri termini, nella trattazione dello Stato multinazionale, contrapponeva ancora alla dottrina maggioritaria (Stučka, Krylenko, Kurskij) dell'unità della legalità rivoluzionaria, la tesi rejsneriana del pluralismo classistico dello Stato sovietico <sup>(11)</sup>. Rimase invece solitaria l'interessante concezione di K. A. Arhippov, il quale ritenne unico principio fondamentale del sistema politico e giuridico sovietico il « principio di gerarchia », laddove la legge e la legalità « non hanno costituito e non costituiscono una delle note patetiche del regime di dittatura del proletariato » (p. 168): una tesi che troverebbe ancor oggi qualche seguace fra gli specialisti occidentali dell'Unione Sovietica.

Mancano, negli anni fino al 1936, lavori sistematici di storia del diritto sovietico. Il primato della legge nella teoria delle fonti limita le funzioni di ogni interprete, e dunque anche il ruolo della dottrina. Lo storico del diritto dubita, e dubiterà per un pezzo, se il suo compito consista nella ricostruzione dei fenomeni giuridici trascorsi, o nella semplice organizzazione dei materiali d'archivio e legislativi. Nel dubbio, è prudente confinarsi alla seconda alternativa, come fa il Piontkovskij nella collana « Materiali per la storia della codificazione sovietica », pubblicata a partire dalla metà degli anni venti.

Con la riapparizione dei corsi di storia giuridica nelle Università, sorge il problema dei manuali per l'insegnamento.

Per molto tempo questa manualistica è legata al nome di Juškov: precisamente a partire dal 1940, quando le sue dispense di storia del diritto prerivoluzionario diventano la parte prima di un manuale (*učebnik*) di « Storia dello Stato e del diritto dell'URSS ».

« Non esente da notevoli difetti » (p. 67), questo manuale ebbe tuttavia tre nuove edizioni (1947, 1950 e 1961) e godette della massima diffusione. Se si trascura un testo pubblicato nel 1959 per l'insegnamento del diritto nelle scuole medie superiori <sup>(12)</sup>, dobbiamo attendere il 1969 prima che esca un nuovo manuale di storia del diritto russo anteriore al 1917, a cura della cattedra di storia del diritto della Facoltà di Giurisprudenza di Mosca. Il *Kommunist* non tarda a pubblicarne una recensione radicalmente negativa (basso livello metodologico, teorico, ideologico e scientifico), firmata dal Consiglio della stessa Facoltà, che induce a domandarsi il perchè di tale pubblicazione.

Dalla fine degli anni sessanta le storie del diritto presocialista (anche non russo) crescono di numero, e sono periodicamente aggiornate.

Quanto alla storia del diritto sovietico, essa trovò la prima (e per diversi anni unica) trattazione d'insieme nel 1947, ad opera del già

<sup>(11)</sup> REJSNER, *Pravo, naše pravo, čužoe pravo, obšee pravo*, Mosca, 1925.

<sup>(12)</sup> DAVIDOVIČ, KURICYN, PAPANIGOPULO, POKROVSKIJ e FEDOSEEV, *Istorija gosudarstva i prava SSSR*, parte I, Mosca, 1959.

citato Denisov. Si scrisse, di questo lavoro, che « pur riflettendo oggettivamente il livello della scienza giuridica del suo tempo, esso ... giuocò un ruolo a suo modo positivo nel divenire dell'insegnamento della storia dello Stato e del diritto sovietico » (p. 174).

Nel quarantesimo anniversario della rivoluzione apparvero due opere antologiche importanti a Mosca (Accademia delle Scienze) e a Leningrado (Università) <sup>(13)</sup>, giustamente giudicate « un serio apporto alla scienza della teoria e della storia dello Stato e del diritto sovietico » (p. 175).

Tra le grandi partizioni del diritto sovietico, il diritto civile (Genkin, Novickij, Rabinovič, Vedernikov, Bahčisarajcev) <sup>(14)</sup> e il diritto penale (Gercenzon) <sup>(15)</sup> ricevettero la massima attenzione degli storici.

Se gli anni dal 1937 al 1959 assistettero alla piena affermazione della metodologia marxista nella ricerca storica e della (relativa) autonomia scientifica e didattica della storia del diritto, con l'apparizione dei più importanti manuali, l'epoca successiva al 1960 è testimone di grandi dibattiti (sull'oggetto, il sistema, il metodo), in un clima peraltro (specie dopo il 1965) più sereno.

Nella letteratura si annuncia con fanfare (seguita da una buona recensione nell'organo di stampa del PCUS) un corso di storia dello Stato e del diritto sovietico previsto in tre volumi, opera collettanea del prestigioso Istituto dello Stato e del diritto dell'Accademia delle Scienze (con l'adesione di docenti universitari, studiosi di altri centri di ricerca, etc.). Ai due tomi pubblicati nel 1968, e dedicati rispettivamente alla formazione dello Stato e del diritto sovietico (1917-1920) e alla loro storia negli anni della costruzione del socialismo (1921-1935), non ha tuttavia finora fatto seguito la trattazione del periodo successivo, segno probabile dell'esistenza di problemi insoluti nella storia del diritto nazionale <sup>(16)</sup>.

In numerose repubbliche (Ucraina, Kazahstan, Uzbechistan, Belorussia, Armenia, Azerbaigian, repubbliche baltiche) campaiono opere sistematiche sulla storia dei rispettivi sistemi statali e giuridici, il cui

<sup>(13)</sup> *Voprosy Sovetskogo gosudarstva i prava. 1917-1957*, Mosca, 1957; *Sorok let Sovetskogo prava. 1917-1957*, 2 voll., Leningrado, 1957-1958.

<sup>(14)</sup> GENKIN, NOVICKIJ, RABINOVİČ, *Istorija Sovetskogo graždanskogo prava. 1917-1947*, Mosca, 1949; NOVICKIJ, *Istorija Sovetskogo graždanskogo prava*, Mosca, 1957; VEDERNIKOV, *Istorija Sovetskogo graždanskogo prava. Lekcii dlja studentov VJUZI*, Mosca, 1956; BAHČISARAJCEV, *K istorii graždanskikh kodeksov sovetskikh socialističeskikh respublik*, Mosca, 1948.

<sup>(15)</sup> GERCENZON, *Istorija Sovetskogo ugolovnoogo prava*, Mosca, 1947.

<sup>(16)</sup> Problemi estesamente discussi nel lavoro di GAL'PERIN e KOROLEV, *Metodologičeskie i teoretičeskie voprosy istorii gosudarstva i prava SSSR*, Leningrado, 1974. Questi problemi non hanno impedito la pubblicazione di altri manuali di storia (anche recentissima) del diritto sovietico, come la *Istorija gosudarstva i prava SSSR*, parte II (« Diritto sovietico »), Mosca, 1982, curata da KALININ e ŠVEKOV per i dipartimenti giuridici dei VUZ, che abbraccia anche gli anni successivi alla Costituzione federale del 1977.

contenuto il lettore ritrova in una *summa* in due volumi curata nel 1967-1968 dall'Istituto di storia dell'URSS dell'Accademia delle Scienze («Storia dell'edificazione nazionale-statale nell'URSS»). In tutti questi lavori si vuole dimostrare che la penetrazione del regime sovietico avvenne in queste repubbliche, «nonostante una serie di peculiarità nazionali e di carattere storico, sulla base di leggi comuni e oggettive, proprie di tutti i Paesi che realizzano il passaggio rivoluzionario dal capitalismo (o addirittura da rapporti sociali precapitalisti) al socialismo», evitando qualsiasi forzata russificazione (p. 227).

Come deve essere il manuale ideale di storia del diritto sovietico?

Gli autori de «La scienza storico-giuridica sovietica» non rispondono con chiarezza a questa domanda. Tranne poche enunciazioni scontate e di scarso aiuto (la critica delle concezioni nichilistiche e borghesi, l'esigenza di ricorrere ai classici del marxleninismo per risolvere i problemi spinosi della storia del diritto), essi esprimono per lo più giudizi cauti, sfumati, reticenti, polivalenti, dove fa quasi sempre difetto il criterio tecnico.

La professione di storico del diritto sovietico è difficile, ma forse è ancora più rischiosa quella di censore o recensore degli storici. È una congettura, e una speranza, che le ricette degli anni ottanta siano più varie di quella di un tempo:

«la preparazione di un manuale di storia dello Stato e del diritto dell'URSS, di eccellente qualità e scritto al livello della scienza sovietica contemporanea, è questione d'onore per gli storici dello Stato e del diritto. Esso deve mostrare la grandezza dei successi della classe operaia della Russia, che ha abbattuto lo zarismo, ha mandato in frantumi la macchina statale borghese e ha creato, sotto la guida del Partito comunista un nuovo tipo di Stato socialista che ha percorso il glorioso cammino storico dalla dittatura del proletariato allo Stato di tutto il popolo» (17).

---

(17) PETROV e DVOJRIS, *Ser'eznye metodologičeskie proščety*, in *Kommunist*, 1964, 3, p. 124.



PAOLO GROSSI

## SULLA STORIA DEL PENSIERO GIURIDICO

(A proposito di N. J. ESPINOSA GOMES DA SILVA,  
*Historia do Pensamiento Juridico*)

Non è nel costume dei nostri 'Quaderni' far riferimento a pubblicazioni ciclostilate, giacché — in genere — si tratta di sistemazioni provvisorie che l'autore per primo si propone di sottoporre a revisione anche radicale; e probabilmente sarà questa la sorte della « *Historia do Pensamiento Juridico - Lições proferidas no ano de 1981-82 pelo prof. doutor Nuno J. Espinosa Gomes da Silva* » nell'ambito della ' *Faculdade de Ciências Humanas* ' della ' *Universidade Católica Portuguesa* '. Meritava, tuttavia, che queste lezioni si segnalassero per più di un motivo.

Innanzitutto, perché è circostanza di rilievo che un Ateneo portatore d'una notevole tradizione culturale come la Università Cattolica portoghese di Lisbona abbia voluto ospitare corsi ufficiali sulla storia del pensiero giuridico. Noi ci auguriamo che questo sia un esempio largamente imitato, che si cominci — da parte di un numero sempre maggiore di Atenei — a inserire nel proprio Statuto discipline come « *Storia del pensiero giuridico medievale* » e « *Storia del pensiero giuridico moderno* », e si cominci ad attivare dei corsi specifici. Su proposta di chi scrive, la Facoltà di Giurisprudenza della Università di Firenze ha, da qualche anno, chiesto e ottenuto — prima Facoltà in Italia, se non andiamo errati — l'inserimento nello Statuto della Università fiorentina la disciplina « *Storia del pensiero giuridico moderno* », cui speriamo possa corrispondere in un futuro prossimo un corso ufficiale.

In secondo luogo, perché è parimente rilevante che un insegnamento di « *Historia do Pensamiento Juridico* » sia stato affidato ad uno storico del diritto qual è il collega Espinosa Gomez da Silva. Rilevante senza dubbio, perché Espinosa Gomes da Silva è uno studioso ben conosciuto per solide pubblicazioni scientifiche e particolarmente per un ampio volume sull'umanesimo giuridico in Portogallo, ma anche perché professionalmente — per formazione, metodologia, strumenti conoscitivi, angolo d'osservazione — egli è storico del diritto.

Una simile affermazione non scaturisce da un deterioro spirito corporativo, ma da considerazioni di indole squisitamente metodica. La storia del pensiero giuridico ha infatti troppo spesso suonato, fino ad oggi, come sinonimo di storia della filosofia del diritto. Ne sono esempio chiaro i corsi recenti di Rodriguez Paniagua, di De Gennaro, o quello classico di Michel Villey eloquente fin nella intitolazione (« La formation de la pensée juridique moderne - Cours d'histoire de la philosophie du droit »). E ne è scaturita una immagine ridotta e anche un po' sfocata.

Infatti, se è vero che il pensiero giuridico, quale pensiero e cioè quale indubbia percezione dell'universale, tende a superare la diaspora del particolare e attinge anche ai fastigi supremi delle idealità e delle ideologie, è anche vero che è perennemente percorso da una intima tensione a incarnarsi, a ordinare esperienze, a diventare storia; è fatto sì di principii fondanti di natura etica o politica, ma anche e soprattutto di vendite e di donazioni, di testamenti e di cambiali, di servitù prediali e di regolamenti di confini, armature tecniche di episodi minimi di questa o quella esistenza individuale ma base, supporto e condizione per ulteriori e generali e maggiori invenzioni teoriche. Il pensiero giuridico appare rarefatto, monco, quasi insensato, se non si propone come architettura sapienziale d'una concreta orditura sociale, come sapere tecnico che riveste, sorregge, raddrizza istituti del vivere quotidiano. Il pensiero giuridico ha e non può non avere una struttura complessa: la capillare vita quotidiana costituisce la sua ineliminabile dimensione sommersa; i suoi canoni logici, la sua cifra teoretica nascono e si sviluppano come tentativo di lettura, di interpretazione e comprensione di questo o quel mondo storico.

È la coscienza della carica vitale dei singoli istituti, delle grammatiche tecniche ordinanti i vari assetti socio-economici che fa lucido l'occhio e affinato l'orecchio dello storico del pensiero giuridico moderno. Di questo pensiero i produttori legittimi, più dei filosofi e degli speculativi, sono legislatori, professori, giudici, avvocati, notai, causidici, amministratori, tutti operai d'un'operosa officina anche quando teorizzano, sistemano, costruiscono edifici concettuali.

Giuseppe Capograssi, un filosofo che volle essere attento analista del pensiero giuridico a lui contemporaneo, soleva conclamare, nelle irripetibili conversazioni nelle quali riversava un tesoro oggi malauguratamente perduto, di assumere ad oggetto del suo filosofare i giuristi, i tecnici del diritto, i produttori appunto di quanto — decantato e filtrato dalla esperienza — sarebbe stato poi riconosciuto come pensiero ordinante. Chi si occupa di pensiero giuridico — sembra voler dire il vecchio Maestro dallo sguardo aguzzo — non può non fare i conti con il perenne cantiere dove spesso l'artefice modesto riveste i panni di architetto, dove inizia il balbettio che poi diventerà 'di-

scorso', dove le 'idee' prendono avvio nel crogiuolo del quotidiano e hanno le prime consolidazioni e le prime verifiche.

Pensiero giuridico, ossia la tecnica giuridica che dall'immediatamente operativo assurge al livello dell'universale, è questo tutt'uno, è questa unitaria realtà corale, nella quale sarebbe scorretto e improvvido disgiungere l'alta speculazione d'un filosofo sulla proprietà o sul contratto dalla pagina dommatica sul negozio giuridico, dalla modesta regola tecnica escogitata dall'avvocato o dal giudice o da un altro operatore per una fattispecie delimitata ma ascisa, in grazia della sua ragionevolezza, nel paradiso dei principii informatori di futuri comportamenti.

Se così è, senza voler nulla togliere ai meriti dello storico della filosofia del diritto, il personaggio professionalmente più vocato a comprendere il divenire del pensiero giuridico ci appare lo storico del diritto. Proprio perché avvezzo alla globalità dell'esperienza, delle singole esperienze che ha di fronte, egli sarà il più capace a cogliere i nessi tra pensiero e strutture circostanti, a individuare in qual misura la veste tecnico-giuridica abbia — o non abbia — costituito adeguata risposta alle domande delle forze economiche e culturali, a storicizzare insomma le trame di un discorso giuridico, che potrebbe a tutta prima sembrare artefatto ed astratto.

Questi sono i motivi, per i quali salutiamo con soddisfazione un siffatto esperimento didattico; ma sono anche questi i motivi, per i quali un generico corso di storia del pensiero giuridico ci lascia assai perplessi.

Espinosa Gomes da Silva delinea, nelle sue lezioni, un vastissimo itinerario, che abbraccia spazialmente l'intera Europa occidentale (pur riferendosi con particolare attenzione al Portogallo) e temporalmente l'intero cammino dalla antichità classica al Codice civile portoghese del 1867: il paragrafo II è dedicato a « O Sistema Juridico Romano », il III ha « Os Sistemas Juridicos Romano-barbaros. A Alta Idade Media », il IV a « O Renascimento do Direito Romano », il V a « Jus racionalismo e Illuminismo », il V a « Codificação oitocentista e problemas metodologicos ».

Nulla da eccepire sulla latitudine spaziale. Una storia del pensiero giuridico non può che seguire le grandi forze culturali che l'hanno orientata e inalveata, forze cui ripugnano i limiti rappresentati da irragionevoli confini nazionali.

Molto abbiamo invece da dire sulla latitudine temporale. Se è vero quanto or ora abbiamo accennato sulla complessità del pensiero giuridico e delle sue fonti, sulla sua naturale incarnazione nel seno d'una esperienza giuridica, ne consegue che una compiuta storicizzazione non si raggiunge ammucciando dati eterogenei con diacronica frenesia, ma analizzando e verificando un determinato assetto di pensiero in stretta relazione con quel determinato modo di vivere e sentire

il diritto che è un'esperienza giuridica: che è frutto di forze storiche, e perciò relativa nel tempo, e perciò munita di suoi naturali confini storici, oltre i quali la comprensione storiografica rischia il capestro della sfocatura, o, peggio ancora, del fraintendimento.

