



**Noi non abbiamo paura di portare le parti sull'orlo della scogliera. Decidano loro se saltare o fare altro. Se le teniamo distanti dalla scogliera, faranno di tutto per arrivarci.**

Il modello operativo di mediazione che Quadra sta perseguendo vede le parti ed i loro consulenti al centro del procedimento, più che il mediatore o interessi terzi del sistema.

Ci siamo chiesti come il mediatore potesse realmente *aiutare* le parti a gestire la situazione conflittuale in cui si trovano e siamo giunti alla conclusione che né l'approccio valutativo né quello facilitativo *problem solving* fossero i più adatti. Ai nostri mediatori chiediamo un passo in più: metter in grado le parti di affrontare da sé le questioni ed assumere decisioni conseguenti. È quello che è conosciuto come approccio trasformativo, perché il suo fine è di aiutare le parti a trasformare la visione del conflitto che hanno per poter poi trovar loro soluzioni allo stesso (se ve ne sono ...). Di qui l'immagine potente della scogliera citata nel titolo, evocata da B. Bush.

La mediazione trasformativa è poco usata nel campo delle liti commerciali perché, per varie ragioni storiche, il modello dominante è quello facilitativo *problem solving*. Vorremmo da parte nostra contribuire a cambiare tale stato di cose, modificando la comune (ed errata) percezione che le liti di affari trattino solo di soldi e non meritino alcuna attenzione agli aspetti emotivi delle parti coinvolte. È fin troppo ovvio che dietro ad ogni lite *corporate* ci sono delle persone, con le loro idee, idiosincrasie, paure, desideri, ...

L'intervista che qui pubblichiamo risale al 2005 e prende in considerazione soprattutto l'approccio valutativo, cui molti mediatori fanno ricorso in ambito commerciale. Nonostante sia riferita alla realtà americana, troviamo che le considerazioni fatte possano bene essere riportate anche alle liti nostrane ed allargate anche all'approccio *problem solving*.

## La mediazione trasformativa può essere adottata nel contenzioso commerciale? Una conversazione con Joseph P. Folger e Robert A. Baruch Bush

di Victoria Pynchon

pubbl. in *Southern California Mediation Association Newsletter*, febbraio 2005

(trad. it. C. Mosca)

Il modello di mediazione trasformativa è stato articolato originalmente da Robert A. Baruch Bush e Joseph P. Folger nel loro classico *The Promise of Mediation: L'approccio trasformativo dei conflitti* (Jossey-Bass 1994, II edizione riveduta 2005). Poiché la mediazione trasformativa si concentra principalmente sulle interazioni personali tra le parti contendenti, sembra ben utilizzabile in controversie familiari, di relazioni personali e altre in cui le parti devono continuare a interagire tra loro. Se questo modello sia o no praticabile nella risoluzione delle transazioni commerciali è stato il tema di una recente conversazione tra l'autrice Victoria Pynchon, mediatrice commerciale di Los Angeles e avvocato, ed i due ideatori del modello di trasformazione.

**VP: "Mediazione trasformativa" evoca un po' troppo un lavoro sulle emozioni, a sentire i miei clienti aziendali.**

**JF:** Non lasciare che il termine "trasformativo" abbia questo significato. Il servizio postale americano ha adottato il modello di trasformazione nel suo programma nazionale di risoluzione delle controversie di lavoro "Redress". Lo stesso hanno fatto molte altre agenzie governative e programmi di mediazione.

**VP: Cosa fanno i mediatori trasformativi?**

**JF:** Permettetemi innanzitutto di dirvi quello che non fanno. Non forniscono una valutazione del caso; né diventano negoziatore terzo che avvicina una parte all'altra. Il mediatore trasformativo non agisce come veicolo per le informazioni che le parti si scambiano, né si assume l'onere di dare le

"cattive notizie" che un avvocato non può trasmettere al suo cliente, né si mette a trovare per forza una soluzione comune. I mediatori trasformativi non manipolano la situazione o ridimensionano le aspettative eccessive dei clienti. Direi queste sono le tecniche con cui hai più familiarità.

