

ARTICOLI

**Liquidazione, liquidità e
proprietà. Implicazioni
teoriche di sistema e
conseguenze pratiche
della coniugazione tra
liquidazione e destinazione
patrimoniale.**

Raffaele Di Raimo

Professore Ordinario di Diritto Civile
Università del Salento

SOMMARIO⁰¹: 1. Premessa. – 2. La coniugazione tra liquidazione e destinazione: piani di lettura e premesse concettuali. – 3. Proposizione teorica e individuazione, a titolo esemplificativo, di problemi pratici. Precisazione dei concetti: a) Liquidazione. – 4. Segue: b) Destinazione. – 5. Primo problema: l'obbligo di devoluzione si estende alle associazioni non riconosciute? – 6. Secondo problema: è ammissibile il trust con funzione liquidativa? – 7. Terzo problema: il diritto di recesso sancito dall'art. 58 TUB si estende alle cessioni di cui all'art. 90 TUB? – 8. Conclusione minima: liquidazione, proprietà e danaro.

1. La liquidazione è fenomeno presente – sia pure in diverse forme e misure – in quasi tutte le aree del diritto privato: talvolta in quanto funzionale all'attuazione spontanea dei rapporti tra situazioni soggettive e, quasi sempre, in quanto funzionale alla loro attuazione coattiva. È perciò assai spesso oggetto di osservazione. Lo è, tuttavia, per lo più con riguardo ai suoi profili tecnico-procedimentali. Raramente lo studio degli istituti civilistici impone infatti specificamente l'analisi della sua essenza, quale fenomeno determinante di ragioni di distribuzione della ricchezza sul piano, assai più astratto, della politica del diritto.

È fatto di contesto. Nella prospettiva stretta del credito e delle vicende legate alla sua attuazione, ad esempio, la liquidazione è procedimento certamente rilevante sul piano pratico – poiché centrale esattamente ai fini della medesima attuazione – che tuttavia può esaurire le ragioni di interesse teorico nel riflesso del profilo teleologico interno al rapporto obbligatorio; espresso, tale profilo, dalla relazione tra valore della prestazione, interesse del creditore e valore della perdita conseguente all'inadempimento.

Ancora, nella prospettiva più ampia dei procedimenti connotati da concorso, l'attività liquidativa semplicemente presuppone la scelta, effettuata a monte, di liquidare nonché l'applicazione di una regola, ancora individuata a monte, selettiva dei ceti creditori concorrenti sul valore del patrimonio liquidato: le ragioni di interesse si sostanziano principalmente con riguardo ai meccanismi interni al concorso, mentre sono appena sfiorate le sovrastanti problematiche di politica del diritto.

A fronte di ciò, il tema della liquidazione conduce invece, potenzialmente, al cuore di una delle aree maggiormente sensibili al confine, proprio, tra diritto privato e politica del diritto: l'area ove trovano luogo le funzioni del valore monetario (non quella, di secondo momento, di medio nello scambio e quelle

⁰¹ Il testo costituisce lo sviluppo, con modifiche e notevoli ampliamenti, delle osservazioni per la prima volta rese nella relazione *Attività di liquidazione e destinazione patrimoniale*, svolta al convegno *Attività di liquidazione e tutela dei creditori*, presso l'Università di Camerino, 20/21 settembre 2013.

invece) prioritarie, strumentali rispetto alle scelte distributive di risorse scarse operate dagli ordinamenti e alla tutela coattiva di tali scelte.

Ebbene, conduce inevitabilmente in tale direzione la coniugazione tra liquidazione e destinazione, la quale impone ineludibilmente l'analisi dell'essenza funzionale della liquidazione. Beni e utilità sono riconosciuti tali dal diritto in relazione a specifici interessi alla cui realizzazione sono destinati. Lo stesso processo di oggettivazione giuridica ha cioè quale elemento determinante la destinazione, ovvero la sintesi del collegamento funzionale tra l'interesse, elemento centrale delle situazioni soggettive rispetto alle quali si realizza il processo, e l'utilità che delle medesime situazioni costituisce il terminale oggettivo. In parole più semplici, la legge prima che l'autonomia privata naturalmente destina, poiché non vi può essere oggettività giuridica senza destinazione. Tutti i beni in senso giuridico si possono dunque dire destinati. Le corrispondenti cose e utilità sono correlativamente rilevanti in quanto idonee alla diretta soddisfazione di bisogni, come rispecchiata nella *ratio* delle discipline che cose e utilità contemplano quali oggetti di diritti.

La liquidazione nella sua essenza funzionale è procedimento di obliterazione della destinazione attraverso la traduzione di utilità concrete – come tali apprezzabili in ragione di un proprio valore marginale – in valori monetari, come tali neutrali. A questa stregua il tema si presenta estremamente complesso, articolato su differenti piani tra loro interconnessi. La soluzione coerente dei problemi pratici che a esso si possono reputare riferibili implica il chiarimento di aspetti teorici generali e una presa di posizione su premesse talvolta esclusivamente ideologiche.

La strada si annuncia tortuosa. Percorrerla può costituire tuttavia l'occasione per osservare, portandoli allo scoperto, punti nevralgici del nostro ordinamento che spesso restano sommersi inducendo la considerazione critica della *ratio* di scelte sistemiche solitamente assunte come date.