Il pensiero giuridico romano, quello medievale, quello moderno, non sono partizioni di comodo, ne tanto meno i capitoli formalmente staccati di una vicenda sostanzialmente unitaria. Sono, al contrario, tre profondamente diverse architetture speculative, come profondamente diversi sono i connotati delle esperienze che vengono chiamati a ordinare. Nulla vieta allo storico del diritto di prenderle in considerazione all'interno di uno stesso Corso, purché vi sia coscienza di queste autonomie fondamentali e purché si instauri non una semplice giustapposizione all'insegna del logoro mito della continuità, ma una comparazione che identifichi ed esalti i singoli valori portanti. E senza dubbio si tratterebbe di un programma troppo oneroso per un Corso unitario.

Ecco perché, all'inizio, auspicavamo Corsi autonomi di Storia del pensiero giuridico medievale e di Storia del pensiero giuridico moderno: per una adeguata messa a fuoco dell'enorme materiale documentario (gli attuali Corsi romanistici previsti negli usuali piani di studio delle Università italiane, nella loro ampia articolazione, soddisfano invece pienamente alla esigenza di scavo della dimensione giuridica del mondo antico). Si tratterebbe oltretutto di due discipline assai provvide sotto il profilo didattico, consentendo approfondimenti che i normali Corsi di Storia del diritto italiano, francese, spagnolo, tedesco non sono in grado di garantire: la prima porrebbe in contatto lo studente con una cultura in cui alla *scientia juris* spetta un indubbio primato epistemologico e al *coetus jurisprudentium* il compito grave di assicurare la perfetta *adequatio* fra *regula juris* e realtà sociale, con la conseguente elaborazione di una architettura giuridica di grande respiro e di solida vitalità storica; la seconda, guardando — per un verso — ai legami profondi fra potere politico e produzione giuridica, — per l'altro — alle raffinatezze tecniche della conoscenza giuridica dell'Ottocento e del Novecento, metterebbe a nudo con straordinaria lucidità le nostre immediate radici. La seconda, in particolare, muovendosi sul duplice piano ora segnalato — cultura e ideologia, ma anche elaborazione di adeguati strumenti tecnici — contribuirebbe decisamente a una più robusta consapevolezza di quell'operatore spesso intellettualmente opaco e smorto che è il giurista, gli consentirebbe di leggere con occhi più smalziati i dettati normativi, lo metterebbe efficacemente in guardia dal ritenere proiettato nell'eterno quanto è invece prodotto da una società storica per le sue contingenti esigenze.

MARIO PISANI

## L'OSSESSIONE DELLA PUBBLICITÀ

(Ovvero il divisamento dell'Intendente)

Il documento che qui si presenta ha il gustoso sapore di un aneddoto.

Due « operazioni » tanto diverse, quella di un'esecuzione capitale e quella dell'estrazione del lotto, vanno pressochè a coincidere, per identità di tempo e di luogo, e la combinazione delle medesime pare all'antico Intendente di Brescia « assolutamente incompatibile ».

Che fare? Non sappiamo quanto a lungo sia durata — siamo nel settembre del 1810 — la riflessione del nostro Intendente, ma ne conosciamo il risultato, così come proposto all'urgentissima attenzione della superiore autorità: alle operazioni del lotto si destini, « per questa volta », un'altra pubblica piazza, quella che prende il nome dal Duomo cittadino.

Il caso è singolarissimo, anche perchè mette paradossalmente a confronto due diversi finalismi: la pubblicità dell'esecuzione della pena, come strumento di prevenzione generale (tutti debbono vedere a quali esiti porta la commissione di un grave delitto); la pubblicità nell'estrazione del lotto, come antidoto della frode e della maldicenza (tutti possono vedere, coi loro occhi, che è solo la sorte a scegliere i vincitori).

A quell'epoca, dunque, la garanzia della pubblicità, così essenziale per la trasparenza dei poteri e degli atti di uno « Stato di diritto » (chi scrive aveva già dedicato al tema, in questi *Quaderni* — n. 2 [1973], p. 703 s. —, qualche considerazione retrospettiva, sotto il profilo della pubblicità del dibattito), si direbbe che ancora faticosi a depurarsi, a trovare la giusta misura e modi appropriati.

Volgendosi indietro per spiegare il cammino percorso, lo storico può muovere, da un lato, dall'art. 21 del Codice penale 1930 (« La pena di morte si esegue, mediante la fucilazione, nell'interno di uno stabilimento penitenziario, ovvero in un altro luogo indicato dal Ministro della Giustizia. / L'esecuzione non è pubblica, salvo che il Ministro della giustizia disponga altrimenti »; v. anche art. 580 c.p.p.); dall'altro lato, può muovere dall'art. 3 della disciplina del lotto pubblico, ovvero dal r.d.l. 19 ottobre 1938, n. 1933, convertito nella l. 9 giugno 1939, n. 973 (« Le estrazioni si effettuano pubblicamente (...) presso

le intendenze di finanza di Bari, Cagliari », e altre otto « ruote »). E se poi egli va a leggere, negli artt. 27 e seguenti del regolamento del 1940, i minuziosi dettagli di quelle operazioni (« ... Terminato l'imbussolamento, mentre il giraruota muove l'urna ora in un senso ora in un altro, il servente benda gli occhi al fanciullo e gli denuda il braccio »), può anche accadere che la sua imperturbabilità di storico, messo da un canto il mondo tetro dei delitti e delle pene, si conceda il piccolo spazio di un sorriso.

N° 10308

*Urgentissima*

## REGNO D'ITALIA

Brescia, li 6 settembre 1810

## L'INTENDENTE DI BRESCIA

Al Sig. Commendatore Barone Prefetto

Brescia

La giornata di domani è impretebilmente stabilita per l'estrazione del Lotto per conto delle Reali Finanze e va pure domani ad essere eseguita in questa Città la sentenza di morte contro un reo condannato dal Tribunale speciale.

Siccome la località destinata tanto per l'estrazione del lotto quanto per l'esecuzione de' Rei è per così dire nell'identico luogo, e siccome coinciderebbe quasi nell'istess'ora e l'una e l'altra delle due operazioni, così trovo assolutamente incompatibile che l'apparato di una debba combinarsi con quello dell'altra.

Non ho mancato di fare immediatamente rilevare siffatto inconveniente al sig. Procuratore Generale sostituto ond'ottenere se fosse stato possibile la protrazione ad altro giorno per eseguire la sentenza di morte, ma egli mi ha fatto osservare che non poteva in alcun conto essere ritardata al di là della giornata di domani.

In questo emergente non trovando nei regolamenti alcuna ostantiva, sarei del subordinato sentimento che conviene di eseguire altrove l'estrazione del lotto, ed io opinerei di destinare per questa volta la Piazza del Duomo.

Prima però di adottare questo ripiego io gliene faccio, Signor Commendatore Barone Prefetto, la comunicazione, pregandola di farmi conoscere se vi concorra la di Lei approvazione, o in caso diverso a prescrivermi com'abbia a contenersi.

Nel caso ch'Ella fosse per approvare il mio divisamento crederei necessaria la pubblicazione dell'avviso di cui Le unisco copia, e che per maggior garanzia pregherei di vidimare coll'autorevole di Lei nome.

Attendo con impazienza le di Lei determinazioni essendo urgente la circostanza, ed ho l'onore di protestarmi colla massima stima e considerazione.

f.to A. PORCARI

f.to Illeg.

PAOLO POMBENI

## SOCIALISMO E BUROCRAZIA. UN NODO DEL PASSAGGIO DALLO STATO MODERNO ALLO STATO CONTEMPORANEO

(A proposito di Guido MELIS, *Burocrazia e socialismo  
nell'Italia liberale*)

Il bel libro che Guido Melis ha dedicato allo studio dell'organizzazione sindacale nel pubblico impiego <sup>(1)</sup> si segnala per più di una ragione all'attenzione degli studiosi di storia e di politica. Dedicato all'età giolittiana intesa nel senso più ampio (1900-1922) esso affronta principalmente lo studio di tre temi: il problema della modernizzazione nello stato italiano, la capacità del partito socialista e della cultura socialista di affrontare questo snodo, il rapporto tra personale di governo e personale amministrativo in un contesto che vede ormai la questione dei ceti medi come essenziale per la costruzione di quello che è, o ambirebbe ad essere, lo « stato potenza », inteso non più nel senso « moderno » dell'affermazione nazionale, ma in quello « contemporaneo » dell'affermazione imperialistica.

Un pregio del volume, che va subito segnalato, è la rigorosa (eppur mai pedante) adesione del Melis al suo tema di ricerca, con gran capacità di penetrazione della materia, ma senza per questo ridurla a semplice mezzo per dimostrare assunti più generali o preconosciuti. Ed è perciò che diventa possibile in questa sede discuterne, esponendo le riflessioni che suscita la lettura di un lavoro così rigoroso e stimolante, nel tentativo, non dirò di fare il punto, ma di avanzare spunti di storia comparata a proposito di quello che è, come mi sforzerò di dimostrare, uno dei nodi del passaggio « costituzionale » dallo stato moderno allo stato contemporaneo.

1. Il Melis prende le mosse nel suo lavoro dal fiorire di organizzazioni di impiegati che si ha nei primi anni del XX secolo, quando, un poco sotto la spinta dell'esempio operaio, un poco sotto la spinta di quanto avviene fra i ferrovieri <sup>(2)</sup>, varie organizzazioni di pubblici

---

<sup>(1)</sup> G. MELIS, *Burocrazia e socialismo nell'Italia liberale. Alle origini dell'organizzazione sindacale del pubblico impiego (1900-1922)*, Bologna, Il Mulino, 1980.

<sup>(2)</sup> Non ancora dipendenti statali. Lo diverranno a partire dal 1905.

dipendenti, talora sulle vestigia di prime associazioni dopolavoristiche, si «federano». È del 1902 la nascita della Federazione nazionale postale-telegrafica, di cui è nominato presidente Filippo Turati; è del 1904 il primo congresso degli impiegati italiani.

Si parte dunque da un tentativo ben riuscito di ricondurre la questione della burocrazia all'interno di alcune suggestioni offerte dai riferimenti al quasi contemporaneo dibattito sul revisionismo sviluppatosi nell'SPD ed alle riflessioni di autori come Max Weber (si vedano le pp. 38-39) per mostrare come il gruppo dirigente socialista giungesse, nel primo quinquennio del nuovo secolo a scoprire la questione dell'«efficienza» e della democratizzazione della pubblica amministrazione.

Impresa non da poco se si tien conto di tutto il retaggio antiburocratico di una cultura progressista passata anche nel nuovo partito, che considerava i pubblici funzionari, per dirla con le parole di Treves nel 1894, come «pupilli della borghesia spogliata dal moto capitalista e chiedente allo stato un indennizzo per non passare nel campo nemico» (cit., pg. 24). Si ricordi inoltre che il programma «minimo» del 1900 metteva al punto 22 la questione burocratica, ridotta a «soppressione o riduzione delle spese improduttive».

Tuttavia, sia nella considerazione di Treves circa la frattura tra lo stato capitalista e i ceti medi da indennizzare, sia nel programma minimo con la questione del «massimo e minimo di stipendio degli impiegati dello stato», si può cogliere almeno una traccia di consapevolezza dei complessi problemi circa la trasformazione dello stato contemporaneo dove si sviluppava quell'«impiegomania» che la retorica industrialista del tempo imputava ai borghesi.

Sembrava tuttavia, nella svolta seguita alla crisi di fine secolo, che la nuova gestione consentisse un interessante svolgimento dialettico del rapporto di lavoro nel settore pubblico: se il 1902 è l'anno della militarizzazione dei ferrovieri, ricorda Melis, è anche l'anno che vede sedere i socialisti Turati e Nofri nella commissione di riforma.

Molto entusiasmo suscita in quegli anni il dibattito sulle potenzialità democratiche aperte da una riforma della burocrazia: si dibatte sulla «Critica Sociale» della necessità di una nuova burocrazia per un governo democratico, si vede l'«esercizio di Stato» come il prodotto del connubio democrazia-grande impresa, si discute (Demetrio Alati) se il sindacalismo degli impiegati non affretti «la formazione di un grande partito radicale» capace di collocarsi a metà strada tra clericali e socialisti. Turati scrive con enfasi alla Kuliscioff che il lavoro parlamentare per la riforma burocratica è un «feto» di socialismo.

Commenta Melis: «Non manca, in queste prime teorizzazioni, la suggestione che nella cultura marxista italiana esercita il modello positivista di un gradualismo sociale senza scosse» (pg. 42), mentre nel complesso l'azione dei leaders del riformismo socialista è vista quale



« faticosa mediazione fra interessi corporativi e visione politica generale che caratterizza in questi anni l'azione dei riformisti italiani » (pg. 43).

Alla prima fase di lotta tuttavia sorridono non pochi successi: il più vistoso è, nel 1904, la riforma Stelluti-Scala delle Poste.

Dopo il primo quinquennio del secolo la politica governativa perde tuttavia di vigore, anche se si apre, e Melis la segnala con prontezza, la questione della « casa agli impiegati » che rientra in quella politica di costruzione del consenso dei ceti medi che sta al fondo, in parte, di questa ricerca (cf. pp. 61-63).

« Verso il 1908, però, la questione si ripropone con maggiore forza e con più netta determinazione: anzitutto come un adeguamento ormai indifferibile del sistema italiano agli indirizzi legislativi prevalenti in Europa (soprattutto al modello tedesco, che nel dibattito continua ad essere il più citato); in secondo luogo come necessaria semplificazione di quella vasta congerie di norme in materia che è andata accumulandosi ... » (pg. 70).

Si entra così in quelle che sono tra le pagine più interessanti e più acute del volume di Melis. La riforma dello « stato giuridico » del 1907-8 è ben a ragione individuata come un nodo emblematico di tutta la vicenda, un nodo che coincide, come l'A. rileva con pertinenza con la crisi di passaggio dal primo al secondo Giolitti, con la crisi economica, con il più generale quadro europeo ormai dominato dall'iniziativa dei governi e delle classi dirigenti per la mobilitazione imperialistica.

L'approvazione del progetto di legge governativo è una sconfitta per quei pochi socialisti, con in testa Turati, che nel vuoto di alleanze hanno tentato una battaglia chiave. Il suo esito non sarà poi senza rilievo per staccare lentamente dalle simpatie socialiste quegli uomini dell'amministrazione che, come Meuccio Ruini, avevano trovato spazio nell'eclettismo dei riformisti.

Tre, secondo Melis, le cause della sconfitta: 1) le debolezze corporative dei sindacati burocratici (« movimento che appartiene alla piccola borghesia urbana e che di questa classe riflette integralmente la contrastata evoluzione ideologica »); 2) le contraddizioni, non colte da Turati e dai suoi, di Giolitti, « riformista senza riforme »; 3) l'illusione socialista circa l'equivalenza tra processo di industrializzazione e processo di democratizzazione, mentre molti eventi andavano a mostrare esiti opposti (cf. pp. 86-88).

L'analisi del « caso Campanozzi », ovvero l'estromissione dall'amministrazione postale del più geniale ed intelligente organizzatore sindacale riformista, non fa che confermare l'autore nella linea interpretativa sopra descritta, ricordando come invece Turati abbia sbagliato la lettura della sua sconfitta (non vi erano « due » Giolitti), pur prevedendone con acutezza gli esiti (bruciare lo spazio al riformismo a pro dei vari intransigenti socialisti, in primis i sindacalisti rivoluzionari) (cf. pp. 88-93).

Nel fare queste penetranti considerazioni Melis rifugge da ogni semplificazione, tanto è vero che segnala subito sia il grande credito che i riformisti godono al congresso della confederazione impiegati del 1909 (che ancora proclama Turati suo presidente), sia il permanere di un vivace dibattito teorico tanto in tema di ammissibilità dello sciopero quanto in tema di garanzie nell'impiego (dove Campanozzi sostiene un garantismo di marca tedesca, mentre Ruini è favorevole ai contratti a termine sul modello delle imprese industriali (cf. pp. 112-13).

Gli avvenimenti degli anni che seguono confermano gran parte delle analisi che si vanno facendo: i timori che il suffragio universale diminuisca il peso contrattuale degli impiegati (pg. 129); la ripresa in casa socialista delle istanze antiburocratiche; il fallimento delle riforme amministrative che si incarnano nei « parlamentini » ferroviari e nel nuovo ministero delle Colonie. Anche qui va ricordata la lucidità di Turati, dubbioso su un meccanismo di semplice riforma dall'interno, convinto invece che la sola via di democratizzazione sia una accentuazione della centralità del ruolo del Parlamento (pp. 137-140).

