The Mediator Handbook
Sổ tay hoà giải viên

IN PARTNERSHIP WITH

Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Swiss Cooperation Office in Vietnam

CEDR

IFC | International Finance Corporation
WORLD BANK GROUP

Creating Markets, Creating Opportunities

The Mediator Handbook

For the Mediator Skills Training only

IN PARTNERSHIP WITH

Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Swiss Cooperation Office in Vietnam

CEDR

IFC | International Finance Corporation
WORLD BANK GROUP

Creating Markets, Creating Opportunities

Copyright © 2017

By The International Finance Corporation

All Rights Reserved

No part of this book may be reproduced
in any form without permission in writing
from the publisher

Disclaimer

The Mediator handbook has been developed by the International Finance Corporation (IFC) and the Center for Effective Dispute Resolution (CEDR) to provide a collection of recommendations on best mediation practices primarily for commercial mediators. This handbook has been developed to serve as essential preparation for Mediator Skills Training (MST) course delivered by IFC and CEDR for IFC clients, with some modifications based on the country of course delivery.

The material in this work is protected by copyright. Copying and/or transmitting portions or all of this work may be a violation of applicable law. The CEDR and IFC encourage dissemination of its work and hereby grants permission to distribute the Handbook, without any right to resell, redistribute, or create derivative works therefrom. Any other copying or use of this work requires the express written permission of both authors of the Handbook, CEDR and IFC

Khuyến cáo

Cuốn Sổ tay Hòa giải viên này được biên soạn bởi Tổ chức Tài chính Quốc tế (IFC) và Trung tâm giải quyết tranh chấp hiệu quả (CEDR) nhằm cung cấp một tập hợp các khuyến nghị về các thực tiễn hòa giải tốt nhất chủ yếu dành cho các hòa giải viên thương mại. Cuốn sách được xây dựng nhằm chuẩn bị cho Khóa đào tạo kỹ năng hòa giải viên do IFC và CEDR cung cấp cho các khách hàng của IFC, với sự điều chỉnh phù hợp với từng quốc gia nơi khóa đào tạo được tổ chức.

Các tài liệu trong cuốn sách được bảo hộ quyền tác giả. Việc sao chép và/hoặc truyền bá một phần hay toàn bộ cuốn sách có thể sẽ vi phạm pháp luật được áp dụng phù hợp ở mỗi quốc gia. CEDR và IFC khuyến khích việc phổ biến cuốn sách này và cấp phép phân phối cuốn sách, người được cấp phép không có quyền bán lại, phân phối lại, hoặc làm tác phẩm phái sinh dựa trên cuốn sách. Mọi hành vi sao chép hoặc sử dụng cuốn sách này đều phải được sự cho phép rõ ràng bằng văn bản của cả hai tác giả cuốn Sổ tay, CEDR và IFC.

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

About IFC:

IFC—a sister organization of the World Bank and member of the World Bank Group—is the largest global development institution focused on the private sector in emerging markets. We work with more than 2,000 businesses worldwide, using our capital, expertise, and influence to create markets and opportunities where they are needed most. In fiscal year 2019, we delivered more than $19 billion in long-term financing for developing countries, leveraging the power of the private sector to end extreme poverty and boost shared prosperity. For more information, visit www.ifc.org

Về IFC:

IFC, tổ chức đồng cấp với Ngân hàng Thế giới và thành viên của Nhóm Ngân hàng Thế giới, là định chế phát triển toàn cầu lớn nhất tập trung hỗ trợ khu vực tư nhân ở các nền kinh tế mới nổi. Chúng tôi hỗ trợ hơn 2,000 doanh nghiệp tư nhân trên khắp thế giới bằng năng lực tài chính, chuyên môn và tầm ảnh hưởng của mình để tạo ra thị trường và cơ hội phát triển ở những nơi cần nhất. Trong năm tài chính 2019, tổng đầu tư dài hạn của chúng tôi tại các nước đang phát triển đạt trên 19 tỷ USD, giúp khu vực tư nhân đóng góp vai trò quan trọng trong nỗ lực toàn cầu về xóa bỏ đói nghèo cùng cực và thúc đẩy thịnh vượng chung. Để biết thêm thông tin chi tiết, mời truy cập: www.ifc.org

About CEDR:

The Centre for Effective Dispute Resolution (CEDR) specializes in mediation and alternative dispute resolution (ADR). We are an independent non-profit organization and a registered charity. Our aim is to provide society with skills and solutions for effective dialogue, and to bring about sustainable change. For more information about CEDR, please visit the link https://www.cedr.com/aboutus/

Về CEDR:

Trung tâm Giải quyết Tranh chấp Hiệu quả (CEDR) là tổ chức chuyên về lĩnh vực hòa giải và giải quyết tranh chấp bằng biện pháp thay thế - không thông qua thủ tục tố tụng tại Tòa án (ADR). Chúng tôi đăng ký là tổ chức phi lợi nhuận và thực hiện các hoạt động vì cộng đồng. Sứ mệnh của CEDR là cung cấp kỹ năng và giải pháp đối thoại hiệu quả, nhằm mang lại sự thay đổi bền vững cho xã hội. Để biết thêm thông tin chi tiết, mời truy cập trang web: https://www.cedr.com/aboutus/

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

Contents

I Introduction 6

II. Landscape of dispute resolution 8

1. A brief history of Alternative Dispute Resolution (ADR) 8

2. ADR processes 11

3. Negotiation, litigation and mediation 16

III. The concept of mediation 21

1. An overview of mediation 21

2. Mediation is not 25

IV. Essential foundations for mediation 29

The cornerstones of mediation 29

V. A process framework for mediation 35

1. A process with five phases 35

2. Preparation phase of mediation 35

3. Opening phase of mediation 39

4. Exploration phase of mediation 44

5. Bargaining phase of mediation 48

6. Concluding phase of mediation 53

VI. The role of the mediator and others 59

1. Aspects of the mediator's role 59

2. The mediator's style and approach 63

3. Roles and responsibilities of parties, lawyers, experts, assistant mediator and co-mediator 68

4. Process Challenges 71

VII. Communication skills for effective mediation 74

1. The importance of communication skills in mediation 74

2. Active listening 74

3. Working with emotions 90

VIII. Using negotiation skills as a mediator 94

1. Aspects of negotiation 94

2. The mediator as negotiation coach 99

3. Overcoming common problems in negotiation 106

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

IX. Competence and good practice 108
Competencies for the effective mediator 108
X. Ethical and legal responsibilities for mediators 113
Some dos and don'ts for effective mediation 118
XI. Convincing parties to mediate 120
1. Convincing Corporate Parties 124
2. Key Messages 129
XII. Building a Mediation Practice 132
Beyond the training course 133

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

I. Introduction

This Handbook was originally developed as part of the essential preparation for a 5-day intensive Mediator Skills Training (MST) course provided to World Bank Group clients under specific WBG projects in the Middle East and North Africa, Southeast Europe, and East Asia and the Pacific regions. It is intended to support the learning that takes place during the course through the practice and feedback, and to be a useful reminder for those with some experience. Revisiting the handbook after the course will reinforce participants' understanding of the role and skills of the mediator and the process of mediation. Future or current mediators can also consult this Handbook for reference, but it is not intended to substitute a face-to-face practical skills training course.

ADR and the World Bank Group

Since 2004, the International Finance Corporation, a member of the World Bank Group, has been at the forefront of establishing commercial Alternative Dispute Resolution (ADR) in emerging markets. The main objective of IFC's ADR programs was to institutionalize private mediation centers, judicial mediation/conciliation in chambers and court connected mediation and other forms of ADR for speedier and more cost-effective commercial dispute resolution, offering greater access to justice for entrepreneurs. As part of its technical assistance to both governments and the private sector globally, the World Bank Group aims to ensure that commercial mediation is established effectively.

The World Bank Group, through its Debt Resolution & Insolvency Program, continues to support the application of ADR by enhancing the legislative framework and creating more efficient judicial systems by building the capacity at courts to apply ADR. It introduces new best practices in ADR through the establishment or the modernization of commercial mediation centers and professionalizes mediation by transferring skills and know-how to practitioners. World Bank Group ADR projects also involve comprehensive awareness raising campaigns to inform the end users of the ADR processes of the new available tools for dispute resolution, their benefits and use.

Successful initiatives in the Balkans, Pakistan, Egypt, Morocco, Liberia, Bangladesh Papua New Guinea, Tonga, Vanuatu and other countries assisted by the World Bank Group have all had a strong element of mediator skills training to both engender the concept of ADR and the capacity to deliver ADR services. Only in Egypt, by 2017, the WBG initiative successfully trained and licensed 68 mediators, judges and private practitioners, and over 1814 commercial cases were referred to mediation as a result. In Morocco, between 2010-2013, the WBG ADR program trained and certified 67 commercial mediators, resulting in 2124 cases were referred to mediation in private mediation centers, of which 1729 were successfully resolved. More recently, the World Bank Group supported the development of commercial mediation in Vietnam, where it assisted the public sector with the enactment of key legislation, related to procedural and enforcement aspects of commercial mediation, as well

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

as the private sector with respect to enacting mediation rules and codes, and building 71 newly trained mediators' practical skills, of whom 12 trained mediators were selected for a training of trainers. Such capacity is without doubt one of the primary steps in building momentum and the World Bank Group has thus worked positively with these trained mediators locally, to conduct mediations, build mediation institutions and in developing them to train others in the future.

The present version of the Handbook has been used in the mediator practical skills trainings for judges and / or private practitioners in Egypt, Morocco, Lebanon and Vietnam, with some modifications and updates. In Egypt, the Handbook was also updated to address potential gender-related power imbalance issues that can arise during mediation between parties, which is not included in this version of the Handbook.

Credits

This handbook is based on The Mediator Handbook (2012) written by the Centre for Effective Dispute Resolution (CEDR).

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

II. Landscape of dispute resolution

1. A brief history of Alternative Dispute Resolution (ADR)

Where does ADR come from?

Alternatives to the resolution of disputes through public court trial have deep and different roots worldwide. Adjudicators in many jurisdictions have, by custom or duty, sought to settle claims by exercising a conciliatory role. In the Middle East and Africa, China, South Asia and South America, the role of the elder-led informal community meeting for resolving disputes is well known. Mediation in family, community, environmental, international diplomacy and workplace contexts has a range of different and long-standing cultural origins.
In its modern synthesis, commercial mediation developed first in the USA in the late twentieth century, as part of a drive to find alternatives to the delay and expense of litigation as then perceived. Its development since the Pound Conference in 1976, and the visionary speech given there by Professor Frank Sander on the concept of the multi-door courthouse, has been just as much integral to the development of modern civil justice processes as alternative to them. ADR was soon taken up in Australia and Canada and began to take root in England and Wales in the late 1980s, where family and community mediation were already growing.

In the UK, its development has been increasingly symbiotic to civil justice processes rather than in competition with them. This is exemplified particularly by the reforms proposed by the then Chief Justice, Lord Woolf in his ground-breaking "Access to Justice" reports of 1995 and 1996, and the Civil Procedure Rules 1998 that followed and implemented them.

Across Europe, the 2008 EU Mediation Directive by the European Parliament and Council, referring to cross-border disputes between disputants within member states, has had positive consequences for ADR. It has cemented into place the already high standards of ADR that are a pre-requisite in the twenty-first century for aspiring states to join the European Union, on occasion taking the form of court-annexed mediation. Indeed, whilst implementing the Directive, existing member states have been considering how mediation is accessed in their own jurisdictions. This has led to reviews of practice and in some instances quite substantial legislation.

In the Middle East and North Africa (MENA) region, a number of recent projects initiated by donor organisations such as the World Bank Group and the UK Department for International Development (DfID) have helped engineer similar reform, including updating civil procedure codes and rules of the courts, launching ADR centres, both independent and court-annexed and training cadres of mediators. Countries in the region where such projects are, or have been, operational include Pakistan, Bangladesh, Egypt, Morocco and India. In East Asia, the number of ADR organisations has been proliferating. China, Japan, Hong Kong and Singapore are currently taking the lead in the development of ADR not only in the region, but also globally. Other countries in the region, including Vietnam, Indonesia and Thailand are also

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

starting to follow the lead. Recently, Vietnam, with support of the World Bank Group, has undertaken significant reforms to improve its commercial arbitration and mediation practices. In November 2015, a new Civil Procedure Code was enacted introducing a backbone to the Vietnamese alternative dispute resolution regime and a new chapter on enforcement of commercial mediation settlement agreements. Over 100 judges were trained in the implementation of the new legal framework. In February 2017, a new Decree on Commercial Mediation was enacted completing the necessary legal framework for the development of mediation in the country.

Mediation has become familiar in a range of business sectors, including construction, workplace and employment, public law, personal injury, clinical negligence, company and partnership, and applied to a wide range of contractual differences, as well as taking an increasingly significant role in the development of civil justice generally.

The development of ADR processes and uses

'ADR' has become a familiar shorthand label used to designate a whole range of dispute resolution activities. As a definition, it has its shortcomings, however. 'Alternative' is a much-criticised component of the label. Settlement in many common-law jurisdictions has become the norm (though by no means in all) and, as was argued fora time in Australia, often it is trial that is the alternative, in the sense of its being the process less frequently used. In England and Wales, trial is officially regarded as a last resort for cases that cannot be settled. Nor is ADR in general or mediation in particular only conducted as an alternative to court trial, as it is often deployed before proceedings have been started or even contemplated.

While it might be expected that tensions would develop between those who promulgate the traditional civil justice system – judges and litigation lawyers – and those who promote ADR, in fact lawyers and judges have played a very important part in the growth of ADR.

Many of the early pioneers in ADR were lawyers seeking to offer a wider and more flexible range of options to clients wishing to resolve their disputes, and many mediators still come from the legal professions. The spectrum is much broader now, and there are trained mediators from all professional backgrounds and all sectors. Also, judges have trained as mediators, both while sitting, and also shortly before retirement, whereupon some have developed new careers as mediators. Just as importantly, court decision shave encouraged the use of ADR. Many jurisdictions are adopting approaches to encourage ADR, for instance by holding information sessions for litigants, through court directions and ADR legislative support such as the EU Mediation Directive.

Problems with the ADR definition still remain. Should the term embrace arbitration – the first modern alternative to public trial to emerge, but undoubtedly an adjudicative process much more closely allied in style to judicial determination – as is the norm in the USA? Should it embrace bilateral settlement discussions without a third-party neutral? This handbook

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

concentrates on mediation, but the next section briefly reviews the other processes usually gathered under the ADR umbrella. Definitions matter less than the need to recognise that the real benefits of ADR, and particularly mediation, lie in the flexibility of practice which it offers, enabling fresh approaches to be developed to suit the needs of the parties and each dispute, making a better 'settlement event' available, at less cost in time and money.

Thinking about mediation and how to train mediators has shown that the process involves far more than brokering a deal or banging heads together. This has led to academic analysis from the psychological, anthropological and socio-legal disciplines, along with negotiation and game theory; all these have gained significance. The approach in this handbook is strongly practical requiring intuitive as well as theoretical learned skills, and emotional as well as intellectual intelligence.

The World Bank Group has identified mediation as a significant tool for business support and consolidating economic development across the globe; and CEDR often works closely with the judiciary and policy-makers over locating mediation appropriately in local civil justice systems. What is striking is the ease with which mediation passes across jurisdictional and cultural boundaries. It has always been well regarded as a way of dealing with cross-border disputes, and the enthusiasm with which it has been adopted in so many countries has underlined its value in this context and for business disputes generally.

Internationally we have seen legal developments facilitating the introduction and application of mediation in many jurisdictions, supported by the continued development of ADR bodies in these countries, and with recent interest in all continents of training mediators to an internationally recognised base-line level of competence, mediation is set to flourish worldwide.

The growth of mediation has been connected with litigation and civil justice procedure. Increasingly, however, its value is being recognised in areas beyond and outside litigation - in resolving community development issues, in facilitating improved relations within teams or Boards of Directors, and in putting together difficult deals or agreements. The core competencies that underpin mediator training have been found to have wide applicability, and the mediation 'umbrella' within which these can operate has ever-growing reach for protecting organisations and individuals from the destructive potential of conflict and difficult conversations.

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

2. ADR processes

This section gives a brief insight into the wide range of ADR processes.

Variants of litigation

Arbitration

Arbitration was devised to overcome some of the problems encountered in litigation and is often regarded as part of the ADR repertoire. In England and Wales arbitration is regulated by the Arbitration Act 1996. Although arbitration empowers a third party to decide the outcome of a dispute, it is more likely that the arbitrator will have subject-area expertise, which, for some, makes the decision more palatable. The decision is made according to the relevant law, is binding and is not normally subject to appeal.

Like litigation, the process of arbitration is adversarial and mostly formal; however, unlike a court hearing, the proceedings take place in private, and the parties usually select the arbitrator or panel of arbitrators. In arbitration, the parties have greater control of procedural matters to suit the nature of the case

Where a dispute involves complex issues, extensive documentation and large numbers of witnesses, arbitration can be more expensive and more time-consuming than litigation in the courts.

High-low arbitration

This is a form of arbitration in which the parties have agreed the parameters for the outcome prior to the arbitration. The arbitrator may or may not know what the parameters are in advance of issuing the award. Should the arbitrator make an award within the range established by the parties, the award made would become final. If the arbitrator awards an amount lower or higher than the range established by the parties, the lower or higher limit set by the parties would apply. This variant is selected when the parties wish to limit their risks.

'Baseball' arbitration (or 'pendulum' or 'final-offer' arbitration) is a variation of high-low arbitration, sometimes used in the USA, named from the method used in player salary negotiations in major-league baseball. Each party names a figure at which they are prepared to settle. The arbitrator must then choose between the two figures, but does not have the authority to modify the figures.

Potentially binding decisions from a third party

Adjudication

The most common form of adjudication is by written submissions to a neutral third party, who is usually a specialist in the area of dispute. In some cases, these submissions are all that the adjudicator has and thus, as there is no opportunity for revision, there is great pressure

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

on the parties to present their best case. In some cases, the parties may each give a response to the other party's submission. There may also be an oral hearing or a site visit. The process is generally short and the decision is binding, although there is usually provision for appeal within a stipulated period. Consumer Adjudication schemes operated by trade associations, industry sectors or large companies with a consumer focus, are also now quite common to help deal with consumer complaints about their members, and generally focus on low value claims and aim to provide efficient results.

Expert determination (ED)

Expert determination may be used to decide on a specific matter of contract or other law, or on disputed facts or financial valuations. Usually the expert, who is selected by the parties, investigates and reports on the issue, and does not rely exclusively on submissions made by the parties. The decision is usually binding and cannot be appealed.

Ombudsperson services

Originating in Scandinavia, there are now many ombudsperson schemes in the UK and other countries in a range of public and private sector contexts. Decisions are usually based upon written evidence, although there is an increasing trend towards meeting with the parties, both jointly and individually. The process provides a cheap and relatively informal means for individuals to complain of maladministration or improper decisions by major institutions, businesses or government.

Most ombudsperson schemes will not investigate a complaint until the seller of goods or provider of services has been through pre-set steps, making a serious attempt to resolve the complaint, and the parties have become deadlocked. Most ombudsperson services are funded through a levy on the industries they serve, and are free to the individual complainant. Most ombudsperson decisions are binding on the industry member but not on the complainant.

Med-Arb

Short for mediation-arbitration, this process gives the parties the opportunity to use mediation to reach a settlement, and then to rely on a decision by a neutral if there are issues on which no agreement can be reached. This process encourages parties to create their own settlement in the knowledge that an arbitrator will otherwise impose an outcome.

Sometimes, the parties choose to have the same person act as both mediator and arbitrator, while others choose one person to be the mediator and another to be the arbitrator. Knowledge that the mediator may eventually act as arbitrator may cause parties to be more restrained in revealing their real needs and positions. There are other potential difficulties if the same person acts in both roles; particularly challenging is the question of how to treat information obtained confidentially in private meetings. It is therefore often desirable for a

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

different neutral to arbitrate on the outstanding issues, even though this will involve a further presentation of the parties' cases and some further costs.

Occasionally, the reverse arrangement of Arb-Med is used, with the arbitrator given the formal obligation to hear the case and decide on an award, keeping the decision private, and then to operate as a mediator; if the case does not settle, the decision and the award are disclosed.

Non-binding third-party involvement

Early neutral evaluation (ENE)

Early neutral evaluation is a preliminary assessment of facts, evidence or legal merits by a neutral. It is not binding, but provides an unbiased evaluation of relative positions as well as guidance as to the likely outcome if the case were to be heard in court. The parties appoint an independent person who expresses an opinion on the merits of issues specified by the parties. The process is designed to serve as a basis for further and fuller negotiations or, at least, to help parties avoid unnecessary stages in litigation.

Judicial appraisal

This is similar to ENE described above. The most common form of judicial appraisal is where the case is presented in written form to a judge (usually retired), who then gives an appraisal of the likely result if the case goes to court. It is different from obtaining counsel's opinion in that the judge receives submissions from both sides. The parties must agree the form and extent of submissions and whether the appraisal is to be binding or not; reaching agreement on those preparatory issues may sometimes be a challenge in itself. In the USA this route has been extended to a 'summary jury trial'. This is a non-binding, abbreviated, mock trial using a panel of actual jurors. Rules of evidence and testimony are usually modified to expedite the process. The 'trial' is usually followed by a negotiation or mediation. A 'judge' may be selected by the parties to moderate the 'trial' and to act as mediator following the jury 'award'. The parties may question the jurors about the factors that influenced their decision.

Neutral fact finder

This process is similar to expert determination, described above, but restricted to the clarification of particular factual issues, and non-binding in that the neutral does not normally make an award.

Mediation

Mediation is the primary form of ADR and covered in detail in this handbook.

Variations on mediation include:

Co-mediation

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

In certain situations parties, may require the assistance of more than one experienced mediator. From the outset, the two (or more) mediators, both neutral, will work with the parties to design the process to be used during the mediation. They will both act as mediators throughout the process and usually have equal status.

Project or alliance mediation

This is a dispute prevention mechanism whereby a mediator is appointed at the outset of a long project, or a new major business relationship, to act as the point of contact when communication problems or disagreements are anticipated or arise.

Executive tribunal

Sometimes called the 'mini-trial'. A senior executive from each party joins the mediator, or neutral, and they sit as a panel to hear the submissions from each side's advisers in joint meeting. The executives normally have had no previous direct involvement in the dispute and bring a senior management perspective to the issues. After the submissions in joint meeting, the senior executives retire, usually with the neutral, and negotiate a settlement. The neutral may act as chairperson or even adviser.

Conciliation

The meaning of the terms conciliation and mediation may differ or be interchangeable, depending on the country or dispute sector involved. In the UK health sector, for example, conciliation is often used to mean a process of neutrally facilitated discussion of complaints, with no agreement over financial compensation normally included in the outcome. By contrast, in civil engineering contracts, conciliation traditionally included a solution to a dispute being recommended by the neutral. Around the world, in many customary and traditional forms of dispute resolution, conciliation by a family or community elder involves the third party making recommendations on potential settlement options to the parties.

Independent interventions and facilitation

Often described under the umbrella term of 'facilitation', independent interventions are the involvement of an impartial third party to facilitate negotiations, discussions, consensus building, problem solving, or relationship building, or to manage existing or potential difficulties in a wide variety of situations.

The aim of an independent intervention may be to:

- encourage a dialogue, where the intervention allows voices to be heard and issues raised
- plan the next steps to be taken or devise a framework for future action
- enable finality – a decision or agreement
- prepare for other processes such as mediation, ENE or adjudication.

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

Processes are tailored to the needs of the users, and can draw on a range of models such as:

assisted stakeholder dialogue – the neutral uses practical and flexible processes to improve relationships between stakeholders in order to clarify issues, resolve an existing conflict or achieve consensus.

brokered talks – a neutral acts as an impartial, creative force to hold 'talks about talks', when negotiations have become deadlocked because of the number of parties or the complexity or sensitivity of the issues.

deal mediation – a neutral assists with contractual negotiations between businesses, although there is no dispute as such.

independent chairing - an independent chairperson will manage the process rather than dictate the content or the outcome. Independent chairing can be an end in itself, or it may lead to formal brokered talks or another form of dispute resolution.

independent review - an impartial investigator sets up terms of reference for an inquiry into facts, an identified problem or a difficult set of circumstances, and makes recommendations or reports findings according to agreed terms of reference.

relationship building – interventions can be within organisations to strengthen or restore working relationships, generate a common purpose and increase trust. Alternatively, the aim can be to enhance external relationships, for example, with suppliers or contractors.

ADR offers flexibility and has applications beyond an individual dispute

ADR is flexible and adaptable, and specific ADR processes can be devised to suit complex disputes in commercial and other sectors.

ADR also has a role beyond the individual litigated dispute. Businesses often seek a structure that will provide a sustainable way of preventing or minimising conflict with, for example, employees, suppliers or joint venture partners, and ADR processes frequently feature as an integral part of such designed dispute resolution systems. ADR can also be used as part of a consultative design process.

Where there is a willingness to resolve a dispute, tackle a problem or take preventative action, an appropriate process can be found or designed.

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

3. Negotiation, litigation and mediation

Before looking at mediation in detail, this section draws some comparisons between negotiation, litigation and mediation.

Negotiation

Negotiation is often the best, most economical and satisfactory way of resolving a dispute. Negotiation is an everyday activity; some is not recognised as negotiation at the time, and most of it is effective. It is a skill that is central to human interaction and yet has only recently been studied, analysed and refined. Direct negotiation requires the negotiators to communicate with each other about the dispute and about their willingness to compromise.

Negotiation is usually possible where all or most of the following circumstances exist:

- the parties can identify and agree on what issues are in dispute
- the interests, goals and needs of the parties are not entirely incompatible
- the parties need to co-operate to meet their goals
- external constraints, such as time, reputation, cost, and the uncertainty of an imposed decision,
- encourage parties to engage in a private, co-operative process
- the parties can influence each other to act in ways that provide mutual benefit or avoidance of harm
- the parties recognise that alternative procedures are not as desirable as negotiation, which, in particular,
- allows them to determine the outcome.

There are two recognised core strategies for negotiating:

- positional negotiation
- principled negotiation.

Positional negotiation

Positional or competitive negotiation is the traditional strategy in the business environment, as well as in political and even social arenas.

The key characteristics of this strategy are:

- each side takes its best (most extreme) position on what it demands or offers
- a period of justification follows, which usually entrenches the position
- parties haggle, and even threaten, bully, cry or lie, in an effort to extract move mentor agreement from the other side
- concessions are exchanged, often grudgingly.

Negotiators deploy a range of tactics to improve the results of positional negotiation:

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

- posturing over positions or interests
- withholding sensitive information, such as any weakness in the case
- engaging in bluff or making threats
- waiting for movement from the other party - digging in or walking out
- never giving without getting
- making small concessions slowly.

Positional negotiation is often affected by whether or not the parties will meet again. One-off deals are likely to make parties tougher, more willing to risk the possible downsides of positional negotiation, as there is no on-going relationship for the parties to take consider. Negotiators familiar with each other can develop ritual behaviours that become almost a game.

There are many other factors that influence a positional approach, including ego, peer pressure, the need to preserve reputations, and concern for job security or financial targets. The result is sometimes mistrust, damaged relationships, inefficient outcomes and even retaliation.

Principled negotiation

Principled or collaborative negotiation has emerged as an alternative strategy of co-operative negotiation.

Probably the most influential event in establishing an alternative to positional bargaining was the publication in 1981 of 'Getting to Yes' by Roger Fisher and William Ury of the Harvard Negotiation Project. The philosophy of principled negotiation proposes that, by treating negotiation as a genuine problem-solving opportunity, outcomes more satisfactory for both sides are likely to be achieved and at less cost.

The book describes an evolving strategy, the key characteristics of which are still relevant many years later. Principled negotiation seeks to improve the outcome of negotiations by:

- negotiating on the basis of principles; focusing on interests, not positions, and on needs, not wants
- depersonalising a problem, preserving dignity and making possible a co-operative approach to problem
- solving
- separating the people from the problem; working hard on the problem, and soft on the people
- establishing objective criteria and standards against which to measure any decision, unencumbered
- by subjective opinion

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

Fisher and Ury argue that by adopting this approach, individuals can avoid some of the inefficient gamesmanship of competitive or positional negotiation, without being exploited.

This requires that, with the help of the mediator, the parties:

- identify or review their BATNA (Best Alternative To a Negotiated Agreement), as a firm foundation for negotiating and decision making, providing each party with a guide as to when negotiations should be terminated because a better result probably lies elsewhere
- invent options for mutual gain, such as payment in kind, future business, agreeing steps to protect reputation, or a particular timescale for action, and discovering how an outcome or deal can be established that meets both or all parties' real interests. This has been developed in later literature into the concept of 'creating value' before 'claiming value'; that is, extending the scope of the negotiations so as to include extra ideas or elements which can form part of the settlement, before agreeing who gets what
- seek to develop good relationships with the people on the other side; if deadlock occurs, they may reconsider their BATNA and reassess their risks, develop agreement on interests, or agree objective standards as a basis for settlement.

Principled negotiation is the basis of the mediator's 'neutral negotiator' strategy, discussed later in this handbook. However, positional negotiation also plays a part in the journey to settlement, and mediators should expect parties to move between these two approaches. It is quite usual for the mediator to work hard to encourage the parties to adopt a principled approach, to see what might be available as part of the settlement, including non-financial elements, and then for the parties to move back to positional bargaining in order to finalise a deal.

Why negotiations fail

Negotiations fail for a range of reasons, including distrust between parties or advisers, poor negotiating skills, lack of realistic risk assessment, heightened emotion and other blocks to communication. Sometimes negotiations stall because of the strategies adopted by the negotiators. Two positional negotiators might push themselves into impasse with brinkmanship, refusing to make an offer in case it indicates weakness, waiting until the steps of the court to make an offer, or testing the other side with a challenging formal offer which threatens costs consequences. Two principled negotiators might disagree on the objective standards by which to assess the value of their case.

The mediator has an important role, detailed elsewhere in this handbook, in helping parties to overcome these and other barriers to effective negotiation.

Litigation

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

Litigation is the most familiar form of formal dispute resolution worldwide. It is publicly financed and administered, carried out in a public forum and is bound by detailed rules about procedure and evidence. It is not voluntary – parties have to appear when required or suffer penalty - and the decision is binding, although may be subject to appeal. It is often costly and time-consuming. Depending on the particular legal system, the decision is based upon law and precedent, but the system is subject to human error and other uncertainties, and the outcome is not easy to predict and may sometimes even be perceived as unfair.

Litigation essentially involves a judge deciding past rights as between the parties and granting or refusing a remedy on the facts found. There is almost always a winner and a loser, and accurate predictions about which will be which are difficult.

Mediation

Mediation has established itself as the leading ADR process

The need for a viable alternative to litigation, which does not deprive any party of its right to pursue a case through to trial if a satisfactory settlement cannot be reached, is broadly accepted. The focus of litigation is on the past, whereas ADR processes can look to the future. Even when settlement is reached through negotiation, the process is sometimes narrowly focused and hurried, especially when conducted on the steps of the court, and the outcome less satisfactory than when negotiations are assisted by a third-party neutral and involve the actual parties directly.

Why mediation works

Mediation enables the parties to resume, or sometimes to begin, negotiations. The presence of a mediator changes the dynamics of the negotiating process. The mediator brings negotiating, problem-solving and communication skills to the process, and deploys them from a position of independence and neutrality, making progress possible.

The mediator, as a neutral, can:

- win the trust of all parties
- facilitate communication
- focus the parties on the problem
- overcome emotional blockages
- help each party to understand the other party's case
- probe each party's case in private for interests and needs
- help parties assess their own weaknesses realistically
- suggest new avenues to explore, including helping parties to create value
- help parties to overcome deadlock
- save face for parties, including when needing to change their stance
- explore settlement proposals in depth

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

- obtain approval for settlement proposals
- assess realistically the chances of settlement.

Besides being quick and cost-effective, mediation looks forward, encouraging the parties to turn from the history and focus on the future. Most disputes are resolved without continuing or creating a future relationship, but the prospect of a future without the dispute can itself be a powerful driver towards settlement.

In contrast to litigation and arbitration, mediation provides an opportunity for parties to control the outcome of their dispute, even when direct negotiations have failed.

Overall, the benefits of the mediation process include:

- providing a platform for the parties to express how they each see the situation and how they feel about it
- restoring communication and providing a process for negotiation
- giving the parties a chance to decide for themselves a final and certain outcome.

Comparisons

Satisfaction for the parties can be achieved in the resolution of disputes on three levels:

- procedural
- emotional or psychological
- substantive, in terms of outcome.

