

Capitolo I

«SOCIETÀ» IN EUROPA: PAROLE E PARADIGMI

di Carlo Angelici

Il capitolo muove dall'esigenza di rendersi consapevoli che, per quanto in particolare riguarda i principali ordinamenti dell'Europa continentale, quelli francese, tedesco e italiano, l'approccio al diritto delle società è caratterizzato sia da intense reciproche influenze sia da profili di diversità che in vario modo ne definiscono la collocazione sistematica e il ruolo operativo. Ciò immediatamente si rileva con riferimento all'uso stesso del lemma «società» che nel sistema tedesco conserva in buona parte il significato generico di «sodalizio», in quello francese viene specificato e circoscritto dal riferimento a uno scopo di guadagno, mentre in Italia è ulteriormente delimitato dal requisito dell'esercizio in comune di un'attività. Queste diversità non sono peraltro in grado di escludere che, quando in particolare la società è destinata in quanto tale a operare nel mercato, sia comune ai tre ordinamenti l'esigenza di definire come ciò tecnicamente avvenga e in che modo lo si possa concettualizzare. Il che, seguendo tradizioni culturali fra loro molto diverse, viene espresso con le formule della «persona morale», della «persona giuridica», del «soggetto», della «capacità», giuridica o di agire, ovvero nel sistema tedesco della «Gesamthand». Tali formule, a volte mere espressioni linguistiche, ma con cariche ideologiche e sistematiche non prive di rilievo, si riflettono anche sul modo in cui può intendersi l'assetto patrimoniale della società e sull'esigenza di una sua distinzione, di rilievo anche per il regime della responsabilità dei soci, rispetto ai patrimoni individuali dei soci. Viene infine esaminato il tema, pur esso comune ai tre ordinamenti e risolto con formule anch'esse diverse, del ruolo che nell'identificazione di una società possono svolgere da un lato il contratto che la costituisce dall'altro lo svolgimento effettivo dell'attività*.

RIFERIMENTI NORMATIVI: artt. 2247-2548 c.c.; artt. 1832-1873 *code civil* e art. L.210-1/252-9 *code de commerce*; part. 705-740c *BGB* e part. 105-236 *HGB*.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La «società». – 3. Le «società» e la «persona». – 4. «Società» e «patrimonio». – 5. «Società», «contratto» e «fatto».

* Il saggio è destinato anche alla pubblicazione negli *Studi in onore di Paolo Montalenti*.

1. Premessa

È fuori questione, ma merita in ogni caso di essere sempre ricordato, che la comparazione giuridica richiede necessariamente, quando non vuole ridursi a un catalogo di fonti e soluzioni normative, la consapevolezza del significato storico e dei valori semantici coinvolti e implicati nei termini che si vogliono comparare.

Ugualmente è fuori questione che storia e linguaggio sono fra loro interdipendenti: nel senso che l'una assegna significato all'altro, mentre questo è poi in grado di influire sullo svolgimento di quella.

Il che in concreto significa che per la comparazione e per la sua concreta utilità diviene necessario un equilibrio fra due esigenze in certo modo contrapposte: tener conto che le diverse storie dei singoli ordinamenti ben possono, e in effetti molto spesso, dover far riconoscere un significato differente a termini che pur rappresentano lessicalmente la traduzione dell'uno con l'altro; ma anche non arrendersi di fronte al carattere approssimativo del confronto in cui la comparazione fondamentalmente risulta e che è poi a sua volta funzionale alla comunicazione (inevitabilmente approssimativa, ma ugualmente utile sia per la teoria sia per la prassi¹) fra ordinamenti.

Per convincersi dell'esigenza di tener conto di questi diffusi rilievi, che vanno ben al di là dei temi giuridici e conseguono al carattere necessariamente approssimativo del linguaggio, è forse sufficiente ricordare che lemmi centrali per gli ordinamenti privatistici contemporanei come quelli di «proprietà» e «contratto» assumono in essi, e ovviamente a seguito di diverse evoluzioni storiche, significati tutt'altro che omogenei². Del che ovviamente non si può non tenere conto, ma che non può impedire il confronto e la comparazione.

