

## **LA BICICLETTA, LA CARROZZA, IL CARRO ARMATO, IL FIUME E IL CONCORDATO IN CONTINUITÀ.**

di

**GIOVANNI LA CROCE**

### **I.**

Nel 1951 una corte inglese condannò a tre mesi di reclusione un uomo che conduceva in stato di ebbrezza una bicicletta sulla pubblica strada. La condanna si fondava sul § 12 del *Licensing Act* del 1872 dal seguente tenore: «Chiunque [...] sia in stato di ebbrezza [...] mentre conduce su qualsiasi strada [...] una carrozza, un cavallo, del bestiame, una macchina a vapore, può essere arrestato, multato o imprigionato».

La corte in particolare sostenne che «la parola ‘carrozza’ [...] include[va] la bicicletta, se si tratta di una comune bicicletta, o simili, come un triciclo adatto al trasporto di merci».

Orbene, se interpretare vuol dire determinare il significato delle parole e degli enunciati è piuttosto chiaro che in questo caso la corte inglese non interpretò, ma fece dell’altro. Sulla scorta delle regole semantiche e sintattiche della lingua, infatti, non è possibile, sostenere che le carrozze siano biciclette e viceversa.

Le carrozze e le biciclette possono essere sottoposte alla medesima disciplina dettata per una di esse, solo se ricondotte entrambe a una categoria più ampia, ad esempio i mezzi di trasporto non motorizzati, ma non argomentando che, nonostante il legislatore si fosse riferito alle sole carrozze, la conseguenza giuridica andasse attribuita, per qualche buona ragione, a tutti i mezzi di trasporto non motorizzati, tra i quali rientravano le biciclette.

Il ragionamento della corte inglese non concludeva, infatti, che le carrozze fossero biciclette, ma che pur non essendolo meritavano il medesimo trattamento. Così, però, non fu la legge a determinare il divieto e la punizione, bensì le buone ragioni della corte.

## **II.**

Domandiamoci, invece, se, stante la formulazione normativa «vietato l'ingresso ai veicoli nel parco» sia possibile introdurre nel parco medesimo un monumento ai caduti costituito da un carro armato residuo dell'ultimo conflitto mondiale.

In questo caso la mera letteralità della disposizione dovrebbe portare ad applicare il divieto d'ingresso anche al carro armato monumentale, giacché non vi possono essere dubbi che sia un veicolo, ma se si analizza il contesto in cui il divieto è chiamato ad operare e la sua finalità dovremmo escludere il carro armato monumentale dall'applicazione del divieto, perché esso, per la funzione che ha assunto, ha perso le sue qualità mobili.

In siffatta ipotesi l'interprete non forza il significato letterale della disposizione, ma ne ricava un'eccezione implicita, senza arrivare ad affermare che il carro armato non è un veicolo.

## **III.**

Ho ripreso questi due esempi dalla famosa polemica tra Herbert Hart e Lon Fuller di sessant'anni fa sull'interpretazione della legge per dare la misura di quanto sia decisivo nella formazione delle norme e nella loro interpretazione il linguaggio e il suo corretto uso.

Se applicassimo la “lezione” che deriva da questi due esempi, sarebbe davvero arduo sostenere che il quarto comma dell'art. 84 del Codice della Crisi e dell'Insolvenza – che si riferisce espressamente, senza possibilità di dubitarne, ai concordati liquidatori – si applichi anche alle procedure dove non si liquida nulla, solo perché questi non sono

collocabili tra quelli in continuità giuridica: le biciclette, infatti, non sono carrozze e viceversa!

In questa prospettiva mi domando se, pur in un sincero impeto alla ricerca della possibile lettura correttiva delle disposizioni dell'art. 84, ci si possa astrarre dal considerare che cosa, nella semantica concettuale, siano la “continuità aziendale” e la “liquidazione” di un'impresa e come loro si rapportino - possano coesistere - con lo stato d'insolvenza della medesima.