Mediation is probably the only dispute resolution process able to deliver satisfaction on all three counts.

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

III. The concept of mediation

1. An overview of mediation

Definition

There are many definitions of mediation. For the purposes of this handbook the following general definition of mediation is used:

Mediation is a flexible process conducted confidentially in which a neutral person actively assists parties in working towards a negotiated agreement of a dispute or difference, with the parties in ultimate control of the decision to settle and the terms of resolution.

Mediation is a flexible process. The venue, the date and the timing are all matters of choice for discussion between the parties and the mediator or the service provider. It is for each party to decide, sometimes with the help of the mediator, who should attend in their team (ensuring that the right people come to the table for the negotiations to be effective), what issues will be discussed and what outcomes will be considered. Not all of those aspects will be discussed before the mediation meeting, and all of them can be changed and adapted even after the mediation has begun, if it is recognised that something different is needed to facilitate progress.

The process can be designed, and redesigned, to meet the needs of the parties and the circumstances of the dispute. The standard commercial model is for everyone to gather in one place on one day, aiming to finish on that day – and the references in this handbook to the 'mediation day' are to that basic model. During that day the mediator, as the manager of the process, will run the process to suit the parties and the dispute, proposing a range of joint and private meetings and the order in which they occur. However, there are numerous variations available to suit particular situations.

Mediation is conducted confidentially, without prejudice and in private. Sometimes the fact that a mediation

is taking place is public knowledge; the details of any discussions and the results of those are rarely made public, although the outcome may be publicised if both parties agree. In addition, mediation usually involves some private meetings between each party and the mediator, in which the mediator commits to preserving the confidentiality of information received from one party in private, unless given express permission to disclose it to another party.

The mediator is a neutral person who assists the parties in their negotiations, independently and impartially. The mediator must have no stake in the dispute or its outcome, nor be perceived as having an inappropriate link with any party. Parties sometimes request a mediator who is a specialist in the particular area of dispute, which might give the parties some comfort and enable the mediator to use industry-specific language. Whatever the level

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

of technical or other expertise the mediator brings, he or she is not there to take sides or to make a decision about the merits of the case or the resolution.

The mediator actively assists parties in working towards a negotiated agreement. The mediator works hard with the parties, enabling them to widen their perspective, re-appraise their situation, their risks and opportunities, and to consider a range of possible ways of resolving the dispute. The mediator will use negotiation and other professional experience, skills and strategies to assist the parties to negotiate effectively, with a focus on the parties' goal of reaching agreement on acceptable terms.

A dispute or difference can bring parties to mediation. There is no requirement that the dispute has been formalised, for example by the issue of legal proceedings. The difference need not have a legal basis at all – it may be a matter of principle or belief, or involve the need for an organisation to make progress on improving relationships, internal or external. Even in a dispute that is close to a court hearing date, where the legal issues are well rehearsed between the parties before and at the mediation, personal or commercial issues may be as significant as legal factors in the parties' decision to settle.

The parties are in ultimate control of the decision to settle and the terms of resolution. The mediator will often have a very full role in overcoming deadlock, in encouraging forward thinking and even in contributing settlement options or ideas for formulating the agreement. However, it is central to the concept of mediation that the parties are the decision makers. Effective mediators use their skill and experience to influence progress and yet, importantly, leave the decision about whether to settle and on what terms firmly with the parties.

Another aspect of the flexibility of the process is that mediation is not binding unless and until an agreement is reached, when settlement terms usually become an enforceable contract. Until that happens, the parties may walk away from the mediation at any time, as entering the process itself does not bind them to settlement. This and the fact that the process is without prejudice allows the parties to explore all options freely, hypothetically, and without commitment. Under CEDR's Model Mediation Procedure, settlement agreements have to be in writing and signed to be legally binding.

Finally, mediation is often described as 'voluntary'. Many mediations are initiated by mutual agreement between the parties in dispute. Once a mediation has started, continued participation is always voluntary, in the sense that any party can choose to disengage without adverse consequences, and what goes on at the mediation, however brief, must be kept from the judge or arbitrator, unless all present agree to the contrary.

Many commercial contracts include an obligation to mediate before proceeding to court or arbitration, and such obligations are likely to be enforced against a party who tries to ignore them. In many jurisdictions, courts have the power to order that parties try mediation. Such an order may amount to mandating its use or, as in England & Wales, a 'robust

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

recommendation' to do so. Ignoring such an order or recommendation might lead to a costs sanction being imposed, even against a party who is successful at trial. In some jurisdictions, mediation is mandatory before parties are allowed to proceed to trial. So, entry into mediation may be less than wholly voluntary, but even then is still usually effective.

The mediation processes

A broad framework for the mediation process has been developed and, with experience, a mediator can exploit the flexibility of the process for the benefit of the parties. The following outline provides a safe foundation on which to build.

Preliminary contact between the parties and the mediation organisation or mediator to:

- agree to mediation
- agree terms of the mediation agreement
- agree practicalities including dates, duration, location, representation, legal framework, fees, documentation
- agree on a named mediator.

Brief written summaries of the case, which are without prejudice and cannot be used in evidence in any later litigation, are submitted and exchanged by parties in advance to:

- inform the mediator
- inform each other and focus parties on the key issues.

Initial private meetings; welcoming, greeting and settling parties on arrival, during which:

- how parties and mediator will be addressed can be agreed
- the mediation agreement can be signed
- initial comfort factors and other physical needs are dealt with
- the practicalities of the day might be discussed
- any immediate questions can be answered
- confidence in the mediator can be established.

This is often followed by an initial joint meeting, at which:

- the mediator clarifies the process and emphasises the ground rules, recognising that the lawyers will have briefed their clients in preparation
- further trust can be developed between parties and the mediator
- the parties present opening statements to each other and the mediator
- some dialogue between the parties might take place
- a joint exercise might be undertaken to establish what needs to be tackled in order to achieve a resolution.

Then, usually, private, confidential meetings take place between the mediator and each party's team separately to:

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

- identify the important issues and needs of each party
- encourage openness about weaknesses as well as strengths
- manage expectations
- work with the full team
- discuss options for settlement.

Further joint meetings, as appropriate, are chaired by the mediator, at which the parties might:

- provide fuller explanations or further information
- set an agenda and agree next steps
- discuss differences, perhaps in understanding of fact or expert opinion, or likely legal outcome, or about the impact of events on a party
- generate ideas and options
- negotiate directly
- set the settlement down in writing or agree further action.

A joint meeting does not have to include all members of all teams. A mediator can use different combinations of those attending throughout the day to maximise opportunities for progress.

Why mediation works

The essence of mediation, and the reason for its success, is that it offers a powerful structure – the process described in later chapters - and introduces a changed dynamic into any negotiation or dispute discussion. The mediator acts as a catalyst, being an independent neutral who is committed to helping the parties to reach settlement, but who does not have a stake in the dispute or the outcome.

This process:

- gets the right people and the right information to the table
- restores the negotiation process
- identifies and focuses on what really matters to the parties
- facilitates communication
- separates the people from the problem
- helps overcome deadlock and emotional blockages
- helps parties to reassess their risks
- widens the options for resolution
- rebuilds or safeguards relationships, sufficient at least to progress negotiations
- leaves ownership of the problem and the settlement with the parties.

The space that mediation creates

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

The mediator has a role in creating a space in which the parties can work on the dispute, different from what prevails outside the mediation. This concept of making space available has a number of dimensions, all of which contribute to the parties' reaching a mutually acceptable resolution. The mediator needs to create an environment that includes psychological space for parties to regain a sense of control; physical comfort and privacy in which to relax and to generate the energy needed to make progress; time out with space to think; and a place where perceived power imbalance and other inequalities are cleared away to allow freer communication.

The space needs to be safe enough and comfortable enough for the parties to focus and work hard and, where necessary, face realities and make difficult decisions. The mediation agreement provides much of that safety; it makes the occasion confidential, and the fact that anything at all is taking place can be kept from others. It also makes the process non-binding until settlement is documented and signed. Mediation provides an opportunity for parties to have a break from litigious correspondence and the litigation process; it puts decision makers together, supported by their advisers, for a unique occasion. It provides a fresh starting point, which allows the parties to agree, implicitly or explicitly, to behave differently for a while; it provides an opportunity to change position with the minimum loss of face. It is a safe haven and can provide calm. The mediator must contribute skill and commitment to give this notional space tone and substance.

Routes to mediation

Parties may have come to mediation for a range of reasons:

- in accordance with a pledge to use ADR in all suitable cases where it is proposed
- under the terms of a commercial contract providing for mediation as part of the agreed dispute resolution process
- following a court recommendation or order to the parties to try mediation; while the courts have no power to order a wholly unwilling party to mediate on pain of being in contempt of court, they have power to impose costs sanctions, even on a successful party, if they ignore such a recommendation
- the parties agree to mediate, advised by their lawyers – with one or more of them less enthusiastic - but wanting to avoid any risk of costs sanctions for having 'unreasonably' refused an invitation to mediate even if they win
- the parties choose mediation, believing it gives them the best chance of reaching agreement in all the circumstances.

2. Mediation is not ...

Mediation, even now, can be subject to misunderstanding and misconceptions, which can lead to unnecessary objections to its use. For example:

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

Mediation is not a bar to litigation or arbitration

Mediation does not preclude the use of other methods of dispute resolution, and no one loses any of their accrued rights by participating in mediation.

In many cases an action has commenced before mediation is adopted. Proceedings may or may not be stayed pending the outcome of the mediation, and work towards the litigation or arbitration process can continue if no stay has been ordered or agreed. Parties sometimes litigate to show that they are serious, and then negotiate through mediation.

Mediation is not mere compromise

Compromise, meaning splitting the difference down the middle, is not a word respected by many litigators or their clients. It is rare for mediations to settle on this basis. The mediator can assist the parties to develop creative options for settlement, which may not be available through litigation, based on the interests and needs of the parties and on a realistic assessment of risks or on agreed objective criteria.

Mediation is not a waste of time and money if it fails

If settlement is not reached in mediation, it is usually achieved shortly afterwards. The settlement gap will usually be narrowed at mediation through the negotiations and through parties gaining a greater understanding of the other party's case and privately reviewing their own case. Mediation almost always tempers aspirations with realism, and movement towards settlement takes into account the risks, legal and commercial, of not settling.

There are costs involved in mediation; the mediator's fee, the venue costs and advisers' fees for the day. However, when settlement is not reached, the preparation for mediation is useful preparation for trial or hearing, or for further settlement negotiations. Most mediations last one or two days so the additional fee to each party is modest compared with the loss of management time and the costs of going through trial.

Mediation is not a sign of weakness

Lawyers who use mediation do so as an additional service for clients. It is now a mainstream process for dispute resolution, but it is not a soft option for client or adviser. A mediation is a period of intense negotiation that requires flexibility, concentration, and imagination, as well as other legal and commercial skills. It is an intellectual and professional challenge, yet the risks are low and the potential for a successful outcome is high.

Mediation does not prevent parties having their day in court – in a way it guarantees it

Mediation guarantees the parties an opportunity to present their case to each other, and to a neutral third party, in a way that allows them to highlight aspects of particular significance for them and, if they wish, to show the strength of their feelings. Mediation gives parties a better opportunity to do this than a formal trial, where their evidence is constrained by rules,

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

and written witness statements mean that there is little opportunity for parties to speak except when subject to hostile cross-examination, or in limited re-examination. In addition, the mediation may be the first time that the parties have encountered each other in person since the dispute began, and presenting the case face to face is often a powerful precursor to improved communication, and thus to negotiation and to settlement.

Mediation is

The fact that parties will learn more about each other's case is sometimes perceived as a risk of mediation particularly in jurisdictions where information given in mediation is not protected in law as confidential.

Mediation does educate the parties about each other's case; however, the extent of information divulged is within the parties' control. In practice, increased understanding makes settlement more likely, and most parties are prepared to take a measured risk over providing additional information. Mutual disclosure of information by parties, in preparation or on the day, can assist settlement negotiations. New information can be presented, assimilated and assessed efficiently when all parties and their lawyers are present at the mediation. However, no one at a mediation has to say anything or disclose anything that they wish to keep private.

Mediation is not what lawyers, managers or judges 'do all the time'

A lawyer or party approaches settlement discussions as a negotiator and not as a mediator; no matter how reasonable and approachable, they cannot operate as a neutral. A neutral is detached from the problem, the emotion and the commercial pressures, and can manage the process of searching for settlement in a way that is different from parties, lawyers or managers who are involved in the dispute.

Unlike a judge, a mediator derives authority only from the parties, and is able to have private discussions with each side without breaching the rules of natural justice, since a mediator is not the decision maker. Even where a judge facilitates settlement at a case management conference or pre-trial review, this is done within, and often because of, the judge's inherent authority and status, which is likely to affect the parties' perceptions and decisions.

Mediation is not counselling

Mediators and psychological counsellors share a number of core skills, and yet the processes are very different and the roles entirely distinct.

Both mediation and counselling can take various forms but, in general, the mediator preserves a neutral relationship with the parties, whereas the counsellor develops an intense relationship with an individual client. The mediator facilitates negotiation of a specific dispute, whereas the counsellor engages in free- ranging discussion on any topic chosen by the client. The mediator enables agreement to be reached, and the counsellor enables coping

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

strategies to be found. The mediator uses problem-solving techniques, while the counsellor applies psychological analysis. The mediator acknowledges feelings, whereas the counsellor explores and works in depth with emotions.

Mediators come from a range of professional backgrounds and bring valuable skills and experience to a mediation. However, it is very important that each mediator is clear about the boundaries of their role, so that, for example, a mediator who is a lawyer does not at any time act as adviser to any party, and the mediator who is trained as a counsellor does not act as a therapist.

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

IV. Essential foundations for mediation

The cornerstones of mediation

Confidentiality, ownership of the solution by the parties, mediator neutrality and impartiality, and an approach to individuals that demonstrates respect, empathy and genuineness, form the essential basis for the work of the mediator, and underpin the whole process of mediation.

Confidentiality

The fact that mediation is a confidential process and conducted 'without prejudice' is fundamental.

Confidentiality is on two levels:

- the entire mediation is in confidence; it is held in private. What is discussed remains confidential and the outcome is only publicised if the parties so agree, and furthermore,
- no private information shared with the mediator in a private meeting with one party can be passed on without the party's express permission.

This places a clear responsibility on the mediator to preserve confidentiality and to treat all information with great care; once disclosed, a confidence cannot be taken back. There are broadly three ways of checking what is confidential:

- asking the party what can be disclosed from the private meeting
- asking the party what cannot be disclosed from the private meeting
- taking the initiative, by identifying specific information that may be useful to pass on to the other party and asking for permission to disclose it.

Revealing a confidence without permission will damage the mediator's credibility, and could even end the mediation. The safest path is to:

- assume that, unless repeated from the papers exchanged or from a joint meeting, everything is said in confidence and cannot be shared, and the mediator must be given specific permission to reveal something to the other party
- use a summary, as a recap for both the party and the mediator, to check confidentiality at the end of each private meeting
- if you are not sure, go back again to the private room and check with the party before revealing something. This will ensure that you do not break a confidence, and also re-emphasise to the parties that you will not reveal anything that is confidential, thus increasing trust and so encouraging them to be more open with you in private sessions

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

Of course, in order to make progress, a dialogue needs to take place between the disputants. This may begin with the mediator acting as a conduit and, in an acrimonious dispute, it might remain so; but in most mediations the parties will come together at some stage and talk face to face, and in some mediations do so on several occasions during the day.

Parties will become frustrated or downhearted if there is no flow of information between them; this preserves confidentiality but limits the scope for progress. This can occur if the mediator takes the confidentiality of private meetings too literally and rigidly, and does not seek permission to disclose information. There is a risk, too, that the mediator will take too much responsibility for developing a solution – gathering information from both sides, never sharing it because that feels safer, hoarding it away and hoping eventually to produce an answer that works for everyone. Once the mediator takes on that role, the parties may abdicate their responsibility to resolve their own dispute, relying too much on the mediator. The mediator, therefore, needs to find ways to create a dialogue between the parties, helping them to build understanding and exchange ideas.

Ownership by the parties

One of the strengths of mediation is that the parties have a major input into the process and complete control over the final decision. Contrast this with litigation where the system takes over, the parties are side lined or less central, and someone else determines the outcome.

Mediation leaves control with the parties in three key ways:

- the parties are physically at the heart of the mediation process: contrast the typical mediation joint sessions and the individual sessions in each party's private room, where parties are as fully involved as they want to be, with the courtroom experience of sitting behind counsel or being isolated in the witness box
- participation is voluntary: the parties can pick their own time and choose what they wish to reveal, and they can even leave at any time. Even when attendance is not voluntary, being required by court or contract, the parties control the level of their participation and can leave when they feel the process is not productive. Significantly, most do stay and most do settle, even if they were unwilling starters
- the parties decide the settlement: although the mediator manages the process, the parties retain control of the direction and pace of the mediation. The mediator's role is to help the parties to find their own settlement. The mediator brings a clear mind to the process, uncluttered by the detail and the emotion in which the parties are often steeped; that clarity can assist in creating ideas for settlement. However, the parties need to arrive at their solution at their own pace and in their own way, and the mediator must resist the temptation to see a solution and push the parties towards it. The parties rarely reveal all that really drives them and why a particular settlement is more, or less, acceptable than another. A mediator who is wedded to a solution is less

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

likely to be alive to alternative, possibly better, solutions. The mediator needs to believe that the parties know best.

So, empowering the parties, and leaving them with ownership of both the problem and its solution, is central to the process of mediation.

Neutrality and impartiality

Neutrality, impartiality and independence are important assets for the mediator. The parties need to understand, both through explanation and through demonstration, these aspects of the mediator's role and the benefits they bring. The effective mediator must not merely act impartially, but must be impartial, having learned to put aside assumptions, prejudices and premature analysis of what matters to these individuals. Parties often experience it as a relief and a freedom to have someone to work with who is truly non-judgmental.

The mediator comes uncluttered with emotional or factual baggage about the case; with no vested interest, no position to protect, no face to save, no feelings to vent. It is a privileged position, for the parties will eventually see the neutrality of the mediator as a reason to move from their public position, and in private with the mediator to discuss their weaknesses and real needs. As relationships are formed and trust is built, the parties usually become more relaxed and less defensive, and so become more open to new perspectives and movement towards settlement. If the mediator is perceived as being partial, this process will be impeded; it is therefore important for the mediator to:

- be even-handed with the parties; this includes resisting the temptation to spend more time with an easy-going party when the other appears difficult or unfriendly
- ensure that questions are phrased so as not to appear critical or judgmental
- ensure that the mediator's verbal and non-verbal reactions to parties' comments do not indicate partiality.

Mediator neutrality is sometimes challenged by parties asking the mediator for an opinion or to suggest a solution. There may be justification for the experienced mediator to comment on a particular issue whilst still retaining a neutral stance. The basic rule, however, is that the mediator should avoid giving a view, since the mediator's neutrality must be overt and constantly reinforced to the parties throughout the mediation.

Avoiding assumptions

Associated with the mediator's neutrality is the need to avoid assumptions. Everyone is conditioned by environment, relationships and experience, and the mediator needs to take care not to allow such influences to have a negative impact on the mediation. For example, stereotyping in relation to gender, race, profession, economic status, age, religion, and other factors, is a common basis for making what may be false assumptions. The mediator needs self-awareness and concentration in order to avoid preconceptions that might affect both

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

attitude and action. The mediator should aim to treat each person as an individual to be valued and respected.

The mediator will almost always have read some background papers beforehand and have spoken to the parties, usually through their advisers, but it is important to enter the mediation with an open mind and:

- be aware of the dangers of preconceived ideas on the merits of the case
- be aware of the risk of being influenced, for example, by the proficiency of a presentation or by personal sympathy with one party or individual
- be prepared to think and act flexibly, and not work to a fixed format for the mediation or a particular structure for a settlement
- beware of coming to the mediation thinking that you know what the answer is.

Respect, empathy and genuineness

Mediation is an enabling process. The psychologist Carl Rodgers identified three core person-centred attitudes for the effective enabler: respect, empathy and genuineness. These have a major impact on the mediator's relationship with individuals and parties.

Respect

A party may secretly regard being involved in a mediation as an admission of weakness or failure on their part. If the mediator is able to convey respect and acceptance, it becomes easier for that person to be open and honest. Respect is relevant at two levels of activity, internal and external. Your attitude towards people is respectful if you:

- care about their welfare
- see each person as an individual rather than merely a party in the mediation process
- see them as capable of determining their own fate
- assume the goodwill of people, unless and until this is demonstrated to be wrong
- suspend critical judgment;

and respect is demonstrated when you:

- attend and listen actively to a person
- use non-judgmental language
- communicate accurate understanding
- express reasonable warmth and friendliness
- help people to identify and cultivate their own resources
- provide encouragement and support
- help parties to work through each stage of the mediation process at their own pace.

Maintaining respect for parties helps to build trust and create an environment in which they are more likely to disclose hidden agendas and be willing to tackle sensitive issues.

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

Respect is difficult to maintain when a person is behaving in ways that seem aggressive, manipulative, overbearing, self-destructive or just irritating. However, respect and acceptance are not the same as liking or approving. The mediator does not have to agree with values, opinions or behaviour, but must have a genuine interest in communicating with that person. A party's behaviour probably reflects their feelings and needs at that moment, and the mediator should be tolerant, patient and responsive.

However, respect does not mean that you have to accept or allow behaviour that you or the other party finds completely unacceptable, and which is likely to be destructive to the process, such as expressions of racial or gender intolerance or other abusive comments.

Empathy

Empathy means a capacity for understanding a situation from another person's point of view and conveying that understanding to the other. In the course of business activities there is often pressuring to perform, to be right, to defend and to push your own point of view. However, for a mediator the situation is different, and the focus is on understanding in depth the perceptions of the various participants in the mediation. This demands observation, concentration and imaginative effort on the part of the mediator.

Empathy involves understanding the experiences, behaviours and feelings of others as they themselves experience them. It demands the ability to put yourself in the other person's shoes; not to be the other person, but to experience their situation as if it were your own. The 'as if' quality is crucial; you must remain fully aware of your own perspective while trying to imagine and understand the other person's thoughts, feelings and behaviours from her or his point of view.

Empathy is different from sympathy. Sympathy is concerned with agreeing with another person's point of view and being emotionally involved. Empathy requires a more detached approach, remaining separate and yet accepting, warm and non-judgmental.

Using empathy helps communicate to people that you understand their situation, and is therefore invaluable in establishing and developing relationships with parties. To be empathetic, you need to listen fully to the content of what is being said:

- the person's experience - what has happened, as they see it
- the person's behaviour - what they are doing, what they have done or not done
- the feelings or emotions that arise from, or are associated with, that experience or behaviour.

Genuineness

Like respect, genuineness involves activity at two levels; internally, through being honest with yourself about your own feelings, and externally, through open, spontaneous behaviour which does not emanate from an adopted role or persona. By presenting yourself in this way,

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

you provide a model for other people, encouraging them to do the same, and thus both developing the relationship and increasing the other person's ability to take risks in disclosing and discussing difficult issues.

You are genuine in your relationship with other people when you:

- are authentic
- are spontaneous, but not uncontrolled or haphazard
- remain open and non-defensive, even when you feel threatened
- do not over-emphasise your professional status
- are consistent and avoid discrepancies between your values and your behaviour, and between what you think and feel and what you say, while remaining reasonably tactful
- are willing to disclose your own thoughts and feelings, when appropriate.

These core attitudes are developed through openness to feedback from others, personal reflection and practice.

The communication skills that underpin the mediator's ability to develop rapport and show empathy are presented in more detail in the chapter 'Communication skills for effective mediation'.

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

V. A process framework for mediation

1. A process with five phases

The process framework highlights five phases of mediation outlined below. The rest of this chapter deals with these phases in detail.

Preparation phase

The initial enquiry

- engagement with the party or party adviser
- explanation of the process
- persuading reluctant parties

The contract to mediate

- selecting a mediator
- agreeing the ground rules for the mediation, including confidentiality, costs, authority, representation and effect on court or arbitration timetables
- entering into a formal commitment to mediate
- agreeing and paying the fee

Preliminary contact and preparation

The mediator will make pre-mediation contact, usually by telephone, covering:

- a briefing about the process
- who is attending – and with what prior experience of mediation
- what terms of address will be used – formal or informal
- who will make the opening presentation and for how long
- any previous settlement negotiations or offers
- approval of the mediation agreement
- venue, timetable, refreshments and other practical arrangements
- occasionally, a pre-mediation meeting is arranged
- parties exchange and copy to the mediator written summaries of the case and provide supporting documents, often as an agreed bundle.

2. Preparation phase of mediation

There are three aspects to consider in each of the phases of mediation - the relationship with the parties, the process itself and working with the content of the dispute.

The selection of the mediator is important. Parties may wish to select from a written profile, or even by interview. Parties sometimes ask for a mediator who is a specialist in the area of

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

the dispute, which can have the advantages of familiarity with industry jargon and procedures and can be a comfort to the parties. Alternatively, they may prefer a mediator with broader experience, who can stand back from the detail of the dispute, handle difficult parties, bring a commercial perspective, and not form or be asked to express an opinion.

There is often a lot of work required, whether by mediator or mediator and service provider, before a mediation takes place. Sometimes one or both parties are uncertain or reluctant, and a skilled and experienced mediator or administrator can provide reassurance, encouragement and persuasion.

Initial contact

Early contact with the service provider or the mediator needs to leave the parties and their advisers feeling that they are in safe hands. A confident and reassuring manner is essential.

It needs to be established whether parties are to be represented, or if any party is coming without an adviser. In addition, it will be important to find out whether legal proceedings are under way, and if so whether they will be stayed or whether there is a legal timetable to adhere to. It is not necessary for proceedings to be stayed for a mediation to take place, though parties often seek to do so.

There will also be discussions about such matters as:

- selection of the mediator (if one has not already been appointed by the parties)
- timetable for mediation, and if one or more days is to be allocated
- venue for mediation that is acceptable to all parties
- confirmation of mediation fees and payment terms
- the mediator undertaking to observe a Code of Conduct.

The mediation agreement

The mediation agreement sets the conditions under which the mediation will take place, including confidentiality, authority to settle, immunity of the mediator and privilege.

A draft mediation agreement is usually sent out at this early stage so that parties can consider it and negotiate any changes needed to the standard form. The agreement is often signed at the beginning of the mediation day.

Whatever prior communication takes place, the purpose and terms of any pre-mediation contact should be absolutely clear. Ideally, the mediation agreement or other form of confidentiality agreement should be signed at the outset, so that it is established that the conversations take place under the same conditions as the mediation itself. Even if the mediation agreement has not been signed, the mediator will operate on the basis of strict confidentiality from the first contact with the parties or their advisers, and such contact will in any event be regarded as ‘without prejudice’ and privileged from later disclosure.

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

Venue and practical arrangements

A suitable venue needs to be agreed. A neutral location is perhaps preferable, although increasingly law firms have suitable accommodation, and parties agree to use those premises for the mediation day. The rooms need to be comfortable and preferably have natural light. Each party should have a similar private room that can be used as their base, which the mediator will visit for the private meetings. It is important that the rooms are available late, in case the mediation extends beyond office hours.

Refreshments are important. Each room should have drinks and snacks available so that high energy levels can be maintained. Some mediators prefer meals to be served separately in each room. Others like a central buffet, which encourages the parties to meet informally whilst having refreshments. Eating together can sometimes break down barriers and even repair relationships. In most mediations there is no formal break for lunch, and work will continue in one form or another throughout the day.

Briefing and helping parties to prepare

This handbook describes the usual situation in mediations of commercial disputes where lawyers will be present. Once appointed, the mediator should make contact with the parties or their lawyers. The mediator needs to build a relationship of confidence and trust. There will also be process arrangements to cover and, perhaps, some content aspects to clarify.

Before the day mediators usually speak to the lawyers on the telephone - or to the parties if there are no lawyers involved. It may also be useful to speak directly to the parties, and it is worth suggesting this to the lawyer. Sometimes conference calls and video links are used to involve clients with their legal and advisory teams. Some parties or mediators will request pre-mediation meetings or site visits. A conference call or pre-meeting can enable some of the exploration to be done prior to the mediation, getting the process off to a good start and saving time on the day.

Pre-mediation contact provides opportunities to cover some or all of the following:

- introductions, and for the mediator to build rapport
- finding out about any mediation experience and parties' expectations
- explaining the process and the mediator's approach and style; giving an outline of the day and covering any concerns
- discussing authority, who will attend of sufficient seniority, and the role of decision makers
- getting an idea of the relationships, both within teams and with the other side
- understanding the background and conditions for this mediation; any previous settlement discussions and offers, anything particular about the dispute and, perhaps, what has prevented the parties from being able to settle
- asking the parties to prepare costs information and undertake a risk analysis

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

- agreeing on documents
- telling the parties that the mediator may be testing positions and options as part of the mediator's role
- advising and coaching parties on preparation for mediation; the case summary, how they might use the first joint meeting most effectively, discussing who will present the opening statement and for how long
- suggesting parties bring, or even exchange, a draft settlement agreement in a suitable format to be worked on during the day.

Documents

Parties will usually each prepare a case summary and send it to the mediator and to each other, by an agreed date before the mediation. This summary will normally be two to ten pages, and is often a valuable exercise in focusing parties on the real issues in dispute. Almost always the summaries will be accompanied by supporting documents. Some parties offer, and some mediators choose to ask for, a confidential paper for the mediator's eyes only.

Each mediator needs to find the right balance between preparing in sufficient detail to understand the dispute and to be seen to be well informed, yet avoiding being submerged in detail. The amount of reading and preparation is a personal choice for each mediator and the parties in each case.

Some mediators find it helpful to summarise the dispute on one sheet of paper, using a mind map or other technique. Others ask parties for a list of essential reading, which may comprise eight or ten documents out of several files of papers. Another idea for preparation is to spend time, having read the papers, identifying the assumptions you have made, so as to be able to recognise them and set them aside.

Mediation is hard work and preparation is important. Time invested in preparation by the mediator and the parties makes the process run more smoothly, and will probably speed up the journey to settlement.

However, over-preparation can get in the way of working effectively as a mediator; it can clutter the mind, allow assumptions to get in the way of understanding, and prevent the mediator from paying full attention to what is happening in the moment.

Good preparation will enable the mediator to relax and bring energy and commitment to the process, and help the parties to do the same.

Preparation on the mediation day

On the day, most mediators will want to arrive early, find their way around a new building, and set up the main room, organising the seating and other features.

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

Where there is an assistant, the mediator needs to agree in broad terms how the assistant will contribute to the day. It is also appropriate for the mediator to spell out the things that he or she wishes to do personally, such as greeting the parties, or writing on the flipchart. The next chapter of the handbook deals more fully with the role of an assistant.

The mediator needs to check:

- reception arrangements - parties should be shown to their separate rooms
- rooms - location, privacy, temperature, seating, telephone, flipchart and pens
- arrangements for refreshments throughout the day
- location of lavatories and smoking areas.

The mediator needs to feel ready to begin the day.

3. Opening phase of mediation

Meeting the parties

The mediator will meet the parties either in the reception area or in their rooms. If no contact has taken place other than with the advisers before the day, introductions will be particularly important, and use of names will need to be agreed. The mediator will often provide information at this stage about what to expect from the day, as well as checking on the parties' practical and comfort needs. It is essential to give the parties a sense that they are in safe hands; they will inevitably have some concerns about the day, and it is important that they are met by someone who is professional, calm and confident, and who is warm and welcoming.

The parties need time to settle in and get their teams assembled. When they are ready, the mediator will see each party in private, making sure that all parties know what is happening and in what order. The mediator should be aware of parties' particular needs; breaks for smoking, for example, or time to cope with anxiety or a disability. The mediator should do whatever is needed to make the parties feel comfortable and relaxed.

Initial private meetings

At the initial private meetings, the mediator is likely to cover the signing of the mediation agreement, confirmation of authority, names by which people wish to be addressed, and any time constraints. It is also useful to flag up the possibility of different combinations of meetings, joint and private, and to cover anything specific that the parties raise.

The mediator needs to prepare the parties for the first joint meeting, if there is to be one, confirming which party will make their opening statement first and who opens for each team. Sometimes these initial private meetings are short, while on other occasions longer initial meetings, or a series of private meetings, take place before the parties come together.

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

The first joint meeting

As part of preparation, the mediator should think about where the parties will sit for the first joint session, perhaps preparing a seating plan that enables each team to feel comfortable and, at the same time, able to speak to the right people. Should parties be next to each other or facing each other, opposite or either side of the mediator? This is important. The room and table may dictate much of the seating, but the mediator needs to decide on the best layout to encourage communication. There may be a large number of people to manage, or several parties, and it is for the mediator to decide where everyone sits.

