

COLLABORARE PER NEGOZIARE E NEGOZIARE PER COLLABORARE: UNA SFIDA
PER I PROFESSIONISTI CHE VOGLIONO METTERSI IN GIOCO ED
UN'OCCASIONE PER SVOLGERE UN RUOLO CENTRALE NELLA GESTIONE
DELLA CRISI E NELLA PREPARAZIONE DELLA RIPARTENZA

La dimensione sociale del conflitto e l'esigenza di una sua gestione efficace, ai fini della sostenibilità e continuità dell'impresa

Per capire la rilevanza (sotto il profilo non solo economico ma anche sociale) e l'ampiezza dell'ambito di applicazione della negoziazione collaborativa, occorre svolgere qualche premessa storica.

La disciplina nazionale e comunitaria che regola e incentiva l'accesso alle procedure alternative di risoluzione delle controversie (ADR) è caratterizzata dalla consapevolezza che il conflitto ha una dimensione sociale rilevante: nel senso che esso non si crea e si risolve (con effetti più o meno distruttivi) tra le singole parti in disaccordo, ma comporta ricadute importanti e spesso devastanti sul contesto sociale di riferimento.

Le aree in cui le dimensioni del conflitto assumono centralità assoluta sono quelle dei contratti d'impresa, della conflittualità societaria e della crisi d'impresa.

In queste aree l'attenzione del legislatore è relativamente recente e si ricollega a quell'evoluzione del diritto delle società e della crisi che ha spostato decisamente l'attenzione della tutela dello *shareholder value* alla tutela dello *stakeholder value*

Dai tempi in cui Milton Friedman, in un articolo apparso sul New York Times Magazine (siamo nel 1970), aveva affermato che il buon manager è quello che fa rendere al massimo l'investimento dei suoi azionisti, si è passati progressivamente ad un quadro normativo influenzato da una nuova cultura d'impresa imperniata sulla cosiddetta **Corporate Social Responsibility**, ora associata al concetto della **sostenibilità** aziendale, che è diventato presupposto della continuità dell'impresa nel tempo.

L'acronimo **ESG** (Environmental, Social, Governance), è quello che identifica i fattori di rischio che una gestione consapevole della responsabilità sociale dell'impresa deve tenere in considerazione ai fini di creare valore in modo duraturo nel tempo, orientando le decisioni di business attraverso l'analisi degli impatti – economici e non – che l'attività d'impresa determina, su tutti gli stakeholder.

Ora, il **rischio di conflitto** e il **rischio di crisi** rientrano a pieno titolo nei cosiddetti **rischi di governance** e la capacità dell'impresa di affrontarli in modo precoce e gestirli in modo efficace costituisce uno dei fattori essenziali ai fini della valutazione della continuità e sostenibilità nel tempo.

La **negoziiazione collaborativa** è oggi lo strumento più efficace e sofisticato che abbiamo a disposizione per affrontare e risolvere i conflitti in una prospettiva di perseguimento e tutela degli obiettivi di sostenibilità e continuità.

Nuovi scenari di crisi ed inadeguatezza degli strumenti di diritto positivo

Lo spaventoso scenario di devastazione e morte che l'invasione dell'Ucraina da parte della Russia ci ha mostrato così vicino ai nostri confini rende drammaticamente attuale, oltretutto ancora più importante e urgente, il tema della **collaborazione**, che la WCIW ha portato quest'anno all'attenzione del mondo.

Da un punto di vista **politico**, balza gli occhi la totale incapacità di chi ci rappresenta (a tutti i livelli, nazionali, comunitari, internazionali) nel gestire un conflitto con modalità che superino la tradizionale logica avversariale, fondata sulla minaccia e sulla ritorsione, che ben sappiamo avere l'effetto di innescare il noto fenomeno dell'escalation, generando una spirale che rischia di diventare irreversibile.

Da una prospettiva di **analisi economica del diritto**, le nuove ricadute che questa nuova crisi è destinata ad avere rendono viepiù evidenti l'inadeguatezza e l'inefficienza di norme e regole del diritto positivo, che disciplinano situazioni divenute oramai obsolete e non sono in grado di rincorrere una realtà in continuo mutamento, soggetta a sempre più gravi ed imprevedibili perturbazioni.