2. Dunque: "attività di liquidazione" e "destinazione patrimoniale". *Ictu oculi*, la congiunzione ricomponere un sintagma passibile di due differenti letture, introducenti a diversi problemi propri di distinte tematiche. Prima: la liquidazione quale specifico orientamento funzionale della destinazione di patrimoni. Seconda: la liquidazione di patrimoni destinati (qualunque sia la loro destinazione). In parole diverse e più da vicino: ricomponere un sintagma anfibolo, che manifesta in via parimenti immediata sia il senso di liquidazione come funzione, contenuto di un vincolo di destinazione, sia il senso di attività liquidativa come procedimento finalizzato alla liberazione di patrimoni da vincoli di destinazione differenti.

La diversità delle letture, sia pure innegabile, si coglie a un livello di analisi che presuppone tuttavia, a monte, linee di sintesi concettuale le quali si possono reputare comuni. In apice, l'una e l'altra scontano la necessità di adeguata (comune) collocazione nel circuito proprietà - credito (più rassicurante rispetto a debito, ma pur sempre la stessa cosa) - danaro - credito - proprietà. Circuito lungo ed estremamente complesso, evocato e non certamente espresso nei dettagli dalla sequenza verbale, la quale ne costituisce soltanto una semplificazione. Una possibile mappa, che per definizione non coincide con il territorio e per sapienza ed evoluzione della tecnica cartografica è costruita all'esito della selezione di uno tra i (sempre) tanti suoi possibili criteri di lettura. È una mappa per nulla dettagliata e, invece, estremamente sintetica (o, se si vuole, generica) del movimento di trasformazione delle forme di produzione e di accumulo della ricchezza corrispondente all'affermazione, negli ultimi anni del XIX secolo, della finanza internazionale quale potere economico dominante; disegnata per porre in rilievo un problema d'interpretazione sistemica, che in tale movimento affonda le proprie radici, a oggi irrisolto o, meglio, assai raramente affrontato di petto nella letteratura (quella giuridica, s'intende); problema che anima, si diceva, la premessa concettuale del tema della liquidazione, tanto intesa quale contenuto di un vincolo di destinazione, quanto come procedimento finalizzato alla liberazione di patrimoni da vincoli di destinazione altri, ai quali si trovino sottoposti.

Segnatamente. Onerare un patrimonio imponendo su di esso un vincolo di destinazione, quale che sia, vale a mutare la funzione propria dei beni dai quali esso, patrimonio, è costituito; e vale cioè ad annullare la ragione dell'oggettività giuridica di tali beni dando vita ad un nuovo processo di oggettivazione sulla base di nuovi interessi rispetto alla cui soddisfazione essi sono riconosciuti beni *sub specie juris*. Se questo è sempre vero - poiché semplicemente è l'essenza del profilo statico della destinazione - la liquidazione esprime una profonda disomogeneità teleologica rispetto a ogni altra forma di destinazione. Liquidazione, in via di principio, è trasformazione di rapporti, beni e utilità in valori monetari. È esattamente l'epicentro della mappa: il passaggio che, trasformando la proprietà, oggetto di garanzia del credito, in danaro, ne consente, con la mediazione di nuovo credito, la ricondensazione in nuova proprietà; meglio, ne consente la ricostituzione in nuovi assetti proprietari. Il discorso non cambia ed è invece replicabile in perfetta analogia se si guarda (non più alla liquidazione come destinazione ma alla liquidazione di patrimoni destinati).

È esattamente l'epicentro che, in quanto tale, determina i connotati sostanziali dei sistemi giuridici quali strutture di funzionamento dei tessuti socio economici di collettività organizzate date, in fasi storiche parimenti date. E che determina, per ciò stesso (e di conseguenza), i connotati sostanziali dei

medesimi tessuti socio economici. In via più specifica, e guardando al nostro sistema costituzionale, l'art. 42 cost. indica l'accessibilità tra i criteri inderogabili di disciplina della proprietà. Accessibilità che è, a sua volta, criterio strumentale rispetto alla funzione sociale, alla quale è subordinato lo stesso riconoscimento del terribile diritto, soltanto in questo senso "custode di ogni altro diritto".

Siamo al punto: la liquidità è stato della ricchezza funzionale alla sua circolazione. In prima battuta, l'alternativa tra conservazione di vincoli di destinazione patrimoniale – non ultimo quello all'impresa, e alla produzione cioè di nuova ricchezza in senso materiale (beni e utilità idonei a soddisfare bisogni della vita in via diretta) – e liquidazione – strumentale alla mutazione di assetti proprietari quale esito finale dell'effettività del regime di responsabilità per l'attività esercitata – delinea i termini di una opzione che esprime il contrasto tra interessi tutti potenzialmente meritevoli ed espressivi di funzioni certamente qualificabili come sociali sia pure tra loro opposte.

In secondo luogo, la neutralizzazione teleologica perseguita con la liquidazione è servente rispetto a vicende circolatorie che possono certamente collocarsi nella prospettiva di giustizia distributiva consona allo spirito del costituente repubblicano come pure, tuttavia, esattamente all'opposto di tale spirito, possono rivelarsi idonee a realizzare la sua progressiva concentrazione in poche mani.

Primo dato sensibile è la traduzione di beni e utilità in danaro, ricchezza liquidata. Attorno si manifestano contrasti tra interessi e valori i quali a loro volta evocano la contrapposizione di modelli economici noti quanto inutili ove siano assunti nella loro purezza.

3. Tratteggiati i caratteri del tema e gli obiettivi della sua trattazione, riprendiamo dai nostri due termini: liquidazione e destinazione.

