Mariassunta Imbrenda *

*Brevi considerazioni sulla
riforma tedesca delle società di persone
attraverso la lente del civilista*

SOMMARIO: 1. Introduzione: il profilo funzionale nella dialettica tra disciplina delle società di persone tedesca ed italiana. – 2. L'impostazione «unitaria» del codice civile del 1942. – 3. La *Modernisierung* come portato del «diritto vivente». – 4. La «società civile» nel diritto tedesco e gli interrogativi aperti. – 5. La dilatazione del concetto di «ente». – 6. Considerazioni conclusive: l'oggettivazione della funzione economico-imprenditoriale. Le DAO quale espressione prospettica della preminenza dell'attività sul modello regolativo.

1. Introduzione: il profilo funzionale nella dialettica tra disciplina delle società di persone tedesca ed italiana

Ringrazio l'Amico e Collega Filippo Murino, per avermi coinvolta in questa importante iniziativa, affidandomi il compito di dare avvio ai lavori convegnistici.

Senza entrare negli aspetti tecnici della tematica – affidati alla sapiente indagine degli illustri relatori – mi limiterò, da civilista, a formulare alcune considerazioni di massima, avvalendomi dello strumentario concettuale di base che, ai fini della qualificazione, scandaglia gli istituti giuridici in struttura e funzione.

La riforma tedesca delle società di persone (ma analoghe considerazioni valgono anche rispetto alla evoluzione del nostro diritto societario) sembra suggerire – come tenterò di dire meglio innanzi – il superamento dell'elemento strutturale, tipologico, a fronte della esaltazione di quello funzionale¹ che viene per così dire oggettivizzato negli assetti organizzativi.

* Ordinario di Diritto Privato – Università degli Studi di Salerno.

¹ Secondo l'autorevole insegnamento di PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costi-*

Si tratta di una dinamica che peraltro nel diritto contrattuale si atteggia (per dirla con i commentatori della riforma del *code civil* francese, fortemente influenzata dalle aperture internazionali) in termini di «*abandon de la cause*»², ovvero di oggettivazione dell'elemento funzionale all'interno dell'assetto regolamentare definito dalle parti, come pure si evince dai progetti di armonizzazione del diritto privato europeo dei contratti³.

tuzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti, Napoli, 2006, 604 (ma v. già ID., *Remissione del debito e rinuncia al credito*, Napoli, 1968, 167), la funzione – quale «sintesi degli effetti “essenziali” del fatto» (cfr. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico*, in *Nuova riv. dir. comm. dir. econ. dir. soc.*, 1947, 13 ss., spec. 20) – determina la struttura, la quale non precede – ma segue – la funzione. La struttura può dunque variare in base alla natura e agli interessi rilevanti nel concreto rapporto (c.d. principio di variabilità delle strutture negoziali nella realizzazione di una determinata funzione: ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., 851).

