

## INTRODUZIONE

«Solutions are often constrained or facilitated by the law, but finding the *best* solution – that is, a solution that addresses *all* of the client’s concerns – often requires more than technical legal skills. Indeed, it often turns out that no solution is ideal in all respects, and that analyzing *trade-offs* is itself an important nonlegal problem-solving skill.

Reflecting this reality, an American Bar Association report of the ten “fundamental lawyering skills” that new lawyers acquire places “problem solving” at the very top of the list – even before legal analysis. At their best, lawyers serve as society’s general problem solvers, skilled in avoiding as well as resolving disputes and in facilitating public and private ordering. They help clients approach and solve problems flexibly and economically, not restricting themselves to the decision frames that “legal thinking” tends to impose on a client’s needs. Good lawyers bring more to bear on a problem than legal knowledge and lawyering skills. They bring creativity, common sense, practical wisdom, and the most precious of all qualities, good judgment.»<sup>1</sup>

Le considerazioni di Brest e Krieger offrono lo spunto per alcune riflessioni in introduzione alla tematica che tratterò nel presente studio.

Innanzitutto, sebbene le soluzioni che il giurista individua debbano sempre essere vincolate dalla legge, ciò non significa che siano tutte delle soluzioni standard, anzi, spesso è necessario che il giurista adoperi una serie di abilità che trascendono l’ambito giuridico. Il *problem solving* si pone quindi come una competenza trasversale che il giurista deve imparare ad usare e padroneggiare per potere individuare non una soluzione possibile al caso, ma *la* soluzione migliore per il cliente. Di qui la figura del giurista come *problem solver*.

La soluzione che si ricerca diventa flessibile proprio grazie al *problem solving*, consentendo di valicare i limiti del pensiero giuridico “arido” grazie alla creatività fino

---

<sup>1</sup> BREST P., KRIEGER L., *Problem solving, decision making, and professional judgment: A guide for Lawyers and Policymakers*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pag.3

ad arrivare a dare soluzioni innovative. Il giurista che acquisisce le competenze di *problem solving* diventa *problem solver* di élite in quanto portatore di quell'insieme di conoscenze tecnico-legali acquisite con gli studi giuridici.

Brest e Krieger invitano quindi ad uscire dai rigidi schemi legali e ad impiegare la creatività insieme ad una commistione di competenze che spaziano dall'economico al sociale.<sup>2</sup>

Se la tematica del giurista come *problem solver* ha trovato un ampio spazio nel mondo di *common law*, non altrettanto può dirsi con riguardo a quello di *civil law*. Da questa considerazione nasce l'idea di una tesi che abbracci non solo il campo del diritto, ma tocchi anche il settore dell'economia, statistica e scienze cognitive.

Lo scopo è la ricerca di una metodologia di risoluzione dei casi e l'individuazione della soluzione da applicare con il minor margine di errore possibile grazie ad una maggiore scientificità.

La domanda alla base della tesi riguarda nello specifico se vi sia un metodo, utilizzato dal notaio particolarmente, applicato per la soluzione del caso e che possa essere impiegato nuovamente per la soluzione di uno differente, in altre parole una costante di fondo nella soluzione dei casi. Grazie al periodo di pratica notarile ed all'analisi dei casi risolti è stato possibile individuare questa costante ricorrente, analizzarla e, con l'apporto della statistica e dell'economia, trovare un metodo da applicare per la soluzione dei casi.

La tesi si struttura in cinque capitoli.

Il primo è dedicato all'autonomia contrattuale vista in chiave economica focalizzandosi principalmente sulla negoziazione e sull'esistenza o meno di ZOPA, BATNA e PP in ambito notarile.

Il secondo capitolo si apre con le considerazioni del Premio Nobel Simon con riguardo al *problem space*, a cui segue l'analisi della figura del giurista come *problem solver*, successivamente si procede con l'espone diverse tipologie di sezione ed inquadramento del problema che il giurista applica per potere affrontare il problema più soddisfacentemente (indicando anche quali siano gli errori da doversi evitare), per concludersi infine con l'analisi delle parti interessate.

Il terzo capitolo riguarda le alternative nello specifico. Dopo un'analisi della creatività, non solo in ambito cognitivo, con un breve cenno alla teoria della bisociazione, si procede all'individuazione delle tecniche finalizzate alla generazione della creatività ed all'innovazione giuridica, ponendo attenzione all'importanza che

---

<sup>2</sup> Gli autori specificano che persino l'American Bar Association, indicando le dieci competenze fondamentali del giurista, pongono al primo posto il *problem solving*, scavalcando nella classifica anche l'analisi giuridica, a dimostrare la necessità che questa competenza deve non solo essere acquisita dal giurista ma anche essere materia di insegnamento. Cfr. BREST P., KRIEGER L., *Problem solving, decision making, and professional judgment: A guide for Lawyers and Policymakers*, cit., p. 3

rivestono gli scenari come strumento per testare la propria soluzione prima di un'effettiva applicazione nella realtà.

Il quarto capitolo riguarda l'applicazione delle scelte del giurista, ossia l'analisi delle alternative plausibili individuate e la loro selezione con l'apporto dell'analisi statistica, soprattutto con riguardo al rischio, ed all'individuazione del contributo alla desiderabilità complessiva che riveste un'importanza cruciale per il giurista in quanto proprio su questo baserà la propria scelta della soluzione preferita. Il capitolo procede illustrando l'albero di decisione, grazie al quale viene individuato, nel momento in cui la soluzione assunta dal notaio sia incerta, quali rischi e perdite possano esservi in capo al cliente in caso si debbano intraprendere le vie giudiziali. L'ultimo argomento preso in considerazione nel capitolo riguarda l'AIR, analisi di impatto di regolamentazione, e gli indici ideati dal legislatore per passare al vaglio una nuova legge per valutare l'impatto che essa avrà alla sua entrata in vigore. Si è cercato di vedere se fosse possibile l'utilizzo di questi indici per la ricerca del metodo di *problem solving* del notaio. L'esito di tale percorso è stato positivo.

L'ultimo capitolo è di tipo sperimentale. Partendo da alcuni casi notarili si è cercato, partendo dalla soluzione data dal notaio tra quelle dallo stesso identificate, di individuare quale processo sia stato attuato, nell'indagine delle soluzioni e scelta della soluzione preferita, e di perfezionare quello esistente grazie all'applicazione della statistica.

Il risultato è stato la creazione di un metodo innovativo di soluzione dei casi, in quanto partendo dall'analisi del procedimento che attua normalmente il notaio ne è stato creato uno innovativo, grazie al supporto di economia, scienze cognitive e statistica, caratterizzato da maggiore precisione.



I

AUTONOMIA CONTRATTUALE

*Autonomia contrattuale*

In ambito giuridico, il termine “autonomia” indica la facoltà del privato di regolare da sé il proprio ambito di interessi, l’“autonomia contrattuale” si riferirà quindi a quell’insieme di rapporti giuridici patrimoniali, connotati da interessi economici, lasciati, entro certi limiti, alla auto-regolamentazione dei privati.<sup>3</sup>

Il Codice Civile italiano disciplina l’autonomia contrattuale all’art.1322 c.c.:

“Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge (e dalle norme corporative).

Le parti possono anche concludere contratti che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l’ordinamento giuridico.”

Galgano, nella sua disamina sull’autonomia contrattuale, sottolinea che “la grande importanza del contratto (...) deriva dalla sua *signoria della volontà*, ossia dal fatto che la legge riconosce ai privati un ampio potere di provvedere, con proprio atto di volontà, alla costituzione, alla regolazione ed all’estinzione dei rapporti patrimoniali.”<sup>4</sup> Il contratto si tratta quindi dello strumento principale a disposizione dei privati per disciplinare il proprio ambito di interessi all’interno di un quadro normativo che ne garantisca la certezza ed il conseguimento degli obiettivi.<sup>5</sup>

Con l’ art.1322 c.c. il legislatore ha inteso sancire due principi, uno limitativo alla libera volontà dei contraenti e uno di apertura.

---

<sup>3</sup> Cfr. ZATTI, P., *Manuale di diritto civile*, Padova, Cedam, 2007, p. 499

<sup>4</sup> Cfr. GALGANO F., *Diritto Privato*, Padova, Cedam, 2006, pp. 223-226

<sup>5</sup> Si reputa che l’autonomia contrattuale avesse meno limitazioni in passato di quante se ne abbiano attualmente. Ciò lo si può desumere dall’intervento massiccio della normativa nella disciplina di quelle situazioni di disparità in cui vi è la necessità di una tutela della parte più debole. Qualora invece le parti si trovino in una situazione di parità negoziale, la legge lascia ampi spazi all’autonomia contrattuale e non pone limiti alla libera volontà dei soggetti contraenti nella gestione dei propri interessi. Cfr. DOGLIOTTI M., FIGONE A., *Giurisprudenza del contratto* (Vol. I), Milano, Giuffrè, 2002, p. 583

Il primo comma stabilisce che i soggetti abbiano la libertà di disciplinare i propri interessi giuridici patrimoniali con riguardo alla costituzione, modifica, estinzione di rapporti giuridici meritevoli di tutela. Ciò sta a significare che la parte avrà la facoltà di scegliere nel prontuario di norme disposte dalla legge quale tipologia contrattuale meglio si addice al caso, sempre nei limiti normativi indicati dal legislatore e sempre seguendo gli scopi prefissi dalle parti. “Talora è la legge stessa a permettere alle parti di integrare o addirittura modificare la disciplina normativa.”<sup>6</sup>

Il secondo comma, dando alle parti la possibilità di concludere contratti differenti da quelli previsti, introduce la tematica dei contratti atipici, ossia quell’insieme di contratti sorti da esigenze economico-sociali e di capillare diffusione ma che non hanno trovato una disciplina codicistica o una regolamentazione legislativa. Sarà compito del giudice verificare che si trattino di “interessi meritevoli di tutela secondo l’ordinamento giuridico” e nel suo esame dovrà specialmente accertare che questi interessi abbiano una causa, in quanto devono rispondere ad una funzione economico-sociale, “accertamento che per i contratti tipici è già effettuato *a priori* dalla legge stessa”.<sup>7</sup>

I contratti atipici sono oggi un aspetto assai rilevante del diritto<sup>8</sup>. Essi nascono come risposta ad esigenze di un sistema economico che, oltre ad essere connotato infatti da dinamicità, vede dei collegamenti sovranazionali sempre più ramificati. I contratti atipici quindi sono da leggersi come soluzioni approntate per le “nuove esigenze emergenti dalla prassi e [per i] nuovi modelli di business”.<sup>9</sup>

L’autonomia contrattuale si esplica quindi con la libertà di scegliere tra le tipologie di contratto presenti nel codice, libertà di determinazione del contenuto del

---

<sup>6</sup> Cfr. *ivi*, pp. 583 ss.

<sup>7</sup> Cfr. *ibidem*. Il Codice Civile e le leggi che disciplinano i contratti atipici assumono sempre più un carattere obsoleto o quantomeno inadeguato davanti al continuo evolversi della realtà ed alla proiezione del quadro giuridico verso una giurisprudenza sempre più internazionale. La giurisprudenza si trova nel difficile ruolo di catalogare le nuove tipologie contrattuali che si affacciano nel nostro ordinamento, ora assimilandoli a contratti tipici, ora creando regole completamente nuove conformandosi alla funzione del nuovo contratto.

<sup>8</sup> L’art.1322, 2° comma è da leggersi alla luce dell’art.41 della Costituzione: “L’iniziativa economica privata è libera.

Non può svolgersi in contrasto con l’utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana.

La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l’attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali.”

L’articolo da una parte consente l’esistenza di contratti atipici non previsti normativamente in virtù del principio della libertà economica, ma dall’altra vi pone un limite, vietando quell’insieme di attività contrarie all’utilità sociale e che rechino danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana. I padri costituenti, in sostanza, hanno sì concesso ampia libertà all’iniziativa del privato, ma allo stesso tempo posto un limite invalicabile nel caso in cui tali attività vadano ad intaccare le sfere di libertà collettive.

<sup>9</sup> PASCUZZI G., *Giuristi si diventa, come riconoscere e apprendere le abilità proprie delle professioni legali*, Bologna, Il Mulino, 2013, p. 87. Strumenti di recente creazione sono il contratto di *leasing* che solo di recente ha trovato una *mise en place* nel nostro ordinamento, i contratti di convivenza o ancora il *rent-to-buy* che già ha preso piede in Spagna e lentamente anche nel nostro ordinamento.

contratto (sempre nei limiti normativi), e la libertà di concludere contratti atipici o innominati (contratti non previsti normativamente ma che hanno avuto ampia diffusione prima di avere la possibilità di essere disciplinati nell'ordinamento).

### **1.1 Negoziazione**

La negoziazione è uno dei modi principali in cui si declina la volontà delle parti nonché il punto centrale dei rapporti e quello su cui le parti spenderanno la maggior parte del tempo.

Vengono di seguito date delle definizioni, o meglio delle precisazioni di termini attinenti alla negoziazione.

Le *parti* prese in considerazione nella negoziazione sono solo quelle dotate di poteri formali e fattuali e che quindi possono assumere quelle decisioni che saranno decisive in vista dell'accordo.

“Le *questioni* sono l'oggetto stesso della negoziazione e valutate nel loro insieme definiscono le *caratteristiche* del futuro accordo”.<sup>10</sup>

Le *posizioni* si definiscono con “quei comportamenti che le parti hanno deciso di tenere preliminarmente sulle singole questioni”.<sup>11</sup>

Gli *interessi* o *obiettivi* sono invece quell'insieme di situazioni soggettive che stanno a cuore alle parti.

Pascuzzi delinea sette caratteristiche in cui si contraddistingue la negoziazione:

1. Le parti, che possono essere due o più, e che per il conseguimento dell'accordo necessitano l'una dell'altra.
2. Gli obiettivi differenti per cui le parti prendono posizione.
3. La negoziazione vista nell'ottica delle parti come strumento per appianare le divergenze.
4. La convinzione delle parti di persuadere l'altra parte a modificare la posizione iniziale.
5. L'auspicio di un esito accettabile
6. L'influenza esercitata dalla parte sulle azioni dell'altra
7. L'interazione tra individui con conseguente coinvolgimento degli aspetti emotivi ed attitudinali.<sup>12</sup>

Il processo di negoziazione si compone di tre fasi fondamentali: una fase informale, una fase competitiva e una fase cooperativa.

