

Parte I

Gli aspetti comunicativi e relazionali della negoziazione e della mediazione civile e commerciale

La mediazione e la negoziazione come opportunità*

Sommario: 1. La mediazione e la negoziazione come opportunità per la società civile e per l'avvocatura. – 2. La trasformazione culturale dell'avvocatura e la mediazione e negoziazione come “medicina preventiva” del conflitto.

1. La mediazione e la negoziazione come opportunità per la società civile e per l'avvocatura

Il d.lgs. n. 28/2018 ha trovato la nostra Avvocatura non solo impreparata culturalmente alla mediazione quale sistema di A.D.R. (peraltro introdotta dal legislatore per mere finalità deflattive e con il vincolo della obbligatorietà per le materie specifiche di cui all'art. 5, para 1 che la maggior parte dell'Avvocatura non ha ritenuto di poter accettare impugnando il d.lgs. n. 28/2010 davanti alla Corte Costituzionale), ma anche priva di una qualsiasi formazione in materia di negoziazione, tant'è che la negoziazione, ribattezzata negoziazione “assistita” (d.l. 12 settembre 2014, n. 132 convertito, con modifiche, dalla legge n. 162/2014) è stata voluta ed accolta erroneamente come uno strumento che secondo buona parte della classe forense avrebbe dovuto soppiantare la mediazione, soprattutto la mediazione cd. “obbligatoria”.

Il d.l. n. 132/2014 ha avuto il merito, per così dire, di “chiudere il cerchio” completando, con la negoziazione, il panorama dei metodi di risoluzione alternativa delle controversie a disposizione della società civile e dell'avvocato, d'altronde la mediazione altro non è che una negoziazione tra due o più parti facilitata dall'attività del mediatore neutrale, imparziale ed indipendente. Al di là della questione della eliminazione della mediazione “obbligatoria”, che peraltro non era nelle intenzioni del legislatore, le due “modalità di

* Di Carlo Mastellone.

A.D.R.” sono destinate necessariamente alla convivenza: nella mia esperienza ho partecipato ad incontri di mediazione relativi a controversie che sarebbero state risolvibili con la sola negoziazione senza la necessità dell'intervento di un terzo neutrale se solo gli avvocati avessero avuto una adeguata formazione in materia di negoziazione; e controversie oggetto di negoziazione con esito negativo potrebbero essere risolte positivamente con il successivo ricorso alla mediazione.

Il pilastro della mediazione e della negoziazione è la formazione: vi è dunque l'esigenza per l'avvocatura di ripartire, a livello di formazione ed aggiornamento, dalla teoria e dalle tecniche della “negoziazione per avvocati”, per consentire agli avvocati di cogliere i due istituti della mediazione e della negoziazione come una opportunità per i clienti, anche a prescindere dalla obbligatorietà, nell'ambito di un sistema virtuoso di risoluzione alternativa delle controversie.

2. La trasformazione culturale dell'avvocatura e la mediazione e negoziazione come “medicina preventiva” del conflitto

È in corso un movimento di profonda trasformazione culturale che concerne in primo luogo il ruolo dell'avvocato, non più solo addestrato alla lotta nell'agone giudiziario, ma impegnato sia quale conciliatore formato professionalmente, sia quale professionista che orienti il cliente nell'individuazione del metodo migliore di risolvere il conflitto, non necessariamente contenzioso e che sia in grado di assisterlo comunque: sia come consulente di parte nelle conciliazioni (stragiudiziali o giudiziali), sia tramite la difesa nel giudizio in sede contenziosa¹.

Volendo fare un paragone con il mondo della medicina, la trasformazione culturale dell'avvocatura presenta analogie con il passaggio dalla medicina curativa alla medicina preventiva e la trasformazione del ruolo del medico: per anni il classico approccio della medicina tradizionale (curativa) si è basato sulla capacità del medico di identificare il più velocemente possibile l'esistenza di un processo-malattia già in atto e sulla successiva cura dell'evento patologico; così il classico ruolo dell'avvocato è paragonabile alla medicina curativa per la quale il medico interviene quando la malattia è già in

¹ Così un Giudice illuminato, L. BREGGIA, *Il dilemma del giudice che “delega” al mediatore*, in P. LUCARELLI-G. CONTE (a cura di), *Mediazione e progresso-persona, società professione, impresa*, Torino, 2012, 282.

corso, si aspetta che una malattia cominci a manifestarsi per mettere in moto interventi di identificazione e di contrasto. Anche il concetto di *check-up* mira a identificare segnali dell'esistenza di fattori che possono scatenare un processo patologico, non a prevenirli; così l'avvocato interviene quando la patologia, cioè il conflitto, si è già manifestata.

La medicina preventiva ha reso possibile l'innalzamento dell'aspettativa di vita e della qualità della vita stessa, puntando su controllo, gestione, riduzione e diagnosi precoce della malattia secondo il parametro biomedico che contrappone la malattia alla salute; la medicina preventiva, sfruttando e reinterpretando i grandi progressi delle scienze mediche, biologiche, matematiche, fisiche, sta riportando la missione medica al suo ruolo originario che è quello di farsi carico della salute per prevenire e/o modificare o spostare in avanti nel tempo l'esordio della malattia².