¹ Doveroso è ricordare in argomento uno dei più autorevoli studiosi del diritto commerciale che a questi temi ha dedicato le sue ultime ricerche, TERRANOVA, *Il ragionamento giuridico*, Milano, 2021; cfr. pure, sempre fra gli autori che si occupano dei temi qui trattati, con accenti diversi, gli spunti in SPADA, *Mon droit, en quelques mots*, in *Riv. dir. comm.*, 2010, I, 687; e i saggi raccolti in CARIELLO, *Paradigmi e linguaggi interpretativi*, Torino, 2022.

² Si tratta di punti notissimi e sui quali non pare invero necessario soffermarsi. Può essere sufficiente ricordare da un lato il regime anglosassone della proprietà immobiliare e, in termini più generali, il percorso storico delle nozioni di «proprietà» e «diritto soggettivo» tracciato da VILLEY, di cui v. i saggi raccolti in *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, 2013 (fra gli altri cfr. pure, per una ricostruzione non del tutto coincidente, GORDLEY, *Foundations of Private Law*, Oxford-New York, 2006, spec. 49 ss.; e l'ampia indagine storiografica di BLAUFARB, *The Great Demarcation. The French Revolution and the Invention of Modern Property*, Oxford-New York, 2016); e dall'altro, per quanto riguarda il contratto, la diffusa opinione, pur non priva di criticità e in effetti spesso discussa, che distingue due linee evolutive, una che muove dalla concezione giusnaturalista imperniata sulla promessa e intende il contratto come *Rechtsübertragung*, e un'altra, che muoverebbe dall'illuminismo e dalle posizioni kantiane, al cui centro si porrebbero la *Vereinigung* delle volontà e il *Rechtsverhältnis*: cfr. la chiara esposizione di SCHMIDLIN, *Die beiden Vertragsmodelle des europäischen Zivilrechts: das naturrechtliche Modell der Versprechensübertragung und das pandektische Modell der vereinigten Willenserklärungen*, in *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, hrsg. von ZIMMERMANN R., Heidelberg, 1999, 187 ss.; e la sua condivisione, fra gli

Né sorprende che queste esigenze generalissime si manifestino anche, e con particolare incisività, riguardo al diritto societario. In effetti, se esso è uno dei momenti in cui gli ordinamenti giuridici hanno risposto e rispondono alle moderne esigenze del capitalismo, quelle cioè affermatesi nel mondo occidentale degli ultimi due secoli³, pare del tutto naturale che tale risposta abbia subito variazioni in conseguenza dei diversi modi in cui tale sistema socio-economico si è affermato e, inoltre, poiché vi è stata una storica connessione con la forma stato, dei differenti percorsi seguiti nella formazione degli stati nazionali.

Il punto si rivela, in modo eclatante, osservando che il fenomeno da noi chiamato società per azioni è denominato, pur in ordinamenti che utilizzano la medesima lingua, *corporation* negli Stati Uniti di America e *company* in Inghilterra. Usi linguistici che, come sempre, non possono considerarsi neutrali, evocando il primo il «corpo» che si viene a creare e il secondo la comunità dei soci (che infatti sono intesi come *members* e non *shareholders*); e che in effetti si spiegano per una ben diversa storia: essendo la moderna *company* il risultato di un'evoluzione, fondamentalmente privatistica e largamente spontanea, in certo modo anzi con finalità elusive di limitazioni come quelle poste dal *Bubble Act* del 1720, della *partnership* e della sua utilizzazione con la tecnica del *joint stock*; ed essendo invece la *corporation* nordamericana l'erede delle strutture utilizzate dalla corona inglese per lo sfruttamento coloniale, avendo implicato l'indipendenza l'assunzione da parte dei singoli parlamenti nazionali del potere di *incorporation* prima spettante al re (e mancando, bisogna aggiungere, un'esperienza autoctona come quella della *joint stock company*)⁴.

altri, in BUSSEUIL, *Contribution à l'étude de la notion de contrat en droit privé européen*, Paris, 2009, 84 ss.; v. pure in argomento l'ampia analisi di SOMMA, *Autonomia privata e struttura del consenso contrattuale*, Milano, 2000, spec. 67 ss. e 178 ss.; e GIANTI, *La legge dei privati. Genealogia dei paradigmi continentali del contratto*, 2017, spec. 265 ss.