Occasionally it is decided, in consultation with the parties, that not every member of each team will attend an opening meeting; but this is less usual than using that meeting as an opportunity for everyone to get to know the people they will be working with during the day.

Consider how to invite people into the joint meeting room, perhaps managing introductions informally at the door. It is useful to vary the seating for later joint meetings to change the dynamic and to give a different feel to the meeting.

Other points to bear in mind at the start are:

- maintain reasonably firm management over the proceedings. You are a process facilitator charged with creating an environment conducive to participation and communication. The parties will look to you to exercise control and run a fair process, giving everyone an opportunity to be heard. Balance this with being approachable - someone the parties can talk to and want to work with
- use your intuition. No one can script a mediation, and situations will arise that require tact and creativity. Show flexibility and demonstrate integrity
- keep note taking to a minimum. Taking notes breaks eye contact and concentration on what is being said. If necessary, take time between meetings to write up notes
- the mediator sets the scene and sets the tone for the day.

Mediator's opening

The mediator's opening has four main purposes:

- to set the tone for the mediation, using positive language wherever possible
- to establish the mediator's role and authority
- to emphasise the ground rules for the mediation
- to begin the dialogue between the parties.

Mediators usually plan a mediator's opening in advance. Make your own checklist for your opening, which will probably include:

- introductions and use of names

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

- the role of the mediator – impartial, facilitating communication and assisting negotiations
- how the day might run; timing, flexible use of private and joint meetings
- the principles that everyone has signed up to: confidential and without prejudice; non-binding until agreement is documented and signed; parties have come with authority to settle; parties are the decision makers.

Whatever opening has been planned, the mediator must be flexible enough to do something quite different if necessary. The planned opening might be punctuated to allow space for dialogue and certainly for any questions; in some cases the meeting might need to be adjourned or even abandoned altogether, and on other occasions the meeting will usefully last all morning. The mediator's opening should be brief, perhaps just a few minutes, and yet should establish an environment conducive to effective communication, and it is for the mediator to structure the meeting. A poor opening can have a lasting negative effect on the parties and the process. Properly presented, the mediator's opening can help to dispel distrust, increase the comfort level of the parties and begin to promote an atmosphere of co-operation.

Setting the tone for the mediation

The mediator has an important role in setting a tone that encourages participation, respect and productive interaction. Ideally, the mediator's behaviour will become a model for how parties and others communicate with each other during the mediation. Inclusive behaviours, such as making eye contact round the table, being responsive to non-verbal cues, and making sure that everyone has a chance to check their understanding of the process, as well as using a touch of humour, will contribute to an environment conducive to co- operative working. The mediator's level of relaxation and energy will have an impact, creating a sense of purpose that enables progress to be achieved.

Establishing the mediator's authority and role

Usually, the parties will have appointed the mediator, so there is no need for a detailed introduction. It will also have been established in advance of the day that the mediator has no conflict of interest. If a potential conflict emerges during the mediation it is essential to discuss that immediately; the mediator cannot ignore it, hoping that it will not be discovered or will not matter, as a possible conflict could jeopardise the mediator's credibility and the parties' faith in the process.

In referring to the mediator's role, it is helpful to make clear that the problem belongs to, and is shared by, the parties. They also share a responsibility for working together to find the resolution. Some mediators are specific about the fact that part of their role is to challenge and test positions, ideas and options. The mediator's authority is established primarily from demonstrating confidence, preparedness, and familiarity with the process.

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

Emphasising the ground rules – the principles

It is usual to recap on the ground rules:

- The decision makers are expected to take an active role in the negotiations and to work with the mediator to find solutions; the parties have control over the outcome
- The process is without prejudice, and anything said or seen within the process that would not normally be part of disclosure will remain confidential should the dispute move on through litigation
- The process is confidential in two ways. What happens at the mediation is confidential to the parties and the mediator, unless the parties agree otherwise; and private meetings between the mediator and each party are entirely confidential unless the mediator is given permission to pass on information. All those present are bound by the agreement; they will either have signed the agreement themselves or had the representative sign on behalf of all those in the team
- Nothing is finalised or binding until the agreement has been documented and signed. This gives parties the freedom to explore ideas and options without having to commit to them. It introduces the 'what if...' approach, so valuable in mediation
- Confirm that all parties have stated that they come with authority to settle the dispute. If authority issues arise at any stage, the mediator should discuss practicalities, such as out-of-hours access to others outside the mediation, should a level of authority need to be changed. The mediator may wish to mention case-specific arrangements about authority, with the permission of the party concerned, as part of the opening.

Outlining the day – the process

The mediator might encourage the parties to make full use of the opportunity the day provides. It is a unique chance to bring an end to the dispute and any related proceedings, and to agree solutions not available elsewhere. It is sometimes important for the mediator to manage expectations by saying, for example, that the day may be tough and will be hard work, and that parties may not get all they want but need to find a solution that they can all live with.

It is often useful to paint a picture of a day as being very flexible with no rigid procedure – of spending time in teams in private without the mediator, in separate meetings with the mediator moving between parties, with all parties together round the table, or of having meetings between different combinations of selected members of the teams. It might be, for example, that the lawyers could usefully work together on specific issues while the principals spend time together on other matters. By flagging up these possibilities, the mediator manages expectations and minimises the element of surprise for the parties.

At intervals throughout the opening, the mediator should give parties the chance to ask questions, thus establishing by example the importance of clarity and understanding.

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

Overall, the opening should be positive and confident so that the parties feel that they are in good hands.

Parties' opening statements

After the mediator's opening, each party usually makes an opening statement. It will have been agreed with the parties in advance who should go first – normally the claimant - and which member or members of the team will make the presentation.

Whoever delivers the opening statement, the mediator might:

- remind the parties of the agreed or suggested length of time for each team's opening statement
- ask the listeners to attend carefully to what is being said, suggesting that they jot down any thoughts and saying that there will be time for further exchanges once the opening statements are made
- encourage the parties to speak directly to each other
- invite other team members to add to what has been said.

If it is clear from the parties that there are strong emotions attached to the dispute, the mediator may wish to acknowledge this openly. The mediator should not be afraid of strong emotions; an opportunity to express and explain strong feelings may be helpful to the party and to the process.

Whilst each presentation is being made, the mediator needs to direct attention to the speaker; this means taking as few notes as possible and maintaining eye contact with the speaker. It is also useful to scan the table occasionally - someone may need a brief, probably non-verbal acknowledgement that their frustration or disagreement has been noted.

The mediator should manage the presentations, by inviting each team to speak, listening, keeping a gentle eye on the time, and thanking each for their contribution.

After the opening statements, the mediator might encourage the parties to continue talking, and allow that dialogue to run for as long as it is constructive. It might be useful to establish some sort of agenda for the day, perhaps simply listing with the parties what areas will need to be tackled in order to reach a resolution. This can be a first step towards co-operative problem solving. The process is flexible; the mediator might decide to continue in joint meeting with parties together, or have a short comfort break before reconvening, or break for private sessions with each party.

At the end of the initial joint meeting, it might be useful to remind the parties about the additional level of confidentiality in the private sessions. The mediator should decide whom to see first when moving into private sessions and announce this with confidence either at

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

the joint meeting or to each party in their own room. Sometimes, especially in multi-party mediations, a timetable for private meetings is necessary. Whatever the mediator decides, the parties should leave the initial joint meeting feeling confident that the mediator will handle the day productively.

4. Exploration phase of mediation

The exploration may begin towards the end of the opening meeting, when the mediator might try to establish a working agenda for the day, perhaps using the flipchart. Some common ground might be identified, as well as the areas remaining in dispute, and what has to be covered to reach an agreed outcome. However, even where the parties have worked together with the mediator in this way, each party might also want to discuss confidential aspects with the mediator in the safety of a private meeting.

It may sometimes be tempting to move straight from the opening into bargaining, especially where the parties or their advisers are keen to do so, or where a matter seems straightforward. However, the exploration phase has a number of important purposes, including identifying the underlying interests that will inform parties' decisions about settlement.

Negotiations will sometimes have been only rudimentary prior to the mediation or will have broken down altogether, and parties need a mediator's help to clarify what they want to achieve and where they might best start or restart. The mediator's role here, as so often, is to normalise such a review and give permission to parties to approach the case in a different way.

Typically, the exploration phase will cover a number of meetings and involve:

- **a conversation with each party and their team**: about the past, the present and the future; about facts as they see them and their feelings; about a range of topics: legal, commercial and personal
- **further building of trust:** the mediator will want to build on and enhance the rapport established, in order to gain each party's confidence that the mediator is unbiased and can be trusted with confidential information, including discussions about weaknesses, although not usually in the first private meeting
- **opportunities for expressing of emotion:** a mediator will build trust by patiently recognising and acknowledging each party's feelings
- **identifying the important issues:** it is easy for parties to lose sight of the real issues where a dispute has become clouded and complicated; the mediator should try to understand what really matters to the parties
- **distinguishing each party's needs from their wants and claimed rights:** mediators should encourage each party both to review their own needs and interests and also to

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

reflect imaginatively on what other parties might need. Developing a sense of perspective, and helping parties to do the same, is a vital skill for a mediator

- **checking the quality of past communication, and improving on it:** the mediator can help parties provide information to each other and gain a clearer picture of how each sees the situation
- **uncovering hidden agendas:** finding out a party's motivation is valuable for a mediator - even a party's adviser will occasionally be surprised by what emerges from a client. Mediators must be alert to cues and clues that could help them to discover underlying needs, thus leading to conversations about what might realistically meet those needs
- **working on possible strategies for settlement:** at the exploration phase the mediator may begin to work with the parties on sketching out the overall shape of a possible settlement, without naming any figures at this stage and keeping open possibilities for alternative routes to settlement. Later, individual elements of an agreement may have to be developed at different speeds
- **preparing for reality testing and revisiting risk assessments:** it is essential for the mediator to have good rapport before seeking to test out weaknesses in a party's case or discuss risk assessment in any detail. Settlement almost always involves adjustment of positions based on a reappraisal of risk. Flagging up reality testing as a possible activity for later in the process (probably in bargaining, if the parties get stuck) can legitimise it and manage parties' expectations – although some mediations settle without the need for such difficult conversations, because the parties reassess their risks in private, and the mediation moves towards settlement with the mediator assisting in other ways.

Using joint and private meetings

Mediators should weigh the potential advantages and disadvantages when deciding when to work in joint or private session. There is no fixed pattern. Mediations may comprise anything from a continuous joint meeting to a series of private sessions with the parties never meeting. The norm is a mixture of both, but the balance needs to be judged according to the parties' approach to the dispute and each other, and not because of a mediator's own preferences or fears about working in one or other way.

Whilst retaining overall responsibility for the process, mediators should be prepared to give the parties choices. A party might be resistant to meeting an opponent in a joint meeting because of the difficult history of the dispute. The mediator might encourage the party that it might present an opportunity for progress, by promising tight chairing of the meeting and a clear purpose and structure. Ultimately, it is for the parties to agree to such a meeting, and not for the mediator to insist.

Joint meetings allow everyone to see and hear what is happening and choose how to contribute, and the mediator's neutrality is easily observed and accepted. For a mediator,

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

joint meetings can seem risky; the unexpected will happen, calling for skilled management of the people and the process. Also, parties are unlikely to disclose weaknesses across a table, discussions can easily get stuck or break down, and frustration and tempers can rise. On the other hand, joint meetings are often an efficient use of time and an effective way of conveying information between parties and developing ideas.

The mediator might encourage parties to hold or to stay in a joint meeting for a range of purposes. Joint meetings provide opportunities for:

- everybody to work together and show commitment
- building relationships between parties
- seeing the impact on the others of a particular idea or topic
- saving time on information sharing
- dealing with technicalities or practicalities
- sharing a sense of progress
- clarifying what has been agreed and what is left to work on.

Private meetings give each party a chance to tackle sensitive and difficult issues freely with a trusted mediator. They allow the mediator to understand individual needs and interests through more in-depth conversations, and offer the parties time to:

- reflect on what is happening and what they have hard
- regroup as a team; consolidate their thinking
- recover from a difficult or disappointing open meeting; relax
- talk frankly with the mediator and each other about all aspects of the case, trusting that the mediator will not take any confidential content to the other party without permission
- plan, prepare, rehearse or receive the mediator's assistance as a coach
- consult those outside the mediation
- save face by deciding to change stance in private.

However, it would be naïve for a mediator to expect parties to disclose a great deal of sensitive information in a first private meeting. Parties and their advisers are usually cautious at this stage and will often continue to assert the strength of their opening position as set out in the joint meeting.

The mediator must earn the parties' trust. Through appropriate language and conduct, the mediator has to reassure each party that it is safe to confer that trust. Later, parties will usually be increasingly open and candid, and sometimes even in the first private meeting.

In a first private meeting, the mediator might remind parties that it is confidential and then ask an open question to allow the party to talk about whatever they choose. In later meetings, it might be important for the mediator to have an idea about what to discuss, while always remaining open to what the party regards as urgent. The parties dictate the agenda, and

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

mediators must be flexible in order to accommodate the needs of the parties. Aim for a conversation rather than an interview; a prepared list of questions is more likely to be an inhibitor than to help a mediator find out from the parties what really matters and what might work.

Time management is a consideration in private sessions, especially early in a mediation. One team will leave the joint meeting, at which the other team has usually made a robust statement of their case, and then have to spend time waiting while the mediator is with the other team. This can cause tension, and the mediator must try to manage this, perhaps by giving them an indication of how long they will be waiting, possibly identifying a constructive task for them or perhaps by taking the party to their room and explaining that time will be spent first with the other team, thus checking any immediate reaction.

Furthermore, when working privately with one party, the mediator risks being seen as that party's ally, through empathetic remarks or behaviour, or being perceived as having taken the other side's view as a reaction to raising uncomfortable topics or by reality testing.

How to explore in private session

When moving from room to room, take care with any notes you make. These may be confidential, and numbers especially can be read very easily, even upside down. Similarly, make sure that glass doors or windows in private rooms do not expose flipcharts to the others walking past.

- Reinforce confidentiality at the beginning of private meetings
- Use simple open questions and leave enough time and silence for the answers
- Try to sit near the party rather than the adviser, and prompt the party to speak freely, by putting them at ease
- Involve the lawyers, and yet try to prevent them from dominating the exchanges
- Listen attentively, observing content and delivery, words and body language. Any inconsistency between
- the two might be significant and merit gentle enquiry
- Make sure that the airtime balance allows the party to speak much more than the mediator
- Probe a few topics but be prepared to leave some issues for later. Mediators occasionally succeed in parking the whole issue of liability without ever returning to it, enabling the parties to reach final agreement by discussing monetary and other outcomes only
- Watch time, and remember the other party – you have a responsibility to them too, and can explain that everyone needs to feel part of the process in order for settlement to be achieved
- Summarise towards the end of the session, and use the summary to reinforce confidentiality and check what, if anything, you may take to any other team

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

- If there is a useful and specific task for that party to do, ask them to do it, but not merely I want you to think about your case some more which is unlikely to generate any progress
- Ask a final open question – What else you would like me to know at this stage? or similar. If it is urgent and important, pursue it a little further, but be prepared to agree to park it and move on to the other room, where an equally important conversation awaits you
- Perhaps estimate a time for your return.

Ways of checking what is confidential

Throughout the mediation, the safest route for less experienced mediators is to treat everything as confidential unless specifically told otherwise; however, this can be limiting. There may be occasions where parties will allow you to regard the whole conversation as able to be disclosed; the mediator needs to be alert to the risks of this approach, checking specifically any information that seems personal, sensitive or pre-mature. More frequently, it is useful for the mediator to treat everything as confidential, while also taking the initiative to identify information that may prompt progress – even if only a small step - and asking for permission and discretion to use that information when appropriate.

Exploration requires the mediator to be patient, perceptive and persistent. The exploration phase is unlikely to be concluded at the end of one private meeting with each party. Usually more needs to be unearthed and understood both by the mediator and between the parties before it is time to move into the bargaining phase.

5. Bargaining phase of mediation

In mediation, the parties work towards a negotiated agreement assisted by the mediator. In a sense the whole mediation is a negotiation, and negotiation takes place throughout the mediation process. The bargaining phase of a mediation starts when the parties are ready to discuss settlement terms in some detail. Broad ideas and structures turn into potential solutions and figures, and non-monetary outcomes are developed into practical arrangements. These detailed negotiations continue until the concluding phase, when the settlement is recorded in writing, or the next stage is planned if full agreement proves elusive that day.

It is not easy to give definitive guidance to the new mediator about when the bargaining phase begins or should begin. One or other party may wish to make some firm proposals; the general pace may feel quicker; all parties may say they have had enough discussion in principle; and risk assessments may have been adjusted. The mediator may feel that parties need to talk now in specific numbers, and a change of pace is required, with some extra energy injected into the discussions. Bargaining must start at some time, and progress can be frustrated as much by starting it too late as too early.

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

Stages of the bargaining phase

Working in principle: talking in general terms or painting the big picture before starting to negotiate on the detail, can help parties overcome the early stages of reluctance to make a move. While is not easy to give guidance about when the bargaining can begin, it is possible to set out guidance on the different stages of the bargaining phase. These are generally as follows:

- formulating and communicating first offers
- managing subsequent offers and information exchange tactically
- handling apparent deadlock: deadlock may be unexpected, anticipated, or even triggered deliberately.

While some mediations seem to proceed fairly smoothly to settlement, far more enter a difficult stage of apparent deadlock. This needs to be normalised when it occurs, or perhaps in advance, even by acknowledging the possibility at the opening meeting. Unfortunately, when dealing with a situation of deadlock, the first move to break it may be seen as weakness by the others, or by the party making the move. The mediator can help by assisting parties to formulate and make a first move. The work done in the exploration phase to understand the people – motivations, personalities and pressures –will now pay dividends. As always, it is not only what you do as mediator but also how you do it that will be significant. During the bargaining phase there is a range of possible roles for the mediator, depending upon the needs of the parties. The mediator might need to be:

- an observer of effective inter-party negotiations
- a facilitator taking offers and counter-offers between rooms
- a coach on how bargaining might best be conducted and progressed
- an active deal maker who significantly influences the negotiations, although from an impartial stance.

The use of effective negotiation skills by the mediator to assist the parties in the bargaining phase are set out in more detail in the later chapter on ‘Using negotiation skills as a mediator’.

Use of private and joint meetings

The same process choices are available to the mediator as in all other phases, and decisions must be made to suit the subject, the parties, their advisers and the inter-party relationships.

Private meetings are often the expected norm, and enable the mediator to work actively to help each party to focus on a settlement that will meet their interests. It is sometimes a painful struggle for parties to move from entrenchment to resolution. When positions have been firmly articulated prior to and during the early part of any mediation, there is often a sense of loss over abandoned positions and perceived loss of face, both as between parties and even within a team.

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

In private meetings during the bargaining phase, the mediator uses a range of techniques, which might include:

- lending perspective and shaping proposals that meet each party's needs
- being a sounding board, while parties test out positions and begin to realise that they may not achieve all they had hoped for
- prioritising parties' concerns and aspirations
- understanding and checking offers, testing how they might be received from what is known of the other party's views, discussing presentation and giving advice on timing
- identifying items of different value: one party may place little value or face little cost on an item which may be considered very important to another party, such as an apology or explanation
- checking the BATNA: the best alternative to a negotiated agreement, as against the proposed settlement on offer
- confirming the cost of continued litigation or arbitration
- reality testing: holding up a mirror to a party's position or proposal and asking how realistic it is
- managing responses to disappointing offers received and conveyed.

The mediator may be able to help the parties resolve their dispute without reality testing, but it is often a key to progress. Parties can become blinkered and fail to recognise the advantages of settling even on somewhat uncomfortable terms. A disinterested third party may be able to bring clarity of vision in an objective and non-judgemental way. It is not the job of the mediator to impose a solution or a particular view, and the parties are free to reject any new insight as they choose. However, by turning a one-dimensional and self-interested perspective into a picture containing risks and common interests, much can be accomplished by a skilled mediator.

There is a temptation to assume that parties only want to bargain through the mediator's shuttle diplomacy, using private meetings. It feels safer and gives the mediator a sense of control, perhaps, especially as early offers frequently generate anger at the other party's apparent unwillingness to be realistic. More experienced mediators often bring parties together during the bargaining phase, although not necessarily for the first offers. The potential disadvantages of working only through private sessions include:

- the parties and their advisers feel a loss of control over the negotiations
- bargaining may be more protracted than if conducted directly
- the mediator becomes merely the messenger, and can even be manipulated to convey offers that the parties would be unwilling to give direct to each other
- important messages lose their force when delivered by the mediator rather than the party

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

- parties become frustrated at being kept apart, and lose any mutual willingness to work co-operatively engendered by the earlier stages of the mediation
- the mediator is tempted to take too much responsibility for a successful negotiation
- the mediator acts merely as an intermediary in a horse-trading exercise
- the opportunity for the parties to work together is missed – this is especially important where a future relationship is anticipated or essential; the parties may need to work together at the mediation to model the future and test whether it could work.

Joint meetings in the bargaining phase are a way of countering those disadvantages, but they must be prepared for and handled with care. The mediator is responsible for running the process and should define with each team in advance the purpose of the joint meeting and who will attend, setting a clear and probably limited agenda, and giving time for any necessary preparation. Sometimes it is useful to agree that the parties can have time to consider what they hear at the joint meeting, without being required to give an immediate response. The mediator should get each party's private agreement as to who will attend, and the purpose and shape of the proposed joint meeting.

Depending on the team dynamics, it might be right to bring together full teams, or working groups selected from members of each team, such as the lawyers, experts or the principal decision makers, or perhaps a mix of the best negotiators in each team. The mediator will chair the joint meeting, keep it running while it remains constructive, and end it when it has served its agreed purpose or if it is not going well enough.

Used properly, a joint session can:

- boost the momentum
- provide direct portrayal of each party's views, so avoiding the risk of inaccuracy or wrong emphasis
- overcome deadlock by enabling parties to explain specific issues or make statements directly on contentious points
- relieve the worry or frustration of time spent waiting for the mediator
- enable principals to negotiate direct, allowing them to experience each other's reactions to proposals
- save time.

The mediator's contribution to the bargaining phase

There are many ways in which a mediator can add value at the bargaining phase; you might:

- keep working 'in principle' on settlement terms and not rush to detailed figures
- use hypothetical 'what if' and 'supposing' questions to explore likely settlement terms, being careful to avoid giving any impression of expressing an opinion
- help the parties to look for 'win-win' possibilities, expanding the settlement 'pie' in order to find a settlement which satisfies all sides - discussed further in 'Using

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

negotiation skills as a mediator'. Where this is impossible, discuss the advantages of sharing the pain

- be wary of alleged bottom lines: these frequently change, so try not to let an offer be characterised as such, especially early in the bargaining phase. Do not ask for a bottom line yourself - discuss their strategy and just ask for what they want to propose next
- normalise disappointment or anger at an opening bid – first offers are often received with frustration and sometimes with expressions doubting the good faith of the other team
- offer to receive proposals from each party in private without transferring them across yet, so that with both parties' permission the mediator can characterise the gap without exchanging numbers (huge, bridgeable, etc.) – this may overcome first bid nerves
- help a party to consider how a proposed offer that you consider risky might be received by the other team. Check whether the offer accords with their strategy and sends the message that they intend. Test out the bidder by asking whether they would be prepared to make the offer direct and explain the reasoning behind it themselves. It is ultimately the party who must decide whether or not to start the bidding
- seek permission to use discretion about when to deliver a bid, so as to time it effectively
- be prepared to deliver 'bad news' as well as 'good', and not shield them from a serious gap where one exists
- help each party to revisit their risk analysis in the light of what they have learned at the mediation
- enable parties to exchange bids face to face, if they want to.

The same settlement figures can be calculated, and therefore justified, entirely differently by each of the parties. An apology to one may be an expression of regret to the other. In claims with a number of heads of damage, parties may choose to calculate figures in different ways and, so long as the overall settlement works for them, may prefer to work globally rather than break the figures down in detail. The mediator can make use of these differences, creatively but honestly, to help parties view options positively.

Remember that parties may simply want to buy up settlement for peace of mind, certainty, and an escape from the prospect of litigation; only the lead negotiator can decide how much that is worth.

Some potential problems and how to avoid them

- One party may try to use the mediation process merely to find out how vulnerable the other party feels, then decline settlement at mediation and make a challenging formal offer shortly afterwards. If you suspect such motivation, suggest a joint session and let the party handle the negotiation themselves.
- Make sure the settlement is the parties' own, even if you think you know what might

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

be best for them; effective settlements are ones that the parties have arrived at themselves and chosen to agree. One purpose of mediation is to provide an alternative to having an outcome thrust upon the parties. The settlement needs to satisfy the parties, not the mediator, who may never be told why a certain settlement emerges as acceptable. Also, if the mediator pushes for a particular solution, there is a risk that a party who later regrets signing up to it will see the mediator as having been negotiating on behalf of the other side.

- Respect confidentiality; make sure that you have permission to disclose facts or offers. Parties will need to make disclosures in order for negotiations to develop, and if you feel that certain information ought to be shared to make progress, ask for express permission to do so, and respect their decision if they decline.
- A standard mediation agreement requires that those present have full authority to settle. Despite this, problems with levels of authority quite often emerge. Handle any such apparent breach of the mediation agreement with sensitivity, in private, as it may be seen as a challenge to the party's credibility. Encourage telephone communication with someone with a higher authority level. However, you may need to be robust, for if the problem is not sorted out it may be seen as seriously disrespectful by the other party and may prevent any potential settlement.
- Many mediations reach a point when it seems as though there is no way forward. The mediator might revert to a discussion about process, rather than pursuing progress on the content, saying – *What shall we do now?* or *What is tomorrow going to be like?* Keep focussed on the process and, whatever happens, maintain energy, creativity and a sense of momentum. Settlements often emerge when, only an hour or two earlier, progress seemed impossible.
- Settlement panic may occur towards the end of a mediation of a long-running dispute, just as settlement becomes a possibility. You may even need to work with a party on how they will deal with the gap that settlement will leave in their lives, helping them to create a picture of a tolerable future without the dispute.

6. Concluding phase of mediation

The goal in mediation is usually to achieve a negotiated agreement, but not at any cost, and certainly not for the benefit of the mediator. Mediation is not about keeping a mediator's success rate intact. More than achieving a settlement, the mediator's aim should be to ensure that there is significant improvement in understanding between the parties, and that any settlement proposed is practical and sustainable.

Every settlement should therefore meet the following criteria:

- it satisfies the parties
- it deals with all the issues in dispute, unless the parties agree to isolate some issues to be dealt with

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

- in another forum
- it is workable
- it minimises the possibility of future dispute.

In order to assist the parties through the process, the mediator needs to be as energetic, clear-headed and creative in the final hours of the mediation as at the start.

Settlement terms

Sometimes an agreement emerges to the surprise of the mediator, perhaps even on terms that seem unfair to one party. However, the mediator will never know the whole story, and will rarely discover everything that leads the parties to settle.

The mediator is not concerned with fairness or motivation for settlement, simply that the agreement satisfies the parties, is workable and will stick. However, where one party or more is unrepresented or is attending without advisers, or there is any sign of uncertainty on either side, the mediator should check with both sides that they are happy to complete the deal without a period for further reflection. Some further guidance on working with parties who are unrepresented is given in a later chapter, 'The role of the mediator and others', and in the section on ethics and imbalance of power in the final chapter.

Very rarely, a mediator may feel that an emerging deal is dishonest or illegal. This presents an ethical dilemma, quite different from questions of fairness. Ethical issues are discussed in the final chapter.

Practical and workable solutions

Agreement over a figure to be paid from one party to another seems simple, but even then care must be taken to see that there are no hidden deductions or additions. Is the figure inclusive of interest or tax? When is it payable? What happens in the event of default? What about legal costs? Will the damages be taxable as income in the hands of the recipient? There might be other important practical questions, such as, if court proceedings have been started, how will they be ended? The mediator is not expected to answer these questions, but it is part of the mediator's role to ask questions designed to encourage parties and advisers to ensure that everything necessary for a workable agreement is covered.

So when an agreement is close to being reached, it may be useful to:

- consider with the parties any possible obstacles to its being workable
- reflect on lessons learned from the dispute which might help to prevent future problems, especially for an on-going relationship
- summarise the terms, perhaps in a joint meeting with advisers, to ensure the terms are comprehensive and cover the topics discussed
- remain alert to timetabling, default, costs, court procedure, tax implications and other practical aspects, although the legal advisers should do all the work on these aspects

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

- plan for further mediation in the event of difficulty
- check if the mediator is needed to help with any post-agreement arrangements, although this is rarely necessary where agreement is reached, documented and signed.

The purpose of the settlement agreement

A settlement agreement should be a clear and reasonably comprehensive record of what has been agreed, signed by or on behalf of each of the parties (lawyers often sign as agent of the party they represent). If a further detailed agreement is contemplated (for example, a new franchise agreement), its broad shape should be set out, and reference made to any standard form agreement to be used as a template. Advisers will be careful to avoid drafting what is merely 'an agreement to agree', which is unenforceable in law.

Normally a settlement agreement has the status of a contract, which is enforceable in the event of breach. It may or may not entirely replace any previous contract, and parties need to decide their intention over this. Where court proceedings have started, these must be formally terminated, usually by consent order signed by all parties. In many jurisdictions the settlement agreement can immediately be made an order of the court by way of a consent order signed at the mediation. The effect of the consent order is to make it possible for parties to enforce the settlement terms in the event of breach without starting fresh proceedings.

In other jurisdictions, certain procedural steps will be necessary before this can happen, for example an agreement will need to be notarised, or it may be necessary for an agreement to go back to the court for the approval of a judge before it can be enforceable.

Where one party is a child or an adult without full capacity, agreement can only be provisional, and will require court approval before taking effect.

Sometimes, the parties do not intend the settlement terms to have legal force, in the sense of being enforceable by immediate court action. In some family, employment or partnership disputes, where the issue is about future behaviour and management of relationships, it is still important to record what is agreed as a reference point or action plan, even if not enforceable in law.

Where intended to be enforceable, a settlement agreement can be produced to a court in later proceedings for breach even though it resulted from a process that was confidential and without prejudice.

Contents of the settlement agreement

Every settlement agreement is different and there is no safe checklist of what should be included. In addition, every country will have its own legal requirement as to the appropriate form of such agreement. The mediation agreement is not automatically superseded by the settlement agreement, so that provisions about not calling the mediator as a witness and

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

about confidentiality will continue to bind the parties and the mediator, except insofar as varied by the subsequent settlement agreement. The parties may decide to repeat such provisions so as to have them conveniently in one document.

The following points may be relevant, but will not always apply:

- **The parties:** the names of the parties may need to be clarified – whether the parent company or a subsidiary will make payment, for example, or which names appear on any court papers. Confirmation of the status of a company representative may be needed, perhaps even including a warranty reinforcing that person's authority to settle. An enforceable right to sue on such an agreement can be conferred on a third person who is not a party to the agreement; if intended, this needs to be spelt out clearly.
- **Recitals** specify the circumstances in which the agreement was reached, reciting the dispute, any court proceedings and the context of the mediation. They might also spell out facts upon which agreement is based, in effect warranting their truth and justifying reliance upon them, thus minimising any risk of alleged misrepresentation.
- **Heads of agreement** set out the terms at the heart of the settlement, such as 'A agrees to pay $y to B in 14 days', or 'C Ltd agrees to accept £z in final settlement of its claims brought in Action No 12345 in the High Court'. The terms may be simple or complex, depending on the dispute. Sometimes advisers insist that each paragraph is initialled for certainty of agreement, and it is standard for any amendment to be initialled.
- **Confidentiality:** sometimes parties agree an addition or variation to the confidentiality signed up to in the mediation agreement, in an attempt to prevent disclosure in a market-sensitive or high profile case. Sometimes there is a positive agreement to publicise an outcome.
- **What has been agreed about the costs** of the litigation and, sometimes, the mediation (see below in this chapter for more on this topic).
- **Mediator not to be called as a witness:** this provision is in the mediation agreement. It is intended to prevent any party from calling the mediator to give evidence as to the terms of the settlement or as to what went on during the mediation.
- **The written document accurately reflects the terms agreed:** an assumption will normally be made by the court that this is so, but it can be specifically reinforced if the advisers think it necessary. It can also be recorded that the settlement supersedes all previous agreements, if appropriate (remembering that this would include the terms of the mediation agreement, including confidentiality and mediator protection from giving evidence).
- **Future dispute resolution processes** can be specified, such as a return to mediation before starting any new action or enforcement proceedings, in the event of any difficulty in the performance of the agreed terms.

