

LA RIFORMA DEL DIRITTO DELLE SOCIETÀ DI PERSONE IN GERMANIA

PETER KINDLER*

“Ma in realtà gli enti e le società di persone dotate di
capacità giuridica non sono delle varianti
della figura unitaria di persona giuridica?”

KARSTEN SCHMIDT (2001)

SOMMARIO: I. Premessa. – II. Tipologie di società di persone in Germania. – III. L'aspetto esteriore della nuova società civile. – 1. Cenni sistematici. – 2. Modifiche di carattere redazionale. – IV. La natura giuridica della nuova società civile: persona giuridica o soltanto “società di persone dotata di capacità giuridica”? – 1. Capacità giuridica e utilizzo pratico della società civile. – 2. La società di persone dotata di capacità giuridica e principio della comunione a mani riunite (*Gesamthand*). – V. I singoli aspetti della riforma. – 1. L'introduzione di un registro delle società civili e la libertà di scelta della sede sociale. – a) La pubblicità notizia della società civile. – b) La posizione giuridica della società civile iscritta nel registro delle società civili; la sua trasformazione (“*Statuswechsel*”). – c) Sede amministrativa (*Verwaltungssitz*) e sede contrattuale (*Vertragssitz*) – Diritto applicabile. – 2. L'apertura delle società commerciali (SNC, SAS) alle libere professioni. – 3. Apporti, amministrazione e rappresentanza. – 4. Le decisioni dei soci: validità e impugnazione. – 5. La responsabilità per le obbligazioni sociali. – 6. Il bilancio delle società commerciali di persone e la suddivisione di utili e perdite. – a) Generalità. – b) La contabilizzazione degli apporti. – c) Redazione ed approvazione del bilancio nelle società commerciali di persone. – VI. Osservazioni conclusive: la “legge di modernizzazione del diritto delle società di persone” (*MoPeG*) più che un rinnovamento come un consolidamento della materia.

* Ordinario di diritto commerciale all'Università di Monaco di Baviera. Lo scritto si basa sull'articolo «La riforma del diritto delle società di persone in Germania», pubblicato in *Società e Contratti, Bilancio e Revisione* (Eutekne S.p.A.), 09-2022, p. 18 ss.

I. Premessa

La legge tedesca di modernizzazione del diritto delle società di persone (*Personengesellschaftsmodernisierungsgesetz* – MoPeG) del 10 agosto 2021 ha portato ad una nuova formulazione di numerose norme fondamentali in materia, risalenti in gran parte all'800. In sostanza, i cambiamenti a livello pratico sono limitati, avendo la novella per molti versi solo adattato la *lex scripta* al diritto vivente sviluppatosi sin dall'entrata in vigore delle due codificazioni rilevanti – codice civile e codice di commercio (tedeschi) – il 1° gennaio 1900. Le novità più di spicco riguardano l'introduzione di un registro delle società civili e l'apertura delle società commerciali di persone alle libere professioni.

Il processo di riforma delle società di persone¹ ebbe inizio ben 20 anni fa, quando la Corte Federale di Giustizia, con una sentenza pilota *contra legem*, attribuiva alla *Gesellschaft bürgerlichen Rechts* (società civile) capacità giuridica e sottoponeva i suoi soci al regime delle società commerciali di persone in materia di responsabilità per le obbligazioni sociali (sentenza «*Weißes Ross*»)². La

¹ Abbreviazioni tedesche usate nel testo: AcP = Archiv für die civilistische Praxis (rivista); Anwbl. = Anwaltsblatt (rivista); BB = Betriebs-Berater (rivista); BGB = Bürgerliches Gesetzbuch (codice civile tedesco); BGH = Bundesgerichtshof (Corte Federale di Giustizia); BGHZ = Raccolta Ufficiale delle decisioni della Corte Federale di Giustizia in materia civile; BT-Drucks. = Bundestagsdrucksache (Gazzetta Ufficiale del Parlamento tedesco); AktG = Aktiengesetz (legge spa tedesca); DB = Der Betrieb (rivista); GbR = Gesellschaft bürgerlichen Rechts (società civile); FamFG = Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit = Legge sulle procedure in materia di diritto di famiglia e di volontaria giurisdizione; GmbH = Gesellschaft mit beschränkter Haftung (società a responsabilità limitata); GmbHR = GmbH-Rundschau (rivista); HGB = Handelsgesetzbuch (codice di commercio tedesco); InsO = Insolvenzordnung (Codice dell'insolvenza tedesco); KG = Kommanditgesellschaft (società in accomandita semplice); NJW = Neue Juristische Wochenschrift (rivista); NZG = Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (rivista); OHG = Offene Handelsgesellschaft (società in nome collettivo); RDigital = Recht Digital (rivista); UmwG = Umwandlungsgesetz (legge sulle trasformazioni di società); WPg = Die Wirtschaftsprüfung (rivista); ZGR = Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (rivista); ZHR = Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht (rivista); ZIP = Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (rivista); ZfPW = Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft (rivista); ZPO = Zivilprozessordnung (codice di procedura civile tedesco).

² BGH, 29 gennaio 2001, in BGHZ, 146, 341 («*Weißes Ross*»); da ultimo BGH, 16 dicembre, NJW, 2022, p. 1020 pt. 17; per una profonda analisi della sentenza del 2001 dal punto di vista italiano v. C. ANGELICI, *Variazioni su responsabilità e irresponsabilità del socio*, in *Diritto, mercato ed etica. Omaggio a Piergaetano Marchetti*, Milano, 2010, 197, 201 ss.

commissione di esperti istituita successivamente, tenendo conto delle proposte del 71° *Deutscher Juristentag* dell'anno 2016³, ha formulato un progetto di legge pubblicato il 20 aprile 2020 dal Ministero di Grazia e Giustizia (*Mauracher Entwurf*, elaborato da una commissione di esperti che si riuniva al castello di Maurach, la tenuta del monastero di Salem situata al lago di Costanza)⁴. In base a tale progetto la legge di modernizzazione del diritto delle società di persone (*MoPeG*) è stata varata il 10 agosto 2021 e pubblicata il 17 agosto 2021 nella Gazzetta Ufficiale Federale⁵. La legge entrerà in vigore il 1° gennaio 2024 (art. 137). Per molti versi la società civile è stata assimilata alla snc, anche se a livello sistematico rimangono le bipartizioni caratteristiche per il diritto societario tedesco fra attività commerciale e di libera professione nonché fra imprese commerciali e non commerciali.

³ C. SCHÄFER, in *Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages Essen 2016*, vol. I: *Gutachten Teil E, Empfiehlt sich eine grundlegende Reform des Personengesellschaftsrechts?*, 2016, p. E 1 - E 118.

⁴ Sul progetto di Maurach v. G. BACHMANN, *Zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG)*, in *NZG*, 2020, p. 612 ss.; M. HABERSACK, *Modernisierung des Personengesellschaftsrechts – aber wie?*, in *ZGR*, 2020, p. 539 ss.; H. HECKSCHEN, *Der so genannte «Mauracher Entwurf» – ein positiver Schritt zur Reform des Personengesellschaftsrechts*, in *NZG*, 2020, p. 761 ss.; A. SCHALL, *Eine dogmatische Kritik am «Mauracher Entwurf» zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts*, in *ZIP*, 2020, p. 1443 ss.

