

LA COMPOSIZIONE NEGOZIATA PER LA SOLUZIONE DELLA CRISI D'IMPRESA

TECNICHE DI MEDIAZIONE PER LA COMPOSIZIONE DELLA CRISI

(Francesca Cuomo Ulloa)

Il legislatore ha riservato una parte importante della formazione dell'esperto all'apprendimento delle competenze in materia di “*Facilitazione della comunicazione e della composizione consensuale*”, affidandone la docenza ai formatori iscritti negli elenchi ministeriali degli enti di formazione dei mediatori (cfr. DECRETO DIRIGENZIALE SEZ IV «La gestione delle trattative con le parti interessate»). (5)

Questo sul presupposto che esistano delle analogie tra il ruolo svolto dal mediatore e quello che dovrà svolgere l'esperto, pur nella differenza dei contesti normativi in cui i due professionisti rispettivamente intervengono (2-9).

E' allora opportuno domandarsi cosa possono offrire gli esperti della mediazione (formatori e mediatori) all'esperto della composizione negoziata della crisi?

A mio avviso l'esperienza della mediazione può fornire all'esperto alcuni ***elementi di metodo*** ed ***alcune tecniche applicative*** che, sommandosi alle esperienze professionali (giuridiche ed economiche) presupposte dal ruolo, alle prescrizioni normative e alle indicazioni del protocollo di cui al decreto dirigenziale, dovrebbero concorrere a formare l'insieme delle “competenze” del nuovo professionista della composizione negoziata; competenze che spetterà poi agli esperti sviluppare attraverso l'esperienza maturata sul campo della composizione delle crisi che dovranno essere gestite (5)

In particolare, gli “esperti” di mediazione possono mettere a disposizione degli esperti della crisi una serie di **elementi teorici e pratici** che riguardano (10):

1. il CONTESTO in cui è chiamato ad operare l'esperto: come per la mediazione anche per la composizione negoziata l'esperto è chiamato a creare e a offrire alle parti (in questo caso all'imprenditore e ai terzi che potranno essere coinvolti) **un contesto cooperativo** nel quale (a prescindere dalla posizione assunta nella vicenda) tutti dovrebbero essere impegnati per risolvere un problema che dovrebbe da tutti essere percepito **come comune (CONTESTO DI PROBLEM SOLVING)**; l'esperto, in altri termini, dovrebbe sollecitare tutti coloro che partecipano al percorso di composizione negoziata ad impegnarsi (così come del resto vuole l'art. 4 ai commi 6 e 7 quando richiede a tutti – anche comprese - di collaborare lealmente e in modo sollecito) a cooperare (con buona fede e correttezza) per trovare una soluzione, senza rinunciare ai propri interessi

ma, per quanto possibile, cercando di rendere detti interessi compatibili con quelli degli altri interlocutori.

Al pari del mediatore, del resto, l'esperto dovrà creare un contesto nel quale, oltre al problema (cioè la crisi) da risolvere, è importante la **relazione o le relazioni (contrattuali, economiche ma anche personali) tra coloro** che nel problema sono a vario titolo coinvolti, sul presupposto che il rispetto di quelle relazioni sia fondamentale per trovare una soluzione posto che (stante la natura negoziale dell'istituto) solo all'interno di quelle relazioni potranno rinvenirsi le risorse (economiche, contrattuali e personali) per individuarla e realizzarla.