In particolare, il menzionato rilievo teorico della loro congiunzione induce *a contrario* – onde evitare di perdersi nell'astrattezza indotta dalla vastità delle implicazioni – a garantire un sufficiente grado di aderenza delle suole a terra declinando in partenza qualche esemplificazione delle ricadute pratiche, ovvero dei problemi concreti la cui soluzione può essere determinata in coerenza con la trattazione teorica, proseguendo il discorso in primo luogo nella prospettiva esattamente della loro soluzione.

A questo scopo, tre problemi:

- Primo. Deve essere devoluto il residuo del patrimonio dell'associazione non riconosciuta, a valle del

procedimento di liquidazione, o può essere ripartito tra gli associati?

Il codice non contiene previsioni espresse. L'applicazione in via diretta o analogica della disciplina dell'associazione riconosciuta farebbe propendere per l'obbligo di devoluzione e in tal senso è l'opinione prevalente nella dottrina.

-Secondo. È ammissibile l'utilizzazione del trust per regolare il traffico in sede di procedure concorsuali e cioè per proteggere il patrimonio di società in dissesto rispetto ad alcuni tra i creditori a vantaggio di altri?

-Terzo. L'art. 90 TUB, dettato in tema di gestione delle crisi bancarie e rubricato "Liquidazione dell'attivo", prevede la cessione in blocco di rapporti giuridici tra i quali i contratti. Con riguardo a questi ultimi non prevede testualmente ciò che prevede invece l'art. 58 e cioè il diritto di recesso dei contraenti ceduti. Perché questa differenza? Si applica comunque analogicamente, per identità di *ratio*, l'art. 58?

Il primo problema si colloca sul terreno della liquidazione di patrimoni destinati. Gli altri due esprimono invece esempi di (ipotetica) destinazione liquidativa. A uso dell'uno e degli altri è utile aggiungere qualcosa alla scansione dei concetti.

d) Liquidazione, si è detto, è trasformazione in valore monetario finalizzata alla depurazione di un patrimonio dai rapporti connessi al perseguimento degli interessi rispetto ai quali si sostanzia la sua oggettività in senso giuridico: aggiungiamo che in questa prospettiva non assume rilievo primario la finalità di soddisfazione ultima dei creditori bensì (ove al credito si voglia guardare) la modalità attraverso la quale il relativo diritto è attuato o è reso concretamente giustiziabile. Assume cioè rilievo il dato, soltanto apparentemente strumentale, della modalità di incidenza dell'attività liquidativa sui profili funzionali degli statuti normativi propri degli elementi patrimoniali che ne costituiscono l'oggetto.

Con specifico riguardo alla liquidazione di patrimoni destinati, assume perciò rilievo l'effetto di depurazione dai rapporti inerenti alla destinazione, necessario per poterli distogliere dalla medesima destinazione, o anche, eventualmente, per trasferire il residuo della relativa attività ad altro soggetto senza liberazione dal vincolo. Liquidazione dunque, questa, finalizzata a consentire – grazie a tale effetto – alternativamente l'affrancazione totale dal vincolo ovvero la sua formale conservazione a mezzo della devoluzione a soggetto differente.

Con riguardo invece all'ipotesi di destinazione liquidativa –della liquidazione, dunque, (non più soltanto come procedimento di obliterazione di una precedente destinazione ma) come interesse determinante di un nuovo processo di oggettivazione – viene in rilievo, in prima battuta, la necessità di distinguere tra responsabilità patrimoniale generica e specifica. Infatti, porre l'accento non già sulla soddisfazione in sé dell'interesse dei creditori ma sulla modalità di perseguimento della medesima rispetto allo statuto dei beni a essa sottoposti, vale anzitutto a ricordare che, ai sensi del primo comma dell'art. 2740, tutti i beni presenti e futuri del debitore costituiscono garanzia (generica) per i suoi debiti. In questo senso, tali beni costituiscono un patrimonio, ovvero una entità dotata di oggettività giuridica unitaria in quanto, in ipotesi, unitariamente sottoposta alla disciplina della responsabilità connessa alle vicende dei medesimi rapporti. Non per questo tuttavia ciascun bene componente del patrimonio smette di assolvere alla propria funzione e non per questo, cioè, viene meno la destinazione sua propria. Dunque, la generica destinazione alla garanzia non incide sullo statuto dei beni componenti il patrimonio: ne costituisce invece un carattere originario, teleologicamente neutro. Incide – nei termini più volte ripetuti – soltanto la vicenda attuativa della garanzia, ovvero la liquidazione effettiva del patrimonio nella fase esecutiva. Garanzia generica non è insomma destinazione alla liquidazione.

La medesima conclusione si può reputare valida anche con riguardo ai rapporti reali di garanzia, il che appare chiaro già soltanto distinguendo tra funzione di garanzia e funzione solutoria: la prima correlata alla funzione propria dei beni non diversamente rispetto alla garanzia generica; la seconda invece implicante per necessità la liquidazione. Peraltro, si vedrà meglio tra breve, la specificità della garanzia non consente di profilare una forma di destinazione in senso proprio: essa non opera infatti – come la destinazione – sul piano della selezione dei ceti creditori (ai sensi dell'art. 2740 c.c.), ma sul piano del concorso (ai sensi dell'art. 2741).

