

IMPUTAZIONE E RESPONSABILITÀ NEL CONTRATTO DI RETE (OVVERO DELL'INCAPIENZA DEL PATRIMONIO SEPARATO)¹.

1 - Contratto di rete e statuto dell'imprenditore.

Del "contratto di rete" quale recentemente introdotto nel nostro ordinamento (e risultante dall'ultima versione dell'art. 3, comma 4 - *ter* del d. l. 5/2009²) vengono delineati, fra altri piuttosto oscuri, due elementi che almeno testualmente appaiono netti e che sollecitano a raffrontare questa fattispecie con quella, sistematicamente centrale, dell'impresa, nel tentativo di integrare la disciplina della prima in quella della seconda, soprattutto nella prospettiva della responsabilità patrimoniale e della tutela dei creditori.

1.1. (A) *Possibile esercizio in comune di attività rientranti nell'esercizio delle imprese dei singoli partecipanti.*

Viene in questione in primo luogo, sul piano della fattispecie, il requisito funzionale consistente nel *tipo di attività svolta* (quello che nella terminologia del diritto societario potrebbe dirsi lo "scopo - mezzo").

Si prevede al riguardo che tale attività possa consistere (anche) nell' "esercizio in comune", da parte dei contraenti, necessariamente imprenditori, "di attività rientranti nell'esercizio della propria impresa". E ciò per il perseguimento di un risultato economico (lo "scopo - fine", potrebbe pur dirsi) consistente nell' "accrescimento, individuale o collettivo, della propria capacità innovativa e della propria competitività del mercato".

Il profilo causale che ne risulta delineato appare così – già, ma non solo, dal punto di vista terminologico – *lato sensu* riconducibile, e comunque certamente non irriducibile, a quello consortile, e in particolar modo a quello dei consorzi con attività esterna³.

Pure v'è da dirsi che nell'attuale versione dell'articolo in discorso – quale riscritta dall'art. 42 del d. l. 31 maggio 2010, n. 78 (convertito in legge dalla l. 30 luglio 2010, n. 122 e d'ora innanzi citato come "novella del 2010) – lo "scopo mezzo" del contratto di rete potrebbe consistere non solo, come appena ricordato e come inizialmente previsto in via esclusiva, nell' "esercizio in comune di attività rientranti nell'oggetto della propria impresa"; ma anche nella "collaborazione in forme e in ambiti predeterminati attinenti all'esercizio delle proprie imprese", ovvero nello

¹ Questo contributo riprende e sviluppa la relazione dal titolo "L'insolvenza delle reti di imprese" tenuta presso l'Università di Macerata il 21 maggio 2010 nell'ambito di un convegno su "Le reti di imprese" organizzato dal Laboratorio Fausto Vicarelli.

² D.l. 10 febbraio 2009 n. 5, art. 3, comma 4 - *ter* (d'ora innanzi: "comma 4 - *ter*"); come poi convertito in legge dalla l. 9 aprile 2009 n. 33, e successivamente modificato dalla l. 23 luglio 2009, n. 99, art. 1, nonché da ultimo – in misura piuttosto incisiva – dal d. l. 31 maggio 2010, n. 78, art. 42, convertito in legge dalla l. 30 luglio 2010, n. 122.

³ V. così, fra gli altri, G. MARASÀ, *Contratti di rete e consorzi*, in *Corr. Merito* ("Le Rassegne" 1/2010), 2010, p. 9 ss.; D. CORAPI, *Dal consorzio al contratto di rete: spunti di riflessione*, in AA.VV., *Le reti di imprese e i contratti di rete*, a cura di P. Iamiceli, Torino, 2009, p. 167 ss.

“scambiarsi informazioni o prestazioni di natura industriale, commerciale, tecnica o tecnologica”⁴.

Possibili attività, queste, rispetto alle quali, se può confermarsi quanto appena osservato circa la loro compatibilità con la causa consortile, può anche osservarsi la loro prossimità funzionale a formazioni consortili con attività meramente *interna*: cioè di puro coordinamento o collaborazione delle imprese coinvolte⁵, ciascuna (co)operante soltanto attraverso l’esercizio della propria impresa, senza che alcuna fase di questa venga accentrata in un “esercizio comune”.

Si tratta di possibili attività, quindi, che paiono meno interessanti nella prospettiva che orienta queste pagine (cioè quella che considera un’attività esterna, di natura imprenditoriale), benché certo di primario interesse in altre prospettive, ad esempio quella *antitrust*⁶.

1.2. B) Possibile istituzione di un fondo patrimoniale comune.

Viene d’altro lato in questione la possibile “istituzione di un fondo patrimoniale comune”, al quale si applicherebbero “in quanto compatibili, le disposizioni di cui agli articoli 2614 e 2615 del codice civile” (previsti come noto tema di consorzi).

Si prospetta così la possibilità di istituire un patrimonio distinto – si convenga di dire in queste pagine: “separato”⁷ – destinato esclusivamente all’esecuzione del “programma di rete” poiché posto a garanzia esclusiva dei crediti sorti per l’esecuzione di quel programma; ed immune invece dalle pretese dei creditori

⁴ Col che, peraltro, il modello legale pare essersi approssimato, più di quanto non lo fosse prima della novella, al modello socioeconomico delle reti di imprese (per una ricognizione della tipologia empirica, v. fra gli altri F. CAFAGGI e P. IAMICELI (a cura di), *Reti di imprese tra crescita e innovazione organizzativa. Riflessioni da una ricerca sul campo*, Bologna, 2007, *passim*; M. FLICK, *Il contratto nelle “reti di imprese”: problemi e prospettive*, *Riv. dir. priv.*, 2008, p. 339 ss.; S. GRUNDMANN, *Die Dogmatik der Vertragsnetze*, (207) *AcP*, 2007, p. 718 ss., spec. p. 721 – 735), così presentandosi anche, almeno nel nostro ordinamento, come un vero e proprio (anche se per taluni oscuro) “*legal concept*” (soluzione ad esempio negata da BUXBAUM, *Is “Network” a Legal Concept?*, 149, *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 1994, p. 697 ss., p. 704; per un articolato tentativo di ricostruzione sistematica pur in assenza di una specifica disciplina, v. però S. GRUNDMANN, *cit.*).

⁵ Di versione “debole” di contratto di collaborazione parla anche M. ONZA, *Il contratto di rete: alcuni profili di qualificazione della disciplina (riflessioni sui commi 4 ter – 4 quinquies, l. 9 aprile 2009, n. 33)*, rielaborazione dell’intervento presentato al convegno di studi *Il diritto commerciale europeo di fronte alla crisi* organizzato dall’associazione “Orizzonti del Diritto Commerciale” il 29 e 30 gennaio 2010 presso l’Università di Roma Tre, nella *Postilla*; sulla centralità dello scopo della collaborazione nella definizione causale del contratto, v. P. IAMICELI, *Dalle reti di imprese al contratto di rete: un percorso incompiuto*, in *AAVV., Le reti di imprese e i contratti di rete*, *cit.*, p. 1 ss., a p. 24.

⁶ Cfr. MARASÀ G., *Contratti di rete e consorzi*, in *Corr. Merito (“Le Rassegne” 1/2010)*, 2010, p. 9 ss., a p. 11; nonché G. OLIVIERI, *Le reti di imprese e il diritto antitrust*, relazione tenuta presso l’Università di Macerata il 21 maggio 2010 nell’ambito del convegno su “*Le reti di imprese*”.

⁷ Almeno ai fini di discorsi come quello qui affrontato, condivido così la sensazione della relatività dell’aggettivo – tutto stipulativo – “separato”, in quanto contrapposto poi a quello “autonomo” (sulla cui distinzione si ricordino comunque i contributi di F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*⁹, Napoli, 1986, p. 85 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, *Patrimonio autonomo e separato*, *Enc. dir.*, XXXII, 1982, p. 280 ss.; e più di recente, L. SALAMONE, *Gestione e separazione patrimoniale*, Padova, 2001, p. 10 ss. e p. 380 ss.), come traspare dalla pagina di P. SPADA, *Persona giuridica e articolazione del patrimonio: spunti legislativi recenti per un antico dibattito*, *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 837 ss., a p. 844: “un patrimonio è senz’altro pensabile come separato od autonomo (diciamo: *distinto, optando per un termine meno carico di storia dogmatica*)”.

Per un cenno nello stesso senso cfr. anche A. ZOPPINI, *Autonomia e separazione del patrimonio nella prospettiva dei patrimoni separati della società per azioni*, *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 545 ss., p. 549; nonché da ultimo, a proposito dei fondi comuni di investimento (su cui v. anche *infra*, nt. 41 e 45) Cass., 15 luglio 2010, n. 16605 (per un rapido commento della quale M. EREDE, *Riv. Soc.*, 2010, p. 1206 ss.), rilevando che “nell’uso dei termini “autonomia”, “distinzione” o “separazione” riferiti al patrimonio del fondo comune, il legislatore non pare invero aver prestato molta attenzione alle diverse sfumature del significato che quei termini possono assumere”, così da poter essere “adoperati come equivalenti”.

delle singole imprese. Secondo i principi, appunto, operanti in tema di fondo consortile (artt. 2614 e 2615 c.c.).

Un'equivalente (ed anzi si direbbe quasi "raddoppiata") separazione opererà poi, sulla base di altra e precedente disciplina, laddove i conferimenti che alimentano il fondo patrimoniale comune prendano la forma, testualmente prospettata dal comma 4 - *ter*, di "patrimoni destinati ad uno specifico affare" *ex* artt. 2447 *bis* e ss., c.c. (tecnica ovviamente disponibile solo per quelle parti del contratto di rete che assumano la forma di società per azioni).

Anche con riferimento a questo profilo di disciplina – quello della dotazione patrimoniale della rete – merita di essere segnalato che, sempre per effetto della novella del 2010, l'istituzione del fondo patrimoniale comune è stata resa soltanto *possibile* (e non più coesistente al contratto di rete, quale invece prefigurato nella versione originaria del suddetto comma⁸).

Ed anche in questo caso, come già osservato a proposito del possibile oggetto del programma di rete, la novità si presta forse ad essere spiegata nella prospettiva – in effetti parallelamente emersa nella medesima novella del 2010 – di un programma di rete che contempli un'attività meramente interna: ad esempio, un mero scambio di informazioni fra i partecipanti. Tendenzialmente, dunque, senza la necessità di instaurare rapporti della "rete" col mercato, e senza la necessità allora di assumere obbligazioni con terzi a valere su un compendio patrimoniale costituito *ad hoc*.

Anche con riferimento a questa nuova ipotesi (mancata costituzione di un fondo patrimoniale comune), e per le stesse ragioni sopra segnalate, se da un lato può ribadirsi una forte assonanza, e comunque una compatibilità, con lo schema causale consortile, ma allora dei consorzi *interni*, d'altro lato deve ancora osservarsi il marginale interesse della medesima ipotesi nella prospettiva qui prescelta.

Insomma: in presenza di un'attività meramente interna e senza la costituzione di un patrimonio autonomo, non parrebbero emergere, in principio, significative esigenze di tutela di terzi creditori di una "impresa di rete".

1.3 Gli elementi sopra evidenziati (A e B), oltre a legittimare giudizi di assimilazione, se non di sovrapposizione o addirittura di equivalenza, fra il contratto di rete e quello di consorzio (*ex* artt. 2602 e ss., c.c.)⁹, giustificano anche il quesito se il primo, come il secondo, possa dar luogo ad un'autonoma figura imprenditoriale, esposta poi all'applicazione di procedure concorsuali. Quesito che ovviamente si legittima a due condizioni:

- che ricorra l'ipotesi (non più esclusiva, come si è visto, ma che qui si è voluto mettere in primo piano) di un programma di rete che come quello dei consorzi *con attività esterna* preveda lo svolgimento di un esercizio in comune

⁸ Essenziale, tuttavia, parrebbe la previsione di un fondo comune se si volesse godere, nel caso di assimilazione ai "distretti industriali" (v. *infra*), delle agevolazioni fiscali previste per questi ultimi: v., più analiticamente, M. ONZA, *Il contratto di rete*, cit., nella *Postilla*.

⁹ V. soprattutto in questo senso, pervenendo ad una soluzione nettamente affermativa – ma con riferimento alla disciplina precedente alla novella del 2010 – D. CORAPI, *Dal consorzio al contratto di rete*, cit., p. 170 ss., riconoscendo nel contratto di rete un tipo di consorzio; e G. MARASÀ *Contratti di rete e consorzi*, cit., p. 9 ss., anch'egli pervenendo alla conclusione che il contratto di rete non sia che "una *species* nell'ambito del *genus* dei consorzi con attività esterna".

- di attività rientranti nell'oggetto delle imprese dei contraenti; costituendo allora a servizio di tale attività un patrimonio la cui funzione di garanzia sia destinata ad operare secondo il regime descritto dagli artt. 2614 e 2615 c.c.;
- sempre che si conceda che anche una gestione formalmente erogativa – che consista però nella produzione di un servizio a beneficio dei suoi partecipanti, i quali al contempo coprano i costi di produzione con contributi periodici¹⁰ – sia compatibile con la nozione d'impresa, almeno in punto di "economicità"¹¹. Il che però, non essendo tendenzialmente contestato per i consorzi con attività esterna (che infatti in caso di insolvenza sono normalmente sottoposti a procedure concorsuali), neppure qui lo sarà.

1.4. Poiché poi un quesito come quello appena formulato sarebbe poco utilmente impostato (come correttamente rileva che rifugge da visioni ontologizzanti, e sol perciò fuorvianti) nei termini di una secca alternativa fra l' "esserci" e il "non esserci" di un'impresa (più proficuo parendo l'interrogativo sull'applicabilità o meno di questo o quel segmento della relativa disciplina, in funzione della ricorrenza dei presupposti capaci di attivarne l'applicazione e di sollecitare la tutela degli interessi considerati¹²) pare ancor più legittimo l'interrogativo se l'esercizio in comune di una certa attività economica, avvalendosi di un compendio patrimoniale "comune", possa o debba suscitare l'applicazione di questa o quella parte dello statuto dell'imprenditore commerciale.

Se, ad esempio, una tale attività imponga, anche in assenza di espresse previsioni testuali, l'obbligo di una misurazione periodica e formale del valore delle risorse investite in tale attività; insomma, la tenuta di una contabilità.

Se poi un compendio patrimoniale stabilmente investito ed organizzato per generare nuova ricchezza – quale può considerarsi il "servizio" reso alle imprese in funzione dell' "accrescimento della capacità innovativa e della competitività del mercato" – possa considerarsi come "azienda" e circolare secondo le norme previste in materia.

Se – anche in coerenza con la nozione comunitaria di impresa – la rete come tale possa reclamare l'attuazione delle norme in materia di concorrenza sleale e di diritto *antitrust*, ed esserne soggetta.

Per non parlare poi della sua qualificazione come titolare di "attività commerciale" soggetto d'imposta¹³.

¹⁰ Anche la disciplina del contratto di rete, dopo la riforma del 2010, parla ora correttamente, come quella del consorzio, di "contributi", e non più soltanto di "conferimenti". Locuzione, quest'ultima, che forse ben avrebbe potuto essere espunta del tutto, laddove nella formulazione attuale dell'art. 4 - *ter* sembra ora assumere il senso di contributi iniziali, in rapporto a quelli, invece successivi, che i partecipanti periodicamente dovranno versare in relazione alle esigenze di copertura dei costi di gestione.

¹¹ V. E. LOFFREDO, *Economicità e impresa*, Torino, 1999, p. ...; P. SPADA, voce *Impresa*, estratto dal *Digesto* (IV), *Disc. priv.*, *Sez. comm.*, vol. VII, Torino, 1992, *passim*, spec. §§ 10 e 18

¹² P. SPADA, voce *Impresa*, cit., *passim*, spec. §§ 2 e 14.

¹³ La previsione di una disciplina fiscale delle reti risulta attualmente *in fieri*. Quel che però può sin d'ora osservarsi è che di fronte ad un patrimonio separato che (come appreso di dirà anche per la rete) non sia entificato, l'erario non pare lasciarsi troppo condizionare da "disquisizioni" sulla soggettività civilistica, individuando piuttosto (artt. 73, comma 2, d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, cd. TUIR) fra i soggetti passivi dell'IRES anche "le altre organizzazioni" di beni e/o persone "non appartenenti ad altri soggetti passivi nei confronti dei quali il presupposto si verifichi in modo unitario ed autonomo"; così che il "modello di soggettività tributaria" può ben applicarsi anche a "fenomeni di mera articolazione imprenditoriale endosoggettiva", sempre che ovviamente ricorrano gli altri requisiti di legge (fra cui ad esempio anche un'autonoma capacità di "appropriarsi" del

1.5 Fra questi e gli altri interrogativi che, soltanto limitandosi al diritto dell'impresa, potrebbero sollevarsi, v'è poi, in particolare, ma centralmente in queste pagine, quello se i creditori per causa riconducibile all'esecuzione del programma di rete, meritino quella stessa tutela, almeno contro il rischio di disparità di trattamento, normalmente offerta dalla legge quando i debiti corrispondenti siano stati assunti in funzione della realizzazione di un'attività imprenditoriale.

Se insomma la mancata soddisfazione dei creditori "della rete" (*rectius*: l'impossibilità di adempiere regolarmente le obbligazioni gravanti sul "fondo patrimoniale comune" ex art. 2615, co. 1, c.c.) possa legittimare l'apertura di una procedura concorsuale, come avverrebbe per i creditori di un'impresa commerciale, e consortile in particolare.

Problema che per ora – convenzionalmente, anche se come si vedrà poi non del tutto propriamente – potrebbe definirsi dell' "insolvenza della rete".

2 – "Insolvenza della rete" e diritto fallimentare: alla ricerca del cd. elemento soggettivo.

2.1 Ci si può dunque interrogare, almeno in principio, se sia meritevole di riconoscimento giuridico un'esigenza di parità di trattamento (non la *par condicio* concorsuale, beninteso, ma quella costituzionalmente ordinante l'intero sistema¹⁴) fra i soggetti che concorrono a finanziare, a titolo di credito, l'"esercizio

reddito, e la presenza di organi propri). Così per i patrimoni destinati, v. V. FICARI, *Soggettività tributaria e possesso del reddito nella prospettiva dei "patrimoni destinati"*, *Riv. dir. comm.*, 2003, p. 123 ss., spec. 128 ss. (seppur con riferimento all'IRPEG e agli ex artt. 86 – 87 TUIR); e con riferimento alle reti, anche se in termini dubitativi, L. SALVINI, *Le reti di imprese: profili fiscali*, *Corr. Merito ("le Rassegne" 1/2010)*, 2010, p. 13 ss.

¹⁴ Con riferimento alla "non fallibilità" dei patrimoni destinati ad uno specifico affare (che nella prospettiva qui considerata, come meglio si vedrà avanti, sollevano problemi simili a quello di altro patrimonio separato non entificato impiegato per lo svolgimento d'attività d'impresa), avverte il rischio di una ingiustificata "zona franca", e con esso il sospetto di illegittimità costituzionale, L. GUGLIELMUCCI, *I patrimoni destinati: una zona franca per l'esercizio di attività d'impresa*, *Dir. fall.*, 2005, p. 1176 ss.; osservando come la scelta normativa per essi accolta (v. *infra*, nel testo), sollevi in effetti un problema di legittimità costituzionale nella prospettiva del diverso trattamento della crisi di impresa quando essa sia svolta mediante un patrimonio destinato ad uno specifico affare. Analogamente, cfr. anche A. MAFFEI ALBERTI, *Commento agli art. 2447 bis – 2447 decies c.c.*, ne *Il nuovo diritto delle società*, a cura di Maffei Alberti, Padova, 2005, p. 1694 ss., parlando di "scelta non meditata" del legislatore, che dà luogo ad una "ben difficilmente giustificabile" disparità di trattamento fra i creditori dell'impresa e ad una "evidente frattura nella disciplina dell'attività d'impresa".