Il 1912 vede così contemporaneamente la secessione al Congresso di Reggio Emilia, che si porta dietro buona parte del riformismo burocratico (Quirino Nofri in testa), la ripresa della polemica sugli organi di stampa del PSI contro il « mecenatismo » verso la « travetteria statale » (e Melis non manca di ricordare la contemporanea polemica salveminiiana in materia di « industria dell'organico »), ed infine l'allontanamento di Meuccio Ruini e Carlo Petrocchi dalla collaborazione coi turatiani (pp. 145-55).

È vero che la « Critica sociale » difende ancora, contro ogni diverso parere l'esigenza per il socialismo di elaborare un suo modello di governo della burocrazia.

La conclusione di Melis per questa parte, che è con il capitolo precedente la migliore del volume, consiste nella adesione e nell'approfondimento di una tesi di Degli Innocenti circa i « limiti » concessi a Giolitti per la democratizzazione: libertà di organizzazione per gli operai, ma non per gli impiegati. Turati ha successo finchè è in sintonia con le « ambizioni razionalizzatrici dell'industrialismo borghese », ma fallisce quando mutano questi orizzonti per l'emergere dell'imperialismo. In più, secondo l'A., non vanno dimenticate la prevalente vocazione moderata della « casta » dei burocrati e l'assenza nella politica del periodo di una globale attenzione verso i « ceti medi urbani » (pp. 159-161).

Si passa così all'esame, con un leggero calo di tono, del periodo bellico ed immediatamente post-bellico. Qui tre temi dominano: la situazione lacerata all'interno delle associazioni di categoria, che passano da fasi di duro scontro, anche in piazza (maggio 1921), a fasi di depoliticizzazione sotto la spinta fascista; la crisi interna al socialismo, dove tra il massimalismo del PSI ed i comunisti, che tornano al modello comunitario del funzionario elettivo e revocabile, e le ultime luci del riformismo,

che ripropone la centralità della questione burocratica (e Merloni nel dibattito parlamentare richiama il felice esperimento di Montemartini), non v'è mediazione ma scontro; infine il tema (centrale) dell'«ultimo Giolitti».

Val la pena di spendere una parola su questo in chiusura dell'analisi del volume, perchè si tratta di un aspetto, a mio giudizio, tra i più acuti e storicamente interessanti.

Giolitti nel dibattito del 1921 denuncia tutti i limiti di una concezione che non è stata (ma questo è un giudizio mio) tanto improntata ad una apertura al futuro, quanto ad un recupero di un gap dell'Italia Ottocentesca rispetto al resto d'Europa: un gap minore di quel che comunemente si ritiene (e che ritenevano forse anche i contemporanei). Era un'impostazione tale comunque da non consentire flessibilità di sviluppo e da andare in crisi appunto con la guerra (cf. pg. 178): di fronte a questa crisi Giolitti si illude di rispondere con la ripresa del suo antico piano, quello del 1908, che non rappresenta tanto (ma è ancora una mia opinione) una marcia indietro rispetto alla prima fase, quanto l'illusione di una sua «stabilizzazione».

Melis chiude il suo saggio ricordando come la svolta mussoliniana del 1923, che vieta le organizzazioni di impiegati, contenga un esplicito richiamo alla normativa giolittiana del 1908, richiamo assai acuto e pertinente (pg. 202), che meritava forse qualche ulteriore pagina di approfondimento interpretativo.

2. Vorrei ora tentare, per dare il risalto che merita a questo lavoro, una analisi più ravvicinata di alcuni snodi interpretativi cui accennavo all'inizio. Credo non sia illegittimo partire dal tentativo di esporre qualche riflessione sommaria circa il contesto scientifico relativo al problema della storia della burocrazia e/o alla burocratizzazione come momento di analisi dei sistemi «costituzionali» in cui si esprime lo stato contemporaneo.

Si può scegliere come punto di partenza il ben noto saggio di Otto Hintze, *Der Beamtenstand* <sup>(3)</sup>, non solo per l'importanza che la riflessione di questo storico riveste per tutti coloro che vogliono occuparsi di storia costituzionale e di analisi dei sistemi politici <sup>(4)</sup>, ma anche per il particolare momento e contesto in cui fu prodotto questo saggio.

Già la sua data, 1911, è significativa, ma lo è di più il fatto di non essere un contributo accademico, bensì una conferenza tenuta a Dresda

<sup>(3)</sup> Cf. O. HINTZE, *Il ceto dei funzionari*, in O. HINTZE, *Stato e società*, Bologna, Zanichelli, 1980, pp. 158-201.

<sup>(4)</sup> Per un'ottima discussione del lavoro di Otto Hintze si veda P. SCHIERA, *Otto Hintze*, Napoli, Guida, 1974. Assai stimolante anche G. GILBERT, *Otto Hintze 1861-1940*, introduzione a *The Historical Essays of Otto Hintze*, ed. by F. Gilbert, New York, Oxford U.P., 1975.

alla *Gehe Stiftung* nell'ambito di un ciclo dedicato ai ceti professionali. Intervento dunque quasi di natura politica (in un autore assai poco « militante ») e già premonitore di quegli interessi sociologici che lo storico dell'amministrazione prussiana accentuerà a partire dalla caduta dell'Impero <sup>(5)</sup>.

Hintze parte proprio dal divario fra l'attenzione delle scienze sociali al « Beamtentum » (la funzione burocratica) in sé e la scarsa valutazione del « ceto professionale » in quanto tale: « non esiste una questione sociale della burocrazia — agli impiegati è sempre andata bene nel complesso ... ». Eppure viene ricordato subito dopo, si tratta del 4% della popolazione dell'Impero, organizzato in associazioni, anche se « questo ceto di funzionari che va dal Cancelliere dell'Impero al portalettere, può essere definito classe sociale solo cum grano salis » (pg. 158).

Tuttavia immediatamente viene sottolineato come, sfrondando gli estremi, si venga a poter identificare nei funzionari « una parte sostanziale degli strati sociali intermedi ».

Dopo aver espresso questa percezione sociologica Hintze si sofferma principalmente su due questioni: la definibilità dello stato come impresa, qui risolta in senso parzialmente negativo, mentre nel 1931 lo stesso autore rivedrà la sua posizione <sup>(6)</sup>; e la questione dell'associazionismo all'interno degli organismi pubblici. Due temi come si vede che sono perfettamente paralleli al dibattito italiano rivisitato dal Melis.

L'atteggiamento di Hintze verso il fenomeno dell'associazionismo burocratico è sostanzialmente negativo: non solo non è ammesso lo sciopero, ma « vigono condizioni diverse per l'autorizzazione di associazioni professionali dei funzionari rispetto a quelle dei lavoratori liberi. Le attività di queste associazioni non possono rivolgersi contro lo Stato nè dal punto di vista professionale, nè da quello politico » (pp. 165-166).

Come un « pericolo » sarebbe da vedere il fatto che « le associazioni dei funzionari inferiori si mettessero sulla strada sindacale e cadessero sotto l'influenza socialdemocratica » (pg. 179). E più avanti, chiarendo il motivo di fondo della propria opposizione (in termini del resto assai

<sup>(5)</sup> Circa questo crescere di interesse per la sociologia, che però è da ritenere presente fin dai primi saggi, si veda P. SCHIERA, *op. cit.* Vale poi la pena di ricordare, sempre a conferma del clima degli anni in cui Hintze scrisse il suo saggio che il congresso del 1909 del « Verein für Sozialpolitik » (tenutosi a Vienna) fu dedicato alla questione burocratica.

<sup>(6)</sup> Lo stato può essere definito forse « in generale un'impresa in senso lato », « ma un'impresa economica lo stato non è certamente »: O. HINTZE, *Il ceto dei funzionari*, cit., pg. 165. Per la posizione del 1931 espressa nel saggio *Wesen und Wandlung des modernen Staat*, se ne veda la tr. it. in *Crisi dello stato e storiografia contemporanea*, a cura di R. Ruffilli, Bologna, Il Mulino, 1979, pp. 39-69; e in O. HINTZE, *Stato e società*, cit., pp. 138-157. Questa posizione dello storico prussiano era peraltro già annunciata dal saggio del 1927 *Der Staat als Betrieb und die Verfassungsreform*, su cui si veda la discussione di P. SCHIERA, *op. cit.*, pp. 194-97.

diffusi nella cultura politica dell'età guglielmina): « che nelle aziende statali e comunali sia impedito agli impiegati ed anche agli operai di essere attivi come socialdemocratici è, a mio avviso, comprensibile e non è neppure una sfortuna per loro, finchè la socialdemocrazia resta quella che è, cioè così nemica dello stato, così antimonarchica e sostanzialmente anche così utopica » (pg. 198).

Si capisce quanto siamo lontani nonostante tutto dalla situazione italiana (che pure reclamava l'applicazione del modello tedesco). Non si può fare a meno di ricordare qui quanto ha scritto una studiosa tedesca, notando come « la discriminazione negli impieghi pubblici, molto forte in Germania, si facesse appena sentire in Italia. Sarebbe addotto così un ulteriore esempio della integrazione molto più forte dei socialisti italiani ... » (?). Affermazione che si può rafforzare ricordando che Hintze esplicitamente scrive: « l'impiegato attivo come socialdemocratico viola il suo dovere di servizio, suggellato dal giuramento » (pg. 198).

Lo storico prussiano coglie un ulteriore aspetto dell'evoluzione sociale quando scrive che da un lato si vede « quel che vorrei chiamare la tendenza all'espansione e all'assimilazione della burocrazia » (pg. 195), mentre dall'altro l'estensione del diritto alla pensione, nato col concetto stesso di impiego pubblico, fornisce « un quadro di movimento di lunga portata di carattere socialista di stato, che comporta per larghe cerchie di popolazione un avvicinamento al rapporto d'impiego, come si è costruito nel servizio pubblico » (pg. 196).

In chiusura di quest'intervento Hintze ripropone un approfondimento della questione dello stato come impresa e del conseguente problema di rendere più agili (e meno stabili) i rapporti di pubblico impiego.

Se la struttura del saggio rivela, come ha di recente osservato Jürgen Kocka, una stretta connessione sia con il generale quadro della c.d. « Gelehrtenpolitik » (quella di Schmoller, Delbrück, Meinecke) sia con la più generale referenza ad un quadro politico dominato dal « monarchisches Prinzip » (8), essa resta, per tornare all'interpretazione del medesimo autore, importante proprio per la capacità di cogliere il « Mittelcharakter » la collocazione di « Zwischenschicht » del ceto burocratico. E ciò acquista per Kocka ulteriori valori quando si rifletta sul progressivo superamento nella concezione hintziana di quella frattura fra vertici e apparato tipica di Weber: « Er erfasste die Realität einer Herrschaftsstruktur, die in ihren oberen Rängen durch allmählich abgestufte, nach oben hin graduellzunehmende Herrschaftsgewalt, nicht

(?) Cf. H. U. HESSE, *Il gruppo parlamentare del partito socialista italiano, in Il movimento operaio e socialista in Italia e in Germania dal 1870 al 1920*, Bologna, Il Mulino, 1978, pg. 189.

(8) *Das monarchische Prinzip und die konstitutionelle Verfassung* (1911), tr. it. in O. HINTZE, *Stato e società*, cit., pp. 27-49.

aber durch jenen Spalt zwischen Führer und Apparat gekennzeichnet war » (9).

Lo studio di cui si sta riferendo mi pare importante non solo per testimoniare di una ripresa di interesse da parte degli storici politici per alcune questioni di storia costituzionale (se non proprio come di una storia sociale « von der Verwaltung her »), ma anche perchè introduce per chiarire il pensiero di Hintze un ampio ed articolato parallelo con Weber finendo così per fornire un interessante « status quaestionis » sulla riflessione in materia di burocrazia nel periodo considerato dal Melis presso due classici del pensiero europeo.

Hintze, secondo l'interprete di cui sto riferendo, giunse nel 1917 ad una riconsiderazione della democratizzazione della burocrazia concedendo che essa appartenesse « nach Geist und Schulung im allgemeinen mehr zur Verwaltung als zur Regierung » (10), mentre ancora nel 1927 continuava a rimanere perplesso sull'idea dello stato-impresa perchè « die Organization der Bürokratie ist ein soziologisches Kunstwerk ersten Ranges, an dem viele Jahrhunderte gearbeitet haben » (11).

Altri autori, Schiera dapprima e poi Ruffilli, hanno dato una lettera più positiva, se così si può dire, dell'itinerario hintziano sottolineando soprattutto il saggio del 1931 come un punto di arrivo e quindi quasi un approdo dello storico prussiano all'idea di « stato totale », di « stato impresa politica », mentre Kocka mi sembra più teso a sottolineare il legame di Hintze con dati analitici pre-pluralistici e pre-democratici, pur valorizzando la sua percezione che lo stato è anche « Willensbildung mit Sachverstand, Analyse und einigen gemeinsamen Zielsetzungen wie ' Wohlfahrt ', ' Recht ', und ' Frieden ' zusammenhängt » (12).

Weber al contrario, che giunse allo studio della burocrazia muovendosi dalla storia della antichità classica e non dalla analisi dell'Assolutismo, sviluppò una riflessione sul fenomeno in termini più funzionali, con implicazioni assai critiche verso il modello prussiano e con una puntuale messa in questione della sua pretesa di essere forza al di sopra dei partiti e con una netta denuncia della sua natura antiborghese ed antiliberal (13).

Con un procedimento antinomico che è tipico del suo pensiero (14), Weber percepisce la burocrazia ad un tempo come strumento di mo-

(9) J. KOCKA, *Otto Hintze, Max Weber und das Problem der Bürokratie*, in *Historische Zeitschrift*, 223 (1981), pp. 72-76.

(10) Cit. *ivi*, pg. 77.

(11) Cit. *ivi*, pg. 78.

(12) J. KOCKA, *op. cit.*, pg. 105; R. RUFFILLI, *Introduzione, a Crisi dello stato ecc.*, cit., p. 10-14.

(13) J. KOCKA, *op. cit.*, pp. 81-82.

(14) W. J. MOMMSEN, *Die antinomische Struktur des politischen Denkens Max Webers*, in *Historische Zeitschrift*, 223 (1981), pp. 35-64.

dernizzazione e razionalizzazione e come fattore in concreto di involuzione antimoderna ed antirazionale.

La rottura fondamentale tra Hintze e Weber starebbe per Kocka nella estraneità del primo all'orizzonte politico proprio del secondo <sup>(15)</sup>, il primo legato al fattore progressivo rappresentato dalla « Statpersönlichkeit » espressa dal monarca e dai suoi funzionari, il secondo acuto interprete dello stato come campo di conflitti dove non esistono realmente forze neutrali, dove anzi si sviluppa la « bürokratische Kälte Tod » <sup>(16)</sup>.

Ricordo qui come uno studioso italiano, il Rusconi, abbia insistito sulla via d'uscita indicata dal grande sociologo tedesco: « l'antinomia tra razionalità formale e razionalità materiale, espressa nella tensione tra burocratizzazione e democratizzazione, nella competizione fra apparato burocratico e parlamento appare insufficiente. In ultima istanza Weber punta sulla forza di rottura di un capo carismatica » <sup>(17)</sup>.

Ancor di più è da ricordare come in questo autore vi sia, sempre secondo il Rusconi, una netta affermazione secondo cui « in ogni stato di massa la democrazia porta all'amministrazione burocratica; e se non esiste un parlamento porta al potere puro e semplice dei burocrati » <sup>(18)</sup>.

Come si vede siamo davvero nell'ambito di riflessioni « classiche » nel senso di recente descritto da Norberto Bobbio <sup>(19)</sup>, che possono servire assai bene a definire uno sfondo su cui collocare una vicenda, che pure non ne è direttamente dipendente.

Se ci soffermiamo ora a vedere in maniera se pur schematica il quadro del reale sviluppo europeo della questione burocratica, o meglio il quadro dei due stati cui si guarda dall'Italia, e cioè l'Impero guglielmino e la III Repubblica, scorgiamo situazioni non particolarmente più felici <sup>(20)</sup>.

<sup>(15)</sup> La tesi dell'apoliticità dell'approccio storico di Hintze è fermamente contestata da P. SCHIERA, *op. cit.*

<sup>(16)</sup> J. KOCKA, *op. cit.*, pp. 84-103.

<sup>(17)</sup> G. E. RUSCONI, *Razionalità, razionalizzazione e burocratizzazione*, in *Max Weber e l'analisi del mondo moderno*, a cura di P. Rossi, Torino, Einaudi, 1981, pg. 191.

<sup>(18)</sup> *Ib.*, pg. 202. Va segnalato che Kocka invece non si sofferma su questi aspetti.

<sup>(19)</sup> « Considero classico uno scrittore cui possono attribuirsi queste tre caratteristiche: a) è considerato come l'interprete autentico ed unico del proprio tempo, la cui opera viene adoperata per comprenderlo (...); b) è sempre attuale, onde ogni età, addirittura ogni generazione sente il bisogno di rileggerlo ...; c) ha costruito teorie-modello di cui ci si serve continuamente per comprendere la realtà... ». N. BOBBIO, *La teoria dello stato e del potere*, in *Max Weber e l'analisi*, cit., pg. 215.