⁵ Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (Personengesellschaftsrechtsmodernisierungsg – MoPeG) vom 10. August 2021 (BGBl. I S. 3436); v. i lavori preparatori in *BT-Drucks.* 19/27635, *BT-Drucks.* 19/30942 (Beschlussempfehlung Rechtsausschuss) ed in *BT-Drucks.* 19/31105 (Bericht Rechtsausschuss); testo consolidato: C. SCHÄFER (a cura di), *MoPeG. Modernisierung des Personengesellschaftsrechts mit Synopsen zum BGB aF/nF und HGB aF/nF (mit Anmerkungen)*, Monaco di Baviera, 2022. In dottrina vedansi: C. SCHÄFER (a cura di), *Das neue Personengesellschaftsrecht. Einführung zum MoPeG*, Monaco di Baviera 2022; G. BACHMANN, *Das Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts*, in *NJW*, 2021, p. 3073 ss.; C. SCHÄFER, *Welche Änderungen bringt das neue Personengesellschaftsrecht?*, in *WPG*, 2021, p. 919 ss.; W. SERVATIUS, *Gesellschaft bürgerlichen Rechts: GbR - §§ 705-740c BGB. Kommentar*, 2023; per una prima valutazione dal punto di vista italiano M. SPERANZIN, *Diritto comparato e società di persone: la riforma tedesca*, in *Riv. soc.*, 2022, p. 393 ss.; ampi riferimenti anche da C. ANGELICI, Capitolo I. «SOCIETÀ» IN EUROPA: PAROLE E PARADIGMI, in: V. DONATIVI (a cura di), *Trattato delle società – Tomo I*, 2022, p. 3 ss., anche in Studi in onore di P. Montalenti, 2022, Tomo I, p. 3 ss.

II. Tipologie di società di persone in Germania

Le tre tipologie di società di persone in Germania corrispondono a quelle esistenti in Italia. Oltre alla società civile (*Gesellschaft des bürgerlichen Rechts* – GbR, artt. 705 e ss. BGB) troviamo la società in nome collettivo (*Offene Handelsgesellschaft* – OHG, artt. 105 e ss. HGB) e la società in accomandita semplice (*Kommanditgesellschaft* – KG, artt. 161 e ss. HGB). Dal punto di vista sistematico è evidente che in Germania non abbiamo un codice unico del diritto privato. Di fianco al codice civile (*Bürgerliches Gesetzbuch*, BGB) esiste un codice di commercio (*Handelsgesetzbuch*, HGB) incentrato sulla figura del commerciante (*Kaufmann*)⁶, in Italia sostituito dall'imprenditore con l'entrata in vigore del codice civile del 1942. Il codice di commercio tedesco contiene la normativa relativa allo statuto del commerciante (artt. 1 e ss.), alle due suddette società commerciali e la partecipazione in associazione (artt. 105 e ss.), al bilancio (artt. 238 e ss.), alle obbligazioni commerciali (artt. 343 e ss.) e alla navigazione marittima (artt. 476 e ss.). Per quanto riguarda l'utilizzabilità dell'uno o dell'altro tipo nella prassi concreta, in linea di principio, il criterio distintivo consiste nel carattere commerciale dello scopo della società. In presenza di un carattere commerciale la società è automaticamente una snc o una sas (artt. 105 comma 1 e 161 comma 1, codice di commercio tedesco 2024). Inoltre, certe società civili possono "optare" per trasformarsi in società commerciale, cioè in una snc (OHG) o in una sas (KG); a partire dal 1° gennaio 2024 questa possibilità esiste per le società civili con attività commerciali modeste (*eine Gesellschaft, deren Gewerbebetrieb nicht schon nach § 1 Absatz 2 Handelsgewerbe ist*) oppure di mero godimento (*die nur eigenes Vermögen verwaltet*)⁷ nonché per una società civile il cui oggetto è l'esercizio di una libera professione in comune da parte dei soci, se le regole professionali in materia ammettono la registrazione nel registro di commercio (art. 107 comma 1, HGB 2024).

⁶ Sul «commerciante» come figura centrale del diritto commerciale tedesco, v. P. KINDLER, *La commercializzazione imperfetta del diritto civile tedesco: cenni sistematici ed interpretativi*, in *Riv. dir. comm.*, 2019, p. 55 ss., 63 ss.

⁷ Per queste due categorie di società civile la possibilità di trasformarsi in società commerciali esiste dal 1° luglio 1998, v. K. SCHMIDT, *II Codice Commerciale Tedesco: Dal Declino alla Ricodificazione (Riflessioni sulla Riforma del HGB)*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, p. 711 ss.

III. L'aspetto esteriore della nuova società civile

1. *Cenni sistematici*

Nonostante la sua soggettività giuridica, la società civile rimane collocata nel diritto delle obbligazioni (“*Recht der Schuldverhältnisse*”; libro 2, sezione 8, titolo 16; artt. 705-740c BGB 2024); sarebbe stato più coerente trasferirne la disciplina nel libro 1 dove troviamo le persone giuridiche (*Buch 1 Abschnitt 1 Titel 2*) (v. *infra*, IV.). In fondo anche la OHG, cioè il suo modello legislativo, non si trova fra le “obbligazioni commerciali” (artt. 343 ss. HGB), bensì – giustamente – nel 2° libro del HGB dedicato alle società commerciali (artt. 105 ss. HGB). La collocazione della società civile fra i rapporti obbligatori è dovuta all’idea dei pandettisti della “*contractlichen Natur*” delle società di persone⁸.

A partire dal 2024 il diritto della società civile sarà suddiviso in tre sottotitoli. Il primo di essi consiste di un unico articolo di legge, cioè l’art. 705 BGB (versione 2024) contenente le “norme generali”, con il requisito di un contratto sociale e la distinzione fondamentale fra la società civile dotata di capacità giuridica e quella senza tale capacità. Il secondo sottotitolo (artt. 706-739 BGB 2024) è di maggiore interesse e disciplina il diritto della società civile dotata di capacità giuridica (“*Rechtsfähige Gesellschaft*”); il terzo sottotitolo (artt. 740-740c BGB 2024) è dedicato alla società civile (interna) priva di capacità giuridica che non interessa in questa sede. Per quanto riguarda la società civile dotata di capacità giuridica, la suddivisione del sottotitolo in sei capitoli mira a facilitare il lavoro degli operatori del diritto (sede e registrazione; rapporti interni; rapporti esterni; uscita di un socio; scioglimento; liquidazione).

2. *Modifiche di carattere redazionale*

La società civile nasce – come in precedenza – con il contratto sociale svincolato da una particolare forma (art. 705 comma 1 BGB 2024) e definito come un “*contratto sociale nel quale i soci si obbligano al perseguimento di uno scopo comune*”. È stato eliminato il requisito della reciprocità (“*gegenseitig*”) per mettere in chiaro che non si applicano le norme in materia di contratti sinallagmatici

⁸ *Amplius* P. KINDLER, *Filippo Ranieri und die rechtsfähige Personengesellschaft*, in *ZHR*, 185, 2021, p. 598, 605 ss.; in favore di una collocazione della nuova società civile nel libro 2, sezione 8, titolo 16 del BGB si sono espressi anche H. FLEISCHER, *Ein Rundgang durch den Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts*, in *DStR* 2021, p. 430 ss., 432; M. HABERSACK, *cit.*, p. 547.

(artt. 320 ss. BGB; in Italia artt. 1453-1469 c.c.)⁹. Inoltre, sono state codificate delle norme in materia di potere di gestione per il compimento di atti urgenti (artt. 715-715a BGB 2024; in Italia art. 2258 comma 3 c.c.), di azione individuale del socio per far valere un credito spettante alla società (art. 715b BGB 2024 – *actio pro socio*)¹⁰, e di estinzione istantanea della società con l'uscita del penultimo socio ed il passaggio del patrimonio all'ultimo socio (art. 712a BGB 2024)¹¹. È poi fondamentale la codificazione della libertà contrattuale nell'art. 708 BGB 2024 per la società civile e negli artt. 108 e 163 HGB per le società commerciali di persone.

Sono rimaste invariate le regole in materia di uscita di un socio (artt. 723-728b BGB 2024), di scioglimento (artt. 729-734 BGB 2024) e liquidazione (artt. 735-739 BGB 2024). Tali regole seguono in gran parte il diritto della OHG. La morte, il recesso e l'insolvenza di un socio non comportano lo scioglimento della società ma, in sintonia con gli artt. 2284 e 2285 c.c.¹², solo lo scioglimento del rapporto sociale limitatamente al socio interessato (art. 723 BGB 2024; per le società commerciali artt. 130 ss. e 161 comma 2 HGB 2024). Dopo lo scioglimento della società i soci possono deliberare la proroga della società se la causa di scioglimento è venuta meno (art. 734 comma 1 BGB 2024; art. 142 comma 1 HGB 2024).