Analoghe perplessità venivano sollevate, prima della modifica dell'art. 2447 *novies* del c.c. e della legge fallimentare (cfr. in particolare, § 8.1) – e quindi prima dell'esplicita scelta in senso contrario alla "fallibilità" del patrimonio destinato ad uno specifico affare – dagli Autori che ritenevano invece quest'ultimo esposto all'applicazione delle procedure concorsuali, al limite ipotizzando una dissociazione degli effetti soggettivi (imputabili al soggetto, dunque "fallibile" per effetto dell'insolvenza del patrimonio destinato) da quelli oggettivi, attinenti invece alla responsabilità (da imputare al patrimonio): N. ROCCO DI TORREPADULA, *Patrimoni destinati e insolvenza*, *Giur. comm.*, 2004, p. 40 ss., a p. 53 ss.; M. LAMANDINI, *Patrimoni destinati ad uno specifico affare* (nell'ambito del *Parere dei componenti del Collegio dei docenti del Dottorato di ricerca in Diritto commerciale interno ed internazionale*, Università Cattolica di Milano), *Riv. soc.*, 2002, p. 1495 ss., a p. 1498; ID., *I patrimoni "destinati" nell'esperienza societaria. Prime note sul d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 6*, *Riv. soc.*, 2003, pp. 490 ss., a p. 502; S. VINCRE, *Patrimoni destinati e fallimento*, *Giur. comm.*, I, 2005, p. 126 ss., a p. 137 ss.; A. CAIAFA, *Il patrimonio destinato: profili lavoristici e fallimentari*, *Riv. dir. fall.*, I, 2004, p. 692 ss., a p. 701 ss.; e v. in particolare F. D'ALESSANDRO, *Società per azioni: le linee generali della riforma*, *Atti del Convegno di Courmayeur*, 27 – 28 settembre 2002, Milano, 2003, p.10 ss., non vedendo "giustificazione in una sua sottrazione al fallimento", ed

in comune di attività economiche”, quale che sia lo schema organizzativo per tale esercizio adottato.

L’interrogativo originandosi dalla considerazione che se è vero che le ragioni di quel tipo di creditori vengono normalmente amministrare secondo le regole del diritto fallimentare, non altrettanto evidente pare – come ora si dirà – che altrettanto possa accadere quando quell’ “esercizio di attività in comune di attività economiche” traduca il programma di un contratto di rete, quale regolato dalla nuova disciplina.

Il dubbio, almeno in prima battuta, sorge da ciò: che tutta la questione – che pure, in principio, dovrebbe orientare verso una risposta positiva, di coerenza, e quindi avversa all’apertura di “zone franche” – pare complicata da un dilemma a monte, questo tutto tipico del contratto di rete, ed anzi collocabile al principio di una sua analisi giuridica: *se il contratto di rete dia luogo, o possa dar luogo a, o quantomeno rendere individuabile, un soggetto giuridico* (anche non personificato) al quale riferire l’attività esecutiva del contratto e tale allora da poter essere sottoposto a procedure concorsuali, e quindi, in primo luogo, dichiarato fallito.

2.2. Certo, un tale dilemma, comunque di indubbia e primaria rilevanza nella ricostruzione generale della disciplina del contratto di rete, potrebbe apparire uno pseudo-problema nella prospettiva dell’applicazione della disciplina concorsuale. Nel senso che – essendo questa volta a regolare il dissesto di una (attività di) impresa, quale che sia la forma da essa assunta – starsi ad interrogare sulla soggettività o meno della rete ai fini dell’applicazione della legge fallimentare rischierebbe di risultare un approccio viziato *a priori* dalla visione sostanzialista dalla quale poc’anzi si conveniva di dover diffidare (“c’è un’impresa oppure no?”)¹⁵.

Ma concludere in questo senso sarebbe doppiamente inappagante.

In primo luogo, e se ne parlerà meglio appresso, perché nello stesso diritto dell’impresa (azionaria) già prima dell’introduzione della disciplina del contratto di rete era dato rintracciare un precedente che si incaricava di smentire l’assolutezza di quella conclusione. Esiste infatti, come noto, almeno un esemplare di patrimonio separato non entificato – quello “destinato ad uno specifico affare” da una società per azioni – che pur essendo impiegato, potendo

ammettendo come tutt’al più, in ragione della diversa intensità che può avere il “rapporto fra patrimonio e soggetto”, mentre in alcuni casi tale rapporto sarebbe quasi di identificazione, così che si possa ipotizzare un “dissesto del patrimonio che non sia dissesto anche del suo titolare”, in altri casi potrebbe concepirsi che se “la crisi si limiti a colpire l’affare speciale, si potrà pensare ad un fallimento che coinvolge il patrimonio ad esso dedicato e non il soggetto che ne è titolare”.

¹⁵ V. *supra*, nt. 12, cui adde P. SPADA, *Destinazioni patrimoniali ed impresa (patrimonio dell’imprenditore e patrimoni aziendali)*, in AA. VV., *Atti di destinazione e trust (art. 2645 ter del codice civile)*, a cura di Giuseppe Vettori, Padova, 2008, 329 ss., a p. 333, invitando a non ragionare del diritto degli affari adottando l’ottica soggettiva dell’imprenditore, pur suggerita dal lessico del legislatore, posto che “la produzione professionale di beni e di servizi (l’impresa) è l’apriori delle regole e non già uno dei comportamenti da regolarsi di un esistente fisio-psichico (l’imprenditore)”; e condividendo la prospettiva (già antiveduta da Paolo Ferro-Luzzi negli anni settanta) di vedere “il diritto degli affari come un sistema di regole ad attività, diversamente dal diritto dell’appartenenza delle cose o degli impegni fra uomini (della proprietà e delle obbligazioni, per segnalare gli istituti antonomastici) che un sistema di regole “a soggetto”; e v. già G. OPRO, *Profilo sistematico dell’amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, *Riv. dir. civ.*, 1981, p. 233 ss.; N. ROCCO DI TORREPADULA, *Creditori ed impresa nell’amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, Padova, 1994, p. 123 ss.; G. GUIZZI, *Patrimoni separati e gruppi di società. Articolazione dell’impresa e segmentazione del rischio. Due tecniche a confronto*, *Riv. dir. comm.*, 2003, 639 ss., p. 646, a p. 652, citato alla nt. seg.

essere impiegato, per lo svolgimento di un'attività di impresa, non provoca certamente (sia pure con soluzione molto criticata e di opinabile legittimità costituzionale¹⁶) l'applicazione, nei confronti di chicchessia, di alcuna procedura concorsuale, pur quando risulti insufficiente a soddisfare i crediti che su di esso insistono¹⁷.

In secondo luogo, anche ammettendo che ad una procedura concorsuale dovrebbe comunque farsi luogo, il dilemma sulla soggettività o meno della rete evidenzerebbe quantomeno un'esigenza operativa ineludibile: ma a chi dunque dovrebbe rivolgersi la sentenza dichiarativa di fallimento, a quale criterio fare riferimento per individuare il Tribunale competente, etc.?

2.3. Comincio da questo secondo profilo, forse logicamente secondario ma utile per saggiare sul piano operativo l'effettiva rilevanza dell'interrogativo che qui ci si pone, ricavandone forse, allora, qualche spia per una risposta negativa.

Ebbene, nella prospettiva innanzitutto operativa, non pare innanzitutto possa sottovalutarsi come in ogni caso il diritto fallimentare (come del resto, tendenzialmente, tutto il nostro ordinamento per nota tradizione, o apriorismo concettuale che dir si voglia), almeno visto nella sua dimensione puramente tecnico-processuale, risulta strutturato secondo un sistema "a soggetto" (art. 1, l. f.). Esso presuppone certo, ed indefettibilmente, un'"attività", la quale però possa pur sempre essere imputata ad uno o a più autori, ad un titolare; insomma, di nuovo, ad un soggetto¹⁸ (tendenzialmente poi, e anche qui per radicata tradizione concettuale, titolare di un unico, universale, patrimonio¹⁹). Non sembra insomma che quel sistema – processualmente innanzitutto, ma poi anche per altri rilevanti effetti sostanziali – possa prescindere da un qualche termine soggettivo di imputazione.

¹⁶ Cfr. nt. 14, cui *adde* G. GUIZZI, *op. loc. ult. cit.*, criticando l'approccio che movendo dall'identificazione del centro del sistema nel soggetto anziché nell'attività, finisce con il concepire "il fallimento come una disciplina dell'imprenditore", considerando allora una "conseguenza necessitata che, stante l'unicità del soggetto cui si imputano tanto l'attività sociale quanto quella diversa e più circoscritta in cui l'affare si concreta, la dichiarazione di fallimento abbia effetti automatici su tutte le iniziative economiche al medesimo soggetto riferibili". Proprio così, però, occorre riconoscere che accade secondo il nostro diritto positivo (di cui certo sarebbe auspicabile, come si dirà più avanti nel testo, un'evoluzione nel senso indicato anche dall'Autore appena citato); a cominciare fra l'altro proprio dall'art. 155 l.f., che, come noto, in caso di fallimento della società impone: o la cessione a terzi del patrimonio destinato, al fine di conservarne la funzione produttiva, ma allora la prosecuzione dell'affare da parte di un nuovo "soggetto"; ovvero la necessaria liquidazione del patrimonio, e così anche la cessazione dell'affare.

¹⁷ La conclusione è stata ora ribadita, seppure in *obiter dictum*, da Cass., 22 gennaio 2010, n. 1112.

¹⁸ Per una ricostruzione del dibattito v. da ultimo F. FIMMANÓ F., *Patrimoni destinati e tutela dei creditori nelle società per azioni*, Milano, 2008, p. 307 ss., ove indicazioni bibliografiche.

¹⁹ È noto che il principio della necessaria unità del patrimonio del soggetto rappresenta il portato dell'elaborazione concettuale, e della sottostante matrice ideologica individualista, della dottrina di inizio ottocento, soprattutto francese ma accolta anche in Italia (v. ad es. F. FERRARA sr., *La teoria della persona giuridica*, *Riv. dir. civ.*, 1911, p. 638 ss., e poi in ID. *Scritti giuridici*, I, Milano, 1954, p. 200 ss., p. 202, richiamandosi in particolare a Planiol), volta a ravvisare nel patrimonio una manifestazione e proiezione della persona (di recente, v. A. JANNARELLI, *Brevi note a proposito di « soggetto giuridico » e di « patrimoni separati »*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, p. 1253 ss., A. ZOPPINI, *Autonomia e separazione*, p. 552 ss., G. DORIA, *Il patrimonio "finalizzato"*, *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 485 ss., a p. 492, che, in particolare, evidenzia come conseguenza di tale concezione fosse poi quella dell'assoggettamento dell'intero patrimonio del soggetto alle azioni esecutive dei creditori. Di recente, v. anche Cass. 28 aprile 2004, n. 8090, movendo dal principio dell'indivisibilità del patrimonio ed ammettendo solo come eccezionale – per effetto esclusivo di una disciplina *ad hoc* e non di un mero atto di destinazione ad uno scopo – la creazione di un patrimonio separato ed allora la scissione "della normale corrispondenza fra soggettività e unicità del patrimonio".

Col che, lo si dice per inciso, non si vuol dire che un tale presupposto risulti altresì necessario per l'applicabilità di qualunque altro segmento del diritto dell'impresa, più direttamente collegato a dati oggettivi (ad esempio la disciplina dell'azienda, anche se momentaneamente priva di un titolare che la eserciti). È soltanto però che, come detto, le procedure concorsuali, a cominciare dal provvedimento con cui vengono aperte, presuppongono non solo l'accertamento di una certa attività, ma anche l'identificazione del suo termine soggettivo di imputazione (cd. presupposto soggettivo): il "debitore", "l'imprenditore", il "fallito".

È bensì vero che il nostro ordinamento concorsuale contempla anche ipotesi talora definite, pur se con approssimazione fuorviante, di "fallimento senza imprenditore", come nel caso del fallimento della società estinta o dell'imprenditore defunto²⁰. Ma in tali ipotesi un termine soggettivo di riferimento (insomma "un imprenditore" da dichiarare fallito), almeno concettualmente, non manca, quand'anche non più esistente²¹. Il problema risolvendosi allora nell'identificare chi, in relazione ai suoi particolari rapporti con quel soggetto (gli eredi, gli *ex* soci, gli *ex* amministratori, i liquidatori, etc.), possa vedersi estese talune conseguenze della procedura²².

Anche nelle ipotesi, parimenti conosciute dal diritto fallimentare, di interposizione nell'esercizio di un'attività imprenditoriale, o comunque di non coincidenza fra l'apparente e l'effettivo titolare (o gli effettivi titolari) di tale attività, ipotesi nelle quali il secondo viene poi coinvolto secondo diverse tecniche negli effetti della procedura, accade che un tale coinvolgimento si attui attraverso l'identificazione (che pure può talora sfiorare una creazione puramente *ficta*) del soggetto o dei soggetti sottoposti a fallimento: ad esempio della cd. società apparente, o della cd. società occulta (e dei loro soci), o dell'impresa "fiancheggiatrice", etc.

Si ripete: non si tratta ora di affrontare *ex professo* l'arduo ed antico problema dei patrimoni, o dei diritti, senza soggetto²³, anche perché non lo si potrebbe, né pare – come si vedrà – che ad esso debba farsi ricorso per illustrare i profili di

²⁰ Proprio queste ipotesi, e quella dell'imprenditore defunto in particolare, si prestano infatti a sostenere il tentativo di eludere il problema del difetto di soggettività, per sostenere la fallibilità di un patrimonio separato non entificato, come infatti facevano – prima ovviamente degli interventi normativi sopra ricordati alla nt. 14 – taluni autori con riferimento al patrimonio destinato ad uno specifico affare (cfr. in particolare d'Alessandro, Rocco di Torrepadula, Guglielmucci, citati alla medesima nt.).

²¹ Per questo rilievo – peraltro a mio avviso non conclusivo (v. *infra*, nel testo) – volto a sostenere quindi la non fallibilità dei patrimoni destinati ad uno specifico affare, v. T. MANFEROCE, *Soggezione alle procedure concorsuali dei patrimoni destinati*, *Fall.*, 2003, p. 1241 ss., a p. 1245; A. BARTALENA, *I patrimoni destinati: due posizioni a confronto. I patrimoni destinati ad uno specifico affare*, *Riv. dir. comm.*, 2003, I, p. 83 ss., a p. 102, secondo il quale "la mancanza di soggettività" di un patrimonio "impedisce, allo stato, di immaginare una procedura concorsuale che abbia come referente solo tale massa: il fallimento investe il soggetto imprenditore, non i beni di cui egli è titolare, che vengono acquisiti alla procedura come effetto dell'apertura del concorso". Considerazioni analoghe in L. DE ANGELIS, *Dal capitale "leggero" al capitale "sottile": si abbassa il livello di tutela dei creditori*, *Soc.*, 2002, p. 1463; R. SANTAGATA, *Patrimoni destinati e rapporti intergestori. I conflitti in società multidivisionali*, Torino, 2008, p. 78, che nell'escludere la fallibilità del patrimonio destinato argomenta dicendo che "il riconoscimento della soggettività comporterebbe l'attribuzione al patrimonio destinato della qualifica di imprenditore, con tutte le intuibili conseguenze in tema di insolvenza (fallimento del patrimonio destinato)".

²² V. ancora F. FIMMANÓ, *Patrimoni destinati*, cit., p. 307 ss., ove ulteriori riferimenti.

²³ Su cui v. naturalmente la ricostruzione di R. ORESTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto*, *Jus*, 1960, p. 154, ove e in particolare i riferimenti alle prime intuizioni di Windscheid, peraltro sviluppate in modo autonomo rispetto a quelle del Brinz (cfr. nt. ...). Per un giudizio radicalmente negativo, tuttora, v. però K. LARENZ – M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*⁸, München, 1997, § 9, Rn. 9, p. 168, nt. 6.

imputazione del patrimonio destinato a servizio del programma di rete. Si tratta piuttosto di prendere atto che il nostro sistema non conosce casi di assoggettamento a procedure di liquidazione concorsuale di patrimoni “adespoti”: non tanto nella prospettiva dell’appartenenza, dunque, quanto dell’impossibilità di rinvenire un titolare dell’impresa che se ne avvalga e che possa fungere da termine soggettivo di applicazione delle regole che governano quelle procedure.

Dopodiché, è necessario anche precisare la portata più positiva che logica di una tale impossibilità. Deve cioè chiarirsi sin d’ora che, nella prospettiva qui considerata, i rilievi appena svolti sull’esigenza – innanzitutto processuale ed operativa – di rintracciare un “fallito”, non parrebbe di per sé conclusivo con riferimento all’attività di rete, così come, ad esempio, con riferimento a quella svolta attraverso un patrimonio destinato ad uno specifico affare: dal momento che, anche rispetto a quest’ultimo, in realtà un “soggetto” autore dell’iniziativa potrebbe e dovrebbe, logicamente, ben rintracciarsi nella s.p.a. costituente. Analogamente potendo allora argomentarsi, almeno in principio, anche rispetto ad un’attività di rete, in definitiva riferibile alle imprese in nome delle quali quell’attività sia stata compiuta²⁴.

Gli è però che un tale percorso argomentativo, logicamente solido, potrebbe rivelarsi non conclusivo nella prospettiva “fallimentare” (almeno sul versante del cd. elemento soggettivo, e prescindendo per ora da quanto pure dovrà osservarsi con riferimento alla configurabilità dell’elemento oggettivo) una volta che il processo di imputazione dell’attività ai soggetti retrostanti, risulti in concreto sbarrato, sul terreno del diritto positivo, da specifiche disposizioni di legge: come ad esempio avviene, appunto, per i patrimoni destinati ad uno specifico affare; ma forse anche, si vedrà, per l’attività di rete.

Non restando a questo punto altra alternativa logica se non quella di entificare in qualche modo la stessa attività, ovvero prendere atto, in definitiva, dell’impossibilità di dichiarare fallito chicchessia.

2.4 Dunque, per il prosieguo del discorso, va tenuto sin d’ora presente che pur ammettendo che la rete non sia entificata, resterebbe logicamente e teoricamente aperta la possibilità di assoggettare a fallimento le imprese che vi partecipino,

²⁴ Il problema dovrebbe allora impostarsi, secondo questa ipotesi ricostruttiva (che però pare incompatibile, come si sta per dire, col diritto positivo), non tanto come impossibilità di provocare l’applicazione di procedure concorsuali quale conseguenza dell’insolvenza riferibile alla “sub-impresa” (cioè ad una delle molteplici articolazioni dell’iniziativa economica del soggetto o dei soggetti retrostanti), quanto piuttosto, all’inverso, come possibilità di estendere al soggetto, ed all’intero suo patrimonio, le conseguenze di quella pur “settoriale” insolvenza: cfr. P. SPADA, voce *Impresa*, cit., § 14: “l’applicazione di talune regole non tollera duplicazioni (e quindi, rispetto a queste, la variante, che consente di scomporre il comportamento, è priva di rilievo): chi esercita un’impresa [commerciale medio – grande] è soggetto alle procedure concorsuali in ragione dell’una o dell’altra e tali procedure coinvolgono l’intero suo patrimonio, quali che siano le destinazioni impressegli (...) Così, per esempio, considerando che il comportamento imprenditoriale non provoca fenomeni di separazione patrimoniale e che le procedure concorsuali si caratterizzano in termini di universalità (tutto il patrimonio del soggetto ne è investito), in caso di pluralità di comportamenti imprenditoriali l’uno dei quali sia soggetto alle indicate procedure e l’altro da esse immune (per esempio: impresa commerciale medio-grande e impresa agricola), il regime dell’insolvenza sarà o di soggezione o di immunità.” Da notarsi però che tali conclusioni vengono appunto tratte sul presupposto – che non ricorre nella disciplina considerata in queste pagine, o da quella dei patrimoni destinati ad uno specifico affare – che “il comportamento imprenditoriale non [dovrebbe provocare] fenomeni di separazione patrimoniale”.

quando restassero inadempite le obbligazioni assunte in esecuzione del programma di rete, ipotizzando ad esempio una sorta di società di fatto fra di esse.

Tuttavia, dal momento che, come si vedrà, un tale esito ricostruttivo parrebbe testualmente e funzionalmente antitetico rispetto alla stessa disciplina del contratto di rete, si ripropone sin d'ora in tutta la sua evidenza – secondo l'alternativa poc'anzi prospettata – il dilemma preliminare da cui si erano prese le mosse: e cioè se il contratto di rete possa dar vita, oltre che ad un'attività produttiva autonoma rispetto a quelle delle imprese partecipanti, ad un *ens tertium* rispetto ai titolari di queste.

3 – Il problema dell'entificazione: il contratto di rete come tecnica di separazione patrimoniale non soggettivizzata.

3.1 Che un'entificazione della "rete" possa esservi, taluni autori (con riferimento però alla *originaria* formulazione del comma 4 - *ter*) lo hanno concesso; soprattutto in relazione all'ipotesi, assunta come eventuale o almeno di intensità variabile, che il contratto di rete possa dar vita ad un patrimonio autonomo ed esprima, già attraverso il suo organo esecutivo, una vera e propria organizzazione corporativa²⁵. Arrivando così a distinguere che, quando tali caratteri risultassero più sfumati, accanto alla versione soggettivizzata potrebbe darsi anche una versione "leggera" e non entificata del contratto di rete, capace cioè di esaurirsi in un rapporto puramente interno.