<sup>(20)</sup> Questo almeno dal punto di vista di un'approccio storico politico della questione, che è l'approccio di chi scrive. Non sono esperto di storia amministrativa *strictu sensu* e quindi da questo punto di vista non saprei esprimermi.

L'esame di un buon manuale di storia dell'amministrazione in Germania rivela molti interessanti particolari <sup>(21)</sup>. Fin dalle teorizzazioni dell'inizio del XIX secolo in materia di burocrazia si parla in Prussia di scienza dell'organizzazione, accanto all'idea di organizzazione del « Mittelstand » nel pubblico impiego. Nota uno di questi autori, tal dr. Wehnert, « Regierungsrat »: « in den Mittelständen bildete sich erst eine Nation im politischen Sinne des Wortes » <sup>(22)</sup>.

È un approccio che già privilegia quel tema della « Mittelstandpolitik » che a partire dagli anni '90 tornerà con forza nell'Impero anche se non più tanto diretta alla « integrazione » (per usare un termine fortunato nella riflessione della storiografia tedesca recente) degli impiegati quanto, parzialmente, ad un rilancio del cuore « artigiano e commerciante » della Germania <sup>(23)</sup>.

Tralasciamo qui alcuni aspetti, pur interessanti ma marginali, come la presenza di un forte sindacalismo fra gli impiegati delle Poste, che sembrano ovunque il settore più « avanzato » del sindacalismo burocratico. Vorrei solo ricordare che al vivace sviluppo di associazioni di impiegati <sup>(24)</sup> si accompagna una generale resistenza dei pubblici poteri ad accettarli.

Se infatti la legge 19 aprile 1908, riconoscendo il diritto di organizzazione per tutti gli impiegati, lo sanciva anche per i funzionari, va subito ricordato che nel dibattito parlamentare il rappresentante del governo si affrettò a precisare che questo non valeva in senso generale per gli impiegati pubblici: « Die Behörde müssen das Recht haben, ihre Beamten von Vereinen und Versammlungen fernzuhalten, deren Zweck dem Wesen des Beamtentums widerstreiten » <sup>(25)</sup>.

Anche in Germania si levavano voci per una collaborazione tra le associazioni di burocrati ed il parlamento (e la stessa Amministrazione) con scopo propositivo in tema di miglioramento dei servizi. Era quanto sosteneva ad esempio il deputato dr. Will nella seduta del 12 marzo 1910, ricevendo per risposta dal ministro Breitenbach una lezione

<sup>(21)</sup> Utilizzo qui H. HATTENHAUER, *Geschichte der Beamtentums*, Köln-Berlin, Heymann, 1980; specialmente il cap. « Das Jahrhundert des Bürgers », pp. 205-293.

<sup>(22)</sup> *Ib.*, pp. 205-209 (cit., pg. 209). Naturalmente la problematica dell'origine, per così dire, « filosofica » di una questione burocratica nel pensiero politico tedesco è assai complessa e vanta ormai un corpus di studi specifici, sia per il periodo moderno, che per quello contemporaneo, che non può essere certo affrontato negli spazi di queste note di lettura e senza appropriate competenze. Su taluni aspetti, come l'apporto di Hegel, tornerò, sempre a livello di suggestioni di lettura, affrontando più avanti la tematica del rapporto tra marxismo e burocrazia.

<sup>(23)</sup> Una classica introduzione alla storia sociale dell'Impero tedesco è, pur col suo taglio fortemente « polemico », H. U. WEHLER, *L'Impero guglielmino 1871-1918*, Bari, De Donato, 1981 (l'originale tedesco è del 1973). Sulla questione burocratica si vedano le pp. 81-86.

<sup>(24)</sup> H. HATTENHAUER, *op. cit.*, pp. 272-73.

<sup>(25)</sup> *Ib.*, pg. 278.



sulla differenza tra burocrazia e movimento operaio: « Dadurch unterscheidet sich die Beamtenschaft ganz wesentlich von der Arbeiterschaft, die ja den unmittelbaren Vorgesetzten nicht so nahe steht wie der Beamte. Ich meine daher, dass es von Ueberfluss ist, wenn wir die Beamtenschaft unserteils noch in Beamtenausschüsse organisieren » (26).

Vi fu pure qualche tentativo di organizzare la forza degli impiegati pubblici come gruppo di pressione elettorale, di cui l'esempio principale è forse il « Bund der Festsbesoldeten » (27).

Se la Germania sembra presentare dunque un quadro dove il dato prevalente è offerto dall'alto sviluppo del formalismo giuridico e dall'apparente garantismo circa l'esercizio delle funzioni (peraltro assai limitato poi, come ho cercato di dimostrare, nell'interpretazione), la Francia presenta, stando gli studi di Guy Thuillier (28), un aspetto più vicino all'Italia per la vivacità di alcuni dibattiti in materia di controllo delle organizzazioni dei funzionari, sugli abusi e le discrezionalità dei dirigenti assai sviluppate come riflesso di un più generale sistema politico della Terza Repubblica (29).

Sorte abbastanza precocemente, già ben vive nel 1848 sotto l'insegna del socialismo burocratico (« le Comité devra réclamer le concours de tous les hommes spéciaux; en un mot, il devra faire du *socialisme bureaucratique* » (30)), le associazioni di impiegati hanno il loro momento di maggior gloria e sviluppo nel primo quindicennio del Novecento.

Il movimento conosce il suo massimo rigoglio a partire dal 1904 quando ormai vanno scomparendo del tutto i residui delle vecchie « associations amicales » (qualcuna delle quali aveva pur avuto timide velleità sindacaliste). L'attività dei socialisti francesi in questo campo non è del tutto marginale e Thuillier cita l'esempio di Charles Laurent, fondatore del « Association de la Caisse des dépôts » e poi presidente della federazione dei funzionari.

È significativo però segnalare come nel 1908 il Consiglio di Stato ammetta l'ammissibilità di un ricorso presentato dall'associazione dei dipendenti civili del Ministero delle Colonie, riconoscendo ad essa rappresentatività ed interesse ad agire contro nomine fatte in violazione di regolamenti. Non meno importante è che due anni dopo Millerand,

(26) *Ib.*, pg. 279.

(27) *Ib.*, pg. 280.

(28) G. THUILLIER, *La vie quotidienne dans les ministères au XIX siècle*, Paris, Hachette, 1976; ID., *Bureaucratie et Bureaucrates en France au XIX siècle*, Geneve, Droz, 1980.

(29) Assai importante per approfondire un'analisi generale della società francese nella terza repubblica è il saggio di Theodor ZELDIN, *France 1848-1945*, 2 voll., London, Oxford U.P., 1973-77. Di burocrazia in senso proprio si parla però poco; importanti soprattutto le pp. 1065-82 nel II vol., nell'ambito del cap. intitolato « Technocracy ».

(30) Cit. in G. THUILLIER, *La vie quotidienne*, cit., pg. 217 (corsivo mio).

ministro delle Poste, organizzi una rappresentanza permanente degli impiegati presso il ministero (31).

Thuillier si limita purtroppo ad un solo rapido accenno ad una questione che nell'ottica comparatistica in cui ci muoviamo in queste note interesserebbe non poco: il dibattito assai vivace che in tema di associazionismo di impiegati si instaura con la CGT nel periodo 1906-1914 (32).

In complesso molte delle considerazioni che quest'autore fa circa il dibattito in seno alla stampa dei burocratici nel primo Novecento e molti dei temi generali che evoca sono assai vicini a quelli cui Melis ha dedicato il suo attento studio.

« On s'aperçoit que la grande crise qui a secoué la fonction publique entre 1905 et 1914 avec le débat sur le statut des fonctionnaires, n'a pas créé un grand organe de presse administrative, chaque famille administrative préférant créer son propre organe; de faite, les grands journaux politiques et la presse politique de gauche se faisant assez l'écho des revendications et des plaintes des fonctionnaires, sans qu'on éprouvait le besoin de créer un véritable journal des fonctionnaires » (33).

Sulla situazione francese vanno però aggiunte alcune osservazioni specifiche che devono dare rilievo al quadro su un punto particolare. La Terza Repubblica ha infatti conosciuto un inizio politicamente molto conflittuale che l'ha portata ad esercitare tra il 1878 e il 1890 una serie di epurazioni sull'alta dirigenza (34). Ciò ha comportato l'introduzione in termini generali di un criterio di fedeltà alla repubblica che non è servito solo, come aveva notato a suo tempo Goguel, a regolare (e manipolare) gli spostamenti elettorali e le lotte politiche (35), ma anche a consentire un minimo quadro di mobilità all'interno della democrazia francese in forza della a lungo paventata rivincita degli antirepubblicani.

È questo che ha consentito l'instaurarsi, a mio avviso, di quello che Christophe Charle ha recentemente definito come uno « *spoil system fondé sur le favoritisme* » e tuttavia capace di garantire una tendenza minima all'allargamento delle basi di reclutamento dell'alta burocrazia (36).

È interessante poi vedere come questa apertura provenga più dalle burocrazie tecniche che da quelle più propriamente politiche, dove, superato il trauma del cambio di regime, i margini del nuovo tendono a

(31) *Ib.*, pp. 224-26; su Charles Laurent, si veda la scheda in *Dictionnaire biographique du mouvement ouvrier français*, a cura di J. Maitron, Paris, Les Editions Ouvriers, vol. XIII, 1975, pg. 211.

(32) G. THUILLIER, *La vie quotidienne*, cit., pp. 226-27.

(33) G. THUILLIER, *Bureaucratie*, cit., pg. 226.

(34) Cf. W. WRIGHT, *Les épurations administratives de 1848 à 1885*, in *Les épurations administratives au XIXe et XXe siècles*, Geneve, Droz, 1977.

(35) Cf. F. GOGUEL, *La politique des partis sous la Troisième République*, Paris, Du Seuil, 1946.

(36) Cf. C. CHARLES, *Le recrutement des hauts fonctionnaires en 1901*, in *Annales E.S.C.*, 35 (1980), pp. 380-409. Cit. a pg. 380.

restringersi e non stupisce che « plus une catégorie est nombreuse, en poste loin de Paris, et éloignée du pouvoir politique (c'est-à-dire plus technique) moins elle a de facilités pour accéder aux 'sommets de l'Etat' » (37).

La conclusione dello studioso francese, che vede in questa dinamica un effetto tipico dello stato liberale teso a realizzare un compromesso d'equilibrio tra vecchi e nuovi gruppi dirigenti con la divisione in due campi della sfera burocratica è un altro degli stimolanti quesiti che la problematica degli « apparati » porta allo studioso di storia dei sistemi politici (38).

Rimane ora da dedicare qualche riga alla vicenda dello sviluppo del pubblico impiego (« civil service ») in Gran Bretagna, anche perchè solitamente si segnala, non del tutto a torto, ma, a parer mio, con eccessiva enfasi, la diversità del sistema costituzionale britannico rispetto a quelli continentali, come se ciò bastasse a rendere, anche dal punto di vista storico, il Regno Unito un'isola.

Lo studio più noto sul tema, quello del Parris, tradotto anche in lingua italiana (39) non dedica in realtà attenzione al ceto dei burocrati nè ai loro problemi di organizzazione sindacale, limitandosi ad una indagine che riguarda piuttosto la struttura ed il quadro legislativo entro cui opera il potere esecutivo. A ciò si aggiunga che l'ampia ed importante ricostruzione dello studioso inglese lascia di fatto in ombra il periodo fra il 1870 e il 1930, limitandosi ad accenni ed interventi su singoli punti.

Eppure l'Inghilterra conobbe uno sviluppo burocratico imponente sul modello già visto: 53.874 funzionari nel 1871, divenuti 79.241 nel 1891, 172.352 nel 1911 e 280.900 nel 1914 (40).

(37) *Ib.*, pg. 399.

(38) « La différenciation entre le personnel politique et la haute fonction publique, caractéristique de la Troisième République, respecte donc les hiérarchies sociales générales. L'Etat libéral, à travers les crises et les épurations qui ont marqué sa naissance, réalise au bout du compte un compromis historique avant la lettre entre anciennes et nouvelles fractions qui repose sur une division du travail entre les domaines réservés aux politiques purs et aux hauts fonctionnaires qui leur sont liés (maintien de l'ordre idéologique et politique) et ceux où les hauts fonctionnaires sont beaucoup plus autonomes (finances, technique, diplomatie) ». *Ib.*, pg. 405.

(39) H. PARRIS, *Una burocrazia costituzionale. L'esperienza amministrativa dello stato britannico e la sua evoluzione dal '700 ad oggi*, Milano, Comunità, 1979. Per cogliere alcune importanti diversità circa il modello britannico nel suo sviluppo del primo Ottocento, si può vedere utilmente: J. R. TORRANCE, *Sir George Harrison and the growth of bureaucracy in the early 19. Century*, in *The English Historical Review*, 83 (1968), pp. 52-88 (dove si mostra il complesso rapporto tra il formarsi di staff personali degli uomini politici e il loro successivo inserimento nella pubblica amministrazione).

(40) Cf. H. J. HANHAM, *The Nineteenth Century Constitution. Documents and commentary*, Cambridge, Cambridge U. P., 1969, pg. 318.

Sia vero o no che « the British have always lacked a clear concept of the State, such as has long existed on the continent of Europe » (41), un fatto peculiare va ricordato: più che altrove lo sviluppo della burocrazia inglese derivò dall'ondata di riforme promosse dai liberali fra il 1905 e il 1914. Si trattò peraltro di uno sviluppo in parte legato ad un particolare concetto di autonomia degli enti locali, concetto quasi sconosciuto sul continente; tuttavia sbaglierebbe chi pensasse la dinamica di costruzione del cosiddetto « welfare state » come dipendente semplicemente dallo sviluppo di precedenti istituti assistenziali preesistenti su base locale (42).

È invece interessante notare in questa sede come in Inghilterra vi fu un lungo dibattito sull'ammissibilità al voto politico del personale burocratico: il *Crewe's Act* del 1782 lo escludeva (persino i funzionari del servizio postale), giudicando che non fosse concepibile l'elezione dei propri « controllori »; solo a partire dal 1868 il diritto di voto per i funzionari fu reintrodotta, ma allora scoppiò la questione sulla ammissibilità e in quali forme dell'elettorato passivo, questione risolta con una circolare del Tesoro del 12 novembre 1884.

Tuttavia « the main concern of the government soon become not the political activities of government officials, though these were much debated, but the growth of civil service trade unions » (43). Anche in Gran Bretagna una funzione di battistrada fu assunta dai sindacati dei postelettrafonici, con conflitti assai aspri, che giunsero anche all'espulsione dal servizio di funzionari sindacalisti, come fu il caso di W. E. Clery nel 1890.

La problematica del sindacalismo degli impiegati non deve essere stata affatto marginale nel Regno Unito, se Hanham nel suo manuale di storia costituzionale ha potuto scrivere che « between 1898 and 1914 there was an almost continuous battle over the position of civil service trade unions and the civil rights of public officials » (44).

L'esame comparatistico della situazione europea quale sembra emergere da queste poche ed elementari letture serve a ricondurre la questione illustrata dal Melis in un trend di sviluppo più generale che interessa tutta la transizione degli stati europei dai quadri tipici dell'ultimo stadio di sviluppo dello stato moderno a quelle complesse fasi di transi-

(41) *Ib.*, pg. 294.

(42) Sul punto si vedano J. R. HAY, *The Origins of the Liberal Welfare Reforms 1906-1914*, London, Mac Millan, 1975 e P. POMBONI, *Stato, partiti politici, problema della povertà nell'Europa contemporanea. Linee di analisi storica*, in *La povertà in Italia*, a cura di G. Sarpellon, Milano, Angeli, 1982, pp. 503-522.

(43) J. H. HANHAM, *op. cit.*, pg. 319.

(44) *Ib.*, pg. 320. Purtroppo mi è stato impossibile reperire una bibliografia più specifica che mi consentisse di formarmi un'idea più analitica di questa battaglia, assai interessante proprio perchè simile, almeno apparentemente, a quella dei ceti burocratici continentali in un sistema costituzionale senza dubbio abbastanza diverso.

zione che porteranno non già alla soglia di un nuovo modello di « stato contemporaneo » (almeno a me non pare sia così), quanto piuttosto ad un susseguirsi di tentativi di governo dei conflitti tra stato e società civile che avranno nella determinazione di un uso funzionalmente significativo dell'apparato burocratico uno dei punti nodali.

Che il problema della autorappresentazione del « ceto » burocratico, in forme sindacali dapprima, sia un tema centrale non già di questa o quella tradizione nazionale, ma del quadro stesso dello sviluppo istituzionale, mi sembra possa considerarsi acquisito anche solo dalla rassegna di letture proposta. Così come mi sembra che il confronto tra due classici quali Hintze e Weber ci aiuti a comprendere la percezione già viva all'inizio del '900 dei termini di fondo della questione: la crisi dell'immagine della burocrazia come sorta di « *pouvoir neutre* » (per riprodurre, *mutatis mutandis*, la definizione di Montesquieu sulla magistratura) capace di garantire il superamento della società organizzata per ceti nel momento in cui riprendeva, lentamente, ma in prospettiva vivacemente, la tendenza ad una società « corporatista » e dunque, perchè no?, ad una sorta di perverso ritorno all'*ancien régime*.