In definitiva, garanzia (generica o specifica) non è destinazione alla liquidazione e resta pertanto anche da stabilire se di questa si possa allora parlare e in quali ipotesi. Certamente, il campo di osservazione dovrà essere limitato alla liquidazione quale modalità attuativa della funzione solutoria.

b) Destinazione, anche questo si è detto, è formulazione sintetica della *ratio* degli statuti in virtù dei quali cose e utilità sono beni in senso giuridico. È, perciò, la compiuta espressione dell'elemento sul quale incide di principio la liquidazione. Occorre aggiungere che tuttavia quando si parla di destinazione si intende comunemente il fenomeno decisamente più specifico, del mutamento di destinazione per effetto di atti di iniziativa privata.

Ciò è comprensibile giacché esattamente l'incidenza dell'autonomia privata sul c.d. diritto oggettivo genera problemi ricostruttivi peculiari. Ancora, assume particolare rilievo l'orientamento teleologico dello statuto dei beni nei casi nei quali non vi sia coincidenza tra titolarità dell'interesse tutelato e titolarità del potere dispositivo sui beni medesimi; casi, questi, dove la libertà si tramuta in discrezionalità e il potere dispositivo accede all'area del c.d. agire funzionale. Sono dunque più che comprensibili l'accezione corrente come pure la corrispondente selezione di un ristretto ambito di analisi costruttiva. È soltanto opportuno, ai nostri fini, sottolineare che le menzionate ragioni di selezione ineriscono alla natura della fonte degli statuti e alla struttura della situazione soggettiva. Non ineriscono invece alla qualità dell'interesse tutelato né, per ciò stesso, ai caratteri della destinazione.

In questa specifica prospettiva, la dottrina tende assai spesso a collocare sul piano strutturale i caratteri distintivi della destinazione, guardando a vicende della titolarità e alla disciplina della responsabilità patrimoniale. Parimenti insoddisfacenti sono, tuttavia, sia le costruzioni che prospettano la destinazione come un carattere integrante della funzione traslativa nei negozi, *id est*, di destinazione sia quelle che sovrappongono separazione e destinazione dei patrimoni. Su quest'ultimo punto si tornerà brevemente più avanti, poiché certamente significativo ai nostri fini si può rivelare il rapporto tra interesse da perseguire – ascritto al patrimonio quale fondamento del contenuto teleologico della destinazione – e responsabilità quale antecedente della liquidazione.

Altra dottrina, sulla scorta di una linea di pensiero riferibile direttamente a Bekker, con una significativa sponda nello stesso Windscheid, tenta di collocare invece la destinazione su un piano squisitamente funzionale, delineandola come una sottospecie dell'atto di disposizione. Destinazione indicherebbe cioè una categoria di atti di disposizione alternativa a quella degli atti di attribuzione. Caratteristica di questi ultimi è quella di determinare il trasferimento immediato di valori patrimoniali tra sfere giuridiche (effetto reale) o anche di costituire rapporti finalizzati a realizzare tale trasferimento in futuro (effetto obbligatorio). Caratteristica dell'atto di destinazione è quella di ascrivere al patrimonio una funzione predeterminata.

Condivisibile per molti aspetti, anche questa costruzione non appare però integralmente accettabile. In particolare, v'è anzitutto che il concetto di disposizione è estremamente ampio nonché, per sua natura, elastico: facendoci rientrare la destinazione, esso stesso semmai muta adattando i propri contorni, ma non aiuta a inquadrare la destinazione. L'attribuzione, a sua volta, è schema generale descrittivo di tipologie di effetti (reali e obbligatori) ma non esprime il fondamento funzionale ovvero gli interessi in

ragione dei quali l'attuazione di tali effetti è tutelata dal diritto.

L'attribuzione è schema effettuale che si completa volta per volta con la causa, espressiva del fondamento teleologico e del concreto contenuto di ciascun atto. La causa consente di distinguere, ad esempio, la vendita dalla locazione, dalla donazione ecc.

La destinazione non è schema effettuale come invece è l'attribuzione. Non descrive effetti. Gli atti comunemente qualificati come destinatori hanno effetti estremamente vari e varie sono le discipline dei patrimoni qualificabili come destinati. Esprime però – al contrario dell'attribuzione – per definizione un contenuto teleologico compiuto. Insomma, se l'attribuzione è schema effettuale al quale manca l'elemento funzionale, la destinazione è, esattamente al contrario, mero elemento funzionale bisognoso di uno schema effettuale.

Ebbene, è questo il terreno ove opera a pieno titolo lo schema degli atti cc.d. di organizzazione, a mezzo dei quali l'autonomia privata incide non già sul "diritto soggettivo" bensì su statuti collocabili nell'area del diritto oggettivo. Segnatamente, chi compie un atto di destinazione non dispone l'attribuzione, né immediata né differita, di beni o diritti ma stabilisce quali regole si applicheranno ai futuri rapporti che avranno come terminale oggettivo il patrimonio. La destinazione, intesa come vincolo concreto volta per volta ascritto a un patrimonio, è dunque un possibile (non l'unico) contenuto funzionale di atti di organizzazione compiuti su patrimoni. Volendo istituire una simmetria, si può dire che la destinazione sta agli atti di organizzazione, come la causa sta a quelli di attribuzione.

In definitiva, destinazione è contenuto di atti di autonomia privata i quali hanno come effetto il mutamento, a mezzo di una nuova oggettivazione giuridica, della destinazione originaria (che ciascun patrimonio ha in quanto oggetto di diritti), assegnando per ciò stesso statuti normativi differenti da quelli generali ai patrimoni che ne formano oggetto.

5. Primo problema: l'obbligo di devoluzione, all'esito della liquidazione, si estende alle associazioni non riconosciute?

Per rispondere, occorre aggiungere un tassello alla ricostruzione del rapporto tra destinazione e liquidazione.