Chiaro che ove si accogliesse *ex ante* una tale impostazione, pochi dubbi residuerebbero sulla disciplina applicabile alla "insolvenza della rete" che abbia svolto un'attività esterna e che quindi sia entificata: non potendone che discendere una soluzione omologa a quella già nota e praticata per i consorzi, e cioè l'assoggettamento alle procedure concorsuali.

Altri autori²⁶ però – già alla luce della formulazione originaria del comma 4 *ter* – protendevano verso una concezione del fondo patrimoniale comune come patrimonio bensì separato, ma privo di soggettività. A maggior ragione poi (conclusione infatti concessa persino dai fautori della tesi "entificante"²⁷) quando il compendio patrimoniale posto a servizio del programma di rete fosse rappresentato da patrimoni destinati (*ex art. 2447 bis, c.c., ss.*) costituiti *ad hoc*.

²⁵ Si veda, senza pretesa di esaustività, F. CAFAGGI, *Introduzione*, in AAVV., *Il contratto di rete. Commentario*, a cura di F. Cafaggi, Bologna, 2009, p. 9 ss., *passim*; P. IAMICELI, *Contratto di rete, fondo comune e responsabilità patrimoniale*, in AAVV., *Il contratto di rete. Commentario*, a cura di F. Cafaggi, Bologna, 2009, p. 63 ss., *passim*; G. MARASÀ, *Contratti di rete e consorzi*, cit., p. 9 ss.; G. LA VILLA, *Il coordinamento interimprenditoriale nella prospettiva del contratto plurilaterale*, in AAVV., *Le reti di imprese e i contratti di rete*, cit., p. 103 ss., a p. 110; G. D. MOSCO, *Coordinamento consortile per la competitività delle imprese tra codice civile e leggi speciali*, in AAVV., *Le reti di imprese e i contratti di rete*, cit., p. 151 ss., a p. 157 (ma in senso dubitativo); ID., *Fenomeni ricostruttivi sul contratto di rete*, *Giur. comm.*, I, 2010, p. 839 ss., spec. p. 860 ss.; D. CORAPI, *Dal consorzio al contratto di rete*, cit., p. 170 ss., riconoscendo nel contratto di rete una sorta di variante del consorzio; G. VILLA, *Reti di imprese e contratto plurilaterale*, *Giur. comm.*, I, 2010, p. 944 ss. (addirittura esprimendosi, a p. 951, "certamente a favore della creazione della persona giuridica").

²⁶ Fra i primi, M. BIANCA, *Il regime patrimoniale delle reti*, relazione tenuta presso l'Università di Macerata il 21 maggio 2010 nell'ambito del convegno su "Le reti di imprese"; M. ONZA, *Il contratto di rete*, cit., *passim*, soprattutto poi nella *Postilla* scritta all'esito della novella del 2010.

²⁷ G. D. MOSCO, G. VILLA, *opp. loc. ult. citt.*

3.2 Ora, a me pare che dalla formulazione della novella (pur inizialmente, deve concedersi, non molto chiara) emergano diversi, e talora eloquenti, indici che congiurano per una risposta negativa alla questione dell'entificazione della "rete di imprese" costituita secondo legge. E che il contratto di rete (sempre che non si rinunci, come ora possibile, ad ogni destinazione patrimoniale "a servizio") realizzi dunque l'effetto, questo testualmente certo, della localizzazione della responsabilità (derivante dall'esecuzione del programma di rete) sul fondo patrimoniale comune, piuttosto secondo la tecnica della separazione patrimoniale che ricorrendo alla creazione di una *persona ficta*, e cioè della moltiplicazione dei soggetti.

Tecniche che dovranno ritenersi allora certamente fungibili per quanto concerne il loro principale effetto (principale per essere l'essenziale fine perseguito attraverso il loro impiego), consistente nella frammentazione del regime della responsabilità del costituente, ottenuta isolando distinte frazioni del suo complessivo patrimonio a garanzia esclusiva di distinte classi di creditori (diversificando così il regime delle correlative azioni esecutive)²⁸.

Non del tutto equivalenti, però, avuto riguardo ad ogni altra possibile conseguenza. *In primis*, allora, per quanto si viene qui sostenendo, quella della regolazione dell'insolvenza nelle due diverse ipotesi.

Se dunque nel "fondo patrimoniale comune" della rete (ovvero – prima della riforma e a maggior ragione, senza contestazione di alcuno – nel complesso dei patrimoni destinati *ad hoc* dalle s.p.a. aderenti) dovesse riconoscersi un *patrimonio separato non entificato*, già sotto questo aspetto si paleserebbe uno scarto netto rispetto a figure consimili ma entificate, come ad esempio il consorzio con attività esterna, che è invece pacificamente ritenuto "soggetto".

Ora – si diceva – che il "fondo patrimoniale comune" dia luogo ad un'ipotesi di separazione patrimoniale, o di specializzazione del regime della responsabilità, non pare infatti seriamente contestabile, in virtù del richiamo agli artt. 2614 e 2615²⁹. Resta quindi da verificare se esso possa altresì concepirsi come, o presupporre, o comunque imputarsi a, un "soggetto". Ma ad una tale concezione entificata parrebbero opporsi – come si diceva anche – diversi elementi.

3.3. In primo luogo pare assai significativo (benché teoricamente non decisivo) la circostanza per cui nella stessa prefigurazione legislativa del contratto di rete, dunque proprio quello che dovrebbe iscriversi nel registro delle imprese, non sia prevista *in alcun caso* l'indicazione di un "nome" della rete, e quindi neppure

²⁸ Per questa fondamentale opzione di tecnica normativa, v. per tutti P. SPADA, *Persona giuridica*, cit., p. 837 ss.; L. SALAMONE, *Gestione e separazione*, cit., *passim*, ad es. p. 14 e 19. È quasi di maniera ricordare, al proposito, che l'idea di attribuire rilevanza alle destinazioni quale criterio di imputazione alternativo a quello del soggetto è stata inizialmente formulata dalla pandettistica ricorrendo al concetto di *Zweckvermögen*, riconoscendo allo scopo la capacità di fungere da criterio di imputazione alternativo e succedaneo rispetto a quello di persona (A. BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, Band I, Erlangen – Leipzig, 1889, § 61, p. 230).

²⁹ Pur introdotto in *extremis*, pare, nella formulazione della prima versione dell'art. 3, co. 4 -ter della l. 33/09. Ma conforta, nello stesso senso, che in qualche precedente versione del testo da adottare, si parlasse addirittura di *trust*.

quando il programma di rete prevedesse l'esercizio in comune di un'attività produttiva di beni o servizi.

Il che costituirebbe, se non erro, l'unico caso previsto nel nostro ordinamento di soggetto ad autonomia patrimoniale perfetta³⁰ per il quale la legge non imponga la necessità di alcuna denominazione; e ciò, si badi, *neppure nella sua versione "regolare"* (cioè formalizzata per atto solenne e regolarmente iscritta nel registro delle imprese)³¹.

Chiaro che nulla impedisce che nella corrente attività esecutiva del programma di rete si assuma, verosimilmente, una qualche denominazione identificante, magari registrata anche come marchio (ed infatti in tal senso testimonia uno scrutinio a campione dei primi esemplari rinvenuti). Ma la carenza di una qualsiasi prescrizione legale che imponga, o soltanto presupponga, un nome (e poi eventualmente anche l'indicazione del tipo legale a cui l'ente sarebbe riconducibile), pare ugualmente troppo significativa in un sistema ove tutte le imprese soggette all'iscrizione nel registro delle imprese hanno un loro "nome" – lo si chiami poi ditta, ragione sociale, denominazione sociale, o denominazione consortile³².

Ed anzi, proprio a quest'ultimo riguardo, è significativo ricordare come nella disciplina dei consorzi l'indicazione, e poi anche l'iscrizione, della "denominazione consortile" è prevista, appunto, soltanto per i consorzi con attività esterna (2612), che sono da ritenersi soggetti di diritto, e non invece per il "mero" contratto di consorzio (interno) di cui all'art. 2603, che entificato non è.

E ciò perché la spendibilità di un "nome" (e al limite anche l'indicazione del "tipo", pur tralasciando i casi in cui la relativa iscrizione nel registro delle imprese assuma addirittura efficacia "performativa", art. 2331) è imprescindibile, per ovvie esigenze dei traffici, sia nello svolgimento di "attività con terzi", sia per individuare una "posizione" sotto la quale procedere all'iscrizione dell'ente, o a trascrivere magari la titolarità di beni immobili, etc.

Insomma, venendo ai profili processuali della legge fallimentare, assumendo che la rete non dia luogo ad un autonomo soggetto di diritto, neppure si saprebbe bene "chi" (a parte tutte le imprese aderenti, ma su questo già si è espressa una riserva che appresso si scioglierà in senso negativo), in una sentenza dichiarativa

³⁰ O quasi, considerando l'applicabilità dell'art. 2615, comma 2, c.c.

³¹ Non varrà dunque ricordare in senso opposto la ricca fenomenologia delle società di fatto, tendenzialmente prive di una ragione sociale, dalle quali si può ricavare come in effetti il possesso e la spendita di una precisa denominazione non sia in effetti indispensabile per la configurazione della soggettività giuridica (potendo semmai contribuire a distinguere patrimoni personificati e non: cfr. A. ZACCARIA, « *Diritti soggettivi senza soggetto* » e *soggettività giuridica*, in *Studium iuris*, 1996, p. 784 ss., a p. 786). È pur vero tuttavia che l'*Identitätsausstattung* riferita all'ente, essendo elemento di indubbia rilevanza nel traffico giuridico, viene normalmente avvertita dalla legge come sommamente opportuna, al punto di prevedere la necessità di una qualche denominazione per tutte le iniziative entificate da essa disciplinate, quantomeno nella loro versione "regolare".

³² Ben diversa infatti è l'esigenza di informare i terzi, attraverso il registro delle imprese e probabilmente anche in occasione del compimento di singoli atti (v. *in fine*), del vincolo di destinazione che affetta il patrimonio e del conseguente effetto di separazione e di limitazione della responsabilità, dall'effettiva spendita di un nome, che infatti nell'attività di rete è quello delle imprese aderenti, "in nome e per conto" delle quali l'organo esecutivo agisce (v. meglio *infra*), così come per gli atti riferibili ad un patrimonio destinato ad uno specifico affare il nome speso sarà quello della s.p.a. che l'abbia costituito (in senso analogo cfr. F. FIMMANÒ, *Patrimoni destinati*, cit., p. 49). Diversamente, parrebbe, S. VINCRE, *Patrimoni destinati e fallimento*, cit., p. 126 ss., che a p. 139, sempre con riferimento ai patrimoni destinati ad uno specifico affare, parla di "spendita di un nome particolare e diverso da quello generale della società".

di fallimento, dovrebbe essere indicato come il soggetto fallito; e in quale registro delle imprese (e in quale sua sezione eventualmente, posto che nulla impedisce che ad una rete partecipi una o più imprese non commerciali), iscrivere una tale sentenza.

3.4 Ed infatti, proprio a quest'ultimo proposito sopravviene un secondo, forte indice nel senso di quanto qui sostenuto. La *pubblicità legale* prescritta dal comma 4 - *ter* assume che "il contratto di rete" non meriti una sua autonoma iscrizione, ma solo debba essere iscritto "nel registro delle imprese ove hanno sede le imprese contraenti".

Il che impone di ammettere l'ipotesi di più iscrizioni, una per ogni diversa sede delle imprese partecipanti. Ma allora anche, in questo caso, una *pluralità di iscrizioni* che non potranno che accedere alla posizione intestata a *ciascuna* delle singole imprese partecipanti. Senza quindi che figuri alcuna autonoma iscrizione della rete, a nome della rete³³.

Né d'altronde si saprebbe (oltre che sotto quale specifica "posizione", e al limite in quale sezione) in *quale* registro delle imprese procedere all'iscrizione.

La legge infatti – altro dato eloquente – neppure prevede (né prescrive, fra gli elementi necessari del contratto, l'indicazione di) una "sede" della rete. Il che, ancora una volta, non pare del tutto conciliabile con l'idea di un centro soggettivo autonomo destinatario di dichiarazioni negoziali, o di notificazioni di atti processuali, o che possa opporre a terzi una sua sede legale.

E neppure si saprebbe allora, tornando alle questioni processuali, quale sarebbe il tribunale competente per territorio (tale competenza rinviando come noto alla sede dell'impresa, art. 9 l.f.) a dichiarare il fallimento di una "rete" di imprese. La quale peraltro, per sua strutturazione economica³⁴, è capace di dislocarsi lungo una filiera di imprese fra loro anche molto distanti: risultando allora difficilmente praticabile, ai fini dell'individuazione della sede principale, il centro dell'attività direttiva.

4 - (segue:) conferme tratte dalla (nuova) disciplina dell' "organo comune".

4.1 Significativa è anche la disciplina dell' "organo comune". Ed anzi forse oramai decisiva alla luce della sua riformulazione del 2010.

La prima versione del comma 4 - *ter* prevedeva infatti senz'altro, e quindi necessariamente, la previsione di un "organo comune incaricato di eseguire il contratto, (e de)i suoi poteri, anche di rappresentanza".

Necessità che, come già ricordato, portava taluno ad intravedere sol per ciò, quale costante del contratto di rete, una sua qualche organizzazione corporativa;

³³ Ipotesi che ho concretamente verificato, rinvenendo (un po' faticosamente) sul sito del registro delle imprese qualche esemplare di contratto di rete non grazie alla "denominazione" con la quale era conosciuto (e di cui avevo avuto notizia *aliunde*), ma sottoponendo a visura la posizione di alcuna delle imprese che (sempre *aliunde*) mi risultavano parteciparvi; e cercando allora, fra i molteplici "atti" iscritti, secondo un ordine meramente cronologico, il contratto di rete che esse avevano dovuto iscrivere secondo legge.

³⁴ V., fra gli altri, gli autori citati alla nt. 4.

chiaro sintomo allora, insieme all'autonomia del patrimonio posto a servizio dell'attività di quell'organizzazione, della soggettività della rete.

Già confrontandosi con quell'originario enunciato normativo, però, avrebbe potuto obiettarsi che la mera previsione di "organi preposti" non poteva ritenersi segno certo della presenza di un ente dotato di rilevanza esterna: il che può infatti ben notarsi guardando alla disciplina legale dei consorzi interni, che pure prevede l'istituzione di uffici preposti all'esecuzione del contratto (artt. 2605, 2606, 2608 c.c.); oppure guardando anche a norme più generali, come quella dell'art. 1332, c.c.

Del resto, neppure quella rilevanza esterna evocata dal richiamo ai "poteri rappresentativi" dell'organo doveva necessariamente intendersi (come a maggior ragione deve oggi ritenersi sulla base della nuova formulazione della norma) come rappresentanza "organica", vale a dire posta in essere da uno stabile ufficio dell'organizzazione entificata, e in nome di essa³⁵. Meglio lasciandosi inquadrare quei poteri rappresentativi nello schema della rappresentanza contrattualmente disciplinata secondo lo schema del mandato collettivo (schema che peraltro non veniva menzionato dalla prima versione della norma; mentre ora lo è espressamente).

Infatti, la previsione che si occupa dell'azione di tale "organo" specificava (come avviene ancora oggi) che anche il regime *ex lege*, peraltro dispositivo, del suo potere rappresentanza, oltre non essere generale (essendo piuttosto confinato alla sola partecipazione alle specifiche procedure elencate dal comma 4-ter³⁶) comporta che detto organo agisca "in rappresentanza delle imprese, anche individuali". E quindi, se non voglia forzarsi oltremodo la lettera della legge, in nome e per conto di esse. Conclusione infatti ora testualmente confermata dalla nuova versione della norma (v. *infra*).

4.2 La medesima conclusione trovava poi, e trova tuttora, conferma nella disciplina dei "distretti" (art. 1, commi 366 e 368, l. 266/2005): disciplina che come noto è estensibile alle reti di imprese, sia pure a particolari condizioni e previa autorizzazione amministrativa³⁷.

Ebbene, da tale disciplina – nella parte riferita ai rapporti con le pubbliche amministrazioni – si evince che questi rapporti sono comunque intrattenuti dalle "imprese", sia pure per mezzo dell'organo incaricato. Il quale agisce (secondo lo stesso regime di rappresentanza evocato dalla disciplina "comune" della rete, e cioè del ridetto comma 4-ter) come una sorta di interlocutore unico dell'amministrazione, per conto delle singole imprese, ma, si direbbe anche, in

³⁵ In tal senso invece, F. CAFAGGI, *Introduzione*, cit., p. 39 (su cui v. ancora, *infra*, sub nt. ...), muovendo da una concezione duplice della rete, dotata o non di soggettività, nel primo caso emergendo allora un modello organizzativo in cui opera una rappresentanza organica. Nel senso qui sostenuto, invece, C. CAMARDI, *I contratti di distribuzione come contratti di "rete"*, in AAVV., *Le reti di imprese e i contratti di rete*, cit., p. 225 ss., a p. 255 ss.: "la costituzione di una rete non dà luogo alla nascita di un soggetto collettivo, come confermato inequivocabilmente – ove occorresse – dalla successiva lett. e) sul cosiddetto "organo comune incaricato"; ma piuttosto ad un'organizzazione non soggettivizzata e strumentale all'attuazione di un programma comune di rete".

³⁶ Cfr. C. CAMARDI, *op. cit.*, p. 258.

³⁷ Sulla base di criteri che, peraltro, non vengono previsti dalla legge neppure in via di massima: il che inquieta. Sull'estensione della disciplina dei distretti (con i quali opererebbe una sorta di "assimilazione"), e per un tentativo di enucleare in via interpretativa quali dovrebbero esserne i criteri, v. comunque M. ONZA, *Il contratto di rete*, cit., § 2.

loro nome³⁸: e ciò non solo perché già prima della novella del 2010 la disciplina in discorso chiariva (come fa tutt'oggi) che “le domande, le richieste, istanze ovvero qualunque altro atto idoneo ad avviare ed eseguire il rapporto ovvero il procedimento amministrativo” – pur se “espressamente formati”, per mezzo dell'organo incaricato dalle reti, “nell'interesse delle imprese aderenti” – “*si intendono senz'altro riferiti quanto agli effetti, alle medesime imprese*” (e non già alla rete come tale, o al distretto); ma perché poi detta disciplina parrebbe doversi ritenersi integrata ora dalla disciplina posteriore – e cioè per l'appunto dalla novella del 2010 – a stregua della quale rispetto a tutti i contratti di rete (e quindi a prescindere che ricorrano o meno le condizioni di assimilazione ai distretti), “l'organo comune agisce *in rappresentanza degli imprenditori (...) nelle procedure di programmazione negoziata con le pubbliche amministrazioni*”.

In ogni caso poi – indagando su quale debba ritenersi essere, anche al di fuori dell'ambito della partecipazione alle procedure amministrative, il regime privatistico secondo il quale l'organo esecutivo opera (ai sensi del comma 4-ter) – è sempre la disciplina prevista in tema di distretti, ma richiamata per le reti, a prevedere che “la stipulazione di negozi di diritto privato per conto delle imprese avverrà *secondo le norme di cui agli articoli 1703 e seguenti del codice civile*” (art. 1, comma 368, lett. b, n. 3, della l. 266/2005). Cosa ovvia, si dirà. Ma in questa sede utile, almeno, per avvalorare una contrarietà all'ipotesi di una qualsiasi “rappresentanza organica” della rete intesa quale ente.

Insomma, già rispetto alla prima formulazione legislativa del contratto di rete pareva potersi concludere che l' “organo comune”, nel dare esecuzione al programma di rete, agisse normalmente (ferma la diversa ipotesi prevista dall'art. 2615, co., 2, c.c.) *in nome e per conto delle imprese aderenti secondo gli schemi del mandato con rappresentanza, producendo effetti direttamente imputabili a queste ultime*.

Con la possibilità però – come meglio si dirà appresso – di concentrare la garanzia patrimoniale per le obbligazioni così assunte sul solo “fondo patrimoniale comune” (o, nella prima versione della disciplina, sui “patrimoni destinati” *ad hoc*) e non sul patrimonio delle singole imprese³⁹.

4.3 Ebbene, una tale concezione pare oggi, a seguito della novella, ulteriormente rafforzata dalla vigente formulazione del comma 4 - ter.

Il quale innanzitutto, al secondo capoverso, prevede soltanto come *eventuale* la “nomina di un organo comune incaricato di gestire, in nome e per conto dei partecipanti, l'esecuzione del contratto o di singole parti o fasi dello stesso”.

