

CAPITOLO PRIMO

LA RESILIENZA DEL CONTRATTO,
TRA RELAZIONALITÀ E INCOMPLETEZZA.
DAI MUTUI SUBPRIME A SARS-COV-2
(CORONAVIRUS)

L'incalzante crisi economica che, sul tramonto della prima decade del Ventunesimo secolo, si è sparsa a macchia d'olio, dagli Stati Uniti d'America al resto dell'Occidente, ha determinato, nel nostro ordinamento, ma non solo, il sorgere di un *trend* particolare, di cui si sono resi protagonisti prima gli attori del mercato e poi il Legislatore, osservando quanto stava accadendo nella prassi delle relazioni d'affari, in ragione del mutato contesto economico-sociale.

Al riguardo, una distinzione va fatta tra le relazioni contrattuali di medio e lungo periodo già in corso e le relazioni contrattuali concluse in epoca successiva al verificarsi degli eventi di crisi.

Quanto alle prime, i contraenti si sono trovati a fronteggiare incompletezza giuridica ed economica e, a tal fine, in assenza di pattuizioni *ad hoc*, in parte, si sono affidati ai rimedi di legge e, in parte, hanno dato corso alla loro relazione lungo direttrici alternative e poco esplorate, sino ad allora, nel mercato o, comunque, ove percorse, non in maniera così marcata.

Si è in tal senso progressivamente assistito ad un ripensamento dei rapporti, che hanno di gran lunga perso di conflittualità in favore di una crescente cooperazione socio-economica.

Questo atteggiamento si è distinto per tolleranza e visione di lungo periodo e, non di rado, ha indotto alla revisione del contenuto del contratto, nell'ottica di preservare la relazione, evitandone interruzioni capaci di avere un impatto nefasto non soltanto per le imprese

coinvolte, ma, in una prospettiva più ampia, per l'intero sistema economico, già in declino.

Si è così stati spettatori di una sorta di mutamento della percezione dei rapporti, là dove, con frequenza sempre maggiore, chi era percepito come controparte è divenuto ad esser percepito alla stregua di un *partner* di una *joint venture* contrattuale.

È proprio in simile ambiente che affonda le radici la relazione di *business* più intensamente permeata da aspetti *relazionali*, i quali, come noto, si sostanziano nelle *relational norms*, elaborate dalla teoria dei *relational contracts* sviluppata da Ian Macneil e dalla sua scuola, ed ispirata a principi extra-giuridici e mutuati da diverse scienze sociali quali l'economia, la sociologia, la filosofia e l'antropologia.

Più nel dettaglio, ma senza voler anticipare alcunché di quanto meglio si vedrà nel seguito, la teoria dei contratti relazionali muove dal presupposto secondo cui pochi contratti si esauriscono in un arco temporale circoscritto e pochi contratti contemplan scambi con limitata interazione personale, precisa quantificazione dei beni che ne costituiscono l'oggetto e un livello minimo di cooperazione tra le parti, le quali si sono obbligate a prestazioni semplici e ben definite, incapaci di crear loro incentivi alla condivisione di oneri e benefici. Pochi dunque sono i rapporti astratti dall'ambiente in cui si sviluppano e nel quale si possono tracciare, a cornice delle medesime relazioni contrattuali, norme comportamentali implicite, ma tendenzialmente osservate dai soggetti coinvolti.

Quindi, secondo i *relationals*, nella maggior parte dei casi, i contratti: (i) si esauriscono in un periodo temporale non di breve durata; (ii) sono integrati dalle relazioni personali che sussistono tra le parti; (iii) hanno per oggetto non solo beni le cui quantità sono sempre facilmente misurabili *ex ante*; (iv) sono in grado di interessare più persone, portatrici di diversi interessi, che si attendono, una dall'altra, reciproca cooperazione e condivisione degli oneri e dei benefici derivanti dal contratto; (v) sono caratterizzati dalla presenza di diritti di recesso senza alcuna penalità, in modo tale da disporre di un forza vincolante relativa e limitata; (vi) coinvolgono attori reciprocamente interessati da amicizia, reputazione e interdipendenza; e, infine, (vii) sono conclusi da contraenti che percepiscono la relazione d'affari alla stregua di una progressiva integrazione del comportamento di cia-

scuno di essi, da adattare, orientare e modificare, di volta in volta, a seconda degli eventi futuri, in gran parte impossibili da prevedere.