Le regole del mutamento di statuto normativo conseguente al cambio della destinazione sono diffe-

renti a seconda che si distolga un patrimonio dal suo regime generale ovvero che ve lo si riconduca, rimuovendo un vincolo precedentemente imposto con un atto di autonomia. Nel primo caso, non vi sono procedimenti finalizzati a garantire l'attuazione dei rapporti precedenti al mutamento e v'è il rimedio della revocatoria per i creditori che siano nelle condizioni di avvalersene. Nel secondo caso è previsto il procedimento di liquidazione.

Guardando nel loro insieme le discipline delle ipotesi più significative di destinazione, si nota agevolmente che il procedimento finalizzato a depurare il patrimonio per liberarlo dai vincoli di natura negoziale, recuperandolo al suo regime generale, ha complessità variabile. Ebbene, cosa esprime tale complessità? La rilevanza, forse, ovvero la meritevolezza dell'interesse perseguito? Ma di quale interesse, quello di chi ha assunto l'iniziativa di destinare il patrimonio? Ad esempio, i soci di società per azioni? O anche quello di soggetti terzi? Ancora, l'interesse ascrivibile alle associazioni con scopo ideale è per definizione, salvo ovviamente ipotesi patologiche, ai primi posti nella gerarchia dei valori. Eppure il procedimento di liquidazione è assai più semplice rispetto a quello del patrimonio di s.p.a. Perché?

Guardando le discipline nel loro insieme, si diceva, emerge altresì che ciascun grado di complessità del procedimento di liquidazione si coniuga con correlativi gradi di complessità delle regole di amministrazione e di controllo nonché di separatezza del patrimonio. Quanto all'interesse perseguito, ove si faccia riferimento allo scopo guardato per sé stesso e in astratto, non è riscontrabile un suo rilievo. È riscontrabile però con specifico riferimento all'attitudine dell'attività a incidere su interessi esterni. Crescente complessità caratterizza le destinazioni perseguite a mezzo di attività rispetto alle quali sono prospettabili maggiori interessi patrimoniali ascrivibili a c.d. *stakeholders*; interessi, in particolare, corrispondenti a situazioni di credito.

Si può quindi dire che la liquidazione:

a) costituendo una barriera all'affrancazione di beni dal vincolo, protegge il patrimonio in quanto destinato;

b) costituendo regola (della liberazione e) dell'impiego, nell'interesse dei creditori, del patrimonio svincolato costituisce garanzia tanto più accentuata dalla complessità del procedimento quanto più significativa è la deviazione dello statuto del patrimonio da quello generale e quanto più rischiosa è l'attività.

Rispetto a ciò, occorre risolvere l'alternativa, che ci avvicina al nostro problema, tra la rappresentazione della liquidazione come fase terminale fisiologica:

a) del vincolo di destinazione in sé;

b) del legame tra soggetto e patrimonio.

Il relativo procedimento può terminare con la ripartizione del residuo o invece con la devoluzione ad altro soggetto che persegue destinazione analoga. La prima ipotesi, certamente, esclude la sopravvivenza del vincolo e cade *sub a*): ove vi sia ripartizione, il suo oggetto è già necessariamente svincolato e retrocesso allo statuto generale.

Nel caso di devoluzione non è vero il contrario. Non necessariamente, cioè, la devoluzione esprime continuità nella destinazione. Il dato è rilevante poiché esprime i termini del bilanciamento di interessi in ragione del quale è possibile operare una scelta. Diverse ragioni inducono a reputare anche la devoluzione una forma di disposizione del patrimonio affrancato.

Prima osservazione, per quanto elementare, è che se l'essenza della liquidazione è "liquidare", depurando il patrimonio da legami con interessi predeterminati, la prospettazione della continuità della destinazione sarebbe quanto meno contraddittoria. Del resto, la medesima liquidazione è prevista all'art. 30 c.c. come conseguenza dell'estinzione della persona giuridica. Estinzione che, per le associazioni, non è scioglimento e non è cioè estinzione dell'ente, ma esattamente mutamento della disciplina del patrimonio; per le fondazioni è estinzione dell'ente, ma soltanto poiché questo consiste esclusivamente in un fenomeno di destinazione.

Seconda osservazione è che la devoluzione non è in sé scelta orientata a conservare la destinazione. A tal fine, ove la liquidazione segua la constatazione dell'avvenuto definitivo raggiungimento dello scopo o quella della sua sopraggiunta impossibilità o, infine, quella della sua insufficienza, la conservazione, semplicemente non è possibile. Il nuovo scopo (anche quando) analogo è altro. Rispetto a esso è innegabile la soluzione di continuità ed è insostenibile l'effettiva conservazione. Ove invece la ragione della liquidazione sia altra, e non riguardi cioè lo scopo ma il soggetto o l'ente titolari del patrimonio, la reale intenzione di salvaguardare la destinazione si sarebbe tradotta nella disciplina di un mutamento di titolarità o di forma soggettiva senza mutamento dello scopo.

Insomma, la scelta di prevedere la devoluzione, non a caso con riferimento a enti dotati di c.d. autonomia patrimoniale perfetta, non tutela la destinazione ma il credito. Tutela cioè, assai meglio della ripartizione, gli interessi dei creditori della "persona giuridica", i quali anche dopo l'estinzione e la chiusura della liquidazione possono trovare soddisfazione presso il beneficiario della devoluzione.