La previsione non pare meritare eccessiva considerazione (sempre ai fini della questione qui affrontata) nella parte in cui prevede come soltanto eventuale la nomina di un organo comune. Difatti, essendo una tale “eventualità” prospettata

³⁸ *Contra* però, anche se con riferimento alla disciplina precedente alla novella del 2010, ONZA, *op. loc. ult. cit.*, secondo il quale nella negoziazione con le pubbliche amministrazioni delle reti “assimilate” ai distretti, la negoziazione dell'ufficio esecutivo sarebbe avvenuta necessariamente per conto, ma non anche in nome delle (benché poi si ammetta: “*con effetti ex lege dirottati sulle*”) imprese aderenti. In ogni caso, il profilo della negoziazione con le pubbliche amministrazioni parrebbe secondario nell'analisi del regime patrimoniale della rete qui indagato, da analizzarsi invece soprattutto con riferimento ai meccanismi d'azione privatistica.

³⁹ Salvo ovviamente il caso particolare previsto dall'art. 2615, comma 2, c.c., o le eccezioni previste dalla disciplina dei patrimoni destinati.

parallelamente a quella della “istituzione di un fondo patrimoniale comune”, parrebbe che con essa si voglia piuttosto alludere alla possibilità che la rete si limiti ad un’attività meramente interna, ed allora non servirà né il fondo patrimoniale comune né, conseguentemente, un organo comune. Diversamente, però, laddove il programma di rete prevedesse il compimento di un’attività esterna, avvalendosi di un fondo patrimoniale comune: ipotesi in cui allora la nomina di un organo comune risulterebbe coesenziale⁴⁰.

⁴⁰ Discriminante, a mio avviso, sarà quindi la circostanza che si verifichi o meno l’effetto della separazione patrimoniale e quindi della localizzazione della responsabilità delle imprese aderenti sul solo fondo patrimoniale comune oppure non.

E quindi a seconda che: (a) vi sia un’attività con terzi che si avvalga (pur sempre, a stregua del regime legale dispositivo, secondo lo schema del mandato collettivo) di un fondo patrimoniale comune costituito secondo la disciplina legale, e soggetto allora all’applicazione allora degli artt. 2614 e 2615, c.c. con l’effetto di separazione patrimoniale; ovvero (b’) che vi sia un’attività meramente interna (nel senso di collaborazione che non comporti alcuna relazione con terzi) ovvero, al limite, come forse sarebbe anche possibile, (b’’) che venga bensì svolta un’attività con terzi in nome e per conto delle imprese aderenti, ma avvalendosi di una dotazione patrimoniale alla quale non si sia inteso attribuire autonomia, senza quindi rispettare le condizioni di legge (essenzialmente la pubblicità nel registro delle imprese: v. *infra*, § 6), e soggetta pertanto ad una sorta di comunione di diritti delle imprese aderenti (P. IAMICELI, *Contratto di rete, fondo comune e responsabilità patrimoniale*, cit., p. 64 e 71, distinguendo appunto le ipotesi di un “patrimonio autonomo, reso tale dall’applicazione degli artt. 2614 e 2615 c.c. e quello del fondo patrimoniale comune quale oggetto di mera comunione di diritti; analogamente, ID., *Dalle reti di imprese*, cit., p. 38).

Non mi trovo invece in linea con l’impostazione generale seguita in AAVV., *Il contratto di rete. Commentario*, cit., *passim* (v. ad es. p. 52 ss., o p. 116, 124 ss., 131 ss., o 111 ss.) ove [sia pure con riferimento alla disciplina precedente alla novella del 2010, che era certo più ambigua, e forse assumendo una distinzione tracciabile a livello empirico, fra reti organizzative e contrattuali (che in effetti si auspicava che la legge recepisce, e muovendo quindi dall’idea di un contratto transipico: v. infatti già F. CAFAGGI, *Reti contrattuali e contratto di rete: ripensando il futuro, in Reti di imprese tra crescita e innovazione legislativa*, p. 439) ma che poi non pare essere stata esattamente replicata dalla legge (cfr. P. IAMICELI, *Dalle reti di imprese*, cit., p. 1 ss., p. 28, riconoscendo come il fenomeno delle reti di imprese “*eccede i confini della fattispecie contrattuale appena introdotta*”, e che la riconducibilità della rete agli enti collettivi “*risulti indebolita dalla presenza di indici normativi di segno diverso*”; nonché p. 33, ove si riconosce in definitiva come la disciplina legale non sia da sola sufficiente a consentire un assimilazione del contratto di rete ai contratti associativi a struttura corporativa, salva però la libertà delle parti di articolare una struttura più complessa, eventualmente affine a quella propria degli enti di tipo associativo] si distingue fra reti con rilevanza esterna o interna, non (come a mio avviso si dovrebbe) a seconda che vi sia o meno un’attività con terzi; bensì a seconda che la rete rilevi come entità unitaria dotata di soggettività giuridica, ed allora gli artt. 2614 e 2615 siano “compatibili”: ovvero abbia una rilevanza puramente interna, relazionandosi con i terzi come pluralità di soggetti aderenti alla rete, “*l’analogia in questi casi potendo ricorrere con l’associazione temporanea di imprese o con la joint venture contrattuale*”. Si muove così dall’idea di un contratto trans tipico, come tale compatibile con altri schemi contrattuali, distinguendo fra reti che pur svolgendo attività con terzi potrebbero essere meramente contrattuali, fondate su un mandato collettivo all’organo comune, e reti dotate invece di “rilevanza esterna”, e quindi anche di soggettività, con la rappresentanza organica dell’organo comune, capaci allora d’essere assimilate a figure di contratti associativi con rilevanza esterna, quali i consorzi con attività esterna, le associazioni, o le *incorporated joint ventures*.

Con una tale distinzione non mi trovo in linea, dicevo, perché – come anche meglio si chiarirà nel testo – il vigente statuto legale della “rete” configura quest’ultima in modo tale che anche quando comporti un’attività con terzi non ne derivi l’emersione di una qualche soggettività giuridica, una tale azione essendo infatti univocamente prevista come un agire in nome e per conto secondo lo schema del mandato collettivo, avvalendosi di un regime di responsabilità localizzato sul fondo patrimoniale comune secondo le norme di cui agli artt. 2614 e 2615, c.c. L’applicabilità dei quali, deve pur dirsi, è certo sottoposta ad una condizione di “compatibilità”; ma senza che – ad avviso di chi scrive – possa giungersi a ridimensionare quell’applicabilità sino al punto di identificare quella condizione di “compatibilità” con l’assunzione di una veste giuridica entificante. Ciò che appunto contrasterebbe il modello *dispositivo* dell’attività della rete che (senza indicare particolari alternative) configura quest’ultima come un’attività posta in essere in esecuzione di un mandato collettivo e sottoposta al regime di responsabilità secondo le norme degli artt. 2614 e 2615. Il cui limite di compatibilità (sempre ammettendo che il legislatore storico l’abbia previsto per una qualche specifica ragione, e non solo come generica “clausola di salvaguardia” a presidio di eventuali rischi di non facile coordinamento), anzi, andrebbe a mio avviso visto proprio in ciò: che quegli articoli si riferiscono espressamente ad una fattispecie entificata, ed infatti ad obbligazioni assunte “*in nome del consorzio*”; laddove nell’attività esecutiva del contratto di rete si prevede che le obbligazioni vengano assunte “*in nome delle imprese aderenti*”.

Quel che però risulta più significativo è che, nella vigente formulazione della norma, riceve evidenza testuale (pur sostenibile anche prima per via interpretativa: v. *supra*) è che l'organo comune opera "in nome e per conto dei partecipanti". Dunque non in rappresentanza (organica) dell'ente, ma in nome e per conto dei partecipanti, secondo lo schema di un mandato collettivo.

4.4 E infatti proprio al *mandato collettivo* si riferisce ora espressamente, per di più, il comma 4 - *ter* (al terzo capoverso, lett. *e*), qualificando l'organo comune esplicitamente come "*mandatario comune*"⁴¹. Prevedendo inoltre (col che si percepisce oltretutto che il problema della soggettività non sia stato puramente ignorato dalla novella del 2010) che lo stesso organo comune *possa*, ma non debba, essere "istituito" come "*soggetto*".

Con una chiara opzione concessa quindi ai partecipanti di dar pur luogo, se lo vogliano, ad una nuova figura entificata (ovvero di avvalersi di una già esistente); ma allora – si badi – non implicata di per sé dal contratto di rete, dal suo statuto legale. Inoltre, ciò che più conta, si tratterebbe di una figura, quand'anche "*voluta*", in ogni caso ulteriore rispetto alla rete e alle imprese che vi partecipino. Nonché, direi anche, in principio titolare di un *suo* patrimonio, formato secondo le regole del tipo prescelto (ad esempio, una s.r.l.), ma comunque diverso e separato da quello destinato a servizio della rete.

Orienta a quest'ultima conclusione innanzitutto la previsione legale per cui la facoltà di "*gestire*" (di disporre quindi del patrimonio della rete) spetta all'organo comune entificato pur sempre in virtù dell' "*incarico di gestire, in nome e per conto dei partecipanti, l'esecuzione del contratto*". L'organo comune, quand'anche entificato, disporrà quindi del patrimonio della rete non quale patrimonio proprio, o confuso col proprio, come invece accadrebbe se la dotazione patrimoniale della rete fosse formalmente intestata all'ente che assume l'incarico di organo comune. Insomma, quel patrimonio non è dell'organo entificato, non gli è imputato; ma è solo da esso gestito.

Inoltre, i poteri di gestione attribuiti all'organo comune entificato restano pur sempre "conferiti a tale soggetto come *mandatario comune*", oltretutto sempre "*sostituibile durante la vigenza del contratto*". Sostituzione che allora si realizzerà attraverso la revoca del mandato, e quindi del potere di gestire il patrimonio (costantemente separato) della rete, senza però che ciò debba comportare una qualche retrocessione del patrimonio in termini di vero e proprio ritrasferimento,

⁴¹ Delicata pare invece la questione quando si tratti non di mandato collettivo, bensì di "*mandato plurimo*" (al limite anche da parte di tutti i partecipanti) per finalità che, pur collegate all'esecuzione del contratto di rete, siano direttamente funzionali al "*compimento di operazioni variamente collegate alla sfera di attività del singolo aderente*" (e quindi per finalità non propriamente riconducibili ad un "*affare di interesse comune*" come dovrebbe essere per il mandato collettivo: Cass. 26 novembre 2002, n. 16678); e quindi su un piano più prossimo a quello dell'"incarico individuale" (pur possibile: cfr. F. CAFAGGI E P. IAMICELI, *La governance del contratto di rete*, in AAVV., *Il contratto di rete. Commentario*, cit., p. 50 - 51; F. CAFAGGI - P. FERRARI, *La responsabilità della rete verso i terzi*, *ivi*, p. 117 ss.

Al di là di altri profili (ad esempio quello della revoca *ex art.* 1726 c.c. o non), direi che un tale tipo di mandato parrebbe funzionalmente prossimo a quello ipotizzato dall'art. 2615, co. 2, c.c. (sulla ricostruzione della cui portata, anche in rapporto al primo comma, v. da ultimo, in termini equilibrati, G. PERONE, *L'interesse consortile*, Milano, 2008, p. 218 ss., ricordando anche quelle interpretazioni, definite dall'Autore "soppressive", volte a dilatare il campo di applicazione del secondo comma sino a renderlo quasi totalizzante), con conseguente neutralizzazione, in questa ipotesi, dell'effetto della limitazione della responsabilità al fondo comune.

cioè di una vera e propria separazione del patrimonio a servizio del programma di rete da quello, sino a quel momento con esso confuso, dell'ente incaricato di gestirlo.

4.5 In sintesi: il contratto di rete non dà mai vita ad una soggettivizzazione del fondo patrimoniale comune⁴². Può tutt'al più – se così si scelga e comunque su un piano ulteriore – provocare la costituzione di un nuovo soggetto, ad esempio una società *ad hoc*, incaricato di gestire tale patrimonio per dare esecuzione al programma di rete; ferma restando però la separazione di quest'ultimo compendio patrimoniale (non solo da quello delle imprese partecipanti, ma anche) da quello del nuovo soggetto costituito. Analogamente a come accade, ad esempio, per un fondo comune di investimento gestito da una SGR⁴³.

5 – La titolarità del fondo patrimoniale comune (profili di imputazione).

5.1 Nella prospettiva ricostruttiva appena tracciata, il “fondo patrimoniale comune” è dunque patrimonio separato, nella prospettiva della responsabilità patrimoniale, da quello delle singole imprese aderenti al contratto di rete, per effetto di un atto negoziale (ed ovviamente della *condicio iuris* della pubblicità legale) attraverso cui esse destinano parte delle proprie attività a servizio del programma di rete.

Un patrimonio quindi “appartenente”, in qualche modo, alle singole imprese, che hanno infatti il diritto di recuperarne la libera disponibilità quando, alla scadenza del contratto, cessi il suo vincolo di destinazione e si dia luogo alla sua “divisione” (art. 2614, c.c.). O al limite anche prima, per effetto di recesso, se così consenta il contratto (al quale infatti la legge demanda la relativa disciplina).

⁴² Nella medesima direzione di quanto qui sostenuto, cfr. A. DI MAJO, *Contratto e reti. Le tutele*, in AAVV., *Le reti di imprese e i contratti di rete*, a cura di P. Iamiceli, Torino, 2009, p. 267 ss., a p. 268: “il contratto di rete non [è] destinato a dare vita a soggettività distinte da quelle facenti capo alle singole imprese (...) Non possono essere confuse con la soggettività forme di autonomia patrimoniale, quale potrebbe essere rappresentata dalla costituzione di un fondo (sul tipo di quello consortile, artt. 2614 e 2615) destinato a sostenere finanziariamente l'attività della rete e in relazione agli impegni presi a nome di essa”.

⁴³ Importante in questa prospettiva – ma soprattutto poi in quella affrontata nel paragrafo successivo in merito alla titolarità delle situazioni giuridiche che compongono il patrimonio separato – è la recente pronuncia della Suprema Corte (Cass., 15 luglio 2010, cit. alla **nt. 7.**), che per la prima volta si esprime sulla natura giuridica dei fondi comuni di investimento, affermando che essi *non* costituiscono “soggetti di diritto a sé stanti”, bensì “patrimoni separati dalla società di gestione del risparmio che li ha istituiti, con la conseguenza che, in caso di acquisto immobiliare operato nell'interesse di un fondo, l'immobile acquistato deve essere intestato alla suindicata società di gestione”.

Sulla riconduzione dei fondi comuni di investimento alla categoria dei patrimoni separati come “destinazioni non personificate”, di cui si è avuto da ultimo una proliferazione (come ad esempio per i patrimoni destinati, per il patrimonio di cui al d. lgs. 7 settembre 2005, n. 209, art. 117 nel codice delle assicurazioni, e per la figura generale dell'art. 2645 *ter*), v. già, fra gli altri, M. BIANCA, *Atto negoziale di destinazione e separazione*, AA. VV., *Atti di destinazione e trust (art. 2645 *ter* del codice civile)*, a cura di Giuseppe Vettori, Padova, 2008 (da cui si cita; ma anche in *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 197 ss.), p. 13 ss., a p. 20 e 21, nt. 19.

Nel passato si era tentato di individuare nei fondi comuni di investimento dei centri di imputazione di situazioni soggettive pensabili in definitiva come soggetti distinti dalla società di gestione e approssimabili a fondazioni o associazioni non riconosciute: e v. così, rispettivamente, R. COSTI, *La struttura dei fondi comuni di investimento mobiliare nell'ordinamento giuridico italiano e nello schema di riforma delle società commerciali*, *Riv. soc.*, 1968, p. 300 e 319; A. NIGRO, *I fondi comuni di investimento mobiliare: struttura e natura giuridica*, Milano, 1970, p. 100 ss.

Occorre allora interrogarsi anche sulla natura, diretta o indiretta, di una tale “appartenenza” o “partecipazione” (nel senso ovviamente di *Vermögensanteil*, non di *Mitgliedschaft*⁴⁴). Il che – se si condividono le soprastanti riflessioni sull’inesistenza di un nuovo soggetto intestatario delle attività segregate nel fondo “comune” – implica la necessità di dissociare la ricostruzione della titolarità (cioè della imputazione in termini statici) delle situazioni soggettive, *anche passive*⁴⁵, che lo compongono, da quella, in termini dinamici, della sua gestione e della responsabilità che ne deriva⁴⁶, insomma dell’attività.

E ciò pur concedendo che i profili dell’imputazione, attenendo ad una considerazione statica del fenomeno, risultano in queste pagine – rivolte per lo più ai profili della responsabilità per le obbligazioni assunte nell’esercizio dell’attività comune – di minore rilevanza, pur avendone evidentemente sotto altro rispetto. Si pensi così alla questione della necessità o meno di trascrizione degli atti di destinazione (conferimento o contributo), *ad instar* di quanto previsto dagli artt. 2643, n. 11, per i consorzi, o dall’art. 2447 *quinquies* per i patrimoni destinati ad uno specifico affare o, in via più generale, dall’art. 2645 – *ter. c.c.*; o, ancora, a quanto di recente si è ritenuto necessario per gli immobili compresi in un fondo comune di investimento⁴⁷.

⁴⁴ La distinzione concettuale, spesso da noi appannata dall’uso promiscuo del termine partecipazione, viene prospettata, fra gli altri, da H. WIEDEMANN, *Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften*, München – Berlin, 1965, p. 30, ricordando come però nelle moderne società, almeno personificate, non possa parlarsi più di un diritto sul patrimonio e proporsi una ricostruzione della spettanza del patrimonio comune “*auf die Verbandsperson und ihre Mitglieder nach sozialrechtlichen Normen verteilt*” (come già sostenuto invece da O. v. GIERKE, *Genossenschaftstheorie*, p. 245, 330 ss.; nonché REINHARDT, *Aktienrecht und Eigentumsordnung*, FS Werner Schmidt, 1959, p. 23 ss., ivi citati) secondo quanto invece prevedeva il vecchio § 216 dell’ADHGB, per il quale “*Jeder Aktionär hat einen verhältnismäßigen Anteil am Vermögen der Gesellschaft*”. Per un approccio originale, v. anche U. HUBER, *Vermögensanteil, Kapitalanteil und Gesellschaftsanteil an Personengesellschaften des Handelsrechts*, Heidelberg, 1970, ove ci si propone una ridefinizione dei concetti di *Gesellschaftsanteil* (cioè della *Mitgliedschaft*) e *Anteil am Gesellschaftsvermögen* (anche se non come vera e propria partecipazione ai beni che lo costituiscono, bensì al loro valore).

⁴⁵ Se infatti si concede – come si dirà appresso nel testo – che del fondo patrimoniale comune v’è contitolarità delle imprese aderenti, essa concernerà tanto le attività quanto le passività, dunque anche i debiti essendo riferibili direttamente a quelle. Ancora una volta ben potendo osservarsi, a conforto di questa ricostruzione, l’analogia con quanto avviene nei patrimoni destinati ad uno specifico affare, ove i relativi debiti sono pur sempre debiti della società (che infatti saranno iscritti nel bilancio della società, anche se contabilmente distinti: cfr. G. E. COLOMBO, *La disciplina contabile dei patrimoni destinati: prime considerazioni*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2004, I, 30 ss., a p. 55, su cui v. più ampiamente nt. 51), pur rispondendone essa nei soli limiti del patrimonio. La differenza potendo però cogliersi che nel caso della rete, la contitolarità del patrimonio pone un problema non solo di imputazione, ma anche di individuazione delle regole secondo cui questa si ripartisce fra i contitolari, allora condebitori. Al proposito cfr. F. CAFAGGI e FERRARI, *La responsabilità della rete verso i terzi*, in AAVV., *Il contratto di rete. Commentario*, cit., p. 122 ss., 134 ss., i quali segnalano (benché con riferimento a quello che per gli Autori sarebbe solamente un possibile atteggiarsi della rete, quella priva di soggettività: ma su questo cfr. nt. 39) il dilemma se allora i debiti debbano ritenersi imputati *in solido*, secondo il regime generale degli artt. 1292 e 1294 (come sostenuto ad esempio da un orientamento giurisprudenziale consolidato: cfr. ad es. Cass. 10 settembre 2007, n. 18939) ovvero *per quota*, almeno quando l’obbligazione assunta dall’organo comune non fosse indivisibile, il debito ripartendosi allora per quote (come ritiene un orientamento più recente: Cass. Sez. Un. 9 aprile 2008, n. 9148, in *Foro it.*, 2008, I, p. 3255).