²Nel nuovo art. 1128 (già art. 1108) del *code civil* la causa del contratto, come pure l'oggetto, non è contemplata tra gli elementi essenziali del contratto: requisiti di validità del contratto sono la volontà delle parti, la capacità e un contenuto certo e lecito. È stato inoltre abrogato il contenuto normativo dell'art. 1131, ai sensi del quale l'obbligazione mancante di causa, o con causa falsa era improduttiva di effetti. Ciò non significa che, con la causa, sia venuto meno il controllo politico, economico e sociale sull'atto di autonomia. Siffatta funzione – che la dottrina francese conferiva alla causa – sembra essersi piuttosto spostata su altri elementi, quali «contenuto» e «scopo». Si osserva in proposito che dal combinato disposto dei nuovi artt. 1128, 1162 e 1169, sarà possibile far discendere l'invalidità del contratto ove questo abbia un oggetto illecito o una controprestazione vile («*illusoire et dérisoire*») ovvero abbia un fine («*but*») che contrasti con disposizioni legislative qualificate d'ordine pubblico: TENELLA SILLANI, *La riforma francese del diritto dei contratti e il destino della causa*, in CONTE-FUSARO-SOMMA-ZENO ZENCOVICH (a cura di), *Dialoghi con Guido Alpa: un volume offerto in occasione del suo 71° Compleanno*, Roma, 2018, 538 ss., la quale nota che «sancire la nullità di un contratto perché il suo contenuto è contrario all'ordine pubblico non è diverso dal pronunciare la nullità di un contratto viziato da una causa in contrasto con l'ordine pubblico». In sostanza, come efficacemente rileva BARCELLONA, *Un'altra complessità: l'orizzonte europeo e i problemi della causa*, in *juscivile.it*, 2016, 5, 368, il code «rinuncia alla causa, ma non rinuncia affatto a quel controllo che il giudizio causale implementava». In argomento, v. anche il contributo di ROCHFELD, *Le contenu du contrat: que reste-t-il de la cause?*, in VALENTINO (a cura di), *La riforma del Code civil: una prospettiva italo-francese*, Napoli, 2018, 83 ss. Per una lettura delle ragioni alla base della resistenza della causa nel sistema ordinamentale italiano, v. FEDERICO, *La causa del contratto tra «regole» e «principi»*, in *comparazioneediritto.civile.it*, 2018.

³Per l'art. 3.1.2. dei Principi UNIDROIT «Un contratto è concluso, modificato o sciolto con il semplice accordo delle parti, senza bisogno di ulteriori requisiti». Di analogo tenore l'art. 2:101 (1) dei *Principles of European Contract Law* (PECL) – «Il contratto è concluso quando (a) le parti hanno manifestato la volontà di vincolarsi giuridicamente e (b) hanno raggiunto un accordo sufficiente. Non è richiesto alcun altro requisito» – e l'art. II-4:101 del *Draft Common Frame of Reference* (DCFR): «Un contratto è concluso, senza ulteriori requi-

Tali costatazioni vedono sullo sfondo la «crisi» – o per meglio dire, l'irriducibilità a nozioni cristallizzate – delle categorie giuridiche tradizionali⁴. Il fenomeno giuridico è di per sé dinamico⁵ e come tale suscettibile di continua evoluzione.

Il dato sostanziale si inserisce altresì nella cornice del confronto fra ordinamenti: il titolo del nostro incontro, nel porre l'accento anche sulle possibili ricadute *de jure condendo* della riforma in questione sul sistema ordinamentale italiano, manifesta una precisa prospettiva metodologica, improntata alla considerazione degli ordinamenti giuridici alla stregua di «vasi comunicanti che, pur conservando la propria identità, offrono e ricevono idee, regole, soluzioni»⁶.

Prospettiva che, di primo acchito, sembrerebbe assecondare la ricorrente

siti, se le parti: (a) intendono stabilire un rapporto giuridico vincolante o produrre qualche altro effetto giuridico; e (b) raggiungere un accordo sufficiente». L'*Avant-projet* di un codice europeo dei contratti elaborato dal gruppo di lavoro guidato da Giuseppe Gandolfi, all'art. 5.3 recita: «*Les éléments essentiels du contrat sont: a) l'accord des parties; b) le contenu*». Se *prima facie* potrebbe essere etichettata come «anticausalistica», siffatta impostazione risponde più semplicemente all'esigenza pratica, secondo la logica mercantile, di «evitare contetti controversi o divisivi nella cerchia dei sistemi giuridici europei, di attenuare il dogmatismo e di ridurre la complessità delle categorie tradizionali» (così BARGELLI, *Il futuro della causa nel diritto italiano*, in ALBERS-PATTI-PERROUIN VERBE (a cura di), *Causa contractus. Alla ricerca delle condizioni di efficacia della volontà contrattuale*, Tübingen, 2022, 733 ss., spec. 738; sulla insorgenza di litigi vessatori ed inutili incentrati sull'elemento causale, v. peraltro già BONELL, *An International Restatement of Contract Law. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, New York, 1994, 73). Al riguardo, soprattutto per le considerazioni circa la necessità di regole «calcolabili», v. ancora TENELLA SILLANI, *La riforma francese del diritto dei contratti*, cit., 546 s.