2. RUOLO: come il mediatore anche l'esperto è **terzo e imparziale** (v. art. 4; cfr. 3) e – proprio grazie a questa sua terzietà – può aiutare imprenditori e creditori a cercare una soluzione al problema *comune* che sia rispettosa degli interessi di tutti; come il mediatore del resto, anche l'esperto, è **privo di poteri decisori** e non può quindi imporre la propria soluzione dovendo operare affinché siano le “parti” a trovare un punto di convergenza tra tutti gli interessi al tavolo. L'esperienza maturata in questi anni dai mediatori può dunque offrire un contributo prezioso per l'esperto che, come il mediatore, dovrà svolgere il suo ruolo senza esercitare alcuna autorità (non avendo egli alcun potere impositivo), ma potendo contare sulla **autorevolezza** che gli deriva dalla competenza e dalla professionalità, oltre che dalla sua terzietà e dalla sua capacità di **persuasione**: quest'ultima, in effetti, potrebbe apparire più accentuata rispetto a quella che, di norma, può esercitare il mediatore, se non altro in forza dei poteri di controllo che il d.l. 118 assegna all'esperto (v. in part. il potere di porre termine alla composizione, se l'esperto non ritiene che vi siano i presupposti per il risanamento) e tuttavia, si tratta pur sempre di capacità di convincimento e non di esercizio di poteri di imposizione che sono per definizione preclusi all'esperto.

Ciò implica la necessità per gli esperti non solo di essere terzi e imparziali (come richiede l'art. 4 del d.l. ed il protocollo, individuando una serie di incompatibilità a garanzia della indipendenza del professionista, 33), ma anche di porre la massima attenzione (a partire dal linguaggio verbale e non verbale che si impiega negli incontri) anche per **apparire terzi e indipendenti e condurre il negoziato in modo imparziale**; è evidente infatti che il ruolo dell'esperto, la sua autorevolezza e la sua forza di persuasione potrebbero risultare gravemente compromessi sia nel caso in cui i terzi creditori lo percepissero come “alleato” dell'imprenditore, sia qualora quest'ultimo lo percepisce invece come portavoce e curatore degli interessi dei creditori.

3. METODO: al pari della mediazione (che è una forma di facilitazione della negoziazione delle parti) anche la composizione negoziata (intesa come negoziazione tra l'imprenditore in crisi ed i suoi creditori) si basa su un *metodo* di lavoro, cioè su un intervento **funzionalmente strutturato per garantire, sul piano teorico o pratico, il raggiungimento di un risultato soddisfacente**. Al pari di quanto accade nella mediazione, anche nella composizione della crisi quel metodo, tuttavia, non si struttura in

un “procedimento formale” (inteso come successione ordinata e necessaria di atti, quale è quella che si realizza ad es. nel *rito* di un processo), ma in un *percorso* le cui tappe sono stabilite dall’esperto, in funzione del raggiungimento del risultato.

L’esperto, dunque, che – come detto - non ha alcun potere impositivo rispetto alla definizione della composizione della crisi (che saranno le parti in autonomia a concordare), ha invece e **deve esercitare pieno potere sul percorso** (essendo le parti tenute a rispettare le sue richieste e le sue convocazioni: cfr. art. 4, comma 6 e 7), strutturandolo in modo tale da facilitare per quanto possibile l’effettivo negoziato tra tutte le parti interessate. Fondamentale è dunque che l’esperto (non diversamente dal mediatore) dedichi la dovuta attenzione alla **preparazione** del percorso e alla individuazione della strategia per la sua conduzione, a partire dalla tempestiva selezione dei terzi interessati, passando alla stringente definizione del calendario degli incontri, alla agenda di ciascun incontro, agli aspetti logistici e a tutti gli altri passaggi necessari affinché il percorso possa giungere al risultato desiderato; nella piena consapevolezza che – fermo il rispetto dei termini di durata massima fissati dal d.l. - la strategia (al pari del percorso) è e deve rimanere flessibile, potendo cambiare direzione e velocità in ragione di circostanze sopravvenute, nuovi interessi e nuove prospettive che si presentano nel corso delle trattative.

4. TECNICHE: oltre al ruolo ed al metodo, il mediatore potrà trasferire all’esperto anche una serie di tecniche (che non sono giuridiche, ma essenzialmente **comunicative**) per facilitare la trattativa tra coloro che siedono al tavolo della composizione e per superare una serie di ostacoli ricorrenti (di natura psicologica, relazionale e cognitiva) che (come insegna la stessa esperienza della mediazione) spesso impediscono alle parti di trovare un accordo, anche quando esistono (e potrebbero essere messe sul tavolo del negoziato) le risorse per giungere ad una soluzione *conveniente* per tutti i negoziatori.