⁴⁶ Per questa impostazione di fondo, segnalando poi l’opportunità di privilegiare la prospettiva della responsabilità nella ricostruzione del fenomeno, pur senza escludere che alcuni aspetti di esso debbano apprezzarsi anche sul piano dell’imputazione, v. P. FERRO-LUZZI, *La disciplina dei patrimoni separati*, *Riv. soc.*, 2002, p. 121 ss., p. 126 – 129.

⁴⁷ Si ricordi infatti Cass., 15 luglio 2010 (sopra citata, nt. 7 e 41) che, almeno nella prospettiva statica dell’imputazione, ha affermato che “*l’ordinamento mal sopporta l’esistenza di un patrimonio privo di titolare*”, sicché la circostanza che una “*parte del patrimonio di un soggetto*” venga separata, nella prospettiva della responsabilità patrimoniale, “*in quanto destinata ad un particolare scopo e che, proprio per questo, venga sottratta al regime generale dell’art. 2740*”, non può far dubitare che essa “*dia pur sempre da ricondurre alla titolarità del soggetto (persona fisica o*

5.2 Ora, a me pare che l'inquadramento del regime di disposizione del fondo patrimoniale comune nello schema dell'agire "in nome e per conto" delle imprese aderenti alla rete, sulla base di un loro mandato collettivo, non possa che condurre a ritenere la titolarità delle componenti del fondo come riferita senz'altro alle imprese aderenti, e non già, come detto, ad un qualche soggetto interposto, il che è qui quanto maggiormente interessa.

Come però questa relazione si articola fra le imprese, come una tale titolarità cioè si imputi ad esse, può essere meno evidente.

L'essere il fondo patrimoniale (i) definito "comune" (ii) e posto a servizio di un'attività che dovrebbe poterne modificare continuamente la consistenza, oltre che (iii) destinato ad essere periodicamente alimentato da contributi dei contraenti, ed alla fine (iv) "diviso" fra di essi, induce a pensare – anziché ad una titolarità dei singoli beni che compongono il fondo che persista inalterata in capo alle singole imprese che, rispettivamente, li abbiano apportati – piuttosto ad un regime di contitolarità *pro quota* (individuata dal contratto e/o sulla base degli apporti eseguiti) dell'intero patrimonio.

Contitolarità ovviamente speciale, perché regolata da una disciplina *ad hoc*, e quindi non pensabile nei termini di una vera e propria comunione⁴⁸, quanto

giuridica che sia) dal quale promana"; così che "ogni attività negoziale o processuale posta in essere nell'interesse del patrimonio separato non può, perciò, che essere espletata in nome del soggetto che di esso è titolare, pur se con l'obbligo di imputarne gli effetti a quello specifico ben distinto patrimonio"; "con la conseguenza che" – ai fini della trascrizione immobiliare – "in caso di acquisto immobiliare operato nell'interesse di un fondo, l'immobile acquistato deve essere intestato alla suindicata società di gestione", benché "l'intestazione debba essere accompagnata da un'annotazione idonea a rendere nota anche ai terzi l'esistenza del vincolo pertinenziale in favore del fondo, in coerenza con il regime patrimoniale che lo connota".

Analogamente si esprime, con riferimento alla "trascrivibilità degli atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c.", la Direzione dell'Agenzia del Territorio, Circ. n. 5/2006 (cit. in AA. VV., *Atti di destinazione e trust*, cit., p. 435 ss.), muovendo dal presupposto che la massa patrimoniale oggetto di destinazione "pur restando nella titolarità giuridica del "conferente", assume, per la durata stabilita, la connotazione di massa patrimoniale "distinta" (separata) rispetto alla restante parte del suo patrimonio"; e dunque prescrivendo, dal punto di vista strettamente operativo e sul piano della pubblicità immobiliare, che le formalità della trascrizione dovranno essere eseguite in modo che nella trascrizione (nel Quadro C - Soggetti) andrà "utilizzata solo la parte contro, con l'indicazione dei dati identificativi del conferente, nonché della quota di diritto reale oggetto dell'atto di destinazione". Simmetricamente, per la vicenda estintiva del vincolo, potrà apporsi una annotazione di sopravvenuta inefficacia.

Allo stesso modo, anche per i patrimoni destinati ad uno specifico affare occorrerà procedere alla mera trascrizione del vincolo di destinazione; una trascrizione che, peraltro, più che prescritta sembra presupposta dall'art. 2447 *quinquies*, c.c., mancando, in difetto di alterità soggettiva, un atto traslativo: cfr. C. IBBA, *La pubblicità del patrimonio destinato*, *Giur. comm.*, 2007, I, 725 ss., a p. 732 ss.; R. SANTAGATA, *Patrimoni destinati*, cit., p. 79.

⁴⁸ La contitolarità del fondo comune, regolata da una sua tipica disciplina, sarebbe dunque non soltanto sottratta (secondo quanto previsto dall'art. 1100, c.c.) al regime generale della comunione; ma probabilmente neppure riportabile, ancor più a monte, alla sua stessa fattispecie, e segnatamente a quella della comunione volontaria (se si vuole poi: d'azienda).

E ciò perché potrebbe parlarsi di comunione volontaria (sia pure "di scopo" o "di destinazione") soltanto ove l'accordo delle parti avesse "per suo oggetto immediato la formazione di una situazione comune", pur sempre però rivolta al godimento (anzi, "al miglioramento del godimento dei beni oggetto dei diritti apportati": M. FRAGALI, *La comunione*, nel *Tratt. dir. civ. comm.* diretto da Cicu e Messineo, vol. XIII, t. I, Milano, 1973, p. 48 e 99 ss.); laddove è noto che proprio per questo suo necessario profilo, la "comunione qualificata", quale ad esempio quella di cui si parla con riferimento al patrimonio di società, non può riconoscersi quale vera e propria comunione (v.

piuttosto approssimata, anche attraverso il riferimento agli artt. 2614 e 2615 c.c., a quella consortile; se non fosse però che in quest'ultima (e a ciò si riferirebbe il *caveat* della "compatibilità"⁴⁹) v'è imputazione del fondo comune all'ente, laddove nella rete v'è imputazione al patrimonio delle imprese aderenti, "in nome" delle quali infatti l'organo comune potrà poi disporre del fondo comune.

Tutto ciò porta allora a concepire la vicenda di conferimento/contributo – sempre nella prospettiva dell'imputazione delle situazioni giuridiche che vanno a comporre il fondo comune – quale vicenda formalmente traslativa: dalla titolarità esclusiva alla contitolarità⁵⁰.

E ciò con evidenti riflessi sia in punto di pubblicità (anche) immobiliare del contratto di rete (espressamente imposta del resto per la formazione del fondo consortile di cui agli artt. 2614 e 2615, c.c.), inteso allora quale vincolo di destinazione impresso a quei conferimenti che avessero eventualmente ad oggetto beni immobili (o mobili registrati)⁵¹; sia in punto, poi, degli inevitabili riflessi che la nuova situazione, soggettivamente collettiva, di contitolarità *pro quota* del fondo (in luogo della titolarità esclusiva di quanto conferito), produrrà sul piano della contabilità delle singole imprese aderenti⁵².

5.3 Conclusioni analoghe sembrano oramai doversi trarre – a seguito della novella del 2010 – anche con riferimento all'ipotesi che la dotazione patrimoniale della rete si formi attraverso la costituzione di patrimoni destinati ad uno specifico affare *ex art. 2447 bis e ss., c.c.*

Prima della novella, difatti, tale ipotesi veniva prospettata (almeno stando al tenore della lettera della legge, per come veniva generalmente percepito) quale *alternativa* a quella della costituzione di un fondo patrimoniale comune. Si sarebbe trattato allora di coordinare – sia quanto ai profili di imputazione che

ancora M. FRAGALI, *op. cit.*, p. 103), essendo quest'ultima testualmente incompatibile con fenomeni dinamici di investimento produttivo (art. 2248, c.c.; ma poi anche argomentando dalla disciplina della trasformazione eterogenea di società in "comunione d'azienda"), quale invece la rete, nell'ipotesi considerata nel testo, si atterrebbe.

⁴⁹ V. meglio nt. 39, 67 e 71.

⁵⁰ Vicenda analoga allora non solo alla formazione del fondo consortile (ove per vero la vicenda, sempre dal punto di vista dell'imputazione, risulta formalmente traslativa in virtù di un'attribuzione all'ente), ma per altro e forse più pregnante profilo anche (anche se soltanto in questa prospettiva, e v. infatti quanto or ora osservato, nt. 47) a quanto si verifica nella costituzione di una comunione volontaria: difatti, anche il contratto costitutivo di comunione volontaria si considera "atto di alienazione, sulla base dello spostamento patrimoniale che fa subire al diritto che ne è oggetto, dalla sfera singola ad una sfera soggettivamente collettiva" (M. FRAGALI, *La comunione*, cit., p. 531), e perciò anch'esso incluso fra gli atti traslativi elencati dall'art. 2643 c.c.

⁵¹ E v. infatti *supra*, nt. 42.

⁵² Mi parrebbe allora che i beni conferiti non saranno oggetto di un'appostazione *tel quel* nel bilancio dell'impresa conferente, pur se isolati contabilmente mediante un "di cui" (oggetto cioè di un'iscrizione "distinta"), come potrebbe invece avvenire per il patrimonio destinato ad uno specifico affare (G. E. COLOMBO, *La disciplina contabile*, cit., a p. 55), essendo questo infatti, benché separato, pur sempre riferibile ad un unico titolare (la società costituente).

Potrebbe allora iscriversi in bilancio, in luogo di quanto conferito, il valore stimato della quota di partecipazione; ovvero (segnala la contiguità delle due tecniche contabili G. E. COLOMBO, *op. loc. ult. cit.*) – analogamente a quanto si ritiene per i bilanci delle società di cartolarizzazione, ove, costituendo "i crediti relativi a ciascuna operazione patrimonio separato a tutti gli effetti da quello della società" si richiede che "le informazioni contabili relative a ciascuna operazione di cartolarizzazione trovino separata evidenza in appositi allegati della nota integrativa" (così provv. Banca d'Italia 29 marzo 2000) – il valore netto del patrimonio separato in calce allo stato patrimoniale della società, fra i conti d'ordine, mentre nel bilancio della società non sono rappresentate le attività e le passività del patrimonio dell'operazione (cfr. F. DEZZANI, *Bilancio di società di cartolarizzazione dei crediti, ne Il fisco*, 2000, n. 25, p. 8338 ss.).

con riferimento ai poteri di gestione – più patrimoni destinati, ciascuno in principio riferibile alla singola società che li avesse costituiti a tal fine.

In questo senso, allora, anziché una contitolarietà del complesso delle risorse destinate, sarebbe persistita una loro titolarità ripartita⁵³, ciò da cui sarebbero derivate indubbie complicazioni operative: prime fra tutte quella che l'organo comune non avrebbe potuto prescindere dalla cooperazione, materiale e giuridica, dei singoli organi delle società titolari dei patrimoni destinati ogniqualvolta volesse disporre di un bene in essi compreso⁵⁴, per le finalità del contratto di rete. Sarebbe stato pronosticabile allora che, al di là della complessità tecnica e (quindi) dello scarso successo che già i patrimoni destinati, di per sé, riscuotono⁵⁵, un loro impiego per la costituzione di un contratto di rete, moltiplicando quelle complessità nella plurilateralità del rapporto, avrebbe rappresentato una sorta di “doppio salto mortale” tale da non lasciare grandi speranze di successo a una tale opzione normativa⁵⁶.

Certo, già prima della novella del 2010 si sarebbe potuto rilevare che nulla impediva alle imprese (s.p.a.) aderenti di contribuire alla dotazione patrimoniale della rete destinandovi, anziché risorse tratte dal proprio patrimonio generale, le stesse risorse segregate in patrimoni destinati *ex art. 2447 bis c.c.*, (e destinati magari proprio all' “affare” di rete), al fine di formare un fondo patrimoniale comune della rete, sottoposto allora al potere di disposizione del solo organo esecutivo della rete (laddove le attività così apportate dal patrimonio destinato sarebbero state rimpiazzate, al suo interno, dal valore della partecipazione al fondo comune). Ma in tal caso sarebbe stato pur chiaro che, dal punto di vista della configurazione giuridica della dotazione patrimoniale della rete, si sarebbe in definitiva tornati all'ipotesi del fondo patrimoniale comune, irrilevante restando poi che le relative risorse fossero provenute direttamente dal patrimonio generale ovvero dal patrimonio destinato della società aderente alla rete.

Pare essere stata proprio questa, però, la scelta (senza dubbio semplificante, ed allora da salutarsi con favore) compiuta con la novella del 2010.

L'attuale versione del già citato comma 4 – *ter*, infatti, prevede innanzitutto che il fondo patrimoniale comune – come già ricordato – si formi con dei “conferimenti iniziali” dei partecipanti; mentre poi – ed è questa la novità – “se consentito dal programma, l'esecuzione del conferimento può avvenire anche mediante apporto di un patrimonio destinato costituito ai sensi dell'art. 2447 bis”, c.c.

⁵³ V. infatti, con riferimento alla disciplina precedente alla novella del 2010, P. IAMICELI, *Contratto di rete*, cit., p. 86; F. FIMMANÓ, *Patrimoni destinati*, cit., p. 48; D. CORAPI, *Dal consorzio al contratto di rete*, cit., p. 172.

⁵⁴ P. IAMICELI, *Dalle reti di imprese*, cit., p. 40; senza considerare poi i complessi rapporti intergestori interni alla società costituente, su cui v. R. SANTAGATA, *Patrimoni destinati e rapporti intergestori*, cit., p. 79; A. BARTALENA, *I patrimoni destinati*, cit., p. 99. Sul punto cfr. anche M. ONZA, *Il contratto di rete*, cit., § 3, che con riferimento alla disciplina precedente la novella del 2010 ipotizzava, per ragioni di semplificazione operativa, la possibilità di demandare la gestione e i connessi atti dispositivi dei patrimoni destinati all'organo comune della rete, quasi ne fosse un institore.

⁵⁵ Da un'indagine compiuta (grazie alla dr.ssa Francesca Teobaldelli nell'ambito di un progetto di ricerca dell'Università di Macerata) attraverso il registro delle imprese, al principio del 2009 i patrimoni destinati ad uno specifico affare risultavano essere in tutta Italia poco più di una ventina, alcuni dei quali peraltro costituiti da società appartenenti allo stesso gruppo.

⁵⁶ Su alcuni dei problemi di coordinamento, sia gestorio che in termini di articolazione del regime della responsabilità, all'interno della rete, cfr. D. SCARPA, *Integrazione di imprese e destinazione patrimoniale*, *Contratto e impresa*, 2009, p. 167 ss., spec. p. 198 ss.

Se non vedo male, ne risulta che la tecnica di dotazione patrimoniale del contratto di rete sia oramai *unica*: quella della costituzione di un fondo patrimoniale comune. Il “conferimento” potendo però anche consistere, se le imprese partecipanti (non necessariamente tutte, allora) assumano la veste di s.p.a., nella destinazione a servizio del programma di rete di risorse già segregate in un patrimonio destinato⁵⁷.

5.4 Anche per quest’ultimo profilo, la novella del 2010 induce, ancor più che nella precedente versione del comma 4 – *ter*, ad assimilare i principi che governano il “fondo patrimoniale comune” a quelli tipici dei “patrimoni destinati ad uno specifico affare”.

Non consta più soltanto, infatti, una prospettazione legale di fungibilità fra le due tecniche, cosa che già di per sé avrebbe dovuto suggerire, per ragioni di coerenza, una interpretazione delle regole applicabili alla prima coerente a quelle, più analitiche, previste per la seconda.

Ora invece le regole applicabili alla prima tecnica (i conferimenti nel fondo patrimoniale comune), l’unica possibile, vengono presentate in modo tale da doversi interpretare come necessariamente compatibili con quelle applicabili alla seconda (la costituzione di patrimoni destinati), costituendo un’evenienza prospettata dalla stessa legge quella per cui le seconde potrebbero coesistere con le prime e sovrapporsi, nel caso ovviamente in cui i conferimenti (*o anche alcuni soltanto* dei conferimenti, che verrebbero quindi a confluire nel fondo insieme ad altri “normali”) seguano la via della costituzione di un patrimonio destinato *ad hoc*.⁵⁸

Ne emerge – per quanto qui più interessa – un vincolo interpretativo ad una ricostruzione omogenea; risultandone, anche da questo punto di vista, la conferma che il regime di imputazione del fondo patrimoniale comune (: la sua titolarità va comunque ascritta alle imprese che contribuiscono a formarlo e non ad un nuovo soggetto) debba risultare concettualmente omologo a quello, già presente nell’ordinamento prima dell’introduzione della disciplina del contratto di rete, operante per i patrimoni “destinati ad uno specifico affare” *ex art. 2447 bis ss. c.c.*⁵⁹. La titolarità “statica” (ad esempio in termini di trascrizione immobiliare, salva l’annotazione del vincolo di destinazione) dei beni apportati, quindi, non sarà imputata ad un nuovo soggetto, bensì a chi li abbia apportati. Con la differenza però che nel caso di patrimonio destinato chi effettua l’apporto è

⁵⁷ Nel medesimo senso, M. ONZA, *Il contratto di rete*, cit., nella *Postilla*.

⁵⁸ L’unica differenza potendosi allora apprezzare nella circostanza che i beni conferiti nel fondo patrimoniale comune avrebbero subito un doppio processo di destinazione (con le relative conseguenze in termini di responsabilità patrimoniale): prima destinati al patrimonio destinato *ex art. 2447 bis*, e poi, da qui, al fondo comune del contratto di rete. O, se si vuole, anche triplo, considerando l’iniziale vincolo di destinazione impresso al bene dal socio che lo abbia conferito nella s.p.a. partecipante poi al contratto di rete.

⁵⁹ Ed infatti, rispetto a questi ultimi, si è segnalato (P. FERRO-LUZZI, *La disciplina dei patrimoni separati*, cit., p. 130) come l’effetto della separazione debba apprezzarsi “non già sul piano dell’appartenenza, titolarità, dunque imputazione di beni e di diritti, di complessi di questi, di pezzi, di frazioni di azienda, ma piuttosto, ed in principio, di responsabilità, ovviamente patrimoniale”. In senso analogo v. anche F. FIMMANÒ, *Patrimoni destinati*, cit., p. 30: “in una logica di segregazione meramente finanziaria si vogliono tenere distinte sfere di rischio piuttosto che sfere di appartenenza” (segnalando poi, a p. 40, come il fenomeno operi, per effetto di legge, solo sul piano della limitazione della responsabilità in deroga al 2740, mentre la società (p. 48) rimane “l’unico soggetto al quale sono imputate la titolarità dei beni destinati e le relative attività d’impresa”). Analogamente anche P. SCHLESINGER, *Patrimoni destinati ad uno specifico affare e profili di distinta soggettività*, *Dir. prat. soc.*, 2003, p. 5.

unico, e quindi non v'è alcuna modifica della titolarità; mentre nel caso della rete il fondo si alimenta di apporti di più soggetti, che così trascorrono da una situazione di titolarità individuale sui singoli beni apportati ad una situazione di contitolarità, regolata poi dalle specifiche norme previste dal contratto di rete (e sopra ricordate al § 5.2)

5.5. Intendo dire dunque, su un piano ora più generale – e confermando la sensazione espressa già all'inizio di questo discorso – che non potrebbe ritenersi sistematicamente “eversivo”, una volta preso atto della presenza nel nostro ordinamento dell'istituto dei patrimoni destinati ad uno specifico affare, l'idea di un compendio patrimoniale destinato all'esercizio di un'attività imprenditoriale (l' “affare”, come noto funzionalmente omologo e riconducibile all'oggetto sociale della società che lo persegue⁶⁰) che non dia luogo un soggetto a sé stante, e che inoltre non comporti, quando insufficiente a soddisfare le obbligazioni gravanti su di esso, l'applicazione di procedure concorsuali.

L' “affare” speciale, per così dire, che allora verrebbe in questione nel caso della costituzione del fondo comune della rete, sarebbe – analogamente a quanto può generalmente avvenire per i patrimoni destinati *ex art. 2447 bis* (riservati però alle sole s.p.a.) – uno riconducibile ai rispettivi “oggetti” delle imprese partecipanti, e poi dedotto nel programma di rete, come appunto nel caso, prefigurato dalla legge, che quel programma consista nell' “esercizio in comune di attività rientranti nell'esercizio della propria impresa”.

E, si ripete, non sarebbe questa una mera analogia fra i due istituti, capace allora di contribuire indirettamente alla legittimazione sistematica di quello “nuovo” (la costituzione di un fondo patrimoniale comune della rete non entificato) alla luce di quello già preesistente e noto (“i patrimoni destinati ad uno specifico affare”). No: si tratta piuttosto di vera e propria giustapposizione dei due regimi nell'ambito della stessa disciplina, che prevede anche come poi, operativamente (quando il conferimento sia apportato mediante un patrimonio destinato), quella giustapposizione possa divenire, in concreto, vera e propria sovrapposizione.