È un peccato credo che non esistano studi approfonditi per il periodo considerato con questo taglio comparatistico: il capitolo « *Bureaucracy* » del XIII volume della *New Cambridge Modern History* non offre infatti che un elementare quadro generale della questione <sup>(45)</sup>. Invece il tema della costruzione di quella concreta « personalità esterna dello Stato » che è la burocrazia (sia consentito di riprendere questi termini hintziani) dovrebbe essere affascinante per lo studioso di storia dei sistemi politici, soprattutto avvertendo come questo non possa avvenire, in età contemporanea, a prescindere dal coinvolgimento della consapevolezza e del consenso degli uomini « impiegati » nell'operazione.

Si tratta in definitiva di una forma del conflitto tra società e stato che sembra potersi rappresentare nel difficile bilanciamento dei primi del '900 tra i vertici burocratici in mano all'aristocrazia e funzioni impiegate in mano al ceto medio. Siamo in presenza insomma di quel conflitto tra « stato rappresentativo » e « stato burocratico », fra « stato legislazione » e « stato amministrazione », fra « stato di ragione » e « stato

(45) Cf. G. E. AYLMER, *Bureaucracy*, in *The New Cambridge Modern History*, vol. XIII, ed. by P. Burke, Cambridge, Cambridge U. P., 1979, pp. 164-200. In questo studio non si va oltre una informazione generale sul tema ed un esame estremamente sintetico dei principali stati del mondo. Da segnalare questo giudizio sull'Italia: « Modern Italy has had one of the largest civil services (proportionate to total population) of any major state » (pg. 182).

A titolo di curiosità segnalo che quell'ottimo strumento che è il *Geschichtliche Grundbegriffe*, a cura di O. Brunner, W. Conze, R. Kosellek, Stuttgart, Klett, 1972, e ss. non reca nè la voce « Bürokratie » nè quella « Beamter » (o loro derivati) e neppure « Amt », ma solo la voce, assolutamente diversa ai nostri fini, « Angestellter » (vol. I, pp. 110-128).

di potenza » cui ha richiamato di recente Ruffilli in un suo complesso ma stimolante intervento <sup>(46)</sup>.

Ma su tutto questo tornerò in chiusura.

3. Bisogna ora addentrarsi un poco in una questione spinosa e complessa, ma non trascurabile, che riguarda l'atteggiamento del pensiero socialista in tema di organizzazione dello stato e in specifico in tema di pubblico impiego.

Molte cautele vanno premesse: non è semplice ritenere che esista « una » teoria socialista, valida per tutta l'Europa della seconda internazionale: la stessa questione della « autoritatività » del pensiero di Marx, o di Marx e Engels, è tutt'altro che chiaribile in termini di ortodossia; parlando infine di un referente specifico quale il socialismo italiano tutte queste cautele vanno, se possibile, ampliate.

Al tema specifico del rapporto tra burocrazia e socialismo ha dedicato, alcuni anni fa, un apposito saggio il ben noto studioso Iring Fetscher <sup>(47)</sup>. Pur scritto, come in genere molti interventi su questo tema, nell'ottica della polemica contro la degenerazione burocratica dell'esperimento sovietico, esso costituisce un'utile guida per cercare di cogliere alcuni punti di fondo della riflessione marxista sul tema.

Fetscher sottolinea l'istintiva antipatia di Marx ed Engels, esorditi come liberali di sinistra renani, per la burocrazia prussiana, anche se ricorda come ad essi non sfuggisse il ruolo di rottura esercitato dal modello burocratico nel passaggio dallo stato feudale allo stato moderno.

Marx in particolare aveva dedicato precocemente attenzione al problema burocratico fin dalla critica alla filosofia del diritto di Hegel (testo peraltro rimasto inedito fino a dopo la grande guerra). Più nota era invece la sua critica successiva, ancorata soprattutto alla riflessione sulle vicende francesi: la burocrazia non era allora più vista tanto come mezzo di preparazione della lotta di classe della borghesia, quanto come strumento della classe dominante, anzi come caratteristica del « bonapartismo », espressione tipica di un momento di « Gleichgewicht » tra classi opposte, con la borghesia quasi assente nel ruolo di « lachender Dritter » <sup>(48)</sup>.

---

<sup>(46)</sup> R. RUFFILLI, *Liberalismo: lo stato e le istituzioni*, in *Il Mondo Contemporaneo*, vol. II, *Storia d'Europa*, 4, Firenze, La Nuova Italia, 1981, pp. 1712-28 (cit., pg. 1720). A questo saggio rinvio anche per la discussione generale della storiografia e della politologia sia classica che contemporanea.

Con un taglio più incentrato sull'Italia si veda R. RUFFILLI, *Lo Stato liberale in Italia*, in *Il liberalismo in Italia e in Germania dalla rivoluzione del '48 alla prima guerra mondiale*, Bologna, Il Mulino, 1980, pp. 485-506.

Questi due saggi, così come in genere tutti i lavori che ho esaminato in questa sede, possono fornire tutte le indicazioni bibliografiche sul tema che si sta dibattendo.

<sup>(47)</sup> I. FETSCHER, *Marxismus und Bürokratie*, in *International Review of Social History*, 5 (1960), pp. 378-399.

<sup>(48)</sup> *Ib.*, pp. 383-385.

In questo secondo momento del suo pensiero Marx distinguerebbe tre fasi nella espressione della burocrazia: 1) la burocrazia dell'Assolutismo, momento progressista nella lotta contro le corporazioni; 2) una « burocrazia impropria » sotto controllo parlamentare con la tentazione di lottare per dotarsi di poteri propri; 3) una burocrazia bonapartista espressione e sintomo di una debolezza della borghesia. Per il pensatore di Treviri, comunque, la soluzione ideale consiste sempre nel lasciare libero spazio alla espressione pura del potere borghese <sup>(49)</sup>.

Com'è noto e come è spesso ricordato <sup>(50)</sup>, il testo antiburocratico di Marx che ebbe maggior fortuna è quello sulle lotte di classe in Francia, dove si mitizza il riferimento alla Comune come forma-stato sostanzialmente negativa, con la sua appendice di funzionari eletti e revocabili. Fetscher ritiene che la radice di questo atteggiamento sia da ricercarsi nella diffidenza di Marx verso l'enorme sviluppo della burocrazia, che egli vedeva controllabile solo nell'ambito di un sistema parlamentare bipartitico, improponibile dopo la conquista del potere da parte del proletariato <sup>(51)</sup>.

Sempre secondo l'autore in questione, i successori di Marx non avrebbero invece tenuto particolarmente fede al modello costituzionale suggerito dalla Comune. Con certo lo fece Engels che, anzi, nella *Critica al programma di Erfurt* richiamava la repubblica federale ed il modello dell'autogoverno locale come in America e in Inghilterra <sup>(52)</sup>.

Altrettanto lontani dal modello della Comune, che sarà ripreso con forza solo da Lenin nel 1917, furono i due teorici della socialdemocrazia tedesca: Bernstein, che riteneva, sotto l'influsso della « industrial democracy » degli Webb, necessario superare il « doktrinäre Demokratismus (das gebundene Mandat, unbehalte Beamte, die machtlose Zentralvertretung) » e sviluppare piuttosto i meccanismi di controllo sull'apparato del Parlamento; Kautsky, che nella riconsiderazione finale del suo cammino (*Die materialistische Geschichtsauffassung*, 1927) scriveva esplicitamente: « è un errore ritenere che la democrazia consista nell'abolizione della burocrazia ». E fiduciosamente aggiungeva: « Ma per quanto rapida possa essere la crescita della burocrazia nello stato democratico, ancora più rapida è quella delle libere organizzazioni, che hanno dinnanzi al potere statale un significato tutto diverso rispetto a quello che avevano i sudditi isolati e disorganizzati. Nonostante che nello

<sup>(49)</sup> *Ib.*, pp. 385-386.

<sup>(50)</sup> Si vedano ad esempio G. E. AYLMEYER, *op. cit.*; J. ZAKRZEUSKA, *Burocrazia*, in *Enciclopedia*, Torino, Einaudi, 1979, vol. II, pp. 309-338.

<sup>(51)</sup> I. FETSCHER, *op. cit.*, pg. 139.

<sup>(52)</sup> *Ib.*, pp. 389-390. All'impostazione complessiva di questo saggio il Fetscher si è mantenuto fedele anche quando ha toccato lo stesso tema nella sua antologia *Il marxismo. Storia documentaria*, tr. it., Milano, Feltrinelli, 1970 (cf. vol. III, pp. 33-53).

stato democratico la burocrazia statale si estenda in senso assoluto, il suo potere diminuisce rispetto a quello delle libere organizzazioni» (53).

Più importanti tuttavia di queste considerazioni finali del maggior teorico del marxismo della Seconda Internazionale sono quelle che egli stesso espone in due scritti precedenti, il primo del 1893 (*Der Parlamentarismus, die Volksgesetzgebung und die Sozialdemokratie*); il secondo, che del primo è sostanzialmente una riedizione, del 1911 (*Parlamentarismus und Demokratie*) (54). Questi testi sono dominati, come del resto il commento al programma di Erfurt, dalla considerazione che il « grande stato moderno » in cui si muove il proletariato organizzato è una conquista storica irrinunciabile anche per quel che riguarda il suo sviluppo amministrativo (55).

Anche sull'ipotesi « bonapartista » di spezzare l'unità del proletariato mediante concessioni a particolari strati di esso, Kautsky espresse in seguito perplessità: significativo che nel 1903 respingesse la possibilità di successo di una simile politica nell'Impero. Essa era la politica che applicavano in USA e Gran Bretagna le fiorenti borghesie liberali di quelle nazioni; non poteva però avere successo in Germania proprio per la forza rappresentativa che colà aveva raggiunto il proletariato socialista (56).

Ma la questione della difficoltà di governare società sempre più complesse era percepita in maniera viva nelle varie « confessioni » del movimento socialista europeo. A riprova basterà citare la presenza, nel socialismo francese, sempre in questo torno d'anni, di un personaggio come Lucien Deslinières, che nel 1899 pubblica un volume con prefazione di Jaurès su *L'application du système collectiviste*, e nel 1908-1913 un *Projet de Code Socialiste* in tre ponderosi volumi.

Non richiamo questo episodio per citare un caso che ha, peraltro, vari aspetti di bizzarria, ma per ricordare tre elementi che mi paiono meritevoli di segnalazione, proprio nel libro del 1899: 1) Jaurès nella prefazione dice esplicitamente che « la vie sociale est trop complexe aujourd'hui » e quindi è necessario sviluppare una progettazione sociale che rispetti queste caratteristiche; 2) questo volume, come il successivo, è tutto nell'ottica di una burocratizzazione sfrenata (contro le prospettive dello stesso Jaurès favorevole a forme di autogestione); 3) Desli-

(53) I. FETSCHER, *Il marxismo*, cit., vol. III, pp. 45-46. Queste considerazioni non erano certo suggerite a Kautsky dall'esperienza di Weimar, dove fra SPD e burocrati non era corso buon sangue: cf. H. HATTENHAUER, *op. cit.*, pp. 301-307; più specificamente sul tema della burocrazia di Weimar si potrà vedere A. KUNZ, *Stand versus Klasse: Beamtenschaft und Gewerkschaften im Konflikt um den Personalablauf 1923-24*, in *Geschichte und Gesellschaft*, 8 (1982), pp. 56-85.

(54) I. FETSCHER, *Marxismus und Bürokratie*, cit., pg. 391.

(55) Per una puntuale analisi si veda M. L. SALVADORI, *Kautsky e la rivoluzione socialista 1880-1938*, Milano, Feltrinelli, 1976, pp. 29-37.

(56) *Ib.*, pp. 78-79.



nières non è marxista e indirizza anzi la sua lotta contro il capitale con modalità che a lui sembrano atte a guadagnare l'appoggio delle classi medie, « cette milice compacte qui décide du sort des batailles électorales » (57).

Sono solo, lo ripeto per l'ennesima volta, impressioni di lettura che non vogliono far altro che arricchire di elementi di sviluppo una tematica stimolante.

Quanto nel socialismo italiano questi temi avessero circolato in senso primario, quanto fossero vivi direttamente gli echi di queste impostazioni, non saprei onestamente dire. Certo è che, tutti i fatti elencati, e molti altri ancora (basti pensare alla riflessione inglese sulla questione della « democrazia industriale »), testimoniano di un clima che induce a ritenere la questione affrontata dal Melis di primaria importanza nel quadro di una storia del movimento socialista e dello sviluppo del sistema politico italiano.

Rimane però da vedere per un momento un aspetto più testuale del pensiero di Marx in materia di burocrazia, che è utile, crederei, per comprendere molti approcci del movimento operaio negli anni di trasformazione del sistema statale, che precedettero la prima guerra mondiale.

Il filosofo di Treviri iniziò a sviluppare la sua critica del sistema burocratico a partire dalla riflessione sulla filosofia del diritto di Hegel (58). Ora, lasciamo stare se in questa fase Marx fosse o no « anarchico » e non ancora « scienziato », se il Marx « maturo » sia più importante del Marx « giovane », tutte questioni che sembrano appassionare taluni filosofi più della comprensione delle linee di sviluppo storico (59). Mi sembra più interessante notare quale sia l'ipotesi che il fondatore del socialismo scientifico ha dinanzi: un testo « scolastico » del maestro della filosofia tedesca dove, non dimenticando il suo passato di acuto osservatore delle rivoluzioni liberali in Inghilterra e Francia, Hegel ripiega su un modello di « riforma costituzionale tedesca » (la definizione è mia) che sembra possa essere, *bon gré, mal gré*, quello dell'assolutismo prussiano. In questo contesto vanno a convivere una rappresentazione corporativa per ceti (richiesta non solo dai reazionari, ma anche da buona parte del movimento romantico) in termini che possono intendersi di respiro non chiuso, e l'auspicio di una struttura che produca « una classe dirigente specializzata », perchè « il far leggi e l'applicarle non è lavoro di *routiniers*, perchè esige studi superiori e la familiarità

(57) Su tutto ciò cf. G. THUILLIER, *Lucien Deslinières et le socialisme bureaucratique*, in *Bureaucratie*, cit., pp. 154-174.

(58) Cf. K. MARX, *Critica della filosofia hegeliana del diritto pubblico*, in ID., *Opere filosofiche giovanili*, a cura di G. Della Volpe, Roma, Editori Riuniti, 1964, pp. 57-66.

(59) Ho presente ad esempio le discussioni di R. GUASTINI, *I due poteri. Stato borghese e stato operaio nell'analisi marxista*, Bologna, Il Mulino, 1978.

con idee generali ed astratte». Dunque per Hegel, conclude Claudio Cesa alla cui interpretazione mi sto rifacendo, «lo stato moderno è impensabile senza l'opera di personale tecnicamente e specificamente preparato» <sup>(60)</sup>.

Non è dunque casuale che nel 1843 Marx dedichi attenzione alla frase di Hegel che suona: «I membri del governo e i funzionari dello stato costituiscono la parte principale dello *stato medio* nel quale trovano l'intelligenza educata e la coscienza giuridica della massa di un popolo (...) che questo stato medio si formi è interesse principale dello Stato ...». Commenta il pensatore di Treviri: «L'opposizione tra stato e società civile è dunque fissata», al punto che i burocrati «non sono deputati dalla stessa società civile, che in essi e per essi amministra il suo proprio e generale interesse, bensì delegati dello stato per amministrare lo Stato contro la società civile».

È l'espressione di una lettura in chiave «prussiana» di Hegel fatta soprattutto con l'esperienza della Restaurazione alle spalle: la burocrazia è qui percepita come il recupero in termini di supporto sociale (un vero e proprio potenziale «Stand») ad uno Stato assolutista in cui il costituzionalismo, poco o tanto che ce ne sia, non basta ad inserire i canoni della rappresentanza borghese: va insomma al di là del problema di un semplice regolamento dei conflitti tra singoli (borghesi) e interesse generale del sistema.

Solo in un secondo momento, e, si noti, attraverso studi e letture etnologiche sulle società primitive, Marx (e soprattutto poi Engels) era pervenuto ad una idea più strutturale della necessità di un centro di regolamentazione contro il degenerare del conflitto di classe <sup>(61)</sup>.

L'amministrazione e la sua classe dirigente avevano allora, sia pure sotto l'equivoca definizione del «bonapartismo», assunto un ruolo dinamico nella trasformazione sociale.

Mi pare opportuno richiamare questa genesi filosofica della questione burocratica nei teorici del movimento operaio, perchè non si dovrà dimenticare, per capire anche le vicende di cui ci occupiamo, che la trasformazione dello stato, che implicava necessariamente l'impiego di quella classe «colta» e «tecnica», poteva essere sempre percepita o nella valutazione tardo liberale di uno stato che con ciò stesso si auto-costruiva una base sociale per dominare il resto della società civile (percepita come altro da sé), o nella valutazione, per così dire, «naturalistica», che, dando per strutturali i conflitti tra i gruppi e respingendo come astrazione filosofica il «singolo», postulava la necessità di congegni di governo di quei conflitti e la necessità di personale capace di darsi carico di queste necessità.