La continuità e la liquidazione sono le due (uniche) condizioni soggettive in cui l'impresa - individuale o collettiva - può venirsi a trovare nel corso della propria esistenza. Esse consistono, dunque, in uno “stato” particolare dell'imprenditore che esclude l'altro. L'impresa, infatti, o è in continuità, nel senso che è in normale funzionamento, oppure è in liquidazione, nel senso che ha cessato di operare. La prima condizione, a sua volta, è caratterizzata dall'alea del buon andamento degli affari, che investe, indirettamente, anche i creditori, i quali in ogni momento possono perdere la garanzia patrimoniale su cui avevano fatto affidamento al momento delle forniture, mentre nella liquidazione il rischio d'impresa viene meno con il suo avvio e i creditori sono assistiti da una garanzia patrimoniale statica, certa, anche se incapiente.

L'alea è la discriminante delle due condizioni, ed è in ragione dell'alea che contraddistingue la continuità che, nella vigenza dell'originaria legge fallimentare del '42, si è a lungo discusso della sua compatibilità con una procedura di concordato preventivo. Si sosteneva, infatti, e non del tutto a torto, che, venuta meno la garanzia patrimoniale piena, quella residua, che non consentiva di soddisfare integralmente le ragioni dei creditori, non potesse essere messa a rischio di ulteriore erosione.

*Ex parte creditoris* la continuazione dell'impresa insolvente è, quindi, la condizione che li espone al rischio di un'altra perdita rispetto a quella già contabilizzata al momento dell'apertura del concordato preventivo e, non dovrebbe, perciò, che costituire

un'eccezione. Come tale era stata correttamente regolata dal legislatore *de cuius* nell'art. 186 bis l.fall..

Sto, però, andando fuori tema. La questione era trarre le conseguenze derivanti dal fatto che “continuità” e “liquidazione” rappresentano, ciascuna, una diversa condizione soggettiva dell'impresa, l'una incompatibile con l'altra. Se uno stato soggettivo è incompatibile con l'altro, e se non esistono diverse condizioni in cui un'impresa può venirsi a trovare nel corso della propria vita, non dovrebbero potersi proporre regolamentazioni - o interpretazioni delle stesse - che presuppongano l'esistenza di terze condizioni. Dove si annida l'equivoco, dunque?

#### **IV.**

Se prendiamo in esame l'articolo 84 del nuovo codice ne intercettiamo immediatamente l'ambiguità, tutta semantica. Il legislatore, infatti, ha selezionato lo status del concordato sulla base del mezzo dell'adempimento: il concordato è in continuità, non se l'attività d'impresa prosegue, nonostante l'insolvenza, bensì se al soddisfacimento dei creditori (di quali si dirà in appresso) si perviene con i ricavati futuri dell'impresa.

Numerosi sono i momenti della norma che lo testimoniano: «Con il concordato preventivo il debitore realizza il soddisfacimento dei creditori mediante la continuità aziendale o la liquidazione del patrimonio» [...] «In caso di continuità diretta il piano prevede che l'attività d'impresa è funzionale ad assicurare il ripristino dell'equilibrio economico finanziario nell'interesse prioritario dei creditori» [...] «Nel concordato in continuità aziendale i creditori vengono soddisfatti in misura prevalente dal ricavato prodotto dalla continuità aziendale»

Mentre lo stato dell'impresa non può che essere di “continuità” o di “liquidazione”, i mezzi di adempimento con cui il debitore può assolvere le proprie obbligazioni concordatarie - così come testimonia, e ammette ancora, l'art. 85 del nuovo codice - possono essere estranei alla “liquidazione” e alla “continuità”, senza considerare che il

“dimagrimento” dell’impresa può costituire, a sua volta, condizione imprescindibile stessa del fatto che la sua continuazione sia effettivamente funzionale ad assicurare il miglior soddisfacimento dei creditori.