Sì che mal si giustificerebbe una ricostruzione che riconoscesse alla rete di imprese rilevanza di “*persona ficta*” per il solo nel caso in cui si optasse per la costituzione del patrimonio comune mediante “conferimenti”, e non invece in quello in cui ci si avvallesse di “patrimoni destinati ad uno specifico affare”; e che poi, soprattutto, in caso di insolvenza conducesse ad esiti radicalmente opposti a seconda delle due tecniche utilizzate (essendo ovvio che laddove il conferimento sia provenuto da un patrimonio destinato ad uno specifico affare, non potrebbe discenderne né il fallimento di questo né, come avviene per qualunque attività svolta attraverso quel patrimonio, quello della s.p.a. che l'abbia costituito).

Una soluzione ricostruttiva ambivalente del resto non parrebbe fondarsi su alcun supporto normativo. Dovendosi piuttosto propendere per una tendenziale

⁶⁰ E come tale ben pensabile come vera e propria “attività” di impresa: cfr., fra i primi, G. GUIZZI, *Patrimoni separati e gruppi di società. Articolazione dell'impresa e segmentazione del rischio. Due tecniche a confronto*, Riv. dir. comm., 2003, 639 ss., p. 646; di “sub-impresa” parla anche, allo stesso riguardo, A. JANNARELLI, *Brevi note*, cit., p. 1279 ss. Con riferimento all'attività di rete come capace di coincidere ad una “attività di impresa nella sua interezza”, v. G. D. MOSCO, *Fenomeni ricostruttivi sul contratto di rete*, Giur. comm., I, 2010, p. 839 ss., p. 848.

omogeneità del regime legale della rete, quale che sia stata la tecnica – fra le due indicate dalla legge come eventualmente concorrenti – di destinazione di risorse a servizio dell’attività programmata.

6 – La pubblicità quale condizione per il conseguimento dell’effetto della separazione patrimoniale.

6.1 L’ipotesi ricostruttiva sopra avanzata contribuisce a chiarire l’effettiva portata, e con ciò anche il senso dell’ “esserci”, del regime comune⁶¹ delle reti d’impresa. Esso, imponendo fra l’altro vincoli di forma scritta (solenne od autenticata) e di necessaria pubblicità attraverso il registro delle imprese (che potrà dirsi compiuta solo con l’ultima delle iscrizioni prescritte a carico delle imprese “fondatrici”), non “serve” in realtà – malgrado l’apparenza di un testo legale che parrebbe condizionare l’intera “efficacia del contratto” all’avvenuta iscrizione – a dare rilevanza giuridica, che altrimenti mancherebbe, a quei contratti di collaborazione interimprenditoriale che riproducano *in toto* la funzione descritta dalla norma definitoria del “contratto di rete”.

Un siffatto regolamento contrattuale, cioè, ben potrebbe convenirsi e valere – secondo i principi generali di meritevolezza dei contratti innominati e di libertà delle forme – quand’anche la nuova disciplina non fosse mai stata dettata, e quindi anche a prescindere dai requisiti formali e pubblicitari da essa fissati. Ed infatti così avveniva prima dell’introduzione di tale disciplina, il fenomeno economico e contrattuale delle reti di imprese ad essa certamente preesistendo.

Il rispetto dei requisiti, formali e soprattutto pubblicitari, imposti dalla legge, serviranno allora a qualcosa in più, a produrre un effetto altrimenti interdetto all’autonomia privata⁶²: e quindi non certo a determinare la rilevanza obbligatoria del contratto – nonostante la legge parli genericamente di “efficacia del contratto”⁶³ – quanto piuttosto il suo rilievo reale, che altrimenti non potrebbe esservi. Consentendo in particolare la realizzazione dell’effetto della separazione patrimoniale, nonché poi l’operatività, seppure in via dispositiva, del regime di rappresentanza legale attribuito all’organo esecutivo.

6.2 In tal senso dovrà allora ritenersi che la pubblicità nel registro delle imprese, nel caso del contratto di rete, non è tipicamente “costitutiva”, almeno nel senso forte di attribuire rilevanza giuridica ad una fattispecie negoziale che ne sarebbe altrimenti sprovvista.

⁶¹ E cioè della disciplina dettata dall’art. 3, commi 4 *ter* e ss., anche a prescindere dalla loro configurazione in modo tale da poter beneficiare dell’ulteriore disciplina “di sostegno” prevista per i distretti industriali.

⁶² Cfr. L. BIGLIAZZI GERI, *Patrimonio autonomo e separato*, cit., p. 292; P. SPADA, *Persona giuridica*, cit., p. 844.; v. anche L. SALAMONE, *Gestione*, cit., p. 374.

⁶³ Non si vede infatti come potrebbe la legge impedire che un contratto di rete, non iscritto, possa produrre effetti almeno fra le parti, esclusa ovviamente l’applicabilità nei rapporti esterni del regime patrimoniale e di rappresentanza subordinato dalla legge stessa al rispetto dei vincoli (oltre che di coerenza alla fattispecie) formali e pubblicitari da essa previsti. Nel medesimo senso v. ad esempio, M. ORLANDI, *Condizioni generali di contratto e reti atipiche*, in AAVV., *Le reti di imprese e i contratti di rete*, a cit., p. 77 ss., a p. 90 ss.; M. D’AURIA, *Dal concetto di rete di imprese al contratto di rete*, in *Corr. Merito (“le Rassegne” 1/2010)*, 2010, p. 17 ss., a p. 18. Per considerazioni analoghe, anche se in tutt’altra materia, sia consentito un rinvio a quanto scrivevo in *Effetti legali e negoziali degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, *Riv. dir. civ.*, 2009, I, p. 337 ss., spec. 340 ss.

E neppure, per altro verso, tipicamente “dichiarativa”, posto che l’opponibilità in cui una tale efficacia normalmente si riassume, opera essenzialmente nella dimensione della conoscibilità legale (parificando cioè l’iscrizione di un atto all’effettiva conoscenza che altri ne abbia, e potendo infatti la prima essere surrogata dalla seconda, quando si provi che ricorra), ma certo senza poter attribuire rilevanza giuridica ad un effetto (pur voluto e “dichiarato alla generalità” da parte dei contraenti) che fosse altrimenti inaccessibile all’autonomia privata; e cioè quello della separazione patrimoniale e della conseguente “specializzazione” del regime di responsabilità del soggetto disponente in deroga al principio generale dell’art. 2740, c. c.⁶⁴

Si tratterà allora di un’efficacia costitutiva⁶⁵ solo nel senso di provocare un tale effetto, vale a dire l’applicazione di certe regole che condizionano la rilevanza esterna, nei termini appunto di separazione patrimoniale, di una fattispecie negoziale per il resto valida ed efficace; e quindi, come suol dirsi, di un’efficacia “normativa”, l’iscrizione in tal caso atteggiandosi quale *condicio iuris* (e non di mera opponibilità) di un effetto altrimenti sottratto alla disponibilità dall’autonomia privata: segregare le risorse destinate dalle singole imprese a servizio del programma di rete in un compendio patrimoniale separato e non entificato.

7 - L’inapplicabilità delle procedure concorsuali e le sue ragioni.

7.1 Pensare, come qui si è proposto, al fondo patrimoniale comune della rete come ad un patrimonio separato e non entificato, sottoposto ad un regime identificabile nel rinvio agli “articoli 2614 e 2615 del codice civile” (sia pure in quanto compatibili) e da ritenersi poi tendenzialmente omogeneo, o almeno non contraddittorio, con quello dei patrimoni destinati ad uno specifico affare, orienta a dubitare seriamente, come già segnalato, della possibilità, per diritto vigente, di concepire un “fallimento della rete”, ovvero, più precisamente, l’apertura di una procedura fallimentare rivolta *tout court* al fondo patrimoniale della rete quando questo risulti insufficiente a soddisfare le obbligazioni su di esso gravanti.

Vero è, come osservato sin dal principio, che pur esclusa la possibilità di identificare un *ens tertium* titolare di un tale patrimonio, non può trascurarsi che l’attività esecutiva del programma di rete, potendo ben consistere nell’ “esercizio in comune di attività economiche” e quindi di un’attività d’impresa comune, sollecita l’interprete a ricercare per altra via una soluzione che, per coerenza col sistema, sia capace di provocare l’applicazione delle procedure concorsuali.

⁶⁴ Altro è infatti è l’atto di *destinazione*, che si colloca nella dimensione negoziale del potere di disposizione del diritto, altro è l’effetto della *separazione* che scaturisce da quell’atto, che dipende dalla legge e soltanto grazie ad essa può incidere sul regime della responsabilità del disponente (cfr. M. BIANCA, *Atto negoziale di destinazione e separazione*, AA. VV., *Atti di destinazione e trust cit.*, p. 13 ss., a p.32, nt. 52; N. DI RAIMO, *L’atto di destinazione dell’art. 2645 ter: considerazioni sulla fattispecie*, *ivi*, p. 47 ss., a p. 51).

⁶⁵ Di efficacia costitutiva dell’ (“effetto reale” conseguente alla) iscrizione della delibera costitutiva di patrimoni destinati, cfr. C. IBBA C., *La pubblicità del patrimonio destinato*, in *Giur. comm.*, 2007, I, 725 ss., a p. 732 ss.

7.2. Non può tralasciarsi allora un'ipotesi ricostruttiva che, pur concessa l'impossibilità di configurare la rete quale autonomo soggetto fallibile, intendesse nondimeno ricorrere alle tecniche residuali contemplate dal vigente sistema concorsuale per giustificare l'applicazione ai sostanziali autori, sia pure per via indiretta, dell'iniziativa imprenditoriale. Si potrebbe così immaginare, come già accennato, ad una società di fatto⁶⁶ fra le imprese che hanno dato vita alla rete; e ciò quand'anche si prendesse atto che il rapporto fra tali imprese debba in principio concepirsi quale mero fascio di mandati e quindi come una sorta di società meramente interna, giacché questa cesserebbe in ogni caso d'esser tale, acquistando allora una qualche soggettività e implicando una responsabilità sussidiaria dei soci, quando avesse dato vita ad qualche attività con terzi⁶⁷. Oppure, ancora, si potrebbe immaginare il ricorso ad ulteriori tecniche volte a individuare una qualche impresa contigua e a neutralizzare i tentativi di sottrarsi all'applicazione delle procedure concorsuali per mezzo di meccanismi di interposizione reale o fittizia.

Tutto ciò sarebbe ben concepibile; ed in effetti probabilmente da affermarsi, con riferimento ad un'attività esecutiva di contratto come quello qui esaminato che però non fosse stato iscritto nel registro delle imprese secondo la disciplina che si sta commentando; o che magari fosse stato posto in essere in assenza di una legge come quella che oggi, invece, lo regola.

Tutto ciò — si diceva — potrebbe dunque sostenersi in via di principio. *Se non fosse però* che è proprio lo *ius positum* che, disponendo (con effetto, appunto altrimenti interdetto all'autonomia privata) l'applicazione degli artt. 2614 e 2615 c.c. al fondo patrimoniale comune, ha chiaramente inteso escludere in ogni caso (salvo ovviamente quello previsto dall'art. 2615, co. 2)⁶⁸ che le imprese che danno vita ad un contratto di rete possano in alcun modo esporsi a conseguenze diverse da quelle che sopporterebbero gli appartenenti ad un consorzio con attività esterna, e quindi peggiori della mera perdita dell'apporto effettuato nell'attività di rete⁶⁹.

⁶⁶ Cfr. così Cass. 10 agosto 1990, n. 8154; Cass. 6 marzo 2003, n. 3349; Cass. 18 novembre 2010, n. 23344.

⁶⁷ Come ad esempio è giunto alcuni anni orsono ad affermare, con innovazione epocale il *Bundesgerichtshof* tedesco, persino con riferimento ad una *BGB - (Außen-)Gesellschaft* (BGH, 29 gennaio 2001, in BGHZ, 146, 341 ss., su cui può leggersi., fra gli altri, M. K. WEISS, *Rechtsfähigkeit, Parteifähigkeit und Haftungsordnung der BGB-Gesellschaft nach dem Grundlagenurteil des Bundesgerichtshof vom 29.01.2001*, Würzburg, 2005).

⁶⁸ Ipotesi questa che ben potrebbe fondare una responsabilità solidale ed illimitata dell'impresa per conto della quale l'organo comune abbia agito, ed allora anche una sua eventuale insolvenza (cfr. F. CAFAGGI e P. IAMICELI, *La governance del contratto di rete*, in AAVV., *Il contratto di rete. Commentario*, cit., p. 59 – 60, P. IAMICELI, *Contratto di rete*, cit., p. 82). Sui rapporti fra l'art. 2615, co. 2, c.c., e la sua compatibilità con la disciplina (non entificante) del contratto di rete e con l'art. 1705 c.c., v. in particolare M. ONZA, *Il contratto di rete*, cit., *passim* (nonché *supra*, nt. 40).

A quest'ultimo proposito, mi pare (cfr. anche ntt. 39 e 71), che il riferimento alla "compatibilità" contenuto nel rinvio agli artt. 2614 e 2615 sia da intendersi proprio in riferimento al dato che nel contratto di rete non v'è, a differenza che per i consorzi, un *ens tertium* "in nome" del quale vengono assunte le obbligazioni a cui quegli articoli si riferiscono.

⁶⁹ Può ricordarsi ancora, al proposito, la già citata Cass., 15 luglio 2010, che pur riconoscendo come nel nostro ordinamento "anche in assenza del formale riconoscimento della personalità, un ente possa essere considerato un centro di imputazione di rapporti giuridici e, perciò stesso, titolare di diritti ed obblighi (anche sul piano processuale)", come nel caso delle associazioni non riconosciute e delle società di persone, tuttavia deve anche osservarsi che "perché una tale situazione sia ipotizzabile, occorre individuare nel tessuto normativo elementi se non espliciti quantomeno significativi in questo senso". Per un discorso analogo, volto ad escludere la propagazione degli effetti patrimoniali passivi ad un'ipotetica società di fatto, effettiva titolare dell'impresa svolta attraverso lo schermo di una società di capitali, Cass. 19 novembre 1981, n. 6151.

E quindi, con un rilievo tendenzialmente preminente degli artt. 2614 e 2615 c.c. anche su altre discipline eventualmente concorrenti con quella della rete⁷⁰, per chi (non io) concepisse⁷¹ il contratto di rete come una sorta di contratto non già tipico, bensì “transtipico”, che non escluda cioè concorrenti qualificazioni, ad esempio come consorzio o società (del che però dubito assai, posta l’incompatibilità con tali figure di molteplici profili della disciplina del contratto di rete, anche al di là quello del regime patrimoniale: ad esempio quello della rappresentanza “in nome” dei partecipanti).

A meno quindi di non voler disattendere la *ratio* della legge (che può plausibilmente individuarsi, come per molti altri settori del recente diritto dell’impresa, nel tentativo di incentivare l’iniziativa imprenditoriale ad avvalersi di un nuovo strumento che offra la possibilità di sottrarsi al generale principio di responsabilità universale) e di forzare il suo dato letterale (magari facendo forte leva sulla condizione di “compatibilità” posta dal rinvio agli artt. 2614 e 2615⁷², ma così indebolendo oltremodo la portata pratica, e la stessa prevedibilità

Sempre in questa linea di ragionamento, merita d’essere segnalata, in particolare, la recente Cass., 22 gennaio 2010, n. 1112 (per un primo commento, F. FIMMANO, *l’insensibilità delle destinazioni patrimoniali al fallimento*, www.ilcaso.it) che nel ribadire il precedente orientamento volto ad escludere “che i beni facenti parte del fondo patrimoniale, in quanto costituenti un patrimonio separato, siano compresi nel fallimento (C. 00/8379, C. 90/11449)”, ha tratto conferma per una tale conclusione “dalla previsione contenuta nella L. Fall., art. 155, come modificato dal D.Lgs. n. 5 del 2006, che esclude l’acquisibilità al fallimento dei patrimoni destinati ad uno specifico affare, così confermando il principio della non confondibilità di beni deputati al soddisfacimento di specifiche esigenze secondo le modalità normativamente indicate, con gli altri beni dell’imprenditore fallito”.

⁷⁰ Secondo una (complessa) sovrapposizione di discipline, concettualmente non così diversa da quella che ad esempio opera in tema di “impresa sociale”, dove a certe condizioni viene disposta (con norma forse viziata da un eccesso di delega: cfr. A. CETRA, *Responsabilità patrimoniale e impresa sociale*, in ID., *Impresa, sistema, soggetti*, Torino, 2008, p. 147 ss.) l’applicazione di un regime di responsabilità limitata persino rispetto a tipi normalmente soggetti a regimi antitetici (art. 6 d. lgs. 24 marzo 2006, n. 155).

⁷¹ Cfr. F. CAFAGGI, *Introduzione*, cit., p. 21 ss., parlando di un contratto transtipico compatibile con contratti sia associativi e che bilaterali o plurilaterali privi di soggettività, con diverse cause concrete; seguito da G. VILLA, *Reti di imprese e contratto plurilaterale*, *Giur. comm.*, I, 2010, p. 944 ss., a p. 952; incidentalmente, M. ONZA, *Il contratto di rete*, § 1. Sul punto si vedano però le riserve anche di C. CAMARDI, *I contratti di distribuzione*, cit., p. 263 ss.

In senso contrario, ritenendo la prospettiva del contratto transtipico “poco plausibile e soprattutto fuorviante”, V. CUFFARO, *Contratti di impresa e contratti tra imprese*, *Corr. Merito* (“*le Rassegne*” 1/2010), 2010, p. 5 ss., a p. 7; G. D. MOSCO, *Fenomeni ricostruttivi sul contratto di rete*, *Giur. comm.*, I, 2010, p. 839 ss., p. 865 ss., segnalando molteplici profili di incompatibilità o di irragionevolezza nell’eventuale concorso di altre possibili discipline con quella della rete: così quanto al regime patrimoniale o al regime del deposito del contratto.

Diversa – ma allora non incompatibile con l’autonomia di diversi contratti, seppur collegati, il cui regime patrimoniale non andrebbe allora a sovrapporsi ma ad applicarsi con riferimento a diversi livelli di una complessiva attività economica – sarebbe invece una considerazione del contratto di rete non come transtipico, bensì tipico ma avente una sorta di “funzione quadro o normativa rispetto ai rapporti contrattuali sottostanti”, come propone M. D’AURIA, *Dal concetto di rete di imprese al contratto di rete*, cit., p. 18.

⁷² Così invece P. IAMICELI, *Contratto di rete*, cit., p. 73, ritenendo allora gli artt. 2614 e 2615 incompatibili con “*natura della rete tutte le volte che non generi una nuova organizzazione imprenditoriale dotata di una sua autonomia funzionale ed operativa, legata ad un’organizzazione complessa per lo più di tipo corporativo*”, come ad esempio accadrebbe in un contratto di rete che ripetesse uno schema di associazione temporanea di imprese o una joint venture contrattuale. A me pare però (come anche spiegato sopra) che possano bensì distinguersi reti interne o con attività esterna; ma che quando vi siano queste ultime e si avvalgano di un fondo patrimoniale comune istituito secondo legge, questo costituirà un patrimonio separato sottoposto al regime delineato dagli artt. 2614 e 2615, c.c., senza che il vincolo di compatibilità, che è certo elemento di opinabile valutazione, possa essere inteso – anziché come mera clausola volta ad appianare talune incongruenze nell’applicazione di regole previste per un contesto, non del tutto identico, di obbligazioni assunte “in nome” di un ente – in modo da aprire il varco (un varco dall’apertura invero incerta) a regimi di responsabilità alternativi rispetto a quello, l’unico, testualmente evocato dalla legge. In senso analogo, arrivando a ritenere *neppure immaginabile*, nell’ipotesi di un’attività di rete con rilevanza esterna, “*uno scenario incompatibile con l’applicazione della disciplina degli artt. 2614 - 2615*”, G. MARASÀ, *Contratti di rete e consorzi*, cit., p. 11.

d'applicazione, di quel rinvio) risulterebbe allora fortemente contraddittorio con lo *ius positum* un percorso argomentativo che finisse, in concreto, con il gravare le imprese partecipanti alla rete di una responsabilità patrimoniale che ecceda la misura dello stesso fondo patrimoniale, esponendole eventualmente all'applicazione di una od altra procedura concorsuale quando il fondo non risultasse sufficiente a far fronte alle obbligazioni assunte⁷³.