**VP: Sì, ma ho visto risolvere controversie apparentemente insolubili facendo ricorso a queste tecniche creative. Devo ammettere che le soluzioni più creative tendono a venire dalla clientela, piuttosto che dagli avvocati o dai mediatori. Tuttavia, trovo che la maggior parte avvocati vogliano semplicemente una valutazione neutrale del caso, seguita da un paio d'ore di trattative agevolate da un terzo.**



**JF:** E come funziona per te?

**VP:** La maggior parte dei casi che ho gestito si sono chiusi con un accordo direi "ragionevole". Qualche volta penso che una parte potrebbe ottenere di più dalle trattative, ma devo ancora veder qualcuno assolutamente insoddisfatto. Può un mediatore trasformativo fare di meglio?

**JF:** Noi pensiamo di sì. Ma fammi fare una domanda. I clienti in genere sembrano soddisfatti del risultato?

**VP:** Tu conosci il vecchio adagio: una soluzione veramente buona è quella che lascia tutti scontenti.

**JF:** Ecco perché la mediazione trasformativa è stata sviluppata - per creare un processo che né contenzioso né un atteggiamento di contrapposizione è in grado di fornire. La mediazione trasformativa crea risultati che sono semplicemente soddisfacenti per i clienti. Francamente, crediamo che i clienti spesso accettano accordi transattivi solo perché i loro avvocati hanno detto loro che non si può fare di meglio. In realtà crediamo che si possa.

**BB:** Noi concepiamo il conflitto come una crisi nell'interazione. Nel mezzo di questa crisi, tutte le parti, compresi i loro avvocati, sperimentano confusione, paura, disorganizzazione, vulnerabilità, incertezza e indecisione. Stanno sulla difensiva e si guardano con sospetto. Questo non è sorprendente sia per le parti che i loro difensori. Tutti noi, e gli avvocati in particolare, ingaggiamo guerre di nervi, e le affrontiamo anche con spirito e intelligenza tutti i giorni. Il risultato - la decisioni del giudice specie quando c'è una giuria - è estremamente imprevedibile. L'avvocato avversario viene pagato per scoprire la tua minima falla, rivelare dal canto suo meno informazioni possibile e cercare di vanificare ogni tuo tentativo di spostare il caso verso la vittoria che stai cercando.

**VP:** Non sono ancora certa perché mai dovrebbe essere preferibile coinvolgere un "trasformativo" piuttosto che un mediatore valutativo o facilitativo, comunque.

**BB:** Ci stiamo arrivando, ma prima un paio di assunti di base. Siamo d'accordo, credo, che il sistema accusatorio, mentre ben si adatta perfettamente a sostenere un caso di fronte ad una giuria, non è particolarmente adatto a supportare il coinvolgimento delle parti nel ricercare risoluzioni mediate mutualmente soddisfacenti e creativo. Per avere successo, un mediatore deve incoraggiare nelle parti quell'atteggiamento cognitivo ed emotivo che conduce a cambiare la qualità della comunicazione e del negoziato. L'avvocato, in causa, desidera giocare sulle paure della gente come un modo di manipolare le loro opinioni. Per essere una vera alternativa al negoziato avversariale ed alle liti davanti ad un giudice, la mediazione deve permettere alle parti di giocare secondo le proprie regole, al fine di raggiungere i propri fini - e di farlo con chiarezza e fiducia, piuttosto che sotto paura o bluff.