Analogamente, la mediazione e la negoziazione costituiscono una sorta di "medicina preventiva" del conflitto in materia civile e commerciale, ed offrono l'opportunità per **trasformare la cultura dell'avvocatura** impostata sulla cura della patologia (il conflitto) e non sulla sua prevenzione: così come la medicina preventiva investe in salute attuando strategie efficaci volte ad allontanare il rischio di malattia o ad invertire il processo cronico degenerativo che porta alla malattia, con la mediazione e la negoziazione gli avvocati possono investire nel benessere dei clienti allontanando il rischio del conflitto o intervenendo per invertire il processo cronico degenerativo delle relazioni sociali che portano al conflitto ed al suo aggravamento.

Come la medicina preventiva trasforma il ruolo del medico, così la mediazione e la negoziazione trasforma il ruolo dell'avvocato in un ruolo di prevenzione.

Analogamente alla medicina preventiva, grazie alla conoscenza del conflitto e delle sue ragioni, la mediazione e la negoziazione possono consentire all'avvocato di mettere in atto interventi capaci di prevenire, modificare, rallentare, annullare il conflitto tramite la ricerca di un accordo reciprocamente soddisfacente per le parti.

² I concetti di medicina preventiva e trasformazione del ruolo del medico sono tratti da D. GALIMBERTI, *La medicina dell'aging e dell'anti-aging*, Milano, 2016, 1 ss.

Le regole di una negoziazione per avvocati efficace *

Sommario: 1. Il modello di negoziazione *problem-solving* per creare valore. – 2. Gestire la tensione tra la distribuzione e la creazione di valore. – 3. Gestire la tensione tra empatia ed assertività. – 4. Gestire la tensione tra mandante e mandatario. – 5. Il ruolo dell'avvocato nella negoziazione *problem-solving*. – 6. Preparare il cliente alla negoziazione (da questa parte del tavolo). – 7. Assistere il cliente nella negoziazione (intorno al tavolo). – 8. E se tutto questo non funziona?

1. Il modello di negoziazione *problem-solving* per creare valore

La pretesa di molti avvocati di essere bravi negoziatori per il solo fatto di essere avvocati è profondamente infondata in quanto la negoziazione è una scienza e, se vogliamo, anche un'arte, che dovrebbe essere oggetto di formazione specifica fin dagli studi universitari di giurisprudenza di primo livello. L'avvocato che sedendosi al tavolo della trattativa utilizza *tattiche di contrattazione dura* del tipo: “questa è la nostra offerta, prendere o lasciare”, oppure chiede subito all'altra parte di fare la sua offerta, o che usa un atteggiamento provocatorio o avanza pretese estreme, dimostra di non avere alcuna formazione sulle tecniche di negoziazione efficace e rischia semplicemente di far fallire la trattativa sul nascere, oltretutto indisponendo l'altra parte. È un po' come la pretesa che gli avvocati possono essere “mediatori di diritto” senza mai avere frequentato un serio ed approfondito corso di mediazione e gestione del conflitto: il presente scritto vuole essere solo una introduzione ad un *metodo di negoziazione*, nella speranza di stimolare la curiosità e sottolineare la necessità per l'avvocato di affrontare seriamente la formazione sulla teoria e pratica della negoziazione. Senza alcuna pretesa di originalità, il metodo qui esposto si ispira largamente alle idee espresse nel

* Di Carlo Mastellone.

volume che considero un po' la Bibbia della negoziazione per avvocati – “*Beyond Winning – Negotiating to create value in deals and disputes*” pubblicato nel 2000 dal prof. Robert H. Mnookin, Direttore del “Program on Negotiation” (P.O.N.) della Harvard Law School, insieme ai suoi colleghi Scott R. Peppet e Andrew S. Tulumello¹, i quali hanno sviluppato il metodo della negoziazione basata sugli interessi (“*interest based negotiation*” o “*problem-solving*”) proposta dai fondatori stessi del P.O.N. – Roger Fisher, Bruce Patton, William Ury nel mitico volume “*Getting to Yes*”².

Per negoziazione *problem-solving* si intende la ricerca di interscambi che creano valore tali da far stare meglio almeno una delle parti (senza peggiorare la situazione dell'altra) e possibilmente ambedue. L'individuazione di interscambi che creano valore nella negoziazione potrà risultare dalla esplorazione su eventuali differenze tra le parti (in termini di risorse, rispettive valutazioni, aspettative riguardo al futuro, preferenze di rischio, in termini di tempo, ecc.), affinità non competitive ed economie di scala.

L'idea di base della negoziazione *problem-solving* volta alla risoluzione delle controversie è che in aggiunta alla mera distribuzione di valore, vi possono essere opportunità per creare valore, anche se queste opportunità in alcune negoziazioni possono essere più limitate, anche in presenza di tattiche aggressive e comunque non collaborative degli avvocati dall'altra parte del tavolo.

Le dinamiche della negoziazione si caratterizzano per la presenza di **tre tensioni**:

- la tensione tra la distribuzione e la creazione di valore;
- la tensione tra empatia ed assertività;
- la tensione tra mandante e mandatario;

che il negoziatore *problem-solving* dovrà essere in grado di gestire in maniera efficace.

2. Gestire la tensione tra la distribuzione e la creazione di valore

La tensione tra la distribuzione e la creazione di valore consiste nella tensione tra il desiderio di aggiudicarsi la porzione più grande delle utilità sul

¹ In edizione italiana: R.H. MNOOKIN-S.R. PEPPET-A.S. TULUMELLO, *Negoziazione per avvocati, Strumenti per la risoluzione efficace delle controversie legali – Beyond Winning*, Urgnano (BG), 2006, 478.