IV. La natura giuridica della nuova società civile: persona giuridica o soltanto “società di persone dotata di capacità giuridica”?

1. Capacità giuridica e utilizzo pratico della società civile

In base al diritto vivente la società civile è dotata di capacità giuridica già dal 2001 (*supra*, I., sulla sentenza «*Weißes Ross*»), ma la legge non ne parla¹³. Con

⁹ È fuori discussione, tuttavia, l'applicazione dell'art. 320 BGB (v. in Italia la norma corrispondente di cui all'art. 1460 c.c.) nel caso in cui la società abbia solo due soci, essendo la situazione paragonabile al contratto sinallagmatico; v. P. KINDLER, *Grundkurs Handels - und Gesellschaftsrecht*, 9ª ediz., Monaco di Baviera, 2019, § 11 n. 6 ss.

¹⁰ P. KINDLER, *Grundkurs Handels - und Gesellschaftsrecht*, cit., § 11 n. 52 ss.

¹¹ P. KINDLER, *Grundkurs Handels - und Gesellschaftsrecht*, cit., § 11 n. 44.

¹² V., al riguardo, L. DE ANGELIS, *Il recesso del socio nelle società personali*, in *Società e Contratti, Bilancio e Revisione*, 1, 2015.

¹³ Giustamente in dottrina si registrano – J. WERTENBRUCH, *Die Vertretung der GbR in der*

la riforma questa regola di diritto giurisprudenziale viene codificata e finalmente la normativa in materia di società civile è in sintonia con quella vigente in materia di società commerciali di persone (art. 105 comma 2 HGB 2024). L'art. 705 comma 2 BGB 2024 dispone che la società civile può acquisire diritti ed assumere obbligazioni ("*kann Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen*"). Per l'acquisto della capacità giuridica da parte di una società civile la legge ha scelto un approccio soggettivo¹⁴. Si presuppone che tale società debba, in base alla volontà comune dei soci, partecipare al traffico giuridico ("*nach dem gemeinsamen Willen der Gesellschafter am Rechtsverkehr teilnehmen soll*"). In mancanza di un accordo fra i soci sul punto, si fa riferimento all'oggetto sociale. Se esso richiede la partecipazione al traffico giuridico, tale partecipazione *si presume voluta* dai soci¹⁵. Altri indizi per la volontà di dotare la società di capacità giuridica sono disposizioni contrattuali riguardanti l'identità della società (nome e sede), nonché l'organizzazione e la responsabilità per le obbligazioni sociali¹⁶. Anche se la società gestisce un'impresa sotto un nome comune, la volontà di partecipare al traffico giuridico si presume (art. 705 comma 3 BGB 2024)¹⁷.

Per quanto riguarda i rapporti con i terzi, la capacità giuridica nasce solo nel momento in cui la società partecipa al traffico giuridico con il consenso di tutti i soci, ma al più tardi con la sua iscrizione nel registro delle società (art. 719 comma 1 BGB 2024). Tale regola coincide con la nascita della OHG nei confronti di terzi (art. 123 HGB 2024). La fattispecie della nascita della società in virtù della sua mera iscrizione al registro (art. 719 comma 1 variante 2 BGB 2024) sottolinea che la società iscritta al registro delle società di diritto civili è *sempre* – cioè anche nel caso in cui ciò non corrisponda alla volontà di tutti i soci – dotata di capacità giuridica e può assumere obbligazioni. La necessità di

Reform des Personengesellschaftsrechts, in *NZG*, 2019, p. 407 – addirittura delle “false testimonianze” nel BGB stesso, ad esempio dove parla del potere di rappresentanza del singolo socio *per gli altri soci* (!) e non per la società (art. 714 BGB nella versione in vigore fino al 31 dicembre 2023); sulla soggettività giuridica della società civile in Germania v. M. SPERANZIN, *Diritto comparato e società di persone: la riforma tedesca*, in *Riv. soc.*, 2022, p. 393 ss., 398 ss.

¹⁴ G. BACHMANN, *Das Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts*, in *NJW*, 2021, p. 3073 ss., 3074.

¹⁵ Lo si legge nei lavori preparatori: *BT-Drucks.* 19/27635, p. 126 G. BACHMANN, *Das Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts*, in *NJW*, 2021, p. 3073 ss., 3074.

¹⁶ Così sempre i lavori preparatori in *BT-Drucks.* 19/27635, p. 126.

¹⁷ Circa l'inconfutabilità di tale presunzione e la regola della “*protestatio facto contraria non valet*”, v. G. BACHMANN, *Das Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts*, in *NJW*, 2021, p. 3073 ss., 3074.

proteggere l'affidamento nei traffici giuridici prevale sulla volontà dei soci – una regola finora circoscritta al campo delle sole società commerciali¹⁸.

La soggettività giuridica della società civile permette il suo utilizzo pratico in larga scala. È importante notare, tuttavia, che solo la società iscritta al registro delle società civili può essere iscritta in altri registri e documenti, quali il libro fondiario (art. 47 comma 2 legge tavolare 2024), la lista dei soci di una srl (art. 40 comma 1 GmbHG 2024), il registro delle azioni nominative di una spa (art. 67 AktG) ed il registro delle società civili (art. 707 comma 1 frase 2 BGB 2024)¹⁹. Di conseguenza, oltre alle attività da piccolo commerciante (art. 1 comma 2 HGB) e di società tra professionisti, la società civile registrata può essere utilizzata anche per la gestione non particolarmente dinamica di immobili e partecipazioni. È ben noto, a tale ultimo riguardo, anche il fenomeno inverso, e cioè la partecipazione di società di capitali in società di persone come modello di organizzazione dell'attività di impresa²⁰. Infatti, è frequente in Germania la costituzione di società in accomandita semplice in cui unico socio accomandatario è una società a responsabilità limitata interamente posseduta dagli stessi accomandanti (*GmbH & Co. KG*). Questa prassi potrebbe svilupparsi anche in Italia, essendo stati rimossi gli ostacoli legali frapposti alla partecipazione di società di capitali in società di persone²¹.

2. La società di persone dotata di capacità giuridica e principio della comunione a mani riunite (*Gesamthand*)

Secondo il principio della comunione a mani riunite (*Gesamthand*), gli apporti dei soci e i beni acquisiti mediante l'amministrazione della società diven-

¹⁸ P. KINDLER, *Grundkurs Handels - und Gesellschaftsrecht*, cit., § 11 n. 11 ss.

¹⁹ Sull'impiego pratico della società civile registrata v. *amplius* M. HERMANN, *Register für die GbR*, in C. SCHÄFER (a cura di), *Das neue Personengesellschaftsrecht*, Monaco di Baviera, 2022, p. 39 ss.

²⁰ H. FLEISCHER-P. AGSTNER, *Personengesellschaften in Italien und Deutschland. Grundlagen, Entwicklungslinien, Strukturmerkmale*, in *RabelsZ*, 81, 2017, p. 299 ss., 306; U. TOMBARI, *La partecipazione di società di capitali in società di persone come nuovo 'modello di organizzazione dell'attività di impresa'*, in *Riv. soc.*, 2006, p. 185 ss., 191; *amplius* O. CAGNASSO-C. SARACINO, *L'acquisizione di partecipazioni in società di persone da parte di una srl*, in *Società e Contratti, Bilancio e Revisione* 2, 2020, p. 1 ss.