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

- **Signatures and date** should be added, with the capacity of signatory (e.g. CEO of X Ltd).

Drafting the settlement agreement

The drafting of the settlement agreement, which in Vietnam must be in writing, pursuant to the 2017 Mediation Decree, is normally the responsibility of the lawyers for the parties. There is a role for the mediator to contribute and to check that all points are covered. New issues almost always arise at this stage. What seemed like a minor issue may suddenly acquire greater importance and difficulty. This may require further bargaining or even exploration, and thus further mediator activity, with parties separately or together. Writing up a settlement agreement can take several hours in more complex cases. Documenting, printing and photocopying facilities need to be available at the venue.

Broadly, nothing in law demands that a settlement agreement be in writing – but the standard mediation agreement requires this formality. A written agreement provides clarity about what has been agreed, and thus reinforces the safety of the mediation process. Drafting the settlement agreement can seem a daunting task at the end of a long day. It might be tempting to gloss over details and assume agreement on certain points, but the lawyers will know that generalisation and ambiguity can create difficulties later, and may even have been the cause of the earlier dispute. The mediator has a role in keeping momentum and energy going during this final stage.

The parties will probably just be waiting while the lawyers are working on drafting, as they will be needed when the final version is ready to be checked with them before signing off on it. Some attention should be paid to parties' comfort during this time; refreshments, a break away from the venue, or a relaxed conversation between the parties or with the mediator might be useful to help pass the time. The parties will be needed from time to time to discuss terms of the agreement, and there may be some drafting that the parties can do with the mediator, for example a letter of recommendation for an employment case or letter to clients where shareholders agree to part company.

In complex cases or where a particular form of agreement will be needed, the mediator might have suggested that the advisers prepare and even exchange before the day a draft settlement agreement, leaving the details to be included when agreed, or the advisers might suggest this themselves. This will save some time and make sure that difficult points are not overlooked when everyone is tired, as well as incidentally encouraging a settlement frame of mind in advance. Drafting tasks can also be assigned during the mediation day, separately or together.

Litigation costs and funding

Where court proceedings have started before the mediation, and costs of the legal action are relevant consideration in the jurisdiction, any settlement agreement must deal with the legal

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

costs of those proceedings. Parties are usually asked to bring with them details of costs to date and estimated costs to trial, to inform their risk analysis and risk assessment at mediation.

Where settlement is not reached

Cases do not always settle. If the case does not settle, the mediator may feel deflated or disappointed, as well as tired after a long day. Remind yourself that:

- it is the parties who have the power and choice over whether to settle
- negotiations may continue after the mediation, and you should offer to assist
- a high proportion of mediations not settled on the day settle soon afterwards.

Depending on the strength of feelings at the end of a not-yet-settled mediation, it is often good to bring the parties together into a joint meeting to review progress, identify what has been achieved and what remains outstanding, and discuss next steps. Occasionally a concession or other movement will be made at such a meeting which leads to further discussion and settlement.

It is important to keep the mediation going in some way, by suggesting any of the following:

- that the mediation is merely adjourned
- that the mediator will contact the parties after a few days to discuss how things look on reflection
- that separate meetings are arranged by appointment with each party
- that parties define a programme of action, request specific information or obtain specialist advice on areas of disagreement
- that negotiations continue on specified issues
- a further mediation, even with a change of mediator
- a different dispute resolution process, such as a neutral evaluation of a disputed aspect or principle.

Even if the parties agree to none of these options specifically, it is important to contact each party or their lawyer soon after the mediation. The mediator has an active role in supporting the parties in on-going negotiations and in finding new routes to settlement.

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

VI. The role of the mediator and others

1. Aspects of the mediator's role

The mediator's role is to assist the parties in a wide range of ways to make progress towards settlement. However, the use of the word 'role' in no way suggests that the mediator is or should be acting a role, either in the training course or in real mediation; it is important for mediators to be themselves.
The mediator has overall responsibility for the mediation, for participants' comfort and for managing the process throughout. In order to be effective in this aspect of the role, mediators need to be fluent in describing the mediation process and in answering questions about what will happen and why. In addition, mediators will draw on their experience of hosting other events and running other types of business meeting.

Also, in most mediations there are some administrative tasks needed, and the mediator often assists in making arrangements for the practicalities before and during the mediation day, thus ensuring the smooth running of the process in terms of timing, paperwork, provision of information to participants, room allocation, equipment and refreshments.

The effective mediator is skilled at working with the relationships, with the process and with the content of the dispute. The mediator develops a positive tone for the mediation, establishing and maintaining good relations with all participants, as well as taking responsibility for the very significant job of process management. As manager of the process, the mediator provides firm but sensitive control, conveying confidence in the process, and maintaining a sense of purpose. Some of the important aspects of working with the content of the dispute are discussed below. In order to fulfil all these roles the mediator must gain the confidence of the parties, forming a relationship of trust that will encourage the parties to disclose information.

The roles include that of:

- someone who takes seriously and works with the parties' feelings and frustrations, helping them to channel their energies into positive approaches
- an information gatherer, organising data, and identifying common ground and the scope for zones of agreement
- a coach, both before and during the mediation; this role is described further below
- a facilitator, helping the parties to overcome deadlock and to find a way of working co-operatively towards a mutually acceptable settlement
- an enabler, helping the parties re-evaluate their case through encouraging new perspectives
- a catalyst for problem solving, bringing a clear head and creative mind to help the parties construct an outcome that best meets their needs

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

- a negotiator, helping the parties to use effective strategies for making progress towards settlement; this role is described further below in 'Using negotiation skills as a mediator'
- a reality tester, helping parties privately to take a realistic view of the dispute and to reconsider their risks in the light of the alternatives to not reaching agreement
- an overseer for the drafting of the settlement agreement, checking with parties that all issues are covered and that the settlement is workable
- a prompter who, if no agreement is reached at the mediation, will help parties to keep the momentum towards settlement.

The mediator as coach

Coaching and modelling

Throughout the mediation process, the mediator acts as a coach to the parties and their advisers, enabling them all to participate as fully and effectively as possible, while strictly preserving neutrality and confidentiality. The mediator coaches directly, through sharing experience, making process suggestions, and managing the parties' expectations and, indirectly, by setting the tone, maintaining energy and purpose, and leading by example in terms of attitude and approach. This aspect of the mediator's role is described below in relation to the five phases of mediation.

Preparation phase

Before the day, mediators will speak to the parties directly or, more usually, through their advisers. The mediator may need to assist the advisers in how to prepare their clients for the day, what documents to produce and in what form, the options they have about how to use the opening statements, and the format and possible shape of the day. Sensitivity and creativity are important at this early stage; in some cases, for example, it may be appropriate to enable parties and their advisers, especially those new to mediation, to visualise themselves in the process in order to prepare well; the party or adviser can be helped to imagine participating on the day. Visualising is a classic coaching technique that can be used by the mediator in depth or in a modified form.

Clients and their advisers need to feel capable and confident in order to make best use of the day. From the very first contact, the mediator has an opportunity to set the tone for the mediation. Flexibility and alertness are essential. The mediator needs to make participation as easy as possible, by minimising surprises and potential embarrassments and maximising the comfort zone for everyone. The mediator should model relaxation and confidence with the process, optimism, and collaborative, practical problem solving. Thus the mediator coaches by setting an example, by modelling a productive approach as well as more directly by giving information, feedback and process suggestions.

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

It can be useful to encourage the parties' advisers to co-operate between themselves in the preparation for the day by agreeing a bundle of documents, the length of time for opening statements, arrangements for the day including timing, and even in drafting an outline settlement agreement in the form likely to be required. The coaching continues as the mediator greets the parties on the day of mediation and settles them into their private rooms prior to the (usual) opening joint meeting. By making process management suggestions, the mediator coaches the parties in how to use the day most productively.

Opening phase

The mediator is likely to have used initial telephone contact to discuss the purpose, the length and, perhaps, the tone of the parties' openings, and who might make the opening statement. Some further guidance may be useful during the initial private meetings on the day, so that each party feels confident to join in fully with the initial joint meeting.

Exploration phase

During the exploration and the bargaining phases, the mediator will assist in the tactical exchange of information. The mediator should aim to provide appropriate opportunities for face-to-face dialogue, and also to take the initiative during private sessions to encourage timely exchange of information, whilst being scrupulous about preserving confidentiality where parties do not give permission for disclosure. In addition, the mediator, whilst remaining impartial, may coach the parties to communicate in ways most likely to have a positive impact.

Bargaining phase

The role of the mediator as coach in the bargaining phase is often critical. Mediators need to use their understanding of negotiation styles, techniques and tactics, to assist parties in shaping the framework of the agreement, and in presenting general and specific offers in a way most likely to be attractive to the other party, addressing their concerns and interests. Mediators must exercise their judgement about what to encourage the parties to exchange, and when and how to do it. The mediator should be alert to parties who wish to withhold information, at least for a while, and to control the timing of disclosures or offers in order to protect their negotiating position. Throughout, the mediator must preserve the parties' confidences, and remain impartial as to the level of settlement and other outcomes, and in both cases must be seen to do so.

It is important for the mediator to be perceived always as acting in the interests of all parties equally when helping them negotiate towards settlement. The mediator is a neutral diplomat, enabling the parties to find a solution to their problem. Mediation is not a journey towards the mediator's solution, and high-pressure selling of a mediator's idea for settlement undermines the integrity of mediation. As in all negotiations, the harder the parties in mediation have worked, the greater their sense of achievement in reaching a settlement and

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

the greater will be their commitment to making the settlement work.

The role of the mediator as a negotiation coach is covered in more detail in the later chapter, 'Using negotiation skills as a mediator'.

Concluding phase

In the CEDR mediation model, nothing is binding until committed to writing and signed by the parties. Settlement terms should usually remain tentative and open until all parties agree the complete package, with the elements of a potential deal developed, often at differing speeds, ready for inclusion. Late adjustments are more likely to be tolerated if the mediator ensures that the deal is built gradually and seen as provisional until finalised. The mediator must be prepared for the unexpected to arise, even when recording the agreement. It may be necessary to return to bargaining or even exploration before finally concluding.

When settlement has been reached and the agreement is being drafted, the mediator needs to exercise particular caution, especially if skilled at legal drafting. It is important at all stages of the mediation to distinguish coaching, reviewing options and providing guidance about the process, from giving specific advice on the merits or what might be a suitable outcome.

After the mediation

If the parties do not settle on the day, the mediator has an important role in helping parties to leave the door ajar for further negotiations. Offering process suggestions and a structure for taking things forward can leave the parties with some hope and a sense of possibility. Sometimes this even triggers further settlement discussions on the day. On some occasions it will be enough to tell the parties that the mediator will telephone tomorrow or in a few days; at other times it will be appropriate to undertake some more formal planning, perhaps bringing the lawyers together before the mediation day is concluded to agree specific next steps.

Skills and qualities of a good coach

As in other coaching contexts, the mediator as coach needs to:

- establish rapport and gain trust
- recognise effective behaviours
- ask useful questions
- give constructive feedback
- motivate behavioural change
- use care and courage – balancing support and challenge for the person
- apply theory to practice
- operate as a colleague with all participants, rather than as a performer or competitor.

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

2. The mediator's style and approach

Facilitative or evaluative - or both?

Over the last two decades there has been much debate about two main approaches to mediation: facilitative and evaluative. These terms were used to describe two styles, one perceived to be less interventionist than the other. In current practice such a distinction is simplistic and ignores the breadth of the mediator's role, and the range of techniques available to mediators, even within the same mediation. Facilitative and evaluative styles are best regarded as describing the two ends of a spectrum of intervention styles, rather than as defining separate models.

Mediator impartiality

Neutrality, impartiality – or, as sometimes characterised, multi-partiality - is a key component of a mediator's role. All mediators know that they need to avoid:

- being judgemental
- taking sides
- jumping in too quickly
- giving advice.

Where a mediator is perceived to be judgemental about legal, technical, commercial or personal agendas, it is easy to recognise the potential threat to mediator neutrality, and to the mediator's relationship with the parties.

The mediator's expertise in the field or the area of law is often a topic for debate. It is essential that the mediator has the respect of the parties. Certainly, the mediator needs to understand the dispute; and it may be easier to probe the weaknesses of a party's position if the mediator has knowledge of the technical aspects. However, there are dangers in using expertise of this kind without a full commitment to the mediator role. Good mediators have to be versatile and adept at picking up complex technical issues quickly; and it is excellent mediator skills and process competence that are the key to mediator effectiveness.

The role is neutral in that the mediator, with no stake in the outcome, supports progress towards a resolution created and owned by all parties. However, the mediator is not a detached observer.

The parties have appointed a mediator because they have recognised that they need help to resolve their differences, and they often have high expectations of the chosen neutral.

Mediation is hard work for everyone. The mediator needs to take time to absorb the emotion, the facts and the arguments, and to think through strategies. The mediator must also work to keep the relationships productive and the process safe, for example by maintaining confidentiality, and bringing energy to the process, appearing as fresh late in the day as at the

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

start of the mediation.

For a range of reasons, the mediator may be tempted to offer an opinion on an issue or on the case overall, especially when:

- the parties seem difficult or intransigent
- the progress towards settlement seems very slow or stuck
- the mediator has run out of ideas
- the mediator has lost neutrality
- the mediator takes an active dislike to a party
- one or more of the parties asks the mediator for a view.

It is at these moments that you, the mediator, must hold your nerve and not take the easy way out. Avoid allowing your frustration to lead to you to be adjudicative – instead:

- explore more
- summarise, review or reframe
- find out the parties' evaluations
- test their evaluations, robustly, in private
- ask the parties what they want to do.

The process is flexible

Mediation is a flexible process and can be adapted to suit different circumstances and parties. Individual mediators will, with experience, develop their own style and use of the process.

The parties decide the outcome

It is central to the philosophy of mediation that, unlike arbitration and litigation, a neutral third party does not impose a decision upon the parties. This can cause experienced arbitrators, judges and experts some difficulties as mediators, as they are used to giving their views and opinions and may assume that this is what parties require from them.

The mediator should ensure that parties come to mediation fully aware of the parameters of the mediator's role, and of the responsibilities of the parties. In mediation, the parties must look to their own advisers for legal and other expert advice, rather than to the neutral third party. Mediators need to exercise special care about their role when dealing with unrepresented parties, covered more fully in the final chapter of the handbook.

The mediator has an active and proactive role

Progress is made in most mediations through the parties' reassessing their risks, and the mediator often has an active role in helping them to do so. Facilitating a re-evaluation of the issues that seem to be blocking agreement is a strenuous process. A mediator must use advanced interpersonal and communication skills, as well as those of process management

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

and problem solving, and a willingness to enable rather than to dictate. The mediator has to be both patient and robust.

A robust approach will undoubtedly be needed when:

- handling multiple issues
- overcoming emotional deadlock
- re-examining options for co-operative solutions
- offering reality testing
- reviewing the alternatives to reaching an agreement.

Timing is very important; such interventions are demanding of the parties and their advisers and they may be met with resistance, especially if reality testing is introduced too early in the process.

Handling multiple issues

Often the parties to a dispute have become swamped in the intricacies of their claim. It is often helpful to the parties to undertake the exercise of highlighting the key aspects of the dispute in a short case summary. In addition, a third party coming fresh to the dispute is in a good position to assist the parties to clarify the issues between them. Where there are a number of issues, the mediator can help the parties to develop an agenda in the early stages of the mediation. Later, the mediator can work alongside parties, or the parties and their advisers can work privately, to cluster claims, prioritise and give different weighting to different aspects, based on strength of argument and other criteria. This work might enable the mediator to identify some common ground.

Overcoming emotional deadlock

Either party may be so incensed by the dispute that they become irrational, and may not see the reality of their situation or hear the reasonable predictions of their advisers. A mediator who has built good rapport and trust with each party may be able to challenge them privately on their views, by careful questioning and other reality-testing techniques. Care should be taken to talk through each issue, including their adviser's opinions and the other party's position. A change of surroundings can sometimes help in these difficult situations, perhaps working in a different room or going outside for some fresh air.

Re-examining options for co-operative solutions

The mediator needs to be alert to cues, clues and hints from the parties, both verbal and non-verbal, so that all possibilities for settlement can be considered. It may be important to press the parties to take a further look at ideas or proposals, in order to maximise opportunities for finding a resolution. Sometimes it is appropriate for the mediator to join in the search for a workable solution by adding his or her own ideas to those of the parties.

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

The skilled mediator is one who helps the parties reach a settlement that they firmly recognise as their creation, avoiding over-persuasion, coercion or, more often, by taking too much ownership of the problem and its resolution.

Offering reality testing

A mediator will frequently need to work with the parties and their advisers on risk assessment and re- assessment; checking and re-evaluating with them their positions, presumptions and calculations.

One or more of the parties may have pursued an inflated position for so long that it becomes the party's actual expectation or belief. In these circumstances, testing assumptions, good use of questioning, persistently exploring unexplained inconsistencies, and coaching parties to be realistic, are all an essential part of the mediator's repertoire.

Reviewing the alternatives to reaching agreement

Parties will frequently tell the mediator that they intend to proceed to or continue litigation or arbitration. It can be very powerful to hold up a metaphorical mirror for the parties to see the effect of walking away from the negotiations and giving up on trying to find an acceptable settlement. The mediator can work with the parties and their advisers to ensure they have done a full appraisal of the implications of time, cost, management input, publicity, and all the other factors that will flow from continuing with the dispute

Other processes can sometimes work well alongside mediation

Occasionally, both parties genuinely believe they are in the right to the extent that this proves a total barrier to progress. In such circumstances, another process might be needed where a view expressed by an independent third party might assist.

Other processes that can work alongside mediation include:

- non-binding recommendations
- early neutral evaluation (ENE)
- non-binding expert determination (ED).

Once parties have received an indication as to the way a judge, arbitrator or expert would see their point of view, they can adjust their approach, and with the assistance of the mediator, they can then negotiate and work towards crafting a solution from their new starting point.

Mediators who over-evaluate or who engage in ENE or ED as part of a mediation risk the following:

- **Loss of neutrality:** the evaluator might be perceived as having a bias towards one party, and the other party's co-operation and trust may be diminished in any on-going mediation.

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

- **Loss of party ownership and responsibility:** the essence of mediation is that the mediator controls the process and the parties control the outcome. Making recommendations and giving views on the merits are likely to diminish the parties' sense of control over the outcome.
- **Resumption of adversarial relationship:** the recommendation, ENE or ED will, or will appear to, favour one party and be seen as a vindication of their position, which may lead that party to become entrenched and approach the mediation in an adversarial way.
- **Confusion about use of information imparted confidentially:** if the change in mediator's role comes after confidential information has been conveyed, the parties might feel at risk or exposed, and it might even seem like a breach of the trust hitherto established.
- **Loss of face:** the recommendation, ENE or ED might be hard to accept, and involve significant loss of personal or professional face from one or other party.
- **Damage to the client-lawyer relationship:** the opinion or recommendation may change the dynamic between lawyer and party in ways that are destructive to their relationship and disruptive to the later mediation process.

Requests for an evaluation or recommendation

Occasionally, a mediator will be asked by one or more party formally to make a recommendation or to express an opinion about settlement. Also, especially as time-limited mediation becomes more common in some sectors, the mediator may be called upon more frequently to be a deal maker or quasi-adjudicator. This handbook provides a basic framework for mediation and a safe starting point for new mediators, and offers only the following guidance on how to respond to such a request:

- ensure that the parties understand the mediation process, their role, and the normal role of the mediator within it, then,
- if any issue requires evaluation, suggest that the parties agree to obtain the evaluation from another neutral before, during or after the mediation, as appropriate.

Some parties, including those from government and public bodies, particularly in international disputes, may come to mediation with authority to settle subject to ratification by a senior authority or committee. A written or oral recommendation by a neutral third party may be important in obtaining that ratification.

In some large infrastructure projects or complex multiparty cases, or as a last resort to try to achieve settlement, the parties sometimes jointly request or agree to a non-binding mediator's recommendation for settlement. A mediator recommendation can be an effective tool for settlement; but only with the full agreement of the parties, with clear ground rules set and agreed, and with the recommendation delivered privately to each party in a structured, planned and managed way. This is not something to be undertaken lightly, and it

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

is not a technique recommended by CEDR for use by new mediators.

3. Roles and responsibilities of parties, lawyers, experts, assistant mediator and co-mediator

Some mediations take place with only parties and mediator present; many mediations include a number of others in attendance. The mediator should encourage, value and manage the participation of everyone attending. The following paragraphs draw out the common roles of the different participants and the mediator's relationship with them.

Parties

Parties are required to:

- have authority to settle
- be well prepared to participate in the process.

Parties often do not come with full authority to settle, and there is a limit beyond which they must refer to another person. Lines of communication to that person need to be clear and open, particularly out of normal working hours, even though this is much less desirable than having a decision maker present and fully involved in the mediation process.

A lead negotiator often brings a team of advisers. The party must have final discretion about who is in the team, but the mediator may have a role in advising on the size of the team and who should attend. The mediator and all the other parties should be informed in advance about who is to attend in each team.

Large teams can be difficult to manage. In terms of seating at joint sessions, it is usually best to sit the decision makers and case presenters close to the mediator, with the remainder of the team seated beyond.

Other issues with large teams include:

- keeping everyone feeling involved, and avoiding disengagement for those not participating directly
- a party feeling threatened by imbalance of numbers.

The parties may choose to make their opening presentation themselves in the first joint meeting, or ask their advisers to do so, or share the presentation with their advisers or others in their team. The teams will usually spend some of the day working in private without the mediator, which is often a time when changes in position occur. It is worth alerting parties that there will be periods of waiting during the day, while the mediator holds meetings with parties individually or with selected team members only. Parties and their advisers should take some responsibility for keeping team members engaged, and for using the time when not with the mediator as productively as possible.

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

During the mediation the mediator will work with the parties to clarify the issues, to generate options and ideas for making progress, and to formulate settlement terms that are workable. The lead negotiator in each team will make the final decision about settlement. It may be important for the mediator to understand any pressures and constraints on the decision maker as the one who must take the final settlement back, justify it to colleagues and make it work.

Lawyers

Lawyers are present at most commercial mediations, and it is the lawyers who refer the majority of cases to mediation.

Before the mediation the lawyer will usually:

- assist in the selection of a mediator
- advise the client on the process of mediation
- be the main point of contact with the mediator
- help select the client's team
- advise on whether there is a need for a pre-mediation meeting with the mediator
- brief and, perhaps, rehearse the client in making an opening presentation
- prepare the case summary to be sent to the mediator and the other parties
- prepare a bundle of documents or agree a bundle with the other party's lawyer
- identify any documents which are confidential and for 'the mediator's eyes only'
- carry out a realistic appraisal of the strengths and weaknesses of the client's case
- prepare costs estimates.

At the mediation the lawyer will usually:

- present the opening statement or support the client in making that presentation
- advise the client and, possibly, even lead in settlement negotiations
- contribute authoritatively to defining the party's BATNA
- identify legal issues relevant to the emerging settlement
- draft, or assist in drafting, the settlement agreement.

Lawyers make a significant contribution to the process, and the mediator should ensure that they are involved and valued throughout the mediation. For example, they often stimulate flexibility and movement, especially while the mediator is not in the room. The lawyer can be an ally to the mediator, and the mediator to the lawyer; lawyers will sometimes welcome and encourage the mediator as an additional manager of their clients' expectations.

Experts and other advisers

A party may feel it necessary to have financial advisers or other experts present, in addition to legal advisers, to contribute to non-legal technical aspects of settlement.

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

There are two possible roles for experts in mediations:

- as specialist adviser to a party, or
- as specialist adviser to the mediator (although this is much less common).

In the former, the expert is a member of the party's team; usually playing a limited role, as settlements are rarely based upon the detailed knowledge or opinion of an expert, whose main work has often been done earlier. It may be difficult for an expert to change his or her position, and there is a danger that such inflexibility will become a barrier to settlement. However, parties will often consider the prospects of one or other expert view being persuasive at trial, and discount settlement terms accordingly. Occasionally, the resolution of a dispute will involve agreeing technical practicalities, and the expert may be able to make a significant contribution to finalising the terms. Parties sometimes decide to have experts available by telephone rather than present at the mediation.

In highly specialised cases the parties occasionally ask or agree that the mediator works with an expert. The contribution of the expert needs to be carefully considered, and it is for the mediator to decide how much technical detail is used for reality testing or for discussion of settlement terms. More often in such cases, a specialist mediator is appointed who is experienced in the field; however, the mediator still needs to be skilled at building relationships of trust with the parties, at managing the process creatively, and at working with the content in a way that allows the parties to find their own workable solution.

Assistant mediator

Your first experience of a real mediation, other than perhaps as an adviser to a party, will probably be as an assistant mediator. This is an opportunity to learn and to develop your understanding of the process.

It is up to the mediator to agree on the assistant mediator's role, which might include:

- note taking, so that the mediator is free to take fewer or no notes
- observing, and noting particularly the body language of those not engaged in conversation with the mediator
- taking messages about timing to the other party, to avoid the need to break off a meeting
- managing the practical and domestic aspects of the day – room temperature, refreshments and equipment
- acting as a sounding board, someone with whom the mediator can exchange ideas and share thinking during breaks between meetings
- asking questions, usually at the mediator's invitation, perhaps towards the end of a meeting

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

- occasionally leading a private meeting, for example undertaking a task with experts from both sides whilst the mediator is with others, although any division of labour needs to be carefully managed by the mediator
- being a companion, providing encouragement and support to the mediator.

After the mediation, the mediator and assistant will often review the day together. It is an opportunity to release tension and discuss aspects of the day that cannot be discussed elsewhere because of the commitment to confidentiality. It is useful for the mediator to provide feedback to the assistant about his or her contribution, for the mediator to get feedback from the assistant, and for them to reflect together on what went well and why, and what could have been done differently.

On the MST course the role of the assistant in the role-plays is deliberately limited to that of an observer, to allow each participant the same amount of time to practise and to be assessed as a mediator.

Co-mediator

Co-mediation is where two or more experienced mediators are working together in equal roles. It is commonly used in community mediation. In commercial mediation it is used mainly where:

- a dispute is particularly complex or a particular combination of skills and experience is required which cannot be provided by one mediator
- the number of parties, or geographical separation of the parties, is such that one mediator could not practically and efficiently meet with all parties
- the sensitivities between the parties require a gender, racial or other cultural mix in the mediator team.

Co-mediation demands sophisticated team-working skills, requiring that:

- the ground rules between the mediators are agreed before the start; who takes what role; how are the tasks to be shared; what communication systems will they use between themselves during the mediation
- the mediators develop ways of working together, based on the ground rules, which allow them to work flexibly with the parties
- there are regular exchanges and updates, in private, between the co-mediators
- any uncertainties or disagreements between mediators are resolved quickly and in private
- the mediators are seen consistently as a united, confident, competent and complementary team.

4. Process Challenges

Dealing with status issues and power imbalance

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

Often in mediation, one party will be perceived as stronger than the other. This strength can take a number of different forms, the most obvious of which is having access to greater financial resources. Other types of power imbalance could include dominant personalities, and perceived status within an organisation or society more generally.

In such circumstances, the mediator needs to ensure that as far as possible both sides – the stronger and the weaker – have equal opportunity to engage in the process in an effective way, and that the mediator, in turn, engages with them on similar equal footing. The primary tools at the mediator's disposal to ensure this are invariably process interventions. Some examples could include:

- a decision not to hold a joint session;
- to break from joint into private sessions;
- not allowing one side to dominate through careful time management;
- ensuring that in joint meetings the conversation is controlled by you, the mediator, to ensure both have sufficient air-time; and
- allowing space for the weaker party to consider proposals before agreeing to anything;

In some circumstances, content interventions such as the mediator coaching the weaker party in how to frame information and offers will be appropriate. This is particularly so where a party is attending the mediation without legal representation, although the mediator will need to be careful here not to step into an advisory role.

A final word of warning, just as with all things in mediation, beware of assumptions. Often, you may in reading and preparing assume a party is a weaker one, when in fact personalities or circumstances change the power balance. A good example of this is in situations of impending bankruptcy or insolvency, where the financially weaker party often has more power because of the situation.

Adjournments

The nuances of accepted civil procedure in different jurisdictions mean that in some countries adjournments are very much part of the norm in the way negotiation and litigation is conducted. Whereas mediations are usually recommended to take place over one day or in one continuous period, focussing the parties and their advisors on working with the mediator to draw out possible solutions, the process is flexible enough to allow for adjournments at the agreed request of the parties.

Mediators, however, need to be careful that the break does not result in the parties reverting to earlier positional dialogue when the mediation is reconvened. To avoid this, mediators should resist parties who seek to adjourn the mediation prematurely and encourage them to trust the process and continue while the mediator feels progress is being made and settlement is still possible.

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

Where both the parties and the mediator have agreed an adjournment, the mediation should be reconvened as soon as possible after the initial session. It is advisable that the mediator should begin by drawing the parties together in a joint session to remind them of progress and to clarify what is likely to happen next. The process can then continue in the relevant phase.

However, where the adjournment is due to a need for further information identified at the first mediation session, it may be that the next session will not take place for a few days, weeks or even months. In this scenario, ideally a new date should be identified before the mediation is adjourned and the mediator is advised to stay in touch with the parties and/or their advisers regularly, asking for updates to ensure that the mediation stays on track. A word of caution here – parties will often request further information from each other, which may in fact not be needed to help achieve settlement. Remember this is not a court process and therefore evidence is not required. Therefore, wherever possible, the mediator should encourage parties to continue with the mediation.

Therefore, mediators should be alive to adjournment being used for tactical advantage by one or both of the parties and work with them to bring the process back on track.

Corruption / Bribery

Although very rare, there may be instances when mediators are approached by a party with a proposal for how they might *win* at mediation. Given the fact that mediators do not make decisions as to the outcome, any such attempt at corruption or bribery is likely to not have been considered fully. Nevertheless, a mediator enjoys a privileged position within the process. Not only is it essential that mediators be extremely careful to ensure they do not jeopardise their neutrality, any such attempt by a party should be strongly rejected on ethical grounds. The mediator/party confidentiality may be breached in the event of an ethical concern (further details below) and such an attempt may give rise to a mediator withdrawing from the mediation and informing the relevant authorities of the attempt.

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

VII. Communication skills for effective mediation

1. The importance of communication skills in mediation

Excellent communication is essential for an effective mediator. The term 'communication' covers a multitude of skills and processes. What follows is a broad survey of some of the important tools, with a focus on the fundamental skill of active listening.

The effective mediator enters the process with an open mind:

- about the case – with no rigid views on the merits, the weaknesses and strengths
- about the people - avoiding stereotyping people on the basis of gender, social or professional background, age, culture, race or otherwise
- about the parties' priorities – without assumptions about what motivates and matters to the parties
- about the outcome – with no fixed idea of what the solution should be.

Developing the ability to work with others impartially is a skill in itself. All human beings try to make sense

of the world by relying on limited information, past experience, preconceptions and assumptions. As a mediator, it may be useful preparation, after reading the papers and speaking to the parties, to ask yourself what assumptions you have made and what views you have formed. By acknowledging some of the preconceptions and conclusions you have reached, you may be better able to set them aside and keep an open mind during the mediation.

The effective mediator must create an unthreatening and constructive environment that enables trust and understanding to be built - party with party, adviser with adviser, adviser with mediator, and party with mediator. Being sensitive to the significance of words and actions makes it possible to open or reopen blocked or broken lines of communication and help parties to talk. Many of the communication skills will be innate or already learned, and there may be other skills to learn or to use more fully. The skill descriptions that follow are intended to enable you to increase your awareness and your ability to use the skills well as a mediator.

2. Active listening

The capacity to be a good and understanding listener is the basis of effective communication. Parties come to mediation with varying degrees of distress, anger, fear and optimism. The knowledge that they are listened to and understood will help to build trust and enable parties to consider more openly the options for change, and to take their share of the responsibility for resolving the situation.

Listening is an active process that entails hearing the words, being sensitive to vocal clues, to

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

tone and pitch and inflection, observing movement, taking into account the context, and communicating understanding. In this way, parties not only know they have been heard but can also hear their own messages more clearly.