Allora, secondo quanto predica la dottrina dei *relational contracts*, nella maggior parte dei casi, i contratti sono intimamente connessi con il tessuto economico-sociale in cui si collocano e sono governati da una serie di norme non contemplate dal documento sottoscritto tra le parti, ma, di fatto, dalle stesse osservate. In virtù di simili regole di condotta, di cui si darà conto nel prosieguo del lavoro, lo scambio avviene in una cornice ampiamente condivisa. In tal senso, i contraenti si comportano secondo le aspettative ingenerate nella controparte in considerazione del ruolo da ciascuno di essi giocato nella società e nell'ottica di conservare la relazione d'affari per il periodo di tempo più ampio possibile. Così, le parti si riallocano vicendevolmente i poteri più rilevanti rispetto all'oggetto delle loro pattuizioni e adattano, in maniera flessibile, il contratto agli eventi, componendo amichevolmente gli eventuali conflitti che possano insorgere tra loro.

Quanto invece ai contratti conclusi in questo rinnovato contesto sociale, economico e – vedremo – legale, dalla prassi è emerso come gli attori del mercato abbiano preferito – e preferiscano – adottare contratti lacunosi al fine di garantirsi flessibilità e durata nel tempo, ed assumendosi in tal modo il minor rischio possibile circa il verificarsi di eventi che possano avere un impatto sostanzialmente negativo sulla propria situazione economico-finanziaria.

In questi rapporti, dunque, nati in ambiente *relational*, la relazionalità ha determinato incompletezza, talvolta economica, gestita attraverso clausole contrattuali e talvolta giuridica, da gestirsi attraverso i rimedi di legge.

In armonia con questo ambiente, il Legislatore non ha tardato ad intervenire, non tanto sul diritto dei contratti quanto sulla Legge Fallimentare, agevolando la composizione delle situazioni più critiche.

Così, dopo una serie di riforme e successivi ritocchi, si è prevenuti ad un nuovo sistema di regole, interamente racchiuso nel Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza.

Questo *set* di norme, palesemente orientato alla conservazione dell'impresa e delle sue componenti positive, nell'interesse degli *stakeholders* che la stessa coinvolge, è capace di creare significativi incentivi alla rinegoziazione, abbattendo i costi transattivi ed incenti-

vando le parti al rispetto di regole relazionali, fino a dar alla luce, come vedremo più avanti, ad un «diritto dei contratti della crisi di impresa» e ad un «diritto civile della crisi d'impresa».

Su simili considerazioni si fonda dunque la resilienza del contratto, cioè la sua rinnovata capacità di adattarsi alle circostanze, che relazionalità ed incompletezza hanno fatto emergere e stressato.

Pertanto, prenderemo le mosse dall'interrelazione sussistente tra tempo, relazionalità e incompletezza, per analizzare, nel dettaglio, la teoria dei *relational contracts*, i difetti della negoziazione quale causa dell'incompletezza del contratto e il significato che questa può assumere sotto due distinti profili, giuridico ed economico.

Quindi, analizzeremo la posizione assunta dalle *default rules* del nostro ordinamento – intese nella più ampia accezione – di fronte a relazionalità ed incompletezza.

In tal senso, in primo luogo, vedremo come le parti possano far fronte all'incompletezza, affidandosi ai rimedi di legge o giurisprudenziali, o, ancora, adottando particolari clausole contrattuali, rispetto alle quali si evidenzierà altresì la loro capacità di far emergere aspetti relazionali nel contratto.

In secondo luogo, tratteremo, nell'evoluzione delle regole su fallimento e accordi volti alla risoluzione della crisi d'impresa, la presenza di simili aspetti *relational*, sottolineando come nel nuovo Codice (della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza), il Legislatore sembri essersi spinto sino a formulare incentivi, per gli attori del mercato, all'osservanza di norme relazionali e, in particolar modo alla rinegoziazione dei contratti.