Perché l'estensione analogica di questa disciplina alle associazioni non riconosciute? Non per bilanciare i rischi connessi alla concessione di una disciplina patrimoniale di separatezza, che in particolare si manifestano nella probabilità di conflitto d'interessi degli amministratori (irresponsabili) nella specifica forma del *moral hazard*. Non per conservare la destinazione ideale del patrimonio, la quale sarebbe certamente meglio curata anche conseguentemente al rientro, dopo la liquidazione, dei suoi componenti nei patrimoni individuali dei soci, i quali, se una volta hanno destinato è probabile che lo facciano nuovamente. Non per incentivare, sul piano della politica del diritto, l'impiego di patrimoni per finalità socialmente utili, poiché è anzi fortemente disincentivante l'impossibilità di impiego temporaneo.

In definitiva, non sembra che vi sia un interesse meritevole da contrapporre a quello di chi ha destinato un suo cespite patrimoniale a una finalità ideale, talsì da imporre la devoluzione.

In via generale, sul piano della politica del diritto, la soluzione di questo primo problema pone in luce un dato, al quale si è più sopra soltanto accennato: se liquidazione è la traduzione di cespiti patrimoniali e diritti in valori monetari nonché la loro neutralizzazione funzionale, a essa si accompagna sempre una scelta di principio. Nel caso della devoluzione, la scelta di privilegiare la conservazione dei patrimoni in funzione della responsabilità esprime diffidenza nei confronti dell'iniziativa a contenuto idealee, correlativamente, netta preferenza verso l'impiego produttivo di essi.

Ancora, esprime un'idea della responsabilità patrimoniale variabile a seconda dell'esito del bilanciamento tra l'interesse alla tutela del credito – il quale certamente privilegia l'accessibilità – e quello all'impiego socialmente utile della proprietà e degli altri diritti patrimoniali.

6. Secondo problema: passiamo alla liquidazione come ipotetico contenuto di un vincolo di destinazione.

Già i cenni precedenti hanno condotto a formulare un quesito di base: possono la finalità liquidativa in senso stretto, o anche quella più ampia di soddisfazione dei creditori, connotare una forma di destina-

zione patrimoniale e, con essa, uno statuto alternativo dei beni destinati?

Una decisa risposta in senso negativo si potrebbe reputare istintiva. Tuttavia, non è nuova e sembra che vada via via consolidandosi l'idea che sia legittimo e meritevole di tutela il trust costituito per conferire rilievo reale – i.e. opponibilità ai creditori non paciscenti – agli accordi di ristrutturazione stipulati con la maggioranza dei creditori. Tale tipologia di trust, detto liquidativo, trova a sostegno un sostanzioso filone di giurisprudenza di merito. L'argomento principale è che la previsione degli accordi nella nuova legge fallimentare si rivelerebbe inutile ove questi non fossero opponibili. In particolare, dal momento del previsto adempimento pubblicitario (la pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese) a quello della sua omologazione da parte del giudice fallimentare vi sarebbe una eccessiva e non opportuna fragilità dello strumento determinata dall'esposizione al potere di aggressione di creditori (non aderenti) anche di modesta entità. A contorno di questo argomento è sostenuta la meritevolezza dello scopo liquidativo, anche scomodando l'art. 2645 ter. È altresì invocata l'esperienza statunitense, dove l'opponibilità degli accordi è pacificamente riconosciuta.

Ebbene, sembra innanzitutto che vi sia un equivoco o, meglio, un difetto di strabismo nella ipotesi di lacunosità o comunque di insufficienza dell'attuale disciplina. Il problema non è infatti l'intensità della protezione degli accordi bensì l'efficacia a questi riservata. La legge fallimentare, con coerenza sistematica ineccepibile, attribuisce infatti soltanto al giudice il potere di assorbire gli accordi nella procedura concorsuale, rendendoli efficaci. Con il trust non si cerca dunque soltanto di proteggere l'effetto legittimo di un atto di autonomia. Si intende invece attribuire all'autonomia privata un potere che la legge riserva all'autorità giudiziaria. Ancora in questo senso si è palesemente mosso, del resto, il legislatore dell'ultima novella, prodotta in risposta alle istanze in parola. Piuttosto che conferire rilievo reale all'accordo, si sospendono le azioni dei creditori per sessanta giorni, in attesa dell'omologazione. L'idea – lineare quanto condivisibile – è quella di proteggere temporaneamente le stalle onde evitare di chiudere le porte quando i buoi sono già fuggiti e non invece quella di attribuire all'autonomia privata il potere di deciderne la chiusura. È inutile dire che anche questa previsione è stata reputata da molti ampiamente insufficiente.

Diciamo poi senza mezzi termini che la prospettazione della liquidazione come destinazione patrimoniale – oltre ad apparire in sé un ossimoro – è tecnicamente non plausibile. La destinazione è infatti – si è precisato poc'anzi – una vicenda incidente sullo statuto dei beni destinati e sul regime della responsabilità ai sensi dell'art. 2740 c.c. Il c.d. trust liquidativo costituisce invece regola del concorso incidendo

sulla modalità di applicazione dell'art. 2741 primo comma. Infine, l'affermazione della meritevolezza dello scopo, con il riferimento all'art. 2645 *ter*, non supera la (debole) capacità persuasiva di una petizione di principio.