² In edizione italiana: *L'arte del negoziato*, Milano, 2005.

tavolo della trattativa, cioè la fetta più grande della torta (il cd. “gioco a somma zero”), e l’opportunità di vantaggi comuni – trovando modi per “allargare la torta”. Questa tensione dipende dalle informazioni, nel senso che senza una condivisione di informazioni, è difficile trovare possibili interscambi che possano creare valore e migliorare la situazione di entrambe le parti della negoziazione; d’altro canto se la condivisione di informazioni non è reciproca, la disponibilità di una parte soltanto a fornire informazioni con l’obiettivo di creare valore, la espone al rischio di scoprirsi troppo e quindi di venire “sfruttata” dall’altra parte (e questo nonostante l’obbligo di riservatezza ex art. 9, legge n. 162/2014 eventualmente confermata da espressa clausola contrattuale).

Se la condivisione con l’altra parte delle proprie preferenze, risorse, interessi ed alternative può aiutare a creare valore, allo stesso tempo può comportare rischi con riguardo agli aspetti distributivi; il negoziatore “esperto” sa muoversi tra strategie creative volte ad “allargare la torta” e strategie più conservative per assicurarsi una fetta consistente a prescindere dalla dimensione finale della torta stessa.

A prescindere da quanto valore possa essere creato, ad un certo punto bisognerà che la torta (nel frattempo divenuta più grande) sia divisa, ed a questo punto le parti dovranno valutare le rispettive alternative e determinare:

– la rispettiva B.A.T.N.A. (*Best Alternative to a Negotiated Agreement*, in italiano: M.A.A.N. *Migliore Alternativa ad un Accordo Negoziato*), da intendersi come l’alternativa che meglio serve i propri interessi in caso di mancato raggiungimento dell’accordo;

– il “valore di riserva”, cioè l’importo per il quale è indifferente raggiungere l’accordo e scegliere la B.A.T.N.A.; e

– la Z.O.P.A. (*Zone of Possible Agreement*, in italiano: Zona di Possibile Accordo) quale area di contrattazione tra i due “valori di riserva”.

Nonostante quanto precede, se le parti si concentrano solo sugli aspetti meramente distributivi della negoziazione, potrebbero comunque non raggiungere l’accordo, a causa di cd. *asimmetrie di informazione* (nella maggior parte delle negoziazioni, ciascuna parte dispone perlomeno di una qualche informazione che l’altra parte non conosce) oppure a causa di *opportunismo strategico* (è tipico delle contrattazioni “distributive” il tentativo di ciascuna parte di influenzare le percezioni dell’altra riguardo alle proprie intenzioni).

La tensione tra creazione e distribuzione di valore non può essere eliminata, ma può essere “gestita”: ciò posto, il problema critico è come creare valore al tempo stesso minimizzando il rischio di sfruttamento negli

aspetti distributivi della negoziazione. La soluzione è data dalla negoziazione *problem-solving*, la cui “ricetta” può riassumersi in estrema sintesi nei seguenti *step*:

– **svolgere una approfondita attività preparatoria** prima di sedersi intorno al tavolo della trattativa (non si potrà mai sottolineare abbastanza l’importanza della preparazione per il buon esito della trattativa):

- individuare le varie questioni che potrebbe essere utile discutere durante l’incontro di negoziazione e considerare i propri *interessi* ed anche i probabili interessi dell’altra parte;

- prendere in considerazione *opzioni che creano valore*, e che possono originare da risorse (ci sono altri beni o utilità da scambiare?), valutazioni relative (beni o utilità da scambiare che possono avere valore per una parte e non per l’altra parte e viceversa), preferenze in termini di tempo (diverse esigenze su quando un evento possa o non possa verificarsi), ecc.;

- conoscere la propria B.A.T.N.A. (e se possibile migliorarla);

- stabilire obiettivi ambiziosi, ma pur sempre realistici.

– **Al tavolo della trattativa**, occorre negoziare con l’altra parte una procedura che consenta alle parti di:

- identificare i reciproci interessi, risorse e capacità, ricorrendo all’“arte delle domande”;

- *generare opzioni* che creano valore ricorrendo al cd. “*brainstorming*” – proporre possibili opzioni senza esprimere giudizi di alcun genere;

- *trattare le questioni distributive come un problema condiviso* – come accennato, per quanto le parti abbiano adottato un approccio *problem-solving* riuscendo a trovare interscambi che creano valore e quindi ad “allargare la torta”, arriva inevitabilmente il momento in cui la torta va divisa: più che mai in questa fase occorrono capacità *problem-solving*, evitando di ricorrere a tecniche aggressive come offerte “prendere o lasciare” o simili, per esempio ricorrendo a parametri oggettivi, prezzi di mercato, o standard accettabili all’altra parte³.

Naturalmente la maggiore o minore potenzialità creativa della controversia dipenderà dalla tipologia del rapporto e controversie risultanti da relazio-

³ L’utilizzo degli standard altrui (da intendersi come norme, prassi, punti di riferimento, politiche aziendali) nell’ambito del modello *problem-solving* è uno dei migliori strumenti di negoziazione ed è particolarmente efficace con i negoziatori “duri”, cfr. S. DIAMOND, *Ottenere di più*, Milano, 2013, 95 ss.; peraltro sull’interscambio DIAMOND, *op. ult. cit.*, 125 ss. preferisce il principio dello “scambio di valori ineguali” (con la presenza di un valore “intangibile”) al metodo di “ingrandire la torta” e della “negoziiazione basata sugli interessi”.

ni “*one shot*” (ad esempio una compravendita isolata) offriranno una minore potenzialità creativa rispetto a controversie tra parti legate da una relazione personale, familiare, di vicinato, oppure commerciale di durata.