Se il termine che si utilizza per definire ciò che sta dentro la norma e ciò che ne sta fuori ha un significato diverso da quello che la lingua gli attribuisce, nessuna lettura correttiva è possibile. Al contrario si genera un’irrimediabile situazione di ambiguità e incoerenza, dove sarà il nomadismo anarchico e pluriverso, in senso oppositivo, degli interpreti “a farla da padrone” .

Lo stato della continuità e della liquidazione caratterizza l’impresa e non il concordato, come per altro era chiaro al provvido legislatore dell’art. 186 bis l.fall., che parlava di concordato “con continuità aziendale” (e non di “concordato in continuità”), per definire regole speciali allorquando il concordato si fosse dovuto confrontare con il rischio di impresa.

Si tratta di una questione semantica di non poco conto se da un termine che nel linguaggio giuridico è sempre stato estraneo all’ontologia dell’istituto (tanto che se ne era a lungo discussa la compatibilità), si pretende improvvisamente di ricavarne una sua qualificazione sostanziale. Il concordato non ha la funzione di liquidare o gestire l’impresa, bensì quella di pervenire al miglior soddisfacimento dei creditori, e ciò nell’ambito delle uniche due condizioni possibili in cui l’impresa può esistere: in funzionamento o in liquidazione.

Non è il concordato a essere “in continuità” o “in liquidazione”, bensì l’impresa concordataria.

Per comprendere meglio quanto sto affermando proviamo a esaminare il caso limite dell’impresa che avesse cessato di operare e, al contempo, non avesse più attivo - poiché quanto ricavato dalla liquidazione è già stato distribuito, rispettando la par condicio, ai creditori prima dell’apertura della procedura, o per effetto di altri e diversi eventi - la cui proposta di concordato sia costituita dall’accollo dei debiti, senza diritto di rivalsa, da

parte di un terzo. Di che tipo di concordato si tratterebbe, non continuandosi l'attività, né dovendosi liquidare attivi per generare la cassa necessaria a soddisfare i creditori?

Se alla locuzione “concordato liquidatorio” attribuiamo il significato di concordato che soddisfa i creditori tramite l'integrale liquidazione degli attivi, ossia tramite lo sviluppo di quelle attività che, per lo stato in cui l'impresa si trova, il diritto civile pretende siano effettuate, è ovvio che quel concordato non potrà rientrare nel perimetro dei concordati liquidatori, pur trattandosi di un concordato di un soggetto in liquidazione. Analogamente, quel concordato non potrà rientrare nel perimetro di quelli in continuità poiché l'attività d'impresa è cessata a seguito dello stato di liquidazione.

Lo stesso ragionamento può essere sviluppato per tutti quei concordati nei quali, pur essendo prevista la continuazione dell'attività, il mezzo con cui si perviene al soddisfacimento dei creditori non deriva in prevalenza dal suo “ricavato”, né dalla liquidazione di attivi.

Se la tassonomizzazione del concordato avviene in relazione alla provenienza dei mezzi di adempimento (da liquidazione o da continuità) e non in relazione al semplice status dell'impresa (in funzionamento o cessata), l'interprete è posto nella condizione di non poter collocare in uno dei due contenitori giuridici previsti dal legislatore tutti quei concordati in cui l'adempimento non si connetta, quanto a fonte della provvista, alla liquidazione o alla continuità dell'impresa.

Ciò che voglio dire è che una volta che si sia scelto di definire la regola limitandola alle sole carrozze, per superare il vuoto normativo che l'improvvida scelta crea, giacché i mezzi di locomozione sono molti di più, non si può arrivare ad affermare che la bicicletta sia una carrozza e viceversa, al più si potrà sostenere che un carro armato monumento è un veicolo, ma non che sia anch'esso una carrozza, siccome veicolo come questa.

Se un concordato è in continuità solo se la provvista per soddisfare i creditori perviene dal suo “ricavato” e non perché, molto più generalmente, l'impresa è mantenuta in funzionamento, tutti quei concordati nei quali l'impresa “continua”, ma nei quali la fonte

dell'adempimento è diversa, non sarebbero qualificabili come concordati in continuità; sennonché, pur non essendo tali, non potrebbero neppure essere classificati tra i concordati liquidatori giacché l'impresa non è in liquidazione, né sono previsti atti liquidatori.