**VP:** Come fa un mediatore trasformativo ad ottenere questo?

**JF:** Ascoltando con molta attenzione ciò che le parti hanno da dirsi, e cogliendo tutte le opportunità per aiutarle a passare da una condizione di impotenza ad una di chiarezza e forza, dal solipsismo alla capacità di riconoscimento. Ricorda che il conflitto crea paura, vulnerabilità e senso d'impotenza - le emozioni creano ansia e impediscono la soluzione dei problemi. L'ansia viene ridotta, e spesso rimpiazzata da un senso di competenza e autostima, quando le parti hanno la capacità di strutturare per se stesse il modo di risolvere le loro controversie. E poiché i modi di risoluzione determinano i risultati, il risultato è più probabile sia soddisfacente per tutte le parti. Quando queste cominciano a riacquistare un certo grado di controllo sul conflitto, la loro interazione si realizza con maggior chiarezza, fiducia, forza personale, organizzazione e decisione. In ciò consiste lo slittamento dall'impotenza alla forza ed alla chiarezza.

**VP:** Come è dal solipsismo al riconoscimento...?

**JF:** Ricordi quando ho parlato di stati di auto-protezione, difesa e sospetto? Questo lo chiamiamo "solipsismo" ed è una reazione perfettamente



normale e appropriata in un contesto avversariale. In mediazione, però, è controproducente. Il mediatore trasformativo è attento ai cambiamenti, nella discussione fra le parti, che mostrano maggiore attenzione per l'altro, maggiore rispondenza all'altrui posizione e maggiore apprezzamento per l'altrui situazione. Questo può avvenire solo quando il mediatore consente alle parti di esprimere tutte le loro preoccupazioni e l'intera gamma delle loro emozioni, senza ostacoli.

**VP: Quindi stai dicendo che i mediatori trasformativi vogliono che le parti parlino del caso senza il controllo da parte dei loro avvocati?**

**JF:** Spetta alle parti farlo. I clienti, come i bambini, crescono e vogliono parlare da soli, non importa ciò che gli altri dicono loro di fare.

**VP: Ma mettere i clienti alla guida della mediazione, cambia qualcosa?**

**BB:** Beh, prima di tutto, i mediatori trasformativi non mettono nessuno alla guida della mediazione – e soprattutto non loro stessi. A differenza del mediatore valutativo, ed anche di quello facilitativo, il mediatore trasformativo crea un ambiente in cui viene lasciata alle parti ed ai loro avvocati la maggior quantità di libertà possibile per gestire insieme il processo stesso di mediazione. Sono le parti a stabilire le regole del gioco, fissare l'ordine del giorno, discutendo i problemi, e, determinare ciò di cui si può discutere e quel che resta fuori.

**VP: Se le parti (o anche gli avvocati) esprimono i loro veri pensieri e sentimenti, senza interferenze da parte del mediatore, non è che la riunione va fuori controllo, con accuse accese, magari gridando?**

**BB:** Sì, può essere. Ma ricorda che sono le parti che stabiliscono le loro regole e "non interrompersi" potrebbe benissimo essere una di queste. Noi, comunque, non scoraggiamo le divergenze, anche se forti. Infatti, i mediatori

trasformativi favoriscono il fatto che anche i più forti sentimenti negativi o opinioni vengano espressi; non le sopprimono o cercano di portare la discussione in acque più tranquille. Affrontare e chiarire divergenze profonde in realtà aiuta le parti a chiarire che cosa vogliono fare, permettendo a tutti di trovarsi faccia a faccia con i problemi reali che li separano. In piedi sul bordo della scogliera, molte persone decidono che non vogliono poi saltare. Coloro che lo fanno, lo fanno per loro libera scelta. Ma se si tiene la gente lontana dalla scogliera, cercherà sempre di arrivarci.

**VP: Ma non era l'incapacità delle parti a risolvere la loro controversia, ciò che principalmente li ha portati in contenzioso?**

**BB:** Certamente. Ma noi crediamo che metodo "alternativo" di risoluzione delle liti debba significare quello che dice, e cioè che ci debba essere un altro modo per risolvere le controversie. Qualcosa di radicalmente diverso da quello

del contraddittorio in cui il cliente è effettivamente allineato alla narrazione consigliato dagli avvocati. Il processo è sostanzialmente manipolazione. La mediazione dovrebbe essere chiarezza e possibilità di scelta.