Insomma: risposta negativa. Anche qui, l'esito suggerisce qualche considerazione di politica del diritto. In questo caso, all'opposto rispetto al precedente, la finalità liquidativa (quella del trust, s'intende) delinea una resistenza rispetto alla effettiva immediata liquidazione secondo le regole comuni. Anche qui gli interessi bilanciati sono quelli dei creditori che vogliono esigere immediatamente il loro credito e quelli di chi invece intende evitare l'integrale liquidazione favorendo la sopravvivenza del patrimonio destinato all'impresa. Anche qui la qualificazione degli interessi conduce a valutare funzione sociale e accessibilità come principi contrapposti. È potenzialmente diverso l'esito del bilanciamento in ragione del fatto che qui la salvaguardia del patrimonio corrisponde assai spesso all'interesse di pochi creditori istituzionali molto forti, mentre l'interesse all'esazione corrisponde a creditori piccoli e (assai spesso) non istituzionali né professionali.

A valle di questo secondo problema, e per segnare il passaggio rispetto al successivo, è opportuna una specificazione. La valutazione negativa, testé resa in ordine alla ipotesi di titolarità da parte della maggioranza dei creditori privati del potere di condizionare le vicende del rapporto degli altri, non è generalizzabile. Quanto meno, non lo è in ragione della contrapposizione privato/pubblico.

L'esempio di una differente fattispecie può essere utile a precisare i termini della questione. Segnatamente, il comma 6 bis dell'art. 57 TUF, recentemente introdotto dal d. lgs 42/12, disciplina l'ipotesi di sofferenza soltanto di uno tra i fondi compartimenti gestiti da una medesima SGR; problema questo che aveva, in precedenza, agitato molto la dottrina in stretta connessione con la pratica. Far risalire, come molti pensavano che si dovesse fare, il dissesto del singolo fondo alla SGR, avrebbe significato in molti casi mandare a gambe per aria sistemi di fondi, fra di loro separati, in ottima salute. La SGR, dunque, come pure i creditori "qualora le attività del fondo o del comparto non consentano di soddisfare le obbligazioni dello stesso e non sussistano ragionevoli prospettive che tale situazione possa essere superata" possono chiedere al Tribunale la liquidazione del fondo in sofferenza, senza l'accordo dell'assemblea dei partecipanti. Il Tribunale, a sua volta, dispone senza il parere di questi ultimi, accertando semplicemente la sussistenza della situazione denunciata dagli istanti.

La specificità di questo caso non si coglie nella logica della contrapposizione tra pubblico e privato

quanto alla titolarità del potere di iniziativa. Né si comprende prospettando la contrapposizione tra un interesse, di SGR e creditori, alla liquidazione con finalità di soddisfazione dei propri diritti e uno, dei partecipanti, alla prosecuzione dell'attività del fondo. Le condizioni e le conseguenze dell'iniziativa liquidatoria seguono invece il bilanciamento tra le ragioni dei titolari e un interesse ben più ampio e complesso, di gruppo e di sistema. Interesse alla stabilità, e dunque anche alla conservazione di altre destinazioni, il quale investe potenzialmente un numero assai più ampio di partecipanti ad altri fondi.

Indefinitiva: pubblico/privato, forse, ma con riguardo al dato funzionale espresso dall'interesse, non certamente alla mera qualificazione formale dei soggetti.

7. Terzo e ultimo problema: il diritto di recesso sancito dall'art. 58 TUB si estende alle cessioni di cui all'art. 90 TUB?

L'art. 90 TUB dispone che "i commissari liquidatori di una banca, con il parere favorevole del comitato di sorveglianza e previa autorizzazione della Banca d'Italia, possono cedere le attività e le passività all'azienda, rami di azienda, nonché beni e rapporti giuridici individuabili in blocco". Salta all'occhio la analogia con il testo dell'art. 58. L'analogia è in realtà quasi perfetta rispetto al testo originario della disposizione, ove si parlava esclusivamente di beni e rapporti giuridici individuabili in blocco. Testo che gli interpreti riferivano, quanto ai rapporti, pressoché esclusivamente a crediti. Non è perfetta invece, l'analogia, rispetto al testo successivamente modificato con l'introduzione del sesto comma: "coloro che sono parte dei contratti ceduti possono recedere dal contratto entro tre mesi dagli adempimenti pubblicitari previsti dal co. 2 se sussiste una giusta causa". Questa previsione manca nell'art. 90 e gli interpreti hanno individuato tre possibili ragioni:

a) manca perché, nelle procedure disciplinate dall'art. 90, i contratti non sono trasferiti. È assente infatti anche la previsione del trasferimento automatico, che, in quanto eccezione al principio che il contratto è cedibile soltanto con il consenso del contraente ceduto, per ciò stesso semplicemente non si realizza. Coinvolti dalle cessioni dell'art. 90 sarebbero solo i debiti e i crediti;

b) manca per una svista del legislatore. Per similitudine testuale con l'art. 58 deve reputarsi estensibile;

c) manca semplicemente poiché il legislatore non voleva attribuirlo. I contratti si trasferiscono dunque senza il diritto di recesso;

Tra le possibilità si può scegliere soltanto facendo riferimento alla funzione specifica dell'art. 90 TUB. Nella gestione delle crisi bancarie è evidente l'interesse, che si può reputare a pieno titolo pubblico in quanto rilevante ai sensi dell'art. 47 cost., a evitare il dissesto anche di frammenti dell'impresa ove ce ne siano le condizioni. Interesse non ricalcato su quello della banca, né su quello dei creditori (non è peraltro detto che, nella loro prospettiva, questo sia il modo più conveniente per liquidare). Interesse rispecchiante invece quello dei comuni clienti e, più in generale, ancora una volta quello alla stabilità del sistema creditizio, realizzato attraverso la sopravvivenza della destinazione all'impresa, attenuando cioè proprio l'effetto liquidativo.