Sotto il profilo del **diritto sostanziale**, le difficoltà legate agli scenari di crisi sopra delineati hanno profondamente e inesorabilmente perturbato l'esecuzione dei rapporti contrattuali delle imprese, in special modo quelli a prestazioni corrispettive e ad esecuzione continuata o periodica ovvero ad esecuzione differita.

In questo quadro, la dottrina civilistica ha messo chiaramente in evidenza l'**inadeguatezza dei rimedi generali previsti dal diritto dei contratti**, in specie quelli della risoluzione per eccessiva onerosità e per impossibilità sopravvenuta, a fornire soluzioni soddisfacenti all'imprenditore che si è trovato e si trova a patire, prima, gli effetti della pandemia, ed ora quelli della crisi internazionale, che ha determinato ricadute drammatiche sui costi, sulle possibilità di approvvigionamento delle materie prime, sulle valute e sui cambi, e talora sugli stessi rapporti contrattuali (per effetto delle restrizioni e sanzioni imposte a livello comunitario).

Le disposizioni esistenti in tema di impossibilità ed eccessiva onerosità sopravvenuta operano infatti con **effetti rescissori**, consentendo alle parti di ottenere una sentenza che dichiari lo scioglimento del contratto quando una delle due prestazioni sia divenuta eccessivamente onerosa o ineseguibile

Non è invece prevista – in via generale - la possibilità per l'autorità giudiziaria di intervenire in sede modificativa degli equilibri contrattuali, in base al principio che questa prerogativa è esclusivamente riservata alle parti, cui spetta il diritto e la libertà di definire o ridefinire in autonomia le condizioni del contratto.

Per contro, oggi esistono situazioni in cui la continuità di impresa può essere salvaguardata solo alla condizione di mantenere in piedi contratti o forniture o rapporti strategici, le cui prestazioni corrispettive sono tuttavia divenute squilibrate per effetto delle cause impreviste della crisi: si pensi anche solo alle norme incidenza che stanno avendo gli aumenti imprevisti e incontenibili delle materie prime, ed ora anche dell'energia: aumenti che rischiano di compromettere la stessa possibilità dell'azienda di rimanere sul mercato nel caso in cui le parti non addivengano ad una rivisitazione del rapporto.

Gli effetti della guerra così vicina ai nostri confini e delle sanzioni comminate a livello comunitario e internazionale hanno riverberato immediatamente i loro effetti sulle borse, sul mercato delle valute e dei beni rifugio, con effetti sensibili sui cambi e sui prezzi di alcune materie prime.

Il cambio euro-dollaro è sceso a diretto, in quanto gli Stati Uniti sono geograficamente lontani dalla guerra e ne subiscono meno direttamente l'impatto economico: per cui gli investitori sposteranno sempre di più gli acquisti dalle attività finanziarie del vecchio continente a quelle di Wall Street, convertendo euro in dollari.

La guerra tra Mosca e Kiev aggrava inoltre ulteriormente il problema dell'aumento dei costi delle risorse energetiche (gas e petrolio) e lo estende ai costi delle materie prime. Rientrano tra queste non solo i beni agricoli (grano e cereali importati in grandi derrate da Russia e Ucraina) ma anche i metalli come nichel o alluminio, largamente utilizzati nell'industria anche nei componenti di beni per la transizione energetica (cfr. i dati pubblicati su *Il sole24Ore* del 7/3/2022, pag.2).

Sul fronte dell'export, sono più di 15.000 le imprese italiane che esportano in Russia (alcune oltre il 50% del fatturato con l'estero), nel settore dell'agro- alimentare, della moda, delle calzature, dei mobili, del legno e dei metalli (cfr. i dati pubblicati sempre su *Il sole24Ore* del 7/3/2022, pag. 3). Di queste molte operano con la garanzia assicurativa di SACE, che, in considerazione dell'aggravamento del rischio sulle geografie interessate dal conflitto russo ucraino, ha sospeso temporaneamente l'assunzione di nuovi rischi per l'attività di export credit in Russia e in Bielorussia.

Gli effetti della crisi si riverberano altresì sull'accesso al credito. È infatti inevitabile che le specificità dell'azienda, il suo grado di esposizione ai nuovi rischi del mercato e la sua capacità a reagire assumeranno rilevanza entrante anche ai fini della valutazione del merito creditizio (come previsto dalle recenti “*Guidelines on Loan Origination and Monitoring*” emanate dalla European Bank Authority, divenute operative dal giugno dello scorso anno).