In estrema sintesi si tratta dei principi della cosiddetta **negoziazione cooperativa**: nozione sulla quale è bene soffermarsi brevemente, riflettendo su alcune delle sue caratteristiche fondamentali (11-16).

La **negoziazione** può essere definita in tanti modi (interessante è anche l’etimologia che rimanda all’idea di una attività incessante, priva di ozio) che colgono le diverse sfaccettature di questa modalità di soluzione dei problemi; la negoziazione, in effetti, viene utilizzata essenzialmente in due contesti (11): quello della **conclusione di un affare** (con due parti tese a stabilire le modalità di una collaborazione futura) e quello della **risoluzione di un conflitto** in cui le parti coinvolte in una controversia scelgono di - o sono in qualche modo tenute a - collaborare per trovare una soluzione (la composizione negoziata, in effetti, si pone in modo *trasversale* rispetto ai due contesti, mirando a ricreare/proseguire dei rapporti che si sono interrotti o comunque deteriorati a causa della crisi che ha colpito l’imprenditore)

Il contesto conflittuale (e così quello trasversale che si affronta nella crisi) è evidentemente più complesso perché le parti non si fidano l’una dell’altra, hanno in genere un

atteggiamento rivendicativo e competitivo e quindi molto più difficile è che riescano a *scambiarsi le informazioni* necessarie per giungere ad una soluzione che sia (sufficientemente) soddisfacente per entrambe. Perché di fatto, e al di là delle possibili diverse definizioni che possiamo dare della negoziazione, quest'ultima è essenzialmente una **attività di scambio di informazioni** delle quali le parti hanno assoluta necessità per assumere le decisioni in merito alla convenienza e ai contenuti dell'accordo; per definizione, infatti, nel negoziato non c'è un terzo che impone una soluzione, ma sono le parti a decidere se e a quali condizioni accordarsi e a dover quindi esercitare la responsabilità di scelte che dovrebbe, per quanto possibile, essere razionali e per ciò stesso consapevoli.

Nella negoziazione c'è dunque una **necessità continua di dare e ricevere informazioni**: dare informazioni per spiegare le proprie ragioni all'altro, per convincerlo della bontà delle proprie richieste ma anche per provare a far cambiare le posizioni della controparte e ridurre le sue richieste; al contempo ciascun negoziatore ha necessità di ricevere informazioni, per comprendere ciò che l'altro vuole, le sue aspettative e le sue esigenze, ma anche i suoi punti di forza e i suoi punti deboli, e capire fino a che punto spingere la trattativa e perseguire i propri interessi.

Tuttavia, a fronte di questa estrema necessità di informazioni, c'è di regola una **ritrosia delle parti a dividerle**: spesso, infatti, le parti non vogliono scambiarsi in modo trasparente le conoscenze (sui fatti, sulle esigenze, sulle prospettive, così come sulle armi che potrebbero mettere in campo qualora la negoziazione fallisse) ed anzi tendono a bleffare, per nascondere ciò che davvero è importante, per celare i propri punti deboli, consapevoli che **scoprire le proprie carte davanti alla controparte sarebbe rischioso**: se non altro perché è plausibile che l'altra parte (specialmente se si tratta di una controparte in un contesto conflittuale) userà tutte le informazioni in suo possesso per ottenere il massimo e concedere il minimo nel negoziato.

Queste sono le dinamiche tipiche della cosiddetta **negoziazione competitiva** o **distributiva** (15); una negoziazione in cui di regola le parti assumono che il negoziato sia un **gioco a somma zero**, nel quale ciò che una parte riesce ad ottenere corrisponde necessariamente ad una perdita dell'altra parte e dove dunque occorre competere per massimizzare il proprio rendimento e ridurre il beneficio altrui; in questo contesto, dunque, è normale che le parti facciano almeno inizialmente richieste *spropositate* (che talvolta scoraggiano anche dall'iniziare il negoziato), per fare poi timide e limitate concessioni, spesso accompagnate da *ultimatum* (prendere o lasciare) più o meno credibili e minacciosi per sfruttare la propria, presunta/esibita posizione di forza (ciò che peraltro talvolta obbliga il negoziatore a concludere prematuramente il negoziato per "non perdere la faccia" se l'ultimatum non ha effetto)