---

<sup>10</sup> *Ivi*, p. 193

<sup>11</sup> *Ibidem*

<sup>12</sup> Cfr. *ivi*, p. 194

La fase informale è connotata dalla libertà informativa delle parti: ogni parte cerca più informazioni possibili riguardo alle circostanze ed agli obiettivi prefissi dall'altra parte.

La fase competitiva è quella in cui invece le parti ricercano le migliori condizioni per sé (o per i clienti) e in cui vengono in gioco in un primo momento il BATNA<sup>13</sup>.

La negoziazione può anche chiudersi dopo questa fase, ma come vedremo non è la migliore conclusione a cui le parti possono arrivare. Solo l'eventuale fase cooperativa sancisce la chiusura della negoziazione in modo ottimale.

Infine la fase cooperativa conclude la negoziazione.<sup>14</sup> In quest'ultima fase le parti passano da una fase in cui ricercavano quanto fosse meglio per sé, ad una nuova fase in cui si pongono come obiettivo il miglioramento degli interessi comuni.<sup>15</sup>

Terminata la fase competitiva, le parti solitamente concludono la negoziazione. Questa scelta può essere giustificata dal fatto che "nessuna delle due parti avrebbe comunque potuto ottenere risultati più favorevoli senza imporre una perdita corrispondente alla controparte".<sup>16</sup> Le parti, fermandosi a questa fase e non proseguendo con la fase cooperativa tuttavia *non raggiungono i termini ideali o le condizioni ottimali di contrattazione ma solo dei termini accettabili*. Concludendo la negoziazione a questo punto, lasciano infatti una serie di variabili inutilizzate.

Raggiunto un accordo provvisorio a conclusione della fase competitiva, è utile e, soprattutto, proficuo per i negoziatori, ricercare dei compromessi alternativi che potrebbero condurre ad un miglioramento degli interessi per entrambe le parti negoziali.

L'ideale sarebbe che ciascuno preparasse "formulazioni alternative trasferendo alcuni termini da un lato all'altro mentre si muovono altri riferimenti nella direzione opposta. Quando vengono visualizzate queste opzioni, ogni negoziatore deve con correttezza e sincerità indicare se nessuna delle proposte sono preferibili rispetto all'accordo già raggiunto."<sup>17</sup> La *correttezza e la sincerità* sono necessarie nella fase cooperativa, in quanto l'assenza sarebbe solo di ostacolo al conseguimento dello scopo prefissato.

---

<sup>13</sup> BATNA, definito con "la migliore alternativa ad un accordo negoziato" sarà trattato più avanti nel medesimo capitolo.

<sup>14</sup> Anche KOROBKIN R., *A Positive Theory of Legal Negotiation*, Working Paper No.005 Austin, The University of Texas School of Law, March 2000, cita queste teorie per la sua disamina, vedi avanti.

<sup>15</sup> SANDERS D., LEWICKI R., MINTON J., *Negotiation*. Boston, Irwin Mc Graw-Hill, 1999, p. 87, "[The negotiation process] consists of three formal phases:

- The informal phase, where each party endeavors to learn as much about the other side's circumstances and objectives as possible.
- The competitive phase, where negotiators try to obtain beneficial terms for their respective clients.
- The cooperative phase, where if multiple-item transactions are involved, parties may often enhance their joint interests.

<sup>16</sup> *Ivi* p. 95 "Although this conclusion might be warranted where neither party could possibly obtain more favorable results without a corresponding loss being imposed on the other party, this conclusion is not correct for multi-issue, non-constant sum controversies."

<sup>17</sup> *Ibidem* "Each should prepare alternative formulations by transferring certain terms from one side to the other while moving other items in the opposite direction. When these options are shown, each negotiator must candidly indicate whether any of the proposals are preferable to the accord already achieved."

Tuttavia questa fase (cooperativa) rischia di mantenere una rilevante connotazione competitiva. Quando una parte offre all'altra una proposta più allettante di quella che era stata prevista al termine della fase competitiva, essa potrebbe dire senza sbilanciarsi troppo che l'opzione sia solo "leggermente migliore della precedente" e ottenere in tal modo più "di quanto sarebbe *lecito aspettarsi oggettivamente*".<sup>18</sup>

Inoltre, ogni parte cercherà di far valere i propri interessi utilizzando la tecnica della *predazione*,<sup>19</sup> ossia il desiderio di ottenere il massimo a scapito della controparte in un'ottica prettamente competitiva.

Il problema che sorge nell'applicazione della predazione sta nel fatto che attuandolo si tende a respingere quelle azioni idonee a creare valore per entrambe le parti.

Seguendo l'antico adagio *in medio stat virtus*, la soluzione ideale sarebbe che entrambe le parti discutessero apertamente il problema con la correttezza e la sincerità viste in precedenza, nel rispetto delle reciproche esigenze sostanziali e di relazione, con l'intento di soddisfare creativamente i rispettivi interessi. Purtroppo ciò non tende a verificarsi spesso a causa del prevalere di competizione e predazione nelle trattative.<sup>20</sup>

Quando il negoziatore si impegna nel rispettare strategie cooperative o simbiotiche, necessariamente dovrà divulgare informazioni che lo rendono vulnerabile nella negoziazione.

"In una negoziazione tra un predatore, che vede il processo di contrattazione in modo competitivo, e un simbiote, che vede il processo di contrattazione come cooperativo, il simbiote è altamente vulnerabile alle strategie di valore impiegate dal predatore. Per questa ragione, i negoziatori sviluppano un'apprensione intrinseca verso l'uso di strategie simbiotiche nella misura in cui si aspettano che i loro avversari utilizzino strategie predatorie."<sup>21</sup>

Conseguentemente l'intento di ricercare la soluzione del problema tra due simbioti<sup>22</sup> viene, a causa di tale reciproco timore, sostituita da un'atmosfera competitiva di utilizzazione di strategie predatorie.

Nel caso in cui entrambi i negoziatori optino per impiegare strategie predatorie tuttavia la creazione di valore aggiunto sarà inesistente o quasi, il che porterà le parti ad

---

<sup>18</sup> *Ibidem* "Through this technique, he may be able to obtain more during the cooperative phase than would be objectively warranted."

<sup>19</sup> Trad. *Predation*.

<sup>20</sup> SANDERS D., LEWICKI R., MINTON J., *Negotiation.*, cit., p. 132 "While an optimal solution normally results when both parties openly discuss the problem, respect each other's substantive and relationship needs, and creatively seek to satisfy each other's human interest (...)"

<sup>21</sup> *Ibidem* "In a negotiation between a predator, who sees the bargaining process as competitive, a symbiont, who sees the bargaining process as cooperative, the symbiont is highly vulnerable to the value-claiming strategies employed by the predator. For this reason, negotiators develop an inherent apprehension towards the use of symbiotic strategies to the degree that they expect their opponents to use predatory strategies."

<sup>22</sup> Cfr. *symbiont*.

ottenere dei risultati mediocri rispetto a quanto avrebbero ottenuto adottando una strategia più simbiotica.<sup>23</sup>

L'esito ottimale è dato da comportamenti simbiotici, ma il permanere di aspetti competitivi e predatori è costante fonte di dissuasione rispetto a tali comportamenti. (Tabella 1.1)

Matrice degli esiti negoziali

<b>Strategia della parte A</b>	Predazione	<i>Esito:</i> Ottimale per la parte A Terribile per la parte B	<i>Esito:</i> Mediocre per la parte A Mediocre per la parte B
	Simbiosi	<i>Esito:</i> Buona per la parte A Buona per la parte B	<i>Esito:</i> Terribile per la parte A Ottimale per la parte B
		Simbiosi	Predazione

**Strategia della parte B**

Tabella 1.1 MATRICE DEGLI ESITI NEGOZIALI. SANDERS D., LEWICKI R., MINTON J., *Negotiation*, cit., pag.133

<sup>23</sup> Questo insieme di strategie si possono collegare al celebre *dilemma del prigioniero* di Tucker. Vedi TUCKER W.A., DRESHER M., SHAPLEY L.S., AUMANN R.J. et al., *Advances in game theory*, Princeton, NJ, Princeton University Press, 1964

### ***1.1.1 Parametri fondamentali della negoziazione***

I negoziatori, nella maggior parte delle contrattazioni, si trovano ad affrontare questioni tattiche senza però avere una teoria che gli possa servire per trovare una soluzione univoca. Korobkin ha pertanto proposto una teoria descrittiva riguardo alla negoziazione, indicando quelli che a suo vedere sono “due imperativi strategici del processo: definire la gamma di possibili accordi ("zona di definizione")<sup>24</sup> e concordare un singolo punto di accordo all'interno di quell'intervallo ("*allocation surplus*").”<sup>25</sup>

Similmente nel testo di Mnookin, Peppet e Tulumello vengono indicati dei parametri perché un negoziatore possa alzarsi dal tavolo delle trattative con un accordo che soddisfi nel modo più completo i propri interessi.<sup>26</sup>

I tre parametri sono il BATNA (MAAN nella traduzione italiana *ndr.*), il valore di riserva e la ZOPA.<sup>27</sup>

Il BATNA<sup>28</sup> è la “migliore alternativa ad un accordo negoziato”. In buona sostanza è l'alternativa che il soggetto, in caso non venga raggiunto un compromesso tra le parti, sceglierà tra le varie che gli si pongono per meglio soddisfare i propri interessi.<sup>29</sup>

Fisher, Ury e Patton individuano il BATNA ed indicano il modo per ottenerla con “tre operazioni distinte:

- 1) ideare un elenco di azioni che potreste verosimilmente intraprendere se non si raggiungesse l'accordo;
- 2) migliorare alcune delle idee più promettenti e convertirle in opzioni pratiche;
- 3) selezionare per successive approssimazioni l'opzione che sembra la migliore.”<sup>30</sup>

Il BATNA sarà il parametro più importante su cui la parte baserà la propria scelta se proseguire con la contrattazione o se lasciare il tavolo delle trattative in favore di scelte più allettanti. Gli autori, per quanto riguarda lo svelare il proprio BATNA alla controparte, indicano di rivelarla solo nel momento in cui sia talmente attraente da trovare facilmente una nuova controparte in caso di rifiuto dell'attuale contraente (a

---

<sup>24</sup> Ossia la ZOPA, “*zone of possible agreement*”, vedi MNOOKIN R., PEPPET S., TULUMELLO A., *Negoziazione per avvocati, Strumenti per la risoluzione efficace delle controversie legali*, Urganio, Alessio Roberti Editore, 2006

<sup>25</sup> KOROBKIN R., *A Positive Theory of Legal Negotiation*, cit., p. 1

<sup>26</sup> Cfr. MNOOKIN R., PEPPET S., TULUMELLO A., *Negoziazione per avvocati, Strumenti per la risoluzione efficace delle controversie legali*, cit., p. 41

<sup>27</sup> Per ulteriori dettagli vedi PASCUZZI G., *Giuristi si diventa, come riconoscere e apprendere le abilità proprie delle professioni legali*, cit., p. 193

<sup>28</sup> Best Alternative to a Negotiated Agreement. *Alternativa* è “la gamma delle cose che si possono fare lontano dal tavolo delle trattative senza che sia necessario l'apporto dell'altro negoziatore”. MNOOKIN R., PEPPET S., TULUMELLO A., *Negoziazione per avvocati, Strumenti per la risoluzione efficace delle controversie legali*, cit., p. 41.

<sup>29</sup> SPANGLER B., *Zone of Possible Agreement (ZOPA)* in *Beyond Intractability*, Boulder, Eds. G. Burgess, H. Burgess, Producers. Conflict Information Consortium, University of Colorado, June 2003 [on line] viene indicato che il BATNA è un indice per determinare le *walk-away positions*, ossia le posizioni al di sotto delle quali la parte si alzerà dal tavolo delle trattative.

<sup>30</sup> FISHER R., URY W., PATTON B., *L'arte del negoziato*. (A. Giobbio, Trad.), Milano, Corbaccio, 2005, p. 65

maggior ragione sarà bene comunicarla se la controparte ritiene di essere l'unica ad avere qualcosa da offrire e di trovarsi in una posizione vantaggiosa). In caso non sia così appetibile sarà meglio invece non svelare la propria posizione per evitare di trovarsi fin da subito in una posizione di svantaggio.<sup>31</sup>

È bene sottolineare che ci sono circostanze che fuoriescono dallo schema previsto e che spingeranno la parte ad accettare un accordo inferiore al proprio BATNA rispetto al mancato ottenimento di un accordo.<sup>32</sup>

Il *valore di riserva* consiste nella conversione del BATNA in un valore disponibile sul tavolo: è in altri termini quel valore che rende indifferente il raggiungimento dell'accordo con la controparte e la scelta del BATNA.<sup>33</sup>

Infine la ZOPA,<sup>34</sup> zona di possibile accordo, che consiste nell'intervallo compreso tra il valore di riserva dell'acquirente e del venditore. I punti compresi all'interno di questo intervallo determinano il surplus che si aggiudicherà la parte che riuscirà meglio nella contrattazione e conseguentemente risulterà più soddisfatto rispetto alla controparte.<sup>35</sup>

Possono essere utilizzati diversi strumenti tattici per una migliore definizione della ZOPA, tra cui l'analisi di alternative all'accordo sul tavolo delle trattative, il mettere in discussione le posizioni fino ad arrivare persino alla nuova definizione dell'oggetto della trattativa.<sup>36</sup>

Le negoziazioni si caratterizzano per una serie di offerte e controfferte tra le due parti, che termineranno solo quando si raggiungerà una posizione che soddisfi entrambi i soggetti, che tendenzialmente consisterà in una posizione intermedia tra le due offerte

---

<sup>31</sup> Cfr. *ivi* p. 65. Similmente SPANGLER B., *Zone of Possible Agreement (ZOPA)*, cit.

<sup>32</sup> È il caso in cui la controparte faccia ulteriori offerte che vadano a giustificare (o persino a compensare) la rinuncia al conseguimento di alcuni punti che la parte riteneva essere fondamentali. Cfr. FISHER R., URY W., PATTON B., *L'arte del negoziato*, cit., p. 65. Similmente SPANGLER B., *Creating and Claiming Value*. in *Beyond Intractability*, Boulder, Eds. Guy Burgess and Heidi Burgess. Conflict Information Consortium, University of Colorado, September 2003 [on line]

<sup>33</sup> Quella che Korobkin chiamerà PP. KOROBKIN R., *A Positive Theory of Legal Negotiation*, cit.