7.3 Non resterebbe allora che esplorare un ultimo percorso argomentativo capace di dare adito ad una regolazione concorsuale dell' "insolvenza della rete".

Potrebbe così muoversi dalla considerazione che al medesimo soggetto (o, nel caso delle imprese "in rete", a medesimi soggetti) possono ben far capo distinte iniziative imprenditoriali; e dal conseguente interrogativo se taluni segmenti dello statuto dell'imprenditore possano essere applicabili tante volte quante sono le distinte attività d'impresa, o invece una sola volta⁷⁴. Per poi chiedersi, in particolare, se possa allora concedersi una regolazione dell'insolvenza "settoriale", ipotizzando una sorta di fallimento "parziale" – rivolto cioè al soggetto ma limitato alla sola parte del loro patrimonio impiegato per la "sub-impresa" – dei soggetti partecipanti alla rete; ovvero una qualche *Doppelwirkung*, che consenta di dissociare i profili soggettivi da quelli oggettivi della disciplina concorsuale⁷⁵.

È da dirsi tuttavia che benché sia vero (e chi scrive lo riterrebbe anche auspicabile⁷⁶, per appianare i già citati sospetti di legittimità costituzionale della disciplina in discorso) che anche nel caso dell'attività di rete ben potrebbero, in principio, individuarsi quali sono i soggetti titolari dell'attività di impresa, nel cui nome in effetti quell'attività viene compiuta (così come nell'insolvenza del patrimonio destinato potrebbe individuarsi tale soggetto nella società costituente⁷⁷), riferendo allora la procedura concorsuale a quei soggetti ma circoscrivendone l'applicazione alla sola porzione del loro patrimonio collegata a

⁷³ Per considerazioni di natura analoga (con riferimento alla possibilità di provocare il fallimento della società che avesse costituito un patrimonio destinato ad uno specifico affare che fosse divenuto insolvente), G. E. COLOMBO, *La disciplina contabile*, cit., p. 43, a nt. 29: "a me pare che proprio la finalità dell'introduzione di tale istituto, cioè frazionare il rischio di impresa predeterminando il limite della responsabilità, verrebbe frustrata da quell'ipotizzata soluzione"; e nello stesso senso F. CIAMPI, *Patrimoni e finanziamenti destinati in rapporto con le regole del concorso fallimentare*, Soc., 2004, p. 1212 ss.: "si determinerebbe, sul versante fallimentare, quel ricongiungimento dei patrimoni che l'istituto tende a separare"; B. MEOLI, *Patrimoni destinati e insolvenza*, Fall., 2005, p. 113 ss., a p. 116. Con specifico riferimento alle reti, escludendo allora che vi si possa in alcun modo intravedere una fattispecie societaria, e riconoscendo invece come il legislatore abbia "forse inconsciamente creato un nuovo fenomeno di destinazione (disgiunto dalla soggettività) accanto a quelli esistenti quali i patrimoni destinati ad uno specifico affare (...) o il trust", cfr. F. CIRIANNI, *La costituzione del contratto di rete: aspetti operativi*, in *Corr. Merito ("le Rassegne"* 1/2010), 2010, p. 25 ss., a p. 28.

⁷⁴ Così, con riferimento ai patrimoni destinati ad uno specifico affare, L. SALAMONE, *I patrimoni destinati a specifici affari nella s.p.a. riformata: insolvenza, esecuzione individuale e concorsuale*, in *Riv. es. forz.*, 2005, p. 83 ss., richiamando P. SPADA, voce *Impresa* (su cui cfr. nt. 23); più in generale, v. ovviamente P. MASI, *Articolazioni dell'iniziativa economica e unità dell'imputazione giuridica*, Napoli, 1985.

⁷⁵ Come per esempio si era prospettato con riferimento ai patrimoni separati, prima degli interventi normativi che in termini espliciti ne hanno la "fallibilità": cfr. gli Autori citati alla nt. 14, cui *adde* E. FRASCAROLI SANTI, *Prime riflessioni sugli effetti della riforma societaria sulle procedure concorsuali*, *Dir. fall.*, 2004, I, p. 52 ss., segnalando come, nel caso di insolvenza del patrimonio destinato, sarebbe stato teoricamente concepibile individuare nella società il soggetto fallibile.

⁷⁶ Condividendo L. SALAMONE, *I patrimoni destinati*, cit., p. 84 ss.

⁷⁷ *Ivi*; v. anche R. SANTAGATA, *Patrimoni destinati e rapporti intergestori*, cit., p. 79.

quella “condotta imprenditoriale autonoma”; è pur vero però che ad una procedura concorsuale “parziale” (così come, in diverse ma logicamente simmetriche ipotesi, ad una moltiplicazione delle procedure concorsuali in capo allo stesso soggetto), si opporrebbe – almeno sul piano del diritto positivo interno⁷⁸ – l’attuale configurazione del sistema concorsuale come legato “indissolubilmente alla tradizione universalistica ed egualitarista”⁷⁹.

7.4 In definitiva, uno stato di fallimento non solo non sarebbe predicabile della rete in sé, che non è soggetto. Ma neppure, per una o altra via, delle imprese che avessero stipulato il relativo contratto, e in nome e per conto delle quali allora l’organo comune avesse agito impegnando il fondo comune.

8 - (segue:) Il fondo patrimoniale comune “incapiente”.

8.1 L’esito raggiunto, come già accennato, non deve sorprendere più di tanto, non dando luogo ad un esito sistematicamente inedito e confermando anzi una linea evolutiva del sistema già testualmente tracciata, fra l’altro, dalla disciplina di un istituto come quello dei patrimoni destinati ad uno specifico affare; espressamente richiamato, del resto, dalla disciplina del contratto di rete quale tecnica non più soltanto alternativa e fungibile, ma addirittura strumentale e in qualche modo “combinabile” con la costituzione del fondo patrimoniale comune. Dalla disciplina, piuttosto analitica, dei patrimoni destinati, possono anzi ricavarsi indicazioni utili, sempre nella prospettiva dei rapporti con il sistema fallimentare, non soltanto, come visto sinora, con riferimento al cd. elemento soggettivo delle procedure concorsuali, ma anche in relazione a quello, non ancora indagato, del cd. elemento oggettivo.

Si è visto infatti, dal primo punto di vista, che con i patrimoni destinati ad uno specifico affare già si rintraccia nel nostro sistema un esemplare – forse destinato a risultare sempre meno eccezionale (§ 9.1), e la disciplina del contratto di rete ne sarebbe appunto una conferma – di compendio patrimoniale che pur

⁷⁸ Si tratta quindi di soluzione che si impone *ratione imperii* e non *imperio rationis*; dunque non inconcepibile (ed anzi auspicabile) sullo “scenario (futuribile) del diritto concorsuale” (L. SALAMONE, *I patrimoni destinati*, cit., p. 84 ss.; nello stesso senso v. anche A. BARTALENA, *I patrimoni destinati*, cit., p. 104); ovvero, già oggi, sul piano sovranazionale o comparatistico. Può ricordarsi così come la disciplina comunitaria dell’insolvenza transfrontaliera (Reg. 1346/2000) risulti improntata ad un principio di “universalità limitata” secondo il quale, anziché operare l’estensione “universale” degli effetti di una procedura principale, potrebbe anche darsi luogo all’apertura di una o più altre procedure (aperte, secondo la legge locale, in ciascuno degli Stati membri dove il debitore abbia una sua “dipendenza”) “territoriali” o “secondarie” (a seconda che vengano aperte autonomamente o dopo quella principale): “secondarie” perché limitate, negli effetti, ai beni situati nello Stato in cui sono aperte (sia consentito al proposito un rinvio a quanto scritto in *Crisi dell’impresa e crisi della sovranità statale nel mercato globale (convergenza, concorrenza e coordinamento e delle norme nazionali*, Riv. trim. dir. pubbl., 2009, 413 ss.).

Anche sul piano comparatistico, non può non ricordarsi come l’art. 11 del decreto lei portoghese n. 248/86 del 25 agosto 1986 sull’impresa individuale a responsabilità limitata, dopo aver stabilito (primo comma) il principio della limitazione della responsabilità patrimoniale dell’imprenditore ai soli beni impiegati nell’ “*establecimento individual de responsabilidade limitada*”, contempla la possibilità del fallimento del titolare per “*causa relacionada com a actividade exercida naquele estabelecimento*”.

⁷⁹ Così, ancora, L. SALAMONE, *op. loc. ult. cit.*; P. SPADA, voce *Impresa* (citato per esteso alla nt. 23), per un cenno v. anche G. GIANNELLI, *sub art. 2447 novies*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di G. Niccolini e A. Stagno d’Alcontres, vol. II, Napoli, 2004, p. 1270.

continuando, sul piano statico dell'imputazione, ad "appartenere" al precedente titolare, senza dar vita ad alcun nuovo soggetto, si divarica funzionalmente dal restante patrimonio generale per essere posto al servizio esclusivo di uno specifico affare ed allora isolato, sul piano della responsabilità, quale garanzia tendenzialmente esclusiva delle relative obbligazioni.

Ebbene, per quanto ora più interessa, è anche da ricordarsi che quando quel patrimonio risulta insufficiente a soddisfare le obbligazioni strumentali all'affare cui è destinato, non si dà luogo ad alcuna procedura concorsuale, bensì alla sua liquidazione secondo le norme della liquidazione delle società di capitali. Ciò che è oramai fuori discussione⁸⁰, essendo disposto espressamente dall'art. 2447 *novies*, comma 2, c.c. (e dalla stessa Relazione governativa che ne ha accompagnato l'attuale formulazione⁸¹), e che del resto trova conferma anche nell'art. 156 l.f., persino con riferimento all'ipotesi che la "incapienza" del fondo risulti nel corso di una già avviata procedura fallimentare cui sia stata sottoposta la società.

8.2 Orbene, è forse proprio da quest'ultima previsione normativa, significativamente rubricata "patrimonio destinato *incapiente*", e non già "insolvente"⁸², che può forse trarsi una più generale chiave interpretativa capace di ricondurre a sistema l'esito ricostruttivo al quale già è parso di poter pervenire sulla base delle considerazioni di natura operativa e testuale sopra ricordate.

Gli è infatti che, al pari di quanto avviene, *per legge*, nelle relazioni contrattuali instaurate per realizzare lo specifico affare cui sia stato destinato un patrimonio *ex art. 2447 bis c.c.*, dove il rischio di impresa appare oggetto piuttosto di una "gestione contrattuale" anziché del collegamento ad un nuovo soggetto⁸³, anche

⁸⁰ V. ad esempio, pur criticando la scelta, L. GUGLIEMUCCI, *I patrimoni destinati*, cit., p. 1176 ss.; G. TERRANOVA, *La nuova disciplina della revocatoria fallimentare*, in *Dir. fall.*, 2006, I, p. 299, per il quale l'uso dell'avverbio "esclusivamente" avrebbe condotto oramai ad "eliminare la materia del contendere", e rilevando peraltro come "il legislatore non avrebbe potuto fare altrimenti, a meno di non modificare dalle fondamenta la disciplina del fallimento".

⁸¹ La Relazione al d. lgs. 28 dicembre 2004, n. 310 (che all'art. 20 ha appunto previsto l'attuale formulazione dell'articolo 2447 - *novies*) prevede che "in ipotesi di insolvenza del patrimonio separato si applicano esclusivamente le disposizioni sulla liquidazione del patrimonio", chiariva infatti che per tal via si intendeva "escludere che il patrimonio separato possa essere dichiarato insolvente e fallire autonomamente rispetto alla società che lo ha creato".

⁸² Sul mancato utilizzo del termine insolvenza quale indice della volontà di escludere l'applicabilità delle procedure concorsuali, cfr. G. PESCATORE, *La funzione di garanzia dei patrimoni destinati*, Milano, 2008, p. 301 nt. 24.; F. FIMMANÓ, *Patrimoni destinati*, cit., p. 323, evidenziando la diversità concettuale dei due fenomeni (insolvenza ed incapacienza); A. CUCCURU, *Patrimoni destinati ed insolvenza, Contratto e impresa*, 2009, p. 422 ss., a p. 442. Deve pur ricordarsi, tuttavia, che la legge delega della riforma del diritto societario espressamente accennava al "regime di responsabilità per le obbligazioni riguardanti detti patrimoni e la relativa insolvenza"; e che, parimenti, il primo progetto di riforma fallimentare (cd. Trevisanato) espressamente stabiliva che alle società con patrimoni destinati si applicassero, tra l'altro, in quanto compatibili, le disposizioni della procedura di liquidazione concorsuale, limitatamente all'insolvenza dei patrimoni medesimi.

⁸³ R. SANTAGATA, *Patrimoni destinati e rapporti intergestori*, cit., p. 79. Su un piano più generale, si è osservato (A. FALZEA, *Introduzione e considerazioni conclusive*, in *Destinazione di beni allo scopo. Strumenti attuali e tecniche normative*, Milano, 2003, p. 23 ss.; N. DI RAIMO, *L'atto di destinazione*, cit., p. 60) come, nella prospettiva della tutela dei creditori (del disponente), convenga distinguere fra atti che incidono direttamente sulla responsabilità del disponente, causandone un ampliamento o, in deroga all'art. 2740 c.c., una limitazione; e quelli che invece incidono sul patrimonio, ma non sul regime della responsabilità del disponente (restando allora "sanzionabili" con rimedi quali l'azione revocatoria). Per una analoga distinzione degli atti di disposizione volti a consentire l'articolazione del rischio, fra atti di destinazione e atti di attribuzione, cfr. anche P. SPADA, *Destinazioni patrimoniali ed impresa*, cit., richiamandosi peraltro a sua volta alla prima intuizione di E. I. BEKKER che già nel 1873 (*Zur Lehre vom Rechtssubjekt: Genuß und Verfügung; Zwecksatzungen, Zweckvermögen und juristische Person*, in *Jherings Jahrb.*, 12, 1873, p. 60 ss. "vedeva nella destinazione (Zwecksatzung) una variante della attribuzione (Zuwendung) e suggestivamente presentava la prima come attribuzione ad uno scopo anziché ad un altro patrimonio").

nella disciplina dei rapporti posti in essere in esecuzione del contratto di rete viene concessa, sempre *per legge*, la possibilità di predeterminare la garanzia patrimoniale concessa ad una certa classe di creditori, localizzandola su una porzione soltanto del patrimonio generale di chi la conceda, così realizzando un'eccezione al principio generale di responsabilità patrimoniale (art. 2740 c.c.), *tale per cui la misura massima della responsabilità (che potrà essere esecutivamente realizzata nei confronti) dei debitori, viene costantemente a coincidere con quella della garanzia precostituita ed esistente.*

Cosicché, quando quest'ultima non risulti sufficiente a soddisfare i debiti assunti, *non di insolvenza* dei debitori potrà parlarsi – tutta la responsabilità di questi essendo costantemente parametrata alla garanzia esistente ed effettivamente realizzabile – bensì di mera *“incapienza”* di tale garanzia rispetto ai debiti assunti.⁸⁴ Con una possibile dissociazione, allora, fra debito e responsabilità⁸⁵.

Parrebbe quindi che *“per definizione”* non potrebbe concepirsi un'insolvenza dei partecipanti per effetto dei debiti assunti, sia pure in loro nome, in esecuzione del programma di rete: proprio in quanto la consistenza, pur variabile, del compendio patrimoniale destinato, verrà a costituire in ogni istante *misura massima della responsabilità* che potrà esser accertata e fatta valere *contro di quelli*. Saranno essi, infatti, in quanto contitolari del fondo patrimoniale comune (delle attività e delle passività che lo compongono⁸⁶), ad essere destinatari di ogni azione di cognizione o esecutiva dei creditori, parte sostanziale del giudizio⁸⁷

⁸⁴ La percezione che non di vera e propria insolvenza si tratti, affiorava già (con riferimento ai patrimoni destinati della s.p.a. e a simili esemplari) nelle pagine di P. FERRO-LUZZI, *La disciplina dei patrimoni separati*, cit., p. 121 ss., nonché p. 131: *“se il provento non viene ... il finanziatore non ha “diritto” ad altro”*; ed ancor più esplicitamente, a p. 134: *“non si tratta, si osseroi, del normale rischio di inadempimento o di insolvenza propria del creditore, in quanto in tal caso il portatore del titolo non ha “diritto” ad alcunché verso chiunque”*; e di G. E. COLOMBO, *La disciplina contabile*, cit., p. 43 - 44, e nt. 29, ivi: *“proprio in base ai principi, sembra difficile ammettere il fallimento (sia pur “parziale”) di una società che non è insolvente”*; notandosi altresì come il restante patrimonio della società resti tale da consentire il regolare adempimento delle obbligazioni, si *“che insolvenza del patrimonio destinato non comporterà di per sé, il fallimento della società”*.

⁸⁵ Questa infatti la conseguenza della separazione patrimoniale risultante dall'applicazione degli artt. 2614 e 2615, c.c., alle obbligazioni assunte *“in nome”* delle imprese aderenti. Non dunque un vero e proprio debito senza responsabilità (essendo in casi come questo la responsabilità non esclusa ma solo ridotta: M. BIANCA, *Atto negoziale di destinazione*, cit., p. 34); ma un debito imputabile alle, ed azionabile nei confronti delle, imprese aderenti alla rete (sulla contitolarità dei debiti gravanti sul fondo comune, e sulle regole con cui l'obbligazione *“comune”* si ripartisca, v. *supra*, nt. 44) con una loro responsabilità limitata a quanto presente nel fondo comune. In tale ipotesi si viene infatti a rispondere *soltanto per alcune obbligazioni* (quelle assunte in funzione del programma di rete) e soprattutto *soltanto con alcuni beni* (quelli dedotti nel fondo comune), con la possibilità quindi di un'azione esecutiva rivolta ai condebitori ma quantitativamente circoscritta. Per questa impostazione della possibile dissociazione fra debito e responsabilità, articolata muovendo dalle premesse concettuali della teoria fondata sulla distinzione fra *Schuld und Haftung* (su cui v. la compiuta ricostruzione di A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario del cod. civ. Scialoja e Branca*, a cura di F. Galgano, IV, *Obbligazioni* (art. 1173-1176), Bologna, 1988, p. 101 ss.), e riconoscendo allora a tale impostazione un'utilità non soltanto teorica, v. F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*⁸, Vol. II, parte II, Milano, 1952, § 98, p. 11 ss., e § 101, p. 52 ss., che proprio nel profilo della responsabilità limitata a taluni beni, posti a garanzia esclusiva di talune obbligazioni e sottratti quindi all'azione esecutiva degli altri creditori, individua i profili costitutivi del patrimonio separato. Più di recente, rilevando come la mancata coincidenza fra l'intero patrimonio del debitore e quello con cui egli risponde *ex 2740 c.c.* dimostra come la prospettiva dell'*Haftung* non possa dirsi esauriente, cfr. A. JANNARELLI, *Brevi note*, cit., p. 1253 ss. Di *“Trennung der Schulden”* con riferimento a quel particolare *Sondervermögen* che è il *“gesonderes Haftungsvermögen für eine bestimmte Gläubigergruppe”*, parlano infatti LARENZ – M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, cit., § 21, Rn. 40, p. 424.

⁸⁶ Cfr. nt. 41 e testo corrispondente.

⁸⁷ Ovviamente si sarà parte *“nella qualità di”* partecipante alla rete e di contitolare del patrimonio comune, un tale riferimento non potendo essere omissso. Più dubbio restando poi se, nel silenzio della legge, possa ipotizzarsi una rappresentanza processuale dell'organo comune (il che comunque non implicherebbe un

(non potendo certo essere citata in giudizio *tout court* la rete, o “il fondo comune”, o “l’attività”).

8.3. Insomma, come può intendersi dal rinvio all’art. 2615, c.c., per le obbligazioni assunte in nome e per conto delle imprese aderenti alla rete, i terzi potranno far valere i loro diritti esclusivamente sul fondo patrimoniale comune; esaurito il quale, nulla più potrà essere richiesto a chicchessia.

Vi sarà così “incapienza” del fondo comune (ed eventualmente, a seguire, dei patrimoni destinati che vedranno azzerato il valore della loro partecipazione al fondo comune; neppure essi però, ed anzi a maggior ragione, potendo esser dichiarati “falliti”), ma non insolvenza delle imprese aderenti: la cui responsabilità sarà sempre – si direbbe quasi per definizione – integralmente attuabile.

I creditori non potranno allora che aggredire il fondo patrimoniale della rete secondo le norme di diritto comune (salvo forse quanto si dirà fra un momento), senza però provocare l’apertura di alcuna procedura fallimentare, con i limiti che ne derivano.