**VP: Quello che ho sentito finora è piuttosto vago. Potete esser più concreti?**

**JF:** Certo. Uno dei principi più importanti consiste nel concentrarsi sul negoziato fra le parti ad un livello "micro". Ciò significa seguire la discussione tra le parti intervenendo per far sì che loro – ed i loro avvocati - comunichino veramente, non semplicemente prendano posizione. La comunicazione ed processi decisionali, in una trattativa, sono pieni di insidie che minano la loro qualità, anche per i negoziatori esperti. Questo è ben documentato dalle ricerche in tema di negoziati. Se non sono rimosse, queste trappole possono bloccare il processo decisionale e portare a transazioni che lasciano risorse non sfruttate sul tavolo e un sapore amaro in bocca per tutti. I mediatori trasformativi sostengono la comunicazione ed i processi decisionali a favore di tutte le parti e quindi contribuiscono ad evitare



e superare queste trappole, via via che si svolgono i negoziati. In sostanza, rendono il processo di negoziazione meno "doloroso" e più produttivo, e lo fanno senza pretendere che sia il mediatore a decidere il caso.

**VP: Ma i miei clienti sono per lo più interessati alla vittoria. Non gliene importa dell'avversario.**

JF: Ho qualche dubbio che ciò sia vero. Quel che è certo è che i clienti non vogliono ritrovarsi con niente in mano. Ma questo non vuol dire che desiderano il processo più avversariale per raggiungere i loro obiettivi. Bisogna prendere in considerazione anche il fatto che gli avvocati stessi a volte determinano aspettative nei loro clienti quanto al tipo di sviluppo che i negoziati possono assumere.

BB: Sappiamo da ricerche che i clienti valutano alcuni aspetti fondamentali del processo di negoziazione allo stesso modo di come valutano il risultato finale di per sé. In particolare, apprezzano il fatto di aver voce e scelta – di poter cioè dire la loro e determinare il risultato finale. Ciò conta spesso in modo significativo per loro, soprattutto se sono disposti in primo luogo per cercare di risolvere in via extragiudiziale. Questi "aspetti" del processo sono ciò che rende di per sé attraente la mediazione. La mediazione può fornire voce e la scelta - ma spesso non lo fa oggi.

**VP: Perché credi che "l'aspetto" del processo importi ai clienti?**

BB: Immagina di dover fare affrontare un confronto con un tuo ex socio, affetto da una grave malattia. Il tuo avvocato vuole provocarlo al punto da fargli ammettere, in testimonianza, i suoi errori. Che tu sia lì, è l'ovvio supposto per permettere all'avvocato di realizzare il suo intento. Questo tipo di "aspetto" del processo importa molto alla gente. Esperienze di confronto avversariale come questa - sia in tribunale o nei negoziati - sono profondamente sgradevoli, anche dolorose, per tanti. E aggiungiamo noi, a molti avvocati. La sindrome "avvocato in crisi" non è uno scherzo nella nostra cultura.

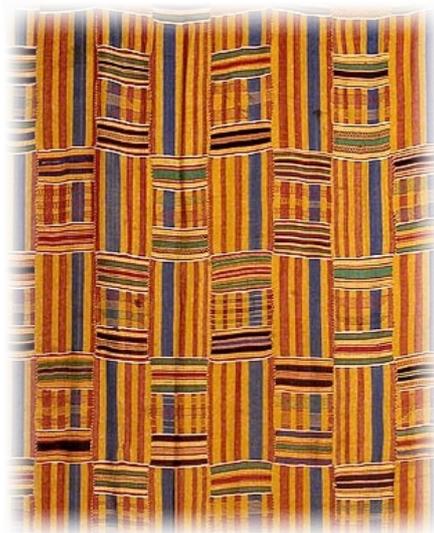
**VP: Ma allora come possono i mediatori trasformativi ottenere il raggiungimento di accordi migliori, più veloci e più**