<sup>34</sup> Zone of Possible Agreement

<sup>35</sup> Mnookin, Peppet e Tulumello riportano un esempio per meglio comprendere il rapporto che intercorre tra questi tre parametri "Considerando due negoziatori A e B, A deve valutare il BATNA di B, ma non solo: dovrà trasformarla in valore di riserva, il che vale a dire trasformarla al l'importo minimo che A è disposto ad ottenere da B rinunciando ad perseguire il proprio BATNA.

B a contrario avrà una BATNA massimale, ossia quanto è disposto a spendere per ottenere quanto vuole. Il BATNA di A e B hanno una zona di incontro definita ZOPA, *zone of possible agreement*, o meglio l'area in cui è possibile che A e B pervengano ad un accordo. In quest'area definita dall'area che i due BATNA hanno in comune c'è un surplus che si giocano le due parti in base a chi riuscirà meglio a spuntare la contrattazione risultando più soddisfatto rispetto alla controparte." MNOOKIN R., PEPPET S., TULUMELLO A., *Negoziazione per avvocati, Strumenti per la risoluzione efficace delle controversie legali*, cit., p. 41

<sup>36</sup> Conformemente Bellantuono indica che per una più precisa definizione della ZOPA il negoziatore si trova a davanti a due problemi:

a) stabilire se esiste la possibilità di un accordo vantaggioso, raccogliendo informazioni sull'oggetto dell'accordo e sull'esistenza di migliori alternative;

b) individuare i confini della ZOPA. BELLANTUONO G., *L'arte e la scienza della negoziazione nella formazione del giurista*, in "Diritto e formazione", n.4, 2007, p. 619

iniziali.<sup>37</sup> Sotto questo profilo emerge un ulteriore concetto fondamentale, quello dell'*overbidding*, ossia conscie del fatto che alla prima offerta seguirà una controfferta, probabilmente proporzionata e relativamente vicino rispetto all'offerta stessa, e le parti tendono ad un sovradimensionamento della propria offerta iniziale rispetto a quella da loro realmente desiderata.<sup>38</sup>

L'*overbidding* si presenta quindi come un'arma a doppio taglio. Se una delle parti applicherà l'*overbidding* in modo strategico, ci sarà una maggiore probabilità che la sua controparte faccia lo stesso, effettuando anch'essa una sovrastima simile. La parte, dunque, che per prima ha effettuato l'*overbidding* trarrà beneficio.

Ma l'*overbidding*, d'altra parte, può sfociare negativamente in un allontanamento delle parti (o di una di esse) dal tavolo delle trattative qualora queste stimino che non sia possibile stabilire una ZOPA a causa dell'eccessiva divergenza dei rispettivi obiettivi e conseguentemente deduce l'impossibilità di trovare un punto comune.<sup>39</sup> La parte, dunque che ha effettuato l'*overbidding* non riuscirà a raggiungere alcun accordo.

L'*overbidding* lo ritroviamo bene applicato nel caso dei venditori ambulanti noti per la contrattazione che avviene spesso serratamente.

Poniamo che un venditore ambulante voglia venderci un indumento e che questi l'abbia acquistato ad un prezzo di Euro 2. Applicando l'*overbidding* l'ambulante ci farà un'offerta iniziale pari a Euro 10, un'offerta 5 volte superiore al suo valore, ma che gli consentirà di ottenere una controfferta notevole. Noi infatti ci proporremo di comprarlo a 4 Euro, l'ambulante rilancerà e così noi finché non si arriverà ad un equilibrio (che nell'esempio sarà rappresentato da Euro 5 o 6) e che comunque soddisferà pienamente l'ambulante rispetto al non avere tentato l'*overbidding*.

Può però sempre capitare che quando l'ambulante ci faccia l'offerta iniziale di Euro 10, la riteniamo troppo esosa rispetto al valore probabile dell'indumento che ad una prima occhiata stimiamo essere massimo di Euro 3. Questo non potrà che portarci ad allontanarci dall'ambulante e cercarne un altro.

Per rappresentarsi al meglio il rapporto che intercorre tra questi indici, riportiamo il seguente modello (Figura 1.1)

---

<sup>37</sup> LA BELLA A., BATTISTONI E., *Economia e organizzazione aziendale*, Milano, Edizioni Apogeo, 2008, p. 458

<sup>38</sup> *ibidem*

<sup>39</sup> *ibidem*

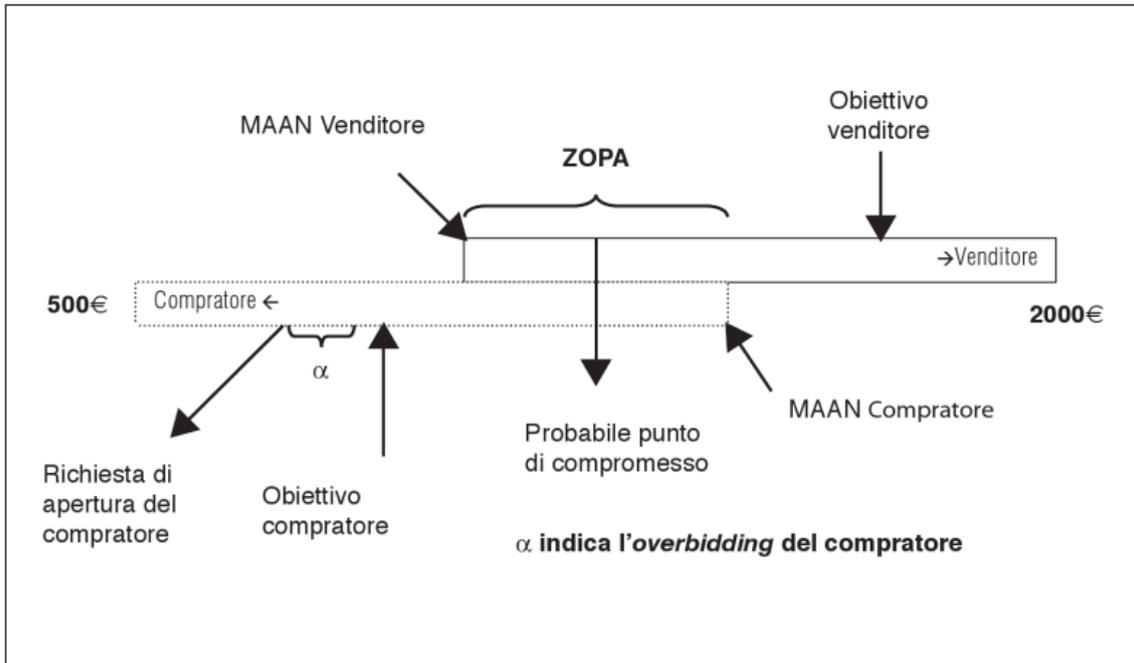


Figura 1.1 LA BELLA A., BATTISTONI E., *Economia e organizzazione aziendale*, cit., pag.458

Riprendendo la distinzione fatta precedentemente tra tattiche cooperative (o simbiotiche) e concorrenziali (o predatorie), se ci troviamo davanti ad un negoziatore competitivo avremo una proposta di apertura di gran lunga superiore a quelle che potrebbero essere delle aspettative oggettive, mentre davanti ad un negoziatore di stampo cooperativo le proposte di apertura saranno nettamente più realistiche.<sup>40</sup>

<sup>40</sup> Cfr. KOROBKIN R., *A Positive Theory of Legal Negotiation*, cit., p. 2. "In recent years, scholars have made two attempts to categorize more systematically the wide-range of negotiation tactics, providing a theoretical overlay to the nuts-and-bolts, tactical view of the negotiating process. The first classifies negotiating tactics as either "cooperative" or "competitive" in style. For example, a competitive negotiator makes extreme opening demands, asking for far more than she actually hopes to receive. A cooperative negotiator, in contrast, makes more modest and realistic opening demands. The competitive/cooperative dichotomy can be useful to the negotiator because it helps him to identify different options whenever tactical choices present themselves. To use the same example, when a negotiator is called on to make an opening demand, keeping the competitive/cooperative dichotomy in mind might help him to generate more aggressive and more friendly options than would otherwise come to mind."

### 1.1.2 Le teorie negoziali

Attualmente la teoria negoziale si fonda sulla dicotomia delle tipologie negoziali *distributive* e *integrative*<sup>41</sup>.

I negoziatori che fanno uso delle tattiche distributive utilizzeranno il *claim value*<sup>42</sup>, con cui cercheranno di ottenere il più possibile dei guadagni sorti dall'accordo per sé o per il proprio cliente (di conseguenza una parte uscirà dalla contrattazione svantaggiata rispetto all'altra)<sup>43</sup>.

I negoziatori che si serviranno delle tattiche integrative individueranno invece quei compromessi e quelle opzioni che avvantaggino entrambe le parti,<sup>44</sup> quindi tramite l'utilizzo di negoziazioni integrative si creerà valore ampliando la gamma di accordi possibili<sup>45</sup>. L'ampliamento sarà però possibile solo ove "le parti abbiano interessi in comune o trattino molteplici questioni. In questo caso, le parti possono combinare i loro interessi e cercare il rapporto costi-benefici tra le molteplici questioni per creare un valore comune."<sup>46</sup> Entrambe le parti in questo caso otterranno qualcosa, differentemente da quanto avveniva per le tattiche distributive (in cui solo una delle parti risultava essere vincente). Ovviamente il fatto che entrambe escano vincenti dalla contrattazione significa che entrambe avranno rinunciato a qualcosa rispetto a quanto originariamente si voleva perseguire.<sup>47</sup>

Se da una parte la dicotomia competizione/cooperazione descrive la negoziazione con riguardo agli atteggiamenti e tattiche che assumono reciprocamente le parti (es. *overbidding*), dall'altra parte la dicotomia distributiva/integrativa descrive la negoziazione con riguardo agli obiettivi che si prefiggono le parti.

Per quanto riguarda l'ambito del nostro studio, ovvero il campo legale, le tattiche integrative trovano una minore applicazione per via del fatto che la materia sottoposta alla trattativa nella maggior parte dei casi è chiaramente soggetta agli interessi venali che sono in gioco.

I negoziatori legali attuano due strategie e il binomio zona di definizione/allocazione di surplus riesce a descrivere appieno tale processo negoziale in quanto ogni azione negoziale riesce ad inserirsi all'interno di una di queste categorie.

<sup>41</sup> Da cui secondo SPANGLER B., *Zone of Possible Agreement (ZOPA)* cit. da questa dicotomia distributiva/integrativa dipenderà la stessa natura della ZOPA.

<sup>42</sup> È traducibile con "ottenere valore". In termini economici consiste nel conseguimento di valore di uno dei soggetti ed è tipico dei processi competitivi, in quanto si tratta non di creare valore ma di suddividere una "torta già stabilita". Per ottenere valore si utilizzeranno "tattiche competitive per convincere la controparte che desidera ottenere ciò che la parte ha da offrire molto più di quanto la parte voglia ciò che la controparte possiede." Cfr. SPANGLER B., *Creating and Claiming Value*. cit.

<sup>43</sup> Per tale motivo in termini economici è altrimenti definita *zero-sum*

<sup>44</sup> Cfr. KOROBKIN R., *A Positive Theory of Legal Negotiation*, cit., p. 3

<sup>45</sup> Per tale motivo in termini economici è altrimenti definita *win-win*

<sup>46</sup> SPANGLER B., *Zone of Possible Agreement (ZOPA)*, cit. "This is possible when parties have shared interests or are dealing with multiple issues. In this case, the parties can combine their interests and trade off among multiple issues to create joint value."

<sup>47</sup> *Ibidem*

Innanzitutto cercano di *definire la zona di contrattazione*<sup>48</sup>, ossia la distanza tra i punti di prenotazione (o punti “walkaway”) delle due parti, nel modo più vantaggioso possibile per il loro cliente e successivamente con la c.d. *allocazione del surplus* tenteranno di convincere l’avversario ad accettare un certo “punto di accordo” all’interno della zona di contrattazione.<sup>49</sup>

Posto che per entrambe le parti è più allettante effettuare la transazione all’interno della zona di contrattazione rispetto al non raggiungimento dell’accordo, una volta che la zona di contrattazione è stabilita, si procede all’assegnazione di surplus secondo norme di correttezza procedurale e/o sostanziale.<sup>50</sup>

Concetto importante per il prosieguo dell’analisi sono il punto o il prezzo di prenotazione. I due concetti pur essendo affini presentano una differenza sottile. Il *punto di prenotazione* è “l’importo massimo che un acquirente pagherà per un buon servizio, o altro diritto legale” e l’importo minimo che un venditore avrebbe accettato per la medesima voce è il suo PP.<sup>51</sup> Parleremo di *prezzo di prenotazione* (PP) qualora l’affare consista in una transazione monetaria.

Se solo il PP dell’acquirente è superiore a quello del venditore esisterà la zona di contrattazione, data dalla distanza tra i due punti (Figura 1.2). Il raggiungimento di un accordo per qualsiasi somma che si trovi all’interno della zona di contrattazione è un’alternativa superiore per entrambe le parti rispetto al non raggiungere un accordo.<sup>52</sup>

---

<sup>48</sup> Le operazioni si potranno definire “economicamente razionali” solo in quei punti che si trovano all’interno della zona di contrattazione, perché il raggiungimento dell’accordo è lo scopo ultimo dei negoziatori rispetto al non raggiungimento dello stesso, quindi “la definizione di zona può essere intesa come un’attività economica intrinsecamente. Cfr. KOROBKIN R., *A Positive Theory of Legal Negotiation*, cit., p. 4

<sup>49</sup> Cfr. *Ibidem*

<sup>50</sup> *Ibidem* “First, negotiators attempt to define the bargaining zone, the distance between the reservation points (or “walkaway” points) of the two parties, in the manner most advantageous to their client. I call this activity “zone definition.” Exploring alternatives to agreement, questioning, persuading, misleading, committing to positions, and redefining the negotiation’s subject matter are all tactical tools used in zone definition. Because transactions are economically rational (in the sense that reaching agreement is better than not reaching agreement for both parties) only at points within the bargaining zone, zone definition can be understood as an inherently economic activity.