²¹ Cfr. M. CAMPOBASSO, *Diritto delle società*, Torino 2021, p. 126; v., in giurisprudenza, Cass., 21 gennaio 2016, n. 1095, in *Sistema Integrato Eutekne*; Cass. SS.UU. 17 ottobre 1988 n. 5636, in *Foro it.*, 1988, I, c. 3247; per una critica del fenomeno v. G.E. COLOMBO, *La partecipazione di società di capitali ad una società di persone*, in *Riv. soc.*, 1998, p. 1513 ss.

tano patrimonio comune dei soci (art. 718 comma 1 BGB nella versione in vigore fino al 31 dicembre 2023). Inoltre, sempre in base a detto principio, un socio non può disporre della propria quota del patrimonio sociale e dei singoli beni che vi rientrano (art. 719 comma 1 BGB nella versione in vigore fino al 31 dicembre 2023). Tali regole sono state oggetto della curiosità anche della dottrina italiana del '900²², sebbene siano state accolte con poco entusiasmo. Già nel 1923 Francesco Ferrara, studioso pisano di nota fama, constatò lo scarso livello di astrazione del diritto tedesco che nega l'idea di un'entità autonoma e distinta dai soci²³ e rigettò la teoria della *Gesamthand* perché inaccettabile²⁴. Venticinque anni dopo anche Renzo Bolaffi, nel suo trattato fondamentale sulla società civile, qualificò la *Gesamthand* del diritto tedesco una concezione estranea alla mentalità italiana²⁵.

Infatti, giustamente, con la riforma del 2024 il legislatore tedesco ha abbandonato tale principio, ormai inconciliabile con la soggettività giuridica della società stessa che comporta la titolarità del patrimonio sociale in capo alla società e non più in capo ai soci (come lo presuppone l'idea di una proprietà comune dei soci). È emblematico, al riguardo, il nuovo art. 713 BGB 2024²⁶:

Art. 713 BGB. Patrimonio sociale. *Il patrimonio della società è costituito dagli apporti dei soci, dai diritti acquistati per o dalla società e dalle obbligazioni sorte nei suoi confronti.*

Di conseguenza, la società civile intesa come *Gesamthandsgemeinschaft* cessa – ed era ora – di esistere con lo spirare del 31 dicembre 2023. Vengono abroga-

²² F. FERRARA, *Teoria delle persone giuridiche*, Napoli-Torino, 2, 1923, p. 53 ss.; *amplius* R. BOLAFFI, *La società civile*, 1947, rist. 1975, p. 29 ss.

²³ F. FERRARA, *Teoria delle persone giuridiche*, Napoli-Torino, 2, 1923, p. 45: “Il diritto germanico non è mai arrivato alla concezione d'un ente ideale distinto dalla collettività degli individui associati: per questo era necessaria una forza di astrazione di cui un popolo primitivo non è capace. Il diritto germanico s'è fermato all'idea ingenua e materialistica che vede nelle associazioni nient'altro che una pluralità di persone aventi dei beni comuni”.

²⁴ F. FERRARA, *La personalità giuridica delle società di commercio*, in *Riv. dir. comm.*, 1910, I, p. 94 ss., 99: “Questa costruzione però non è accettabile”.

²⁵ R. BOLAFFI, *La società civile*, 1947, rist. 1975, p. 32: “una concezione estranea alla nostra mentalità”; per una comparazione italo-tedesca sul punto vedi le interessanti pagine di H. FLEISCHER-P. AGSTNER, *Personengesellschaften in Italien und Deutschland. Grundlagen, Entwicklungslinien, Strukturmerkmale*, in *RabelsZ*, 81, 2017, p. 299 ss., 326, 343.

²⁶ Traduzione a cura di M. ONZA *et al.*

ti gli artt. 718-720 BGB 1900, norme da tempo inconciliabili con il diritto vivente in materia ed enigmatici per studenti e studiosi allo stesso tempo. Infatti, se il patrimonio sociale appartiene alla società (art. 713 BGB 2024), sarebbe contraddittorio assegnarlo anche ai soci “a mani riunite”²⁷.

Sarebbe stato ancora più coerente a questo punto riconoscere tutte le società di persone come persone giuridiche. Lo fa ad esempio il diritto francese²⁸, ed in dottrina c'è chi sostiene questo inquadramento perché manca una differenza sostanziale fra la “società di persone dotata di capacità giuridica” (art. 705 comma 2 BGB 2024) e la persona giuridica; ambedue partecipano come entità autonome al traffico giuridico²⁹. Questa soluzione sembra coerente anche alla luce di un'indagine storico-comparatistica della problematica dalla quale risulta che le società di persone di diritto tedesco altro non sono che persone giuridiche³⁰. Ed infatti, la negazione *tout court* (art. 705 comma 2 BGB 2024) che

²⁷ G. BACHMANN, *Zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG)*, in *NZG*, 2020, p. 612 ss., 615; P. KINDLER, *Filippo Ranieri und die rechtsfähige Personengesellschaft*, in *ZHR*, 185, 2021, p. 598 ss., 604 ss.

²⁸ F. RANIERI, *L'invenzione della persona giuridica. Un capitolo nella storia del diritto dell'Europa continentale*, Milano 2020, p. 66: “In Francia la nuova legislazione societaria introdusse essenziali miglioramenti”.

²⁹ Per l'inquadramento delle società di persone fra le persone giuridiche anche H. FLEISCHER-P. AGSTNER, *Personengesellschaften in Italien und Deutschland. Grundlagen, Entwicklungslinien, Strukturmerkmale*, in *RabelsZ*, 81, 2017, p. 299 ss., p. 326 “wissenschaftlich-konzeptionell [...] nicht ausgeschlossen, wenn man den Begriff der juristischen Person von seinem naturrechtlichen Vorverständnis befreit”, anche p. 343.

³⁰ F. RANIERI, *L'invenzione della persona giuridica. Un capitolo nella storia del diritto dell'Europa continentale*, Milano 2020; P. KINDLER, *Filippo Ranieri und die rechtsfähige Personengesellschaft*, cit., p. 59 ss.; P. KINDLER, *Die «rechtsfähige Gesellschaft» als juristische Person – erste Befunde und Überlegungen zum Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG)*, in *ZfPW*, 2022, p. 409 ss.; per l'inquadramento della società di persone come persona giuridica v. già T. RAISER, *Gesamthand und juristische Person im Licht des neuen Umwandlungsrechts*, in *AcP*, 194, 1994, p. 495 ss., 510 ss.; W. HADDING, *Zur Rechtsfähigkeit und Parteifähigkeit der (Außen-)Gesellschaft bürgerlichen Rechts sowie zur Haftung ihrer Gesellschafter für Gesellschaftsverbindlichkeiten*, in *ZGR*, 2001, p. 712 ss., 718 (“Mit dem Terminus «juristische Person» ist nur eine Sammelbezeichnung für diejenigen Tatbestände gefunden, bei denen kraft gesetzlicher Vorschriften unter bestimmten Voraussetzungen in der einen oder anderen Weise Rechtsfähigkeit erlangt worden ist.”); P. KINDLER, *Filippo Ranieri und die rechtsfähige Personengesellschaft*, in *ZHR*, 185, 2021, p. 598 ss.; in prospettiva storica v. F. RANIERI, *L'invenzione della persona giuridica. Un capitolo nella storia del diritto dell'Europa continentale*, Milano 2020, p. 75 ss.; l'opinione dominante in Germania – ed anche in Italia, v. Cass. 4 marzo 2022 n. 7184, in *Sistema Integrato Eutekne*, Cass. SS.UU. 15 marzo 2022 n. 8337, *Giust. civ. Mass.* 2022 – ritiene,

una determinata entità dotata di capacità giuridica sia una persona giuridica, alla René Magritte („Ceçi n'est pas une pipe“), non toglie a tale entità il carattere ontologico di persona giuridica, essendo tale caratteristica proprio fondata sulla capacità di essere titolare di diritti ed obblighi³¹.

Scendiamo nei particolari. L'appartenenza delle società di persone alla categoria delle persone giuridiche deriva, in base alla MoPeG (art. 713 BGB 2024), dal fatto che la società stessa è titolare del suo patrimonio proprio in base alla sua capacità giuridica il che, come diceva già *Friedrich Carl von Savigny*, fa parte dell'essenza di tutte le corporazioni (Teil des «Wesen[s] aller Corporationen»³²), nella traduzione di Vittorio Sciajola: «L'essenza poi di tutte le corporazioni sta in ciò che il soggetto dei diritti non è costituito dai singoli membri (neppure dalla somma totale di essi), ma dal tutto ideale»³³.

invece, che le società di persone siano delle entità sì dotate di capacità giuridica ma non di personalità giuridica: C. SCHÄFER, *Reformbedarf und Schwerpunkte*, in C. SCHÄFER (a cura di), *Das neue Personengesellschaftsrecht*, Monaco di Baviera, 2022, p. 10; M. HABERSACK, *Modernisierung des Personengesellschaftsrechts – aber wie?*, in *ZGR*, 2020, p. 539 ss., 547 ss.; C. SCHÄFER in *Münchener Kommentar zum BGB*, 8ª ediz., Monaco di Baviera, 2020, Introduzione al § 705 n. 12 ss.

