

PREMESSA GIURIDICA

Marco Lopez de Gonzalo

1. Questa premessa potrebbe avere come titolo "il diritto nella crisi", volendo così individuare come oggetto dell'indagine lo studio di come istituti giuridici, norme e contratti, subiscano gli effetti della crisi economica, assorbendone le conseguenze o invece venendone sconvolti e travolti. Un'impostazione di questo tipo sarebbe però, a ben vedere, riduttiva. Dovremmo, infatti, sforzarci di ragionare non solo sul "diritto *nella* crisi" ma anche, e soprattutto, del "diritto *della* crisi", e cioè di istituti giuridici, norme e contratti, pensati ed elaborati proprio in vista ed in funzione delle situazioni di grave perturbazione dei mercati e dei problemi che tale perturbazione pone e cioè, fondamentalmente (1) la brusca variazione dei valori, o meglio, dell'equilibrio tra i valori (per cui, ad esempio) il nolo allineato al mercato al momento della conclusione del time charter risulta oggi insostenibile) e (2), spostando l'ottica dal singolo contratto alla situazione economica complessiva delle parti, l'insolvenza del debitore.

2. Si tratta allora di vedere se nella "cassetta degli attrezzi" del giurista vi siano strumenti in grado, grazie alla loro "robustezza" o invece alla loro "flessibilità", di resistere alla crisi, o meglio ancora, di governare la crisi, controllandone ed indirizzandone gli effetti. Ho parlato in termini generici di "giuristi": in questo vasto ambito si collocano figure diverse, con ruoli diversi. In primo luogo, ovviamente il legislatore (nazionale, europeo, internazionale). In secondo luogo, i giudici, chiamati ad applicare, interpretare e, in misura diversa a seconda degli ordinamenti, a "creare" le norme: compito particolarmente delicato nel momento in cui lo stress economico sottopone a forti tensioni la tenuta delle norme e richiede un particolare sforzo di adattamento. In terzo luogo, avvocati e consulenti, che inseguono l'ideale (forse la chimera) del contratto "autosufficiente", nel quale tutte le situazioni, anche quelle di crisi, sono previste e disciplinate. Infine, gli accademici, chiamati ad uno sguardo d'insieme ed ad un tentativo di razionalizzazione (o, almeno, a dare buoni consigli).

3. L'accento alle diverse figure di giurista, conduce ad una prima distinzione tra diverse categorie di strumenti (o, per usare un termine di derivazione anglosassone, "rimedi").- Da un lato, strumenti (o rimedi) legali, dall'altro strumenti (o rimedi) contrattuali.

Una diversa classificazione distingue strumenti (o rimedi) relativi al contratto e strumenti (o rimedi) relativi alla posizione debitoria complessiva delle parti.

Nella prima categoria troveremo (quali rimedi legali) le norme in materia di contratti in generale e quelle che regolano singoli contratti tipici.

Tra i rimedi contrattuali troveremo invece, ad esempio, l'impiego della proprietà in funzione di garanzia (come avviene nella vendita con riserva di proprietà o nei contratti di costruzione di nave, quando la proprietà viene trasferita progressivamente, in corrispondenza con il pagamento delle rate di prezzo) o le diverse tipologie di garanzie di terzi (garanzie autonome a prima richiesta, refund guarantees, fideiussioni "classiche", lettere di patronage).

Una distinzione tra rimedi legali e rimedi contrattuali è configurabile anche in relazione alla disciplina dell'insolvenza. Se infatti le procedure concorsuali sono tradizionalmente

concepito come materia riservata al legislatore, le recenti riforme della Legge Fallimentare hanno aperto uno spazio anche all'autonomia privata, con gli accordi di ristrutturazione del debito, nelle diverse forme previste rispettivamente dall'art. 67 e dall'art. 183-bis della Legge Fallimentare.