³ Non è certo questa la sede per argomentare il convincimento di chi scrive che il significato del diritto commerciale quale forma giuridica tipica del capitalismo debba essere inteso in senso proprio, con la conseguenza, fra l'altro, che del primo può propriamente parlarsi solo quando è riconoscibile l'assetto socio-economico indicato con il secondo (e v., per qualche cenno ulteriore, il mio *In tema di "ricommercializzazione del diritto commerciale"*, in *Riv. dir. comm.*, 2019, I, 7). Mi limito a ricordare, per un profilo di immediata rilevanza per i temi qui in rilievo, che proprio la società per azioni, strumento giuridico senza dubbio tra i più significativi per l'affermazione del capitalismo (v. per esempio le classiche pagine di RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, Paris, 1951, 51 ss.; ma anche, per un esempio di visione esasperatamente marxista, POSCH, *Kapitalassoziationen. Ihre Rechtsfähigkeit und die Dogmatik der juristischen Person im Dienste des Vormonopolistischen deutschen Kapitalismus*, Berlin, 1955, spec. 65 ss.), ha assunto tale significato e ha operato per così dire una sorta di metamorfosi rispetto al ruolo originario di strumento della politica mercantilista dello stato colbertiano a seguito del processo di sua «privatizzazione» avviato con la codificazione napoleonica del 1807; mentre in precedenza, come testimoniato dalla *Ordonnance pour le commerce* del 1673, neppure era considerata nella disciplina privatistica dell'attività commerciale.

⁴ Per una prima informazione su queste vicende e per qualche indicazione bibliografica rinvio al mio *Discorsi di diritto societario, in Negozianti e imprenditori. 200 anni dal Code de commerce*, Milano, 2008, spec. 153 ss.

Si giustifica allora la scelta di concentrare le seguenti pagine, dedicate a un'analisi comparata degli atteggiamenti generali nei confronti della fenomenologia societaria, sulle principali esperienze giuridiche dell'Europa continentale: quelle francese, tedesca e italiana. Ciò sembra a chi scrive poter al meglio valorizzare i ricavi che un giurista di diritto positivo, le cui finalità ultime non sono solo conoscitive, ma soprattutto applicative, può ottenere da una comparazione nella materia⁵.

Così orientato il discorso, e in definitiva circoscritto, diviene infatti possibile massimizzarne l'utilità (lo si ribadisce: per il giurista di diritto positivo): che è in funzione del confronto di esperienze, le quali per essere confrontabili richiedono la possibilità di un dialogo e quindi di dati *comuni* idonei a consentirlo; ma è in funzione anche della loro *diversità*, poiché ovviamente la comparazione ha un senso solo fra diversi.

Per il primo aspetto non vi è dubbio che la storia giuridica delle società nell'Europa continentale abbia rilevanti e significativi momenti comuni. Basta pensare al ruolo della codificazione francese: che è stata più che un modello per gli stati italiani pre-unitari e poi per quello unitario, ma che a seguito della vicenda napoleonica è stata anche in vigore per ben più di mezzo secolo in parte degli stati tedeschi, rappresentando allora un costante termine di confronto.

È interessante peraltro osservare come minore sembra essere stata per la costruzione giuridica del sistema l'influenza, anche nei paesi tedeschi, di codificazioni giusnaturalistiche come il *Allgemeines Landrecht* prussiano del 1794 e il *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* austriaco del 1812, pur esse lungamente in vigore per il diciannovesimo secolo (e in effetti il secondo formalmente ancora oggi, anche se, per quanto riguarda il diritto societario, profondamente riformato⁶). Ciò è probabilmente spiegabile, in termini generalissimi, per l'affermazione nella cultura giuridica tedesca di orientamenti culturali che per certi