³¹ Chiarissimo in questo senso T. RAISER, *Gesamthand und juristische Person im Licht des neuen Umwandlungsrechts*, cit., p. 495 ss., 504, il quale ricomprende fra le persone giuridiche tutte le entità alle quali la legge attribuisce capacità giuridica; nello stesso senso il progetto polacco dell'art. 43 codice civile (2008), secondo cui “una persona giuridica è una organizzazione che la legge riconosce espressamente come persona giuridica o a cui la legge conferisce capacità legale”, sul diritto polacco F. RANIERI, *L'invenzione della persona giuridica. Un capitolo nella storia del diritto dell'Europa continentale*, Milano 2020, p. 88; diversamente la Corte Federale Suprema Tedesca, BGH, 29 gennaio 2001, in *BGHZ*, 146, 2001, p. 341: la personalità giuridica non sarebbe la conseguenza automatica dell'attribuzione della capacità giuridica; ma v. la domanda provocatoria già di K. SCHMIDT, *Die BGB-Außengesellschaft: rechts- und parteifähig. Besprechung des Grundlagenurteils II ZR 331/00 vom 29. 1. 2001*, in *NJW*, 2001, p. 993 ss., 996: “ma in realtà gli enti e le società di persone dotate di capacità giuridica non sono delle varianti della figura unitaria di persona giuridica?”; ID., *Neuregelung des Rechts der Personengesellschaften? – Vorüberlegungen für eine konsistente Reform*, in *ZHR*, 177, 2013, p. 712 ss., 722: „Viel spricht für diese [...] Ansicht“.

³² Cfr. F. RANIERI, *L'invenzione della persona giuridica. Un capitolo nella storia del diritto dell'Europa continentale*, Milano 2020, p. 41, il quale si riferisce a VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, II, Berlino, 1840, p. 243; P. KINDLER, *Filippo Ranieri und die rechtsfähige Personengesellschaft*, in *ZHR*, 185, 2021, p. 598 ss., 606, 608.

³³ VON SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale* (trad. it. di V. SCIAJOLA), I-VIII, Torino [18886-1900], rist. 2010, p. 246-247.

In questo senso la qualità (di un'entità) di persona giuridica si determina a livello ontologico – in base (unicamente) alla sua capacità giuridica – e non spetta al legislatore negarla. La «società di persone dotata di capacità giuridica» (art. 14 comma 2, BGB) in realtà altro non è che una persona giuridica, anche se ci sono da notare certe, ma irrilevanti, differenze rispetto alle società di capitali: l'inammissibilità della società unipersonale (art. 712a BGB 2014), della plurima partecipazione in una società di persone³⁴ e dell'acquisto di partecipazioni proprie (art. 711 comma 1 frase 2 BGB 2024)³⁵. – Nessuna di queste differenze riguarda una caratteristica essenziale della persona giuridica³⁶: il requisito della pluripersonalità (*Mehrpersonenerfordernis*; art. 712a comma 1 frase 1 BGB 2024) si trova anche nelle persone giuridiche (cfr. art. 73, BGB, in materia di associazioni), e lo stesso dicasi dell'esclusione della plurima partecipazione o dell'acquisto di partecipazioni proprie (cfr. art. 38, BGB, sempre in materia di associazioni). Anche altre presunte differenze strutturali fra la persona giuridica e la società di persone³⁷ non giustificano la distinzione fra queste due categorie: il regime della responsabilità dei soci, a tale riguardo, non dice nulla. È vero che nel settore delle società di persone prevale la responsabilità dei soci per i debiti sociali, mentre ciò non vale per le società di capitali. Ci sono, tuttavia, società di persone in cui troviamo dei soci limitatamente responsabili (artt. 161 ss. HGB [società in accomandita]; art. 8 commi 2-4 PartGG [STP]) mentre esistono, d'altra parte, persone giuridiche in cui determinati soci rispondono

³⁴ C. SCHÄFER, in *Münchener Kommentar zum BGB*, 8ª ed., 2020, § 705 n. 187 ss., anche in merito alle eccezioni già oggi riconosciute al principio dell'unicità della appartenenza alla società (*Mitgliedschaft*).

³⁵ Diversamente M. HABERSACK, *Modernisierung des Personengesellschaftsrechts – aber wie?*, in *ZGR*, 2020, p. 539 ss., 548, 566, il quale mette l'accento proprio sull'importanza di tali differenze.

³⁶ In questo senso T. RAISER, *Gesamthand und juristische Person im Licht des neuen Umwandlungsrechts*, in *AcP*, 194, 1994, p. 495 ss., 504 ss., 510 sub IV, dopo aver trattato delle varie presunte caratteristiche della persona giuridica rispetto alla società di persone.

³⁷ In merito a queste (presunte) differenze strutturali v. C. SCHÄFER, in *Münchener Kommentar zum BGB*, 8ª ed., 2020, introduzione al § 705 n. 13 e § 705 n. 315 ss.; inoltre E. RÖDER, *Die Personengesellschaft mit beschränkter Haftung: Eine Lücke im deutschen Gesellschaftsrecht*, in *ZHR*, 184, 2020, p. 457 ss., 478 ss.; P. ULMER, *Die Gesamthandsgesellschaft – Ein noch immer unbekanntes Wesen?*, in *AcP*, 198, 1998, p. 113 ss., 122. L'atteggiamento critico di chi scrive in merito alla presunta natura tipologica delle caratteristiche di cui si tratterà in seguito: ARBEITSKREIS BILANZRECHT HOCHSCHULEHRER RECHTSWISSENSCHAFT, *Die geplante Reform des Personengesellschaftsrechts: Gesellschaftsrechtliche Grundfragen und steuerliche Implikationen*, in *ZIP*, 2021, Beilage zu Heft 2, p. 3 ss., 8 ss.

illimitatamente dei debiti sociali (artt. 278 ss., AktG [s.a.p.a.]; art. 322, AktG [*Eingliederung* in materia di gruppi]; art. 2325 comma 2 c.c. [società unipersonale in Italia]³⁸). La responsabilità limitata perciò non è una caratteristica essenziale della persona giuridica bensì il risultato di una libera decisione dei legislatori a prescindere dal tipo di ente di cui si tratta³⁹. Inoltre, la trasferibilità delle quote di partecipazione (limitata dagli artt. 711, 711a, BGB) non è garantita in tutti i tipi di persona giuridica (cfr. l'art. 76 GenG [legge sulle cooperative]; art. 38, BGB, in materia di associazioni), e, nella prassi delle società di capitali, è spesso limitata da clausole di gradimento (*Vinkulierungsklauseln*) nello statuto di s.r.l. o s.p.a.⁴⁰. La votazione a maggioranza, caratteristica per la formazione della volontà sociale nelle persone giuridiche, si trova di regola anche nelle società di persone, in virtù del contratto sociale (cfr. art. 119 comma 2 HGB; art. 109 comma 3 HGB 2014; artt. 708, 714 BGB 2024). Infine, neanche l'autorappresentanza dei soci (*Selbstorganschaft*, art. 720 comma 1, BGB 2024)⁴¹ è da considerarsi una caratteristica essenziale delle società di persone, dal momento che questa figura si trova anche nel campo delle persone giuridiche classiche (cfr. art. 9 comma 2, legge sulle cooperative [GenG]); e nella società di persone c.d. atipica (in cui l'unico socio illimitatamente responsabile per i debiti sociali è una persona giuridica, art. 19 comma 2, HGB) l'autorappresentanza dei soci può essere evitata facilmente

³⁸ Per un confronto italo-tedesco v. P. KINDLER, *Italienisches Handels- und Wirtschaftsrecht*, 2ª ed., 2014, § 4 n. 150.