Second, negotiators attempt to convince their opponent to agree to a single “deal point” within the bargaining zone. I call this activity “surplus allocation.”

Surplus allocation effectively divides the cooperative surplus that the parties create by reaching an agreement. For both parties, transacting at any point within the bargaining zone is more desirable than not reaching agreement, but each knows that the same is true for the other. Once the bargaining zone is established, there is no economically obvious way for the parties to select a deal point. As a result, surplus allocation usually requires that negotiators appeal to community norms of either procedural or substantive fairness.”

Anche per quanto riguarda le tattiche negoziali competitive/cooperative o distributive/integrative entrano ovviamente in gioco la definizione della zona di contrattazione e la collocazione del surplus. Sia la definizione della zona che l’assegnazione di surplus si possono conseguire con le tattiche competitive o cooperative. L’allocazione di surplus può essere raggiunto in modo distributivo, mentre invece la definizione della zona adopera sia le tattiche integrative che quelle distributive.

<sup>51</sup> *Ivi*, p. 5

<sup>52</sup> *Ibidem* “In any negotiation, the maximum amount that a buyer will pay for a good, service, or other legal entitlement, is called his “reservation point,” or, if the deal being negotiated is a monetary

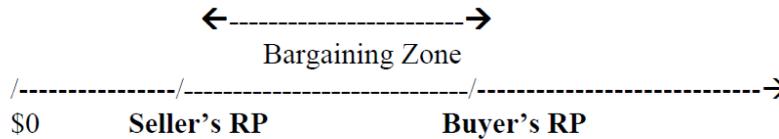


Figura 1.2 KOROBKIN R., *A Positive Theory of Legal Negotiation*, cit., pag.5

È fondamentale che il negoziatore conosca i parametri della zona di contrattazione in quanto essi mostrano al negoziatore la fattibilità di un accordo e, di conseguenza i possibili *punti di accordo*.<sup>53</sup> All'interno di questo complesso il negoziatore avrà il compito di regolare i parametri della zona di contrattazione a proprio vantaggio e ricercando il minor prezzo.<sup>54</sup>

Prima di determinare il proprio PP il negoziatore deve prendere in considerazione le altre alternative alla proposta che si trova davanti ed i relativi costi. Solo così potrà poi individuare quale proposta sia la più allettante, o meglio trovare il BATNA, ossia "migliore alternativa a un accordo negoziato". Infatti "l'identità e la qualità del BATNA di un negoziatore è l'input principale al suo PP".<sup>55</sup>

Per meglio comprendere che rapporto intercorre tra il BATNA e il PP di una stessa parte, analizziamo il PP nello specifico.

Il PP presenta due componenti: "il valore di mercato del suo BATNA, e la differenza tra il valore del suo BATNA e il valore del soggetto della negoziazione."<sup>56</sup>

---

transaction, his "reservation price" (RP). The minimum amount that a seller would accept for that item is her RP. If the buyer's RP is higher than the seller's, the distance between the two points is called the "bargaining zone." Reaching agreement for any amount that lies within the bargaining zone is a superior alternative for both parties to not reaching an agreement, at least if they are concerned only with the transaction in question. "

<sup>53</sup> Cfr. *deal-points*

<sup>54</sup> KOROBKIN R., *A Positive Theory of Legal Negotiation*, cit., p. 6 "Knowing the parameters of the bargaining zone, created by the two parties' reservation points, is the most critical information for the negotiator to possess.

Those parameters tell the negotiator both whether any agreement is possible, and if so, identify the range of possible deal points. At the same time, the negotiator has an interest in adjusting the parameters of the bargaining zone to his advantage. A buyer not only wants to know his and the seller's RP, he wishes to make both lower or at least appear lower to the seller."

<sup>55</sup> *Ivi*, p. 7, "A negotiator cannot determine his RP without first understanding his substitutes for and opportunity costs of reaching a negotiated agreement. (...) After identifying the various alternatives to reaching a negotiated agreement, the negotiator needs to determine which of these is most desirable.

Fisher et al. coined the appropriate term "BATNA" – "best alternative to a negotiated agreement" – to identify this choice. The identity and quality of a negotiator's BATNA is the primary input into his RP."

<sup>56</sup> Cfr. *ivi*, p. 8

Il calcolo del PP sarà quindi differente a seconda che si assuma la posizione di venditore o di acquirente.

Il venditore calcolerà il PP sottraendo dal valore del suo BATNA la differenza tra il valore del suo BATNA e il valore dell'oggetto della negoziazione qualora l'oggetto della trattativa abbia un maggiore valore rispetto al BATNA: di conseguenza la parte sarà disposta ad accettare di meno per raggiungere un accordo.<sup>57</sup>

$$z = |x - y| \rightarrow PP(v1) = x - z \forall y > x$$

Qualora il venditore si trovi ad avere un BATNA di maggior valore rispetto all'oggetto della trattativa andrà invece a sommare la differenza del valore del suo BATNA e il valore dell'oggetto della negoziazione. Ciò significa che per il raggiungimento di un accordo, e di conseguenza alla rinuncia del proprio BATNA, si chiederà di più, differentemente da quanto avveniva nel caso precedente.<sup>58</sup>

$$z = |x - y| \rightarrow PP(v2) = x + z \forall y < x$$

Per comprendere meglio, poniamo questo esempio.

Tizio vuole comprare un'auto di un certo modello e anno di immatricolazione il cui prezzo secondo le riviste specializzate è compreso tra Euro 8.000 e Euro 12.000, pertanto i compratori sono disponibili a spendere al massimo Euro 12.000 e i venditori a chiedere come minimo Euro 8.000: quindi questa sarà la nostra ZOPA.

Tizio (venditore) sta trattando con Caio (compratore) per vendergli di un'auto usata ad un prezzo intorno a Euro 10.000 (PP)

In seguito Tizio contatta anche Sempronio (compratore, nonché BATNA per Tizio), per lo stesso prezzo di Euro 10.000 ( $x = \text{BATNA}$ ).

In sede di trattativa, nel caso in cui l'auto di Tizio valga Euro 11.000 ( $y$ ) grazie alle condizioni migliori di consumo, Caio può offrire a Tizio un premio ( $z$ ) di Euro 1.000 (dato da  $z = y - x = 11.000 - 10.000$ ), perché Sempronio potrebbe anche lui offrirgli fino a Euro 11.000, (ossia  $PP = x + z = 10.000 + 1.000$  di premio).

Se invece Sempronio volesse comunque spendere al massimo Euro 9.000 ( $y$ ) per la scadente qualità dell'auto, Caio chiederebbe a Tizio uno sconto (premio negativo) di Euro 1.000 pari alla differenza tra quanto offerto da Sempronio (Euro 9.000) e il valore

<sup>57</sup>  $x = \text{BATNA}$ ;  $y = \text{valore dell'oggetto della negoziazione}$

<sup>58</sup> Cfr. KOROBKIN R., *A Positive Theory of Legal Negotiation*, cit., p. 8 "The relationship between a party's BATNA and his RP can be generalized in the following way. A party's RP has two components: the market value of his BATNA, and the difference to him between the value of his BATNA and the value of the subject of the negotiation. A seller sets his RP by calculating #1 and either subtracting #2 if the subject of the negotiation is more valuable than his BATNA (and thus he is willing to accept less to reach an agreement) or adding #2 if the BATNA is more valuable than the subject of the negotiation (thus they would demand more to reach an agreement and give up their BATNA)."

dell'auto di Caio (Euro 10.000) ossia è disponibile a offrirgli un  $PP = x - z = 10.000 - 1.000 = 9.000$ ).

L'acquirente imposterà il proprio PP in modo simile alle formule prima viste: il PP sarà dato dalla somma del BATNA e la differenza del valore del suo BATNA e il valore dell'oggetto della negoziazione se l'oggetto della negoziazione ha un valore maggiore del suo BATNA. Di conseguenza l'acquirente pagherà un premio per ottenere l'accordo.

$$z = |x - y| \rightarrow PP(a1) = x + z \forall y > x$$

Se l'acquirente si trova nella situazione di avere un BATNA di valore maggiore rispetto all'oggetto della negoziazione andrà invece a sottrarre il valore se il BATNA ha un valore maggiore rispetto all'oggetto della trattativa. Conseguentemente l'acquirente richiederà uno sconto del prezzo per potere rinunciare al proprio BATNA.<sup>59</sup>

$$z = |x - y| \rightarrow PP(a2) = x - z \forall y < x$$

Per meglio comprendere, poniamo questo esempio.

Tizio vuole comprare un'auto di un certo modello e anno di immatricolazione il cui prezzo secondo le riviste specializzate è compreso tra Euro 8.000 ed Euro 12.000., pertanto i compratori sono disponibili a spendere al massimo Euro 12.000 e i venditori a chiedere come minimo Euro 8.000: quindi questa sarà la nostra ZOPA.

Tizio (acquirente) sta trattando con Caio (venditore) il prezzo di acquisto (PP) di un'auto usata ad un prezzo intorno a Euro 10.000

In seguito contatta anche Sempronio (venditore, nonché BATNA per Tizio), per lo stesso prezzo di Euro 10.000 ( $x = \text{BATNA}$ ).

In sede di trattativa con Caio, Tizio nel caso in cui l'auto di Caio in realtà valga Euro 11.000 ( $y$ ) grazie alle condizioni migliori di consumo, potrebbe essere disponibile a pagargli un premio ( $z$ ) di Euro 1.000 (dato da  $z = y - x = 11.000 - 10.000$ ), per cui nel caso Caio avesse un altro possibile acquirente, sarebbe disponibile a dargli fino a Euro 11.000, (ossia  $PP = x + z = 10.000 + 1.000$  di premio).

Se invece l'auto di Caio valesse in realtà Euro 9.000 ( $y$ ), per le cattive condizioni di consumo e non Euro 10.000( $x$ ) come quella di Sempronio, Tizio vorrebbe da Caio uno sconto (premio negativo) di Euro 1.000 pari alla differenza tra il valore dell'auto di Sempronio (Euro 10.000) e il valore dell'auto di Caio (Euro 9.000), ossia è disponibile a pagargli un  $PP = x - z = 10000 - 1000 = 9000$ .

<sup>59</sup> Cfr. *ibidem* "A buyer sets his RP by calculating #1 and either adding #2 if the subject of the negotiation is more valuable than his BATNA (and thus he would pay a premium to reach an agreement) or subtracting #2 if his BATNA is more valuable than the subject of the negotiation (and thus he would demand a discount to give up the BATNA)."

Alla luce di questo si può comprendere la fondamentale importanza che riveste il PP per il negoziatore.

In primo luogo, il negoziatore, qualora evitasse o effettuasse una poco accurata valutazione del PP, non eviterà quegli errori che lo porteranno a concludere un affare che sarebbe stato meglio non concludere.

In secondo luogo, il negoziatore potrà spostare la zona di contrattazione a proprio vantaggio alterando la propria PP solo grazie allo studio delle alternative che gli si pongono e soprattutto indagando il loro valore.<sup>60</sup>

La tecnica maggiormente usata in tal senso è quella della *persuasione contestualizzata*, che nel negoziato ha quindi come finalità il conseguimento di due obiettivi:

1. “spostare la zona di contrattazione a vantaggio del negoziatore, o convincendo l'avversario che la sua PP è peggiore di quanto lui credesse prima di iniziare i negoziati o che il PP del negoziatore è migliore di quanto si credesse”
2. “fissare un metodo obiettivo - e quindi "giusto" - di concordare un prezzo di vendita che rientra all'interno della zona di contrattazione.”

Alla luce di questi due obiettivi si comprende come la persuasione dimostri, sia la definizione delle zone sia di allocazione del surplus, siano attività dinamiche, in cui entra in gioco non solo di un'analisi pre-contrattazione condotta dai singoli negozianti, ma anche la loro interazione.<sup>61</sup>

Al fine dell'ampliamento della zona di contrattazione, abbiamo quindi compreso che i negozianti cercheranno un miglioramento dei loro rispettivi BATNA, una modifica del loro PP e l'eliminazione dalla zona dei punti di incontro vicini al proprio PP.

Il negoziatore può trovare beneficio dall'ampliamento della zona di contrattazione aumentando la distanza tra la PP e la maggior parte dei possibili punti di incontro all'interno della zona. Questo perché maggiore è la distanza tra l'eventuale punto di

---

<sup>60</sup> Cfr. *ivi* p. 9 “Internal preparation serves two related purposes. By considering the value of obvious alternatives to reaching a negotiated agreement, the negotiator can accurately estimate his RP. This is of critical importance because without a precise and accurate estimation of his RP the negotiator cannot be sure to avoid the most basic negotiating mistake – agreeing to a deal when he would have been better off walking away from the table with no agreement.

By investigating an even wider range of alternatives to reaching agreement, and by more thoroughly investigating the value of obvious alternatives, the negotiator can alter his RP in a way that will shift the bargaining zone to his advantage.”

<sup>61</sup> Cfr. *ivi* p. 12 “Efforts at persuasion in negotiation are best understood as attempts to satisfy one of two goals, or both: (1) to shift the bargaining zone to the advantage of the negotiator, either by convincing the opponent that his RP is worse than he believed before beginning negotiations or that the negotiator's RP is better than previously believed; (2) to establish an objective – and therefore “fair” – method of agreeing on a sale price that falls within the bargaining zone. (...) In either case, the importance of persuasion demonstrates that both zone definition and surplus allocation are dynamic activities, dependent not only on negotiators' individual pre-bargaining analysis but also on their interaction.”

incontro e il PP del negoziatore, maggiore è il beneficio che deriva dal raggiungere un accordo negoziato piuttosto che optare per il suo BATNA.<sup>62</sup>

I modi per ottenere tale ampliamento sono:

- 1) La contrattazione integrativa, che opera tramite l'individuazione di tattiche particolari che espandano la zona di contrattazione.