Ai rischi legati al mercato si aggiungono i rischi contrattuali, posto che la volatilità del rublo e gli effetti estesi delle sanzioni vanno ad incidere sugli equilibri sinallagmatici dei contratti di compravendita e fornitura.

In questo scenario si inseriscono gli effetti specifici dei provvedimenti sanzionatori, destinati ad incidere su settori determinati e sui rapporti tra singole imprese (italiane e

russe o bielorusse), con inevitabile impatto delle sanzioni sugli equilibri dei contratti in essere.

In tutti questi casi, la rivisitazione dei rapporti contrattuali – attraverso un processo di negoziazione volto alla loro conferma e mantenimento in vita a nuove e più equilibrate condizioni - costituisce un interesse superiore poiché, in quanto collegato all'esigenza di garantire la continuità delle imprese, si riverbera su tutti gli stakeholder i cui patrimoni e le cui attività sono comunque profondamente influenzate dall'attività di impresa.

Sotto il profilo del **diritto processuale**, i nuovi scenari in cui oggi le persone e le imprese si trovano a vivere ed operare amplificano l'inadeguatezza degli strumenti processuali per gestire e risolvere il conflitto e portano drammaticamente all'attenzione le profonde ricadute che questa inadeguatezza determina sul contesto economico e sociale di riferimento.

Il ricorso alla tutela giudiziaria è in molti casi fondamentale ed irrinunciabile, ma ha purtroppo il limite di intervenire quando il conflitto è da tempo insorto e con la limitata funzione di risolvere, d'imperio, la controversia, attribuendo ragione (in tutto o in parte) ad una delle parti coinvolte nella disputa, senza rimuovere le cause profonde del conflitto.

La decisione del giudice, calata dall'alto ed emessa dal soggetto cui è stato affidato il compito di decidere chi ha torto e chi ha ragione, risolve la disputa ma demolisce il rapporto giuridico ed economico da cui la disputa è scaturita.

Questo effetto è talora necessario, come nel caso in cui le parti abbiano già ritenuto che non sussistano più i presupposti per una prosecuzione del rapporto, e si tratti quindi di farne constare formalmente l'intervenuta cessazione, accertare gli inadempimenti e le correlate responsabilità delle parti.

In altri casi, ed in particolare nei rapporti di durata, in cui le parti si sono prefissate l'obiettivo di sviluppare un progetto economico complesso e di lungo respiro, l'interesse prevalente delle parti è quello di salvaguardare il progetto comune, preservare il valore dell'investimento e conservare il rapporto.

Le conseguenze devastanti dei rimedi aggiudicativi assumono poi un rilievo centrale nella conflittualità societaria, in un'economia oggi caratterizzata dal fatto che la gestione delle attività produttive è per la massima parte svolta in forma associata, mediante imprese piccole, medie, grandi e talora grandissime, organizzate come società (ancora in piccola parte come società di persone ma sempre più come società di capitali), la cui attività si riverbera sulla sfera giuridica di una molteplicità di soggetti (i cosiddetti stakeholder) a vario titolo portatori di interessi meritevoli di tutela, determinando un impatto significativo non solo sui mercati, ma in generale sul contesto economico, sociale ed ambientale in cui le imprese operano.

Orbene, l'esperienza professionale insegna che moltissime delle ipotesi di scioglimento (spesso anche traumatico) dell'impresa collettiva derivano non da fattori

esterni (quali quelli riconducibili a situazioni di crisi irreversibile), né da cause naturali (cessazione per scadenza del termine) o volontarie (e cioè consensuali) di scioglimento del rapporto sociale, bensì da comportamenti imputabili ad una delle parti contraenti (in genere riconducibili ad inadempimenti al contratto sociale da parte di uno o più soci o gruppi di soci), ovvero da situazioni di stallo decisionale (le cosiddette situazioni di deadlock), che talora non sono ricollegabili ad un inadempimento delle parti, ma semplicemente a divergenze in ordine alle modalità di conduzione dell'attività comune (divergenze che spesso si acquiscono proprio nei momenti di crisi ed a causa della crisi).

In questo quadro, la conflittualità tra soci costituisce uno degli aspetti fondamentali della patologia del fenomeno societario ed è una delle cause più frequenti del dissesto di società anche inizialmente floride, in cui lo scontro tra gruppi di soci portatori di interessi contrapposti ha condotto inesorabilmente al progressivo depauperamento della società e, in numerosi casi, addirittura al suo fallimento.