Dunque, la resilienza del contratto passa proprio attraverso le modificazioni del rapporto come rimedio principe all'incompletezza e sintomo più diffuso della crescente relazionalità, a prescindere dal fatto che dette modifiche avvengano per effetto di rinegoziazione, volontaria o imposta, revisione del giudice o, ancora, grazie a meccanismi automatici o di etero-riempimento del rapporto.

Sicché, nella seconda parte del presente lavoro, si analizzeranno gli effetti giuridici che queste modificazioni possono avere sulle obbligazioni in precedenza assunte e sulle garanzie che assicuravano l'adempimento del debitore, sottolineando come l'interpretazione delle regole sulla novazione e sull'estinzione delle garanzie debba es-

sere coordinata con il rinnovato ambiente relazionale in cui i contratti si stanno progressivamente collocando.

In questo ambiente, peraltro, il tasso di relazionalità tenderà ad aumentare significativamente per effetto dell'inevitabile sofferenza economica che, con grande probabilità, il virus SARS-CoV-2 (Coronavirus) e la conseguente pandemia di COVID-19 (Coronavirus Disease 2019), diffusasi in Europa e Nord America proprio nei giorni in cui licenzio le ultime bozze di questo volume, determineranno in tutto l'Occidente, se non nell'intero globo.

L'effetto economico, che, secondo le stime ad oggi disponibili, parrebbe essere in grado di replicare quanto accaduto nei mesi successivi alla crisi dei mutui subprime statunitensi dell'anno 2007, potrebbe verosimilmente avere lo stesso ed ulteriore impatto sulla prassi dei contratti e, conseguentemente, stimolare e creare ulteriori incentivi agli attori del mercato ad intraprendere atteggiamenti di tipo relazionale.

È sufficiente pensare che nelle ultime due settimane di marzo 2020, 10 milioni di cittadini statunitensi hanno fatto domanda per i sussidi di disoccupazione, avendo quindi perso il lavoro e facendo così registrare il record negativo di tutta la storia economica americana, inclusa la Grande Depressione degli anni Trenta del Novecento. L'occupazione, negli Stati Uniti, cresceva da 113 mesi consecutivi, cioè dall'inizio della ripresa economica dopo la Grande Recessione del 2008. Se dovesse confermarsi questa tendenza, secondo le previsioni della Federal Reserve di St Louis, la disoccupazione potrebbe raggiungere il picco del 32%, con 47 milioni di posti di lavoro persi. Potrebbe dunque verificarsi uno scenario dirimpente a cui potrebbe aggiungersi la revisione in calo, prevista da Goldman Sachs, circa il prodotto interno lordo degli USA, che, nel secondo trimestre 2020, realizzerebbe un meno 34 per cento. Per tentare di prevenire o curare simili effetti, il Presidente degli Stati Uniti d'America, Donald Trump, ha annunciato aiuti per circa duemila miliardi di dollari.

Non è diversa la situazione in Europa, dove la pandemia sta dilagando e l'Unione Europea ha allo studio misure economiche di tipo post-bellico per evitare, per quanto possibile, che la diffusione del virus determini conseguenze nefaste sull'economia del Vecchio Continente.

Si stima infatti che per ogni mese di *lockdown* imposto dalle autorità per arginare il diffondersi dell'epidemia, il prodotto interno lordo dell'Unione Europea diminuisca di almeno tre punti percentuali.

Per quanto poi concerne il sistema economico italiano, a metà marzo 2020, Cerved ha stimato che l'impatto sui ricavi delle imprese potrebbe essere, nel medesimo anno, pari ad una somma compresa tra i 220 e i 470 miliardi di Euro, e, nel 2021, ad una somma compresa tra i 55 e 172 miliardi di Euro, a seconda che lo scenario che si verifichi sia più o meno ottimistico.

Tant'è che una delle prime misure emergenziali relative al settore *corporate* ha previsto, fino al 31 dicembre dell'anno in corso, la sospensione degli obblighi di ripianamento delle perdite contemplati dal Codice Civile per le società di capitali e, contemporaneamente, l'inoperatività della causa di scioglimento di dette società per riduzione o perdita del capitale sociale (art. 6, D.L. 8 aprile 2020, n. 23).