⁵ Non intendo dire, ovviamente, che non possono essere rilevanti gli apporti derivanti da altre culture giuridiche, in particolare quelle anglosassoni: il che è innegabile solo se si pensa al ruolo che in esse viene dato ai profili, di immediato rilievo per quanto qui si dovrà trattare, della stabilità dell'impresa e del c.d. *asset partitioning* (e v., fra i tanti saggi notissimi in argomento e certamente utili, HANSMANN-KRAAKMAN-SQUIRE, *Law and the Rise of the Firm*, in *Harvard Law Rev.*, 119 (2006), 1333; LAMOREAUX, *Partnerships, Corporations and the Theory of the Firm*, in *American Economic Rev.*, 88 (1998), 66; e il lavoro monografico di ORTS, *Business Persons*, Oxford, 2013, spec. 133 ss. e 175 ss.). Penso però che lo studio di queste esperienze può essere utile, anzi indispensabile, quando obiettivo è confrontare vicende storiche ed economiche; meno invece per una comparazione il cui obiettivo sia soprattutto agevolare la comprensione degli schemi teorici, dei paradigmi, su cui un ordinamento è costruito e deve essere interpretato: comparazione la quale, per essere realmente proficua come tale (e non mera recezione di dati esterni) e non solo estrinseca, richiede non solo la diversità, ma anche elementi sufficientemente comuni.

⁶ Mi riferisco a due interventi legislativi di sicura rilevanza per la presente materia: da un lato la sostituzione nel 2005 del *Handelsgesetzbuch* tedesco, che nel 1938 aveva sostituito il *Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch* (adottato nei territori austriaci nel 1862), con un nuovo *Unternehmensgesetzbuch* (UGB); e dall'altro, nel 2014, la riforma sia della disciplina della *Gesellschaft bürgerlichen Rechts* contenuta nel ABGB sia quella delle società di persone commerciali nel UGB.

aspetti si contrapponevano al giusnaturalismo; e, con riferimento specifico al diritto societario, per il modo inadeguato e da molti punti di vista confuso in cui il *ALR* lo trattava⁷ e per la fondamentale estraneità del *ABGB* alle esigenze della nuova economia capitalistica⁸.

Ancora più nota è la constatazione di una tendenziale sincronia in alcuni dei passaggi storici di più significativa rilevanza politica, come quello in cui per le società per azioni venne superato il sistema concessorio⁹; e si concluse così il processo di loro «privatizzazione» avviato con il *code de commerce* del 1807¹⁰.

Né vi è bisogno di sottolineare come nella situazione odierna siano soprattutto questi tre ordinamenti a poter influire sulla formazione delle norme europee e sulla loro evoluzione. Il che, sommato a una loro tendenziale omogeneità in termini generali, rende la comparazione fra essi ben più utile per il giurista di diritto positivo di quanto possa esserlo di quella con altri politicamente forse persino più importanti¹¹.

⁷ È in effetti consueto rilevare la difficoltà di comprendere un sistema articolato in una disciplina che prima considera le *allgemeinen* e le *besondern Gesellschaften*, come comunioni contrattuali (v. I 17 par. 169 ss.); poi dedica un ampio titolo alla disciplina *Von Gesellschaften überhaupt, und von Corporationen und Gemeinen insonderheit* (così il II 6): v. per tutti le analisi in argomento di RÖH, *Die allgemeinen und besonderen Gesellschaften des Allgemeinen Landrechts für die Preußischen Staaten von 1794*, Münster, 1995; e JAHNTZ, *Privilegierte Handelscompagnien in Brandenburg und Preußen*, Berlin, 2006, spec. 162 ss.; per un significativo esemplare della dottrina coeva, ROSIN, *Zur Lehre von der Korporation und Gesellschaft, insbesondere der erlaubten Privatgesellschaft, nach A.L.R. und heutigem preußischen Recht*, in *Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts*, 27 (1883), 78; v. pure, per un esempio giurisprudenziale nel quale ci si è confrontati con questo assetto legislativo, *Reichsgericht*, 25/09/1890, in *RGZ*, 27, 183.

⁸ Il punto può essere evidenziato, fra l'altro, segnalando che nella disciplina originaria del *ABGB* da un lato vi era un par. 26, volto sostanzialmente a definire la posizione giuridica delle «persone morali», non risultando in effetti del tutto chiaro il suo ambito di applicazione e probabilmente dovendo essere circoscritto alle sole *Korporationen*; mentre da un altro lato era dettata una disciplina della società civile da intendere come forma generale della società e da utilizzare quindi indiscriminatamente per tutte le tipologie di cui si avvale la prassi: cfr. per tutti, riguardo a quest'ultimo aspetto, OSTHEIM, *Zur Rechtsfähigkeit von Verbänden im österreichischen bürgerlichen Recht. Ein Beitrag zur Auslegung des § 26 ABGB*, Wien-New York, 1967, 172 ss.