As a mediator it is important to aim for a conversation with the parties and their teams, and not to conduct an interview, investigation or interrogation. It is also important to distinguish listening in a social context. Social listening takes place within a conversation that is geared towards meeting the needs of both participants; and though hearing may take place, listening may not, with each interrupting, asserting, and taking little real interest in what the other says. It is a frequent complaint in relationships where communication has broken down (a common feature of parties who come to mediation) that the other no longer listens. By listening well, the mediator can convey respect and demonstrate interest in what is being said; modelling effective behaviours, and thus encouraging parties to talk openly and to communicate more constructively with each other. Later in the mediation active listening paves the way to settlement, enabling the mediator to assist with the negotiations, to get clarity and to handle the detail needed for a workable solution.

Barriers to active listening

Most people assume that they listen well, but listening with undivided attention and without interrupting is not easy; there are many things that can get in the way of attentive, active listening:

- **distractions -** external - noise, discomfort, interruptions; internal - tiredness, boredom, preoccupation with own problems, anxiety about being able to cope, over-eagerness to help, impatience, attraction to or dislike of the other
- **comparing -** this is nothing compared to what I've had to deal with
- **rehearsing -** preparing what you are going to say next rather than listening fully to the other person
- **filtering -** listening to some things and not others; listening only to what you want to hear or to what fits with your own values and beliefs
- **pre-judging -** the person as being, for example, foolish, unqualified or unreasonable
- **blaming**- assigning responsibility for what has happened to one party alone
- **dreaming -** half-listening and wandering off along a chain of private associations that have been triggered by something the person has said; this is more likely to happen if you are bored or anxious
- **identifying-** relating what the person says to your own experience - this can arouse strong sympathetic feelings or a feeling of being overwhelmed
- **hiding behind a façade -** trying to make yourself seem expert, for example, but in fact being defensive
- **problem solving -** searching for solutions to problems rather than hearing and acknowledging what the person is saying and feeling; jumping ahead and assuming

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

you know how best to resolve the dispute

- **placating-** trying to be nice, pleasant, supportive; wanting people to like you, thus agreeing with everything rather than examining what is being said
- **reassuring**- trying to make parties feel better, yet not really acknowledging their true feelings; It will be all right- rather than You're really worried about that
- **disagreeing -** immediately countering with an alternative view, so that the other person does not feel heard
- **being right -** being closed to the possibility that you might be wrong.

Non-verbal communication

The impact of what is said and the message received is dependent much less on the words used than on the non-verbal behaviours that accompany the words; far more than half of human communication is non-verbal. This means that it is impossible not to communicate; without saying a word, we reveal our feelings, thoughts and attitudes. For instance, a smile usually says, I'm happy, and looking at a watch may say, I'm impatient to move on. Even when we try to say nothing, our closed stance and refusal to speak might convey, I don't want to talk about it; leave me alone. Despite our sophisticated language, we still communicate strongly without words, and this is a process that the mediator needs to understand.

For the most part, non-verbal communication reveals emotions and feelings rather than giving information about the external world. It is easy to lie using words, but other aspects of communication make it less easy to deceive. For example, facial expressions are directly controlled by the emotional centres of the brain and are thus hard to simulate. When you read the expression on another's face, you are more likely to assess the true emotion being felt than when you merely listen to what is being said. If you ask someone "*What's wrong?"* and they shrug their shoulders, frown, turn away from you and mutter "*Oh...nothing, I'm fine*", you are unlikely to believe the words. You believe the dejected body language.

In mediation, as in other situations where you are trying to communicate with others, awareness of and understanding about non-verbal communication provides essential information beyond the content of what is being said. Awareness of non-verbal communication helps you to understand others better. Awareness of your own non-verbal communication makes you a more effective communicator and mediator.

Components of non-verbal communication

There are three main components of non-verbal communication:

- body movements - facial expressions, gestures, posture. These are largely learned from parents and other significant people in our lives. Some are universal, and others are culturally or ethnically specific, which can lead to confusion. For instance, eye contact in western European culture is a sign of respect, whereas in Puerto Rico it usually denotes the opposite. As individuals we each have idiosyncratic habits, and

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

tuning into the other person's way of expressing feelings and attitudes can assist communication

- use of voice - pitch, articulation, volume and speed. No matter what we say, the sound of how we say it reveals a great deal about what we feel and think
- spatial relationships - the distance between yourself and the other person. There seem to be four different zones that people unconsciously use as they interact with others:
    - intimate distance - less than one arm's length
    - personal distance - one arm's length
    - social distance - two arms' length or more
    - public distance - 3-6 metres.

  People will retreat, defend or attack if you enter their personal or intimate zone inappropriately; to lean over someone who is seated is to enter his or her intimate space and is potentially threatening - and you certainly need to be very confident that any touch would be welcome.

At most mediations, each party is provided with a private room. Even in otherwise non-contentious situations, there is a tendency for people to defend their territory. By knocking on the door and waiting for an invitation to enter a party's room, or offering to leave to permit private consultation, a mediator can show respect for their privacy and increase their sense of security.

Observing and understanding parties' non-verbal behaviours

Observation of parties' body language provides important information. An open, relaxed posture suggests that is how they are feeling at that moment. Apparently uncomfortable shifting in the chair, speech hesitations or breathing changes, suggest that the issue being dealt with is distressing or potentially distressing. Facial behaviour is particularly significant in revealing information. Discrepant non-verbal behaviour is also important to note; where non-verbal communication does not agree with the meaning of the words which accompany it, or where non-verbal behaviours seem not to be congruent with each other - for example, the person who shakes your hand with a firm grip and smiles, but looks away. Awareness of incongruence in others can alert you to possible hidden agendas or a need for a change in your behaviour.

Often parties in a mediation - and sometimes their advisers - will display anxiety. Signs that a person is becoming anxious include:

- rapid or tight breathing
- backward movement
- tapping a hand on the leg; tapping feet
- averting eyes
- clenching fists; picking at fingers

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

- aggression displayed in voice or gestures.

As always with body language, these signs are indicators not certainties, and so need to be read alongside other information. Accurate observation of non-verbal communication also helps you to assess the impact you have on people. Are they receptive to what you say? Have you created rapport? Do the parties trust you enough to encourage them to take a risk or to allow you to do so?

Positive behaviours and inhibiting behaviours

The following are guidelines only and need to be adjusted when working cross-culturally.

You also need to be aware of your own non-verbal cues, as they provide information about your unconscious feelings and attitudes. In a difficult mediation you might notice, for example, your arms folded and fingers wrapped tightly round your biceps; you realise you are nervous and defensive. With this increased awareness you can take steps to reduce your tension, and free up the atmosphere of the mediation.

The letters SOLER offer a mnemonic for the key elements of non-verbal communication which indicate to the speaker that the listener is giving full attention:

S face party with Shoulders square - shows full concentration on the speaker

O adopt an Open posture - shows you are open to hear and accept what the party wants to say

L sometimes Lean gently towards the party - a sign of being involved

E maintain Eye contact - shows continuing attention and involvement

R be relatively Relaxed - because your attention is genuine.

Rapport Building

Central to the effectiveness of the mediator is the ability to establish relationships of confidence and trust with others. Developing rapport is an important skill.

The depth of rapport that you achieve impacts on:

- the extent to which the parties trust you and are willing to talk to you
- parties' perception that you have been listening and understand them
- the quality of information that the parties give you and the level of understanding of the parties that you achieve
- the degree of progress that parties and their advisers believe is possible with you as mediator
- how accurately you can identify parties' priorities.

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

Some rapport arises naturally, some you have to create. The skill of creating rapport gives you an ability to relate quickly to a wide variety of people.

Matching is a way of establishing rapport; this skill involves accurate observation, openness and flexibility of behaviour. It is the process whereby you adjust your behaviour to be more similar to - and thus in tune with - the behaviour of others. That does not mean being a clone or a mimic, but rather being in harmony. By matching you are making tacit agreements, which build trust and increase receptiveness and responsiveness.

When developing the skill of matching, it is useful to concentrate on matching specific behaviours. Some examples of aspects of a person's behaviour that you may be able to match are:

- body posture - head, upper and lower body; position of arms and legs; angle of body; relaxed or rigid; sitting or standing
- facial expressions – level of eye contact; smiling; frowning; tight or relaxed lips
- gestures - use of hands, arms, legs and feet
- language - particular words, phrases and sentence structure
- voice - tone, volume, pitch, speed and tempo
- breathing - location, rate and depth.

Mismatching - behaving in ways that do not reflect the behaviours of the other person might inhibit the building of confidence and trust.

However, once rapport has been established, deliberate mismatching (called 'pacing and leading'), can help change a person's state: to increase energy, to relax them, to help them to behaviour more openly. The mediator can use this technique, of matching and then carefully mismatching, to enable a party to participate more fully, or to bring a private meeting or a discussion on a particular topic to an end without causing offence.

The need to create or recreate rapport may occur at any time in the mediation; a feeling of discomfort may arise, and deliberately matching the other person can retrieve a relationship that has become less than comfortable or re-establish productive participation.

Use of silence and minimal verbal prompts

A mediator needs to be able to cope with pauses and silences and to use their potential for triggering progress. Invariably there is a temptation, even a need, to fill the space, and it takes real discipline and some courage to use silence well. Time and again something important is revealed after a period of silence.

Silence can be helpful to the speaker because it:

- allows the speaker to dictate the pace of the conversation
- gives time for thinking before speaking
- enables the speaker to choose whether or not to go on.

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

Silence can be helpful to the listener because it:

- demonstrates interest, respect and patience
- gives an opportunity to observe the speaker and pick up non-verbal clues
- places the initiative on the speaker.

Silences or pauses may occur because a party is confused, anxious or upset. In these circumstances, it is even more important to keep quiet and to give the party time and silence. Used with suitable non-verbal behaviours, silence shows that feelings are recognised, understood and accepted.

Especially in the early stages of a mediation, the mediator should ideally speak little, giving the parties a chance to speak much more. One tool to encourage this balance is the use of minimal verbal prompts; these invite the party to go on with what they are saying, by showing attention and involvement without halting the flow.

Minimal verbal prompts, such as *Yes*... ;*Go on* ... ; *Mmm* ... ; *Uh-huh* ... ; *And then?*... ;*I see* ... ; *Tell me more* ... , obviate the necessity for further comment or questioning from the mediator, allowing the party to continue uninterrupted.

Reflecting, paraphrasing, reframing and summarising

These are skills that consolidate and draw together, and demonstrate understanding of what has been said, establishing a foundation for moving forward.

The main distinctions between these skills are:

- reflecting is putting into words the impact of a situation on the other, including the underlying emotions
- paraphrasing is stating in a few of your own words the content of what someone has just said
- reframing is rewording a statement made by another for positive effect
- summarising provides an overview of the main thoughts, feelings, themes and issues expressed.

Reflecting

Reflecting is a term used to describe the technique of playing back to a person what that person has just conveyed to you. It can be likened to holding up a mirror. In many contexts, there is often considerable emphasis on the intellect and a relative denial of the importance of a person's emotions and feelings, although in some cultures more than others. By noting and appropriately reflecting the emotions and feelings, you can convey to a party that you understand and appreciate the situation as they perceive it and recognise how they feel. So, reflecting is used to:

- acknowledge a person's emotional response to a situation

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

- help that person clarify his or her feelings about a situation
- provide a means of checking your understanding of what you have heard or sensed about feelings or impact.

To pick up emotional cues effectively you need to observe carefully the party's non- verbal behaviour as well as listening to the words used. A person's body posture, facial expression, level of eye contact and vocal qualities, change with his or her emotional experience. In order to reflect back a full picture, you need to monitor the emotional tone while continuing to note the verbal content. It is often more difficult to find the words to reflect the feelings than the factual content.

Reflecting can be achieved by simple phrases such as:

You are saying that you are angry ...

It seems that you are worried ...

You are feeling ... about ...

or sometimes by a question:

So are you frightened that ... ?

Have I got this right, you're feeling ... ?

Sometimes it can be helpful to make a space for reflecting, by saying:

May I stop you for a moment to check that I've understood ... ?

Reflections, in whatever form, should be brief and focus entirely on what you have gleaned from the party rather than any thoughts or beliefs of your own.

Paraphrasing

Paraphrasing is briefly stating in your own words the essence of what you think someone has just said. Examples of phrases introducing a paraphrase include:

So what you're saying is ...

What happened was ...

You are telling me that ...

A paraphrase should be non-judgemental, and should not introduce interpretations or your own thoughts, nor should it repeat parrot-fashion what the person has said.

Paraphrasing can be used to:

- demonstrate that you are listening attentively
- check that you have accurately understood what has been said - this helps to prevent

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

miscommunication and false assumptions, which can then be corrected
- show that you recognise, acknowledge and accept the thoughts of the party without making a judgment about what you have heard
- help defuse anger and cool down a crisis
- help you to remember what has been said
- break through most listening blockages and enable the listener to refocus on what is being said
- provide an opportunity for the party to hear their own message more clearly. This can lead to further exploration and often the development of a fresh appreciation of the issue.

Paraphrasing should be used frequently during a mediation. A paraphrase should be based only on what you have heard or understood; it is often effective when delivered in a slightly tentative manner, to give the party the opportunity to correct you.

Reframing

Reframing is changing the words used or the way in which ideas are presented, so as to allow the situation to be viewed differently and more positively. Reframing can take several forms:

- taking the sting out of language, detoxifying or depersonalising it
- interpreting actions from a different perspective – for example, focussing on what is needed for the future rather than what has not worked in the past
- presenting claims or proposals in a different way, so as to be more palatable
- rewording demands made by one party of another; for example, the idea of making an apology may be
- rejected in principle, whereas a party may be prepared to voice an expression of regret.

Examples of reframing include:

Party: I want £50,000.

Mediator: So money is important to you?

Party: He's a liar and a cheat.

Mediator: So you feel misled and it's hard for you to trust him.

Party: I assess that I have a 75% chance of winning.

Mediator: So you have a 25% chance of losing?

Party: They write very poor reports.

Mediator: So you want the reports done differently in future?

There is some risk that ownership of and responsibility for the reworded statement might shift inappropriately from the party to the mediator. The mediator should involve the party

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

as fully as possible in the reframing, and certainly the mediator needs to check that the rewording is acceptable to that party before conveying it to the other party, if that is permitted.

Reframing is a technique that clears the path for progress. Enabling the parties to see things differently can encourage a shift in positions and some flexibility, often leading to a breakthrough to settlement – although such changes do not always take place instantly.

Summarising

A summary draws together the main threads of what a person has said. It is useful to clarify a lengthy or elaborate explanation, or to check progress before moving on, or to identify an underlying theme which can sometimes provide new insights. The summary should not be the mediator's interpretation of what a party has said, but should draw on the party's own words and be recognisable to the party as an accurate account. When summarising it is important to allow the party to correct or add to the summary.

The benefits of summarising include:

- it shows you have been listening attentively and are concerned to understand what the party thinks and feels about the situation
- it allows you to check your perception of the situation and clarify what you have heard
- it may link and bring some order to confused and fragmented thoughts and feelings
- it gives feedback to parties about what they have said, and can confront them with conflicting or contradictory thoughts, feelings and ideas
- it is a way of focusing on particular issues, and can help parties to begin making decisions about priorities, what needs to be tackled first, or what concessions or proposals they are prepared to make.

It is particularly important to summarise at the end of each private meeting, as a safe way of enabling you to check what may be conveyed to the other party and what must be kept confidential. It can sometimes be helpful for party and mediator to make joint notes on paper or perhaps on a flipchart.

Use of questions

Appropriate use of questions is essential in mediation. However, questioning is a tool that must be used sensitively, and different forms of questions will be appropriate at different times. Open questions are particularly useful in the exploration phase, while closed questions are more appropriate when checking and summarising and in the later stages, and hypothetical questions are used at any stage for trying out ideas. Timing and context are very important and need to take account of the listener's level of trust; for example, probing and challenging questions would not be appropriate before a party is ready to trust you with that level of information or exposure.

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

Careful framing of a question is important, for questions can:

- encourage a party to talk
- show empathy and support;

but questions can also:

- indicate partiality, judgment, criticism
- seem prying or irrelevant
- become an interrogation.

Types of question that can be helpful include:

Open questions, which are broad invitations to talk. Good open questions from the mediator allow the party to control the direction of the discussion, to present views and ideas from their own perspective and to highlight concerns. Such questions encourage wider discussion of the current situation and facilitate ideas for change and options for action:

How do you react to what they say?

What do you think are the likely consequences?

What suggestions do you have?

Why is that important?

A well-formulated open question might elicit a very closed response. If this happens once, try again; if it becomes a pattern, then consider whether something is inhibiting effective communication and tackle that first. Perhaps you have missed an important non-verbal cue; perhaps the party has unmet physical or other needs or perhaps silence or some form of acknowledgement is more appropriate than a question.

Hypothetical questions allow parties to play with ideas and test out options without having to commit themselves:

What if the other party said they were unhappy about that?

Just supposing they offered that?

What would happen if ... ?

What would it look like if you could ... ?

Closed questions seek very specific and precise information or facts. The response will be either *'Yes'* or *'No'* or a very short response - some identification of fact such as time, place, number, person.

Closed questions are useful for checking and clarifying:

What date did you agree for the delivery?

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

How long was it before they told you about that?

Where did you meet last time?

How much was the contract worth?

However, if used inappropriately or too often, closed questions can limit progress. A series of closed questions can leave parties feeling bombarded and that their perception of the situation is not important. Of course, it is possible for a party to change a closed question into an open one by saying, for example, *"Yes, but ..."* and then giving a lengthy explanation.

When as a mediator you are dealing with information and facts, it is also important to acknowledge that there can be emotional consequences to the outcomes of legal and commercial disputes - concern about redundancy in the workforce, loss of face, disappointment in a personal crusade, or some other fear of or hope for the future.

Other useful forms of questioning, which serve particular purposes, include:

Imperatives, which are not strictly questions but have an interrogative effect because they invite answers:

Tell me about the way in which that was decided.

Personal reaction questions which encourage expression of thoughts and feelings:

In what way has this situation affected you?

How do you react to the possibility of not getting what you hoped for?

Probing questions ask a party to develop an answer further:

Can you tell me a bit more about how that happened?

What makes you say that?

What exactly do you have in mind ... ?

Asking for examples encourages the person to be specific:

I'm not clear about what you meant by that, could you give me an example?

Tell me about the last time that happened?

Focusing helps to keep the discussion on the party's priorities:

What would you like us to consider first?

Which is the most important aspect of this for you?

Clarification enables you to check that you have understood what has been said:

Do you mean that ... ?

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

Can I check that I have got this right?

Prefacing the question with a paraphrase or reflection allows you to acknowledge and check what has just been said before moving on to new ground:

You said that you would not be prepared to consider that option, so I wonder if ... ?

You have told me how angry you are about this, so is it realistic to think in terms of ... ?

Checking for meaning - when the parties are together, this type of questioning enables each party to hear that they have been understood:

What did it mean to you when X said that?

Can you say what you understand by what X said?

Giving advance information about what you are going to do gives the other person time to prepare:

May I ask you a question?

It would help me to understand this if you told me ...

Rephrasing the question when your first question has not been understood:

Let me put it another way ... ?

Asking the other person to rephrase the question for you can be encouraging. An apparent reluctance to answer may be because your question has not been understood, or there may be some other reason:

Would you like to put it in your own words?

What do you think I'm really asking you?

Types of question that are probably unhelpful, include:

Leading questions, which belong in cross-examination. They are less appropriate for mediation because they try to lead the party towards the mediator's own answer. At best, you might be seen not to be taking account of the party; at worst, you will be seen to be taking sides.

A right solution here is to do X, isn't it?

Don't you think it might be better to ... ?

You wouldn't want any further delay, would you?

Leading questions seek to impose the questioner's view upon the recipient.

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

Multiple questions, which pose more than one question at a time and can lead to confusion about which question to answer or, for the questioner, about which answer fits which question.

> *What happened on Thursday and what did you think when she first 'phoned you ?*
>
> *Would you be able to get a job elsewhere and how would you feel about moving?*

These examples are multiples of two. It is not uncommon to ask three, four or five multiples in one question. Similarly, the questioner may ask one question and give some alternative answers - all of which come from the questioner's perspective and take little account of the listener. Questions are often multiplied for fear of the following silence or in an attempt to improve on the first formulation. As in the use of silence, part of the skill, having asked a good question, is in knowing to wait and be quiet, allowing time for the answer.

Some reminders and suggestions relating to questions:

- Aim for a conversation rather than an interview or interrogation
- If open questions are being closed down by the party then something may have been missed and something else may be needed
- Have some ideas for question areas, perhaps, but avoid preparing a list of questions – this can be a distraction, and you may miss what is being said. A good mediator builds a conversation in response to what parties say
- It can be helpful to explain your reasons for following a particular line of questioning, rather than risk baffling or irritating the party
- Trust a good question, and leave an answer-sized gap for a response
- Whatever question you ask, listen and respond to the answer.

Challenging

A challenge, in the context of mediation, questions the validity of a statement or behaviour, asking for explanation or expansion, for example. It may be an invitation to a party to reassess their behaviour or reconsider their position. In an important relationship, such as that of the mediator and party, challenging can only be effective if it is used carefully and with good rapport. It is important when challenging to keep your role firmly in mind, and to check the appropriateness of your motives against your role. It may be inappropriate for the mediator to challenge a party at a particular time or on a particular issue and, in any case, the right to challenge has to be earned by demonstrating respect and empathy throughout the process.

You may find it useful to explain, perhaps in your opening, that part of the mediator's job is to challenge positions, assumptions and options, as this will help the parties to move towards a workable settlement. Your assurance that you will do this with all parties will allay fears that such challenges indicate that you are taking sides.

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

Challenging can enable parties to develop new understanding and awareness. It can help the mediator and the parties to:

- see things more clearly
- get a fuller picture
- gain alternative insights
- identify implications
- change perceptions; develop a new outlook
- see the situation from another's point of view
- get a more objective view
- question their own assumptions
- examine discrepancies and inconsistencies.

Failure to challenge may:

- prevent progress
- falsely indicate agreement or acceptance of a position or point of view
- ignore discrepancies, evasions and inconsistencies
- be patronising, by assuming that someone is not able to hear an alternative view or countenance ideas for change
- compromise your own integrity.

Challenging a party or other participant in mediation is appropriate when there appears to be a block to progress. A challenge may be useful when parties display:

- discrepancies, evasions or inconsistencies

  You said ... now you seem to be saying ...

  You seem unwilling to talk about ...

- distorted interpretations of experiences, behaviour or feelings

  You've described ... as being ... ; could it be that ... ?

  You seem to be assuming that ... ; could you be wrong?

- failure to recognise the consequences of behaviour

  Have you thought that having done that ... may happen?

- unwillingness to modify behaviour or change

  You said ... so you seem to want to stay with the present situation ...

A challenge is also an important tool for reality testing, discussed elsewhere in the handbook. Such a challenge may be in the form of a question:

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

So what I am hearing is that you would rather go to court at an estimated cost of £y than apologise to X?

So let me get this clear ... You are no longer going to need the kind of expertise X has to offer?

A challenge must be justifiable and carefully constructed. When challenging, you should:

- **be as specific as you can:** at best, it is difficult to respond to a vague challenge or a generalisation; at worst it can cause offence and increase the block
- **use empathy:** I can see that you feel really strongly about this; do you have any ideas about how to overcome the problem?
- **be tentative:** What thoughts do you have about why that is happening? rather than Don't you see it is because you are ...
- **offer the opportunity for a new perspective:** How do you think X would feel about ... ?
- What other ways are there to look at this?
- **avoid protecting** the parties (or yourself) from a challenge which needs to be made
- **build on strengths rather than emphasise weaknesses**: focusing on failures makes it more difficult to change. A challenge that concentrates on the positive can enable parties to work on areas where the probability for success is relatively high. Look for personal and other resources on which to build
- **do not expect everything to change at once:** *Despite your disappointment, it sounds as though you see some future in ... which worked well before; is that right?*
- **deal with defensiveness**: it is not surprising that people sometimes react strongly against being challenged; it requires effort and courage to take a fresh approach and, sometimes, a degree of humility. It is helpful to give the person challenged some reason to reconsider and move: *I want to give you a chance to think through the possible implications of that, so that you can see if there is anything else we should be working on. What would happen if ... ?*
- **be open to being challenged yourself**: an open atmosphere, in which parties feel free to challenge the mediator, will facilitate progress. You might, for example, invite parties to let you know if there is anything that confuses them about what you are doing.

Other mediator skills and techniques

Other important mediator techniques, which are dependent on the core communication skills outlined above, are covered in other chapters of this handbook. These include helping parties to develop wider perspectives, reality testing, coaching, problem solving and negotiation, and all from an impartial stance.

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

3. Working with emotions

It is important for a mediator to be able to work with emotions; to recognise, accept and acknowledge emotion in others, and to manage their own feelings.

The parties

There is emotion in every mediation; parties feel strongly about their case. Whether these feelings are controlled, suppressed or exploding to the surface, it is important that the mediator recognises, copes with and, where necessary, manages each party's expression of emotion. This does not mean shutting out their feelings - far from it, for pent-up emotion can be a serious obstacle to progress. Mediation can offer parties a 'day in court' and provide catharsis for past grievances, which is sometimes an important element in the success of the process.

Emotion that is expressed sincerely can put new colour, meaning and depth to the spoken and written word, and the expression of strong feelings in mediation can be a positive force. Venting of emotion is often the precursor to progress. However, the challenge for the mediator is that emotions channelled or managed ineffectively can have a negative effect, particularly if expressed in joint meetings. The mediator may wish to pre-empt emotional outbursts, especially where the atmosphere is tense, by acknowledging that there are strong feelings around the table.

Any outbursts may just be posturing, an attempt by one party to influence or compel the other, or even to test how well the mediator copes with the outburst. The mediator as process manager will need to intervene if an exchange becomes destructive in a joint meeting, and yet should do so in a way that acknowledges the positive, when possible, and saves face for everyone. It is for the mediator to judge how far to allow free expression and off-loading, and to decide when to exercise control. In extreme cases, the mediator may have to talk to a party – in private - if their behaviour seems likely to damage the mediation; this should be done initially with empathy and a willingness to understand what underlies the behaviour, becoming firmer only if that approach does not work.

The safest, although not always the most effective, place for an emotional outburst is in private. If the mediator plans, with the agreement of the parties, an opportunity for emotions to be expressed more publicly, it may be helpful for the mediator to coach a party in preparing what they need to say in a way that is likely to be productive. It may also be helpful to prepare the other party to listen calmly and respond respectfully. Fear of losing face is a powerful and driving emotion shared by human beings, and not restricted to particular cultures. Many of our family and work routines are structured, perhaps without our realising it, to prevent our losing face. For example, in the workplace, budgets tend to be pitched high so that final costs come within the forecast. Forecasts of results of legal cases tend to reflect this, too, although there is always the judge or jury to blame if the outcome is not as forecast. In the home, there

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

is often a need for us to find ways out of situations for partners, parents or children, without loss of face for them or ourselves.

Parties in dispute frequently reach deadlock because they have become entrenched in a position from which they can see no escape without loss of face. The mediator needs to be sensitive to such dilemmas and to develop techniques for finding a face-saving solution, perhaps by:

- obtaining the other party's understanding and co-operation
- preventing a party from crowing over victory
- the careful, natural use of wit or humour
- finding a 'win' to ease the pain
- focusing on the positive intention behind an individual's behaviour
- showing how new information affects the situation
- restating or reframing the situation in different terms
- emphasising the opportunities an agreement opens up
- rehearsing a party through what will follow the mediation; how he or she will relay the outcome to board members, family or others
- leaving parties and their advisers alone to consider offers and counter-offers in private, returning later to discuss whether and how to convey the offer.

Occasionally, mediators may need to save face for themselves - an open acknowledgement of a mistake with an apology is usually a good option. The decision maker in the team usually needs the support and approval of the rest of the team. A party will probably be reluctant to settle if dissenting members of the team are likely to comment afterwards that it was a poor deal. The mediator needs to be sensitive to the mood and the dynamics within a team, and to work with the decision maker to achieve a solution through co-operation within, as well as between, teams.

The lawyers, experts and advisers

You might expect that lawyers, experts and other advisers come to the mediation without emotional involvement. Yet they, too, may be resistant or apprehensive for a range for reasons, and under significant pressure. For example, not all advisers are persuaded that mediation is a desirable method of settling disputes. A lawyer may have little experience of negotiating with their client present. A few see mediation as challenging their own negotiation style and competence. For others, settlement options may involve contradicting earlier advice to their client.

The person who initiated the mediation may have done so despite doubts from colleagues. That person may feel nervous, having a strong vested interest in the success of the mediation. There may also be other reputations at stake. Participants in mediation may feel more vulnerable and exposed than in court proceedings. Personalities used to leading a case will

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

inevitably find themselves in a different role, as part of the team with clients present. There is little opportunity for great orators or cross-examiners at a mediation, so a participant's pride or self-esteem may be challenged by the new role required of them.

Occasionally, an adviser will have become emotionally involved in a case, either with the client or with the cause, perhaps believing a trial is needed to establish a precedent. Where client and adviser disagree, the mediator will need to handle that disagreement delicately.

The mediator

The mediator has feelings, too. We all have values, attitudes, beliefs and views, conditioned by our life experience. Working impartially requires that we accept the perceptions and feelings of others, putting aside our own, and this can be emotionally demanding. In order to interact in a way that is genuine and responsive, we need to recognise our own values and how they may affect our reaction to other people.

Mediators often experience impatience because parties seem intransigent, or because, being outside the problem and its contingent worries, the mediator may see a solution long before the parties, whether the solution is one that will eventually work for the parties or not. It is essential to allow the parties to reach a settlement at their own pace, and mediators must contain their own frustration, irritation or anxiety. Equally important is the ability of the mediator to stand back from any over-involvement in the difficulties, concerns or even tragedy that the dispute contains for the parties. Over-identifying with the situation makes it more difficult for the mediator to bring energy and skill to assist the parties in resolving matters.

Many mediators feel some apprehension before a mediation, and all experience varying degrees of satisfaction or self-doubt afterwards. It is important that you allow yourself time, whatever the outcome, to reflect constructively on the mediation.

Some techniques and approaches for working with emotion:

- **Recognise** emotions by observing behaviours and being open to the fact that feelings will almost always be part of the content of the mediation. Heightened emotion may be demonstrated as much by silence and withdrawing as by words or overt behaviours.
- **Respect** the emotions displayed or hinted at. The emotion does not define the person; it merely indicates how they feel at present. Labelling a party as an angry person, for example, can inhibit the mediator's ability to build rapport.
- **Respond** to the emotion by, for example:
    - allowing silence; displaying patience and calm
    - acknowledging the emotion by reflecting back and naming it; developing and using an emotional vocabulary (angry, worried, sad)

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

- match your body language, pace and voice to that of the party
- show empathy, and acknowledge the situation and its difficulties, without sympathising and over - identifying with the emotion
- ask what has triggered the feelings
- use an open question to invite the party to tell you more
- offer a break or refreshments, but don't run away from emotion; it is more effective to stay with it, even if it is uncomfortable for you.

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

VIII. Using negotiation skills as a mediator

1. Aspects of negotiation

The mediator brings his or her negotiation experience and skills into the mediation, and deploys them for the benefit of all parties. Skilled mediators use their understanding of three aspects of negotiation in particular to assist the parties during the bargaining phase:

- **Each party's negotiating strategies and styles:** these embrace differences between teams and any internal differences in negotiating approach within a team. Different approaches to negotiation were summarised in an earlier section, 'Negotiation, litigation and mediation'. The mediator, as well as the parties, will have a preferred style which must be adapted to the needs of a particular dispute. Understanding that a party may be instinctively positional, or that a party may be more of a co-operative negotiator than that party's lawyer, will enable the mediator to work with those differences, perhaps even bringing together those with matching styles from each team. One or more participant may need to be coaxed into a different approach for the purposes of the mediation. Sometimes it is useful for the mediator explicitly to give permission for such a change of approach, and this can lead to unexpectedly co-operative negotiations.
- **How the mediator's own negotiating skills can be used** to further settlement. There are surprisingly poor to moderate negotiating skills found amongst some parties and their advisers. Sometimes a clash of styles or a particular stance taken has caused the negotiations to stall before the mediation. Sometimes there is an unwillingness to think through the implications of holding to a position or making a particular offer, or an apparent inability to be creative with ideas or to use language well. The section below highlights what the mediator can add when parties find it difficult to begin or continue the bargaining process. The mediator might press the parties to assess or re-assess their risks, and might engage in robust reality testing. By this stage of the day, the mediator usually knows more than the parties about what will and will not work in terms of negotiating approach, and, subject always to confidentiality, should offer this appraisal as a service to the parties. Will an offer provoke a walkout? Will it bring a sense of reality to the other party? Will it set the zone of possible agreement?
- **Retaining clarity about the mediator's role** during the negotiations. The mediator should not take over the problem, nor press for a particular solution. The mediator might help parties over the hurdle of who makes the first offer, for example, perhaps by receiving each party's first bid before those bids are exchanged, but always as a neutral and never with a personal agenda about settlement.