⁴D'uopo richiamare la posizione di Pietro Perlingieri: tra i numerosi scritti si v. in particolare PERLINGIERI *Produzione scientifica e realtà pratica: una frattura da evitare*, in *Riv. dir. comm.*, 1969, I, 455 ss. (anche in ID., *Tendenze e metodi della civilistica italiana*, Napoli, 1979, 9 ss., e in ID., *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli, 1988, 3 ss., da cui si cita); ID., *Scuole civilistiche e dibattito ideologico*, in *Tendenze e metodi*, cit., 43 ss., e in *Scuole tendenze e metodi*, cit., 76 ss., spec. 97 s. (da cui si cita); ID., *Le obbligazioni tra vecchi e nuovi dogmi*, Napoli, 1990. Più di recente, nel senso di un ripensamento delle categorie fondanti della civilistica, ridotte a «meri simulacri formali» si v. le pagine di LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, spec. 26 s.

⁵Si rinvia ancora alle considerazioni di PERLINGIERI, *Produzione scientifica e realtà pratica: una frattura da evitare*, cit., 3 ss., spec. 10 ss.

⁶Così, PATTI, *L'influenza del diritto civile italiano sul diritto tedesco*, in DI CATALDO-MELI-PENNISI (a cura di), *Impresa e Mercato. Studi dedicati a Mario Libertini*, t. 3, *Crisi dell'impresa. Scritti vari*, Milano, 2015, 1917; anche in *Ann. dir. comp. e di Studi legisl.*, 2014.

affermazione secondo cui «nei rapporti tra la cultura giuridica italiana e quella tedesca, il saldo attivo appare a favore della Germania»⁷.

In realtà, ritengo di poter intuire, anche alla luce della prefazione di Maurizio Onza⁸, che l'intento degli organizzatori sia stato quello di rimarcare la feconda dialettica che ha interessato (e probabilmente continuerà ad interessare) i due sistemi ordinamentali proprio sul terreno della disciplina delle società di persone⁹.

2. L'impostazione «unitaria» del codice civile del 1942

Sul piano storico, giova ricordare l'apprezzamento mostrato, a suo tempo, dalla dottrina tedesca per la scelta del legislatore italiano di unificare i codici – civile e di commercio – all'interno del codice civile del 1942. Eloquente le parole spese da J.W. Hedemann il quale, in una lettera del 1941 ad Asquini (Presidente, al momento, della Commissione per la riforma), discorreva di apertura di un nuovo orizzonte pure per i giuristi tedeschi che avrebbe potuto «fare svoltare in analoga direzione... la riforma dei codici in Germania»¹⁰. Se dunque la «unificazione»¹¹ ne rappresenta l'indiscusso tratto di modernità, nondimeno il codice del '42 si appalesa come il precipitato – e al contempo il motore – di quella circolarità virtuosa tra sistemi ordinamentali cui ho fatto cenno poc'anzi.

Per un verso, si registra il distacco dalla impostazione codicistica france-

⁷ PORTALE, *Diritto societario tedesco e diritto societario italiano in dialogo*, in *Banca, Borsa, Tit. credito*, 2018, 567 che, nel richiamare il giudizio espresso da S. Patti sulla predominanza della cultura giuridica tedesca su quella italiana, reputa il diritto societario italiano influenzato, al netto della c.d. «americanizzazione», da quello tedesco.

⁸ L'A. (v. *Prefazione*, in ID. (a cura di), *La riforma tedesca delle società di persone*, Torino, 2023, VII s.) ricorda come nel nostro ordinamento la materia delle società di persone sia stata – sia pur indirettamente ed episodicamente – interessata da non pochi interventi normativi, rispetto ai quali si prospetta l'opportunità di un ripensamento.