³⁹ T. RAISER-R. VEIL, *Recht der Kapitalgesellschaften*, 6ª ed., 2015, § 3 n. 12; Corte di Giustizia 21 ottobre 2010 – causa C-81/09, ECLI:EU:2010: 622 (Idryma Typou), pt. 42 (“Peraltro, anche se da un esame del diritto degli Stati membri [...] risulta che, nella maggioranza dei casi, gli azionisti delle società elencate all'art. 1 della prima direttiva non sono tenuti a rispondere personalmente dei debiti della società per azioni o della società a responsabilità limitata, non si può concludere che si tratti di un principio generale del diritto societario applicabile in tutte le circostanze e senza eccezioni.”); P. KINDLER, *Introduction*, n. 93, in P. KINDLER-J. LIEDER (a cura di), *European Corporate Law. Article-by-Article Commentary*, 2021; ID., *Kapitalgesellschaftsrechtliche Durchgriffshaftung und EU-Recht*, in *Festschrift Säcker*, 2011, p. 393 ss., 394; sempre sulla irrilevanza tipologica del regime della responsabilità per i debiti sociali vedasi H.-C. GRIGOLEIT, *Gesellschafterhaftung für interne Einflussnahme im Recht der GmbH*, 2006, p. 14: „Aus funktionaler Sicht und unter dem Gesichtspunkt kategorialer Klarheit dürfte es vorzuzugswürdig sein, die juristische Personalität mit der (externen) Rechtsfähigkeit gleichzusetzen“.

⁴⁰ P. KINDLER, *Le successioni a causa di morte nel diritto tedesco: profili generali e successione nei beni produttivi*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 359 ss., 379.

⁴¹ V. la ricostruzione, dal punto di vista italiano, di P. SPADA, *La tipicità delle società*, Padova, 1974, p. 339 ss.; M. SPERANZIN, *Diritto comparato e società di persone: la riforma tedesca*, in *Riv. soc.*, 2022, p. 393 ss., 413 s.

attraverso la nomina di una persona estranea alla società quale amministratore del socio illimitatamente responsabile. «Demolite» tutte queste presunte caratteristiche della persona giuridica, si torna alla constatazione di cui sopra di *Friedrich Carl von Savigny* secondo cui unicamente la capacità giuridica fa parte dell'essenza di tutte le corporazioni. Di conseguenza, la «società di persone dotata di capacità giuridica» (artt. 14 comma 2, 705 comma 2 var. 1, BGB) in realtà altro non è che una persona giuridica.

V. I singoli aspetti della riforma

1. L'introduzione di un registro delle società civili e la libertà di scelta della sede sociale

a) La pubblicità notizia della società civile

Una delle principali novità della riforma riguarda l'introduzione di un registro delle società civili, con iscrizione facoltativa delle società (art. 707 BGB 2024). A differenza del diritto italiano (art. 7 comma 1 n. 9 del regolamento attuativo del registro di commercio)⁴², l'iscrizione è obbligatoria solo per le società che a loro volta hanno intenzione di essere iscritte in determinati registri o documenti (*supra*, IV.1)⁴³. Il registro è tenuto dalla pretura nella cui circoscrizione la società ha la propria sede (art. 374 n. 2 FamFG 2024; art. 707 comma 1 BGB 2024). Si tratta di un registro per attività commerciali solo nel senso che la società civile può esercitare delle attività commerciali minori (art. 1 comma 2 HGB; *supra*, III.1).

b) La posizione giuridica della società civile iscritta nel registro delle società civili; la sua trasformazione ("Statuswechsel")

La società civile iscritta nel registro delle società civili può e deve, nel suo nome, indicare la sua forma giuridica e cioè "*eingetragene Gesellschaft bürgerli-*

⁴² O. CAGNASSO-C. SARACINO, *La rappresentanza nelle società di persone*, in *Società e Contratti, Bilancio e Revisione* 1, 2019.

⁴³ In merito al registro delle società civili, v. M. RICHTER-R. BÄRWALDT, *Das künftige Recht der GbR und seine Auswirkungen auf die Registerpraxis*, in *DB*, 2021, p. 2476; M. HERMANN, *Register für die GbR*, in C. SCHÄFER (a cura di), *Das neue Personengesellschaftsrecht*, Monaco di Baviera, 2022, p. 27 ss.; H. HECKSCHEN, *MoPeG: Der letzte Stand – vorbereitet sein auf den 1. Januar 2024*, in *Anwbl.*, 2022, p. 31; M. HERMANN, *Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG) – Entstehung und Überblick*, in *DNotZ*, 2022, p. 3 ss., 5 ss.; D. JOHN, *Das Gesellschaftsregister gemäß MoPeG*, in *NZG*, 2022, p. 243 ss.

chen Rechts” (società iscritta di diritto civile) oppure “eGmbH” (art. 707a comma 2 BGB 2024). L’iscrizione nel registro ha efficacia dichiarativa, cioè rileva sul piano dell’opponibilità dell’atto o del fatto iscritto in maniera analoga al regime in materia di registro di commercio (art. 707a comma 3 BGB 2024; art. 15 HGB; in Italia: art. 2193 c.c.). L’iscrizione non può essere cancellata se non in caso di liquidazione della società (art. 707a comma 4 BGB 2024: “*Löschung nur nach allgemeinen Vorschriften*”) ⁴⁴. Con questa regola il legislatore intende rafforzare l’affidabilità della società civile nel traffico giuridico. Di conseguenza, la trasformazione di un’altra società in società civile (*Formwechsel*; artt. 191 ss. UmwG), a partire dal 1° gennaio 2024, è ammessa soltanto se la rinnovata veste giuridica è una società civile registrata. Inoltre, l’iscrizione nel registro delle società civili permette alla società di partecipare a operazioni di fusione e scissione (art. 3 comma 1 n. 1 UmwG 2024).

Dal momento che il registro delle società civili esiste accanto al registro di commercio, una società civile che si trasforma in società commerciale di persone deve uscire dal registro delle società civili ed essere iscritta nel registro di commercio. Questo procedimento (“*Statuswechsel*”) è disciplinato dagli artt. 707c BGB 2024 e 106 commi 4 e 5 HGB 2024 ⁴⁵.

c) *Sede amministrativa (Verwaltungssitz) e sede contrattuale (Vertragssitz) – Diritto applicabile*

L’art. 706 BGB 2024 disciplina la sede sociale. La sede sociale determina, fra l’altro, la competenza per territorio del giudice del registro (art. 707 comma 1 BGB 2024), del giudice in materia di contenziosi (art. 17 comma 1 frase 2 ZPO) e del giudice fallimentare (artt. 3 e 4 InsO), ed è criterio di collegamento anche per la competenza internazionale del giudice tedesco (ad es. in base agli artt. 4, 24 n. 1 e 63 comma 1 lett. a) Regolamento Bruxelles Ibis e art. 17 comma 1 frase 2 ZPO, artt. 3 e 4 InsO; art. 3 comma 1 frase 2 del Regolamento UE 2015/848 per l’insolvenza transfrontaliera) ⁴⁶. In base alla definizione le-

⁴⁴ G. BACHMANN, *Das Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts*, in *NJW*, 2021, p. 3073 ss., 3074; M. HERMANN, *Register für die GmbH*, in C. SCHÄFER (a cura di), *Das neue Personengesellschaftsrecht*, Monaco di Baviera, 2022, p. 34.

⁴⁵ *Amplius* M. NOACK-L. GÖBEL, *Die eingetragene Personengesellschaft zwischen Rechtsformwahl und Rechtsformzwang*, in *GmbHR*, 2021, p. 569 ss.; M. HERMANN, *Register für die GmbH*, in C. SCHÄFER (a cura di), *Das neue Personengesellschaftsrecht*, Monaco di Baviera, 2022, p. 36 ss.