L'esempio che riporta Korobkin di seguito (Figura 1.3) mostra la tecnica più comune di contrattazione integrativa, ossia l'aggiunta di questioni al negoziato. L'aggiunta della questione "consulenza" al negoziato porta ad uno spostamento ed ampliamento della zona di contrattazione: se inizialmente la zona di contrattazione era pari ad un valore di \$50.000, con l'aggiunta delle questioni ci troveremo ad agire entro un range di \$90.000, quindi con l'aggiunta della "questione consulenza" le parti potranno avere tra le mani una zona di contrattazione maggiore di quanto non fosse precedentemente.<sup>63</sup>

In seguito sarà poi compito dei negoziatori stabilire di quanto dovere estendere la zona di contrattazione a seconda della scelta di sottrarre questioni anziché aggiungerle in base la fatto che il venditore valuti una certa materia del negoziato maggiormente rispetto all'acquirente.<sup>64</sup>

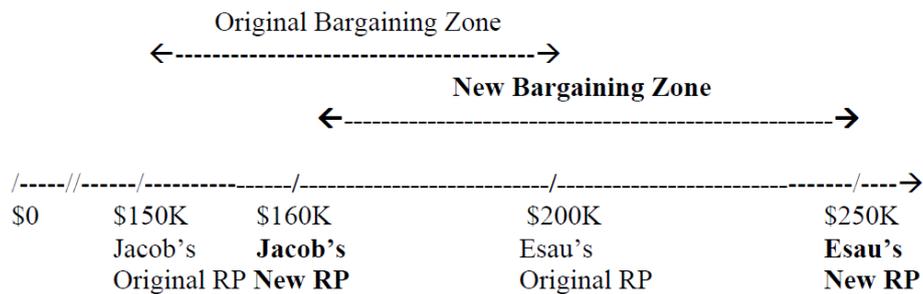


Figura 1.3 KOROBKIN R., *A Positive Theory of Legal Negotiation*, cit., pag.25

<sup>62</sup> Cfr. *ivi*, p. 24 "By seeking to improve their BATNAs, misrepresenting their RPs, and making committing, negotiators attempt to create advantage by truncating the bargaining zone – specifically, by eliminating from the zone possible deal points relatively close to their RPs. Expanding the bargaining zone, however, can also benefit the negotiator by increasing the distance between his RP and the bulk of the possible deal points within the zone. This is because the greater the distance between the eventual deal point and the negotiator's RP, the greater the benefit he derives from reaching a negotiated agreement rather than opting for his BATNA."

<sup>63</sup> Cfr. *ivi* p. 25 "As this example illustrates, the most common integrative bargaining technique is adding issues to the negotiation. By adding the issue of "consulting" to the existing issue of the price of the business itself, the parties are able to define a larger bargaining zone."

<sup>64</sup> Cfr. *ivi* p. 26 "Negotiators can expand the bargaining zone in much the same way by subtracting issues rather than adding them when the seller values a portion of the negotiation's subject matter more highly than the buyer."

- 2) La contrattazione creativa, (definita altrimenti con “creazione di valore” o più semplicemente con “l’ampliamento della torta”) che opera imponendo alle parti una ridefinizione dell’oggetto del negoziato in modo che avvantaggi una parte più di quanto costi all’altra.<sup>65</sup>

Queste tecniche vengono in gioco non solo per spostare la zona di contrattazione, ma in particolar modo quando le parti non abbiano affatto una zona di contrattazione.

La ZOPA ci sarà sempre finché una delle parti non abbandona il tavolo delle trattative, e quindi è connotata da potenzialità. Diversamente la zona di contrattazione non sarà sempre presente nelle contrattazioni, ma solo eventualmente (qualora il PP dell’acquirente sia maggiore del PP del venditore) e sarà dunque onere dei negoziatori andare a crearla.

Finora infatti abbiamo preso in considerazione solo contrattazioni in cui esista una zona di contrattazione e che questa coincida con la ZOPA: prendiamo ora in considerazione in cui ci sia sempre la ZOPA, ma a mancare sia la zona di contrattazione (Figura 1.4).

Supponiamo che Jack voglia vendere la propria automobile ad un prezzo di Euro 15.000 (PP) e che Eddie sia disposto a comprarla per un prezzo non superiore a Euro 9.000 (PP). In questo caso le parti si troveranno davanti a due alternative: lasciare il tavolo delle contrattazioni o fare sì che il divario si appiani. L’esempio mostra che nonostante ci sia una ZOPA, non c’è invece una zona di contrattazione. Per questo motivo interverranno le tecniche sopra viste per fare in modo che i PP delle parti vengano spostati in favore della creazione di una zona di contrattazione.

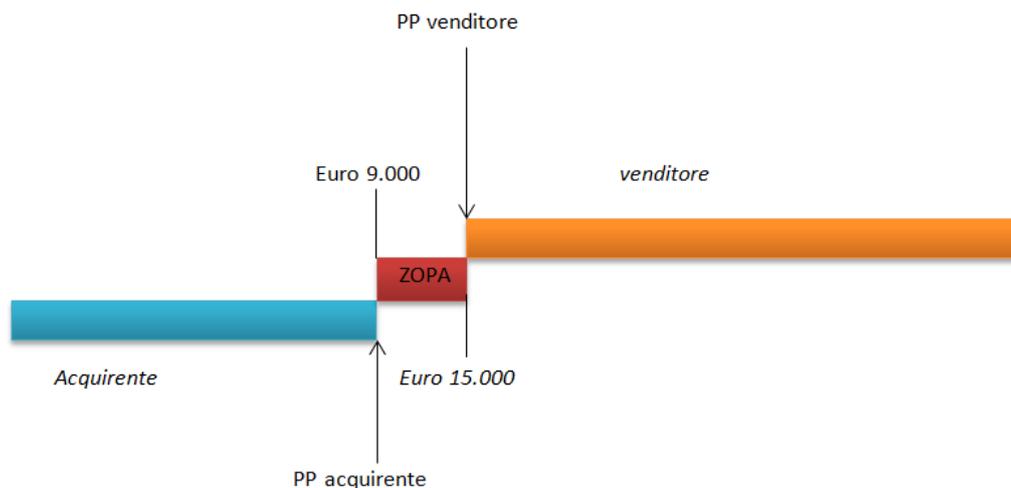


Figura 1.4

<sup>65</sup> Cfr. *ivi*, p. 24 “Also called “creating value” or “expanding the pie,” integrative bargaining requires the parties to redefine the negotiation’s subject matter in a way that benefits one party more than it costs the other.” In merito vedi anche SPANGLER B., *Creating and Claiming Value*. cit.

### 1.1.2.1 Assegnazione di surplus

Abbiamo quindi compreso che con l'individuazione della zona di contrattazione i negoziatori si trovano davanti ad un numero limitato di soluzioni possibili da dare alla negoziazione, cioè i "punti di accordo". Se la zona di contrattazione è costituita da un solo punto, è l'unico punto di accordo possibile.<sup>66</sup>

All'interno della zona di contrattazione sono presenti una serie di potenziali punti di accordo, ed ognuno di essi sarà preso in considerazione dalle parti in quanto migliore rispetto al mancato conseguimento dell'accordo.<sup>67</sup>

Il criterio che i negoziatori utilizzeranno per concordarsi su un unico punto fra quelli compresi nella zona di contrattazione, sarà quello dell'utilizzo delle norme sociali per raggiungere la forma di accordo più consona ad una contrattazione corretta. "Ciò significa che una volta che i negoziatori riconoscono che esiste una zona di contrattazione positiva contenente numerosi punti di accordo possibili, devono concordare su quello che è un modo "corretto" di destinare il surplus cooperativo ed essere d'accordo su un unico punto di accordo."<sup>68</sup>

In ogni caso sarà più conveniente per entrambi rinunciare al proprio BATNA in favore di un accordo che soddisfi entrambi nel rispetto del proprio PP: qualora infatti i negoziatori si trovino davanti ad un punto di accordo superiore al proprio PP, potranno sempre rifiutarsi di concluderlo per motivi di scorrettezza.<sup>69</sup>

Bellantuono<sup>70</sup> indica l'esistenza di strategie con cui è possibile attuare un'*estensione della ZOPA*, sottolineando inoltre che in tal modo si arrecherà vantaggio a favore non solo di una delle parti, ma di entrambe.<sup>71</sup> Tali strategie si caratterizzano per una scomposizione degli interessi delle parti in modo da identificare quelle che possono essere le priorità di ciascuna, per "riconoscere le differenze delle parti e sfruttarle in modo creativo". Una delle modalità di ampliamento della ZOPA è l'attuazione del

<sup>66</sup> *ivi*, p. 28

<sup>67</sup> Cfr. *ibidem* "Through zone definition, negotiators establish a bounded set of possible negotiated outcomes, or "deal points." If the bargaining zone consists of only a single point, it is the only possible deal point. Unless the parties mistakenly believe that there is no bargaining zone at all, they should reach a deal at precisely that point. But in many - perhaps most - cases, where a bargaining zone exists it will include a range of potential deal points. In this situation, every possible deal point is superior to not reaching agreement for each party, or, put in economic terms, every deal point is Pareto superior to no deal. (...)"

<sup>68</sup> Cfr. *ivi*, p. 28 "This part argues that negotiators usually rely on socially constructed norms of reaching agreement based implicitly on conceptions of what constitutes fair dealing. That is, once negotiators recognize that a positive bargaining zone containing numerous possible deal points exists, they must agree on what is a "fair" way to allocate the cooperative surplus by agreeing to a single deal point."

<sup>69</sup> Cfr. *ibidem* "Failure to reach agreement on this issue can, perversely, cause negotiators to fail to consummate a deal even when a positive bargaining zone exists and, consequently, both would be better off striking a deal than pursuing their BATNAs. Negotiators often will refuse to agree to a deal point superior to their RPs if they view that distribution as unfair."

<sup>70</sup> Cfr. BELLANTUONO G., *L'arte e la scienza della negoziazione nella formazione del giurista*, cit., p. 619

<sup>71</sup> *Ibidem* "Si tende, cioè, a ritenere di trovarsi nei cosiddetti giochi a somma zero o negoziazioni del tipo win-lose: qualsiasi vantaggio ottenuto da una parte costituisce una perdita per l'altra."

*problem solving* che vedremo nel capitolo successivo,<sup>72</sup> ma la tecnica principale riguarda l'inserimento di *clausole condizionali*. “Ad esempio, una parte del prezzo può essere agganciata alla redditività dell'impresa nel periodo immediatamente successivo alla cessione. Questo tipo di clausole è frequentemente utilizzato e assolve la funzione di contrastare il *moral hazard*<sup>73</sup> del venditore, ovviamente indotto a trascurare o addirittura danneggiare la società una volta concluso il contratto.”<sup>74</sup>

Nella logica negoziale vengono in gioco anche tecniche cognitive utili per la conclusione del contratto che analizzeremo più avanti.<sup>75</sup>

Bellantuono nel corso della sua dissertazione elenca tre dei più frequenti errori decisionali che si hanno nel corso di una trattativa: effetto di ancoraggio, avversione alle perdite e preferenze egocentriche.<sup>76</sup>

- 1) *Effetto dell'ancoraggio*. Consiste nella “tendenza ad attribuire particolare importanza al primo valore numerico che si incontra nel corso di una trattativa”.<sup>77</sup> È documentato difatti che nel caso il venditore proponga un prezzo di vendita elevato, il compratore ricercherà uno sconto, ma il prezzo finale non sarà troppo distante rispetto al prezzo inizialmente proposto. Questa offerta iniziale consiste in un “punto di ancoraggio”, da cui difficilmente ci si discosterà: maggiore sarà il prezzo posto dal venditore e maggiore sarà la possibilità che questi riesca ad ottenerlo.<sup>78</sup>

In psicologia cognitiva questa risultanza è motivata dal fatto che spesso un prezzo elevato è associato ad un valore rilevante del relativo bene.<sup>79</sup> Ci sarà una probabilità più elevata che si riscontri l'effetto dell'ancoraggio in quelle situazioni in cui la parte si trovi sia con informazioni insufficienti sull'oggetto della contrattazione o sia priva di esperienza nel campo su cui verte la contrattazione. La soluzione sarà affidarsi ad un legale sia per evitare il fallimento delle trattative sia che il cliente sia plagiato dalla controparte.<sup>80</sup>

---

<sup>72</sup> PASCUZZI G., *Giuristi si diventa, come riconoscere e apprendere le abilità proprie delle professioni legali*, cit., p. 193. Vedi ulteriormente in relazione alla tematica del *problem solving* PASCUZZI G., *La creatività del giurista, tecniche e strategie dell'innovazione giuridica*, Torino, Zanichelli, 2013.

<sup>73</sup> Trad. “azzardo morale” o meglio opportunismo in micro-economia

<sup>74</sup> BELLANTUONO G., *L'arte e la scienza della negoziazione nella formazione del giurista*, cit., p. 620

<sup>75</sup> Ivi p. 622 “Se si condivide l'idea di un coinvolgimento più ampio dei legali nella negoziazione, è necessario che la formazione universitaria fornisca gli strumenti necessari per affrontarla in modo consapevole. A questo proposito, gli studi di psicologia cognitiva rappresentano ormai un supporto indispensabile”

<sup>76</sup> Secondo Bellantuono tali errori sono dovuti ad una sempre maggiore tendenza all'utilizzo di euristiche, ossia di strategie decisionali semplificate sia in quanto non sempre è possibile analizzare nel dettaglio la convenienza di un affare, né ottenere tutte le informazioni che consentano di determinare con precisione l'estensione di ZOPA e il BATNA di ogni contraente.

<sup>77</sup> BELLANTUONO G., *L'arte e la scienza della negoziazione nella formazione del giurista*, cit., p. 623

<sup>78</sup> V. anche *overbidding*

<sup>79</sup> BELLANTUONO G., *L'arte e la scienza della negoziazione nella formazione del giurista*, cit., p. 623

<sup>80</sup> Cfr. *ibidem*

- 2) *Avversione alle perdite*. In base a come viene proposta un'offerta il contraente la percepirà come perdita o guadagno, e assumerà un diverso atteggiamento a seconda dei casi. Se il soggetto percepisce l'offerta come perdita ci sarà una minore predisposizione dello stesso ad accettarla, viceversa se come guadagno, propenderà maggiormente verso la conclusione dell'affare. Il punto su cui focalizzare l'attenzione è il modo in cui l'offerta viene presentata, perché se dal punto di vista della convenienza non c'è oggettiva differenza, diventa dirimente il punto di vista soggettivo che si adotta.

Il punto di vista della parte può essere modificato nell'ambito della contrattazione per rendere l'offerta più allettante e farle assumere l'aspetto di guadagno tramite la persuasione o l'aggiunta di informazioni.