**soddisfacenti, rispetto ai mediatori valutativi o facilitativi?**

JF: Prendiamo ciascuno di questi tuoi attributi uno alla volta. I mediatori trasformativi contribuiscono a raggiungere migliori accordi astenendosi dal dare consigli e dal far pressione. Questo evita l'adozione di accordi standard, prevedibili e non creativi. Crediamo che gli avvocati stanno diventando sempre più insoddisfatti della mediazione valutativa perché questa diventa semplicemente un'altra dimensione del contraddittorio. In un recente corso che abbiamo tenuto in Nuova Zelanda un'avvocata / mediatrice che aveva affrontato grosse controversie commerciali negli ultimi dieci anni, ha detto che il ricorso alla mediazione è oggi caduto drasticamente. C'è infatti la diffusa convinzione fra i suoi colleghi che "tutto quel che il mediatore fa, è ripartire i margini." Questo tipo di mediazione è strategica e manipolativa proprio come avviene avanti un giudice. Pensiamo che la mediazione possa fare molto meglio.

**VP: Hai anche detto che la mediazione trasformativa è "più veloce"?**

JF: Sì, può esserlo. I mediatori valutativi si muovono dove i clienti e gli avvocati vogliono andare nei loro negoziati. Non solo influenzano il risultato, ma lo stesso procedimento di "fare andare le cose" dove credono debbano andare. Questo chiude le discussioni. E, quando impedisce alle persone di dire quel che vogliono o andare dove vogliono, semplicemente cercheranno di farlo in altro modo. Così il controllo tentato dal mediatore può semplicemente prolungare il processo di negoziazione.





**VP: Può un mediatore trasformativo aiutare le parti a risolvere il conflitto in una fase precoce del processo contenzioso - prima ad esempio di procedere ad una discovery che parrebbe necessaria , o quando potrebbe sembrare temerario accettare una soluzione transattiva?**

**BB:** Certamente. La maggior parte dei mediatori valutativi agiscono a processo avviato, quando le posizioni delle parti sono profondamente sedimentate. A quel punto, il sospetto e la diffidenza sono la regola, e l'animosità elevata è la norma non solo tra le parti, ma pure tra i loro avvocati. Per noi, invece, un caso si sviluppa in modo diverso quando un mediatore trasformativo interviene prima. In tale situazione, le parti non hanno idee chiare o aspettative quanto al ruolo del mediatore e i loro argomenti non si sono ancora strutturati o modellati sulle difese. Ci vuole meno tempo per muoversi verso un'intesa se si parte dall'inizio, quando la macchina della causa non è già lanciata a piena velocità.

**VP: E la soddisfazione?**

**JF:** La soddisfazione è un aspetto chiave nell'esperienza di mediazione trasformativa. I clienti sono più soddisfatti se sono gli attori del processo. Non è per insistere - aver voce e scelta è ciò che i clienti chiedono ed è esattamente ciò che offre la mediazione trasformativa. I clienti possono mettere sul tavolo quello che vogliono - parlare di ciò che conta per loro - e prendere decisioni senza interferenze da parte degli avvocati o mediatori che cercano di controllarli. Questo è spesso un punto critico per i difensori, per molti dei quali avere il "controllo" sul cliente è in cima alle priorità per gestire con successo un contenzioso. Non è raro vedere un mediatore trasformativo che tenga sessioni individuali con l'avvocato ed il suo cliente