⁴⁶ In merito alla competenza internazionale, v. P. KINDLER, in *Münchener Kommentar zum BGB cit.*, *Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht*, n. 603.

gale di cui all'art. 706 frase 1 BGB 2024, la sede della società è il luogo in cui si trova effettivamente l'amministrazione. In deroga a tale norma i soci di una società civile possono concordare un altro luogo nel territorio nazionale come sede sociale (sede contrattuale, *Vertragssitz*) il quale diventa, in questo caso, la sede sociale al posto della sede amministrativa (art. 706 frase 2 BGB 2024). Questa libertà di scelta della sede sociale potrebbe essere di interesse per le *Decentralised Autonomous Organisations* (DAO)⁴⁷.

Per quanto riguarda la dimensione internazionale della libertà di scelta della sede sociale è importante notare che tale libertà non si estende alla scelta di un luogo al di fuori della Germania. In questo modo si intende garantire "l'ancoraggio" della società all'ordinamento giuridico tedesco. Infatti, una sede contrattuale all'estero renderebbe più difficile l'accertamento della competenza internazionale e territoriale dell'autorità giudiziaria tedesca⁴⁸. Esattamente come le relative norme contenute negli artt. 4a GmbHG e 5 AktG⁴⁹, anche l'art. 706 BGB 2024 non è una norma di diritto internazionale privato tedesco⁵⁰. Di conseguenza, alla società civile operativa nei traffici giuridici si applica il criterio di collegamento della sede reale ("*Sitztheorie*") quale regola di diritto internazionale privato giurisprudenziale⁵¹; la società civile interna è sottoposta alla li-

⁴⁷ L'organizzazione autonoma decentralizzata è una organizzazione la cui attività e il cui potere esecutivo sono ottenuti e gestiti attraverso regole codificate, come programmi per computer chiamati contratto intelligente; sulle questioni del diritto applicabile, v. G. SPINDLER, *Blockchaintypen und ihre gesellschaftsrechtliche Einordnung. Unter besonderer Berücksichtigung der decentralized autonomous organization (DAO)*, in *RDi*, 2021, p. 309, 313 ss.; S. SCHWEMMER, *Dezentrale (autonome) Organisationen*, in *AcP*, 221, 2021, p. 555, 569 ss.

⁴⁸ V. i lavori preparatori in *BT-Drucks.* 19/27635, p. 127.

⁴⁹ Che non si tratti di norme di conflitto è pacifico in giurisprudenza: BGH, 27 ottobre 2008, in *BGHZ*, 178, 2008, p. 192 – *Trabrennbahn n. 22* ("*Insbesondere enthält § 4a GmbHG [...] keine Regelung über die Anerkennung ausländischer Gesellschaften mit Verwaltungssitz im Inland*"), facendo riferimento a P. KINDLER, *GmbH-Reform und internationales Gesellschaftsrecht*, in *Die AG*, 2007, p. 721, 725 ss.; BGH, 12 luglio 2011, in *BGHZ*, 190, 2011, p. 242 n. 16; BGH, 22 novembre 2016, in *BGHZ*, 212, 2016, p. 381 n. 20; P. KINDLER, in *Münchener Kommentar zum BGB cit.*, *Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht*, n. 5.

⁵⁰ H. HECKSCHEN, *Der so genannte «Mauracher Entwurf» – ein positiver Schritt zur Reform des Personengesellschaftsrechts*, in *NZG*, 2020, p. 761, 763 ss.; di avviso diverso J. LIEDER-R. HILSER, *Das Internationale Personengesellschaftsrecht des MoPeG*, in *ZHR*, 185, 2021, p. 471, 490 ss.; A. SCHALL, *cit.*, p. 1443, 1448 ss.; J. HOFFMANN-S. HORN, *Die Neuordnung des internationalen Personengesellschaftsrechts*, in *RabelsZ*, 86, 2022, p. 65.

⁵¹ BGH, 22 novembre 2016, *BGHZ*, 212, p. 381 n. 20 (giurisprudenza costante); anche i lavori preparatori in *BT-Drucks.* 19/27635, p. 127; P. KINDLER, in *Münchener Kommentar zum*

bertà di scelta della legge applicabile riconosciuta in materia contrattuale⁵². Dal punto di vista del giudice tedesco⁵³, gli artt. 705 ss. BGB 2024 si applicano solo se al momento della conclusione del contratto sociale la sede effettiva della società si trova(va) in Germania. Inoltre, l'art. 706 BGB 2024 non è una norma di conflitto bilaterale⁵⁴, nel senso che una società civile con sede contrattuale all'estero ma sede amministrativa in Germania dovrebbe essere riconosciuta dall'autorità giudiziaria tedesca.

2. L'apertura delle società commerciali (SNC, SAS) alle libere professioni

In Italia, con la L. 183/2011 e il regolamento di attuazione (DM 8.2.2013 n. 34), è stata istituita per le libere professioni la società fra professionisti. Esiste una disposizione analoga in Germania: la legge sul "partenariato" nel settore delle libere professioni (*Partnerschaftsgesellschaftsgesetz* - PartGG)⁵⁵. Ma mentre le snc e le sas italiane non sono utilizzabili per le attività ordinarie, la riforma delle società di persone in Germania comporta l'apertura anche delle società commerciali di persone alle libere professioni. In materia di STP (tedesca) la riforma comporta due liberalizzazioni:

- non sarà obbligatorio inserire nel nome della STP, a partire dal 1° gennaio 2024, il nome di uno dei soci o delle professioni esercitate (art. 2 comma 1 PartGG 2024);
- è stato abrogato il requisito della forma scritta *ad substantiam* (art. 3 PartGG 2024).

L'apertura anche delle società commerciali di persone alle libere professioni comporta che gli interessati potranno organizzarsi utilizzando la *GmbH & Co. KG* (*supra*, IV.1), il che è interessante sotto il profilo della limitazione della responsabilità personale dei soci. Quest'ultimi da accomandanti rispondono per le obbli-

BGB cit., *Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht*, n. 5; M. WELLER-S. SCHWEMMER, *Das MoPeG: Eine Jahrhundertreform im Personengesellschaftsrecht?*, in *BB*, 2021, fasc. 29/30, p. I.

⁵² BGH, 13 settembre 2004, in *DB*, 2004, p. 2418; BGH, 10 febbraio 2009, in *NJW*, 2009, p. 1482 n. 10; in merito alla qualificazione contrattuale anche BGH, 10 giugno 2015, in *NJW*, 2015, p. 2581 n. 12; P. KINDLER, in *Münchener Kommentar zum BGB cit.*, *Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht*, n. 287.

⁵³ Per il punto di vista del giudice italiano v. art. 25 della L. 218/95.

⁵⁴ Sulle norme di conflitto bilaterali in materia societaria, v. P. KINDLER, in *Münchener Kommentar zum BGB cit.*, *Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht*, n. 506, 544.

⁵⁵ P. KINDLER, *La nuova società tra professionisti in Germania*, in *ACADÉMIE DES PRIVATISTES EUROPÉENS* (a cura di), *Annales de droit privé 2012-2013*, Milano, 2013, p. 369 ss.

gazioni della società soltanto entro l'importo convenuto della responsabilità (*Haftsumme*) verso i creditori sociali (art. 161 comma 1 HGB 2024)⁵⁶. Queste novità non sono rilevanti per commercialisti e revisori contabili (i quali già adesso possono esercitare la loro attività sotto forma di società commerciale di persone), ma di grande interesse per gli avvocati. Se l'oggetto sociale consiste nell'esercizio di una libera professione in comune da parte dei soci e se le regole professionali in materia lo ammettono, si può richiedere l'iscrizione nel registro di commercio (art. 107 comma 1 HGB 2024). In materia di avvocatura, il nuovo art. 59b comma 1 frase 1 n. 1 della Legge professionale forense (*Bundesrechtsanwaltsordnung* – BRAO), in vigore dal 1° agosto 2022, lo permette espressamente⁵⁷.