Nel caso che il cliente assuma un punto di vista pessimistico classificando l'offerta come perdita è probabile che si tratti, da un prospettiva cognitiva, di una semplice avversione al rischio. Sul piano negoziale essa può essere affrontata con l'inserimento di clausole che tutelino il cliente.<sup>81</sup>

- 3) Ultimo parametro da considerare sono le preferenze egocentriche,<sup>82</sup> tendenzialmente ciascuna delle parti “prenderà in considerazione solo i dati che supportano la sua posizione e gli permettono di reclamare migliori condizioni contrattuali.”<sup>83</sup> Con questa attenzione selettiva si avrà un ulteriore parametro di selezione dell'accordo all'interno della ZOPA talmente preminente da arrivare in taluni casi persino all'eliminazione della ZOPA stessa, se portato all'estremo. In ogni caso “le preferenze egocentriche complicano sia la valutazione dell'estensione della ZOPA sia la scelta dei criteri per la ripartizione del surplus derivante dall'accordo”.<sup>84</sup>

Bellantuono suggerisce il parere di un legale per impedire che le preferenze egocentriche prendano il sopravvento ed impediscano una serena conclusione dell'affare, non solo per una consulenza professionale ma anche per avere un parere oggettivo privo di influenze personali. Per evitare la presenza di preferenze egocentriche all'interno del contratto stesso (con una conseguente squilibrio delle posizioni) è infatti auspicabile inserire clausole scevre da ogni influenza soggettiva, non generali né interpretabili, bensì ponderate oggettivamente su dati di fatto.<sup>85</sup>

---

<sup>81</sup> Cfr. *ivi*, pp. 624-626

<sup>82</sup> Si deve però evidenziare che non necessariamente le preferenze egocentriche devono essere sradicate dalla contrattazione perché, quando moderate, rappresentano le preferenze soggettive della parte e in quanto tali da tenersi in considerazione.

<sup>83</sup> BELLANTUONO G., *L'arte e la scienza della negoziazione nella formazione del giurista*, cit., p. 626

<sup>84</sup> *Ibidem*

<sup>85</sup> *Ivi* p. 623

### 1.1.3 Stile e strategia di negoziazione

Le strategie di negoziazione “sono le tattiche che si possono utilizzare per ottenere il miglior risultato e dipendono da come si vede la negoziazione, da cosa si intende per obiettivo migliore, dal tipo di offerte e concessioni che si è disposti ad accettare”.<sup>86</sup>

Si individuano varie tipologie di strategia, due delle quali riprendono modalità di approccio delle parti che già abbiamo visto in precedenza<sup>87</sup>:

- a- La *strategia competitiva* ha lo scopo di “ottenere il massimo proponendo richieste elevate e non mostrando alcuna propensione a fare concessioni”. Questa tipologia di approccio avvantaggia solo una delle parti ed è efficace solo se si è in grado di esercitare un reale potere intimidatorio.<sup>88</sup>
- b- La *strategia cooperativa* mira a perseguire il miglior risultato conseguibile congiuntamente dalle parti. Qui, a differenza della precedente strategia, non ci si trova in un clima intimidatorio, ma di collaborazione con l'altra parte e quindi più trasparente, per quanto trasparenti si possa essere in una contrattazione.<sup>89</sup>
- c- La *strategia del problem solving* si differenzia dalle precedenti perché non focalizza sul clima che intercorre tra le parti, ma sulla “ricerca di una soluzione creativa che sia congeniale agli interessi delle parti”.<sup>90</sup> In sostanza la ricerca si prefigge come obiettivo la comprensione di quale sia l'interesse di ciascuna parte e la ricerca della soluzione migliore da adottare. Questa strategia, da come si può desumere e come precedentemente affermato, è utile per l'ampliamento dei limiti della ZOPA. Questa modalità ha tuttavia la caratteristica di funzionare solo quando si abbiano tutte le informazioni necessarie e sia adottata da tutte le parti.
- d- La *strategia dell'evitamento* non è da considerarsi una vera e propria strategia negoziale in quanto non ha affatto lo scopo di costruire un accordo. Questa tipologia ha come obiettivo l'evitare che venga in essere qualsiasi progresso appunto eludendo il contatto dell'altra parte (cancellazione degli incontri, rinvii,...).

---

<sup>86</sup> PASCUZZI G., *Giuristi si diventa, come riconoscere e apprendere le abilità proprie delle professioni legali*, cit., P. 195

<sup>87</sup> Cfr. *ivi*, pp. 194-195. Lo stile può essere competitivo quando sia caratterizzato da un comportamento aggressivo da una parte nei confronti dell'altra per il perseguimento del proprio obiettivo. Vedi anche LEGRENZI P., *Siete bravi negoziatori?*, in “L'impresa”, n.3, 2007, pp. 72-77.

<sup>88</sup> Similmente abbiamo visto sopra le tecniche integrative e distributive citate da KOROBKIN R., *A Positive Theory of Legal Negotiation*, cit. e SPANGLER B., *Zone of Possible Agreement (ZOPA)*, cit.

<sup>89</sup> PASCUZZI G., *Giuristi si diventa, come riconoscere e apprendere le abilità proprie delle professioni legali*, cit., pp. 194-195. Lo stile cooperativo, al contrario, denota un atteggiamento di collaborazione nella ricerca di una soluzione che possa essere congeniale ad entrambe le parti. Vedi anche LEGRENZI P., *Siete bravi negoziatori?*, cit., pp. 72-77.

<sup>90</sup> PASCUZZI G., *Giuristi si diventa, come riconoscere e apprendere le abilità proprie delle professioni legali*, cit., pp. 194-195

- e- La *strategia dell'accomodamento* entra in gioco quando si ha a che fare con una parte remissiva, che accetta in modo conciliante le proposte della controparte. Si tratta in buona sostanza di una forma di degenerazione dell'approccio cooperativo.

La domanda che può sorgere spontanea è cosa porti a privilegiare una strategia piuttosto che un'altra. Sono stati individuati vari fattori in merito, quali il modo di approcciarsi della controparte, la volontà delle parti di proseguire con le relazioni, la rilevanza nel raggiungere l'accordo, gli obiettivi, e così via.

Lo stile di negoziazione si definisce con “la *modalità* con cui il negoziatore si rapporta all'altro”<sup>91</sup>, quindi perché i negoziatori siano dei buoni negoziatori devono “considerarsi degli alleati, con interessi diversi, il cui scopo è comunque soddisfare entrambi, magari cercando di ampliare in modo ingegnoso la torta che i vincoli della negoziazione ci hanno presentato inizialmente come entità da spartire”.<sup>92</sup>

La negoziazione è una capacità di cui ogni giurista dovrebbe essere dotato: un buon negoziatore si riconosce dalla capacità di adattare le sue strategie negoziali a seconda del contesto in cui si trovi.<sup>93</sup>

#### **1.1.4 Empatia e assertività**

La negoziazione è un processo connotato da dinamicità, in quanto i soggetti necessitano sia di esprimere le proprie esigenze sia di sentirsi compresi dalla controparte. Soddisfacendo questo bisogno, le parti raggiungeranno l'obiettivo di concludere una negoziazione appagante gli interessi di entrambe, anche se ciò comporterà talora un mutamento radicale delle dinamiche negoziali.<sup>94</sup>

Il negoziatore deve essere dotato di due capacità fondamentali: assertività ed empatia.

- 1) L'assertività è definita come la capacità di comunicare i propri interessi, bisogni ed obiezioni da un punto di vista retorico, il che implica anche il dovere del

---

<sup>91</sup> *Ibidem*

<sup>92</sup> *Ibidem*

<sup>93</sup> Cfr. ROBERTI A., *Negoziare secondo Harvard*, Urgnano, Alessio Roberti Editore, 2005

<sup>94</sup> Cfr. MNOOKIN R., PEPPE S., TULUMELLO A., *Negoziazione per avvocati, Strumenti per la risoluzione efficace delle controversie legali*, cit., p. 77. Similmente Rowley sottolinea il personalismo negli affari commerciali in quanto si fonda sulle relazioni interpersonali e di conseguenza è necessario che il giurista instauri un rapporto di fiducia con il cliente come primo passo perché le soluzioni proposte siano credibili. “Business is personal. It's built on relationships. And relationships are built on trust. Earning trust is step one towards credibility, a condition of effective preventive counsel. Legal issues aren't isolated or labeled. They're part of the warp and woof of the broader fabric of life – dreams, visions, goals and aspirations. Without the wider context, counsel is needlessly limited. Credibility is the key to the big picture.” ROWELEY D., *The Matter with Lawyers: Why is it that people love to hate lawyers? Just what is the matter?*, San Diego, California Western School of Law, 2000 [on line].

giurista di acquisire quelle competenze dialettiche indispensabili per un'efficace comunicazione (verbale e non verbale).<sup>95</sup>

L'assertività è un comportamento che si pone ad un'equa distanza tra il "comportamento combattivo" in cui si arriverà persino a violare i diritti altrui, sia dal "comportamento remissivo" in cui c'è una mancanza di rispetto per sé.

Essere assertivi non significa porre la propria posizione con violenza, ma "individuare i propri interessi, saperli esporre con chiarezza alla controparte, discutere, se necessario, e avere una sicurezza tale da esplorare argomenti che l'altra parte preferirebbe ignorare."<sup>96</sup>

- 2) Il negoziatore deve inoltre essere in grado di utilizzare l'empatia, la capacità di dimostrare di comprendere correttamente i bisogni, interessi e punti di vista della parte, pur senza necessariamente dividerli.<sup>97</sup>

È importante notare come ci siano due componenti in questa concezione di empatia:

- *Assunzione di prospettiva*. È la capacità di assumere la visione di insieme dell'altro negoziatore (in sostanza "vestire i suoi panni").
- *Non giudizio*. consiste nel comprendere la prospettiva dell'altro senza esprimere giudizio e consentendo la correzione.<sup>98</sup>

In questo senso possiamo definire l'empatia come una "modalità di osservazione neutrale",<sup>99</sup> un modo per accostarsi all'altro senza coinvolgimento di alcun genere né con giudizio su quanto l'altro ci espone. Il soggetto che non si trovi né in accordo né in disaccordo con l'altro può assumere al meglio l'ottica del soggetto con cui si rapporta.<sup>100</sup>

Con riguardo ad un'efficace comunicazione, empatia ed assertività sono le facce della stessa medaglia. Quando due persone riescono a comunicare e soprattutto a capirsi si giungerà più agevolmente alla soluzione dei problemi.

---

<sup>95</sup> MNOOKIN R., PEPPET S., TULUMELLO A., *Negoziazione per avvocati, Strumenti per la risoluzione efficace delle controversie legali*, cit., p. 77. L'assertività è definita come "affermazione dei propri bisogni, interessi e punti di vista"

<sup>96</sup> *Ivi*, p. 74

<sup>97</sup> Più precisamente "nell'ambito della negoziazione, definiamo empatia il processo con cui si manifesta di comprendere in modo corretto e non giudicante i bisogni, gli interessi e il punto di vista della controparte." MNOOKIN R., PEPPET S., TULUMELLO A., *Negoziazione per avvocati, Strumenti per la risoluzione efficace delle controversie legali*, cit., p. 74.

Vedi anche in merito PASCUIZZI G., *Giuristi si diventa, come riconoscere e apprendere le abilità proprie delle professioni legali*, cit. e POHJONEN S., *Is it correct or does it work? Business contracting as an example*, San Diego, California Western School of Law, 2000 [on line]

<sup>98</sup> Cfr. MNOOKIN R., PEPPET S., TULUMELLO A., *Negoziazione per avvocati, Strumenti per la risoluzione efficace delle controversie legali*, cit., p. 74

<sup>99</sup> *Ibidem*

<sup>100</sup> Cfr. *Ibidem*

In merito ad empatia ed assertività ci sono tre considerazioni da fare legate alla risoluzione di problemi (*problem solving*):

- Quando le parti dispongono al meglio di empatia ed assertività si ha un migliore funzionamento delle negoziazioni.
- Le negoziazioni approderanno più facilmente a risultati soddisfacenti se la parte gestisce empatia ed assertività anche qualora la controparte abbia una idea diversa.
- Negli ambiti negoziali concernenti la “creazione e distribuzione di valore”, empatia ed assertività vengono in gioco per agevolare il raggiungimento di una soluzione.<sup>101</sup>

Il rilievo che empatia ed assertività assumono è anche confermato dalle ricerche per cui in ambito negoziale chi riesce a mettersi nei panni della propria controparte riuscirà a conseguire accordi migliori rispetto a chi non applica questi due metodi.<sup>102</sup> Quanto indicato è confermato sempre da ricerche che hanno riportato una speciale avventatezza delle parti nel trarre le conclusioni sulle motivazioni addotte dall'altra parte a causa della ristrettezza di informazioni che si trovano ad avere e pertanto le conclusioni che trarranno non potranno che essere erranee.<sup>103</sup>

Il ciclo dell'empatia consiste nello strumento principe all'interno di una contrattazione per dimostrare di aver compreso la posizione della propria controparte e il riproporre quanto illustrato consente non solo all'interlocutore di rispondere ma anche la creazione di un'armonia contrattuale che diversamente sarebbe difficile da conseguire.<sup>104</sup>

---

<sup>101</sup> Cfr. *Ibidem*

<sup>102</sup> MNOOKIN R., PEPPE S., TULUMELLO A., *Negoziazione per avvocati, Strumenti per la risoluzione efficace delle controversie legali*, cit., p. 94 Nella loro opera, gli autori individuano il *ciclo dell'empatia* come metodo cognitivo fondamentale per potere giungere ad una serena conclusione della negoziazione, e dividono tale ciclo in quattro step o stadi principali:

- 1) La parte deve porre domande su un argomento o una questione
- 2) La controparte, se nel rispondere non sarà sintetica, approfondirà anche le questioni in merito che vuole fare emergere e di cui ritiene necessario mettere a conoscenza la parte per poter far comprendere al meglio il proprio punto di vista. Si potrà quindi passare allo step successivo
- 3) La parte ripropone il punto di vista fornitogli dalla controparte mostrando di avere compreso quanto gli sia stato comunicato.
- 4) A questo punto la controparte confermerà quanto ripetuto dalla parte. “in caso contrario si dovrà tornare al 1 stadio fino a che non avremo ottenuto la convalida della nostra interpretazione da parte della controparte.”