3. Gestire la tensione tra empatia ed assertività

La tensione tra empatia ed assertività è la tensione tra la capacità di comprendere gli interessi ed il punto di vista dell'altra parte e la capacità di esprimere ed affermare il proprio punto di vista, i propri interessi e le proprie preoccupazioni. La difficoltà sta nell'eccellere in ambedue ed il negoziatore esperto sa bene che ambedue queste abilità interpersonali sono necessarie per una negoziazione efficace – in negoziazione è necessario sia l'abilità di persuadere l'altra parte (assertività) che di dimostrare di comprenderne i bisogni, gli interessi e le prospettive, senza esprimere giudizi e senza essere necessariamente d'accordo (empatia). La tensione tra assertività ed empatia risulta proprio dalla difficoltà per la maggior parte dei negoziatori di eccellere in ambedue, d'altronde assertività senza empatia rischia di provocare l'*escalation* del conflitto, mentre empatia senza asserzione rischia di mettere a repentaglio le proprie legittime preoccupazioni.

L'empatia (da non confondere con la simpatia) richiede dunque l'abilità di vedere il mondo attraverso gli occhi dell'altra parte e di esprimere in maniera neutrale il proprio punto di vista. L'assertività (da non confondere con un atteggiamento aggressivo) consiste nell'espone all'altra parte i propri interessi in maniera chiara ed argomentata, affrontando temi che l'altra parte potrebbe forse preferire di non affrontare. Sono aspetti di una *buona comunicazione* che vengono affrontati in un altro capitolo del presente volume.

Empatia ed assertività possono facilitare la ricerca di interscambi che creano valore – l'approccio empatico consente di comprendere motivazioni ed interessi dell'altra parte, mentre l'approccio assertivo consente a ciascuna parte di comunicare all'altra parte informazioni utili che questi potrebbe non conoscere. Empatia ed assertività andrebbero dunque “bilanciati”. Il ricorso ad altri “stili di negoziazione” dove empatia ed assertività non sono opportunamente bilanciati si rivela improduttivo e può costituire un ostacolo alla risoluzione soddisfacente della controversia: si tratta dello stile competitivo (molta assertività e poca empatia), dello stile accomodante (molta empatia e poca assertività) e dello stile evitante (poca empatia e poca assertività), e delle varie combinazioni tra diversi stili delle due parti.

Secondo il modello *problem-solving* la tensione tra assertività ed empatia

può essere opportunamente gestita se ciascuna parte in negoziazione:

- sarà in grado di riconoscere *le proprie dinamiche e tendenze di fronte al conflitto ed i propri punti critici*, ampliando il repertorio delle proprie abilità negoziali;

- riuscirà a riconoscere *le dinamiche e tendenze dell'altra parte di fronte al conflitto* riuscendo a convincerla ad essere empatico o assertivo;

- si renderà conto delle proprie interazioni con l'altra parte e di come possano rivelarsi improduttive.

Per questo motivo **nell'attività preparatoria** occorrerà:

- riconoscere le proprie tendenze e dinamiche conflittuali (il proprio stile negoziale ed i propri punti critici che potrebbero rendere improduttiva la trattativa);

- utilizzare l'elenco degli interessi e delle opzioni possibili dell'altra parte individuati durante la riflessione sulla prima tensione – tra creazione e distribuzione di valore – per facilitare la propria empatia (l'ascolto dell'altra parte per acquisire informazioni utili per la quale sarà necessario preparare una serie di domande che riflettano una genuina curiosità verso l'altra parte). La preparazione sarà utile per riuscire a gestire le proprie naturali “reazioni comportamentali” durante la trattativa;

- prepararsi ad esporre il proprio punto di vista all'altra parte in maniera assertiva.

Al tavolo della trattativa, occorre persuadere l'altra parte ad accettare una procedura di negoziazione basata sulla reciprocità che assicuri a ciascuna parte la possibilità di affermare il proprio punto di vista e la possibilità di ascoltare il punto di vista dell'altra parte.

Per dimostrare di avere compreso il punto di vista dell'altra parte, è opportuno farne oggetto di “riconoscimento”, senza tuttavia dichiararsi di essere d'accordo ed usare la “riformulazione” secondo la tecnica della “cerchiatura” della comprensione⁴.

Una volta che si è dimostrato all'altra parte in maniera per questa soddisfacente di avere “compreso il suo punto di vista”, dovrebbe essere possibile esporre il proprio punto di vista, i propri interessi e le proprie preoccupazioni. La “chiusura del cerchio”, per così dire, avverrà se l'altra parte sarà disponibile a confermare di avere compreso il nostro punto di vista.