Per queste stesse ragioni, dunque, la negoziazione competitiva spesso fallisce, anche se in realtà una soluzione condivisa (pur comportando alcune concessioni da ambo i lati) potrebbe essere più conveniente di altre soluzioni cui le parti potrebbero pervenire seguendo altri percorsi di soluzione del problema (instaurare una controversia, dare avvio

ad un procedimento concorsuale, ecc.). Per comprendere perché questo avviene conviene soffermarsi ancora un momento sulla negoziazione, riflettendo su quali sono le dinamiche tipiche del negoziato competitivo.

Quattro sono gli elementi essenziali che possono servire per illustrare queste dinamiche (12-13):

POSIZIONI

INTERESSI

PUNTO DI INDIFFERENZA

MAAN

I negoziatori hanno di regola degli obiettivi/aspirazioni/esigenze (**INTERESSI**) che intendono perseguire attraverso la negoziazione; in genere questi interessi non vengono rivelati in modo trasparente all'altra parte, ma vengono "coperti" da rivendicazioni (**POSIZIONI**) manifestate per convincere/intimorire l'altro o nella consapevolezza che si dovrà cedere qualcosa per arrivare ad un accordo; posizioni che il più delle volte sono quindi fuorvianti rispetto ai reali obiettivi per timore che l'altra parte, sapendo ciò che davvero interessa, pretenda di più per soddisfarlo.

In genere la trattativa – se non si interrompe per fattori emotivi (tutt'altro che infrequenti in una situazione "coinvolgente" come può essere un negoziato, specie se di tipo conflittuale) - prosegue fino a che una delle parti, facendo concessioni rispetto alla propria posizione iniziale, raggiunge la cosiddetta **SOGLIA LIMITE O PUNTO DI INDIFFERENZA** (il valore oltre il quale cedere ulteriormente non sarebbe più conveniente).

Questa soglia, per lo meno se i negoziatori agiscono in modo razionale e giungono preparati al tavolo della trattativa (ciò che non sempre avviene, riducendo ulteriormente i margini di successo del negoziato) viene stabilita da ciascuna parte (spesso con l'aiuto di consulente) considerando le alternative che si prospettano nel caso in cui il negoziato fallisca, ed in particolare individuando quella che viene chiamata la **MAAN O BATNA** acronimo che sta per miglior alternativa all'accordo negoziato o *best alternative to a negotiated agreement*. Il punto di indifferenza dipende dunque dalla BATNA, soglia oltre la quale al negoziatore conviene abbandonare il tavolo del negoziato e perseguire altre strade/trovare altri partner per soddisfare i propri obiettivi (ed è questa la ragione per la quale spesso la lentezza dei processi "abbassa" la qualità della BATNA *costringendo* a transazioni al ribasso chi pure ritiene di avere ragione).

Ovviamente di regola il negoziatore competitivo non rivelerà all'altro negoziatore le proprie alternative (a meno che non si tratti di una alternativa particolarmente "forte" e preferibile all'accordo che viene allora manifestata per convincere la controparte a moderare/cedere sulle proprie richieste), né la propria soglia limite all'altro negoziatore

(che altrimenti porterà avanti il negoziato fino a raggiungere quella soglia – massimizzando così il proprio rendimento); spesso pertanto accadrà che per strategia o per altre ragioni (talvolta legate anche all'andamento emotivo della negoziazione o all'effetto di talune distorsioni od errori cognitivi di cui si parlerà oltre) il negoziato fallisca, anche prima del raggiungimento della soglia limite.