⁹ Mi riferisco, come evidente, da un lato alla legge tedesca del 1870, su cui v. per tutti LIEDER, *Die 1. Aktienrechtsnovelle vom 11. Juni 1870*, in *Aktienrecht im Wandel*, I, hrgb. von BAYER und HABERSACK, Tübingen, 2007, 318 ss.; e da un altro lato alla legge francese del 1867, per cui cfr. l'ormai classico saggio di LEFEBVRE-TEILLARD, *La société anonyme au XIX^e siècle*, Paris, 1985, 419 ss.

¹⁰ Osserverei però anche che questa sincronia, sicuramente spiegabile per ragioni politiche e in definitiva per quella che oggi si chiama «concorrenza fra ordinamenti», non può nascondere il fatto, la cui rilevanza si potrà in seguito verificare, che diverso è il contesto sistematico in cui la vicenda si svolge: in Francia nella prospettiva di un sistema per così dire dominato dal *code civil* e quindi dalla visione unitaria in esso adottata della fenomenologia societaria; in Germania nell'assenza di un analogo sfondo sistematico e di conseguenza senza dover presupporre una nozione generale e comune di «società».

¹¹ Non è certo questa la sede per discutere se e quale portata abbia per i nostri sistemi l'evidente influenza, anche linguistica, del mondo anglosassone; e non s'intende certamente chiedersi se e in che termini si possa parlare di una sorta di «ricezione» del corrispondente diritto (e v. per esempio la monumen-

Non mancano neppure, d'altra parte, i profili di diversità in grado di dare un senso alla comparazione: che esprimono storie per certi aspetti parallele, ma per altri di sicuro differenti.

Si tratta al vertice, al di là di specifici esemplari cui si accennerà in seguito, di un diverso modo in cui è avvenuta l'unificazione giuridica dello spazio nazionale: che in Francia si è realizzata essenzialmente con la codificazione civile, rappresentandone sotto questo profilo quella commerciale una sorta di appendice; mentre in Germania questo ruolo è stato svolto *in primis* dalla codificazione commerciale, soltanto seguita, dopo qualche decennio, da quella civile¹². Con la conseguenza, per il settore normativo che qui interessa, che differente è stato e ancora per certi aspetti è, al di là dello stesso tenore letterale di disposizioni di principio, il rapporto fra le regole in tema di società civili e commerciali¹³.

Mentre non vi è certo bisogno di ricordare al giurista italiano come ancora diversa sia per questo profilo la situazione nel nostro ordinamento a seguito della unificazione del 1942 e della successiva evoluzione.

Merita anche di essere ricordato, su un piano questa volta soprattutto culturale, ma certo non privo di significati politici, che in Francia l'avvenuta codificazione ha reso in certo modo meno urgente, e orientato verso l'analisi del diritto scritto, quel compito di unificazione (e per certi aspetti nazionalizzazione) della scienza giuridica svolto invece in Germania utilizzando il diritto romano «odierno»¹⁴. Il

tale monografia di v. HEIN, *Die Rezeption US-Amerikanischen Gesellschaftsrechts in Deutschland*, Tübingen, 2008). Osserverei però, a giustificazione della scelta restrittiva qui operata, che tale influenza (o, per chi lo ritenesse, persino ricezione) ha fondamentalmente riguardato le soluzioni tecnico-applicative in materia di società per azioni, quelle in effetti di maggiore interesse in termini di politica economica, non invece i temi che qui soprattutto interessano, quelli concernenti il modo nel quale negli ordinamenti europei si è costruito il sistema generale del diritto societario.

¹² Segnala recentemente questa caratteristica del sistema tedesco del diritto commerciale, della quale si potranno fra breve constatare alcuni esiti di rilevante portata applicativa, KINDLER, *La "commercializzazione" imperfetta del diritto civile tedesco. Cenni sistematici ed interpretativi*, in *Riv. dir. comm.*, 2019, I, 55.