⁹ V. le acute considerazioni di FAUCEGLIA, *Brevi riflessioni sulle decisioni dei soci nelle società di persone: uno sguardo alla nuova disciplina tedesca*, in *Società*, 8/9, 2023, 921 ss.

¹⁰ RONDINONE, *Storia inedita della codificazione civile*, Milano, 2003, 521. Sul punto, PORTALE, *op. cit.*, 568. V., inoltre, BUONOCORE-MIRAGLIA (a cura di), *Il diritto commerciale e i sessant'anni del codice civile*, Napoli, 2002.

¹¹ Che PORTALE, *op. loc. ult. cit.*, ricorda essere stata imitata negli ultimi trenta anni, oltre che nei Paesi latino-americani, in molti Paesi europei: da ultimo dal codice civile della Repubblica Ceca, del 2012, e da quello ungherese del 2013.

se del XIX secolo, imperniata sul diritto di proprietà, e l'affermazione della centralità del concetto di impresa – come elaborato in Germania soprattutto da Karl Wieland, ovvero quale attività professionale organizzata – e del soggetto che la esercita (l'imprenditore), considerato produttore di nuova ricchezza¹². Per altro verso, espunta la figura di origine romana della c.d. società civile (art. 1697 c.c. 1865)¹³, l'art. 2247 c.c. fissa gli elementi caratterizzanti la nozione di società, come organismo volto all'impiego produttivo dei beni con scopi egoistici¹⁴: l'enunciato contenuto all'art. 2247 – «Con il contratto di società due o più persone conferiscono beni o servizi per l'esercizio in comune di un'attività economica allo scopo di dividerne gli utili» – denota la natura di contratto di organizzazione dell'atto costitutivo di qualsiasi tipo di società.

3. *La Modernisierung come portato del «diritto vivente»*

L'impostazione ha senza dubbio influito sul processo di modernizzazione del diritto tedesco delle società di persone, che merita di essere segnalato – sotto il profilo della sistematica delle fonti del diritto – anche come manifestazione paradigmatica della spinta propulsiva del diritto vivente sul diritto scritto¹⁵, atteso che la legge del 2021 che ha novellato l'ottocentesco sistema

¹² In questi termini, v. ancora PORTALE, *op. loc. ult. cit.*, che ricorda l'influsso determinante degli studi di Lorenzo Mossa anche rispetto al superamento della categoria del cosiddetto atto oggettivo di commercio isolato e della figura del commerciante (reputato uno speculatore); v. anche BUONOCORE, *Il diritto dell'impresa dal Codice di Commercio del 1882 al Codice civile del 1942*, in *Sviluppo economico*, 2022, 1/2, 31 ss.

¹³ Di società civile, parla ancora qualche autore – ad es., GALGANO, *Diritto commerciale. Le società*, XVIII ed., Bologna, 2013, 41 s. – a proposito della società semplice, nel senso che ad essa è vietato l'esercizio di una attività commerciale: artt. 2251 e 2249, comma 2, c.c.

¹⁴ Deve però segnalarsi la tendenza indotta dalla legislazione speciale a svalutare i connotati tipizzanti del modello societario adottato dal legislatore del 1942, convertendolo in un «modello organizzativo neutro rispetto agli scopi e alla natura dell'attività esercitata»: ne sono esempi emblematici le società costituite dagli enti locali per l'erogazione di servizi con modalità e scopi più vicini alle logiche dell'interesse pubblico che del mercato, o ancora le società che svolgono attività più simili al mero godimento non produttivo di beni, che di natura economica. Al riguardo, v. CIAN (a cura di), *Manuale di diritto commerciale*, vol. II, Torino, 2014, 7 s., il quale osserva come tutto ciò mostri «la versatilità dello strumento societario», ferma restando la imprescindibilità degli «elementi caratterizzanti enunciati nell'art. 2247, attorno a cui pertanto la nozione di società nel suo complesso deve rimanere costruita».