## V.

L'antinomia tra le disposizioni dell'art. 84 e 85 è evidente. L'art. 84 detta le regole per determinare in quali delle due categorie di concordati (“in continuità” o “in liquidazione”) una procedura debba essere inquadrata ai fini dell'applicazione (o meno) di determinate disposizioni di legge; regole che sono basate sulla tipicità della fonte della provvista dell'adempimento, mentre l'art. 85 ammette forme di adempimento ulteriori rispetto a quelle fissate per la tassonomizzazione dell'istituto.

E' come se la legge disponesse che nel parco possono entrare tutti i veicoli, e al contempo disponesse che le biciclette possono percorrere solo la strada di destra (più stretta e tortuosa) e le carrozze solo quella di sinistra (più agevole). A fronte di una tale disposizione e in assenza di altre strade sarebbe spontaneo domandarsi dove possano legittimamente transitare tutti gli altri veicoli che sono per legge autorizzati a entrare nel parco.

L'unica risposta possibile è che gli altri veicoli possono transitare per la strada per loro più agevole, non certo quella opposta, ossia che debbano percorrere quella più tortuosa e stretta.

L'unica interpretazione correttiva possibile dell'art 84 del nuovo codice è, dunque, ritenere che tutti i concordati in cui non sia previsto che il soddisfacimento dei creditori avvenga prevalentemente tramite la provvista rinvenente dalla liquidazione dei beni dell'impresa non soggiacciano ai dettami del quarto comma dell'art. 84, mentre le disposizioni speciali dell'art. 87 sui concordati in continuità si applichino sempre, anche in presenza di una

continuità parziale o in tutti i casi in cui i creditori siano soddisfatti con mezzi diversi dai proventi della continuità, ma l'impresa non sia in liquidazione.

## **VI.**

Resta da affrontare il tema del fiume, dei suoi affluenti e dei molteplici delta del suo sbocco al mare.

Da un punto di vista finanziario, infatti, l'impresa è come un fiume con tanti affluenti (le entrate finanziarie) e tanti delta (le uscite): le vendite ordinarie, generano crediti, che riscossi si tramutano in liquidità che confluisce nel fiume principale affluendo da destra, lo stesso dicasi per le vendite straordinarie, quelle da liquidazione di cespiti, i cui frutti affluiscono da sinistra; il fiume della finanza scorre e poi si divide in tanti delta, per finire nel mare (cioè per passare nelle mani dei creditori); i delta a loro volta si dividono in delta di sinistra, che onorano i debiti verso i creditori posteriori, e in delta di destra, che onorano i debiti verso i creditori anteriori (vedremo in seguito che, però, vi sono almeno altre due tipologie di creditori inspiegabilmente negletti dal dibattito).

Se volessimo individuare l'acqua di quale affluente sia confluita nei delta di sinistra e quale in quelli di destra, non saremmo in grado di determinarlo, mentre potremmo misurare la quantità di acqua entrata dagli affluenti di destra, quanta da quelli di sinistra e quanta ne sia defluita in mare dai due rami del delta.

Supponiamo che le vendite ordinarie (affluenti dx) abbiano prodotto un flusso di 1.000, mentre le vendite straordinarie (affluenti sx) abbiano prodotto un flusso di 500, con la conseguenza che nel fiume sono entrati 1.500 litri di acqua (500 da sx e 1.000 da dx). Supponiamo anche che alla fine del mese, provvedendo al pagamento dei debiti in scadenza, 900 siano serviti a onorare debiti posteriori (delta sx), mentre 600 siano serviti a onorare debiti anteriori (delta dx).