¹³ Si potrà infatti fra breve constatare che è in certo modo tradizionale nella cultura giuridica tedesca non soltanto, come indica il diritto scritto, porsi il problema se e come il diritto della società civile sia in grado di integrare quello delle società commerciali, ma anche il problema inverso, se utilizzare la disciplina delle seconde per colmare lacune rilevabili in quella della prima; cfr. intanto, a conferma trattarsi di una tematica risalente e in definitiva spiegabile per il ruolo decisivo svolto dalla codificazione commerciale nell'unificazione nazionale del diritto (e in assenza di una codificazione civile, della cui stessa compatibilità con la costituzione del *Reich* si dubitò fino a poco prima dell'emanazione del *BGB*), le considerazioni metodologiche di PISKO, *Handelsgesetze als Quelle des bürgerlichen Rechts*, Wien, 1935, spec., con riferimento ai temi societari, a 70 ss.

¹⁴ Alludo così, con tutta evidenza, all'opera di SAVIGNY, che appunto intendeva costruire un *diritto romano odierno*, «*heutigen*», e perciò si preoccupava di precisare che la sua vigenza non poteva ritenersi pregiudicata dal superamento del «diritto comune» a seguito dello scioglimento del sacro romano impero: v. espressamente il *System des heutigen römischen Rechts*, I, Berlin, 1840, 4 s. (e cfr. anche le significative considerazioni nel *Vorrede*, spec. XIV ss.).

che, per anticipare fin d'ora un aspetto di sicura rilevanza ai presenti fini, ha comportato la conservazione in Francia dell'espressione giusnaturalistica di «persona morale» e la sua sostituzione invece in Germania con quella di «persona giuridica»¹⁵.

2. La «società»

Come si vede, con quest'ultimo cenno la comparazione ritorna, direi inevitabilmente, a segnalare il ruolo dell'espressioni utilizzate nel discorso giuridico, in definitiva del linguaggio, e a giustificare la puntualizzazione delle pagine che seguono su una segnalazione (necessariamente sommaria) dei loro significati nei sistemi considerati, una sorta di glossario comparato.

Ed è interessante immediatamente osservare che il primo lemma a richiedere precisazioni e distinzioni è quello stesso di «società», il cui significato positivo in effetti non coincide negli ordinamenti a confronto e il cui ruolo in essi conseguentemente si distingue.

Non vi è dubbio in realtà che sia comune il valore semantico del riferimento a un *sodalizio* e, si può facilmente aggiungere, a un sodalizio che possa ritenersi risultato di scelte dell'autonomia privata (poi tendenzialmente, ma il discorso a questo punto dovrebbe essere articolato, nella sua forma contrattuale¹⁶).

Entrambi gli aspetti risultano con chiarezza dal diritto scritto degli ordinamenti a confronto: i quali analogamente, denunciando in tal modo la comune origine romanistica¹⁷, definiscono la società mediante una definizione del relativo con-

¹⁵ E v. infatti, a riprova di una piena consapevolezza delle implicazioni di questa diversa scelta terminologica, lo stesso SAVIGNY, *System*, II, cit., 240 s.

¹⁶ Cfr. intanto per tutti, in un discorso di sintesi volto a sottolineare questi aspetti, e a evidenziare la contraddizione ora risultante sia da fenomenologie come la società unipersonale sia da vicende, come emblematicamente quella della grande società per azioni, che sempre meno consentono di riconoscere la solidarietà degli interessi che dovrebbe essere la base per discorrere di un «sodalizio», SPADA, *C'era una volta la società*, in *Riv. notariato*, 2004, 1.

¹⁷ Consueto è in effetti ricordare che la *societas* era classificata come ipotesi di contratto consensuale (ma v. per tutti, per una tematica ben più complessa, l'approfondita sintesi di TALAMANCA, *Società (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, 814 ss.).

Del resto è risalente la discussione in merito all'opportunità sistematica di comprendere la disciplina generale delle società all'interno di quella dei contratti ovvero delle persone o ancora dei beni (v. intanto per tutti la posizione, rilevante anche per gli sviluppi successivi dell'ordinamento tedesco, di FLUME W., *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, I, 1, *Die Personengesellschaft*, Berlin-Heidelberg-New York, 1977, 1 ss.; cfr. anche le valutazioni sul punto di SCHMIDT K., *Die Personengesellschaft als Rechtsfigur des "Allgemeinen Teils": Dogmatisches Konzept und Wirkungsgeschichte von Werner Flumes "Personengesellschaft"*, in *AcP*, 209 (2009), 181; e, discutendo ancora il punto con riferimento al progetto che ha condotto alla riforma cui fra breve si farà cenno, BACHMANN, *Zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG)*, in *NZG*, 2020, 612).

tratto e in termini espliciti lo caratterizzano per la presenza di uno «scopo comune».