Capita poi spesso che i negoziatori abbiano false credenze rispetto alle proprie alternative (per lo più stimate in termini più ottimistici rispetto alla realtà) o che sottovalutino gli ostacoli che si frappongono alla loro realizzazione (ciò che ad. es capita spesso nel caso di controversie, quando una parte pensa di poter ottenere facilmente “giustizia” in tribunale, sottostimando i rischi di lite ed i tempi del giudizio); o addirittura che non abbiano nemmeno attentamente considerato le proprie alternative, presentandosi impreparati al negoziato e pretendendo di condurlo in modo emotivo o irrazionale o adrenalinico: ciò che pure spesso porta al fallimento precoce della trattativa, anche quando per entrambe le parti la migliore alternativa realisticamente percorribile in caso di fallimento della trattativa sarebbe peggiore di quella che potrebbero ottenere addivenendo ad un accordo (14).

Quando cioè esiste nella negoziazione la cosiddetta **ZOPA** acronimo che sta per *zone of possible agreement* cioè lo spazio negoziale che (ove esistente) si colloca tra le soglie limite dei due negoziatori (e dunque contiene tutte le soluzioni che potrebbero essere accettate in quanto più *convenienti* dei risultati *alternativi* che potrebbero ottenersi in mancanza di accordo: 13) all'interno del quale i negoziatori continuano a competere per ottenere il maggior vantaggio (competizione che anche in questo caso può danneggiare la trattativa, esacerbando il desiderio di vittoria sulla controparte: v. maledizione del vincitore, tipico meccanismo reattivo che porta a ridimensionare il valore di ciò che si è conquistato e a volere sempre e comunque di più).

In queste situazioni l'intervento di un facilitatore (mediatore o esperto) può rivelarsi determinante, potendo questi in particolare (14-17):

- intervenire nella fase iniziale del negoziato, *prevenendo o moderando l'impatto* di proposte/offerte premature e inaccettabili che potrebbero risultare a tal punto offensive per l'altra parte da metterla in condizione di abbandonare subito il tavolo: ciò che si può fare, ad es. mediante l'uso delle tecniche tese a creare un contesto di accoglienza (realizzato attraverso una attenta comunicazione verbale e non verbale, accoglienza separata, attenta gestione dell'ordine di parola) e soprattutto con l'uso esperto delle cosiddette **tecniche di riformulazione** che servono al mediatore per moderare l'effetto dirompente e talvolta addirittura offensivo delle espressioni delle parti.
- incontrare separatamente le parti per conoscere le reali soglie limite: senza che debbano essere svelate all'altra parte;

- Incontrare separatamente le parti per comprendere/valutare/correggere le convinzioni riguardanti la MAAN (in questo caso l'uso accorto di domande ipotetiche può essere molto utile per far riflettere la parte sulle proprie aspettative);
- Correggere **gli effetti degli errori cognitivi** che spesso i negoziatori compiono nel valutare le informazioni che provengono dall'altra parte (come ad es. la già ricordata *maledizione del vincitore*, per mitigare la quale un terzo neutrale può intervenire, rendendo oggettivo il valore di ciò che il negoziatore ha ottenuto; per fare un altro es., v. anche la cosiddetta *svalutazione reattiva*, il meccanismo cioè per cui qualunque proposta o concessione che proviene dall'altra parte, anche se frutto di un grosso sforzo negoziale, viene per ciò stesso svalutata dal negoziatore che ne nega l'utilità e la rifiuta, potrebbe essere efficacemente neutralizzata dal terzo *mediatore* che intervenisse per *spersonalizzare* l'offerta, presentandola non come una offerta dell'altra parte ma come una propria proposta).

Ma non è solo questo, ciò che un terzo *facilitatore* può fare per aiutare le parti a negoziare. L'esperienza della mediazione ha, infatti, insegnato in questi anni che il negoziato competitivo di cui abbiamo parlato fin qui, anche se è il più diffuso negli affari e nelle liti, non è l'unico modo per condurre una negoziazione. Oltre alla negoziazione competitiva esiste, infatti, ed è possibile condurre un **NEGOZIATO COOPERATIVO** che spesso se ben condotto è più efficace di quello competitivo (15)¹.