Il legislatore insomma non voleva attribuire il diritto di recesso semplicemente poiché diversamente le cessioni sarebbero risultate quanto meno improbabili. Vi è ancora una volta un bilanciamento chiaramente percepibile, all'esito del quale situazioni di autonomia privata sono sacrificate, questa volta, indubbiamente in funzione del perseguimento della finalità di un procedimento liquidativo. Ma, a ben guardare, le modalità del procedimento vanno in senso opposto limitando esattamente l'effetto liquidativo per favorire la sopravvivenza del vincolo patrimoniale all'impresa bancaria.

È esattamente il contrario di ciò che si potrebbe dire destinazione liquidativa. Sul piano della politica del diritto, l'interesse a salvaguardare la continuità (non di una qualsiasi impresa ma) dell'impresa bancaria assume rilievo nella prospettiva della tutela del risparmio e, in questa prospettiva, prevale sull'autonomia privata dei contraenti ceduti nell'ambito di operazioni che per il loro carattere potrebbero anche sacrificare l'interesse dei creditori. Tutela del risparmio, che introduce una prospettiva nuova rispetto a quelle già menzionate, della funzione e dell'accessibilità della proprietà: quella del valore monetario come forma di accumulo e di autonoma fonte di produzione di ricchezza. Prospettiva passibile di valutazione assiologica senz'altro positiva fintanto che si collochi, quale elemento di riequilibrio e di stabilizzazione della retribuzione di lavoro e di attività produttive, in una dinamica di economia c.d. reale.

8. Si è tentato di rispondere a tre problemi. Liquidazione di patrimoni destinati e destinazione liquidatoria: seppure chiaramente distinguibili sul piano concettuale, difficilmente separabili quanto a interessi coinvolti e, soprattutto, implicazioni. Il primo problema ha mostrato come impiego socialmente utile di patrimoni e liquidazione (*i.e.* neutralizzazione funzionale) integrale dei medesimi sono meglio conciliabili di quanto non sembri; mentre in altra direzione – di tutela del credito rispetto ai rischi dell'autonomia patrimoniale perfetta – marcia la previsione dell'obbligo di devoluzione. Il secondo e il terzo hanno

invece consentito di evidenziare come la scelta tra interesse del credito e interesse a conservare la funzione dei patrimoni e, in tale contesto, la soluzione dei conflitti tra categorie di soggetti coinvolti impongono una qualificazione che tenga conto anzitutto della natura e del rilievo sistemico degli interessi concretamente in gioco.

Infine, il terzo problema ha consentito di consolidare la percezione di un dato che rappresenta l'inizio e la fine di questa riflessione. Il danaro è valore convenzionale, teleologicamente neutrale, comunemente definito bene di secondo grado sulla scorta della parimenti pacifica constatazione della sua idoneità a costituire oggetto di godimento. Di questo pochi dubitano – e quei pochi senza altre ragioni se non una sorta di feticismo per l' "oggetto di diritto" – sia pure sulla scorta di premesse teoriche assai varie e spesso tra loro lontanissime. Per questa ragione il danaro, esattamente quale valore risultante da procedimenti liquidativi, costituisce volta per volta veicolo di redistribuzione della ricchezza, passaggio essenziale per il mutamento degli assetti proprietari e condizione per l'accessibilità della proprietà. Talvolta risulta altresì essenziale per consentire o conservare una effettiva funzione sociale della proprietà. Molto dipende dai contenuti e dalle specifiche finalità dei procedimenti liquidativi. Dipende dal rapporto tra liquidità, beni giuridici in senso proprio, attività produttive di beni giuridici in senso proprio. La liquidazione azzerava i procedimenti di oggettivazione giuridica e il loro contenuto funzionale, producendo liquidità. La liquidità è moneta e la moneta è pura disciplina. Il sistema dell'economia finanziaria, quello che – nato servente rispetto all'economia reale si è da essa via via svincolato fino a diventare dominante – è perciò, di principio, un sistema puramente normativo. Alle domande che potrebbero sorgere spontanee sul perché le barriere all'accessibilità della proprietà tendono spesso a prevalere e perché la funzione sociale cede forse troppo facilmente alla tutela del credito o, infine e più in generale, perché la tutela del risparmio è spesso sacrificata, mentre assai più agevole sembra essere la via dell'accumulo finanziario, a queste domande, la risposta può essere, almeno per cominciare, che trattandosi di disciplina dipende innanzitutto da chi la detta.

La moneta, liquidità ovvero valore neutro, è l'epicentro. Dalla considerazione critica del suo ruolo, necessariamente strumentale, nelle dinamiche allocative della ricchezza è necessario ripartire per valutare funzioni e disfunzioni del sistema, dei procedimenti liquidativi e del loro impatto sugli statuti e sugli interessi alla base di essi – sulle destinazioni, quindi – nonché sugli assetti conseguenti alla loro attuazione. Questo, tentando di sfuggire alla diffusa considerazione della moneta stessa quale bene in senso proprio, in quanto tale capace di generare da sé nuova ricchezza, in un circuito di rapporti (finanziari) non strumentali ma autonomi rispetto ai beni e alle utilità direttamente finalizzati a soddisfare bisogni.

Liquidazione, liquidità e proprietà. Implicazioni teoriche di sistema e conseguenze pratiche della coniugazione tra liquidazione e destinazione patrimoniale.

Raffaele Di Raimo