Claiming and creating value

To understand the role of the mediator in assisting the parties to negotiate, it is important to understand first the concepts of creating value and claiming value.

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

The hallmarks of positional negotiation were set out in an earlier section, 'Negotiation, litigation and mediation'. One of the key elements of this form of negotiation is that it assumes that all value is on the table (for example, that parties are negotiating over £100,000), or to use another expression that there is a fixed 'pie'; accordingly, positional negotiators attempt to claim as much of that value as they possibly can. In many commercial and civil mediations parties come into the process assuming a fixed pie and aiming only to claim value. This is particularly the case when legal proceedings have been instigated, as legal cases by definition need to be framed positionally to claim as much value as they can. For example, the claimant states there has been a breach of contract, therefore they are entitled to damages of £100,000; conversely, the defendants deny breach of contract and therefore say no amount of money is owed. This is classic positional negotiation.

The mediator's role, through exploration, is to see if they can change the approach, at least for a while, and try to create value and incorporate more principled negotiation techniques into the mediation process. This concept assumes that the size of the pie is not necessarily fixed and that by exploring each party's interests, other things of value may emerge for the parties, which can be added to the negotiation mix, expanding the scope of the negotiation and therefore the possibilities for settlement.

Once this is done, and the pie has been enlarged, the parties will negotiate during the bargaining phase on how the pie is to be divided and therefore will revert to claiming value. The mediator's role here is to assist the parties to claim value effectively, by coaching them at key stages of the bargaining, including making first offers, conveying information tactically, and finding ways to break through apparent deadlock.

Negotiating tactics and strategies

Negotiation techniques and strategies can be adopted from both positional and principled schools of negotiation, to enable the mediator to assist the parties in moving through difficult negotiations towards settlement.

Focusing on interests not rights

The mediator may need to help the parties to focus on interests and what they need from the situation, rather than on their rights and what they think they are entitled to or wish for by way of outcome. This may enable parties to move away from a confrontational approach to one of co-operation and a shared goal.

It may be useful to spend some time finding out why parties have adopted their positions, and why they are making or resisting the claims. Even exploring why certain items are not at issue may be fruitful. Getting behind the presented case leads to better understanding of each party's pressures and emotions, and may even reveal a hidden agenda.

It is worth remembering that almost everyone is answerable to someone else - senior

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

management, the board, colleagues, spouse, even friends. Most people come to a mediation with a political need to ensure that any settlement can be justified to others. The mediator needs to be aware of this and explore it, as it may otherwise create a blockage to settlement.

Managing expectations is an important part of assisting parties through the negotiations. The mediator will be working on this even before the parties meet, and continue to do so right through to the last word of the settlement agreement.

Where parties want to be, not where they are

There may be a need to go over some history and to allow feelings to be vented, and if so the mediator must be patient. Eventually, the mediator will want to help the parties to focus on the future, on where the parties want to be, not on where they are or where they were. Identifying parties' needs rather than their wants gives scope for movement. Getting to settlement may not be easy, but keeping the shared goal of settlement in sight provides a sense of direction and generates some co-operation.

Problem-solving techniques

The parties often look to the mediator to solve the problem, not necessarily to give them the answer but to produce some options or possibilities that could lead to settlement. However, before serious problem solving begins, the mediator must open the route to resolution by:

- re-establishing communication between the parties; even if they are not talking to each other, they are talking to and through the mediator
- clarifying or defining the issues in dispute; so often, the real issues have been clouded by emotion or detail.

Once the discussions pass from the early stages of blame and demand into the solution-finding stage, the mediator's problem-solving skills become important. The mediator is detached from the problem and can be a creative and active contributor to the problem-solving process.

Problem-solving activities fall into four categories:

- Problem exploration - what caused the original problem? How could it have been avoided? What are the problems in the current situation? What are the needs?
- Development of ideas - how can each party's needs be met? How are they similar, and how diverse? Brainstorm possible solutions. Include all possibilities, making the settlement pie as big as possible. What if no settlement is reached?
- Action planning - how will each possible outcome work? What is the real benefit to each party? How can future problems be minimised? What are the terms for settlement?
- Implementation - timetable, responsibilities. Are there unresolved issues to be addressed? If so, when and how?

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

Brainstorming and reality testing are widely used and are valuable problem-solving techniques for the mediator. Also, the flipchart is a useful tool. It provides a specific focus for all those present and, used at the right time, it can defuse tension. The visual impact can also serve to clarify figures, to highlight the progress that has been made, or to confront parties with the reality of the gap between them or the level of potential on-going costs. Listing the issues on a flipchart can help parties to agree what needs to be tackled and provide a focus for discussion. When working in this way, it is more effective to encourage parties to make suggestions for what goes onto the flipchart, rather than to list the mediator's ideas. However, the mediator may need to modify, neutralise or mutualise the language used, and may contribute some of her or his own ideas in a way that is supportive of the parties.

Relationships and group dynamics

In complex negotiations, part of the problem, and indeed the start of the solution, may be that within each party team there are several individuals with different perspectives and styles. The mediator needs to assess the relationships within and between parties. Which individuals carry most weight, how different individuals value different elements, and how individuals work together. This can be done by careful observation of non- verbal and verbal behaviours, by directing questions to a silent team member, and by opening up a discussion within or across teams.

As manager of the process, the mediator should be alert to opportunities to reconvene in a joint meeting, to speak informally to individuals during breaks, or to put people to work together as groups outside the joint and private meetings with the mediator. All sorts of combinations of meetings can be effective in moving the process forward. Sometimes, in order to progress the negotiations, the mediator needs to continue to shuttle between the parties. Sometimes the barriers fall away and people will come and go between what had been private rooms. It is also important that the decision maker in a party team has the support of the other team members, so that he or she can move matters forward confidently.

It can be productive for the parties to negotiate directly, with the mediator having a role in identifying the combination of negotiators likely to work best together. Such meetings can be with or without the mediator present. They can be informal, or carefully choreographed with agenda and ground rules set in advance. Usually, provided that the parties agree, it is helpful for the mediator to be present, perhaps to keep the meeting on track and to be able to pick up themes and developments after the meeting.

All negotiations have underlying human agendas such as emotion, dislike, status or reputation. The mediator should be alert to how these factors might inhibit movement, and can be used to create movement.

Using information when appropriate

In direct negotiations there are good moments and bad moments to use information. The

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

same is true in mediation. An offer by one party that is so low that it could cause the other party to retrench, or even to walk out, is probably best retained by the mediator. Similarly, a concession may be stored and used to maximum effect when the right moment occurs. There is no obligation on a mediator to pass on information at all, or at a time when a party asks for this to happen, and it is useful to make this clear to the parties early in the process. The mediator, possessing an overview of the settlement discussions, can advise on the timing of communications and needs the parties to allow him or her to use discretion about what might be most effective and when. Bad news, as well as good news, can be the trigger for movement. There can be a temptation for the mediator to over-protect the parties, keeping from them the size of the gap at a time when it would be more effective to confront them with the scale of the problem they face.

Value differentials

Often, issues are of different importance and value to each party. The giving of an apology may be regarded as costing nothing, whereas the receipt of the apology may be fundamental to continuing negotiations. The phasing of payments or payment in kind, insurance-backed guarantees or offers of future work, are all examples of elements that may have greater value to one party than cost to the other. The mediator should explore each issue with each party to identify value differentials; something of positive value to one party and little cost to another could lead to movement, and may even be what clinches the deal.

Bottom lines and magic numbers

As a general rule the mediator should avoid using the term 'bottom line', and help the parties and their advisers to do likewise. The idea of setting a bottom line limits flexibility and reduces a party's negotiating scope. The bottom line usually changes during the mediation. Some mediators prefer never to ask for a bottom line figure, as parties are then able to move far beyond those figures without losing face with the mediator. As an alternative, it can be useful for the mediator to understand the level at which parties might consider settling, at a particular stage, and what they need to persuade them to move or to move further.

Something else to bear in mind is the possible significance of 'magic numbers'. These are the figures that parties have set their hearts and minds on; a party may have a practical or emotional need for a particular sum, perhaps having left a meeting with the words *I'm not going to settle for less than (or more than) £x* ...Breaking the barrier of such a number may require discussing it openly with a party in their private room, looking at the consequences of breaking through that barrier, and of not doing so.

Global sums and numerical boundaries

At some stage the parties are likely to move from working on the issues and the solution piecemeal to thinking in terms of a global sum. The mediator can assist in this transition, subject to the requirements of confidentiality, with observations such as *They need to hear a*

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

six-figure number... Moving to negotiating a global sum allows each party to frame the settlement in whatever way they wish in order to justify it to others afterwards. Each party will often have a quite different justification for the same figure.

Helping parties to frame or set offers in relation to numerical targets seen as significant to another party is an important area for discussion. A five-figure number can seem appreciably less than a six-figure number that is actually very little more, and the reverse is true. Helping parties to understand the power of such perceptions can stimulate progress.

Helping parties to avoid losing face

A skilled negotiator will always give the other party a way out. Backing a party into a corner will often result in deadlock, and even if later there is a deal it is unlikely that the party will wish to negotiate with that person again. In order to facilitate negotiations, the mediator needs to help the parties identify reasons to justify movement. Mediation quite often involves financial grief management. Victory by one side should not be overtly celebrated, the pain should be seen to be shared, and both parties should feel that they have had to work hard to achieve settlement.

2. The mediator as **negotiation** coach

As seen in a previous chapter on the role of the mediator, the coaching role starts before the day and runs throughout the mediation. In the bargaining phase the role of mediator as negotiation coach becomes crucial.

Before embarking on the role of negotiation coach, it is essential that the mediator has gained the trust of the parties and earned the right to ask the parties to change their behaviour and approach. During this phase, offers are being framed and exchanged between the parties. Each offer from one party sends a signal to the other party, about their intentions, their negotiation strategy and tactics. However, it is often the case that the party formulating an offer has not thought through the impact of the message that the offer conveys, often sub-consciously, to the other party.

Through their understanding of negotiation, mediators should be able to help parties work through what message they are intending to send, and whether the offer suggested is likely to achieve that. In addition, having been working with both sides on their respective negotiation strategies, mediators can anticipate the likely reaction of the other party and explore that with the party formulating the offer, whilst carefully protecting any information given in confidence.

A mediator is not there to be merely a messenger for the parties. Rather, the parties have engaged a mediator to assist them to resolve their dispute and help them chart a path to settlement, through sometimes difficult negotiations. Once good rapport and trust have been built and maintained, the mediator can coach the parties in negotiating, as necessary, by:

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

- working hard to understand what drives the parties and the reasons for their positions
- focusing on where parties want to be, not where they are
- managing parties' expectations and helping them through disappointments
- using creative problem-solving techniques to work up deals in principle
- understanding negotiation tactics being used by parties, and using suitable strategies for creating movement
- protecting the parties from loss of face, and assisting in overcoming other common problems that impede negotiations; see below for further detail
- recognising value differentials as a potential for settlement; what is of value to one party may be easy for another to provide
- communicating offers and exchanging information tactically
- helping the parties past the hurdle of making the first offer
- avoiding parties committing too early to a bottom line
- recognising 'magic numbers' and the psychology of numbers
- working with global sums or numerical boundaries
- assisting parties to work through apparent deadlock
- working on the basis that the deal is not done until written down and signed.

The hurdle of the first offer

When considering the making of offers, in particular the first one, it is useful to think of the range of possible offers in terms of their impact when received. This can be described on a continuum for both claimant and defendant, from insult zone to credible zone to the 'Zone of Potential Agreement' (ZOPA) or the area in which both parties can be satisfied and reach agreement.

On both extremes of the negotiation range, there is the 'insult zone'. This is an offer, which is likely to be received as an insult by the other side; it sends the wrong signal to them that the side making the offer is either not engaged in the negotiation in good faith or is not prepared to 'play to game' properly. The risk of such an offer is either walkout by the other party, or if they do respond with a counter offer it is likely to be in the insult zone too. This would lock the parties into a positional negotiation, which will be difficult to break out of and will increase the likelihood of failing to reach settlement.

The next zone along the continuum is the 'credible zone'. This is an offer that is not good enough to be accepted but that sends the right signal to the party receiving the offer. They will see it as a good first step, or that the other party is at least negotiating in good faith.

The final zone, ZOPA, is the range within which an agreement can be reached.

If a party wishes to convey a first offer which the mediator thinks is likely to be received as an insult by the other side, the mediator needs to:

- understand what that party is trying to achieve by making the offer

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

- discuss with the party the possible implications of conveying such an offer
- help the party to frame the offer in an effective way
- perhaps even help the party to decide not to make the offer at that time or at all.

To do this effectively the mediator will use a range of good questions:

> *Can you explain to me the basis of or rationale for that offer?*
>
> *How do you think they will react to that offer?*
>
> *If you were them, how would you react to this offer?*
>
> *What if they come back and say ... ?*
>
> *What would happen if ... ?*
>
> *Do you suppose you could ... ?*

In addition, and only if the mediator has good rapport with the party, they may go a step further and give their impression of the impact that conveying such an offer might have. Comments such as the following might be appropriate:

> *The risk of making that offer is that they might walk out, or reciprocate in kind and counter with a low offer themselves …*
>
> *Having worked with both sides, I think there is a risk that the others might react badly to such an offer …*
>
> *I think they are going to need to hear something more encouraging than that …*
>
> *My sense is that they are going to need …(without, of course, breaching a confidence)*

These are examples of the mediator being more direct in their interventions and giving guidance on what is happening with the negotiating dynamic. However, it must be stressed that it is not for the mediator to give their view on what number should be offered, or on the fairness or appropriateness of a proposed deal.

The parties may have negotiated over many components of a potential deal before getting to specific numbers. A party may need reassurance about being the first to mention a specific figure; there is research that shows that the first negotiator to make an offer tends to have the greater influence on the level of settlement – but only if the figure is in the 'credible' zone, rather than in the zone of insult or fantasy.

Ultimately when communicating first offers, the mediator needs to ensure as far as possible that these offers are in the credible zone, in order to avoid the parties starting too much at the extremes of the negotiation range and thus increasing the likelihood of the parties facing an unbridgeable gap. Conversely, parties should be discouraged from trying to pitch their first offer in the ZOPA and saying they are not prepared to negotiate further. Experience shows that parties expect to go through the negotiation dance of offers and counter offers.

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

Therefore, if one side pitches in the ZOPA straight away and the other side counter offers and expects to engage in the dance, then the side making the first offer may have nowhere to go and thus have backed themselves into a corner.

Managing subsequent offers and conveying information tactically

As mediator you need to anticipate the emotional slump, or eruption, that can occur when the first monetary offers are made. Parties sometimes want to give up at once, walk out or head for court. It might be helpful to indicate from your experience that this kind of reaction is common when first offers are made. If you have prepared the parties, by normalising a stage at which the gap between them will seem impossibly large, they will usually stay and work on, accepting this as a part of the ritual of negotiation.

Throughout, the mediator needs to be alert to the parties' understandable wish to protect their negotiating position.

Experience shows that in an effective negotiation there will likely be about three offers and counter-offers. If there is no settlement by that stage, parties tend to lose faith or lose interest, fearing that the negotiations are turning into an unproductive game. Alternatively, if one party is unwilling to respond, and makes fewer than three offers, the other party may feel that there has not been a serious attempt to settle.

Throughout this stage of offers and counter-offers, the mediator will often help a party to reframe a proposal. Using different words, expressing an offer or an idea as a positive rather than a negative, or restructuring the arithmetic in a way that will be more likely to be taken seriously by the recipient, are all useful techniques and a valid use of the mediator's negotiation and problem-solving skills. Before an offer is put to the other party, the mediator will usually find out the basis for the offer, knowing that the other side is likely to ask how such an offer can be justified or where the specific number comes from.

It is crucial for the mediator to be more than just a messenger. This involves working actively with the parties, making decisions about whether information is to be conveyed and if so, the best way to convey that information, and when; for example:

> *You have said you want £100,000 and then you would consider a future relationship. Can I convey it in this way - that you would consider a future relationship as part of a deal that included a substantial cash payment?*

If a mediator judges that it is not the right time to convey information, a suggestion or an offer, then the mediator could ask to be given discretion; for example:

> I know you want me to take this offer, but now might not quite be the right time, so would you leave *i*t to me to decide when to convey it?

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

Breaking apparent deadlock

Often, despite the mediator's effective engagement in exploration, active coaching of parties during the bargaining phase and helping to frame offers, there will come a stage when the parties appear to be in dead- lock and it is difficult to see how the negotiation can progress. The most common reasons for deadlock are:

- parties become **entrenched in positions**, asserting that this is the furthest they will go. Advisers may encourage clients to adopt this approach, protecting them against making concessions in the hope that taking a firm position will give them a better result
- one party **exposes their bottom line** too early, leaving them nowhere to go. In many cultures, parties expect some give and take, and if responses dry up early from one side, even if they make a reasonable 'first and last' offer, the other side may regard this approach as unacceptable
- **emotional blockage**: all disputes have some emotional underlay, though usually nearer the surface and more obvious in injury and employment claims than in commercial contract disputes. Parties and advisers all have pressures: a reputation to make or retain, internal competition, financial incentives, ambition, feelings of inadequacy, fear of perceived failure, or dislike or jealousy of their opponents or even their own team members
- **team dynamics** can inhibit progress: for some it is easier to play the hawk than the dove, and the temptation to act tough is powerful
- **tactical deadlock**: using delay to create pressure
- **the need to save face**: the significance of this is sometimes underestimated. Mediators must be alert to an individual's need to preserve credibility and dignity, and should try to find sensitive process solutions to save face and so to avoid the negotiations getting stuck. This may require giving parties space and time in private, without the mediator, especially after challenging or reality testing, to let them adjust to a necessary change of position
- One party has reached the **limit of their authority.**

When faced with apparent deadlock, the mediator needs to bring independence, energy, patience and imagination to helping the parties make progress. One or more of the following strategies may help:

- bringing the parties together to acknowledge the situation and talk it through openly
- summarising and reiterating progress made, rather than allowing parties to focus on the problem and the gap
- shifting the parties from positional to principled negotiation, so as to work co-operatively on a solution to a joint problem
- allowing emotion to emerge, and acknowledging its significance, where strong feelings seem to be blocking full participation in the process

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

- reviewing common ground and highlighting any areas of agreement
- finding an easy concession that is cheap to make but valuable to receive
- taking a break, so as to allow tempers to cool and give time for reassessment
- using a touch of humour can ease tension and relax the atmosphere
- breaking the problem down, dealing with smaller issues one by one, can create useful momentum
- parking some issues for later discussion can make room for progress in other areas
- introducing new information or reframing issues to test out a different perspective
- trying to create value, by changing focus away from monetary aspects to see if there are non-monetary elements available to improve the deal
- changing the negotiating teams can bring fresh ideas on the day; and, if negotiations break down, perhaps on a later occasion introducing more senior decision makers
- altering the rhythm of the process by doing something different; changing the surroundings, even the seating positions, taking the parties for a walk, instigating working groups, using a flipchart to change the focus, holding a joint meeting to review progress
- reviewing the process and perhaps asking parties what they want to do next
- introducing a deadline for the day, or agreeing one for after the mediation so as to give a good reason to re-establish contact and re-open negotiations
- changing the balance of risk; one party finding a way to take a calculated risk, for example, by providing a warranty
- a shared lack of certainty about the outcome if the matter goes before a court can create a sense of partnership.

Helping each party to develop new perspectives, and reality testing each party's stance, are both particularly important skills for a mediator to use when negotiations are getting difficult.

Developing new perspectives

The mediator often needs to help the parties see the situation from a different perspective in order to begin to make progress. Most of us are familiar with the benefits of perceiving a particular situation from different points of view; we reflect it in our language when we speak of:

seeing both sides of the argument

looking at ourselves objectively

standing in another's shoes.

To achieve these changes of perspective, a party needs to use imagination and intellect to see the situation as another sees it. The ability to do so in a constructive way can be a powerful catalyst for change. The mediator can help a party to view the problem, or a possible solution, from the other's point of view, and thus increase their understanding of the other's needs

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

and pressures, which can lead to more co-operative problem solving. Some mediators even use the technique of physically seating party A in the chair previously occupied by party B - and then asking party A to imagine:

You are party B; how do you see party A?

What are the issues that concern you as B?

How do you as B interpret the events?

What will best persuade them to reassess their risk?

Whilst not labouring this particular technique, there are frequent opportunities to help a party to see something from the other's position:

What do you see as their main needs that must be met if they are to settle today?

What is driving them? What are the pressures, the politics?

How will they react to that offer?

One way of encouraging movement is to help a party to anticipate the other party's bottom line. For example, asking party A:

As party B, what is your break point where you would leave the mediation without a settlement?

Usually party A will respond realistically, to which the mediator might reply:

If you are right, can you (party A) meet that?

When the mediator has worked in this way with both parties, a potential for breakthrough may have been established. Of course, the party might deliberately name a wholly unrealistic figure in order to reassert their position, in which case the mediator will need to do some further exploration or some further reality testing.

For these techniques to be effective, good communication skills, good timing, intuition and good judgement are essential.

Reality Testing

Reality testing is a form of challenging; a technique discussed in the chapter on *'Communication skills for effective mediation'*. Specifically, reality testing might involve the mediator in:

- playing back to a party their stated position and encouraging them to test and reappraise it
- reviewing an offer with a party and questioning how it is likely to be received by the other side, and whether it will assist progress or inhibit the negotiations

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

- discussing the practicalities of a proposed settlement with each party; its implications and whether it would be workable if agreed
- asking a party to make a full assessment of future risks – time, money or reputation, for instance – if the dispute is not resolved
- walking a party through alternatives to a negotiated settlement.

This requires particular sensitivity, for it could be misinterpreted as the mediator inappropriately expressing a view on a party's case.

Parties may need encouragement to identify or revise their BATNA and WATNA (Worst Alternative to a Negotiated Agreement), which will help them to shape their offers and counter-offers and identify the level at which settlement makes sense.

Reality testing should never be used as a bullying tactic to force settlement. However, it is an important tool for helping parties to review their risks and become more flexible. A series of skilful open questions is an effective method of reality testing.

The degree to which the mediator will need to engage in full reality testing will vary. Often it is enough just to ask the questions and sow the seed of doubt, with no need for the mediator to engage in detailed reality testing. In some mediations the parties do their own reality testing and reassessment of risk in private without the mediator, and it would be a mistake to press those parties to spell out the weaknesses in their case and the unattractive alternatives to settlement.

Drawing together a settlement package and doing the deal

With nothing being binding until in writing and signed by the parties, the mediator must be prepared for difficulties to bubble up, even at the end of the mediation. The mediator may need to help the parties to return to bargaining, and even to exploration, before finality is achieved.

3. Overcoming common problems in negotiation

The chart below highlights some of the common reasons why negotiations fail, and outlines some of the techniques a skilled mediator might use to overcome them.

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

Reason for negotiation failure or breakdown	What the mediator can add - techniques and approaches
Poor negotiation skills in one or more of the parties	- negotiation coaching; helping parties, for example, with packaging or framing offers
Unrealistic expectations or unrealistic assessment of other party's case	- working 'in principle' to begin with rather than in specifics - reality testing
Issues of belief or principle	- focusing parties on practical considerations
Emotions, ego, pride	- saving face - acknowledging and allowing space for the expression of emotions
Desire for revenge	- reality testing the practicality or ultimate worth of revenge
Breakdown of trust	- normalising; that's what happens when in dispute - helping parties find insurance, safeguards and default arrangements
Failure of communication	- acting as a conduit for clear, safe communication - using the process to facilitate communication - coaching parties to how to communicate
Lack of information	- persuading parties of the benefits of exchanging at least some information

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

IX. Competence and good practice

Competencies for the effective mediator

Throughout the process - before, during and after any mediation day - the mediator needs to pay active attention to the relationship with the parties, as well as to managing the process and working with all those present on the content of the dispute. These three aspects – relationship, process and content – encompass the core competencies required of a mediator.

Preparation

In preparation, the effective mediator:

Begins to develop a relationship with the parties

- meets or speaks to all parties, usually through their representatives
- listens to and acknowledges initial concerns
- clarifies the role of the mediator
- gives parties confidence in the process and the mediator
- supports the parties in making effective use of the mediation

Ensures that the practical arrangements are in place

- agrees the design of the process with the parties
- arranges date, time, venue, rooms, flipcharts and other facilities
- obtains agreement on the terms of the mediation agreement
- checks that someone with adequate authority will be present, or at least available, for each party
- discusses documentation and arranges document exchange between the parties
- makes contact with any assistant mediator to arrange arrival time and role

Starts work on the issues and the content of the dispute

- requests information about negotiation history
- reads case summaries and supporting documentation
- asks the parties about any schedules of claim, costs, litigation timetable and risk analysis
- discusses documentation that will be needed when settlement is reached.

During the mediation

There are six headline competencies that define the effective mediator at work, and it is against these that participants are assessed for CEDR accreditation. These headlines summarise the essence of each competency and are paired as: relationship skills, process skills and working with the people and the content. The mediator will use all these competencies throughout the

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

mediation; they run through the whole process and are not sequential. Each pair contains a competence that focuses on the detail and another that relates to the overview or bigger picture.

Fuller descriptions and examples of what the mediator might be doing when demonstrating these competencies are listed below.

Creates an environment conducive to mediation

Sets the scene and sets the tone

- conveys **energy, enthusiasm** and personal warmth
- appears **relaxed, alert** and assured
- makes good use of the **physical environment**
- attends to **participants' comfort** and needs
- **motivates** parties and representatives to participate

Builds confidence and trust

- establishes the mediator's authority
- communicates in an assured, open manner, verbally and non-verbally
- demonstrates neutrality through equal treatment of the parties and use of non-judgemental language
- has prepared well and appears well-prepared
- recognises issues of discrimination, equality and diversity and manages any perceived power imbalance
- defuses unhelpful tension and harnesses constructive tension
- is sensitive to team dynamics and manages intra-team relationships
- adapts to different individual and corporate cultures

Develops communication and interaction with each individual participant

- establishes **rapport** quickly with the parties and others present
- **encourages parties to talk** and to express what matters to them, by using open questions and other communication skills
- **listens attentively**, prompts, paraphrases, and reflects back
- **demonstrates understanding** of each party's situation, their perspective and their feelings about it
- **uses silence** positively, and maintains good balance of airtime between mediator and participants
- **allows parties to express emotion** in order to enable progress
- recognises, respects and **responds** to expressions of **emotion**
- uses awareness of **body language**, own and others', to enhance communication
- **acknowledges** the significance to parties of problems and issues

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

- uses touches of **humour** effectively
- frames, reframes and **uses language flexibly** so as to influence participants positively

Establishes and maintains a safe and effective working structure

Takes responsibility for the process: the principles

- **explains roles**, responsibilities and **procedures** to the participants
- demonstrates familiarity with the procedure, **structure, ground rules** and **responsibilities** within the mediation process
- respects and preserves **confidentiality**
- **manages the process** with confidence
- remains **in charge** of the process throughout
- **handles challenges** to the process or the mediator calmly and with authority
- is alert to **ethical dilemmas** and handles them safely

Manages the process and works through the phases of mediation

Takes responsibility for the process: the practicalities

- **opens** the mediation well
- **works through the process** fully
- adopts a **pace** which is **responsive to the needs** of the parties
- **summarises and checks** before moving on, especially at the end of private meetings
- **makes decisions** about the **order of events** and the use of private and joint meetings consistent with progress
- **chairs** any joint sessions in a manner **that encourages a productive conversation** to take place
- **manages transitions** between sessions
- **keeps all participants informed** regarding the process, and anticipates and flags up possible process choices
- helps participants to **use the time productively** by setting tasks or creating working groups
- keeps **notes, as necessary**, unobtrusively
- manages **time** well
- uses any **visual aids** or flipchart **purposefully**
- manages **own pace**, energy level and emotions; takes time for reflection between meetings

Facilitates the parties in creating workable solutions

- **motivates parties** and representatives to take **responsibility** for the **outcome** of the mediation and to make **their own decisions**
- allows **parties to determine the content**

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

- **keeps options open**, avoiding premature commitment to solutions
- generates an atmosphere of **creative problem solving** and keeps a **horizon of settlemen**t in view for everyone
- establishes any **common ground** and finds practical ways to interrelate parties' goals
- remains alert to and picks up on areas for further attention – including **legal**, **commercial** and **personal** aspects
- helps parties to move from emphasis on rights to a **future focus on interests, priorities** and **options** for resolution
- guides parties to move between attention to **the detail** and awareness of the **bigger picture** to assist progress
- uses hypothetical questions and other techniques which **expand possibilities for settlement**, including non-financial elements
- takes account of any **previous settlement offers**
- highlights any **lessons to be drawn from the causes of the dispute** that may affect the proposed settlement terms
- uses strategies to **overcome deadlock**
- draws together options into a **coherent settlement** package
- helps parties to think through **details** and to test that a proposed solution is workable

Enables momentum and progress through active engagement with the people and the content

- identifies and probes issues
- explores positions to gain an understanding of underlying interests, needs, beliefs and priorities
- creates opportunities for dialogue and flow of information between the parties
- manages information exchange tactically to good effect
- uses a range of types of questions to work with the content – for understanding, probing and challenging
- enables parties to see the situation from a broader perspective including the other party's point of view
- picks up on verbal and non-verbal cues to promote progress
- manages parties' expectations
- works well with numbers, and helps parties to formulate proposals to have a positive impact
- helps participants to save face for themselves and each other
- recognises and works with different negotiating styles and tactics, and coaches parties to negotiate effectively
- encourages the parties to re-evaluate their own and each other's position
- challenges and tests reality to encourage movement, whilst retaining the trust of the parties

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

- helps parties to reassess risks and benefits of particular outcomes, including failure to agree

After the mediation

If no settlement has yet been reached, the mediator should apply all of the above competencies in continuing to work with the parties; the effective mediator:

Maintains a working relationship with the parties

- makes follow-up contact with the parties
- encourages parties to keep in touch
- acknowledges the hard work of the parties and the progress made
- conveys energy, confidence and reasonable optimism

Manages the process and provides structure

- gets agreement that the mediation process will remain open
- reconvenes, if required, or speaks to the parties at an agreed date and time
- considers alternative dispute resolution processes for outstanding issues
- continues to work impartially and to maintain confidentiality

Works further with the content of the dispute

- summarises the current position
- agrees tasks or next steps with all parties
- offers creative ideas for bridging the gap
- assists with drafting arrangements, if needed.

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

X. Ethical and legal responsibilities for mediators

This section draws together the ethical principles which underpin mediation. Some have been introduced elsewhere in the handbook and some are discussed here for the first time. There are many codes of conduct for mediators which govern mediator's ethical and legal responsibilities, for example the sample Code of Conduct, adapted by the World Bank Group for mediators and other third-party neutrals gives clear guidelines on the neutral's role and responsibilities.

The role of a mediator is a privileged and sensitive one. A judge or arbitrator cannot speak privately to either party during their adjudicative process because of the rules of natural justice. A mediator usually spends time with each party separately and confidentially, on the telephone in advance and at the mediation in private rooms. Indeed this is often what makes it possible for the mediator to help the parties make progress. This requires parties to place a high level of trust in the mediator, who must at all times be scrupulous to respect confidentiality and to exercise impartial judgement and discretion in the way the process is run. Mediators who display anything but the very highest ethical responses are unlikely to find favour.

Integrity and honesty

Integrity is an essential quality for a mediator. While difficult to define in concrete terms, the parties will be very clear whether or not they think that a mediator is acting with integrity. Mediators must demonstrate integrity in all their dealings, rather than just assume that trust comes automatically with the role. Integrity is not something that is switched on consciously, but the mediator needs to be aware that parties' trust in the mediator can be damaged or lost.

Honest dealing with the parties is also fundamental. Parties need to be able to trust that information given to the mediator in confidence will not be revealed in another room, and to believe the mediator who says that a confidence has not been breached. This will be especially important, for example, if the mediator has raised a possible weakness in party A's case with A, and promises not to give it away to party B. If B later spots the weakness and asks the mediator to raise it with A, A must believe the mediator's assurance that the point was not disclosed to B by the mediator.

The need to preserve confidential information will often be challenged directly, although perhaps unwittingly, by a party asking the mediator if the other party has raised a particular topic or would accept less than is currently being demanded. In response, the mediator must

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

find a way of preserving the confidentiality of the discussions without lying to the asking party. The mediator should never lie to or knowingly mislead a party. If a party is aware that the mediator has misled another party, they are unlikely to be confident that the mediator will not mislead them, too. A mediator who is found to have lied or deceived a party is seriously undermined and may not be able to continue the mediation.