In questi casi l'effetto "demolitorio" della decisione giudiziaria od arbitrale è palesemente contrastante con l'interesse delle parti (e di tutti gli stakeholders) alla conservazione del rapporto e della continuità dell'impresa, e la decisione del Giudice può addirittura rivelarsi inutile (come spesso avviene quando il conflitto tra le parti abbia determinato l'impossibilità di proseguire l'impresa comune, conducendola allo scioglimento). Ed infatti il rimedio giudiziario interviene ad uno stadio in cui il conflitto, con il protrarsi del tempo, è diventato un dissidio ormai insanabile e la risoluzione della singola controversia finisce con il rimuovere la sola punta di un iceberg, la cui parte sommersa continua a contrapporre le parti in conflitto.

Questo limite assume poi proporzioni mastodontiche in un paese come il nostro, tristemente noto per la cronica lunghezza dei processi e per una diffusa inefficienza della giustizia: fattori che – sommati ad una burocrazia impenetrabile e ad un sistema di tassazione opprimente - disincentivano gli investimenti e respingono chi voglia fare impresa nel nostro Paese.

Basti considerare che secondo il rapporto della Banca Mondiale sui Paesi in cui è più vantaggioso investire, l'Italia si trova oltre il centesimo posto quanto ad efficienza della giustizia, allineata con molte nazioni sottosviluppate e in via di sviluppo (si veda il report "*Doing business 2020, Economy Profile Italy*", predisposto da World Bank Group e reperibile sul sito: www.doingbusiness.org/content/dam/doing). E la Commissione Europea per l'Efficienza della Giustizia, utilizzando parametri che tengono conto della spesa pubblica in materia di giustizia, del fondo per la difesa d'ufficio e per il patrocinio gratuito, del numero di magistrati e avvocati, del flusso dei procedimenti trattati, del tasso di litigiosità e di quello di criminalità, dei sistemi di risoluzione alternativa delle controversie, posiziona l'Italia tra gli ultimi dei Paesi membri (Cfr.: *CEPEJ Evaluation Report*, Council of Europe European Commission for the efficiency of justice (CEPEJ), <https://www.coe.int/en/web/cepej>).

Da qui l'esigenza, avvertita dal legislatore nazionale e comunitario, di favorire il ricorso a strumenti alternativi di risoluzione delle controversie che consentano di

superare il conflitto attraverso la **negoziazione** volta a raggiungere soluzioni che, essendo condivise, possono essere consacrate in accordi soddisfacenti per tutte le parti, e quindi più stabili e duraturi. Lo stesso **Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza** individua proprio nella riforma del sistema giudiziario, incentrata sull'obiettivo della riduzione del tempo del giudizio, una delle innovazioni strutturali ed essenziali dell'ordinamento, tali da interessare, in modo trasversale, tutti i settori di intervento del Piano. E la riforma passa attraverso il potenziamento degli strumenti alternativi al processo per la risoluzione delle controversie, ampliando l'ambito di applicazione della negoziazione assistita ed estendendo l'applicabilità dell'istituto della mediazione.

La collaborazione: da principio fondante della società civile a strumento per risolvere i conflitti, superare la crisi e sostenere la ripartenza

Per tanti anni abbiamo assistito ad un processo di produzione normativa diretto a incanalare i nostri comportamenti in un reticolo di obblighi e divieti, più o meno stringenti e sanzionati, volto a ridurre quanto più possibile i margini discrezionali di deviazione dalle regole, ridurre le incertezze e limitare l'ambito dei possibili conflitti. A questo processo normativo ha fatto da *pendant* una altrettanto voluminosa produzione di norme processuali volte a costituire nuove autorità giudicanti, sezioni specializzate e organismi di composizione delle controversie, cui è stata demandata la soluzione dei conflitti che, lungi dall'essersi ridotti, si sono invece ampliati negli anni in modo esponenziale.

Le drammatiche esperienze vissute prima, durante il periodo della pandemia (in cui la produzione normativa ha raggiunto livelli parossistici), ed ora con il conflitto Russia Ucraina, ci hanno invece dimostrato come l'irrigidimento delle regole, la moltiplicazione dei controlli e l'inasprimento delle sanzioni siano inidonei a stimolare comportamenti virtuosi se non sono accompagnati da un recupero e da una condivisione dei valori fondanti della nostra società civile, che sono incentrati proprio sul concetto della **collaborazione**.