3. *Apporti, amministrazione e rappresentanza*

La norma cardine in materia di apporti, potere di voto e partecipazione nei guadagni e nelle perdite è l'art. 709 BGB [2024], applicabile alla società civile e alle società commerciali di persone (artt. 105 comma 3, 120 comma 1 e 161 comma 2 HGB [2024])⁵⁸:

Art. 709 BGB. Apporti; potere di voto e partecipazione nei guadagni e nelle perdite.

(1) L'apporto di un socio può consistere in qualsiasi utilità per il perseguimento dello scopo comune, anche nella prestazione di servizi.

(2) Nel dubbio, i soci sono obbligati ai medesimi apporti.

(3) Il potere di voto e la quota di partecipazione agli utili e alle perdite sono regolati in primo luogo secondo le percentuali di partecipazione pattuite. Se non sono stati pattuiti rapporti di partecipazione, essi sono regolati in proporzione ai valori pattuiti degli apporti. Se nemmeno i valori degli apporti sono stati pattuiti, ogni socio, indipendentemente dal valore del suo apporto, ha lo stesso potere di voto e una uguale partecipazione agli utili e alle perdite.

⁵⁶ A tutela dei clienti l'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile professionale della società è di 2,5 milioni di euro, art. 59-o Legge professionale forense (*Bundesrechtsanwaltsordnung*).

⁵⁷ G. BACHMANN, *Das Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts*, in *NJW*, 2021, p. 3073 ss.; sull'apertura delle società commerciali di persone alle libere professioni in Germania v. anche M. SPERANZIN, *Diritto comparato e società di persone: la riforma tedesca*, in *Riv. soc.*, 2022, p. 393 ss., 431 s.

⁵⁸ Traduzione a cura di M. ONZA *et al.*

La riforma non ha modificato il principio secondo cui, nella società civile, in mancanza di diversa disposizione del contratto sociale, i soci sono titolari congiuntamente del potere di gestione e di rappresentanza (artt. 715 comma 3 e 720 comma 1 BGB 2024). Gli amministratori devono essere soci (*Selbstorgan-schaft*). Nelle società commerciali di persone è previsto un potere di rappresentanza dei soci disgiunto (art. 124 comma 1 HGB 2024), fatta eccezione per il socio accomandante nella KG, il quale non ha come tale il potere di rappresentanza (art. 170 comma 1 HGB 2024). Come in Italia, in assenza di contrarie stipulazioni del contratto sociale, il potere di rappresentanza è simmetrico a quello di gestione, avendo i soci la facoltà di conferire il potere di gestione solo ad alcuni soci stessi o adottare il metodo congiunto; inoltre possono conferire il potere di rappresentanza solo ad alcuni soci amministratori⁵⁹. Per quanto riguarda la portata oggettiva del potere di rappresentanza, in tutte le società di persone tale potere è onnicomprensivo e, a differenza del diritto italiano⁶⁰, va al di là dell'oggetto sociale; è nullo, nei confronti di terzi, ogni patto limitativo (art. 720 comma 3 BGB 2024; art. 124 comma 4 HGB 2024)⁶¹. Essendo il potere di rappresentanza onnicomprensivo, a differenza del diritto italiano⁶², non è possibile il compimento di atti *ultra vires*, ed eventuali limiti interni del potere di rappresentanza sono opponibili ai terzi solo in caso di abuso del potere di rappresentanza e comportamento collusivo del terzo⁶³.

4. *Le decisioni dei soci: validità e impugnazione*

Gli artt. 714 ss. BGB 2024 disciplinano l'organizzazione interna della società sulla base della distinzione tra gestione dell'impresa e decisioni dei soci⁶⁴.

⁵⁹ Per l'Italia v. O. CAGNASSO-C. SARACINO, *La rappresentanza nelle società di persone*, in *Società e Contratti, Bilancio e Revisione* 1, 2019.

⁶⁰ Art. 2266 comma 2 c.c.; O. CAGNASSO-C. SARACINO, *La rappresentanza nelle società di persone*, in *Società e Contratti, Bilancio e Revisione* 1, 2019.

⁶¹ V. le osservazioni critiche al riguardo da parte di M. HABERSACK, *Vertretung und Haftung*, in C. SCHÄFER (a cura di), *Das neue Personengesellschaftsrecht*, Monaco di Baviera, 2022, p. 92 ss. (con riferimento alla spesso scarsa esperienza professionale esistente proprio nelle società civili).

⁶² O. CAGNASSO-C. SARACINO, *La rappresentanza nelle società di persone*, in *Società e Contratti, Bilancio e Revisione* 1, 2019.

⁶³ P. KINDLER, *Grundkurs Handels- und Gesellschaftsrecht, cit.*, § 10 n. 76.

⁶⁴ *Amplius* M. SPERANZIN, *Diritto comparato e società di persone: la riforma tedesca*, in *Riv. soc.*, 2022, p. 393 ss., 407 ss., *sub* 4 e 5; per una comparazione italo-tedesca vedasi anche F. MURINO,

Queste ultime comprendono le modifiche organizzative (cioè del contratto sociale), le decisioni relative alle basi essenziali o gli atti di amministrazione di natura straordinaria (art. 715 comma 2 BGB 2024), oltre alle eventuali decisioni sugli atti di gestione di natura ordinaria espressamente riservate alla competenza dei soci dal contratto sociale⁶⁵; per questa categoria vige la regola generale del necessario consenso di tutti i soci (art. 714 BGB 2024). Nella KG anche l'accomandante ha il diritto di partecipare alle decisioni organizzative o di natura straordinaria, salvo quelle relative all'attribuzione o alla revoca di procure (art. 164 HGB). A livello strutturale c'è da notare che nelle società di persone, a differenza delle società di capitali, non esiste né un CdA né un'assemblea dei soci come "organi" della società.

In materia di decisioni dei soci si nota, sotto vari profili, sempre la bipartizione fondamentale fra società civile e società commerciali. Mentre le decisioni possono essere assunte, nelle società civili, senza formalità particolari, e possono rappresentare anche una deroga *una tantum* al contratto di società, oppure risultare dalla tolleranza di decisioni a maggioranza, nelle società commerciali l'art. 109 HGB 2024 prevede che sia necessario un procedimento assembleare, anche virtuale, convocato da uno dei soci senza formalità particolari e con un congruo preavviso, e con la proclamazione del risultato della decisione da parte del presidente⁶⁶.

Inoltre, la possibilità espressa di una clausola di maggioranza è regolamentata solo nell'ambito della disciplina delle società commerciali (art. 109 comma 4 HGB); si ritiene, tuttavia, ammissibile, mediante una scelta dei soci, anche nella società civile, sulla base del principio generale della libertà contrattuale sancita dall'art. 708 BGB 2024⁶⁷. Non si è voluto codificare la regola interpretativa del Progetto di Maurach (*supra*, I.), che automaticamente estendeva il principio di maggioranza alle modifiche del contratto sociale. Questo perché l'automatica estensione della regola che prevede la maggioranza semplice anche alle modifiche del contratto si riteneva sistematicamente non coerente, fra l'altro, con la

Tendenze evolutive in tema di società di persone e ricadute su diritti, obblighi, revoca e responsabilità degli amministratori, in V. DONATIVI (a cura di), *Trattato delle società – Tomo IV*, 2022, p. 1610 ss.

⁶⁵ V. in giurisprudenza di recente BGH, 15 febbraio 2022, in *ZIP*, 2022, p. 747 ss.; il tema si discute anche in Italia: v. M. CIAN (a cura di), *Diritto commerciale. III. Diritto delle società*, Torino, 2020, p. 118.

⁶⁶ Per un'analisi v. T. TRÖGER-B. HAPP, *Beschlussmängelrecht nach dem MoPeG: Bestandsaufnahme, Kritik und Fortentwicklung*, in *ZIP*, 2021, p. 2059 ss.

⁶⁷ C. SCHÄFER, *Beschlussfassung und Beschlussanfechtung in der Personenhandelsgesellschaft nach dem MoPeG-RegE*, in *ZIP*, 2021, p. 1529 ss.