4. Una classificazione appena un po' più sofisticata è quella fondata sulla funzione perseguita dai diversi strumenti. Così, nell'ambito dei rimedi contrattuali, si possono distinguere:

a) *rimedi che tendono alla conservazione del contratto*

Tra i rimedi legali si possono ricordare il terzo comma dell'art. 1467 cod. civ. in materia di onerosità sopravvenuta (che consente di riportare ad equità il contratto) o l'art. 1664 cod. civ. in tema di revisione del prezzo nell'appalto; tra i rimedi contrattuali: le clausole di indicizzazione, le clausole di hardship, le clausole che prevedono, al verificarsi di determinate circostanze "perturbative", l'obbligo di rinegoziare in buona fede (ed è proprio in situazioni di crisi, che la clausola generale di buona fede può avere una particolare potenzialità).

b) *rimedi che tendono a consentire una exit strategy*

Tra i rimedi legali: il primo comma dell'art. 1467 cod. civ. in materia di eccessiva onerosità sopravvenuta; l'eccezione di inadempimento di cui all'art. 1460 cod. civ.; la facoltà, prevista dall'art. 1461 cod. civ., di sospendere l'adempimento quando vi sia un significativo peggioramento delle condizioni patrimoniali dell'altra parte; il recesso del committente disciplinato dall'art. 1671 cod. civ. in materia di appalto; tra i rimedi contrattuali: le clausole di force majeure, le clausole di recesso (più o meno onerose);

c) *rimedi che tendono a precipitare la conclusione del contratto e facilitare l'enforcement*

Tra i rimedi legali: la risoluzione del contratto per inadempimento di cui all'art. 1453 cod. civ.; la decadenza dal beneficio del termine di cui all'art. 1186 cod. civ.; tra i rimedi contrattuali: la clausola risoltrice espressa, gli "events of default" dei contratti di finanziamento.

Una analoga distinzione secondo un criterio funzionale si può individuare tra procedure d'insolvenza che tendono a salvaguardare la sopravvivenza dell'impresa (accordi di ristrutturazione, concordato in continuità) ed altre con una finalità puramente liquidatoria (come, tipicamente, il fallimento).

5. Il quadro non sarebbe però completo se ci si limitasse ad elencare e classificare i diversi strumenti del diritto della crisi. Occorre anche, seppure sommariamente, dare atto delle interferenze tra i diversi tipi di rimedi.

In questa prospettiva, vengono quindi in rilievo, in primo luogo, i limiti che ciascun ordinamento pone, tramite le proprie norme inderogabili in materia contrattuale, alla autonomia privata e quindi alla possibilità per le parti di creare esse stesse quegli strumenti che, a loro giudizio (ed a seconda dei rapporti di forza sul piano negoziale e del complessivo assetto economico dell'operazione) siano più idonei a disciplinare gli effetti della crisi.

In secondo luogo, sulla disciplina dei contratti, sia essa di origine negoziale o legale, incide in modo assai rilevante quella delle procedure concorsuali. Ciò avviene,

innanzitutto, con il blocco delle azioni esecutive o cautelari individuali. Altrettanto evidente è l'interferenza creata dalle norme che regolano la sorte dei rapporti pendenti al momento dell'apertura della procedura o di una norma come quella del 6° comma dell'art. 72 L. Fall., che sancisce la nullità di clausole che prevedano la risoluzione del contratto in caso di fallimento di una delle parti. In questo ambito si collocano anche le norme che regolano la opponibilità dei trasferimenti di proprietà (in particolare per i beni mobili registrati, quali sono le navi).

6. Infine, nel delineare i tratti generali delle problematiche oggetto di questo convegno, occorre dare atto della dimensione transnazionale dei fenomeni.

Un aspetto di questa dimensione transnazionale è certamente costituito dalla circolazione dei modelli contrattuali e dai limiti che, alla piena efficacia di tale circolazione, possono derivare da norme di applicazione necessaria o principi di ordine pubblico di ordinamenti diversi da quello della *lex contractus*, ma che comunque presentino momenti significativi di collegamento con il contratto e con la sua esecuzione.

Nell'ambito delle procedure concorsuali, la dimensione transnazionale si traduce, da un lato, in una possibile "frammentazione" della procedura stessa, quando la struttura imprenditoriale del debitore insolvente sia in vario modo (come spesso avviene per i gruppi armatoriali) localizzata in una pluralità di ordinamenti; dall'altro, ancora in un fenomeno di "circolazione", questa volta degli effetti della sentenza di apertura del procedimento, in primis quello del blocco di azioni individuali di enforcement, anche in ordinamenti diversi da quello ove è stata instaurata la procedura concorsuale.