per aiutarli a chiarire quello che entrambi vogliono mettere sul tavolo dei negoziati, quando si torna in sessione plenaria. Quando la partecipazione del cliente è completamente azzerata, non è per niente soddisfatto, specie se è arrivato in mediazione per avere un'alternativa al processo giudiziale, altamente regolato ma intrinsecamente imprevedibile e pericoloso. Sappiamo di un CEO di una grande azienda operante nella distribuzione alimentare che ha recentemente partecipato a una mediazione - con il suo avvocato - relativa ad un problema contrattuale con un fornitore. Ci ha detto che il modo in cui il mediatore lo ha trattato nella sessione era così umiliante che non avrebbe mai incoraggiato il suo avvocato a ricorrere alla mediazione un'altra volta. C'erano importanti questioni che il CEO avrebbe voluto sollevare, temi importanti di cui discutere con il suo fornitore, ma il mediatore non gli permetteva di parlare. Quel che è peggio, è che il mediatore lo faceva sentire stupido per essere preoccupato per le questioni cui teneva. Ricorda che i tuoi clienti sono uomini d'affari navigati, con decenni di esperienza e sono molto esperti nella propria attività. Molti di loro si sentono trattati da bambini sia in causa che in mediazione. Non sentono la necessità di avere l'ultra protezione che i loro avvocati vogliono dare. Credono semplicemente di avere cose importanti da dire - non importa dove ciò possa condurre.

**VP: Così, alla fine, che ne pensava il CEO della mediazione?**

**JF:** Mi ha detto "Sono stato zittito, proprio come in tribunale. Certamente non era quello che mi aspettavo e avrei voluto in mediazione". Non ce l'aveva solo con il mediatore, ma anche con i suoi avvocati. Il "controllo" del cliente è un aspetto che crediamo richieda molta più attenzione agli avvocati che si occupano di controversie commerciali.

**VP: E gli avvocati? È la mediazione trasformativa più soddisfacente pure per loro?**

BB: In base alla nostra esperienza, i litigators che hanno sperimentato la vera mediazione trasformativa sono assolutamente contenti di come è andata. È una ventata di aria nuova. Sai bene quanto gli avvocati siano stanchi di un processo perennemente avversariale, basato sulla sole finzioni e schemaglie procedurali.

**VP: Sì. Ho sentito avvocati che raccontavano di una causa da mezzo miliardo di dollari, durata dieci o quindici anni, al costo di decine di milioni di dollari, finita con un provvedimento assunto dal giudice per motivi che nessuno dei procuratori aveva previsto, con la corte d'appello che poi si pronunciava su una questione minore che non aveva niente a che fare con la vera ragione della controversia. Per di più, i miei clienti di solito vogliono una previsione di qualche tipo, una garanzia che essi non abbiano amare sorprese. Almeno, i mediatori valutativi danno qualche garanzia in proposito.**

BB: Forse. Assumendo che tutti credano che il mediatore colga nel segno. Che poi così non è. La mediazione valutativa carica il mediatore di un'enorme responsabilità. Cerca infatti di avere una chiara comprensione del caso senza poter in alcun modo ottenere prove, e dovendo far fronte alle note tattiche di negoziazione che offuscano e manipolano le informazioni. Sulla base di questo, deve prevedere cosa succederà in tribunale e poi "vendere" la sua valutazione agli avvocati – ed ai loro clienti. Gli avvocati conoscono bene il concetto di imprevedibilità e, se non perdono il senso delle proporzioni, possono ragionevolmente valutare le chances di successo o di sconfitta dei

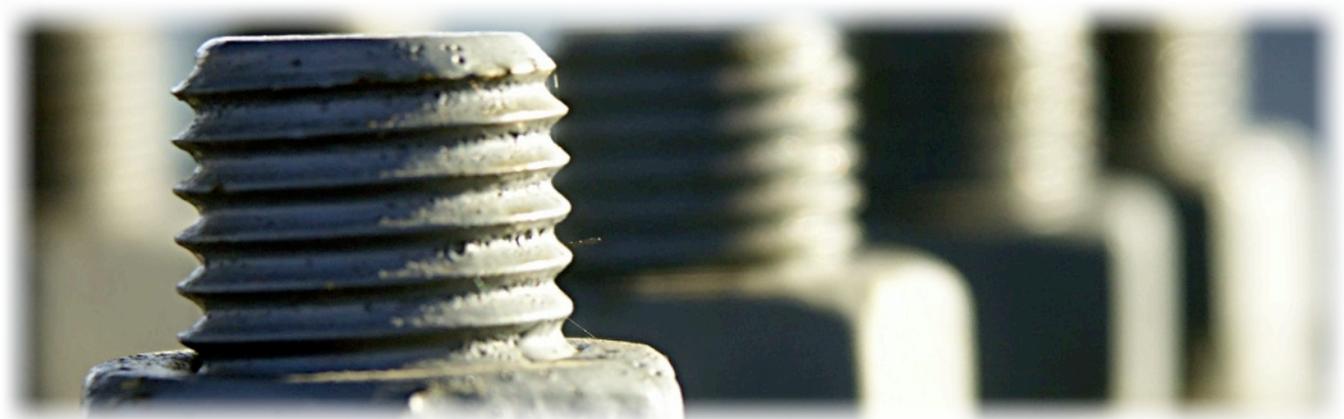
loro clienti. Certo, aver un'opinione terza non fa mai male, ma ciò significa sfruttare solo una minima parte del potenziale della mediazione.