“In altre parole, rimandate ciclicamente al vostro interlocutore la comprensione del suo punto di vista. Se risponde al vostro rilancio dicendo che l'avete frainteso, consideratelo un ritorno al secondo stadio e ripetete ciò che avete detto.”

Sempre sull'argomento vedi anche PASCUIZZI G., *Giuristi si diventa, come riconoscere e apprendere le abilità proprie delle professioni legali*, cit.

Per il Ciclo dell'empatia così come ideato da Mnookin, Peppet e Tulumello, vedi in appendice Figura a.

<sup>103</sup> MNOOKIN R., PEPPE S., TULUMELLO A., *Negoziazione per avvocati, Strumenti per la risoluzione efficace delle controversie legali*, cit., p. 76

<sup>104</sup> Cfr. *ivi*, p. 94. Vedi anche MENKEL-MEADOW C., *When Winning Isn't Everything: The Lawyer As Problem Solver*, in *Hofstra Law Review*, vol.28, January 2000, p. 921

## 1.2 Il notaio nell'autonomia contrattuale

Il notaio è una figura che contraddistingue buona parte degli ordinamenti di *civil law* e che nel corso degli anni ha acquisito in Italia una sempre maggiore importanza come interprete del diritto.

Il notaio infatti è stato chiamato ad assolvere funzioni che ben sono lontane da quello di mero certificatore che aveva all'inizio del secolo scorso,<sup>105</sup> dovendo ben spesso andare a risolvere problematiche che richiedono l'applicazione di creatività e che lo portano ad essere un vero e proprio *problem solver*, un risolutore di problemi.<sup>106</sup>

La figura del notaio ha quindi acquisito delle caratteristiche di dinamicità che lo hanno condotto non solo a comprendere la legge, ma ad entrare in essa: “Tutta l'attività del notaio oggi tende a soddisfare l'esigenza di interesse generale che consiste nel dare certezza al negozio giuridico prima ancora che al documento.”<sup>107</sup>

Le parti si pongono come principale finalità “di dare una cornice giuridica a un assetto predeterminato di interessi fissando i conseguenti diritti e obblighi. Le parti stipulano negozi giuridici per risolvere problemi: perché l'ordinamento appresti una serie di tutele per l'ipotesi in cui qualcuno disattenda l'accordo che le parti ritengono più confacente a risolvere il problema stesso.”<sup>108</sup>

Il negozio giuridico si pone quindi come lo strumento principe di *problem solving* che le parti hanno a disposizione per dare un sicuro assetto ai propri interessi e fondamentale in tale senso è l'apporto di tecnici del diritto, quale il notaio.

In base al secondo comma dell'art.47 della legge sull'“Ordinamento del notariato e degli archivi notarili”,<sup>109</sup> il notaio è tenuto alla ricerca e comprensione della volontà delle parti e soprattutto degli obiettivi che si sono posti. Sotto questo punto di vista il notaio si pone come un *problem solver*, in quanto il soggetto predisposto dalla legge stessa a ricercare il migliore mezzo con cui le parti possano dare una cornice giuridica ai propri interessi.<sup>110</sup>

<sup>105</sup> Cfr. D'AURIA E., *Il negozio giuridico notarile tra autonomia privata e controlli*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 1

<sup>106</sup> La figura del notaio attualmente ha una duplice natura intrinseca: quella di pubblico ufficiale e quella di libero professionista, con la prevalenza di questa seconda sulla prima. “La collettività assegna [al notaio] ogni giorno nuovi compiti e funzioni, che sovente trascendono i limiti propri della professione, certa del carattere di assoluta imparzialità e terzietà rispetto agli interessi la cui tutela e perseguimento le sono affidati.” Cfr. *ibidem*

<sup>107</sup> Cfr. *ibidem*

<sup>108</sup> Cfr. PASCUZZI G., *Giuristi si diventa, come riconoscere e apprendere le abilità proprie delle professioni legali*, cit., pp. 87 ss.

<sup>109</sup> Art.47, l. 16 febbraio 1913 n. 89

“1. L'atto notarile non può essere ricevuto dal notaio se non in presenza delle parti e, nei casi previsti dall'articolo 48, di due testimoni.

2. Il notaio indaga la volontà delle parti e sotto la propria direzione e responsabilità cura la compilazione integrale dell'atto.”

<sup>110</sup> Cfr. PASCUZZI G., *Giuristi si diventa, come riconoscere e apprendere le abilità proprie delle professioni legali*, cit., pp. 87 ss. L'autore esemplificando riferisce *ibidem* “Di volta in volta potrà essere la definizione di assetti proprietari in vista di future successioni, la creazione dei soggetti giuridici più

I problemi sono il fulcro dell'attività del giurista, in particolar modo del notaio, che plasmerà strumenti nuovi, ma anche già esistenti, con cui poi si potrà concretizzare la volontà delle parti.<sup>111</sup>

Il notaio vede riunire in sé quindi una serie di ruoli che lo rendono una figura sempre più complessa ed eterogenea, passando dall'attività di certificatore a quella di consulente che, "unite alla funzione di adeguamento all'ordinamento giuridico della volontà delle parti ed anti-processuale, fanno sì che il notaio, nella pratica quotidiana degli studi, assurga ad artefice dello sviluppo del diritto positivo in funzione degli interessi che ad un tempo sono propri dei privati e della collettività."<sup>112</sup>

L'art.27, 1° comma della legge notarile indica che: «Il notaio è obbligato a prestare il suo ministero ogni volta che ne è richiesto» con il limite indicato dall'art.28 sempre della legge notarile per cui il notaio non riceverà o autenticherà atti che siano «(...) espressamente proibiti dalla legge, o manifestamente contrari al buon costume o all'ordine pubblico».<sup>113</sup> Questa norma è stata inserita sia per consentire al notaio di non prestare il proprio servizio laddove vi siano ipotesi di atti *contra legem*, contrari al buon costume ed all'ordine pubblico, sia, in senso lato, di impedire al notaio di decidere in casi in cui non è certo vi sia la rispondenza al diritto garantendo così alle parti la certezza giuridica che deve conferire il suo ministero.<sup>114</sup>

---

idei a gestire un'attività di impresa (attraverso, ad esempio, fusioni o scissioni) e così via." Similmente, vedi anche MENKEL-MEADOW C., *When Winning Isn't Everything: The Lawyer As Problem Solver*, cit., p.915

<sup>111</sup> Cfr. PASCUIZZI G., *Giuristi si diventa, come riconoscere e apprendere le abilità proprie delle professioni legali*, cit., p. 87

<sup>112</sup> D'AURIA E., *Il negozio giuridico notarile tra autonomia privata e controlli*, cit., p. 1

<sup>113</sup> Art.28, l. 16 febbraio 1913 n. 89 "Il notaio non può ricevere o autenticare atti:

1. se essi sono espressamente proibiti dalla legge, o manifestamente contrari al buon costume o all'ordine pubblico;

2. se v'intervengano come parti la sua moglie, i suoi parenti od affini in linea retta, in qualunque grado, ed in linea collaterale, fino al terzo grado inclusivamente, ancorché v'intervengano come procuratori, tutori od amministratori; IRTI N., s.v. Decodificazione. in *Digesto delle Discipline Privatistiche: sezione civile*, Vol. V, Utet, Torino, 1989, pp. 142 ss.

3. se contengano disposizioni che interessino lui stesso, la moglie sua, o alcuno de' suoi parenti od affini nei gradi anzidetti, o persone delle quali egli sia procuratore per l'atto, da stipularsi, salvo che la disposizione si trovi in testamento segreto non scritto dal notaio, o da persona in questo numero menzionata, ed a lui consegnato sigillato dal testatore (1).

Le disposizioni contenute nei numeri 2 e 3 non sono applicabili ai casi d'incanto per asta pubblica.

Il notaio può recusare il suo ministero se le parti non depositino presso di lui l'importo delle tasse, degli onorari e delle spese dell'atto, salvo che si tratti di persone ammesse al beneficio del gratuito patrocinio, oppure di testamenti.

(1) Comma così modificato dal comma 1 dell'art. 12, L. 28 novembre 2005, n. 246."

<sup>114</sup> Cfr. D'AURIA E., *Il negozio giuridico notarile tra autonomia privata e controlli*, cit., p. 9. A riguardo la sentenza Tribunale di Verbania, 21 aprile 1997, in *Riv. not.*, 1997, p. 1221, ha disposto che "L'articolo 28 della l. 16 febbraio 1913 n. 89, nel disporre che il notaio non può ricevere atti che siano "espressamente proibiti dalla legge", deve essere interpretato nel senso che la proibizione espressa può essere ricavata anche da un orientamento dottrinale o giurisprudenziale consolidato. Viceversa, il divieto deve ritenersi inapplicabile ove lo stesso sia desumibile soltanto in via di interpretazione analogica di una determinata norma, e, più in generale, nelle ipotesi in cui la proibizione sia il frutto di una elaborazione dottrinale e/o giurisprudenziale non consolidata.", andando pertanto quindi ad indicare che la proibizione

“La *ratio* dell’art.28 è evidente: lo Stato delega una funzione pubblica certificativa il cui scopo è di dare certezza giuridica alla contrattazione privata, e non può pertanto consentire che detta funzione venga utilizzata per contrastare le finalità dell’ordinamento giuridico, assecondando fini privatistici che si pongono in contraddizione con l’ordinamento stesso. «Come non è possibile che i privati pongano in essere un negozio privo di effetti per l’ordinamento e quindi nullo, così non è possibile che sia utilizzata un’apparente certezza legale (l’atto pubblico) per dare dignità ordinamentale ad un assetto che neppure sul piano privatistico ha effetto.»<sup>115</sup>

Un tema che ha sollevato molte questioni riguarda l’equiparazione di atto pubblico e scrittura privata autenticata. Una parte della dottrina notarile è favorevole all’equiparazione da cui ne discende l’applicabilità alla scrittura privata autenticata dell’art.28 della Legge Notarile con conseguente estensione della responsabilità disciplinare del notaio<sup>116</sup>. Altra parte della dottrina notarile si è espressa in senso contrario all’equiparazione di scrittura privata autenticata ed atto pubblico, visto che per primo il Legislatore ne sottolinea la distinzione dedicando alle tre diverse tipologie di atti tre distinti articoli,<sup>117</sup> oltre al fatto “«il ricevere atti» è cosa ben diversa sotto il profilo logico e giuridico dell’autenticare sottoscrizioni”.<sup>118</sup> Resta ferma l’estraneità del notaio alla formazione della volontà delle parti nella scrittura privata autenticata limitandosi al ruolo di certificatore per l’apposizione delle firme al documento stilato dalle parti, andando pur sempre ad attuare quei controlli relativi alla capacità e generalità delle parti, ai rappresentanti delle parti (se ve ne sono) ed alla non contrarietà dell’atto alle norme di ordine pubblico e di buon costume.<sup>119</sup>

---

sia ricavabile da orientamenti di dottrina e giurisprudenza consolidati escludendo del tutto l’ipotesi di applicabilità di interpretazione in via analogica di una norma.

Questo concetto è poi stato specificato nella sentenza Corte di Appello di Torino, 17 luglio 1997, in *Riv. not.*, 1997, p. 1221 “Non si ha violazione dell’articolo 28 n. 1 della legge notarile nell’ipotesi in cui il divieto di ricevere un atto non sia desumibile dall’espressa lettera della legge, ma sia ricavabile solo interpretativamente; ciò in quanto lo stesso articolo 28 richiede che l’atto sia “espressamente proibito dalla legge”. Per le maggiormente gravi ipotesi di contrasto con il buon costume e l’ordine pubblico, è sufficiente che la contrarietà sia desumibile da una interpretazione extraletterale delle norme giuridiche, purché si tratti di un orientamento, dottrinale e giurisprudenziale, consolidato al punto da rendere “manifesta” la detta contrarietà”. quando ci troviamo davanti ad un *atto proibito dalla legge*, il suo essere proibito sarà desumibile interpretativamente dalla legge, quando si tratti invece di *atti contrari a buon costume ed ordine pubblico* si dovranno seguire gli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali consolidati. Sempre in merito all’art.28 vedi anche CASU G., SICCHIERO G., *La legge notarile commentata*, Torino, Utet, 2010, pp. 150 ss.

<sup>115</sup> D’AURIA E., *Il negozio giuridico notarile tra autonomia privata e controlli*, cit., p. 9

<sup>116</sup> Cfr. *ivi*, p. 11

<sup>117</sup> artt. 2699, 2700, 2702 e 2703 c.c. per atto pubblico, scrittura privata, scrittura privata autenticata.

<sup>118</sup> D’AURIA E., *Il negozio giuridico notarile tra autonomia privata e controlli*, cit., p. 11

<sup>119</sup> *Ibidem*

### 1.3 Decodificazione

Natalino Irti tratta di un fenomeno che ha preso piede esponenzialmente nel nostro ordinamento soprattutto nell'ultimo ventennio: la decodificazione.<sup>120</sup>

Per decodificazione si intende “il venir meno della tradizionale previsione di disciplina di tutti gli interessi ritenuti meritevoli di tutela in un unico testo normativo, a seguito del subentrare di altre fonti”.<sup>121</sup>

Il nostro ordinamento, così come tutti gli ordinamenti europei, è stato soggetto all'età della Codificazione, a partire dall'entrata in vigore del Code Napoléon fino ai primi anni del Novecento. Questo periodo è stato interrotto da un susseguirsi di un numero sempre maggiore di leggi speciali che hanno portato “alla crisi dell'unità sistematica del diritto privato. Il codice è il simbolo della *stabilità* e dell'*unità*; le leggi speciali, del *movimento* e della *frantumazione*.”<sup>122</sup>

Si identifica una duplice natura da attribuire alla decodificazione: quello descrittivo-fenomenologico e quello costruttivo-metodologico. Se la prima attiene al prendere atto di un periodo storico che stiamo ancora vivendo, costellato da un numero sempre maggiore di leggi speciali che vanno a snaturare l'essenza del codice, il secondo si interroga su quelle che possano essere le conseguenze di questo fenomeno. Ovvero “se la «specialità» abbia ormai assunto una nuova e diversa accezione; se, in talune materie e per talune categorie di istituti, il codice abbia semplice funzione di disciplina residuale; se l'analogia debba profittare dell'intrinseca fertilità delle norme speciali; se il linguaggio e l'ufficio del giurista siano da rimediare; infine, se la sistematica nasconda un oscuro e irrazionale bisogno di ordine.”<sup>123</sup>

L'età liberale<sup>124</sup> si differenziava da quella decodificativa per il sistema codice-centrico.