Quanto sopra non toglie che comunque la trattativa possa bloccarsi (*im-*

⁴La cd. tecnica del “*looping*” sviluppata da G. FRIEDMAN-J. HIMMELSTEIN, *La mediazione attraverso la comprensione – Sfidare il conflitto: principi e tecniche di un metodo rivoluzionario*, Milano, 2012, 94 ss.

passé): in questa sede sarà sufficiente suggerire una riflessione (auto-diagnosi) sulle cause che possono avere portato all'impasse – ricordando che il negoziatore esperto sa muoversi in maniera bilanciata tra empatia e assertività, e chiedendosi se l'impasse sia stato causato da uno stile negoziale inappropriato (per esempio da un approccio negoziale troppo competitivo, oppure se non si è concesso abbastanza tempo all'ascolto dell'altra parte), quale è lo stile negoziale dell'altra parte, per eventualmente “cambiare il gioco” con maggiore empatia o con maggiore assertività, a seconda delle circostanze.

4. Gestire la tensione tra mandante e mandatario

La terza tensione – tra mandante e mandatario – si verifica ogniqualvolta una parte conduce una trattativa in rappresentanza di un'altra parte, un figlio o nipote che agisce su procura di un genitore o di uno zio, o viceversa, in una controversia di carattere successorio o relativo a beni immobili, un dirigente o amministratore che agisce su procura di una società in una controversia commerciale, l'agente immobiliare in rappresentanza del proprietario dell'immobile in vendita o in affitto, ed anche l'avvocato il quale conduce una trattativa in rappresentanza del proprio cliente: il mandatario può avere un interesse o una preoccupazione (la propria reputazione, la propria carriera, il proprio compenso, ecc.) non perfettamente coincidente con gli interessi del proprio mandatario. Anche questa tensione può essere gestita, ma non può essere completamente eliminata.

5. Il ruolo dell'avvocato nella negoziazione *problem-solving*

L'avvocato dovrebbe assumere sempre più il ruolo di “architetto delle relazioni sociali” e comprendere come la negoziazione rappresenti una opportunità per il proprio cliente, assisterlo nell'effettuare la valutazione dell'interesse ad iniziare e proseguire la causa alla luce degli aspetti sia sostanziali che processuali, delle prevedibili spese del contenzioso e del livello di rischio che il cliente ritiene accettabile ai fini di decidere se preferire un accordo ad un contenzioso. Fermo restando che vi sono situazioni dove il cliente non avrà assolutamente nessun interesse ad un accordo (per esempio, l'azienda ha necessità di creare un precedente giudiziario, affermare un principio, difendere ed affermare la propria reputazione, ecc.), solo apparentemente le possibilità di escogitare interscambi che creano valore sono minori quando la causa è

già pendente: in realtà anche con riguardo ad una controversia già pendente ed anche istruita (magari già con C.T.U. depositata e testimonianze assunte), il vantaggio dell'accordo potrà non limitarsi al mero risparmio delle spese di causa se la negoziazione viene affrontata con un approccio *problem-solving* che dia spazio ad una valutazione di interessi, risorse e potenzialità delle parti, e dovrebbe favorire l'individuazione di possibili accordi vantaggiosi per entrambe le parti.

Inizialmente l'attenzione delle parti sarà incentrata esclusivamente o prevalentemente sugli aspetti distributivi della trattativa, limitandosi a valutazioni che non favoriscono una risoluzione creativa e concentrandosi sull'incertezza in ordine all'esito della causa; durante questa fase ciascun avvocato cercherà di influenzare le percezioni della controparte sull'esito della causa e sulla volontà del proprio cliente di continuare la causa.

La criticità sta nel riuscire a superare l'aspetto meramente distributivo e guidare le parti nell'esplorazione di possibili opportunità di creare valore aggiunto anche in una trattativa che vede le parti completamente concentrate sulla previsione dell'esito della causa, introducendo l'idea di realizzare interscambi che creano valore aggiunto *al di fuori* dell'oggetto della controversia (il cd. "allargamento della torta"), alla ricerca quindi di un accordo più ampio. Per fare questo occorre riuscire a superare lo scetticismo dell'altra parte e portare la trattativa a livello di conversazione sui rispettivi interessi, risorse e potenzialità più ampi di quelli direttamente oggetto della controversia.

Ulteriore aspetto problematico è la riluttanza degli avvocati ad intavolare una trattativa volta ad una conciliazione della lite perché potrebbe essere intesa come un "segnale di debolezza".

Nella conversazione tipica fra avvocato e cliente in preparazione della causa, l'attenzione di concentrerà generalmente sulle opportunità e sui rischi della causa, mentre sarebbe necessario che l'avvocato approfondisse con il cliente quali sono i suoi interessi, le sue risorse e le sue potenzialità, elementi fondamentali per la creazione di valore. Individuando possibili interscambi relativi a differenze tra le parti negli interessi, nelle risorse e nelle potenzialità, gli avvocati possono riuscire a trasformare in accordi vantaggiosi anche le controversie apparentemente più difficili perché spesso le opportunità ci sono, ma occorre saperle cercare. Se l'avvocato non dispone di queste informazioni, al tavolo della trattativa finirà per concentrarsi sugli aspetti distributivi limitate al vantaggio ed ai rischi della causa, anziché orientare la trattativa verso soluzioni che possano soddisfare le esigenze di ambedue le parti. Se gli avvocati rimangono intrappolati nelle tattiche di contrattazione

dura che non forniscono l'opportunità di realizzare interscambi vantaggiosi per entrambe le parti, l'esito della procedura *problem-solving* non potrà avere un esito positivo.