Ora, la chiave di volta del processo di evoluzione normativa sopra richiamato è stata quella di associare alla negoziazione l'obbligo della collaborazione

La collaborazione è in realtà la prima e più immediata declinazione dei principi fondamentali di solidarietà civile consacrati nelle nostre carte costituzionali (comunitaria e nazionale).

Il riferimento è all'Art. 2 della Costituzione italiana, che stabilisce che “*La Repubblica (...) richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale*”. E nella stessa direzione si pone l'Articolo 2 del trattato sull'Unione Europea, che stabilisce che “*L'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, (...) in una società*

caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini”.

Nel nostro sistema giuridico, il principio di solidarietà sancito a livello comunitario e costituzionale consente di attribuire vincolatività e cogenza all’obbligo di collaborazione che, applicato alla negoziazione, stimola le parti al raggiungimento di una soluzione condivisa e le responsabilizza, prefigurando una possibile responsabilità risarcitoria per il caso di inadempienza all’obbligo di collaborazione e consentendo così di sanzionare comportamenti inerti o dilatori o maliziosi volti ad allontanare le parti del conflitto anziché ad avvicinarle.

In questo senso potremmo dire che la **collaborazione** costituisce il **punto di partenza**, ma allo stesso tempo anche il **punto di arrivo**, di un percorso volto a superare il conflitto attraverso lo strumento della **negoziazione**: strumento che riceve piena dignità giuridica come metodo di risoluzione dei conflitti in ogni ambito in cui sorga l’esigenza di prevenire o comporre divergenze o controversie.

La collaborazione è presupposto e punto di partenza della negoziazione, perché come detto, l’obbligo di cooperazione impone alle parti di attivarsi per raggiungere una soluzione condivisa, offrendo così maggiori garanzie per un esito fruttuoso della negoziazione. Ma la collaborazione è anche il punto di arrivo della negoziazione, in quanto il superamento del conflitto ne evita gli effetti devastanti sul contesto (personale, economico, sociale) di riferimento e consente di recuperare i valori della solidarietà e della cooperazione che sono alla base della crescita economica e sociale del Paese.

Nell’evoluzione che ha caratterizzato il sempre più ampio e progressivo affermarsi dei metodi di risoluzione alternativa delle controversie, l’obbligo di collaborazione viene associato per la prima volta alla negoziazione con la comparsa, anche nel nostro Paese della **pratica collaborativa**, diffusa a partire dal 2010 dall’Associazione Italiana Professionisti Collaborativi (che si è fatta promotrice della diffusione di un metodo già applicato in altri Paesi).

Sottoscrivendo l’Accordo di partecipazione le parti si obbligano a perseguire una soluzione concordata che soddisfi i reciproci interessi, e i professionisti che assistono le parti si obbligano anch’essi a collaborare per il raggiungimento di un accordo sulle questioni oggetto di conflitto: al punto che si obbligano altresì ad astenersi dal rappresentare le parti in eventuali giudizi che le vedano contrapposte.

L’obbligo di collaborazione diventa poi norma di legge con l’introduzione dell’istituto della **negoziazione assistita** da avvocati. L’art. 2 del D.L. 132/2014, definisce infatti la convenzione di negoziazione assistita come un accordo di cooperazione, ovvero *“un accordo mediante il quale le parti convengono di cooperare in buona fede e con lealtà per risolvere in via amichevole la controversia”*.

Da ultimo, il decreto-legge 118 2021, istitutivo dello strumento della **Composizione negoziata della crisi di impresa**, individua nella collaborazione il presupposto fondamentale per consentire alle imprese di uscire dalla crisi e rilanciare la ripartenza

attraverso la rinegoziazione dei propri rapporti con tutti gli stakeholder. L'art. 4, comma 7, del Dl Crisi, stabilisce infatti che *“Tutte le parti coinvolte nelle trattative hanno il dovere di **collaborare** lealmente e in modo sollecito con l'imprenditore e con l'esperto”* al fine raggiungere un accordo che eviti il fallimento e consenta di salvaguardare il valore economico, sociale, occupazionale ed erariale dell'impresa.