<sup>(60)</sup> C. CESA, *Hegel filosofo politico*, Napoli, Guida, 1976, pp. 49-50.

<sup>(61)</sup> Su ciò si veda E. J. HOBBSAWN, *Gli aspetti politici della transizione dal capitalismo al socialismo*, in *Storia del marxismo*, Torino, Einaudi, 1978, vol. I, pp. 245-287.

Il movimento operaio europeo (ma non solo esso) si trovò stretto nella morsa di queste due valutazioni, ciascuna con i suoi buoni fondamenti e dunque ciascuna costituente una potenzialità politica da gestire o da subire.

Le circostanze storiche non erano però quelle dell'analisi filosofica: ogni stato presentava i suoi propri punti di compromesso tra le varie esperienze, le sue peculiarità nell'origine della classe politica che costituiva il vertice « gerarchico » di quella burocratica, le sue rigidità in tema di cambiamento.

4. È questo il punto da cui bisogna partire per ricondurre, infine, la questione del rapporto burocrazia e socialismo a quella più generale dello sviluppo del sistema politico italiano e, in particolare, del sistema giolittiano.

Il primo approfondimento da fare a questo proposito potrebbe riguardare l'iter della formazione giuridica di Turati, laureatosi in Giurisprudenza a Bologna nel 1877 con una tesi in economia politica <sup>(62)</sup>.

Del resto, come ha riconosciuto in un bel saggio bibliografico Tommaso Detti, il discorso sul riformismo è ancora largamente da fare e non solo, come egli ritiene, laddove lo si guardi come fatto sociale, ma anche nel campo della storia delle dottrine, meno indagate di quel che sembri, come appunto evidenzia in ultima analisi lo stesso saggio del Melis <sup>(63)</sup>.

Nel complesso infatti, proprio lo studio su burocrazia e socialismo rimette in discussione un'immagine un poco troppo semplicistica dello sviluppo del sistema italiano e del sistema giolittiano in particolare.

L'idea infatti, che il punto nodale da cui partire sia, dopo la crisi di fine secolo, una sorta di storico connubio tra « sviluppo dell'industrializzazione » ed « estensione della democrazia borghese », come terreno su cui « matura l'incontro tra il movimento operaio diretto dai riformisti e una borghesia progressista che troverà in Giolitti il suo principale rappresentante » <sup>(64)</sup> è accettabile solo a patto di ritenere poi, che esista una cesura nella crisi del 1907, tale da mettere alla luce le debolezze del capitalismo italiano ed a costringere i riformisti alla subalternità <sup>(65)</sup>.

<sup>(62)</sup> Nessun interesse a questo tema ha dedicato F. LIVORSI nella sua *Introduzione* a F. TURATI, *Socialismo e riformismo nella storia d'Italia. Scritti politici 1878-1932*, Milano, Feltrinelli, 1979, pp. VII-LXII.

<sup>(63)</sup> T. DETTI, *Il socialismo riformista in Italia*, Milano, La Pietra, 1981, pp. 9-100. Questo autore, che, come del resto avverte in « Premessa », aveva scritto il suo saggio prima dell'uscita di quello del Melis, aveva ad esempio segnalato che « un capitolo (della vita di Turati) di notevole interesse sarebbe quello relativo alla sua opera di direzione della federazione post-telegrafica » (pg. 96 n.), anche se non mostra di avere presente un'ottica del tipo di quella che stiamo dibattendo.

<sup>(64)</sup> *Ib.*, pg. 10.

<sup>(65)</sup> *Ib.*, pg. 11.

Ora il riprendere la questione degli impiegati non è senza significato.

Si pensi che Salvemini basò anche su di essa quel giudizio di condanna del riformismo che tanto seguito ebbe nella storiografia italiana, parallelamente quasi alle opposte accuse di Bonomi che imputava a Turati di non aver saputo cogliere il nuovo che maturava nella società <sup>(66)</sup>.

Invece, come aveva avvertito a suo tempo Ragionieri <sup>(67)</sup> la conoscenza delle strutture di fondo dello stato italiano e giolittiano è indispensabile per non collocare l'azione dei riformisti in un empireo segnato da vecchi ed inesatti giudizi <sup>(68)</sup>.

L'operazione di avvicinamento della borghesia liberale al movimento operaio di cui fu auspice Giolitti, si calava infatti in un contesto del tutto inadatto, a mio parere, a dar fiato a questa ambizione modernizzante. Non bastava, infatti, aprire qualche spazio ai vertici dell'organizzazione in settori limitati a personale di tendenze socialiste, così come non bastava richiamare, come ha fatto l'Ullrich, « la questione sociale e il problema dell'inserimento del proletariato nello stato liberale a criterio fondamentale della ristrutturazione dei partiti » <sup>(69)</sup>. Non bastava la prospettiva economica di una neutralità dello stato nei conflitti sociali o di un tardivo allargamento delle basi sociali del parlamentarismo.

Ma forse, anziché continuare ad immaginare che i movimenti sociali fossero chiusi nell'ambito di una percezione economica e, al più politica (nel senso deteriore del termine), dei nodi strutturali si potrebbe finalmente vedere che furono le classi dirigenti, incapaci di divenire classi egemoni, a non cogliere gli aspetti istituzionali della costruzione dello stato contemporaneo ed a ritenere che la soluzione di ogni tensione potesse essere giocata in termini di « integrazioni » (di cattolici, socialisti, fascisti o chi altri) o in termini di recinzione nel sociale dei conflitti.

Penso si debba richiamare qui lo sferzante giudizio di Aquarone sulla borghesia italiana, che « diede il peggio di sé » dal 1870 alla caduta

<sup>(66)</sup> *Ib.*, pp. 27-29. Un approccio, ormai classico, alla questione riformista è quello di L. VALIANI, *Questioni di storia del socialismo*, Torino, Einaudi, 1975, dove si dà molta importanza al mancato ingresso dei socialisti al governo.

<sup>(67)</sup> E. RAGIONIERI, *Politica e amministrazione nella storia dell'Italia unita*, Roma, Editori Riuniti, 1979<sup>2</sup>.

<sup>(68)</sup> Classico questo giudizio di Carlo Morandi nel 1946, dove si accusa il riformismo di « una pericolosa indifferenza verso i ' problemi di struttura della democrazia politica ' quasi che bastasse l'ineluttabile evoluzione economico-sociale a garantire il trionfo finale del socialismo e con esso la futura trasformazione dello stato » (cit. in T. DETTI, *op. cit.*, pg. 80n.).

<sup>(69)</sup> H. ULLRICH, *La classe politica nella crisi di partecipazione dell'Italia giolittiana*, Roma, Archivio Storico della Camera dei Deputati, 1979, pg. 6; a pg. 20 si parla di « presenza dei socialisti nella burocrazia superiore » come un segno dell'integrazione dei socialisti nello stato; peraltro anche questo autore non è per il resto interessato al tema qui dibattuto.

di Crispi (ma che anche dopo non guarì certo per un colpo di bacchetta magica): « una borghesia che oscillando di continuo tra velleità democratiche e suggestioni reazionarie trovava il suo punto di equilibrio in un sistema politico che assommava in sé immobilismo e instabilità » (70).

Ora l'avvento di Giolitti poneva, sempre secondo questo autore, un momento di « politica professionale » svincolato dal paese e legata da un lato all'autorità gerarchica sui funzionari e dall'altro al controllo sul Parlamento, in una prospettiva che « non era certo esente da rischi nè priva di ragioni di intrinseca debolezza » (71). Il « sostanziale conservatorismo » dello statista di Dronero finiva così per cadere vittima di sé stesso, poichè è assai difficile conservare solo « il buono » del passato, specie quando non ci si trovi in situazione egemonica: e condivido quindi la conclusione dell'Aquarone che vede nel successo del fascismo il segno della sua capacità di garantire (magari solo apparentemente) « una fase di maggiore integrazione nello stato nazionale di vasti strati sociali che ne erano rimasti fino ad allora estranei » (72).

Del resto, tornando di recente sul tema del sistema Giolittiano, Aquarone ha ritenuto di dover far partire la sua ricerca dalla crisi del 1896 (73). In questo libro egli ha mostrato come la maturità delle classi dominanti verso la questione dello stato, di cui la questione burocratica è parte non secondaria, fosse modesta: « radicale diffidenza ed antipatia, per non dire aggressiva avversione nei confronti del governo di Roma, della sua burocrazia » da parte della borghesia industriale; « contrapposizione del produttivismo all'improduttività burocratica come « una contrapposizione dell'economia alla politica, una svalorizzazione non tanto dello statalismo quanto dello stato »; opposizione dei vecchi, ma intelligenti conservatori come Jacini che parlavano di « mostruoso connubio » fra parlamentarismo e burocrazia che guastava « ad un tempo la vita politica e l'indirizzo dello stato »; male insuperabilmente connesso col parlamentarismo era infine la burocrazia per i « nuovi conservatori » come Gaetano Mosca che volevano un ritorno al sistema di governo degli 'ottimati' su base locale (74).

Il non tenere conto di questo retroterra non poteva che rivelarsi esiziale per un qualsiasi disegno di modernizzazione del paese. Giolitti poteva bene pensare che la sua riforma si potesse sviluppare attraverso un dosaggio di integrazioni di forze politiche organizzate a livello parlamentare (o comunque politico in senso proprio: è il caso dei cattolici). Si può magari ritenere che questo, come afferma l'Ullrich, faccia giustizia dello stereotipo di un Giolitti « dittatore » e disinteressato allo

(70) A. AQUARONE, *Alla ricerca dell'Italia liberale*, Napoli, Guida, 1972, pg. 304.

(71) *Ib.*, pg. 308.

(72) *Ib.*, pg. 336.

(73) A. AQUARONE, *L'Italia Giolittiana (1896-1915)*. I. *Le premesse politiche ed economiche*, Bologna, Il Mulino, 1981.

(74) *Ib.*, pp. 44-45; 82-83; 84-85.

sviluppo dei partiti <sup>(75)</sup>, ma si dovrà riconoscere che ciò non risolve il problema dello sviluppo di una base reale di consenso allo stato, che non sia risolvibile nella semplice creazione di spazi limitati a livello parlamentare ed a livello sociale.

Questa impostazione abbastanza discutibile di rivalutazione globale del Giolitti è stata di recente riproposta in un saggio di Aldo A. Mola <sup>(76)</sup> scritto in una chiave piuttosto astorica di elogio della politica dei professionisti che si muoverebbero « per la realizzazione di specifici obiettivi, di volta in volta individuati e circoscritti nei tempi e nei modi della loro attuazione ». Il Mola giunge a concludere che questo « e non certo la contrapposizione dell'esecutivo alle forze partitiche, era la strada per uniformare il modello politico italiano a quello degli altri sistemi costituzionali europei. Ed era anche la via attraverso la quale si consolidava il patto tra stato (antico) e nazione (giovane) ... » <sup>(77)</sup>.

Non è su questo piano che si può avere il segno di un mutamento politico modernizzante, così come non si può condividere col Mola il giudizio in merito ad una concezione giolittiana del pubblico impiego « quale attore della autorappresentazione dello stato nella forma dell'amministrazione, al di sopra della volubilità propria delle maggioranze politiche ». Infondata appare quindi la conclusione secondo cui: « Fulcro della dirigenza dell'età giolittiana rimase ... la neutralità dello stato e delle sue due fondamentali articolazioni — esecutivo e magistratura — solo a quel patto atte a contenere gli effetti più dirompenti del legislativo » <sup>(78)</sup>. Troppo facile ricordare al Mola, che del resto ne accenna nel suo stesso saggio, l'uso spregiudicato dei prefetti ed il generale inquinamento dell'alta burocrazia che, pur non inventato da Giolitti, non cessò sotto il suo governo, consentendo quella sostanziale « continuità » dello stato che permetteva cambiamenti non troppo traumatici di regimi di governo (fascismo compreso).

Mola ha avuto il merito di richiamare l'attenzione degli studiosi su un punto qualificante della nostra storia costituzionale, e cioè sul peso

<sup>(75)</sup> H. ULLRICH, *op. cit.*, pp. 23-24.

<sup>(76)</sup> A. A. MOLA, *Giolitti e il giolittismo*, in *Storia della società italiana*, vol. XX, Milano, Teti, 1981, pp. 11-54.

<sup>(77)</sup> *Ib.*, pg. 13. Su cosa si basi questo giudizio non è chiaro. Non conosco lavoro in cui si descriva il sistema costituzionale dell'impero tedesco in questi termini, anzi di solito si parla di « semi-democrazia » e di mancata integrazione; la terza repubblica francese non mi pare sia stata descritta come un terreno dove agli scontri ideologici si preferivano intese su terreni circoscritti; quanto infine alla Gran Bretagna, il passaggio di potere dai conservatori ai liberali nel periodo che corrisponde in Italia all'età giolittiana non può essere principalmente giudicato nei metri di una dilatazione dell'area di consenso e di un coinvolgimento delle opposizioni su misure concrete; la formazione del Labour Party, che unica potrebbe fornire superficiali similitudini, segnò poi il passaggio (lento) dei lavoratori non dall'esterno all'interno del sistema, ma da una rappresentanza appoggiata principalmente ai liberali ad una rappresentanza diretta.

<sup>(78)</sup> *Ib.*, pg. 19, 21.

esercitato dal condizionamento di una monarchia non assente dalla scena politica, ma neppure all'altezza dei compiti che la fortuna storica le aveva assegnato.

Il tema è stato ripreso, con maggior rigore e finezza, da Ettore Rotelli in una serie di saggi in tema di storia costituzionale <sup>(79)</sup>, dove si è insistito, anziché su dubbi usi di una comparazione affrettata sull'emergere dalla non risoluzione della « balance » costituzionale tra Corona e Parlamento, di un peculiare istituto del Presidente del Consiglio, « terzo » fra questi due poli. A ciò poi Rotelli riconnette l'uso del trasformismo come tecnica di governo <sup>(80)</sup>.

È da notare però che anche quest'autore è incline, riprendendo Farneti, a proporre la tesi di uno sforzo di modernizzazione burocratica come momento di allargamento del consenso e di mediazione centrale « super partes » <sup>(81)</sup>.

Ora a me pare, che proprio studi come quello del Melis mostrino invece l'arretratezza, non dirò tanto dell'ottica di Giolitti, ma di quella di tutta una classe dirigente incapace di comprendere sia il valore positivo, ma storico, della democrazia (che è scontro di parti non idillio di idee), sia il limite in questo contesto del potere esecutivo che non è qualcosa nascente al di sopra dei contrasti, ma che è semplicemente un punto di equilibrio delle classi dirigenti.

Giolitti con la sua « modesta » opera legislativa <sup>(82)</sup> e con la sua fedeltà all'intuizione che il conflitto tra Parlamento e Corona potesse essere ricondotto alla gradualità democratica con il rafforzamento di un ruolo demiurgico della Presidenza del Consiglio, non poteva avere una percezione della questione burocratica come uno degli snodi della democratizzazione. Ma ciò significava privarsi di qualsiasi frutto della parlamentarizzazione di opposizioni che non potevano porre la questione dello stato nei vecchi termini costituzionali della partecipazione al controllo finanziario.

5. Qualche conclusione è necessaria al termine di queste note di lavoro derivanti dalla lettura del bel saggio del Melis.

Richiamerò innanzitutto un recente contributo di Sabino Cassese, dove, discutendo di cultura delle riviste in età giolittiana, si sono offerte interessanti acquisizioni per il dibattito che ci interessa <sup>(83)</sup>.

<sup>(79)</sup> Ora raccolti in E. ROTELLI, *Costituzione e Amministrazione dell'Italia Unita*, Bologna, Il Mulino, 1981.

<sup>(80)</sup> *Ib.*, pp. 35-42.

<sup>(81)</sup> *Ib.*, pp. 98-102.

<sup>(82)</sup> R. VIVARELLI, *Italia liberale e fascismo. Considerazioni su di una recente storia d'Italia*, in *Il fallimento del liberalismo*, Bologna, Il Mulino, 1981, pg. 65.

<sup>(83)</sup> S. CASSESE, *Giolittismo e burocrazia nella « cultura delle riviste »*, in *Storia d'Italia. Annali 4 (Intelletuali e potere)*, Torino, Einaudi, 1981, pp. 473-549.

Si è rilevato da un lato che la burocrazia ha dato all'Italia una classe dirigente che questa non aveva (Giolitti stesso era di estrazione burocratica) e dall'altro che la polemica contro lo sviluppo dell'apparato statale come pozzo senza fondo che ingoia inutilmente il denaro pubblico è stata vivissima ed estesa ai più diversi settori della classe politica (quando non si è preferito ignorare, sic et simpliciter, il problema).