L'unica cosa certa è che un flusso di 100 proveniente dagli affluenti di dx è finito nei delta di sx, mentre non si potrebbe sostenere che siano stati i 500 degli affluenti di sx a essere

confluiti tutti nei delta dx, salvo che l'affluente si sia innestato dopo che il fiume si fosse diviso nei dei due rami del delta (il caso della vendita dell'immobile al servizio diretto del pagamento del credito ipotecario).

L'art. 84, come prima abbiamo ricordato, stabilisce, però, che «Nel concordato in continuità aziendale i creditori vengono soddisfatti in misura prevalente dal ricavato prodotto dalla continuità aziendale».

L'imprecisione e l'a-tecnicità del linguaggio utilizzato non aiutano certo l'interprete a decifrare il significato da attribuire alla locuzione "ricavato prodotto dalla continuità aziendale".

Nella lingua italiana al termine "ricavato" è, infatti, assegnato il significato di "somma di denaro che si ricava da una o più vendite o da altre attività economiche". Secondo l'accezione comune del termine, si potrebbe legittimamente ritenere, quindi, che il legislatore abbia voluto riferirsi ai ricavi delle vendite o delle prestazioni di servizi derivanti dalla continuità aziendale. In tal caso, seppure resti aperto il tema della non individualità di quale ricavato - della continuità o delle dismissioni - abbia concorso al soddisfacimento del creditore anteriore, l'essersi ancorati alla *botton line* dei ricavi escluderebbe qualsiasi effetto distorsivo derivante dall'indeterminabilità della fonte della provvista. Infatti, se gli incassi delle dismissioni fossero superiori al fatturato di tutto l'arco del piano concordatario, il contributo della continuità al soddisfacimento dei creditori non potrebbe che essere talmente marginale da autorizzare il sospetto che ci si trovi effettivamente di fronte a una continuità "abusiva".

Al termine "ricavato" si potrebbe, però, attribuire anche il significato di "utile prodotto dalla continuità aziendale", ma è noto che il concetto di utile comprende nella sua determinazione anche componenti non monetarie (gli ammortamenti e le svalutazioni, ad esempio), sicché esso non potrebbe costituire uno strumento di misurazione attendibile per determinare la provenienza del denaro con cui sono pagati i creditori concordatari.

Se, invece, volessimo spingerci a ritenere che il legislatore abbia voluto riferirsi ai flussi di cassa prodotti dalla continuità, ci troveremo di fronte all'insormontabile ostacolo costituito dal fatto che “le biciclette non sono carrozze”: il ricavato non è un flusso, al più ne è un elemento. Non solo, per determinare, poi, a quale tipo di “bicicletta” (flusso) il legislatore avesse voluto fare riferimento, si dovrebbe sempre partire dall'etimologia del termine “carrozza” (ricavato); esercizio per nulla agevole, anzi impossibile .

In economia, infatti, esistono diversi tipi di flussi di cassa. Ad esempio, per limitarci ai principali: il flusso di cassa operativo (FCFO, *Free Cash Flow from Operations*), originato dalla gestione caratteristica dell'azienda; il flusso di cassa per l'impresa (FCFF, *Free Cash Flow to the Firm*, noto, anche, come *Unlevered Free Cash Flow*) che esprime il flusso di cassa disponibile per tutti gli investitori (obbligazionisti ed azionisti) dopo che l'azienda ha effettuato tutti gli investimenti necessari, pagato le sue spese operative e le tasse, ma prima del rimborso del debito. Ne consegue che sarebbe davvero arbitrario ritenere che il legislatore abbia voluto riferirsi all'uno o all'altro strumento di misurazione usando un lemma non equiparabile, neppure genericamente, al concetto semantico di “flusso di cassa”. Se si optasse per il secondo tipo di flusso ci dovremmo domandare, ad esempio, se sarebbe davvero ragionevole sostenere che i flussi dei disinvestimenti non siano al servizio dei nuovi investimenti, piuttosto che al servizio del debito concordatario.