Inoltre occorre che l'avvocato sia in grado di *riconoscere e comprendere gli aspetti psicologici* del processo decisionale razionale del cliente che può venire distorto da una varietà di *forze cognitive, sociali ed emotive: la percezione soggettiva* (e per niente neutrale ed oggettiva) *dell'esperienza vissuta*, per cui ognuno tende ad avere un ricordo soltanto "selettivo" dei fatti, *l'eccesso di fiducia* nelle proprie capacità di giudizio, *l'avversione per il rischio*, *l'effetto "dotazione"* (la tendenza ad attribuire ai beni di nostra proprietà un valore maggiore di quello di mercato), *la svalutazione* di una qualsiasi proposta proveniente dalla controparte come reazione automatica, *il ruolo delle emozioni* che possono compromettere la propria capacità di giudizio rendendo più difficile il raggiungimento di un accordo. Si tratta di "barriere psicologiche" che l'avvocato potrà aiutare il cliente a superare, e che vengono approfonditi in un successivo capitolo.

Il problema centrale resta il *superamento della cultura legale tradizionale* che costituisce il maggiore ostacolo al modello *problem-solving*: troppo spesso gli avvocati affrontano una trattativa sul presupposto che si tratti di una attività puramente distributiva con un approccio mentale cd. "a somma zero", secondo il quale si può soltanto vincere o perdere, e la trattativa condotta dagli avvocati è una contrattazione dura di carattere meramente distributivo da affrontare con un approccio mentale aggressivo. In una situazione di questo genere aumenta anziché essere gestita la tensione tra creazione e distribuzione di valore in quanto avvocati e clienti presumono che le dimensioni della torta siano fisse e che il compito dell'avvocato sia esclusivamente quello di battersi per la sua spartizione. Ugualmente sarà difficile raggiungere un accordo quando avvocati e clienti sopravvalutano il proprio caso e non riescono a percepire i meriti dell'altra parte. Occorre invece che l'avvocato sia in grado di aiutare il cliente a chiarire i propri interessi ed accertarsi che abbia aspettative realistiche.

L'obiettivo dell'avvocato "*problem-solver*" dovrebbe essere la gestione efficace degli aspetti distributivi della trattativa creando valore ogniqualvolta sia possibile, con la consapevolezza dell'esistenza delle tre tensioni e della necessità di gestirle efficacemente (in quanto comunque non eliminabili). La capacità dell'avvocato di essere *problem-solver* efficace in una trattativa dipenderà dal duplice rapporto, con il proprio cliente e con l'avvocato dall'altra parte del tavolo (e con il suo cliente).

È necessario innanzitutto lavorare con il proprio cliente per creare i presupposti per una trattativa *problem-solving* dalla propria parte del tavolo, per

arrivare all'incontro con una strategia condivisa che possa facilitare la negoziazione con una controparte che si potrebbe presentare al tavolo della negoziazione senza avere alcuna disponibilità o preparazione.

Sia nei confronti del proprio cliente che dell'altra parte, un approccio *problem-solving* richiede:

- un cambiamento del proprio atteggiamento mentale (in inglese viene usato il termine “*mindset*”) e la consapevolezza dei propri obiettivi;
- mettere in atto con le dovute abilità tutte le attività tipiche del modello *problem-solving* sapendo *cosa fare e come farlo*;
- se necessario “cambiare il gioco” per superare l'eventuale approccio tradizionale avversariale del proprio cliente e/o dell'avvocato dell'altra parte.

6. Preparare il cliente alla negoziazione (da questa parte del tavolo)

Con il cliente l'avvocato dovrebbe porsi l'obiettivo di instaurare un *rapporto collaborativo* che possa favorire la negoziazione *problem-solving*, aiutando il cliente a comprendere meglio i propri interessi e le proprie priorità, così da consentire al cliente una scelta informata sul tipo di approccio negoziale.

Il cambiamento di mentalità richiede all'avvocato di *fare un passo indietro* rispetto all'approccio tradizionale che lo vede protagonista assoluto della trattativa e *condividere la gestione della trattativa* con il proprio cliente rispettandone il punto di vista (pur esprimendo il proprio, s'intende). Occorre quindi superare la convinzione che il ruolo dell'avvocato sia essenzialmente di educare il cliente sugli aspetti di diritto della questione oggetto della trattativa, assumendo un *approccio più umile* che consideri il rapporto con il cliente anche come una opportunità di imparare qualcosa. Fermo restando che sta all'avvocato di valutare i rischi e le opportunità sotto il profilo legale, l'avvocato potrà tanto più condurre una trattativa efficace con l'altra parte se sarà stato in grado di individuare e comprendere il punto di vista, gli interessi, le risorse, le capacità e le priorità del proprio cliente, con un approccio dettato anche da genuina curiosità.

Nell'incontro con il cliente con l'obiettivo di instaurare un rapporto collaborativo che possa favorire la creazione di valore e gestire in maniera efficace le tre tensioni, si suggeriscono i seguenti *step*:

- individuazione e comprensione di interessi, bisogni, risorse e potenzialità del cliente stesso (aiutandolo a comprenderle ed a stabilirne la priorità);
- favorire il racconto da parte del cliente del proprio punto di vista, dimostrando empatia, ma senza essere necessariamente d'accordo;

- individuazione e comprensione dei (possibili) interessi, bisogni, risorse e potenzialità dell'altra parte, favorendo se possibile una cd. "inversione dei ruoli";

- spiegazione degli aspetti processuali assistendo il cliente a soppesare rischi ed opportunità, e consentendo al cliente di comprendere come la negoziazione di un accordo sia una opportunità che potrebbe risultare più favorevole rispetto all'esito della causa;

- valutazione (possibilmente anche miglioramento) della migliore alternativa del cliente ad un accordo negoziato (la cd. B.A.T.N.A.);

- esplorazione di opportunità che creano valore;

- distribuzione di ruoli e responsabilità tra avvocato e cliente.