Cassese ha insistito molto sul contributo di Turati e sul contributo di Nitti. Nel giudizio dato sul primo ha condiviso e riproposto le analisi del Melis (che del resto è uno studioso che ha sentito profondamente la suggestione delle ricerche di Cassese medesimo); nel giudizio dato sul secondo ha narrato di come il suo utilizzo delle leve burocratiche si sposasse ad una critica verso il « dominio » eccessivo della burocrazia di stato e la pressione di quei socialisti che si occupano « ormai più di organici di impiegati che di associazioni di lavoratori ».

Entrambi i personaggi sono stati tuttavia portatori di un « disegno alternativo »: « Nitti in nome dell'efficienza tecnica, Turati in nome dell'interesse generale ».

Commenta Cassese: « Le vicende successive daranno ragione all'uno e all'altro sia pure con tempi e modi diversi. A Turati perchè capì che la questione degli impiegati era imposta da un moto di fondo della società italiana e che l'amministrazione rappresentava il canale per assicurare mobilità sociale ai ceti medi in formazione. A Nitti perchè comprese che una volta assicurata la mobilità, l'amministrazione statale, proprio perchè la consentiva, sarebbe divenuta un corpo immobile: proprio perchè assicurava la pace sociale non poteva assicurare lo sviluppo »<sup>(84)</sup>.

Questo è veramente il tema di fondo che Melis ha avuto il merito di studiare per primo: il rapporto che esiste nello sviluppo dello stato contemporaneo tra consenso, costruzione di una articolazione complessa dei pubblici poteri, creazione/gestione di una classe sociale che diventi ad un tempo artefice e garante di questa articolazione.

A mio giudizio lo studio del Melis dimostra come il leader del riformismo italiano sia stato politicamente cosciente, se non dei dettagli, almeno del quadro generale del problema; mostra altresì la sua solitudine all'interno del socialismo e in parte anche del riformismo; fornisce infine l'immagine di un Giolitti incapace di dominare l'ottica politico-sociale che la trasformazione dello stato imponeva.

Questo dibattito mi ha suggerito di richiamare qualche spunto di lettura che rilevasse come in un più generale quadro europeo si possano supporre mature correnti di pensiero (a cominciare dal dibattito Hegel-Marx), che avevano colto e segnalato molti aspetti della questione burocratica come momento di rappresentazione esterna del potere statale e quindi di raccolta del consenso; come momento di creazione

(84) *Ib.*, pg. 547.



di quel nuovo « ceto medio » che la realtà dello stato post-moderno postulava in termini di ripristino della bilancia tra i vari strati sociali; come momento nodale del riarticolarsi in gruppi della società dopo la crisi degli antichi snodi « corporativi ».

Al tempo stesso l'allargamento dello sguardo fa ritenere che tutta una serie di miopie interpretative non siano affatto peculiari dell'Italia, paese arretrato o, come si usa dire, « second comer ». Anzi queste difficoltà di cogliere appieno le trasformazioni non solo erano diffuse anche presso quei centri di produzione delle più acute analisi sociali del periodo, ma non possono ancora dirsi, come mostra un classico saggio di Theodor Schieder <sup>(85)</sup>, del tutto superati.

La dimensione europea del fenomeno fascista sta ancora una volta a mostrare l'integrazione profonda dei processi di sviluppo della « costituzione » occidentale, forse non solo, come riteneva Hintze, nella versione continentale <sup>(86)</sup>.

« Burocrazia » e « socialismo » sono due termini che appartengono allo stesso dibattito sulla evoluzione e sulla risistemazione della « costituzione » degli stati contemporanei. Sono due « idealtipi » con cui le scienze sociali, tra cui indubbiamente si collocano in primis la storia e il diritto, debbono ancora fare molti conti.

---

<sup>(85)</sup> Th. SCHIEDER, *Stato di diritto e Stato sociale*, in *Crisi dello stato*, cit., pp. 103-33.

<sup>(86)</sup> La questione della politicizzazione dei funzionari fu discussa a varie riprese anche all'interno del laburismo inglese: si veda ad esempio il memorandum pubblicato nel 1925 dall'« International Advisory Council » del Labour Party che chiedeva l'introduzione nei ministeri di funzionari scelti dal partito al governo (cf. D. MARQUAND, *Ramsay Mac Donald*, London, Cape, 1977, pp. 416-18).

Ma questo dibattito era stato vivo in Gran Bretagna anche sul finire degli anni '70 del XIX secolo, quando, nell'ambito del dibattito sulla « americanizzazione » delle istituzioni inglesi, che si temeva venisse come conseguenza dello sviluppo del sistema dei partiti, si discuteva in alcuni ambienti dell'istituzione di un sistema simile allo *spoils system*. (Ma su ciò mi permetto di rinviare ad un mio studio in cor- di elaborazione su « La 'new political organization' di Joseph Chamberlain: so all'origine della forma partito inglese, 1875-1880 »).



## SEGNALAZIONI

*' Rechtsgeschichtliche Aufsätze ' di Peter Liver.*

Forse non tutti i lettori dei ' Quaderni ' si saranno già imbattuti per loro conto nell'opera di Peter Liver, e ci sembra opportuno segnalare oggi il ricco volume, che, curato affettuosamente e intelligentemente dall'allievo Pio Caroni, stampato con squisito decoro dall'editore Calven di Coira, raccoglie una « neue Folge » dei « Rechtsgeschichtliche Aufsätze » del Maestro elvetico.

Figura appartata questa di Liver: nasce a Flerden, nei Grigioni, nel 1902; dopo aver svolto funzioni giudiziarie, inizia il suo insegnamento a Zurigo, per passare nel 1944 alla cattedra bernese di « Rechtsgeschichte und Schweizerisches Privatrecht », che occuperà con illuminata dedizione fino alla sua nomina a Emerito nel 1971. Figura appartata — dicevamo —, sdegnosa dei facili e fumosi palcoscenici internazionali, intensamente impegnata in una ininterrotta attività scientifica condotta sempre all'insegna di quella che, efficacemente, la fascetta editoriale del volume chiama una « starke Verwurzelung im Lokalen ».

In una siffatta radicazione trae vigore e tipicità l'opera di Liver, che corre costantemente su due binari: quello di una fine e solida esegesi civilistica culminata nel commentario sulle servitù prediali (1980<sup>2</sup>), nel trattato sulla proprietà (1977) e in molti saggi sparsi (ora raccolti nelle « Privatrechtliche Abhandlungen », Bern, 1972), dove i temi studiati dal montanaro trapiantato a Zurigo e a Berna continuano a echeggiare con fedeltà toccante le trame della quotidiana vita agreste dei Grigioni, intessuta di problemi sui possessi fondiari, sulle acque, sui pascoli, sui boschi; quello della storia e del diritto dei suoi prediletti e mai dimenticati monti dei Grigioni, l'una e l'altro studiati con amore in tanti contributi che il lettore trova oggi comodamente ricompresi nell'attuale raccolta e in una pubblicata sempre a Coira circa dieci anni fa (« Abhandlungen zur schweizerischen und bündnerischen Rechtsgeschichte », Chur, 1970).

È per questi suoi caratteri fondamentali che l'opera di Liver si pone, per buona parte, un po' marginale rispetto alla problematica propria della nostra Rivista e dei suoi lettori. È doveroso però qui ricordarla non soltanto per rendere omaggio anche noi a una solida

tempra di ricercatore nel momento del suo ottantesimo genetliaco, ma anche e soprattutto per segnalare al lettore saggi meritevoli, per parecchi profili, di essere letti o riletti, taluno per l'interessante angolo metodologico (come quelli, numerosi, sulla civiltà dei mulini nella storia giuridica e, in particolare, della storia giuridica grigionese), talaltro per l'orizzonte ampio che Liver, munito di eccellenti basi culturali e tecniche, vi scopre (come nel saggio che apre la attuale raccolta: « Die bedeutung des Deutschen Privatrechts für die Wissenschaft vom geltenden Recht » e che costituì il testo della sua ultima lezione berneese del Corso di 'Deutsches Privatrecht' tenuta l'8 luglio 1971, o nel successivo: « Natur, Gesetz, Lehre und Überlieferung im Wasserrecht »), talaltro ancora per i contributi biografici che trascendono la individualità del personaggio locale e dischiudono scorci sul panorama dell'intera cultura giuridica mitteleuropea (vedi il profilo del magistrato, uomo politico, legislatore grigionese Philipp Hössli (1800-1854) legatissimo — in grazia dei suoi studi giuridici berlinesi — con Federico di Savigny e la sua famiglia; lettere a Hössli di Savigny e di suoi congiunti in appendice al saggio biografico).

È quanto basta per proporre a chi già non l'abbia fatto un fruttuoso incontro con Liver.

P. G.

### *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia.*

Millequattrocentocinquantotto pagine dedicate alle vicende d'una esperienza giuridica negli ultimi cinquant'anni. Esperienza — quella italiana — né minima né trascurabile, ma anzi a tal punto considerevole da porsi come esemplare e sollecitante per larghi filoni del pensiero giuridico europeo. Impresa dunque ardua, ambiziosa, che si sarebbe potuto anche qualificare frutto di smaccata presunzione, se il progetto e l'attuazione non fossero maturati nei titolari e dirigenti della Casa Editrice Giuffrè e in Angelo Falzea, la prima e il secondo protagonisti di questo mezzo secolo di cammino della scienza del diritto in Italia.

Spetta infatti alla grande Casa Editrice milanese il privilegio di avere seguito con intelligente attenzione la crescita di una riflessione sempre più rilevante, promuovendo iniziative, dando generoso credito a giovani autori, stampando Corsi universitari, creando insostituibili strumenti di supporto mediante una raggiera di puntuali Riviste specialistiche destinate ad arare campi specifici dell'esperienza. Questo è stato senza dubbio il merito del fondatore della Casa Editrice, Antonino Giuffrè, imprenditore lungimirante dalle intuizioni salde e dall'ingegno acuto, ma è anche il merito di chi gli è succeduto nella gestione portando innanzi una pari sensibilità e un pari coraggio.

Accanto alla Casa Giuffrè, Angelo Falzea, civilista fra i primi, allevato nel fertile aperto clima messinese della scuola di Salvatore Pugliatti, continuatore della linea culturale del grande Maestro nell'esigere dal giurista non soltanto tecniche provvedutezze, ma sostanziali aperture al respiro delle fondazioni storiche e filosofiche. Le recenti 'voci' di teoria generale pubblicate nella 'Enciclopedia del diritto' di Giuffrè e il Corso di Introduzione alle scienze giuridiche sono la testimonianza chiara d'una consapevole realizzazione di precise premesse metodiche.

All'insegna dello stimolo della Casa Giuffrè e della guida di Falzea, han preso pian piano forma l'organizzazione d'un imponente congresso, che si è felicemente svolto fra Messina e Taormina nei giorni 3-8 novembre 1981, e successivamente la messa in opera di un altrettanto imponente volume, quello che si ha il piacere di segnalare e che esce ora, fresco di stampa, per i tipi di Giuffrè, nella Collana antica e prestigiosa della Facoltà messinese. I più pensosi giuristi italiani sono stati chiamati a illustrare nelle giornate congressuali — e a delineare nelle pagine del volume — le vicende delle varie branche: arrendoci ai grandi assetti disciplinari, Enrico Allorio per il Diritto processuale civile, Giovanni Conso per la Procedura penale, Ennio Cortese per la Storia del diritto italiano, Sergio Cotta per la Filosofia del diritto, Leopoldo Elia per il Diritto costituzionale, Giuseppe Ferri per il Diritto commerciale, Orio Giacchi per il Diritto ecclesiastico e canonico, Massimo Severo Giannini per il Diritto amministrativo, Mario Giuliano per il Diritto internazionale e comunitario, Ugo Natoli per il Diritto del lavoro, Rosario Nicolò per il Diritto civile, Mario Talamanca per il Diritto romano, Giuliano Vassalli per il Diritto penale. Opportunamente, giacché il pensiero giuridico è sapienza incarnata, si sono aggiunte voci autorevoli di avvocati, magistrati, notai ad arricchire l'angolo di osservazione con squarci sulle esperienze legislativa, giurisprudenziale, professionale.

Ne è scaturito un panorama prezioso, una miniera di dati, che segnaliamo soprattutto al lettore non italiano, il quale potrà d'ora in avanti disporre di un comodo e utile strumento di lavoro.

P. G.



*Ragguagli fiorentini*





ATTIVITÀ DEL 'CENTRO DI STUDI  
PER LA STORIA DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO'  
NELL'ANNO ACCADEMICO 1982

Un anno povero di attività ordinaria il 1982 per il nostro Centro di studi, ma ricco di eventi significativi nell'itinerario della sua crescita e affermazione.

È stato infatti l'anno della sua consolidazione per quanto attiene alla sede e alle strutture organizzative. Ospitato fino al 1° gennaio 1982 negli stessi ambienti dell'Istituto di Teoria e Storia del Diritto nella residenza tradizionale della Facoltà di Giurisprudenza in Via Laura, aveva sino ad allora sofferto della mancanza di un minimo di spazio vitale. Nel corso di quest'anno, resasi disponibile la sede secondaria di Villa Ruspoli, nella centrale Piazza Indipendenza, assegnata questa all'attuale Istituto (e costituendo Dipartimento) di Teoria e Storia del Diritto, venivano parimente in essa, per la sensibile premura del Preside Prof. Giorgio Gaja e con la generosa deliberazione del Consiglio di Facoltà, individuati gli ambienti essenziali per lo sviluppo del nostro Centro. Nello stesso tempo il Centro veniva provvisto dello strumento indispensabile di una unità di personale tecnico.

Altro evento oltremodo significativo per la vita del Centro di studi è stata, nel corso del 1982, l'istituzione da parte del Ministero della Pubblica Istruzione — presso l'Università di Firenze e, in particolare, presso il Centro stesso — del primo ed unico Corso di Dottorato di ricerca in Storia del diritto moderno (un Corso parallelo in Storia del diritto medievale e Diritto comune è stato invece istituito presso la Università Statale di Milano). Significativo soprattutto il modo con cui si è arrivati a tale istituzione: l'indicazione dell'Ateneo fiorentino è provenuta spontaneamente dalla comunità degli storici italiani del diritto intermedio, che hanno, in tal modo, con gesto lusinghiero, rico-

nosciuto nel nostro Centro una sede attiva di ricerche e di iniziative scientifiche. Il Corso di Dottorato di ricerca è, in Italia, un fatto nuovo introdotto, per la prima volta, nell'ordinamento repubblicano, dal Decreto Presidenziale 11 luglio 1980, n. 382, una delle poche cose accettabili di questa norma pseudo-riformatrice; ed è pensato e costruito dal legislatore come la palestra naturale per la promozione e l'educazione — nell'ambito delle Università — delle nuove generazioni di ricercatori scientifici. Il Corso di Dottorato, cui hanno sostanzialmente aderito tutti gli Atenei italiani, prenderà concretamente l'avvio nel 1983; nel momento in cui questo ragguaglio viene redatto, cioè il febbraio 1983, è già stato bandito il concorso per la copertura dei quattro posti di allievo dottorando assegnati dal Ministero.

Il 1982 è stato dunque l'anno difficile del trasloco, della conquista del tanto auspicato spazio vitale, della organizzazione di una Segreteria, della preparazione del Corso di Dottorato. Ciò, naturalmente, ha costretto a rinviare le consuete iniziative di conferenze e inviti a borsisti, che avevano animato la vita della nostra Istituzione nell'anno decorso, il primo dalla fondazione. Tanto più che il 1982 doveva vedere la realizzazione di un Congresso di complessa organizzazione, già da tempo pensato e pazientemente costruito, quello su « La cultura delle Riviste giuridiche in Italia », cui la Direzione del Centro annetteva (e annette) grande importanza riconoscendovi un particolare rilievo culturale.

L'idea, che lo sorreggeva e che aveva trovato pronte e prestigiose adesioni, era quella di interrogare giuristi coinvolti nella direzione di autorevoli fogli italiani di diritto positivo sul ruolo che oggi si intende assegnare a simili fogli, sulla loro reale dimensione fra rispondenza ad esigenze professionali, conoscenza tecnica, coscienza dello spessore culturale e della storicità del diritto.

Un simile Congresso, che voleva essere — nella più fedele attuazione del programma originario dei 'Quaderni fiorentini' e del 'Centro di studi' — un dialogo tra giuristi e un richiamo per il cultore del diritto positivo alla ineliminabile storicità del suo sapere, fissato per i giorni 16 e 17 dicembre 1982, e già in fase di avanzata realizzazione, è stato definitivamente spostato

— per una grave indisposizione di chi scrive — ai giorni 15 e 16 aprile 1983.