**VP: Quindi non pensate che la valutazione aggiunga più di tanto?**

BB: Con la mediazione valutativa, l'avvocato ottiene una sorta di processo simulato a basso costo, ha un'anteprema di come un osservatore disinteressato potrebbe rispondere ai fatti e agli argomenti giuridici, così come presentati. All'avvocato, poi, l'onere di convincere i loro clienti che è qui che il caso potrebbe aver analoga conclusione in tribunale. Alla fine, la valutazione del mediatore non sostituisce il giudizio degli avvocati: sulla forza dell'argomentazione del mediatore; se valga la pena invece tentare un giudizio perché l'opinione del mediatore sembra sbagliata; se valga infine la pena di proseguire il negoziato. In molti casi, la valutazione del mediatore aggiunge poco a quella dell'avvocato, e poco contribuisce a ridurre il loro onere di consigliare il cliente se convenga, e come, transare la lite.

**VP: E tu credi un mediatore trasformativo possa fare di meglio?**

BB: Certamente. È molto probabile che la mediazione trasformativa aiuti la formazione di una maggiore chiarezza quanto all'utilità di una soluzione, perché questa scaturisce da uno scambio molto più ricco, e strutturato di informazioni fra le parti, grazie ad una discussione piena e libera. Gli avvocati possono disporre di dati che permettano loro di valutare con maggiore accuratezza ciò che conviene ai loro clienti, e possono confidare sul fatto che le varie opzioni di accordo che sono emerse in mediazione sono realmente quanto più le parti sono disposte ad accettare.



Il confronto tra opzioni di accordo e possibili esiti in tribunale ha quindi fondamenti più solidi. In breve, la mediazione trasformativa spesso può fornire il quadro completo di quel che serve per prendere le decisioni opportune in tema di transazione, in un modo che un processo valutativo spesso non consente.

**VP: Se dovessi convincere i miei clienti aziendali che la mediazione trasformativa è migliore di quella valutativa, quali sarebbero i principali argomenti?**

JF: In primo luogo, tale mediazione supporta il negoziato eliminando i fattori che ostacolano un'intesa restringendo il flusso di informazioni e rendendo opaco i processi decisionali. In secondo luogo, evita che si raggiungano accordi imposti

dal mediatore o fatti con lo stampino, agevolando invece quelli costruiti e valorizzati dalle parti stesse. In terzo luogo, consente un negoziato civile, invece di uno in cui la controparte è demonizzata, permettendo così una gestione dei conflitti meno stressante e personalmente fastidiosa sia per i clienti che gli avvocati. In quarto luogo, contribuisce a una maggiore soddisfazione del cliente nei confronti dei loro avvocati e aumenta la soddisfazione professionale degli avvocati per la natura e la qualità del loro lavoro. Quinto, evita possibili abusi da parte del mediatore, in particolare l'esercizio di una pressione eccessiva sulle parti, o problemi etiche come cadere in conflitti di interessi o dare consigli legali senza averne titolo.