Il negoziato COOPERATIVO si basa su una serie di principi diversi e per certi versi opposti rispetto a quelli su cui si fonda il negoziato competitivo, partendo dal presupposto che le parti non devono competere per vincere sull'altra parte (con la logica WIN-LOSE) ma devono **collaborare per trovare una soluzione che sia soddisfacente per entrambe** (WIN-WIN). Il concetto di base è che la negoziazione non sia cioè un gioco a somma ZERO, ma un'occasione per la **CREAZIONE DI VALORE**.

In particolare, la creazione di valore si può ottenere perché le parti di regola hanno **INTERESSI** di natura diversa e portano al tavolo del negoziato una serie di aspettative e di risorse eterogenee (di natura economica, personale, emotiva, relazionale) che spesso (anche se non sempre) possono essere tra loro complementari, soddisfacendo esigenze diversificate.

Di regola, infatti, le persone (al di là della *parte* che rappresentano) hanno preferenze diverse, rispetto a ciò che più interessa in un dato momento: banalmente anche l'utilità che può dare una somma di denaro varia a seconda delle esigenze che una persona deve soddisfare con quella somma, del tempo entro cui può averla, delle altre risorse disponibili: e a differenza di quanto accade con le posizioni (che sono di regola incompatibili) gli

¹ Fisher, Ury, Patton, *L'arte del negoziato*.

interessi di natura eterogenea e le preferenze sono più facilmente *mediabili*: potendo ciascuna persona ottenere quanto più interessa, cedendo ciò che per lei è meno importante.

Compito del terzo imparziale, in queste circostanze è dunque creare le condizioni perché – laddove possibile - i negoziatori abbandonino le loro strategie competitive e sedendosi al tavolo (della mediazione e ora) della composizione negoziata adottino per quanto possibile una strategia di tipo cooperativo, Ciò che potrà avvenire a partire dalle condizioni più banali dell'accoglienza nel luogo dove si svolgeranno le negoziazioni, dell'assegnazione dei posti in modo da evitare contrapposizioni frontali o fazioni squilibrate 26-28, per passare a quelle più delicate che hanno riguardo alla individuazione dei temi da discutere, delle priorità e delle risorse sul campo).

Condurre le parti dalla competizione alla cooperazione (così come anche il d.l. 118 richiede all'art. 4 ponendo un preciso dovere di collaborazione secondo buona fede), non è tuttavia affatto facile, se non altro perché occorre “convincere tutti” ad intraprendere questo percorso: è evidente infatti che ove un negoziatore adottasse uno stile cooperativo rivelando in modo trasparente le informazioni sui propri interessi/aspettative/risorse/alternative ad un negoziatore ostinatamente *competitivo*, quest'ultimo potrebbe trarne un enorme vantaggio negoziale, *sfruttando* le conoscenze sulla situazione dell'altro, per ottenere il massimo rendimento negoziale.

Ed è anche per questo che l'intervento di un terzo neutrale (mediatore/esperto, ma comunque autorevole ed affidabile) è determinante, potendo questi creare gradualmente il contesto per un negoziato cooperativo, anche quando le parti si siedono al tavolo volendo competere o comunque credendo che la competizione sia l'unico modo per soddisfare le proprie ragioni.

In questo nuovo contesto le parti non dovranno quindi almeno inizialmente fidarsi della controparte, essendo sufficiente che abbiano fiducia nell'esperto e rivelino a lui (anche nelle sedute separate) quali sono le loro reali esigenze.

Lo stesso esperto, incontrando separatamente le parti, potrà poi fare **domande esplorative** (27) per far emergere i reali interessi e conoscere tutte le risorse che possono essere introdotte dall'imprenditore per far fronte alla crisi e dai terzi (banche, controparti, creditori) per contribuire a rimettere in sesto l'impresa o comunque per non farla definitivamente soccombere.

Tecniche quali quelle della **formulazione delle domande, dell'ascolto attivo**, (30-31) ma anche **dell'empatia**, sviluppate in questi anni dai mediatori per comprendere gli interessi e le esigenze delle parti, al di là o al di sotto delle posizioni rivendicate, potranno dunque rivelarsi particolarmente utili anche per l'esperto (19) che, incontrando dapprima l'imprenditore e poi – secondo una **agenda** che potrà e dovrà lui stesso costruire - i terzi interessati, avrà la possibilità di esplorare e conoscere la reale dimensione del problema (della crisi), ma anche la reale ed effettiva disponibilità di risorse per tentare di ricomporla.