Di esso sarà data ampia e dettagliata notizia nel Quaderno XIII (1984) (nel quale saranno ospitati gli stessi 'Atti', a meno che questi, per le loro proporzioni non esigano una pubblicazione autonoma); per semplice chiarimento del lettore si trascrive qui di seguito la prima nota informativa inviata dallo scrivente, nel mese di giugno 1982, ai Docenti delle Facoltà giuridiche italiane: « Nei dieci anni di vita che la nostra Rivista ha alle sue spalle la Redazione ha sempre cercato di tenersi fedele all'assunto programmatico che sollecitò e motivò, nel 1971, la nascita dei « Quaderni »: un colloquio — il più possibile intenso e costante — fra cultori del diritto positivo, da un lato, e storici e filosofi del diritto, dall'altro, nella precisa convinzione della fecondità d'un simile colloquio.

Forte di questa convinzione e decisa a portare innanzi questo orientamento, la Redazione dei « Quaderni » si propone, in un anno significativo come quello che coincide con il decennale della iniziativa culturale fiorentina, di organizzare uno specifico momento dialogico che veda finalmente, ad uno stesso tavolo, l'uno di fronte all'altro, il « giurista » e lo « storico ».

Vorremmo che si tentasse di rispondere a qualche precisa domanda che sentiamo urgere: ora che la scienza giuridica, almeno nei suoi filoni più vivi, sembra deporre il monocolo esegetico per inforcare occhiali più complessi nella sua peculiare lettura del mondo sociale, quale spazio sembra avere per il giurista non sprovvisto la dimensione storica del suo sapere? Quale contributo ritiene che gli possa dare la storia del pensiero giuridico e, in particolare, di quello moderno? O il sapere storico è relegabile tra le curiosità e le anticaglie senza un nesso vitale con la conoscenza tecnica del diritto vigente? E ancora: quale immagine di storico del diritto il « giurista » ritiene deteriorare e in che cosa la storico del diritto è per lui un interlocutore desiderabile, e in che cosa interlocutore mancato?

Questo fascio di domande intendiamo porre a giuristi coinvolti nella direzione delle più sensibili Riviste giuridiche italiane, che vivono accanto ai « Quaderni » e operano sul terreno del diritto positivo, nella certezza che essi siano un po' i naturali depositari

delle istanze e delle doglianze che percorrono oggi il terreno della riflessione giuridica italiana. Essi saranno portati a rispondere, facendo tesoro della loro diretta esperienza di operatori culturali, di responsabili di quella comunità ideale di lavoro e di studio che è una Rivista scientifica; e sarà prezioso quanto ci potrà esser detto sulla convivenza, o più spesso sulla mancata convivenza — sia essa voluta o soltanto sofferta — tra « giuristi » e « storici » all'interno della vita dei fogli da essi diretti dedicati agli aspetti teorici e tecnici del diritto.

Oggi che crediamo, assai più di ieri, alla storicità del sapere giuridico; oggi che purtuttavia persistono immobili certi vecchi atteggiamenti di sordità e di chiusura, un momento di riflessione sul tema può essere non disutile. E poiché l'incontro rende viva e vivace la riflessione, è sembrato opportuno alla Direzione del « Centro di Studi per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno » della Università di Firenze e alla Redazione dei « Quaderni fiorentini », di promuovere a Firenze un momento comune in cui ci si possa porre domande come quelle sopra segnate ed altre possibili che tocchino lo stesso problema essenziale. Un incontro fra la nostra Redazione e i Redattori di alcuni fogli giuridici riuniti attorno a un tavolo ideale a discutere insieme. Saranno messi a nudo almeno due punti dolenti: quello dell'inserimento dello storico del diritto entro la « *scientia juris* »; ma soprattutto quello della cultura del « giurista » e delle Riviste « giuridiche », dei difficili rapporti in lui fra tecnica e cultura.

Se tutto ciò potrà realizzarsi, sarà per la Redazione dei « Quaderni » anche un prezioso momento di verifica. È infatti per noi urgente verificare se, in questi dieci anni, si è effettivamente corrisposto al programma iniziale. Lo scadere d'un decennio di attività è tempo, più che di sterili compiacimenti, di bilanci consuntivi e preventivi nella loro impietosa oggettività.

L'incontro avrà luogo a Firenze, secondo modalità che saranno in seguito precisate, il giorno *16 dicembre 1982*, e sarà presieduto da Massimo Severo GIANNINI.

Hanno già assicurato la loro partecipazione e il loro contributo come relatori Giorgio BERTI, Direttore di « *Jus* »; Sabino CASSESE, Redattore-capo della « *Rivista trimestrale di diritto pubblico* »; Enzo CHELI, Direttore di « *Quaderni costituzionali* »;

Giorgio GAJA, Membro del Comitato di direzione dello « Italian yearbook of International Law » e Redattore-capo della « Rivista di diritto internazionale »; Natalino IRTI, Direttore de « Il diritto dell'impresa » e Condirettore di « Giustizia civile » e « Le nuove leggi civili commentate »; Cesare PEDRAZZI, Direttore della « Rivista italiana di diritto e procedura penale »; Pietro RESCIGNO, Condirettore della « Rivista di diritto civile » e della « Rivista di diritto commerciale »; Stefano RODOTÀ, Direttore di « Politica del diritto »; Umberto ROMAGNOLI, Redattore-capo della « Rivista trimestrale di diritto e procedura civile ».

Il canovaccio essenziale sarà costituito da un questionario che abbiamo già diffuso tra i relatori e che essi terranno presente. Chi fosse interessato a ricevere non soltanto l'invito dettagliato ma altresì copia del questionario è pregato di segnalarlo all'indirizzo del Centro di studi, in Piazza Indipendenza 95-0129 Firenze ».

P. G.



## Indice

	pag.
PAOLO GROSSI, <i>Pagina introduttiva</i> . . . . .	1
JOHN H. BAKER, <i>The Inns of Court and Chancery as Voluntary Associations</i> . . . . .	9
DAVID YALE, <i>Headless Bodies at Common Law</i> . . . . .	39
FRANCO TODESCAN, <i>Dalla « persona ficta » alla « persona moralis » - Individualismo e matematismo nelle teorie della persona giuridica del secolo XVII</i> . . . . .	59
BARTOLOMÉ CLAVERO, <i>Hispanus fiscus, Persona ficta. Concepcion del sujeto politico en el jus commune moderno</i> . . . . .	95
RICCARDO ORESTANO, <i>' Institution ' - Barbeyrac e l'anagrafe di un significato</i> . . . . .	169
ANTONIO MANTELLO, <i>Individuo, fenomeni associativi e strutture socio-economiche nel razionalismo wolffiano</i> . . . . .	179
MARTIN LIPP, <i>« Persona moralis », « Juristische Person » und « Personenrecht » - Eine Studie zur Dogmengeschichte der « Juristischen Person » im Naturrecht und frühen 19. Jahrhundert</i> . . . . .	217
WILHELM BRAUNEDER, <i>Von der Moralischen Person des ABGB zur Juristischen Person der Privatrechtswissenschaft</i> . . . . .	263
MALTE DIESELHORST, <i>Zur Theorie der Juristischen Person bei Carl Friedrich von Savigny</i> . . . . .	319
HANS KIEFNER, <i>Das Städel'sche Kunstinstitut-Zugleich zu C. F. Mühlendorfs Beurteilung eines berühmten Rechtsfalls</i> . . . . .	339
JAN SCHRÖDER, <i>Zur älteren Genossenschaftstheorie. Die Begründung des modernen Körperschaftsbegriffs durch Georg Beseler</i> . . . . .	399
JES BJARUP, <i>The Concept of a Person according to Anders Sandøe Ørsted</i> . . . . .	461
DITLEV TAMM, <i>Die Juristische Person in der dänischen Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts</i> . . . . .	475
PETER STEIN, <i>Nineteenth Century English Company Law and Theories of Legal Personality</i> . . . . .	503

	pag.
CLAES PETERSON, <i>Juristische Person und begrenzte Haftung der Aktionäre. Ein Beitrag zur Geschichte des Aktienrechts in Schweden</i> . . . . .	521
WERNER SCHUBERT, <i>Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Eine neue Juristische Person</i> . . . . .	589
ACHILLE DE NITTO, <i>Dottrina e realtà delle persone giuridiche pubbliche tra fine '800 ed inizi '900 in Italia</i> . . . . .	631
EVELYNE PISIER-KOUCHNER, <i>La notion de personne morale dans l'oeuvre de Léon Duguit</i> . . . . .	667
ALFRED DUFOUR, <i>La conception de la personnalité morale dans la pensée de Maurice Hauriou et ses fondements philosophiques</i> . . . . .	685
ANNA PINTORE, <i>Il concetto di persona giuridica nell'indirizzo filosofico-analitico</i> . . . . .	721
GAETANO LO CASTRO, <i>I soggetti 'artificiali' di diritto nella dottrina canonica contemporanea</i> . . . . .	777
JOSE LUIS DE LOS MOZOS, <i>La evolucion del concepto de persona jurídica en el derecho español</i> . . . . .	833
KARL-JÜRGEN BIEBACK, <i>Entwicklungsgeschichtliche und funktionale Aspekte der gegenwärtigen Bedeutung der Körperschaft des öffentlichen Rechts</i> . . . . .	859
CLAUS OTT, <i>Begriff und Bedeutung der juristischen Person in der neueren Entwicklung des Unternehmensrechts in der Bundesrepublik Deutschland</i> . . . . .	915
UWE JOHN, <i>Einheit und Spaltung im Begriff der Rechtsperson</i> . . . . .	947
MADS HENRY ANDENAES, <i>Die Rechtspersönlichkeit der Aktiengesellschaft im norwegischen Recht</i> . . . . .	973
PIETRO RESCIGNO, <i>Enti di fatto e persona giuridica</i> . . . . .	983
GIORGIO BERTI, <i>La parabola della persona Stato (e dei suoi organi)</i> . . . . .	1001
JERZY WRÓBLEWSKI, <i>Legal Person: legal language and reality</i> . . . . .	1035

#### LETTURE

M. A. CATTANEO, <i>Dignità umana e pena nella filosofia di Kant</i> (G. Marini)	1055
F. CHATELET, E. PISIER-KOUCHNER, <i>Les conceptions politiques du XXme siècle</i> (P. Legendre) . . . . .	1063
<i>Diritto comune e diritti locali nella storia dell'Europa</i> (U. Santarelli) . . . . .	1066



	<i>pag.</i>
D'ORAZIO, <i>La genesi della corte costituzionale. Ideologia, politica, dibattito dottrinale: un saggio di storia delle istituzioni</i> (A. Pizzorusso) . . .	1092
R. GHERARDI, <i>Potere e costituzione a Vienna fra Sei e Settecento</i> (I. Cervelli)	1098
M. HERBERGER, <i>Dogmatik - Zur Geschichte von Begriff und Methode in Medizin und Jurisprudenz</i> (G. Otte) . . . . .	1104
P. PIOVANI, <i>Oggettivazione etica e assenzialismo</i> (C. Vasoli) . . . . .	1108
<i>Das Profil des Juristen in der europäischen Tradition. Symposium aus Anlass des 70. Geburtstages von Franz Wieacker</i> (T. Mayer-Maly) . . . . .	1120
J. SCHRÖDER, <i>Wissenschaftstheorie und -Lehre der « praktischen Jurisprudenz » auf deutschen Universitäten an der Wende zum 19. Jahrhundert</i> (G. Dilcher) . . . . .	1123

#### A PROPOSITO DI ...

GABRIELE CRESPI REGHIZZI, <i>Una storiografia giuridica sovietica</i> (A proposito di <i>Sovetskaja istoriko-pravovaja nauka. Očerki stanovlenija i razvitiija</i> ) . . . . .	1131
PAOLO GROSSI, <i>Sulla storia del pensiero giuridico</i> (A proposito di N. J. ESPINOSA GOMES DA SILVA, <i>Historia do pensamento juridico</i> ) . . . . .	1147
MARIO PISANI, <i>L'ossessione della pubblicità (ovvero il divisamento dell'Intendente)</i> . . . . .	1151
PAOLO POMBENI, <i>Socialismo e burocrazia. Un nodo del passaggio dallo Stato moderno allo Stato contemporaneo</i> (A proposito di G. MELIS, <i>Burocrazia e socialismo nell'Italia liberale</i> ) . . . . .	1153
Segnalazioni . . . . .	1181

#### RAGGUAGLI FIORENTINI

Attività del ' Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno ' nell'anno accademico 1982 . . . . .	1187
---	------



## *I collaboratori dell'undicesimo-dodicesimo « Quaderno »*

John H. BAKER

*Fellow of St. Catharine's College (Cambridge) - Lecturer in Law - University of Cambridge*

David YALE

*Fellow of Christ's College (Cambridge) - Reader in English Legal History - University of Cambridge*

Franco TODESCAN

*Prof. Straordinario di Filosofia del diritto - Università di Trieste*

Bartolomé CLAVERO

*Catedrático de Historia del Derecho - Universidad de Cádiz-Jerez*

Riccardo ORESTANO

*Prof. Ordinario f.r. di Diritto romano - Università di Roma*

Antonio MANTELLO

*Prof. Associato di Istituzioni di Diritto romano - Università di Macerata*

Martin LIPP

*Wissenschaftlicher Assistent - Universität Augsburg*

Wilhelm BRAUNEDER

*Ord. Professor für österreichische Rechtsgeschichte - Universität Wien*

Malte DIESELHORST

*Ord. Professor für Bürgerliches Recht, Neuere Privatrechtsgeschichte und Allgemeine Rechtslehre - Universität Göttingen*

Hans KIEFNER

*Ord. Professor für Römisches Recht, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit und Bürgerliches Recht - Universität Münster*

Jan SCHRÖDER

*Ord. Professor für Bürgerliches Recht und Rechtsgeschichte - Ruhr-Universität Bochum*

Jes BJARUP

*Senior lecturer in Jurisprudence - Aarhus Universitet*

Ditlev TAMM

*Ord. Professor für Rechtsgeschichte - Københavns Universitet*

Peter STEIN

*Regius Professor of Civil Law - University of Cambridge*

Claes PETERSON

*Ord. Professor für Rechtsgeschichte - Stockholms Universitet*

Werner SCHUBERT

*Ord. Professor für Bürgerliches Recht, Zivilprozessrecht, Römisches Recht und Rechtsgeschichte der Neuzeit - Universität Kiel*

Achille DE NITTO

*Ricercatore di Storia del diritto italiano - Università di Roma*

Evelyne PISIER-KOUCHNER

*Professeur au Département de Science Politique de la Sorbonne - Université de Paris I*

Alfred DUFOUR

*Prof. Ordinaire d'Histoire du droit et des institutions - Universités de Genève et de Fribourg*

Anna PINTORE

*Ricercatrice di Filosofia del diritto - Università di Cagliari*

Gaetano LO CASTRO

*Prof. Ordinario di Diritto canonico - Università di Catania*

Jose Luis DE LOS MOZOS

*Catedrático de Derecho civil - Universidad de Valladolid*

Karl-Jürgen BIEBACK

*Ord. Professor für Öffentliches Recht und Sozialrecht - Universität Hamburg*

Claus OTT

*Ord. Professor für Bürgerliches Recht, Handels- und Gesellschaftsrecht, Wirtschaftsrecht und Rechtssoziologie - Universität Hamburg*

Uwe JOHN

*Ord. Professor für Bürgerliches Recht und Handelsrecht - Universität Trier*

Mads Henry ANDENAES

*Ord. Professor für Privatrecht - Universitetet i Bergen*

Giorgio BERTI

*Prof. Ordinario di Diritto costituzionale - Università Cattolica di Milano*

Pietro RESCIGNO

*Prof. Ordinario di Istituzioni di diritto privato - Università di Roma*

Jerzy WRÓBLEWSKI

*Professor of Theory of Law and State - Uniwersytet Łódzki*

Giuliano MARINI

*Prof. Ordinario di Filosofia della politica - Università di Pisa*

Pierre LEGENDRE

*Professeur d'Histoire du droit - Université de Paris I*

Umberto SANTARELLI

*Prof. Ordinario di Storia del diritto italiano - Università di Pisa*

Alessandro PIZZORUSSO

*Prof. Ordinario di Diritto costituzionale comparato - Università di Firenze*

Innocenzo CERVELLI

*Prof. Straordinario di Storia del rinascimento - Università di Venezia*

Gerhard OTTE

*Ord. Professor für Deutsche Rechtsgeschichte und Bürgerliches Recht - Universität Bielefeld*

Cesare VASOLI

*Prof. Ordinario di Storia della filosofia - Università di Firenze*

Theo MAYER-MALY

*Ord. Professor für Österreichisches und Deutsches Privatrecht, Handels- und Wechselrecht, Römisches Recht - Universität Salzburg*

Gerhard DILCHER

*Ord. Professor für Deutsche Rechtsgeschichte und Zivilrecht - Universität Frankfurt am Main*

Gabriele CRESPI REGHIZZI

*Prof. Ordinario di Diritto civile dei paesi socialisti - Università di Pavia*

Paolo GROSSI

*Prof. Ordinario di Storia del diritto italiano - Università di Firenze*

Mario PISANI

*Prof. Ordinario di Procedura penale - Università di Pavia*

Paolo POMBENI

*Prof. Straordinario di Storia dei movimenti e partiti politici - Università di Sassari*