Mediators need to develop responses to such awkward situations. General responses, such as, please do not press me, because I cannot tell you, or Just as I will respect your confidence, you would expect me to respect the other party's confidences, or as soon as I can tell you anything further I will do so, are useful.

Another challenge for the mediator is the risk of appearing to collude with one party, perhaps through careless use of language, such as seeming to side or sympathise with one party, even though overuse of the word 'we' in an attempt to build rapport.

Finally, if a mediator conveys a material misrepresentation, even innocently, which induces the settlement deal, the usual rules of contract apply; the deal is at risk of being challenged if the misrepresentation emerges. In addition, the mediator's credibility will have been compromised in the eyes of at least one party, and possibly both. This means that the mediator must be cautious about conveying what could be critical factual assertions leading a party to agree to terms. If in doubt, invite the party to make the representation direct, rather than risk a possible misrepresentation being clothed in respectability by the mediator's neutrality. Any such important assertion of fact might also be included as a recital in the settlement agreement, so as to evidence the factual basis on which the settlement is founded to the parties and the court in case of controversy. The need for such measures is rare, and settlements reached at mediation are very seldom challenged and are usually implemented as agreed.

Impartiality, neutrality and avoiding conflict of interest

These related requirements are essential for a mediator, who must at all times remain impartial in relation to parties, process, content and outcomes. At the nomination stage, the mediator must immediately declare any possible conflict of interest that either party might perceive. A late disclosure which might jeopardise the mediation is unwelcome and embarrassing. Knowing a party personally or professionally should be disclosed, or having a business relationship with one of the law firms involved. In fact, parties rarely raise an objection after such a disclosure; however, the mediator should be prepared to withdraw if objection is made.

There are more subtle potential personal conflicts to be aware of: the possibility of prejudice about personality, race or gender. This reflects a wider requirement for mediators to possess a high degree of self-awareness, anticipating conflicts of this nature and adjusting to avoid any demonstration or impact of prejudice or bias.

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

At the mediation itself, the mediator needs to be seen to be entirely independent regarding the issues in dispute, and to treat the parties even-handedly. In terms of the process, the mediator must run the mediation in a way that allows equal opportunity to all parties to contribute and participate in the negotiations. In terms of outcomes, the mediator must have no interest in what is agreed – financial, personal or otherwise. The mediator should never offer professional services to either party following the mediation: the only appropriate involvement should be as mediator, offering mutually available assistance in progressing further negotiations or, if requested, in helping to implement the settlement terms.

Impartiality and neutrality also require that mediators separate their own interests, professional pride or wish for recognition from whether or not there is a settlement. It is inappropriate for a mediator to exert pressure on parties to settle because it might otherwise reflect badly on the mediator. In fact such an approach is quite likely to be counter-productive. The mediator needs to be energetic in encouraging parties to consider settlement, even exerting some pressure where they seem reluctant or stuck. However, this must always be from a neutral and respectful stance, which leaves the parties free to make their own choices, including a decision not to settle.

Neutrality may be endangered by over-enthusiastic reality testing, if a party perceives itself as being singled out and wrongly or harshly challenged. In order to minimise future discomfort or misunderstanding, some mediators tell all parties together at the opening meeting that mediator reality testing with each party in private is a usual part of the process.

To the extent that the mediator probes and challenges one party's position on any issue, this must be undertaken impartially and for the benefit of that party in assessing or reassessing their risks. It is unethical for a mediator to play one party off against another, for instance, by attempting separately to convince both parties that they have no realistic prospect of winning the litigation.

Dealing with power imbalance and status

A party will sometimes feel at a disadvantage, even when represented; for example, where an individual is suing a large corporation or an insured defendant (and thus, effectively, the insurer). The mediator needs to be alert to any party's perception of power imbalance and work to encourage equal participation, remembering that the process itself, at which a large defendant takes on the guise of two or three people with authority to settle, will assist.

If a party attends the mediation without an adviser and the other party is represented, the mediator must remain alert to the risks to neutrality and conduct the mediation with great care. Where one party is unrepresented and is also not a sophisticated player in disputes, the absence of available advice could lead to an 'unfair' result. Furthermore, pressure may grow on the mediator to be drawn into an advice-giving role with the unrepresented party. This has to be resisted and pre-empted, if possible, by discussions with both parties prior to the

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

mediation. The unrepresented party should be given strong encouragement to obtain representation, perhaps through a professional free representation scheme, or funding by the other party to the dispute, if expense is the problem. Perhaps an adviser can be available on the telephone. If a party is adamant about not having legal representation, the possible difficulties of attending the mediation alone should be highlighted.

The mediator will need to discuss these issues before the day with any party planning to attend unrepresented. All parties should know before the day who is to attend for each party, and the possible impact on them of the other party being unrepresented should also be discussed with the legal advisers; it will be unsatisfactory for them if a deal is signed and later challenged as oppressive by an aggrieved unrepresented party.

Criminal activity and threats to safety

On very rare occasions, a mediator may encounter proposals or activities giving rise to a suspicion of illegality or which might even amount to a breach of the law. Such an occurrence may affect a mediator's obligations to the parties on confidentiality.

Initially, the mediator might challenge proposed potentially unlawful conduct by reality testing the wisdom of taking such steps and seeking alternatives with the party or parties suggesting it. For instance, a suggested settlement framework might involve not merely tax avoidance but possible tax evasion. If really concerned, the mediator might consult the organisation under whose auspices the mediation is being conducted, or, if working individually, consult a mediation colleague or specialist adviser. As a last resort, the mediator might decide to withdraw from the mediation. Both the Model Mediation Procedure and the Code of Conduct have specific provisions dealing with withdrawal by a mediator. In certain circumstances these provisions relieve the mediator of the obligation to maintain confidentiality, such as in cases where matters of public safety and serious risk of danger to life or limb arise. Frank warnings of the mediator's wider obligations need to be given by the mediator to a party or parties responsible for the possible outcome.

The mediator should always seek advice if such a situation arises. Fortunately, such occasions are very rare.

Compellability of mediators as witnesses

Such protection afforded to a mediator from being compelled to give evidence derives from the mediation agreement itself, in which the parties normally agree not to call the mediator in any subsequent proceedings. To date no mediator has actually given evidence in any court in England and Wales about what happened at a mediation, though a judge has on one occasion allowed a witness summons to be issued, only for the case to be withdrawn by the claimant. Judges are normally unwilling to contemplate allowing a mediator to be called as a witness, as this may risk perceptions of neutrality of both mediator and the process. They

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

are, however, compelled to be witnesses in some other jurisdictions; in others, they enjoy statutory immunity from being called.

Certain authorities such as Revenue and Customs, duly appointed liquidators and trustees in bankruptcy, and the security services, can compel disclosure of information in certain circumstances. While the Model Mediation Agreement and Model Mediation Procedure protect mediators from alleged breach of contractual confidentiality when compelled by overriding law to make disclosure to such authorities, a mediator's instinct should be to decline initially when asked, and then, as above, to seek advice from the organisation under whose auspices the mediation is being conducted, or, if working individually, consult a mediation colleague or specialist adviser.

Mediator negligence and breach of contract

There is nothing inherent in the mediator's role that confers immunity from being sued. Although mediation agreements attempt to limit liability to matters where mediators act fraudulently or are guilty of wilful misconduct, there must be doubts as to whether such an exemption would be effective. Fortunately, the scope for such claims is far less than in professions where advice is given to a client. A mediator who acts negligently or breaks a term of the mediation agreement can, in theory, be sued, even though the claimant would have to demonstrate a quantifiable loss; in fact, in the UK to date, no mediator has been sued. Mediators who give advice, or take responsibility for the wording or content of a settlement agreement (both as to what it contains or what it omits) may expose themselves to the possibility of a claim, and it is the parties' advisers who should take responsibility for such activities.

Mediators should always have current and adequate professional indemnity insurance.

Withdrawing from a mediation

Both the Model Mediation Procedure and the Code of Conduct specify when a mediator may or must withdraw from a mediation. Although it is rare for a mediator to consider withdrawing, if you and find yourself in that position, remember the following:

- explore alternatives that might defuse or answer the ethical issue
- keep the mediation going until you are sure that there is no alternative
- consult the organisation under whose auspices the mediation is being conducted, or a specialist adviser, especially regarding money-laundering
- explain to the parties your reasons for withdrawing, without breaking confidentiality

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

Some dos and don'ts for effective mediation

The following lists of dos and don'ts provide a reminder, highlighting and reinforcing good practice guidelines from the handbook.

Some dos

- Trust in the process and respect the people, and convey this to all those with whom you are working
- Contact the parties or their lawyers before the mediation to start the relationship and the process on a firm footing
- Show that you have read the documents and are well prepared
- Develop a mediator's opening statement that covers introductions, the role of the mediator, the
- principles of mediation that everyone has signed up to, and some sense of the process and how the day might be used. Be brief, confident, positive, and responsive to any questions and to the needs of the parties
- Show empathy, build rapport, reinforce neutrality, and do so equally with each party
- Encourage parties to make an effective opening statement. This is a chance to enhance the other party's understanding and to begin to persuade them to change their perceptions
- Spend time clarifying the issues in dispute. This focuses parties on the key aspects and cuts through unnecessary detail
- Aim for a conversation with the parties rather than an interview, an interrogation or investigation
- Acknowledge emotions and allow feelings to be vented, even in joint sessions; although if this becomes destructive or abusive, move into private meetings
- Encourage all present to contribute, perhaps inviting comment from quieter participants
- Check if there have been previous settlement offers. This sometimes, but not always, provides a starting point for negotiations, and can avoid frustration and time wasting
- Have patience; let the parties own the problem and the solution. Give them time to adjust, re-evaluate and move
- Be flexible, vary the format, take time, follow up cues and clues, and discuss apparent inconsistencies
- Listen a lot
- Build and keep up momentum. Try to keep meetings short and purposeful, leave some matters for the next meeting and, if possible, task the parties to work in your absence
- Pace yourself and pace the parties
- Encourage the parties to talk to each other directly. You do not have to be a go-between, and you want to avoid being simply a messenger

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

- Challenge positions and proposals. Hiding behind the mediator may allow a party to adopt an aggressive stance or make unreasonable demands or offers. Try asking Would you be prepared to ask the other party that question direct?
- Recognise that many mediations have a point of despair when settlement looks impossible; the mediator needs to help the parties to keep working and to try different ways of making progress
- Maintain your energy; take breaks, have some refreshment; look after yourself and the parties
- Devote time and patience to the drafting stage. There are usually issues that arise during the drafting that need to be resolved
- Keep the door open if the mediation does not settle. Plan for next steps, offer another day, or agree to be in telephone contact.

You will probably have your own dos to add to the list.

And some don'ts

- Don't be fazed, or if you are don't let it show. A mediator needs to be accepting, flexible and responsive, coping with whatever happens, however unusual or unexpected
- Don't get swamped by detail either in preparation or on the day
- Don't appear to be a judge or arbitrator, or let the parties treat you as such. Do not cross-examine parties or advisers; don't suggest, in what you say or what you do, that you will give an opinion or evaluation
- Don't take lots of notes; you lose eye contact and can miss important communication
- Don't make assumptions about parties, causes, merits or fairness
- Don't criticise poor preparation, presentation or negotiation by parties
- Don't interrupt
- Don't ask questions that indicate favour to one party's argument or position
- Don't give away your prejudices and opinions by the way you behave or the way you ask questions. Be direct when challenging and reality testing
- Don't impose your solution, even if you see it early and believe it will work
- Don't ask for a 'bottom line' – and don't be naïve in believing a stated 'bottom line'
- Don't push a party or allow them to back themselves into a corner with no exit
- Don't give up. Persistence pays off, sometimes in the most unlikely circumstances
- Don't press for settlement at any cost, particularly if the reason is to maintain your personal settlement record
- Don't be too hard on yourself if the mediation does not settle.

You will probably have your own don'ts to add to the list.

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

XI. Convincing parties to mediate

Once you have been trained as a mediator, hopefully you will be convinced about the benefits of the process in resolving disputes. However, often in countries where mediation is developing, mediators may become involved in talking to parties about whether mediation is suitable for their case and countering objections they may have. This chapter looks at some of these issues in order to assist mediators in having these conversations.

The Range of ADR experience and case suitability

There are now very few areas of law and practice where mediation has not been used for dispute resolution. Mediators regularly deal with disputes in the following sectors:

- Agriculture
- Board conflicts
- Charities sector
- Commercial contracts
- Construction and engineering
- Corporate acquisition
- Employment disputes
- Energy/oil and gas
- Environment and planning
- Financial services and insurance
- Food and retail
- Fraud
- Government contracts
- Information technology and telecommunications
- Intellectual property
- International/cross-border disputes
- Maritime
- Media and entertainment industry
- Personal injury
- Planning
- Professional negligence
- Regulators
- Shareholder and family business disputes
- Sports disputes
- Supply and distribution contracts
- Transport
- Venture capital

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

Mediation has been successfully used to settle disputes:

- before issue of proceedings
- at any stage during proceedings
- during trial and between end of trial and judgment
- during the appeal process
- where there are evidential disputes of law, fact or opinion
- where liability and/or causation is in dispute
- where there are fraud allegations
- where one party of their legal team has opposed it
- where the interests of children or patients are involved
- in group litigation with multiple claimants or defendants
- involving multi-millions or no money at all
- where the parties started poles apart.

Cases sometimes said not to be suitable for mediation include:

- where **legal precedent** is required by one or both parties – though mediation may be used where parties seek to avoid an adverse precedent
- where a **peremptory court order** is required, such as search and freezing orders or injunctions – though mediation can help to settle the rest of the litigation and dispense with proceeding sin relation to the peremptory order
- where **summary judgment** is likely – though mediation might help where it is unlikely to be granted or actually refused, or in rendering an application unnecessary
- where **negotiations are proceeding satisfactorily** – though mediation may speed up negotiations or enable a party to overcome a hurdle if it arises or give a party a guaranteed 'day in court'
- where **publicity is actively sought** – though mediation can lead to a public outcome if the parties agree.

No easy assumption or assertions can be made over whether or not a case is unsuitable for mediation. It is wise to assume that **practically every case is likely to be suitable for mediation at some time in its life cycle** and that **the right question to ask is not *'is it suitable?'* but *'is it ready?'***

Timing Mediation

Ideally each party needs enough information by the end of a mediation to make an informed assessment as to whether the proposed terms of settlement are reasonable. However, this need not mean completion of all pre-trial stages before mediation is possible. One of its effects is to achieve efficient information exchange, both as to fact and opinion. In very complex cases it may not be possible to assess case risks adequately until after disclosure and

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

exchange of evidence. But it involves considerable cost to complete those stages, and lawyers may be asked at an early stage whether a sound assessment is impossible before then.

Even if the mediation process cannot settle all issues early on, early intervention by a neutral or facilitator can lead to proper planning and agreed timing of a later mediation, or to narrowing issues, for mediation or any other ADR process. Process design is familiar territory for mediators and mediation providers in complex and multi-party cases, for which early referral is highly desirable.

When dealing with timing issues, judges might like to bear the following points in mind:

- Successful mediation should be considered and is often feasible before proceedings are issued. In the UK, and variably in other jurisdictions, such consideration is actually required by several pre-action protocols and the Practice Direction.
- Where an unsuccessful application for **summary judgment** or interim relief is sought, the time may be right when giving directions to raise the possibility of mediation.
- The use of ADR should normally be discussed at **case management stage**, when suitability of any contested case for mediation should be assumed unless the contrary is shown: the parties may assert that it is too early, but this is a matter of judgement, to be weighed against the proportionality of cost required to reach the point asserted by lawyers as necessary for a sound risk assessment.
- **Pre-trial review** may not be too late for mediation. Considerable costs can be saved by mediating a complex case before all the final trial preparations are made and briefs have been delivered. Court door settlement is extremely wasteful of resources. Any case setting there should have been capable of settlement at an earlier mediation, without that waste of cost and time.
- The **cost benefit of mediating** needs checking for proportionality, especially late on in litigation: a low value claim with substantial costs at stake needs to be mediated early, and a judge can properly criticise the parties for leaving it too late to propose mediation.
- As to penalising a **court door settlement** instead of mediation, where court door settlement is reported to the judge but there is no agreement as to all or some of the costs leading up to trial, no order as to costs may well be the appropriate order.
- If there is a live issue on **appeal** when permission is sought (either from the trial judge or the appeal court), mediation may still be an option: many appeals are compromised without hearing, and mediation is well placed to facilitate such settlements.

Countering objections and assessing suitability

Some inadequate reasons for refusing mediation include:

- that one party considers it has a cast-iron case and the other's case is without merit
- that a full refutation has already been delivered and ignored

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

- that a professional person's reputation is involved
- that heavy costs have already been incurred.

Many precedents make clear that refusing to mediate can only be justified if, viewed objectively, mediation would have no reasonable prospect of success. Refusing to mediate is considered a high risk strategy in view of how mediation manages to settle intractable cases.

- The case rests on a point of law
- Points of law (and procedure) feature in most litigation, 95 per cent of which settle. Commercial considerations underlie many cases and mediation can help focus on these and also help parties to review the litigation risk of winning or not on the legal (or factual) issues.
- The parties are too far apart to be able to settle
- There is still a 95 per cent chance of pre-trial settlement. Mediation brings an early focus on those positions and makes earlier settlement possible. Mediators are used to closing apparently unbridgeable gaps.
- It is a multi-party claim with a Group Litigation
- Mediation has a particularly strong record of dealing with multi-party cases. Early consultancy and design with an experienced mediator or mediation provider is a fundamental requirement for such cases.
- The cases involve allegations of fraud
- Only a small number of cases involving fraud allegations go to trial – most settle, and trial of such allegations can be risky both for those making them and those facing them. Many such cases have been mediated successfully.
- Mediation will generate unacceptable delay
- It can be set up very quickly, and a stay is not essential.
- Mediation adds nothing to standard lawyer-to-lawyer negotiation
- Many successful mediations follow unsuccessful lawyer-to-lawyer negotiations, and if this point emerges before the court, it begs the question why they have not so far succeeded. Bringing the principals to the table is almost bound to be quicker and cheaper than negotiating through intermediaries, as well as giving centrality and control to the parties and the opportunity for direct interchange in a safe environment. If the parties have taken entrenched positions the detachment of the mediator may be essential for them to make an objective evaluation of where their best interests lie.
- We did not suggest mediation because it is a sign of weakness
- If a judge proposes or recommends mediation, agreement to mediate cannot be a sign of weakness.
- Mediation deprives parties of their ECHR Article 6 right to a public trial
- Continued engagement in mediation once commenced is entirely voluntary. If trial is preferred, any party can opt to return to the litigation process without fear of sanction.

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

Complying with a mediation direction or recommendation is no more an infringement of Article 6 than compliance with a pre-action protocol.

- Mediation will increase costs
  A mediation which does not settle a claim can increase costs. But when compared with the costs of a full trial, mediation costs are insignificant, particularly because case summaries tend to be concise, minimal core documents are used and small teams attend. For a court to consider proposing mediation, parties to an action are already likely to be entrenched, with the risk of substantial costs at stake. Most preparation work for the mediation will be required anyway to prepare for settlement discussions or trial. Unsettled mediations almost always narrow gaps and issues, saving time and costs later. Experience mediators and mediation providers can design processes which are economic and meet the specific needs of the parties.

1. Convincing Corporate Parties

Background

Traditionally when faced with a dispute, many executives are content, sometimes only too pleased to 'hand it over to the lawyers'. Unfortunately, the legal system often fails to provide timely, cost-effective or even wise outcomes. In-house lawyers, pressed by many demands on their time, often participate in the game of 'pass the parcel', this time to external lawyers. Managers are also inadvertently dragged back into the conflict as it spirals procedurally into the legal system's case management process.

This approach to managing conflict is no longer adequate for modern organisations. Businesses and managers are under a sharper spotlight in terms of being accountable for their effectiveness and efficiency in managing risks, relationships and in optimising the value generated out of all aspects of their business, including negotiation and conflict. Creative lawyers, alert to the inadequacies of their profession, have also urged reform of the legal system and professional practice around the globe.

Mediation properly used gives business a vital new tool for effective risk management – handling personal risk, organisational risk, reputational risk and economic risk by means of a more commercially flexible yet disciplined and structured process. When business negotiations break down, resolution can be achieved at a fraction of the cost, and within a fraction of the time of taking a case through the courts. In addition, rather than winning or losing, business can be move beyond disputes towards solutions that benefit their short- and long-term commercial interests, and with important corporate relationships and reputations intact.

The real challenge for ADR is to make it part of regular conflict management practices, rather than an occasional 'legal' purchase. Taking the latter road means that disputes become extremely costly for all parties.

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

ADR and good business practice

The in-house legal team or corporate counsel may consider that involvement with litigation is 'part of the job'. But for the line manager involved, litigation can be a major diversion. He or she will not only be taken away from management for the time involved in preparing for and participating at trial or in giving witness statements or disclosure. They will probably also be distracted from their day-to-day management role.

The fact that a company is involved in litigation can alter perceptions of that company and unlimited damage can flow from conflicts on Boards, with suppliers or business partners, in join ventures and alliances. Any of these may in some cases go on to have a negative impact on a company's investors or share price.

Lawyers should therefore be alert to these potential wider costs and the favourable impact that mediation offers as a vehicle to help manage or limit such costs and risks. In an y age when good governance and broad concepts of 'compliance' are gaining increasing importance, the existence of a dispute resolution management programme itself can help to enhance the reputation and perception of a company.

ADR offers a new business tool for managing relations precisely at the point where relationships are vulnerable and at their most difficult. It is an active way of managing conflict or potential conflict, as compared to the reactive tradition of 'let's hand it over to the lawyers' when relations become too difficult. That is one reason for adopting it in standard contracts or as corporate policy.

International Activity

This business tool is not only evident in Europe and North America, but is increasingly found across global jurisdictions. With good reason, the trend also matches international business needs, because complexities of relationships, greater challenges in ensuring effective communications and uncertainties of the effectiveness of domestic litigation or international arbitration all combine to make mediation a lower-risk, higher value process for the effective management of cross-border conflict.

International or cross-border disputes bring additional risk and costs. There is the risk that opponents will shop for a location where litigation may be more favourable to them. Some jurisdictions arrange trials quickly, but others may take years. In some locations, corruption may present a risk in the litigation process. By contract, parties can arrange mediation relatively speedily. The mediation process can be spoke to the needs of the case and, of course, bribing mediators is a pointless exercise as the process leaves the decision with the parties.

Around the world, a number of important consultations and initiatives influencing the use and development of mediation internationally are currently in progress.

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

In May 2003, for example, the World Trade Organisation (WTO) began talks on revising its dispute settlement rules. These rules aim to allow trading nations to challenge each other regardless of size and economic influence. However, the WTO has acknowledged that problems do exist in the ability of developing countries to engage in costly legal battles and potential trade retaliation. The talks focus on looking to help the poorer countries in developing the legal capacity to use the WTO system and place a greater emphasis on using mediation.

Additionally, the member states of the United Nations Commission on International Trade Law have voted to adopt a model law of International Commercial Conciliation, encouraging those countries with no mediation provision to use the model law as a foundation for reform.

When to use ADR

For business, the questions to ask to indicate whether a case is *especially* appropriate would include:

- *Do they want to preserve a commercial relationship or reputation?*
- *Do they want to minimise the costs / risks / stress of litigation (or arbitration)?*
- *Are there so many parties, locations, delicate issues or relationships, technical judgements or evidential uncertainties that it would be helpful to ask a neutral third-party to structure discussions / negotiations?*
- *Do they need to communicate more effective with the other party(ies)?*
- *Would a legal ruling be a very crude instrument in the case of the complexities of law, fact, evidence and emotional stress?*
- *Would they prefer to avoid a potentially damaging or unhelpful precedent?*
- *Are there significant issues of a non-financial nature which a court could not address?*
- *Would it be useful to find a way out of a current deadlock?*
- *Would it be useful to establish the merits of their case through an independent appraisal or forum at an earlier stage than in the courtroom?*
- *Is it important that the dispute gets resolved quickly for financial or economic reasons?*
- *Are there other aspects of the business that are being affected by this dispute?*
- *Might a court case damage reputation?*

It is important for managers to understand that ADR is essentially a more powerful form of negotiation – mediation can therefore be used **wherever** direct negotiations might ultimately settle a case, and this includes most cases even with legal implications.

However, some cases may not be suitable for mediation. For example, when:

- direct negotiations are clearly progressing satisfactorily and efficiently
- a legal or industry precedent is required
- a speedy injunction is required to preserve right/property

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

- matters are of a criminal nature, although cases involving allegations of fraud have been successfully mediated.

Readiness for mediation

Most cases are inherently suitable for mediation at some time in their life cycle. The question, therefore, is not usually whether the case is suitable but whether it is ready.

In asking is it ready:

- is enough information already available or likely to become available by the end of a mediation to enable them (and their client) to form a view as to the right level at which to settle the claim?
- will the extra information, evidence or opinion they believe they lack, and which they propose to obtain before embarking on mediation, make a material difference to their risk appraisal and be obtained at reasonable cost?
- does the available evidence tend to suggest that the other side will use the mediation process constructively or merely as a stalling tactic?
- if a mediation were fixed today and to be held in, say, two months' time, would anything prevent the mediation from being ready? Can any gaps in information be filled at the mediation?
- would they like to have a mediation in, say, two months and if so can they be ready by then?
- even if the mediation did not settle the dispute, would a process which could deliver a useful extra perspective and information on the claim, perhaps narrow the issues?
- would mediation be useful in other ways? For example, to put one's position across more effectively and *directly* to a principal of the other party?

All these questions and considerations underline the point that mediation is not a 'quick fix' form of justice. The evaluation and preparation of a party's case is as important for mediation as it is before a court trial. It is more a 'quick test' of whether settlement is really feasible, and a 'best shot' at achieving that settlement.

Mediation as a management tool

Mediation as a formal process has often been triggered for lawyers or managers only when a business faces the prospect of litigation or of further litigation cost. This is when a business dispute has become sufficiently serious to be taken out of the control of the managers negotiating directly. However, mediation also has significant potential for dispute avoidance and for conflict management **by managers** rather than lawyers. The key is to recognise that the process of introducing a skilled, independent third-party alters the dynamic of any negotiation - it adds discipline, communication value and problem-solving capacity whenever there is a difficult or sensitive negotiation or discussion required. And even in cases which might ultimately have gone to litigation, early use of mediation usually ensures optimal cost-

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

saving and relationship maintenance. Managers should therefore be encouraged to consider mediation as a core management technique which can be adopted in situations where there are likely to be communication difficulties or 'sensitivities' even if not necessarily classified (yet) as a formal dispute. For example:

- handling employee or customer grievances (grievance mediation)
- intervening in cross-departmental or team rivalries or helping with restructuring of business units (organisational mediation)
- negotiating complex contracts (deal mediation)
- providing conflict prevention / management for the duration of a complex project, joint venture or strategic alliance or in setting up such a project (project or alliance mediation)

Different uses of mediation will emphasise different roles for the mediator and require mediators of a different background. Mediation as conflict prevention is also a reason to justify requirements to mediate in contracts or statements of policy about relations with suppliers or other business partners.

The role of corporate counsel and external lawyers

Corporate counsel can play a number of roles in managing ADR actively, depending on the extent of their company's need, the value they can generate and the resources available internally or externally. In some cases, they may be able to engage without involving external lawyers but in practice many in-house legal departments may lack the time to take this on fully in an ADR process without external support of some kind. However, one advantage of ADR for in-house departments is that its brief and relatively informal nature means that they may be more able to assist the management decision-makers in the process. Equally, they can more easily determine and manage the limits and cost of external lawyer support through to conclusion of the mediation.

Managing ad hoc cases

Most serious disputes in a company do find their way to the legal department. In-house lawyers can make an early judgement on the commercial priority for settlement, and test the management's judgement against a list of screening questions on ADR suitability (see above). Corporate counsel can also, in consultation with the client, gauge whether the other party can be approached directly or via an ADR provider or whether it is necessary to bring in external lawyers at an early stage for further advice and communication. Even in the latter case, good management of the external lawyers should require that they are also asked at an early stage for their judgements on suitability of ADR and any alternative, their predictions on costs and outcomes for ADR or litigation, and view of the likely progress of the case. Further monitoring of the case at regular intervals is also helpful to ensure that a dispute does not drift unnecessarily with added costs and time involvement.

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

Learning from case experience

Whether or not a particular case is referred to ADR, it is useful discipline to monitor the costs and outcomes of the case, measured against earlier predictions by mangers or internal/external lawyers. Another option that corporate counsel new to ADR should consider, is whether to build their experience of ADR by selecting a particular case and trying out ADR even if still uncertain as to its value. Clearly if such a strategy is adopted, it is better to choose a 'standard' case that does not threaten the company, and explain to management the rationale, that is, to test the value of ADR for more regular usage as a cost-saving measure.

Managing a disputes portfolio

Measuring the cost to a company of its annual caseload of disputes not only includes an audit of external costs, but also an estimate of internal management time. This gives a benchmark against which to test potential savings derived from (a) either using ADR more actively across the range of cases, or requiring external lawyers to do so, or (b) designing a special ADR procedure to tackle a range of cases.

Improving management awareness

Corporate counsel can also usually play an active role in educating managers, either directly or via external ADR providers. This can involve anything from awareness-raising seminars about ADR, to more dedicated courses to equip managers with greater conflict prevention and management skills either generally or for a particular partnership project or merger. Corporate counsel can also help to debrief managers on their experience of how a mediation worked and what lessons can be learned for the company or its external lawyers or other advisers on using the mediation process. It is also beneficial to extract business lessons from the issue mediated and, for example, what internal processes may need amending.

Contracts and policies

If ADR is seen as a valuable tool in managing supplier or other business partner relationships, the in-house lawyer can encourage the use of ADR clauses or policy statements which pledge use of ADR at an appropriate stage in the contract – either following an internal negotiation procedure, or by appointing a 'project neutral' at the outset of a complex project. Escalating dispute resolution clauses are now more common, involving negotiation steps, followed by mediation, then resort to arbitration or litigation if mediation is unsuccessful. Clauses can be drafted to encourage ADR without depriving the company of access to litigation if urgent or protective legal action is required before mediation.

2. Key Messages

Lawyers

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

Lawyers are generally the gate-keepers for mediation referrals. The vast majority of cases that come to mediation are likely to have already entered the litigation process, and clients are likely to be heavily influenced by the advice of their lawyers as regards both process and the organisation or neutral with which to engage.

Lawyers can also have a multiplier effect – if a single law firm can be persuaded to inform all of its key litigation clients about ADR, then a larger number of organisations can be reached more quickly than if they had to be approached individually.

In promoting ADR, the key message for lawyers is that the process is beneficial to their clients. Equally important, however, lawyers must be reassured that the introduction of newer, faster and lower cost techniques of dispute resolution will not threaten their own commercial interests. Hence, an additional key message to lawyers is that, rather than representing a threat to their future revenues, mediation can in fact provide an opportunity for increased business by increasing client satisfaction and confidence in lawyers' abilities to achieve cost effective resolution of disputes.

Courts and judiciary

It is well established that lawyers are influenced by the attitudes of the judiciary, and persuading senior members of the judiciary of the benefits of ADR might well lead to improved lawyer engagement and experience of the process, which might in turn lead to a greater inclination to recommend mediation in disputes.

For the courts and judiciary, then, the key messages relate to the overall societal advantages of the processes. These can be supplemented by additional benefits of more personal interest to the judiciary – specifically use of mediation can lead to a reduction in the court's workload, thereby improving its efficiency and enabling resolution of more cases in less time.

Corporations

As the principal parties in business disputes, corporate organisations are often the client in mediation.

Here, the key message is that the process brings significant commercial benefits. Specifically, that the use of mediation can result in significant savings in the time needed to resolve disputes – faster resolution leads to reduced uncertainty and, therefore, lower business risk. Moreover, there are also significant cost savings to be made, not only in terms of reducing legal fees but also by way of avoiding wasted management time caused by the distractions of long-term disputes. Finally, the mediation process also provides opportunities to maintain individual business relationships that might otherwise be significantly damaged by protracted litigation.

In the longer-term, an increased use of mediation by business has the potential to improve the overall business climate, not only by providing opportunities for improved dialogue and

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

early resolution of disputes but also by freeing up the courts such that they can focus their resources on those few matters that do require their attention.