Inoltre, sempre nella prospettiva di recuperare e conservare i rapporti contrattuali, scossi dagli eventi imprevedibili eccezionali connessi all'emergenza pandemica, il Dl Crisi introduce una novità di assoluto interesse e rilevanza: novità rappresentata dalla possibilità di gestire le perturbazioni dell'equilibrio originario contrattuale causate dalla pandemia attraverso l'**istituto della rinegoziazione dei contratti**.

Dagli obblighi di negoziare in buona fede e correttezza e con spirito di collaborazione ai fini della composizione stragiudiziale della crisi, il Dl Crisi fa infatti discendere l'ulteriore obbligo di rinegoziare le condizioni dei rapporti contrattuali che abbiano subito gli effetti distorsivi dell'emergenza pandemica (art. 10, comma 2, del Dl 118/2021): così recependo i Principi dello European Law Institute sulla pandemia di COVID-19, che al Principio 13, comma 2, sotto la rubrica *“forza maggiore ed eccessiva onerosità”*, raccomandano che *“se, in conseguenza della crisi causata dal COVID-19 e dei provvedimenti presi durante la pandemia, la prestazione debitoria sia divenuta eccessivamente difficoltosa (principio di hardship), incluso il caso in cui il costo di tale prestazione sia aumentato in modo significativo, gli Stati europei dovrebbero far sì che, secondo il principio di buona fede, le parti intraprendano una rinegoziazione, anche se ciò non sia previsto dal contratto o dalla legislazione esistente”*.

Le disposizioni del Dl 118/2021 sopra citate limitano l'ambito di applicazione alla procedura di composizione negoziata ed ai contratti in cui le prestazioni siano divenute eccessivamente onerose per effetto della pandemia, e non per altre ragioni, al principale fine di assicurare la continuità aziendale delle imprese colpite dalla crisi.

Tuttavia, come si è detto, gli obblighi di rinegoziazione assumono una **portata generale** in quanto costituiscono una declinazione degli obblighi di correttezza, buona fede e collaborazione di cui le parti sono investite in base a norme di legge attuative di principi di rilevanza costituzionale.

Le considerazioni che precedono consentono quindi di configurare scenari molto più ampi in cui lo strumento della negoziazione collaborativa può svolgere un ruolo centrale al fine di salvaguardare gli interessi e i valori (non solo economici) messi a repentaglio dai possibili conflitti innescati da una situazione di crisi che non accenna a risolversi e che apre, anzi, fronti sempre nuovi e imprevisi.

I contratti funzionali all'esercizio dell'attività produttiva sono spesso contratti relazionali, incentrati su rapporti continuativi tra le parti in vista della condivisione e

¹ I Principi sono consultabili sul sito dell'Istituto: www.europeanlawinstitute.eu, e sono pubblicati in Riv. dir. civ. n. 4, 2020.

della massimizzazione di un risultato economico. Nella tipologia in parola, l'interesse che spinge i contraenti a vincolarsi per un periodo di tempo più o meno esteso è quello di guadagnare i vantaggi economici che derivano dalla cooperazione nello svolgimento di un affare, magari per ripeterlo anche più volte nell'orizzonte futuro.

Proprio la cooperazione è la cifra saliente dei contratti d'impresa, che si inseriscono in un modello destinato a durare nel tempo, attraverso il quale le parti mirano a raggiungere un risultato economico comune che travalica il contenuto economico del contratto in quanto lo stesso diventa lo strumento per l'affermazione di entrambe le parti sul mercato.

Chi ha dimestichezza con la contrattualistica internazionale sa che, proprio per ovviare alla rigidità di questo sistema, nei contratti di durata vengono inserite le cosiddette clausole di “*Hardship*”, che impongono alle parti di rinegoziare in buona fede le condizioni dei contratti quando queste risultino sproporzionate per effetto di fatti sopravvenuti non previsti e imprevedibili.

Tuttavia, come acutamente rilevato nella Relazione Tematica n. 56 dell'8/7/2020 dell'Ufficio del Massimario della Corte Suprema di Cassazione, l'utilizzo dei principi generali del nostro ordinamento consente di affermare che, anche in assenza di clausole di “*Hardship*” o di specifiche previsioni contrattuali, la rinegoziazione del contratto in presenza di fatti che turbano l'equilibrio sinallagmatico tra le prestazioni rientra nel dovere dei contraenti di integrare il contratto e eseguirlo secondo buona fede e correttezza. In altre parole i principi di buona fede e correttezza, espressione della solidarietà economica, politica e sociale, sancita dall'articolo 2 della Costituzione, impongono alle parti di tenere una condotta collaborativa, anche nella prospettiva di riequilibrare il sinallagma a circostanze ed esigenze sopravvenute, a prescindere da un'espressa clausola di rinegoziazione.