Si tratta evidentemente, per il primo aspetto, del nostro art. 2247 c.c. (il cui mutamento di rubrica, da «nozione» a «contratto» di società vale essenzialmente a prendere atto della possibilità di differenti vicende costitutive, ma certamente non ne può escludere il ruolo per la definizione della generale vicenda societaria), dell'art. 1832 *code civil* francese e del par. 705 *BGB* tedesco [N.B. quando non diversamente indicato si fa riferimento al testo legislativo vigente nel momento di redazione di queste pagine]: i quali, con formule sotto questo aspetto analoghe, prevedono che in principio la società è *instituée* o, rispettivamente, *erichtet* con contratto¹⁸.

Il secondo aspetto, quello dello «scopo comune», è formalmente presente nel nostro ordinamento in disposizioni come l'art. 1420 c.c., certamente pensate con lo sguardo rivolto soprattutto ai problemi delle società¹⁹; è esplicito nel riferimento a un *gemeinsamer Zweck* nel par. 705 *BGB*; e pare agevolmente ricavabile, per quanto riguarda l'ordinamento francese, dal riferimento a una *entreprise commune* nell'art. 1832 *code civil* e, direi soprattutto, dall'esigenza posta nell'art. 1833 *code civil* che la società sia «constituée dans l'intérêt commun des associés»²⁰.

E si può fin d'ora ammettere che tale «scopo comune», che appunto esprime l'idea del «sodalizio», si colora in termini (ancora generici, ma più) tecnici per il suo ruolo di segnalare da un lato una sorta di omogeneità qualitativa delle posi-

¹⁸ Fin d'ora è possibile segnalare come tali espressioni contengano valori semantici che possono fare (e hanno fatto) pensare a un riferimento a teorie come quella della *institution*. Mentre in ogni caso segnalano un tema tradizionale e di sicuro interesse, quello del senso di una possibile distinzione, per alcuni tipi sottolineata dai modi stessi del procedimento costitutivo, fra il rapporto obbligatorio (la *societas*) che il contratto instaura e la società come ente costituito: la questione in definitiva, cui si farà ancora cenno e che potrebbe anche considerarsi centrale per l'intero sistema del diritto societario, se e in che termini i problemi che si pongono con riferimento alla seconda possono ancora essere valutati e risolti nella prospettiva del primo.

E si tratta di un tema la cui rilevanza (almeno) per la storia dei concetti e in definitiva dei dogmi non ha certo bisogno di essere sottolineata: cfr. intanto, per una ricostruzione storiografica del periodo che va dall'umanesimo al diciannovesimo secolo, e tutta imperniata sulla dialettica fra *Gesellschaftsvertrag* e *Gesellschaft* e fra *Schuldverhältnis* e *Personenrecht*, BLATH, *Societas sive communio*, Berlin, 2010; v. anche, per un esemplare manualistico che muove da tale dialettica, MAGNIER, *Droit des sociétés*, Paris, 2022, 13; e fra gli altri, rilevando che il fenomeno societario è troppo ampio e complesso per essere circoscritto a una vicenda contrattuale, RIVOLTA, *Diritto delle società. Profili generali*, in *Tratt. Buonocore*, diretto da Costi R., Torino, 2015, 40.

¹⁹ E non credo che vi sia bisogno per il giurista italiano di ricordare il ruolo del pensiero di ASCARELLI in argomento, e con una considerazione in primo luogo dei problemi della società: v. il classico *Il contratto plurilaterale*, ora in *Saggi giuridici*, Milano, 1949, 259 ss.

²⁰ Cfr. da ultimo, per tutti sul senso di tale formula, sui suoi rapporti con quella dell'*affectio societatis* e con l'altra di *intérêt social*, la sintesi di MAGNIER-PAULOT, *Le clair-obscur de la loi Pacte: Vers un nouveau paradigme de la gouvernance?*, in *Mélanges en l'honneur d'Alain Couret*, Paris, 2020, 121 ss., a 124 s.

zioni dei soci²¹ e da un altro lato, soprattutto, la circostanza che esso non viene direttamente realizzato con le prestazioni contrattuali, e quindi con loro non si identifica, bensì mediante un *quid* ulteriore²² rispetto a esse.