¹⁵ Paradigmatica la vicenda del contratto di *leasing*, che la l. 4 agosto 2017, n. 124, ai com-

tedesco delle società di persone in realtà ha dato veste formale alla interpretazione giurisprudenziale contenuta nella «sentenza pilota *contra legem*»¹⁶ della Corte Federale di Giustizia¹⁷, in cui si attribuiva alla *Gesellschaft bürgerlichen Rechts* (società civile) capacità giuridica e si sottoponevano i suoi soci al regime delle società commerciali di persone in materia di responsabilità per le obbligazioni sociali (sentenza «*Weißes Ross*»).

La statuizione contenuta in tale pronuncia rappresenta il risultato di un risalente processo interpretativo, sviluppatosi sin dall'entrata in vigore delle due codificazioni rilevanti – codice civile e codice di commercio (tedeschi) – il 1° gennaio 1900¹⁸.

4. La «società civile» nel diritto tedesco e gli interrogativi aperti

La codificazione, ad opera della legge di modernizzazione del 2021, della regola della capacità giuridica in capo alla società civile (con conseguente sostanziale assimilazione alla s.n.c.¹⁹), sembra porre fine al lontano dibattito

mi 136-140 ha «tipizzato» «mutuandone morfologie e funzione da un radicato substrato economico-sociale, così da plasmare in disciplina positiva l'esperienza lungamente maturata nel contesto regolatorio dell'autonomia privata, alimentato, costantemente, anche dall'attività ermeneutica della giurisprudenza» (così si esprime Cass., sez. un., 28 gennaio 2021, n. 2061, in *ilcaso.it*, 25). Se tuttavia si pone riguardo al fatto che la stessa fase di tipizzazione sociale del *leasing* ha registrato un costante rapporto dialettico tra la prassi da un lato e i formanti giurisprudenziale, dottrinale e legislativo dall'altro, deve convenirsi che la c.d. tipizzazione legale operata dal legislatore del 2017 si innesta su di un sostrato morfologico positivizzato dai molteplici enunciati normativi che richiamano lo schema contrattuale in questione. Sullo sfondo di tali interventi si scorge un «nuovo *modus operandi*» del legislatore, disancorato dal tipo di matrice codicistica, e più in generale un «nuovo *jus conditum*»: entrambi appaiono dettati dalla esigenza di meglio definire taluni aspetti del «modello» venutosi a delineare nella prassi per apportarne dei «correttivi»: in argomento sia consentito rinviare a IMBRENDA, *Gravità dell'inadempimento e leasing tra disciplina legale, diritto vivente e prassi*, in *Actualidad Jur. Iberoamer.*, 2022, 16 bis, 2127 ss., spec. 2131. Osserva acutamente ZANELLI, *Detipizzazione legale e (ri)costruzione contrattuale*, in *Contr. impr.*, 2019, 1, 19 ss., che le modificazioni dell'economia conducono «dal fatto al "jus", da intendersi non soltanto come "jus positum" tipico codicistico», ma anche «jus per consolidato orientamento prima giurisprudenziale poi anche dottrinale. E poi anche [...] *jus per uso sociale*, [...] quello delle prassi, le buone prassi sviluppatesi nel modo di fare diritto» (p. 22).

¹⁶ KINDLER, *La riforma del diritto delle società di persone in Germania*, in ONZA (a cura di), *La riforma tedesca delle società di persone*, cit., 2.

¹⁷ BGH, 29 gennaio 2001, in *BGHZ*, 146, 2001, 341.

¹⁸ KINDLER, *La riforma del diritto delle società di persone in Germania*, cit., 2.

¹⁹ Anche se a livello sistematico – puntualizza KINDLER, *op. cit.*, 3 – rimangono le bipar-