Lo Statuto Albertino impediva una gerarchia tra le norme costituzionali e le norme ordinarie e, di conseguenza, il Codice Civile nella sua certezza costituiva il vertice del sistema. Per quanto attiene alle leggi che non si inserivano nel Codice Civile, esse erano riconducibili a due macro-categorie: le leggi speciali e le leggi eccezionali.

Le leggi speciali consistevano nell'applicazione di principi già precisati nel codice: con *speciale* si intendeva più che altro il carattere *specificante* di tali leggi, tanto che era ad esse applicabile sia l'*analogia legis* che quella *juris*. Le leggi eccezionali invece “segnano la rottura con principi del Codice Civile”,<sup>125</sup> ma senza che fosse

<sup>120</sup> Sempre sull'argomento vedi anche IRTI N., *L'età della decodificazione*, Milano, Giuffrè, 1999.

<sup>121</sup> V. Cass., 11 maggio 2009, n.10741, in *Foro it.*, 2010, I, p. 141

<sup>122</sup> IRTI N., s.v. Decodificazione. in *Digesto delle Discipline Privatistiche: sezione civile*, cit., p. 142

<sup>123</sup> *Ibidem*

<sup>124</sup> Secondo Irti è l'età che si chiude nel 1914 *ndr.*

<sup>125</sup> Cfr. IRTI N., s.v. Decodificazione. in *Digesto delle Discipline Privatistiche: sezione civile*, cit., p. 143

consentita l'applicazione delle due tipologie di analogia, limite nell'art.4 disp. prel. c.c., che ne vietava l'estensione «oltre i casi e tempi in esse espressi».<sup>126</sup>

Con questa demarcazione, la legge eccezionale non poteva porsi come strumento per l'introduzione di nuovi principi o di principi contrastanti con il codice. L'art.4 preservava così la supremazia del Codice Civile rispetto a possibili dannose interpolazioni. L'unica modalità con cui era possibile allargare le maglie del codice era data dall'interpretazione estensiva (concessa anche per le leggi eccezionali, seppur parzialmente).

Così come disegnato, il sistema era “unitario e definito: al centro il Codice Civile, che, mediante le leggi speciali, irradiava i propri principi in particolari settori o categorie di casi. Le leggi eccezionali sono brevi ed effimere rotture, arginate dal divieto di analogia dell'art.4.”<sup>127</sup>

La vera rottura avvenne negli anni di quiete tra i due conflitti mondiali, quando lo Stato entrò nell'economia approntando una serie di rilevanti e durature leggi eccezionali perdendo quindi la loro connotazione di eccezionalità che avevano precedentemente.

I primi sentori che si sono avuti di quello che sarebbe accaduto a questa specifica tipologia di norme, era già ravvisabile nelle leggi eccezionali in quanto introducevano nella realtà nuovi principi che si sarebbero consolidati e radicati nel tempo.<sup>128</sup>

Persino le leggi speciali mutarono la loro natura di norme che vanno a specificare altre norme già presenti nel codice, introducendo invece altri principi che “eccedono e trascendono i principi del Codice Civile. (...) le leggi speciali non si presentano più come semplici svolgimenti del Codice Civile, ma sono in grado di esprimere principi autonomi e perciò di fornire i mezzi di auto-integrazione del sistema.”<sup>129</sup>

A partire dagli anni Cinquanta si prende atto di due fenomeni:

- a) “Che il Codice Civile non è più in grado di garantire l'unità del sistema;
- b) Che tale garanzia va ricercata al di fuori del Codice Civile, mediante il ricorso a più alti livelli normativi”<sup>130</sup>

La priorità diventa quella di ricercare l'unità del sistema non tanto cercando di far tornare leggi eccezionali e leggi speciali negli argini, ma adottando un diverso tipo di approccio. La risposta a questo problema si ebbe non cercando di dare una gerarchia

---

<sup>126</sup> Cfr. *ibidem*

<sup>127</sup> *Ibidem*

<sup>128</sup> Cfr. *ibidem* “Lo sfondo storico di questi fenomeni è in un diverso rapporto tra legge e società civile: la legge non guarda più al «cittadino», al destinatario neutro e indifferenziato (il «chiunque» delle proposizioni normative), ma a specifici gruppi ed a definite categorie di interessi. Le leggi si presentano ormai come statuti di gruppi sociali (...). La tutela di singole categorie di interessi richiede leggi apposite (...), ed esprime logiche settoriali, ossia criteri e forme di disciplina congruenti con la materia regolata. Età, dunque, di particolarismo legislativo, che tuttavia non vede conflitti fra diritto statale e diritto di altre fonti, ma registra l'emergere di interessi diversi da quelli tutelati nel Codice Civile ed il congiunto moltiplicarsi di discipline di settore.”

<sup>129</sup> *Ibidem*

<sup>130</sup> *Ibidem*

alle fonti ponendo la distinzione tra norme ordinarie e norme costituzionali, ma tra “principi generali di diritto e criteri ermeneutici.”<sup>131</sup>

Dall’entrata in vigore della Costituzione ad oggi le leggi speciali hanno iniziato ad avere un ruolo quasi dominante nel nostro sistema, in special modo, dopo avere abbandonato la tecnica di introduzione di norme sopravvenute direttamente nello stesso Codice Civile, sostituita dalla tecnica delle *leggi decodificanti*, “leggi speciali, a cui viene affidata la disciplina di materie già contenute nel codice (per un esempio, il cosiddetto «statuto dei lavoratori», l. 20.5.1970, n.300) o rientranti nei suoi tradizionali confini”.<sup>132</sup>

L’età della *decodificazione*, ancora in atto, si caratterizza per il ruolo preponderante delle leggi speciali che si pongono su di un binario parallelo rispetto al codice e, data la loro dinamicità, lo privano di contenuti relegandolo alle gestione delle discipline generali.

L’autore nel prosieguo della sua trattazione, sostiene che è stato proprio dall’entrata in vigore della Costituzione che si è assistito ad un’evoluzione decisiva delle leggi speciali, che sono passate dall’essere temporanee al consolidarsi nel nostro ordinamento, precludendo definitivamente la possibilità del Codice Civile di tornare alla centralità originariamente assegnatagli.<sup>133</sup>

Il sistema, con l’entrata della Costituzione, si consolida maggiormente nella struttura piramidale, ponendo la Costituzione al suo vertice, mentre codice, leggi speciale ed ordinarie sono state tutte poste ad un pari livello. In questo modo la ricerca di unità del sistema viene trovata grazie alla gerarchia delle fonti e soprattutto con il porre la Costituzione nel ruolo di *vigil* rispetto alle norme del codice ed alle leggi speciali.

L’entrata della gerarchia delle fonti sancisce definitivamente il passaggio dal “mono-sistema, correlativo alle strutture del Codice Civile, svolto secondo il disegno e le partizioni di esso (...); [ad un] poli-sistema, come quadro d’insieme, o cornice di principi, in cui si iscrive una pluralità di micro-sistemi e di logiche di settore.”<sup>134</sup>

La domanda è da porsi quando si cada nell’ipotesi in cui la tutela non derivi né da una legge speciale né da una precisa norma dell’ordinamento. In questo caso l’art.12 delle preleggi ha previsto che intervengano *analogia legis* ed *analogia juris*, strumenti predisposti all’ “auto-integrazione del sistema”, dando così una *chance* di tutela a quelle

---

<sup>131</sup> *Ivi*, p. 144. “La Carta del lavoro non entra in gioco soltanto in sede di analogia juris – quando, fallita l’analogia legis, il caso rimanga ancora dubbio (art.12, 2°co., disp. prel. c.c.) –, ma in ogni fase del processo di interpretazione ed applicazione del diritto (...). Essa permea l’intera esperienza giuridica, e perciò può garantire l’unità di un sistema che ha perduto l’antico punto di gravità. Se il moto centrifugo allontana le leggi speciali dal Codice Civile, e ne fa corpi autonomi ed erranti, la Carta del lavoro riconduce le une e l’altro in un quadro di principi comuni e unitari.”

<sup>132</sup> *Ibidem*

<sup>133</sup> Cfr. *ibidem*

<sup>134</sup> *Ivi*, p. 145

fattispecie che non trovano riscontro né nel codice né nelle leggi speciali.<sup>135</sup> Ma lo strumento analogico è causa di un'ulteriore frammentazione del nostro ordinamento accanto alla proliferazione delle leggi speciali.

Ulteriore distinzione da porre è quella tra principi costituzionali e principi generali delle leggi speciali, o meglio le leggi attuatrici.

I principi costituzionali sono parametro di legittimità delle norme ordinarie e segnano i limiti ed i confini della validità di queste ultime. I principi generali delle leggi speciali hanno invece la funzione di integrare il sistema laddove vi siano delle lacune.<sup>136</sup>

Dagli indirizzi programmatici presenti nella Costituzione, nascono i principi generali del diritto privato, ossia criteri generali che costituiscono lo strumento di unificazione del complesso di norme presenti nel nostro ordinamento e che disciplinano pertanto istituti o materie nel loro complesso.<sup>137</sup> Laddove quindi fallisca l'*analogia legis*, ricorreranno i principi generali di diritto privato a disciplinare il caso non regolato.<sup>138</sup>

Quando il conflitto sia tra principi generali di tipologia diversa, ossia tra principi del Codice Civile e quelli delle leggi speciali attuatrici, il Codice Civile avrà una funzione residuale a riguardo.<sup>139</sup>

---

<sup>135</sup> *Ibidem*. Art.12 disp. prel. Cod. «Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato». Inoltre «Così riconosciuta una somiglianza (rilevante) tra il caso regolato e il caso non regolato, cioè un'identità di ratio. La norma speciale verrà estesa al caso non previsto: «ubi eadem ratio, ibi eadem juris dispositio». Ai fini dell'*analogia legis*, essa si comporta come qualsiasi altra norma (non penale e non eccezionale) dell'ordinamento dato.

L'individuazione della ratio legis specialis – dell'id propter quod lex (specialis) lata est, et sine quo lata non esset – va condotta secondo i criteri già accennati: risalendo al principio di genere – contenuto nella costituzione, nel Codice Civile, o anche in un altro microsistema –, e misurandolo sulla particolarità dei casi regolati. (...)

Se il caso non regolato mostrerà di aver in comune con il caso regolato la ratio così definita, allora la legge speciale si applicherà anche al caso non previsto. Il caso non regolato cerca nell'ordinamento una somiglianza (rilevante) con un caso già regolato, e può trovarla in uno qualsiasi dei microsistemi, che, sotto questo profilo, appaiono intercomunicanti ed aperti l'uno verso l'altro.

Il problema si fa più arduo quando la legge speciale (di portata consolidatrice) assume di disciplinare una materia o un gruppo organico di istituti, già regolati dal Codice Civile. (...) Nasce allora il dubbio se il caso non previsto debba essere regolato mediante l'estensione analogica delle norme speciali, o se invece rientri immediatamente sotto la disciplina del Codice Civile (in quest'ultima ipotesi non si darebbe, a rigore, un «caso non previsto»)

<sup>136</sup> Cfr. *ivi*, p. 148. «I secondo, e soltanto essi, adempiono la funzione integrativa del sistema: le norme attuatrici, già suscettibili di analogia legis, esprimono i principi generali utilizzabili in sede di analogia juris. Si tratta di due gradi di un medesimo procedimento: in tanto una norma è estensibile dal caso previsto ad un caso non previsto, in quanto traduca ed applichi una «regola più generale inespressa», la regola, appunto, che l'interprete scopre ed utilizza nell'esercizio dell'*analogia juris*».

<sup>137</sup> Cfr. *Ibidem*. «[esempio di] principio generale della legge speciale, o legge attuatrice, è la determinazione autoritativa del canone nelle locazioni d'immobili urbani (artt. 12 ss., l. 27-7-1978, n.392)»

<sup>138</sup> *ibidem*. «Essi si troveranno nel Codice Civile o nelle leggi (speciali) attuatrici di indirizzi e programmi costituzionali.»

<sup>139</sup> Cfr. *ibidem*.

In questo contesto si può ben capire come sia cambiata la figura del giurista nel corso del tempo. Il passaggio, come abbiamo visto, è stato da un sistema incentrato sul Codice Civile e da cui si irradiavano le leggi, ad un sistema più ampio di istituti e materie, i cui limiti sono segnati dai principi costituzionali. È da notare che con la perdita della centralità del Codice Civile, ci sia stata anche una liberalizzazione del linguaggio giuridico, introducendo neologismi e terminologie tecniche proprie di altri ambiti. Il Codice Civile quindi necessita di un supporto esterno, di “adeguati strumenti di lettura”<sup>140</sup> per decifrare i nuovi testi normativi.

In questo contesto la figura del giurista passa dallo “studioso enciclopedico del diritto privato”<sup>141</sup> all’esperto di determinati ambiti, di determinate branche civilistiche, “l’«esperto» delle singole leggi speciali, di leggi, che continuiamo a designare come «speciali» per suggestione o nostalgia del primato storico del Codice Civile, ma che costituiscono autonomi ed organici sistemi di norme.”<sup>142</sup> Con la frantumazione del diritto, si frammenta anche la figura del giurista che diviene quindi un perito di una determinata branca civilistica, chiamato e limitato quindi ad essere esperto solo di un certo numero di leggi.

Se in età liberale il Codice Civile rappresentava anche una panoramica significativa della società e poneva il giurista come “artefice e realizzatore”<sup>143</sup> di questa visione, il giurista nell’età della decodificazione è relegato al mero ruolo di interprete, di “personaggio secondario e piuttosto scomodo”<sup>144</sup> chiamato piuttosto ad un apporto tecnico, mentre il ruolo di artefici è lasciato a coloro che detengono il vero potere decisionale.

La figura del giurista, ed in particolar modo del notaio, ha subito una rapida e radicale metamorfosi negli ultimi anni, portandolo ad essere un esperto di ambiti che trascendono la mera conoscenza normativa, ricercando strumenti anche nell’ambito dell’analisi economica del diritto e della psicologia cognitiva.

---

<sup>140</sup> *Ibidem*

<sup>141</sup> *Ibidem*

<sup>142</sup> *Ibidem*

<sup>143</sup> *Ibidem*

<sup>144</sup> *Ibidem*