Proprio questo aspetto appare decisivo per la comparazione giuridica: in quanto è con riferimento a esso che gli ordinamenti considerati si sono formalmente distinti e hanno avuto una differente evoluzione.

In effetti, anche da un punto di vista soltanto logico potrebbe essere evidente che un discorso in termini di «scopo comune» può assumere un significato concreto per il giusprivatista (e forse non solo) se si precisa *quale* esso possa essere e *come* lo si persegue. Due aspetti che sono inoltre in grado di decisamente condizionare (ma sono anche condizionati da) il modo di atteggiarsi generale del sistema.

E così nel sistema tedesco, ove la *Gesellschaft* si definisce soltanto per l'impegno a perseguire un *gemeinsamer Zweck*, senza formalmente delimitarlo e senza caratterizzare le modalità con cui deve essere perseguito²³, ne è risultata una figura in grado di fungere da schema generale e in definitiva residuale per le vicende associative: al punto che lo stesso legislatore si è da tempo avvalso della sua disciplina per la regolamentazione di vicende come quella delle nostre associazioni non riconosciute²⁴.

²¹ Questo profilo dell'omogeneità, che è a volte espresso nella cultura giuridica francese richiedendo per la c.d. *affectio societatis* una sorta di uguaglianza nelle posizioni dei soci, serve in realtà sul piano tecnico-applicativo per distinguere lo «scopo comune» che deve caratterizzare la società e altri rapporti di collaborazione come in primo luogo quello di lavoro subordinato: v. infatti, per due significativi casi nei quali si discuteva se e in che termini lo strumento societario fosse stato utilizzato per dissimulare un rapporto di lavoro, le decisioni di Cass. civ., 22/06/1976, in *Dalloz*, 1977, 619, con nota di DIENER; e Cass. com., 10/02/1998, in *Bulletin Joly Sociétés*, 1998, 767, con nota di DAIGRÉ.

²² Per questo diffuso rilievo cfr. fra gli altri il classico saggio di BALLERSTEDT, *Der gemeinsame Zweck als Grundbegriff des Rechts der Personengesellschaften*, in *Juristische Schulung*, 1963, 253; cfr. pure, segnalando la neutralità delle prestazioni riguardo al tema della comunanza dello scopo, SCHULZE-OSTERLOH, *Der gemeinsame Zweck der Personengesellschaften*, Berlin, 1973, 14 ss.

²³ E v. da ultimo, sottolineando questa genericità e per una sua valutazione storico-comparatistica, in effetti non del tutto coincidente con quella qui svolta, LÜDEKING, *Der gemeinsame Zweck in § 705 BGB*, in *AcP*, 220 (2020), 303; cfr. pure la ormai risalente analisi di MÜLLER-GUGENBERG, *Gesellschaft, Société und Groupement als Rechtsformen zur Unternehmenskooperation*, Baden-Baden, 1976, spec. la sintesi a 283 ss.

²⁴ Mi riferisco in particolare al notissimo par. 54 *BGB*, che nel suo testo originario rinviava per la disciplina dei *nicht rechtsfähige Vereine* alle disposizioni sulla *Gesellschaft*; e che ora, a seguito della sua riscrittura con il *MoPeG*, non solo ha modificato la rubrica (che adesso recita: *Vereine ohne Rechtspersönlichkeit*), ma prevede inoltre per le ipotesi di scopi non economici una applicazione *entsprechend* della disciplina dei *Vereine* e invece per l'ipotesi di scopi economici di quella sulla *Gesellschaft*, pur essa *entsprechend* e allora proseguendo le distinzioni cui in via interpretativa si era pervenuti: v. in argomento, valutando sul punto il progetto di riforma, per tutti HABERSACK, *Modernisierung des Personengesellschaftsrechts – aber wie?*, in *ZGR*, 2020, 539, a 557 s.; e la riforma attuata nel 2021 con il *MoPeG* cui spesso dovremo ancora riferirci, WERTENBRUCH, in SCHÄFER, *Das neue Personengesellschaftsrecht*, München,