Ciononostante:

- il cliente potrebbe continuare a non percepire i vantaggi della creazione di valore mantenendo un *approccio "a somma zero"*: in questo caso occorre che l'avvocato riesca a comprenderne le ragioni, ascoltando attivamente il cliente, discutendo dei costi e benefici di un approccio alternativo al *problem-solving*, parlando apertamente del possibile timore del cliente di essere esposto al rischio di "sfruttamento" nel condividere i propri interessi con l'altra parte, nonostante l'obbligo di riservatezza, e di come ridurre al minimo questo rischio;

- il cliente potrebbe continuare ad avere *aspettative irragionevoli*: occorre che l'avvocato riesca a capirne le ragioni, ascoltando il cliente e spiegando con chiarezza e con pazienza il proprio punto di vista in modo da consentire al cliente di prendere una decisione consapevole;

- il cliente potrebbe essere *molto emotivo*: occorre che l'avvocato sia in grado di *gestire l'emotività* del cliente mostrando comprensione e prestando ascolto con un atteggiamento di empatia; eventualmente discutere con il cliente se e come condividere gli aspetti emotivi con la controparte intorno al tavolo della trattativa;

- il cliente potrebbe *non sapere cosa realmente vuole*: confrontarsi con pazienza con il cliente sulle ragioni del cambiamento di posizione, sui rischi che questo potrebbe avere nella negoziazione, aiutando il cliente a definire le proprie priorità.

In conclusione l'avvocato può aiutare il cliente a sviluppare le proprie abilità negoziali suggerendo come meglio gestire le tensioni – più empatia, più assertività, ecc., instaurando una corretta e produttiva relazione professionale, operando con pazienza e senza fretta, anzi quasi con lentezza, per consentire la maturazione consapevole dell'approccio negoziale *problem-solving*.

7. Assistere il cliente nella negoziazione (intorno al tavolo)

Quando le parti sono sedute intorno al tavolo della negoziazione, l'avvocato dovrebbe porsi come obiettivo di instaurare con l'altra parte una relazione ed una procedura che consentano la creazione di valore, allo stesso tempo proteggendo il proprio cliente del rischio di sfruttamento.

Intorno al tavolo occorre che siano presenti le parti personalmente e non solo gli avvocati, anzi questa circostanza rende unica l'opportunità offerta dalla negoziazione, visto che generalmente le parti potrebbero non incontrarsi mai di persona nel corso di una causa. Nel caso di società ed enti, occorre che il rappresentante conosca bene i termini della controversia ed abbia effettivi poteri decisorii nell'interesse della società in base al mandato conferito.

L'avvocato deve affrontare la negoziazione abbandonando il classico atteggiamento mentale "a somma zero" ed avversariale che lo porta al ricorrere a tattiche aggressive, che rendono puramente conflittuali le negoziazioni e spesso sono nient'altro che una mera reazione alla tattica avversariale dell'altra parte.

Piuttosto che assumere una tattica di contrattazione dura ed aggressiva quale reazione alla medesima tattica dell'altra parte, il modello *problem-solving* dovrebbe essere proposto con un approccio proattivo, basato sulla convinzione che la negoziazione possa essere costruttiva e creare valore piuttosto che essere incentrata sulla mera distribuzione di valore.

La procedura negoziale che occorre instaurare dovrebbe avere le seguenti caratteristiche:

- la creazione di una relazione collaborativa con l'avvocato dell'altra parte;
- favorire una comunicazione efficace sulle opportunità e sui rischi della causa;
- favorire una comunicazione efficace in merito a interessi, risorse e priorità delle parti per consentire l'individuazione di interscambi che creano valore;
- incoraggiare lo sviluppo di opzioni creative;
- trattare le questioni distributive come un problema condiviso;
- non peggiorare, ma possibilmente migliorare i rapporti tra le parti;
- proteggere il cliente dal rischio di "sfruttamento" delle informazioni condivise.

Fin dall'inizio dell'incontro, occorre *gestire la situazione* con attenzione, intelligenza e pazienza, favorendo l'instaurazione di un clima che possa favorire una negoziazione *problem-solving* – purtroppo gli avvocati sono spesso in grado di avvelenare fin da subito l'atmosfera con aperture aggressive e

richieste estreme. Per evitare di rimanere intrappolati in un reciproco ping-pong di posizioni e di richieste contrapposte ed apparentemente inconciliabili, potrebbe essere utile incentrare la conversazione iniziale su questioni di procedura anziché di sostanza, spiegare il modello *problem-solving*, proporre all'altra parte di concordare una procedura efficace ed equilibrata che possa creare valore, individuare le questioni che occorre esaminare nel corso della trattativa e concordare una "agenda della negoziazione".

Condivisione e reciprocità sulla procedura da seguire nella trattativa e sull'agenda dei punti da trattare serviranno per instaurare un clima collaborativo con l'avvocato che siede dall'altra parte del tavolo e con il suo cliente.