E la **negoziazione collaborativa** si pone come cammino necessitato di adattamento del contratto alle circostanze ed esigenze sopravvenute.

La nuova figura del negoziatore collaborativo ed il nuovo ruolo sociale dei professionisti nella gestione dei conflitti

Volendo ora recuperare le parole utilizzate per introdurre questo nostro contributo alla celebrazione della WCIW 2022, si può sicuramente affermare che “*principi, pratiche, metodi e strumenti della Collaborazione*” sono destinati a svolgere un ruolo centrale per superare la fragilità di questi drammatici tempi di crisi, “*trasformando il conflitto in risorsa e motore di responsabilizzazione individuale e collettiva*”.

Affinché ciò avvenga sarà tuttavia centrale il ruolo che dovranno svolgere le professioni intellettuali: la gestione del conflitto coinvolge più figure professionali che devono potersi confrontare e collaborare per raggiungere una soluzione condivisa, e per

far questo occorre che tutte i professionisti seduti al tavolo condividano la stessa filosofia e parlino lo stesso linguaggio.

Non può infatti esserci collaborazione senza condivisione.

Occorre cioè che i professionisti, ai quali spetterà il compito di accompagnare le parti nel superamento della crisi con lo strumento della negoziazione collaborativa, abbiano il coraggio e la volontà di mettersi in gioco, operando quel radicale cambiamento di mentalità che è necessario per superare la visione “processualistica” dei rapporti contenziosi, abbandonare l’approccio avversariale alla negoziazione ed abbracciare la logica della negoziazione integrativa, basata sul perseguimento degli interessi e non sul mantenimento delle posizioni.

Non si può tuttavia operare secondo una logica di negoziazione collaborativa senza dotarsi delle necessarie **competenze**.

Invero è incontestabile che, sotto il profilo giuridico (in relazione all’obbligo di diligenza che compete al professionista), ai professionisti che si propongano di assistere le parti in una procedura di negoziazione collaborativa siano richieste una preparazione ed una competenza specifiche in un settore di attività totalmente diverso da quello contenzioso.

Il dovere di competenza è poi richiesto dai codici deontologici delle singole professioni, che hanno introdotto regole di comportamento destinate ad integrare il contenuto dell’obbligazione di diligenza prevista in via generale dall’art. 1176 cc a carico dei prestatori d’opera professionale.

Occorre a questo proposito evidenziare che, nel nostro Paese, la competenza del professionista “negoziatore” ha ricevuto recentemente un preciso riconoscimento anche in sede di giurisprudenza di legittimità. La Cassazione, con la sentenza n. 8473/2019, ha infatti stabilito che il D. Lgs. n. 28 del 2010, istitutivo della mediazione, “con l’affiancare all’avvocato esperto in tecniche processuali che “rappresenta” la parte nel processo, l’avvocato esperto in tecniche negoziali che “assiste” la parte nella procedura di mediazione, segna anche la progressiva emersione di una figura professionale nuova, con un ruolo in parte diverso e alla quale si richiede l’acquisizione di ulteriori competenze di tipo relazionale e umano, inclusa la capacità di comprendere gli interessi delle parti al di là delle pretese giuridiche avanzate”.

La sentenza, riconoscendo alle “tecniche negoziali” un preciso rilievo giuridico, sancisce un principio che, seppur enunciato con riferimento alla figura dell’avvocato, è sicuramente applicabile a ogni professionista che si proponga nella veste di “negoziatore”.

Tuttavia, in Italia l’interesse per le dinamiche che scatenano il conflitto e per le tecniche che mirano a comporlo è relativamente recente; e lo studio di queste tecniche non ha avuto lo sviluppo che si riscontra invece in altri paesi (ed in particolare in quelli che più hanno risentito dell’approccio pragmatico tipico dei sistemi di “common law”).

Occorre quindi colmare i vuoti del passato e recuperare velocemente il tempo perduto per trasformare questo momento di difficoltà in un'occasione per affermare con forza la funzione sociale dei professionisti ed il loro ruolo fondamentale al servizio della collettività per il superamento della crisi e l'avvio della ripartenza.

Alessandro Baudino