Oltre a fare domande (in modo aperto perché l'obiettivo non è scoprire la verità o indagare sulle cause della crisi, ma **esplorare le possibilità della sua soluzione**), poi, l'esperto potrà utilizzare le tecniche sviluppate dai mediatori per **ascoltare**: cercando di comprendere non solo il linguaggio verbale, ma anche quello **non verbale** e **paraverbale** che spesso rivelano più informazioni delle parole pronunciate o comunque forniscono spunti per formulare nuove domande e esplorare interessi ulteriori.

Ovviamente come nella mediazione, anche nel percorso di composizione della crisi ciò potrà avvenire non solo o non tanto negli incontri congiunti, ma – soprattutto quanto manca la fiducia reciproca tra i negoziatori - anche e soprattutto negli **incontri separati** (*caucus*) che l'esperto – come suggerisce lo stesso protocollo – potrà organizzare oltre che con l'imprenditore, anche con uno o più terzi/creditori.

Vero è, del resto, che la maggiore difficoltà che si troverà a fronteggiare l'esperto (assai più del mediatore) è proprio la pluralità dei terzi coinvolti nella crisi, i quali per lo più saranno portatori di posizioni, interessi, esigenze, e risorse eterogenei, dovendo quindi l'esperto costruire un percorso “cooperativo” all'interno del quale coinvolgere nei tempi giusti, tutti gli interessati.

Le prime riflessioni, al riguardo, sottolineano dunque l'importanza fondamentale che potrà avere una **preparazione attenta del percorso della composizione della crisi** (v. 21), una tabella di marcia (peraltro con tappe necessariamente forzate date dai tempi ristretti imposti dal d.l. 118) all'interno della quale programmare per tempo i vari incontri, raggruppando per quanto possibile terzi portatori di interessi omogenei e valutando con attenzione le priorità nella gestione di taluni rapporti rispetto ad altri (ciò che solo l'esperienza futura – oltre a quella professionale già maturata - potrà contribuire a fare al meglio).

L'esperienza della mediazione, del resto, insegna che solo dopo che sono stati adeguatamente esplorati interessi/esigenze/risorse ed aspettative si può passare alla fase successiva del negoziato che (nel modello cooperativo) è quella della **generazione delle opzioni** (16). Anche qui il principio di fondo è diverso rispetto a quello che anima la negoziazione competitiva: la soluzione non va, infatti, ricercata nei limiti ristretti della ZOPA, ma per quando possibile “**allargando la torta**” e sviluppando quante più possibili opzioni.

Talvolta in mediazione, per fare questo, si usa la tecnica del **BRAINSTORMING** una tecnica di “stimolazione della creatività” che consiste nell'invitare i negoziatori a *tirar fuori* e condividere ogni idea che viene loro in mente (anche attraverso il meccanismo della associazione di idee²) per risolvere il problema, rinviando ad un momento successivo la valutazione della sua effettiva percorribilità e negoziabilità.

² V. E. De Bono, *Creatività e pensiero laterale*.

Ma anche senza ricorrere a queste tecniche – difficilmente esportabili nel contesto della composizione negoziata – l’idea di fondo (sposata anche nel protocollo: v. sez III punto 9) è che per condurre a termine positivamente un negoziato è preferibile sviluppare una **pluralità di opzioni** piuttosto che trattare solo su una proposta, potendo le parti trarre beneficio dal confronto tra le varie opzioni anche per svilupparne di ulteriori.

L’esperienza della mediazione insegna poi anche che – a differenza di ciò che avviene nel processo che ha di regola un andamento lineare - la negoziazione ha un **andamento circolare o comunque irregolare** (16): è cioè, come già osservato, un **percorso** (14), più che un processo dove non è escluso ed anzi può essere importante che il terzo neutrale sappia *ritornare* ai passaggi precedenti (e così in particolare alla fase di esplorazione degli interessi), se la negoziazione si blocca o non procede e così via fino a che non sono emersi tutti gli interessi e tutte le opzioni percorribili.