La faccenda si complica ancora di più alla presenza di nuova finanza prededucibile. Mi domando, infatti, con quali argomentazioni scientifiche si potrebbe sostenere, da un lato, che la sua funzione non sia quella di generare cassa temporanea anche al servizio del debito concordatario e, dall'altro, che le dismissioni previste a piano non siano funzionali anche al rimborso della nuova finanza e non solo al pagamento dei creditori concordatari. Lo stesso ragionamento vale anche per il soddisfacimento delle spese di giustizia e dei crediti sorti nel corso della procedura.

È il concetto stesso di “flusso”, infatti, a non consentire l’abbinamento delle sue componenti in entrata alle sue componenti in uscita, esattamente come ho cercato d’illustrare con l’esempio del fiume e dei suoi affluenti.

A ben osservare, però, nella disposizione si annida un’altra insidia (o, forse, la soluzione), costituita dal fatto che il legislatore ha fatto riferimento alla categoria (generica e generale) dei “creditori”, senza alcuna specificazione rispetto alla loro qualità di creditori anteriori, ai quali, nell’argomentare sino a questo momento, ho fatto riferimento. Eppure, nell’esecuzione di un concordato, in costanza di continuità gestionale dell’impresa, vi sono almeno quattro macro categorie di creditori da soddisfare: i creditori anteriori, i creditori prededucibili della fase concordataria, i creditori per nuova finanza successiva prededucibile e i creditori successivi all’omologazione del concordato; dunque, quali di questi “creditori” sono quelli che devono essere soddisfatti prevalentemente con “il ricavato prodotto dalla continuità aziendale”?

Nell’affrontare la soluzione del nodo occorre non dimenticare, per quanto prima argomentato, come sia impossibile, salvo cadere nell’arbitrarietà, correlare per tipologia i flussi finanziari in entrata a quelli in uscita. Sulla base di questa considerazione l’unica lettura possibile della disposizione nel suo complesso è che nel concordato in continuità la provvista con cui si soddisfano “tutti i creditori”, e non solo quelli anteriori, debba provenire in prevalenza dai ricavi lordi della continuità e non dalla liquidazione degli attivi immobilizzati.

Una simile scelta interpretativa avrebbe, inoltre, il non secondario pregio di ricondurre la disposizione quella funzione antiabusiva – e non distorsiva – per cui è stata pensata, ossia evitare che tramite continuità fittizie, con debiti gestionali correnti modesti, si possa eludere la soglia minima di soddisfacimento dei creditori del 20% e l’apporto di nuove risorse cui dovranno sottostare i concordati liquidatori da ferragosto 2020. Infatti, se i crediti della gestione corrente post concordataria da soddisfare sono superiori, nel loro

complesso, al debito anteriore non potrebbe mai dubitarsi della sostanzialità dello stato di continuazione dell'impresa.

Accedendo a questa chiave di lettura si risolverebbe positivamente, inoltre, anche l'antinomia denunciata tra tassonomia dei concordati basata su due soli mezzi di adempimento e la quantità, molto maggiore, di quelli consentiti dall'articolo 85.

\* \* \*

Ammetto che questo percorso esegetico possa apparire eccessivamente “glottocentrico” e troppo influenzato da speculazioni proprie della logica filosofica, ma il ricorso esteso alla semantica e alla logica si è reso necessario unicamente per l'uso irrispettoso che il legislatore ha fatto del linguaggio e della sintattica. Non si dovrebbe mai dimenticare, infatti, che tramite il linguaggio le persone appartenenti a una comunità assumono la capacità cognitiva di produrre e comprendere i segnali che si scambiano; e, in questo senso, l'astrattezza formale della legge non può abdicare, salvo vincolarsi all'arbitrio nomade e anarchico degli interpreti, alla chiarezza, alla proprietà e alla semplicità del lessico. La legge non è, infatti, solo un atto ordinante, ma un atto di comunicazione: avere consapevolezza del “peso” delle parole significa riservare attenzione e rispetto per il loro destinatario in ossequio ai principi costituzionali della certezza del diritto e della certezza dei diritti e dei doveri dei cittadini.