Occorre che ambedue le parti abbiano l'opportunità e siano disponibili a confrontarsi direttamente, raccontando all'altra parte il proprio punto di vista, che ciascuna parte sia soddisfatta di essere stata ascoltata su ognuno dei punti dell'agenda e su una base di reciprocità. La stessa regola andrebbe applicata agli avvocati nell'esposizione delle reciproche e contrapposte argomentazioni sui profili di diritto: anche in questo caso è opportuno il reciproco ascolto delle argomentazioni da intendersi come una opportunità e non come un rischio, tenendo presente anche l'opportunità per i clienti di prendere atto delle argomentazioni del legale dell'altra parte.

In sostanza ed in conclusione, la strategia negoziale dell'avvocato nella risoluzione della controversia consiste nel perseguire gli interessi del cliente e difenderlo contro il rischio di sfruttamento in un contesto negoziale caratterizzato da grande incertezza, allo stesso tempo instaurando un rapporto con l'altra parte che consenta di individuare interscambi che creano valore. Le negoziazioni per comporre una lite sono molto spesso di carattere distributivo in quanto il parametro di riferimento è costituito dall'esito processuale che l'avvocato ritiene ragionevole aspettarsi, per cui anziché allargare la torta gli avvocati si concentrano sulla divisione della torta esistente.

Per convincere l'avvocato dell'altra parte che la risoluzione di una controversia può essere una opportunità per creare valore mediante la ricerca di interessi, un concetto nuovo che sarà spesso difficile far accettare, si suggerisce di evidenziare:

– che la ricerca di interscambi può essere utile per ambedue le parti, può rafforzare il loro rapporto e facilitare intese che creano valore e allentano la tensione distributiva;

– che la ricerca di interscambi non richiede né implica necessariamente la sospensione del contenzioso, che può continuare per cui non è necessario divulgare informazioni, anche se coperte dalla riservatezza, che la parte ri-

tiene che possa pregiudicare l'esito del contenzioso se questo dovesse continuare in caso di mancato accordo;

– che discutere dei reciproci interessi non va visto come un segnale di debolezza, anzi la volontà di ampliare l'ambito della negoziazione può essere inteso come un segnale di forza e di sicurezza.

8. E se tutto questo non funziona?

Nonostante i tentativi dell'avvocato *problem-solver* di persuadere l'altra parte a considerare la negoziazione come una opportunità per risolvere la controversia in maniera reciprocamente soddisfattiva mediante la creazione di valore, se l'avvocato dall'altra parte del tavolo ricorrerà a tattiche avversariali e di contrattazione dura, è importante riconoscerle per capirne il funzionamento – tipicamente si tratta di pretese estreme seguite da piccole lente concessioni (giocando anche sul cosiddetto “effetto ancoraggio”); offerte “prendere o lasciare”; richieste di offerte unilaterali; pressioni di vario genere, anche bluff, minacce ed avvertimenti; talora la tattica del “buono e del cattivo”, ecc.

Se l'instaurazione di una procedura *problem-solving* fin dall'inizio della negoziazione potrebbe non avere l'effetto di prevenire o scoraggiare tattiche di contrattazione dura, se l'altra parte non è disponibile a rivelare i propri interessi, se continua a fare richieste estreme o ad assumere posizioni irragionevoli, occorre *insistere nell'approccio collaborativo* facendo attenzione a proteggere gli interessi del proprio cliente, “continuando il proprio gioco” ed a focalizzarsi sugli interessi, valutare opportunità e rischi legali e generare opzioni creative, con l'obiettivo di far progredire la trattativa; “riformulare” le posizioni di contrattazione dura dell'altra parte trasformandole in interessi, opzioni o suggerimenti. Mnookin cita l'espressione usata da Fisher, Ury e Patton del “jujitsu della negoziazione” per descrivere l'approccio *problem-solving* che mira a bypassare la tattica di contrattazione dura dell'altra parte trattando qualsiasi affermazione o richiesta di quest'ultima (per esempio: la richiesta non negoziabile di una somma di denaro) come una parte della negoziazione *problem-solving*, riformulandola e ponendo domande aperte (con l'obiettivo di approfondire interessi, valutare il rischio d'opportunità e generare opzioni), continuando a cercare “ganci” per rendere comunque produttiva la negoziazione.

In caso di insuccesso della negoziazione diretta e di *impasse*, occorre valutare l'opportunità di ricorrere all'attività facilitativa di un mediatore neu-

trale, considerando la negoziazione solo come il primo *step* di una virtuosa procedura di risoluzione alternativa delle controversie.

Non è opportuno adottare una tattica di contrattazione dura come mera reazione alla stessa tattica dell'altra parte, mentre se i tentativi di seguire il modello *problem-solving* non dovessero sortire alcun effetto positivo, non è da escludere che a quel punto si possa decidere di seguire la stessa tattica, ma non come mera reazione, bensì come scelta consapevole a seguito del tentativo perseverante e paziente di gestire la negoziazione mediante il *problem-solving*.

A fronte di una offerta “prendere o lasciare” dell'altra parte, è importante che il cliente abbia chiara la propria B.A.T.N.A., e se considera l'offerta ingiusta ed inaccettabile, l'avvocato potrà aiutarlo a comprendere le opportunità ed i rischi legali e ad effettuare una scelta consapevole ed informata in base ai propri interessi.