Anche nella negoziazione cooperativa, comunque un ruolo fondamentale ha e deve avere **la corretta valutazione della BATNA**: dovendo il terzo assicurarsi che i negoziatori (una volta compresi e condivisi, almeno con l’esperto, i propri reali interessi) valutino razionalmente la convenienza delle varie opzioni sul tavolo, non in astratto o in modo irrazionale, ma confrontandole con le alternative che realisticamente si prospetterebbero loro qualora la procedura di composizione negoziata fallisse (ciò che il d.l. 118 e soprattutto il protocollo suggerisce a più riprese, sollecitando l’esperto a *ricordare* ai terzi e all’imprenditore quali potrebbero essere gli scenari qualora la composizione negoziata non arrivasse ad un accordo e l’impresa uscisse dal mercato: 32-36); il che spiega anche perché l’esperto, oltre a saper *mediare*, deve soprattutto essere un profondo conoscitore dei meccanismi della crisi, dovendo su questi aspetti saper professionalmente interloquire oltre che con le parti, anche con i rispettivi consulenti e collaboratori.

Nel contesto di una negoziazione che si è riusciti a condurre in modalità cooperativa, peraltro, l’esperto cercherà per quanto possibile di favorire la valutazione delle alternative non attraverso un confronto basato sulle posizioni (come di regola avviene nel negoziato competitivo), ma sul piano degli **interessi** (così come emersi nella fase esplorativa), cercando per quanto possibile di far emergere la convenienza della soluzione negoziata, non solo con riferimento al soddisfacimento degli interessi economici e commerciali, ma anche, se vi sono, con riferimento al soddisfacimento di interessi personali e di relazione (e in generale di tutti quegli aspetti eterogenei che possono favorire l’emersione delle differenze soggettive e consentire di allargare la torta negoziale).

Ciò che potrebbe valere in particolare per la rinegoziazione dei contratti divenuti eccessivamente onerosi per l’imprenditore: rinegoziazione che pure l’esperto dovrebbe favorire ai sensi dell’art. 10 d.l. 118 (38 -39) sollecitando l’imprenditore ed i terzi interessati a valutare attentamente le alternative che potrebbero prospettarsi nel caso in cui non si raggiungesse un accordo di rinegoziazione ed in particolare il “rischio” che sia il giudice a rideterminare le condizioni del contratto imponendone il contenuto ai contraenti.

Anche sotto questo profilo, comunque l'esperienza della mediazione – con il suo focus costante sulle persone coinvolte nella controversia e sulla relazione tra loro esistente – potrà essere utile all'esperto, se non altro per assicurare che non vengano trascurati l'importanza dei risvolti relazionali e personali coinvolti nella crisi e per valorizzarli nella valutazione delle opzioni percorribili.

Un'ultima considerazione riguarda, infine, quella che si potrebbe definire la **“Consapevolezza del ruolo”** che il mediatore può trasferire all'esperto (39), sul presupposto che entrambi sono chiamati a facilitare il negoziato (e devono impegnarsi affinché tutti gli interessi rilevanti siano esplorati e tutte le opzioni percorribili siano vagliate), ma non possano comunque in nessun caso imporre una soluzione; ciò porta con sé anche **la necessità di accettare un eventuale e talvolta inevitabile insuccesso** del proprio intervento che tuttavia non può e deve corrispondere ad un fallimento dell'esperto e non dovrebbe comunque mai essere fonte di sue responsabilità.

E' importante, in altri termini, che l'esperto abbia piena consapevolezza dell'importanza e della novità, ma anche dei limiti che il legislatore ha imposto al suo ruolo: un ruolo che (al pari di quello che esercita il mediatore) deve rispettare e cedere di fronte al principio di autonomia delle parti, alle quali - in questa fase - viene ancora garantita la piena libertà negoziale, anche quando questa libertà venisse esercitata in modo inefficiente o non pienamente razionale.