Fra i quali, principalmente: l’impossibilità di *revoca dei pagamenti liquidi ed esigibili e delle ipoteche giudiziali*, l’inapplicabilità della disciplina concorsuale sui rapporti giuridici preesistenti, la sottrazione alle *conseguenze penali del dissesto*⁸⁸.

9 – Conclusioni e prospettive di integrazione analogica.

9.1. Un problema della “insolvenza” della rete e di una sua eventuale sottoposizione a procedure concorsuali risulta in definitiva male impostato. Esso va meglio concepito in termini di eventuale incapienza del fondo patrimoniale comune a servizio del programma di rete, senza che in tale ipotesi possa darsi luogo all’apertura di alcuna procedura concorsuale.

Non potrebbe infatti individuarsi il presupposto soggettivo, innanzitutto. Esito, questo, che peraltro – come visto – di per sé soltanto potrebbe anche indurre sospetti di disarmonia sistematica (benché per vero preceduto da altro esemplare, quello dei patrimoni destinati ad uno specifico affare), considerato il trattamento generalmente riservato ai creditori d’impresa insoddisfatti.

Neppure però, a ben vedere, risulta in definitiva verificabile il presupposto oggettivo (l’insolvenza) di una procedura fallimentare: dal momento che costituendo il fondo patrimoniale comune misura costante della responsabilità patrimoniale azionabile dai creditori, esaurita la garanzia offerta dal primo (e quindi in mancanza di contributi supplementari) non vi sarebbe altra responsabilità da invocare in capo alle imprese aderenti; ed allora neppure alcun

entificazione, come avviene ad esempio per l’amministratore di condominio, art. 1131 c.c.) o se questa tendenzialmente non vi sia ma potrebbe essere attribuita nel contratto (stante l’autonomia contrattuale riconosciuta a questo proposito dal comma 4 - *ter*), ovvero ancora se non possa essere tendenzialmente ritenuta secondo i principi della rappresentanza commerciale *ex art. 2204 c.c.*, riconoscendo allora nell’organo comune una figura institoria (per uno spunto, cfr. M. ONZA, *Il contratto di rete*, cit., § 3).

⁸⁸ Cfr. infatti A. MAFFEI ALBERTI, *Commento agli art. 2447 bis - 2447 decies c.c.*, cit., p. 1696, nonché L. GUGLIELMUCCI, *I patrimoni destinati*, cit., p. 1179, R. SANTAGATA, *Patrimoni destinati e rapporti intergestori*, cit., p. 238.

loro inadempimento da far valere. Sicché una “incapacità ad adempiere” le obbligazioni assunte (ovvero un’insolvenza in senso tecnico) in nome e per conto delle imprese aderenti alla rete non sarebbe, neppure in principio, prospettabile.

9.2. Un tale esito ricostruttivo contribuisce allora, su un piano più generale, a mettere in luce le indubbie analogie ma anche la non integrale coincidenza del ricorso alla tecnica della separazione patrimoniale rispetto a quella, tradizionalmente impiegata dal legislatore, consistente nella creazione di un nuovo soggetto. Analogie, evidentemente, in punto di specializzazione del regime della responsabilità⁸⁹; non integrale coincidenza, però, nella prospettiva della regolazione delle obbligazioni assunte⁹⁰.

Ne deriva da un lato conferma che il vigente sistema continua, non solo per un tratteggio *habitus* concettuale ma anche per l’innegabile difficoltà di individuare alternative operativamente valide, ad assumere il soggetto (anche metaindividuale) come termine ultimo di imputazione normativa⁹¹.

D’altro lato, però, si assiste anche ad un’innegabile progresso di quello stesso sistema, soprattutto nel diritto dell’impresa, lungo una linea evolutiva caratterizzata dal sempre maggiore ricorso alla tecnica della separazione patrimoniale, con le inevitabili disarmonie e difficoltà, allora, nel coniugarne i nuovi esemplari con i tradizionali schemi concettuali ed operativi⁹²: proprio come quelli che, per taluni rilevanti profili, risultano tuttora condizionare il funzionamento del vigente sistema concorsuale, da ritenersi allora in ritardo (o comunque meritevole di riforma, quando la sua incondizionata fedeltà a quegli schemi venga ribadita in termini addirittura espliciti, come appunto nei già ricordati artt. 155 e 156 l.f.) – rispetto a quella linea evolutiva.

⁸⁹ L’ipotesi del patrimonio destinato viene infatti testualmente presentata dallo stesso legislatore come “operativamente equivalente alla costituzione di una nuova società” (Relazione al d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 6), e dunque succedaneo al gruppo di società (L. SALAMONE, *I patrimoni destinati* p. 74 ss.; G. GUIZZI, *Patrimoni separati e gruppi di società*, cit., p. 639 ss.; nonché *supra*, nt. e testo corrispondente).

⁹⁰ Uno spunto, se ben intendo, in P. FERRO-LUZZI, *La disciplina dei patrimoni separati*, cit., p. 137, rilevando come nei patrimoni separati la « “protezione” dell’investimento può risultare minore rispetto a quella ipoteticamente derivante dalla costruzione del fenomeno in termini di “sub - scissione” societaria” »; nonché G. GUIZZI, *Patrimoni separati e gruppi di società*, spec. p. 643 ss..

⁹¹ Cfr. A. ZOPPINI, *Autonomia e separazione*, cit., p. 558: “Non credo possa dubitarsi che il nostro sistema si avvalga della soggettivizzazione come tecnica e modello di organizzazione dell’imputazione e tenda di preferenza a rappresentare in termini di disciplina del soggetto metaindividuale quelle che sono regole che incidono sui beni (...) L’opzione preferenziale per la tecnica della soggettivazione ... non nasconde (necessariamente) la pigrizia culturale dell’interprete o la precomprensione d’una realtà giuridica che si è abituati a costruire sul presupposto del soggetto quale termine necessario dell’effetto giuridico”; G. DORIA, *Il patrimonio “finalizzato”*, cit., p. 499, nt. 48: “L’esigenza del soggetto titolare (finale) della situazione di appartenenza, indipendentemente da ogni retaggio d’indole ideologica (già messo in evidenza ... da R. Orestano), costituisce un momento di coerenza logica, interno a qualunque sistema positivo, che ... non può ... negarne la riferibilità a un ‘termine’ esterno”.

⁹² V, ancora A. ZOPPINI, *Autonomia e separazione*, cit., p. 559: “è ragionevole attendersi che l’introduzione della disciplina del « patrimonio dedicato » della società per azioni sia destinata a sollecitare una riflessione più intensa sui profili della disciplina e sui criteri che debbono guidare il processo interpretativo analogico”; G. DORIA, *Il patrimonio “finalizzato”*, cit., p. 493: rilevando come già a partire dalla Dodicesima direttiva, “dichiaratamente preordinata a limitare la responsabilità patrimoniale dell’imprenditore unico anche ... attraverso la destinazione di parte del proprio patrimonio aziendale” si poteva cogliere un primo “segnale normativo della profonda estraneità, alle ragioni dell’economia contemporanea e dell’impresa, del principio dell’unità del patrimonio del soggetto”; segnale che costituisce (p. 497) “conferma di una nuova e diversa direttrice logico-normativa, non più disposta a riconoscere alla unità del patrimonio del soggetto il ruolo di principio primo”.

Una linea, questa, se non inaugurata, fortemente marcata dall'introduzione dell'istituto dei patrimoni destinati ad uno specifico affare⁹³; la cui portata paradigmatica, fra l'altro, pare sottesa anche ad un recente *obiter dictum* della Cassazione⁹⁴, che proprio ad essi ha fatto riferimento per generalizzare, con riferimento ad altre ipotesi di separazione patrimoniale, "il principio della non confondibilità di beni deputati al soddisfacimento di specifiche esigenze secondo le modalità normativamente indicate, con gli altri beni dell'imprenditore fallito".

E in una prospettiva non diversa pare allora potersi interpretare l'esplicita considerazione, allora non casuale, che ai medesimi patrimoni destinati viene riconosciuta dalla disciplina del contratto di rete, quando li indica quale possibile tecnica per approntare le risorse destinate all' "esercizio in comune di attività rientranti nell'oggetto della propria impresa".

Piuttosto, e in ultimo, ci si potrà domandare se, attesa la spiccata omogeneità funzionale ed operativa di quei patrimoni destinati rispetto al fondo comune della rete, non possa predicarsi anche un'integrazione della disciplina di quest'ultimo ricorrendo in via analogica, ove ricorra l'*eadem ratio*, alla più articolata disciplina prevista per i primi.

Solo alcuni spunti.

9.3 In primo luogo, una analoga esigenza di protezione dei terzi creditori parrebbe sollecitare l'applicazione, anche alla rete, un regime contabile⁹⁵ quantomeno analogo a quello previsto per patrimoni destinati ad uno specifico affare, idoneo ad assicurare ai terzi la possibilità di conoscere la consistenza attuale del patrimonio offerto a loro esclusiva garanzia⁹⁶. Il che potrebbe del resto affermarsi non soltanto richiamando in via analogica la disciplina dei patrimoni destinati (art. 2447 *sexies* e *septies* c.c.), ma forse – ancor prima e a prescindere da quella – ricorrendo al principio generale, costitutivo del diritto dell'impresa anche se non necessariamente ancorato all'esistenza di un soggetto, della

⁹³ Una linea evolutiva che dunque lascia scorgere non soltanto una deroga al principio generale dell'art. 2740 c.c., ma anche il mutamento del "rapporto tra gli schemi del "soggetto" e del "patrimonio": nel senso che il secondo non è più concepito come un predicato del primo, bensì riferito all'attività e quindi individuabile sulla base delle modalità, direi quasi organizzative, con cui essa si svolge", C. ANGELICI, *Discorsi di diritto societario*, in ANGELICI – CARVALE – MOSCATI – PETRONIO – SPADA, *Negozianti e imprenditori. 200 anni dal Code de commerce*, Milano, 2008, 141 ss., a p. 160.

⁹⁴ Si ricordi ancora, a questo proposito, Cass., 22 gennaio 2010, n. 1112 (citata alla nt. 69).

⁹⁵ "La documentazione contabile essendo un presupposto indefettibile della operatività della separazione patrimoniale di fronte ai creditori", come ben ricorda L. SALAMONE, *I patrimoni destinati*, cit., p. 80; in tale specifica ed ineludibile esigenza potendosi anzi ravvisare un'ulteriore differenza rispetto alla tecnica "alternativa" della moltiplicazione dei soggetti (come ad esempio nella creazione di un gruppo di società), per il quale invece, pur occorrendo all'evidenza un adeguato regime contabile, l'identificabilità di un diverso titolare del patrimonio già sovviene a quell'esigenza rendendo comunque "identificabile il complesso di beni e valori su cui soddisfarsi" (cfr. G. GUIZZI, *Patrimoni separati e gruppi di società*, cit., p. 643).

⁹⁶ Occorrerebbe allora che anche per il "fondo patrimoniale comune" – al pari della tecnica succedanea dei patrimoni destinati – l'organo esecutivo tenga "i libri e le scritture contabili prescritti dagli art. 2214 e seguenti" (2447 *sexies*) e che predisponga un apposito "rendiconto" (del resto non estraneo neppure alla disciplina del mandato: ma sulla differenza sulla funzione contabile di misurazione del patrimonio nella fase dinamica dello svolgimento dell'attività e quella di rendicontazione, strumentale alla separazione dei patrimoni, v. M. BIANCA, *Amministrazione e controlli nei patrimoni destinati* cit., p. 173 ss.) che "illustri il valore e la tipologia dei beni e dei rapporti giuridici compresi" nel patrimonio, secondo quanto previsto dall'art. 2447 *septies*. La ingiustificata mancanza di una previsione che prescriva la soggezione a specifici obblighi di redazione e pubblicazione della situazione patrimoniale è rilevata anche da P. IAMICELI, *Contratto di rete*, cit., p. 81, e M. ONZA, *Il contratto di rete*, § 3.

necessità di una costante misurazione dei compendi patrimoniali impiegati per finalità imprenditoriali (artt. 2214 e ss., c.c.).

9.4 Analoghe esigenze – di (i) conoscibilità del regime patrimoniale applicabile e di (ii) rispetto delle “regole di separatezza”, come ad esempio prevede l’art. 156 l.f. per i patrimoni destinati – imporrebbero poi che l’applicabilità del primo venga ad essere condizionata sia alla “espressa menzione del vincolo di destinazione” che affetta tutti gli atti compiuti con i terzi in esecuzione del programma di rete, sia al rispetto delle “regole di separatezza”.

In mancanza di che ben potrebbe schiudersi una responsabilità solidale e illimitata delle imprese in nome e per conto delle quali si siano compiuti quegli atti (arg. ex artt. 2447 *quinquies*, comma 4, c.c. e, rispettivamente, 156 l. f.).

Soluzione, quest’ultima, che potrebbe forse⁹⁷ essere estesa anche alle obbligazioni derivanti da *fatto illecito*: non sembrando avere natura eccezionale, in effetti, le ragioni che altrove (art. 2447 *quinquies*, comma 3, c.c.) consigliano di tutelare i cd. “creditori involontari”⁹⁸ – ai quali appunto non sia stata fatta preventiva menzione del vincolo di destinazione – rendendo loro inopponibile il regime di separazione patrimoniale.

Il che confermerebbe la sensazione che se una giustificazione può trovarsi agli speciali (: in termini di sottrazione all’applicazione del diritto concorsuale) regimi del patrimonio destinato “incapiente” (vuoi quello della rete, vuoi quello ex art. 2447 *bis* ss.), essa andrebbe individuata nella scelta legislativa di rendere, sia pure per i soli esemplari tipizzati, *tutta (e solo) contrattuale la gestione del rischio d’impresa*.

9.5 Ci si potrebbe infine interrogare se – a fronte del mancato integrale soddisfacimento delle obbligazioni che gravano sul fondo patrimoniale comune, quando questo non sia stato ancora integralmente escusso – sia comunque possibile una modalità di soddisfazione dei creditori diversa o ulteriore rispetto a quella che si attui per mezzo delle loro azioni esecutive individuali.

Ferma l’inapplicabilità di una procedura concorsuale vera e propria, e quindi soprattutto l’impossibilità di ricostituire il fondo comune per mezzo di revocatorie fallimentari (il che mi pare una delle conseguenze più significative di quel limite), mi parrebbe comunque possibile, innanzitutto, invocare l’immediata scadenza di tutti i crediti (ex art. 1186, c.c.); e poi forse invocare una liquidazione del fondo residuo “secondo le disposizioni sulla liquidazione” delle società di capitali (come previsto espressamente per i patrimoni destinati ad uno specifico affare dall’art. 2447 *novies*, comma 2, c.c.).

⁹⁷ Neppure può dimenticarsi, però, che, in senso opposto si pronuncia la giurisprudenza in materia di consorzi con attività esterna, ammettendo la responsabilità extracontrattuale di questi ultimi, a valere sul (solo) fondo consortile: Cass. 3 luglio 2008, n. 18235; Cass. 9 dicembre 1996, n. 10956. Analogamente, in tema di fondo patrimoniale, Trib. Potenza 1 ottobre 1998 n. 973, in *Riv. dir. comm.*, 2000, II, 206 ss., con nota di A. DONATO, *Opponibilità del fondo patrimoniale ai sensi dell’art. 170 c.c. anche quando siano fatte valere obbligazioni non aventi titolo negoziale*; e v. anche G. OPPO, *Patrimoni autonomi familiari ed esercizio di attività economica*, *Riv. dir. civ.*, 1989, I, 273 ss.

⁹⁸ Per l’opportunità di una tale soluzione, anche in un’ottica di bilanciamento generale degli interessi e quindi al fine di una più efficiente ripartizione del rischio imprenditoriale, v. A. ZOPPINI, *Autonomia e separazione*, cit., p. 575.

Gli estremi per un ricorso analogico non parrebbero in questo caso così evidenti; ma una soluzione positiva potrebbe rivelarsi “virtuosa” per assecondare l’esigenza, sin dall’inizio prospettata, di recuperare ai “creditori d’impresa” un minimo⁹⁹ di “concorsualità”, come quella potrebbe ravvedersi nella liquidazione del patrimonio delle società disciolte¹⁰⁰; o come quella, forse, che *comunque* dovrebbe ritenersi un principio generale, o almeno tendenziale, applicabile alle ipotesi di liquidazione non fallimentare dei patrimoni sui quali insistano configgenti pretese creditorie¹⁰¹.

Una concorsualità certo meno ferrea di quella fallimentare¹⁰², ma comunque più consona (anche secondo il diritto societario, con riferimento all’ “incapienza” del patrimonio destinato) alla tutela dei creditori d’impresa di quanto non sarebbe la sola via dell’esecuzione individuale.

MAURIZIO SCIUTO

⁹⁹ L. GUALANDI, *I patrimoni destinati*, in AA. VV., *La riforma delle società*, a cura di G. Grippo, Roma, 2004, p. 112, evidenziando come in tal caso la tutela si esaurisca in una ripartizione paritaria; nonché forse (ma la posizione di quest’Autore non mi è del tutto chiara, stanti le indubbie differenze rispetto alla par condicio fallimentare sopra ricordate alla nt. 78 e testo corr.), G. PESCATORE, *La funzione di garanzia dei patrimoni destinati*, cit., p. 306, che nel valutare i rapporti fra la disciplina fallimentare e quella dei patrimoni destinati ad uno specifico affare ritiene che per essi “*la deroga alla par condicio creditorum non è assoluta ma relativa, nel senso che, all’interno dei patrimoni destinati i creditori particolari concorrono in osservanza del suddetto principio*”.

¹⁰⁰ Cfr. in generale i limiti evidenziati da G. NICCOLINI, *Scioglimento, liquidazione e destinazione della società per azioni*, nel *Trattato delle società per azioni* a cura di G. E. Colombo e G. B. Portale, t. 7***, 1997, p. 598, ricordando in particolare come nello scioglimento della società – a differenza di quanto avviene in altri ordinamenti – i liquidatori non sono tenuti ad attendere la scadenza delle obbligazioni sociali, procedendo al pagamento dei debiti a mano a mano che vengano a scadenza; e come nel caso di prevista insufficienza del patrimonio sociale (anche dopo richiamati gli eventuali conferimenti non ancora eseguiti) sarebbe loro dovere quello di promuovere l’apertura di una procedura concorsuale. Ora, proprio la circostanza che nell’ipotesi considerata nel testo, di insufficienza del fondo comune a soddisfare tutte le obbligazioni, queste dovrebbero tutte ritenersi scadute, non potendo però essere richiesta l’apertura di una procedura concorsuale, dovrebbe indurre l’ufficio incaricato di gestire la liquidazione (tendenzialmente: l’organo comune) a procedere alla soddisfazione di quelle obbligazioni, nei limiti di quanto possibile, secondo un criterio paritario. Come infatti osservava G. E. COLOMBO (*La disciplina contabile*, cit., p. 43 - 44) con riferimento ai patrimoni destinati ad uno specifico affare, pur dovendosi riconoscere che l’*“insolvenza del patrimonio destinato non comporterà di per sé, il fallimento della società”*, deve nondimeno ritenersi opportuno che gli amministratori della società si comportino, nella liquidazione del patrimonio separato, “*come si comporterebbe un curatore*”.

¹⁰¹ Cfr. anche V. DE SENSI, *Patrimoni destinati: l’impatto sulle procedure concorsuali*, *Dir. prat. soc.*, 2004, p. 34, seguito da F. FIMMANO, *Patrimoni destinati*, cit., richiamando ad esempio (come già faceva M. RESCIGNO, *Contributo allo studio della par condicio creditorum*, *Riv. dir. civ.*, 1984, I, 359, a p. 369) le previsioni degli artt. 498 c.c. (liquidazione dell’eredità accettata con beneficio di inventario), 14, 15 e 16 disp. att. c.c. (liquidazione delle persone giuridiche) nonché, pur dubitativamente, l’art. 275 cod. nav. (responsabilità dell’armatore in caso di limitazione del debito al valore della nave o del nolo o altri proventi del viaggio). In generale, sulla portata espansiva del principio della *par condicio* anche al di fuori delle procedure concorsuali, v. M. RESCIGNO, *op. cit.*, p. 398 ss., proponendone un’applicazione, per via analogica, anche nella liquidazione societaria; P. G. JAEGER, *Par condicio creditorum*, *Giur. comm.*, 1984, I, p. 88 ss., spec. p. 104 ss., che, pur negandone la valenza di principio assoluto, concede che gli si possa “*riconoscere un’impronta di residualità*”, una volta definito l’ambito delle ipotesi eccezionali in cui invece non potrebbe trovare applicazione.

¹⁰² V. supra, nt. 88 e testo corrispondente