Government

As custodian of the civil justice system and the overall business environment, any government clearly has the potential to be a very significant influencer in the development of ADR, particularly if legislative or procedural changes might be beneficial. The Government is also a significant potential client in mediations as a party to commercial disputes.

In relation to a Government's legislative and policy-making role, the key messages to be delivered are that the use of mediation can improve the overall business climate by providing better access to justice, and this in turn can improve overall societal confidence in the legal and judicial system. It can also lead to increased foreign direct investment and international trade by providing reassurance that the country has sound and effective dispute resolution systems.

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

XII. Building a Mediation Practice

Mediation derives from a need by those in dispute to attempt settlement. However, such need for mediation does not automatically translate into a demand for the service. In most jurisdictions where mediation is used regularly, it is clearly encouraged by statute, rules of court or government departments, or is a term in a contract. Developing a mediation practice, therefore, is largely dependent upon the individual mediators taking initiative and raising awareness, or working with organisations, such as mediation and ADR providers. Training qualifications do not in themselves guarantee practical experience. They are necessary but not sufficient conditions for starting a practice.

Voluntary and community mediations

A viable starting point to gaining practical mediation experience is through offering your services to any government funded or community ADR programmes that might exist in your jurisdiction.

Assistantships

Another way of developing experience is as an assistant to an experienced and active mediator. Assistantship programmes offered by local ADR centres are usually the best route as direct approaches may not lead to actual appointments. All assistantships are subject to approval by the mediation parties and bind the assistant to the terms of the mediation agreement.

Observing mediations

Some mediators may, again subject to the parties' consent, permit you to observe them in practice. Although not a substitute for direct experience, this may provide greater familiarity with the process and techniques used by mediators.

Panel membership

Depending on the jurisdiction, mediators may be able to apply for appointments through a panel, either for a court-annexed mediation scheme or with a private mediation services provider. Such panel membership can result in regular appointments, although usually no guarantees are offered as to amount of work. Accordingly, mediators may wish to join a number of panels, if available and if possible.

Reflective practice

Where a mediator begins gaining practical experience, engaging in this practice in a reflective manner is encouraged to ensure further development of skills and expertise. Examples include, self de-briefing, mutual debriefing with a lead or co-mediator or endeavouring to receive feedback from the parties to any given mediation.

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

Informal experience

As noted above, there may be limited options for gaining experience in formal mediation, especially where the process is not readily used in a particular jurisdiction or is in the early phase of development. In such circumstances, it is still possible to engage mediation skills informally in the normal course of business, for example in attending/chairing commercial meetings, teaching others about mediation, managing complaints and grievances or dealing with aggrieved individuals, or in fact dealing with groups in emergency or crisis situations.

Networking

New mediators can also develop their awareness and understanding of the process by engaging with others through membership of mediation associations, attending and speaking at dispute-resolution conferences, making contacts on the internet, writing for the local press, and speaking to voluntary associations and service organisations. Indeed, promoting yourself as a mediator within your own wider professional networks, particularly if you have a specialist or niche practice, could prove to be a valuable source of mediation referrals.

Access to resources

Mediators also need to develop their own resources, such as mediation agreements, terms and conditions of appointment and other standard documentation. Where the mediator is a member of a panel, either private or court-annexed, most of these resources are made available as a matter of course.

Professional indemnity insurance

Professional indemnity insurance may be required by the mediator code of practice in particular jurisdictions. Where this is necessary, some professionals, such as lawyers, are covered for their mediation work by their existing professional indemnity insurance policy, provided any mediations are carried out in their capacity as a member of their firm. Other mediators can obtain professional indemnity insurance commercially.

Beyond the training course

This handbook is intended as a guide for those preparing for the mediator skills training course, and also as a resource for reference and review for more experienced mediators.

In this dynamic and fast-developing field, it is essential for all mediators and dispute resolution professionals continue learning and strive to refresh their practice and skills.

The process of mediation is infinitely flexible, and, beyond formal dispute resolution, the skills and approaches are relevant and transferable to everyday business and personal life.

© 2017 by the International Finance Corporation. All rights reserved.

Sổ tay hoà giải viên

Tài liệu dành cho Khóa Đào tạo Kỹ năng Hòa giải viên

Bản dịch không chính thức của Tập đoàn Tài chính Quốc tế

© 2017 của Tổ Chức Tài Chính Quốc Tế IFC

Bảo lưu tất cả các quyền

Không có bất kỳ phần nào của cuốn sách này được phép sao chép
dưới bất kỳ hình thức nào trừ khi có sự cho phép bằng văn bản từ IFC.

IN PARTNERSHIP WITH

Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Swiss Cooperation Office in Vietnam

CEDR

IFC International Finance Corporation
WORLD BANK GROUP
Creating Markets, Creating Opportunities

Mục lục

I. Giới thiệu 137

II. Bức tranh tổng thể về giải quyết tranh chấp 139

1. Tóm lược lịch sử phát triển của việc giải quyết tranh chấp bằng biện pháp thay thế (ADR) 139

2. Quy trình ADR 142

3. Đàm phán, tranh tụng và hoà giải 147

III. Khái niệm hoà giải 153

1. Khái quát về hoà giải 153

2. Hoà giải không…. 158

IV. Cơ sở thiết yếu cho hoà giải 161

Bước ngoặt của hoà giải 161

V. Khung quy trình hoà giải 167

1. Một quy trình gồm 5 giai đoạn 167

2. Giai đoạn chuẩn bị cho hoà giải 167

3. Giai đoạn mở đầu hoà giải 171

4. Giai đoạn tìm hiểu thông tin trong hòa giải 176

5. Giai đoạn mặc cả của hòa giải 180

6. Giai đoạn cuối cùng của hòa giải 185

VI. Vai trò của hòa giải viên và những người khác 191

1. Các góc độ trong vai trò của hòa giải viên 191

2. Phong cách và tiếp cận của hòa giải viên 195

3. Vai trò và trách nhiệm của các bên, luật sư, chuyên gia, trợ lý hòa giải viên và đồng hòa giải viên 200

4. Những thách thức đối với quy trình 204

VII. Kỹ năng giao tiếp để hòa giải hiệu quả 206

1. Tầm quan trọng của kỹ năng giao tiếp trong hòa giải 206

2. Chủ động lắng nghe 206

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

3. Làm việc cùng với cảm xúc 222
VIII. Hòa giải viên sử dụng các kỹ năng đàm phán 226
1. Các khía cạnh của đàm phán 226
2. Hòa giải viên với tư cách là huấn luyện viên trong đàm phán 231
3. Vượt qua những vấn đề phổ biến trong đàm phán 239
IX. Năng lực và thực tiễn tốt 240
Năng lực của hòa giải viên có hiệu quả 240
X. Trách nhiệm về đạo đức và pháp lý đối với hòa giải viên 245
Một số việc cần làm và không cần làm để hòa giải hiệu quả 249
XI. Thuyết phục các bên tiến hành hòa giải 252
1. Thuyết phục các bên là doanh nghiệp 256
2. Thông điệp chính 261
XII. Xây dựng thực tiễn hòa giải 264
Tiếp sau khóa đào tạo 265

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

I. Giới thiệu

Cuốn Sổ tay này được biên soạn nhằm chuẩn bị cho Khóa đào tạo kỹ năng hòa giải viên kéo dài 5 ngày cho các đối tác của Nhóm Ngân hàng Thế giới và là một sản phẩm của các dự án tại các khu vực Trung Đông và Bắc Phi, Đông Nam Âu và Đông Á – Thái Bình Dương. Cuốn sách nhằm mục đích hỗ trợ cho việc nghiên cứu và thực tập của học viên thông qua phần thực hành và nhận xét phản hồi, và cũng giúp những người đã có kiến thức và kinh nghiệm nền tảng về hòa giải ôn lại kiến thức hữu ích về hòa giải. Đọc lại cuốn Sổ tay này sau khóa học sẽ giúp các học viên củng cố kiến thức về vai trò và các kỹ năng của hòa giải viên cũng như về quy trình hòa giải. Các hòa giải viên đang hành nghề hoặc những người sẽ trở thành hòa giải viên trong tương lai cũng có thể tham khảo cuốn Sổ tay. Tuy nhiên cuốn sách này không nhằm mục đích thay thế hoàn toàn cho một khóa đào tạo kỹ năng thực hành trực tiếp.

Nhóm Ngân hàng thế giới với việc giải quyết tranh chấp bằng biện pháp thay thế (ADR)

Từ năm 2004, Tổ chức Tài chính Quốc tế (IFC), thành viên của Nhóm Ngân hàng Thế giới, đã đi tiên phong trong việc thiết lập chương trình giải quyết tranh chấp thay thế (ADR) mang tính thương mại ở các thị trường mới nổi. Mục tiêu chính của các chương trình ADR của IFC là giúp xây dựng thể chế cho các trung tâm hòa giải tư nhân, hòa giải tại tòa án và hòa giải gắn với tòa án cũng như các hình thức ADR khác nhằm giải quyết tranh chấp thương mại nhanh chóng hơn và đạt hiệu quả cao hơn về chi phí, tăng cường tiếp cận công lý cho doanh nghiệp. Nhóm Ngân hàng Thế giới hướng đến mục tiêu hỗ trợ kỹ thuật cho các chính phủ và khu vực tư nhân của các nước trên toàn cầu thiết lập cơ chế hòa giải thương mại có hiệ quả.

Nhóm Ngân hàng Thế giới, thông qua Chương trình Xử lý nợ & Phá sản, tiếp tục hỗ trợ áp dụng ADR thông qua việc hoàn thiện khung khổ luật pháp và xây dựng các hệ thống tư pháp hiệu quả thông qua hoạt động nâng cao năng lực áp dụng ADR tại các tòa án. Các thực tiễn mới tốt nhất về ADR được giới thiệu thông qua việc hỗ trợ thành lập hoặc hiện đại hóa các trung tâm hòa giải thương mại và chuyên nghiệp hóa ngành hòa giải bằng việc chuyển giao các kỹ năng và bí quyết cho những người hành nghề hòa giải. Các dự án ADR của Nhóm Ngân hàng Thế giới cũng bao gồm các hoạt động nhằm nâng cao nhận thức toàn diện để cung cấp thông tin và kiến thức cho những người sử dụng các quy trình ADR như một công cụ mới sẵn có cho giải quyết tranh chấp, những lợi ích và cách thức sử dụng các quy trình này.

Các sáng kiến đã thành công ở khu vực Balkan, Pakistan, Ai Cập, Ma rốc, Liberia, Băng-la-đét, Papua New Guinea, Tonga, Vanuatu và các quốc gia khác được hỗ trợ bởi Nhóm Ngân hàng Thế giới đều có một cấu phần quan trọng về đào tạo kỹ năng hòa giải viên nhằm nâng cao nhận thức về ADR cũng như năng lực cung cấp các dịch vụ ADR. Chỉ tính riêng ở Ai Cập, đến năm 2017, sáng kiến của Nhóm Ngân hàng Thế giới đã hoàn thành việc đào tạo và cấp chứng chỉ cho 68 hòa giải viên, thẩm phán và những người hành nghề tư nhân, và từ kết quả đó, hơn 1.814 vụ tranh chấp thương mại đã được chuyển sang hòa giải. Ở Ma rốc, từ năm 2010 đến 2013, chương trình ADR của Nhóm Ngân hàng Thế giới đã đào tạo và cấp chứng chỉ cho 67 hòa giải viên thương mại, 2.124 vụ tranh chấp đã được chuyển sang hòa giải tại các trung tâm hòa giải tư nhân, trong số đó, 1.729

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

vụ việc đã được hòa giải thành công. Gần đây, Nhóm Ngân hàng Thế giới đã hỗ trợ phát triển hòa giải thương mại ở Việt Nam, cụ thể là, hỗ trợ khu vực công ban hành các văn bản pháp luật quan trọng liên quan đến các vấn đề về thủ tục và thực thi kết quả hòa giải thành của hòa giải thương mại, đồng thời hỗ trợ khu vực tư nhân trong việc ban hành các bộ quy tắc hòa giải và đào tạo kỹ năng thực hành cho 71 hòa giải viên mới, và theo đó lựa chọn 12 hòa giải viên để trở thành giảng viên của các khóa hòa giải viên sau này. Có thể khẳng định rằng hoạt động nâng cao năng lực là một trong những bước cơ bản để tạo động lực phát triển và Nhóm Ngân hàng Thế giới đã tích cực làm việc cùng với các hòa giải viên đã được đào tạo để tiến hành hòa giải các vụ việc, xây dựng các trung tâm hòa giải, và phát triển họ trở thành nguồn giảng viên để đào tạo cho những người khác trong tương lai.

Phiên bản này của cuốn Sổ tay đã được sử dụng trong các khóa đào tạo kỹ năng hòa giải cho các thẩm phán và / hoặc những người hành nghề tư nhân ở Ai Cập, Ma rốc, Li băng và Việt Nam với một số chỉnh sửa và cập nhật. Ở Ai Cập, cuốn Sổ tay này cũng đã được cập nhật để đề cập vấn đề mất cân bằng quyền lực liên quan đến giới mà có khả năng phát sinh trong quá trình hòa giải giữa các bên, nhưng vấn đề đó không được đưa vào phiên bản này của cuốn Sổ tay.

Nguồn gốc

Cuốn Sổ tay này được xây dựng dựa trên cuốn Sổ tay Hòa giải viên (2012) do Trung tâm Giải quyết tranh chấp hiệu quả (CEDR) biên soạn.

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

II. Bức tranh tổng thể về giải quyết tranh chấp

1. Tóm lược lịch sử phát triển của việc giải quyết tranh chấp bằng biện pháp thay thế (ADR)

ADR bắt nguồn từ đâu?

Đây là giải pháp thay thế cho việc giải quyết tranh chấp thông qua các toà án vốn đã ăn sâu và rất đa dạng tại các nước trên thế giới. Người tham gia giải quyết ở các nước theo thông luật hoặc theo pháp luật hướng tới việc giải quyết các yêu cầu thông qua việc thực hiện vai trò thương lượng. Ở Trung Đông, Châu Phi, Trung Quốc, Nam Á và Nam Mỹ, chúng ta thường thấy vai trò của các cuộc họp cộng đồng với sự tham dự của bậc cao niêm trong việc giải quyết tranh chấp. Hoà giải trong lĩnh vực gia đình, cộng đồng, về môi trường, quan hệ quốc tế đã được hình thành và có nguồn gốc văn hoá đa dạng và lâu đời.

Trong mô hình hiện đại, hoà giải thương mại được hình thành đầu tiên tại Hoa Kỳ vào cuối thế kỷ 20 trong những nỗ lực tìm ra giải pháp khắc phục tình trạng trì hoãn và tốn kém của tố tụng tại toà. Sự phát triển của nó được đánh dấu bằng Hội nghị Pound vào năm 1976 và phát biểu có tầm nhìn của giáo sư Frank Sander về khái niệm toà án nhiều cửa và từ đó cho đến nay nó trở thành một phần quan trọng của việc xây dựng một quy trình tư pháp dân sự hiện đại để thay thế cho mô hình tố tụng truyền thống. ADR sớm được phát triển tại Úc, Canada và bén rễ trong hệ thống pháp luật của Anh và xứ Wales vào cuối những năm 1980 với sự gia tăng của việc hoà giải gia đình và hoà giải cộng đồng.

Ở Anh, sự phát triển của ADR được coi như sự cộng sinh với quy trình tư pháp dân sự chứ không phải là cạnh tranh giữa hai loại hình này. Điển hình là những cải cách do người sau này trở thành Chánh án, Ngài Thẩm phán Wolf nêu trong các báo cáo “tiếp cận tư pháp” của mình vào năm 19965 và 1996 cũng như sau đó là việc ban hành, thực thi quy tắc tố tụng dân sự 1998.

Ở Châu Âu, Chỉ thị về hoà giải năm 2008 do Nghị viện và Hội đồng Châu Âu ban hành trong đó quy định về các tranh chấp giữa các bên ở các nước thành viên khác nhau đã mang lại kết quả và góc nhìn tích cực về ADR. Đây là văn bản đặt nền móng với những tiêu chuẩn rất cao về ADR và trở thành yêu cầu tất yếu trong thế kỷ 21 đối với các nước muốn tham gia vào Liên minh Châu Âu và thường áp dụng dưới dạng hoà giải bên cạnh toà án. Thực tế, cùng với việc thực hiện Chỉ thị, các nước thành viên đã và đang xem xét thực trạng tiếp cận thủ tục hoà giải tại nước mình. Điều này dẫn đến việc phải đánh giá lại thực tiễn và trong một vài trường hợp còn bao gồm cả việc đánh giá nhiều văn bản pháp luật.

Ở khu vực Trung Đông và Bắc Mỹ (MENA), một số dự án gần đây được thực hiện theo sáng kiến của các nhà tài trợ như Nhóm Ngân hàng thế giới và Cơ quan phát triển quốc tế Anh (DfID) đã giúp mang lại những đổi mới tương tự, bao gồm cả việc nâng cấp Bộ luật tố tụng dân sự và các quy tắc tố tụng, thành lập trung tâm ADR ngoài toà án hoặc bên cạnh toà án, và đào tạo các hoà giải viên. Các nước trong khu vực nơi đang hoặc đã thực hiện các dự án này như Pakistan,

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

Banglades, Egypt, Morocco và Ấn độ. Ở khu vực Đông Á, số tổ chức ADR đã thành lập ngày một nhiều. Trung Quốc, Nhật Bản, Hồng Kông và Singapore hiện nay đang dẫn đầu trong việc phát triển ADR không chỉ ở bình diện khu vực mà còn trên bình diện toàn cầu. Ở một số nước khác như Việt Nam, Indonesia và Thái Lan đã bắt đầu cũng đang theo đuổi xu hướng này. Gần đây, với sự hỗ trợ của Nhóm Ngân hàng thế giới đã tiến hành những cải cách đáng kể để nâng cao chất lượng và hiệu quả hoạt động trọng tài thương mại và hoà giải. Vào tháng 11/2015, Bộ luật Tố tụng dân sự mới được ban hành trong đó quy định nền tảng cho cơ chế giải quyết tranh chấp bằng biện pháp thay thế tại Việt Nam và bổ sung thêm một chương mới về việc công nhận kết quả hoà giải thành về thương mại. Hơn 100 Thẩm phán đã được đào tạo để triển khai các quy định mới này. Vào tháng 2/2017, Nghị định về hoà giải thương mại cũng được ban hành để hoàn thiện khuôn khổ pháp lý cần thiết cho sự phát triển của hoà giải ở Việt Nam.

Hoà giải đã trở nên quen thuộc trên khắp các lĩnh vực kinh tế, như xây dựng, lao động và việc làm, luật công, bồi thường thương tích, y tế, công ty và hợp danh, và được áp dụng trong hàng loạt các loại hợp đồng khác nhau cũng như đóng vai trò ngày càng quan trọng trong sự phát triển của tư pháp dân sự nói chung.

Sự phát triển của các thủ tục ADR và sử dụng ADR

Cái tên 'ADR' đã trở thành tên gọi tắt quen thuộc được sử dụng để chỉ toàn bộ các hoạt động giải quyết tranh chấp. Tuy nhiên, về định nghĩa thì nó vẫn còn có những hạn chế. Cụm từ "thay thế" là phần tên gọi bị chỉ trích nhiều nhất. Việc thoả thuận giải quyết tranh chấp ở nhiều nước theo hệ thống thông luật đã trở thành quy định (mặc dù không phải là tất cả) và ở Úc, trong thời gian dài người ta cho rằng phiên toà mới là thay thế với góc độ nó thường ít được sử dụng. Ở Anh và xứ Wales, phiên toà được chính thức coi là giải pháp cuối cùng cho các vụ việc mà không thể giải quyết bằng hoà giải. ADR nói chung và hoà giải nói riêng chỉ được tiến hành như là một phương thức thay thế cho phiên toà bởi nó thường được tiến hành trước khi thủ tục tố tụng bắt đầu hoặc hình thành.

Người ta cho rằng xung đột có thể hình thành giữa những người định hình hệ thống tư pháp dân sự truyền thống – đó là thẩm phán và luật sư – với những người ủng hộ việc phát triển ADR, nhưng trong thực tế luật sư và thẩm phán lại đóng vai trò rất quan trọng trong sự phát triển của ADR.

Nhiều người đi tiên phong trong lĩnh vực ADR trước đây là luật sư với mong muốn cung cấp cho khách hàng của mình nhiều lựa chọn hơn, linh hoạt hơn trong việc giải quyết tranh chấp và nhiều hoà giải viên còn xuất thân từ nghề luật. Sự đa dạng đó ngày nay càng lớn hơn và có hoà giải viên có chuyên môn ở tất cả các lĩnh vực. Nhiều thẩm phán cũng được đào tạo về hoà giải khi còn đương chức hoặc ngay sau khi nghỉ hưu, trong số đó một số người đã tiếp tục sự nghiệp mới với tư cách là hoà giải viên. Điều quan trọng ở đây là các quyết định của toà án đã khuyến khích việc sử dụng ADR. Nhiều nước đang áp dụng cách tiếp cận theo hướng khuyến khích ADR, ví dụ như thông qua việc tổ chức các phiên họp trao đổi thông tin giữa các bên bằng các quyết định của toà án hoặc các quy định pháp lý hỗ trợ ADR như chỉ thị về hoà giải của EU.

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

Tuy nhiên, định nghĩa ADR vẫn còn có những tồn tại. Liệu thuật ngữ này có bao hàm cả trọng tài – mô hình hiện đại đầu tiên thay thế cho phiên toà công khai xuất hiện, nhưng rõ ràng là quy trình xử lý của nó gần gũi hơn về cách thức với việc đưa ra các quyết định tư pháp – như mô hình của Hoa Kỳ hay không? Nó có bao hàm việc thảo luận giải quyết tranh chấp song phương mà không có sự tham gia của bên thứ ba trung lập hay không? Cuốn Sổ tay này tập trung vào hoà giải, nhưng trong phần tới chúng tôi sẽ đề cập sơ bộ về các quy trình khác thường được gọi với tên chung là ADR. Việc định nghĩa không thực sự quan trọng bằng việc thừa nhận những lợi ích thực sự của ADR và cụ thể là hoà giải xét về tính linh hoạt mà hoạt động này mang lại, qua đó cho phép có những cách tiếp cận mới được hình thành phù hợp với nhu cầu của các bên và từng tranh chấp, mang lại một giải pháp giải quyết tranh chấp tốt hơn với chi phí về thời gian và tiền bạc thấp hơn.

Cách nghĩ về hoà giải và làm thế nào để đào tạo hoà giải viên đã chỉ ra rằng quá trình này không chỉ đơn thuần là môi giới một phi vụ hay đập đầu vào nhau. Điều này cho thấy cần phải có phân tích lý luận đối với các nguyên tắc tâm lý, nhân sinh học, xã hội, pháp luật cùng với lý thuyết về đàm phán và trò chơi đánh đổi. Tất cả những yếu tố này đều đóng vai trò quan trọng. Cách tiếp cận trong sổ tay này rất thực tế và đòi hỏi những kỹ năng học tập về lý thuyết trực quan, về cả cảm giác và trí tuệ.

Nhóm Ngân hàng thế giới đã xác định hoà giải là công cụ quan trọng hỗ trợ kinh doanh và tăng cường phát triển kinh tế trên toàn cầu và CEDR thường hợp tác chặt chẽ với các cơ quan tư pháp và các nhà hoạch định chính sách nhằm đặt hoà giải vào một vị trí phù hợp trong hệ thống tư pháp dân sự của quốc gia. Cái đột phá chính là việc hoà giải vượt qua được các rào cản về văn hoá và quyền tài phán. Nó luôn được coi là con đường để giải quyết các tranh chấp xuyên biên giới và mong muốn sử dụng phương thức này ở rất nhiều nước đã khẳng định giá trị của phương thức này đối với tranh chấp trong bối cảnh hiện nay và cho các tranh chấp kinh doanh nói chung.

Trên góc độ quốc tế, chúng tôi thấy có sự phát triển về pháp luật để hỗ trợ đưa vào và áp dụng hoà giải ở nhiều nước và chúng tôi đã hỗ trợ việc tiếp tục hình thành các cơ quan giải quyết ADR ở các nước này. Với việc gần đây các quốc gia trên khắp các châu lục đều quan tâm đến việc đào tạo hoà giải viên nhằm nâng cao năng lực của họ lên mức được quốc tế thừa nhận, chúng ta thấy rằng hoà giải đã bắt đầu trở nên thịnh hành trên khắp thế giới.

Sự lớn mạnh của hoà giải có mối liên hệ chặt chẽ với tranh tụng và thủ tục tư pháp dân sự. Tuy nhiên, giá trị của nó lại đang được thừa nhận vượt qua khuôn khổ và bên ngoài hệ thống tranh tụng – trong giải quyết các vấn đề phát sinh trong cộng đồng, hỗ trợ cải thiện quan hệ với các nhóm, ban giám đốc và xử lý các vụ việc hoặc thoả thuận khó khăn. Năng lực cốt lõi trong đào tạo hoà giải viên được áp dụng rộng rãi và cái ô “hoà giải” đang ngày càng lớn mạnh và vươn xa để bảo vệ các tổ chức và cá nhân trước những xung đột tiềm tàng cũng như khó khăn trong giao tiếp.

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

2. Quy trình ADR

Phần này sẽ đề cập tóm tắt về sự đa dạng trong các quy trình ADR.

Các biến thể của tranh tụng

Trọng tài

Trọng tài được tạo ra nhằm vượt qua những vấn đề gặp phải trong tranh tụng và thường được coi là một phần của ADR. Ở Anh và xứ Wale, trọng tài được điều chỉnh bởi Luật trọng tài năm 1996. Mặc dù trọng tài trao cho bên thứ ba quyền quyết định về kết quả giải quyết tranh chấp, nhưng thường thì trọng tài viên có chuyên môn trong một lĩnh vực nhất định và trong một số trường hợp điều đó làm cho quyết định của họ dễ được chấp nhận hơn. Quyết định được ban hành phù hợp với pháp luật liên quan, có tính ràng buộc và thường có thể bị xem xét theo thủ tục phúc thẩm.

Giống như tố tụng tại toà, quy trình trọng tài có tính tranh tụng và hầu hết theo các thủ tục chính thức. Tuy nhiên, không giống như các phiên toà, thủ tục trọng tài không công khai và các bên thường lựa chọn trọng tài viên hay hội đồng trọng tài. Trong trọng tài, các bên có quyền kiểm soát lớn hơn về các vấn đề thủ tục sao cho phù hợp với bản chất của vụ việc.

Khi mà tranh chấp liên quan đến những vấn đề phức tạp, nhiều tài liệu giấy tờ và nhiều nhân chứng thì trọng tài có thể tốn kém về tiền bạc và thời gian hơn là tố tụng tại toà.

Trọng tài cao - thấp

Đây là loại hình trọng tài mà các bên thống nhất về giới hạn đầu ra trước khi tiến hành trọng tài. Trọng tài viên có thể hoặc không thể biết trước được những giới hạn đó là gì trước khi ban hành phán quyết. Nếu trọng tài viên ban hành phán quyết trong phạm vi mà các bên giới hạn thì phán quyết đó có hiệu lực. Nếu trọng tài viên ban hành phán quyết thấp hoặc cao hơn mức giới hạn mà các bên xác lập thì chỉ áp dụng mức sàn hoặc trần giới hạn mà các bên đã thoả thuận. Phương thức này thường được lựa chọn khi các bên muốn giới hạn những rủi ro của mình.

Trọng tài "bóng rổ" (hay còn gọi là trọng tài "con lắc" hay " đề xuất cuối cùng") là một biến thể của trọng tài cao-thấp được sử dụng ở Hoa Kỳ và có tên gọi được lấy theo một phương thức sử dụng trong đàm phán lương cho cầu thủ trong đội bóng lớn của liên đoàn. Mỗi bên đặt ra một con số mà họ sẵn sàng chấp nhận để giải quyết tranh chấp. Sau đó trọng tài sẽ chọn một trong hai con số này nhưng không có quyền sửa đổi các con số.

Các quyết định của bên thứ ba có tính ràng buộc

Đánh giá

Hình thức thông dụng nhất của đánh giá là thông qua các đề nghị bằng văn bản gửi cho bên thứ ba trung lập và người này thường là chuyên gia trong lĩnh vực tranh chấp đó. Trong một vài trường

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

hợp, người đánh giá chỉ có các đề xuất này và vì vậy không có cơ hội để sửa đổi và tạo áp lực lớn cho các bên khi lập luận cho vụ việc của mình. Trong một số trường hợp, các bên có thể phản hồi đối với đề xuất của bên kia. Việc đánh giá có thể được tổ chức bằng một phiên họp hoặc thăm thực tế. Quy trình này thường ngắn và quyết định có tính ràng buộc mặc dù thường có quy định về kháng cáo trong thời hạn nhất định. Các cơ chế đánh giá của người tiêu dùng do các hiệp hội thương mại, các ngành công nghiệp hoặc các công ty lớn điều hành hiện nay cũng rất phổ biến nhằm giúp giải quyết các khiếu nại của người tiêu dùng về tư cách thành viên và thường tập trung vào những khiếu nại có giá trị nhỏ và đưa ra những giải pháp hiệu quả.

Quyết định của chuyên gia (ED)

Hình thức giải quyết tranh chấp bằng quyết định của chuyên gia có thể được sử dụng để giải quyết một vấn đề cụ thể trong hợp đồng hoặc pháp luật hoặc về các tình tiết còn tranh cãi hoặc giá trị tài chính. Thông thường, các chuyên gia do các bên lựa chọn sẽ điều tra và báo cáo về vấn đề chứ không chỉ dựa trên các đề nghị của các bên. Quyết định thường có tính ràng buộc và không thể bị xem xét lại.

Dịch vụ thanh tra

Bắt nguồn từ các nước Scandinavia, ngày nay dịch vụ này rất phát triển ở Vương quốc Anh và các nước khác nhằm giải quyết các tranh chấp trong cả lĩnh vực công và tư. Các quyết định được ban hành thường dựa trên các chứng cứ bằng văn bản, mặc dù xu hướng là các bên gặp gỡ nhau riêng rẽ hoặc gặp chung. Quy trình này tạo ra một phương thức ít tốn kém và tương đối không chính thức cho các cá nhân khiếu nại về việc quản lý không đúng hoặc các quyết định không phù hợp của một số tổ chức lớn, các doanh nghiệp hoặc chính phủ.

Phần lớn các cơ chế thanh tra không điều tra về khiếu nại cho đến khi người bán hàng hoặc cung cấp dịch vụ tiến hành các bước ban đầu thực sự nỗ lực để giải quyết khiếu nại đó và các bên đã đi đến ngõ cụt. Phần lớn dịch vụ thanh tra này đều có ngân sách hoạt động từ đóng góp của các ngành công nghiệp mà nó phục vụ và các khiếu nại cá nhân thì được miễn phí. Phần lớn các quyết định của thanh tra viên đều có hiệu lực ràng buộc đối với các thành viên hiệp hội của ngành công nghiệp đó, nhưng không ràng buộc đối với người khiếu nại.

Hoà giải – trọng tài (Med-Arb)

Đây là từ viết tắt cho trọng tài và hoà giải. Thủ tục này cho phép các bên có cơ hội sử dụng hoà giải để đạt được sự đồng thuận và sau đó là để người thư ba trung lập ban hành quyết định nếu có vấn đề mà các bên không thống nhất được. Quy trình này khuyến khích các bên đạt được thoả thuận nếu không thì trọng tài viên sẽ ban hành quyết định giải quyết vụ việc.

Đôi khi, các bên chọn cùng một người làm hoà giải viên và trọng tài viên, nhưng hầu hết các trường hợp là các bên chọn một người làm hoà giải viên và người khác làm trọng tài viên. Thấy rằng việc hoà giải viên trở thành trọng tài viên có thể khiến các bên kiềm chế bộc lộ nhu cầu và quan điểm thực sự của mình. Ngoài ra cũng có những khó khăn nếu cùng một người thực hiện

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

cả hai vai, đặc biệt là khó khăn khi xử lý các thông tin được thu thập bí mật trong các cuộc gặp riêng. Vì vậy, các bên thường mong muốn có một người khác trung lập để trọng tài các vấn đề còn tồn tại ngay cả khi điều này buộc các bên phải trình bày lại vụ việc của mình và phải tốn nhiều chi phí hơn.

Đôi khi thủ tục này có thể đảo ngược, tức là trọng tài trước và hoà giải sau, theo đó trọng tài viên sẽ có nghĩa vụ nghe các bên trình bày vụ việc và quyết định về nội dung phán quyết nhưng giữ kín quyết định này và sau đó thực hiện việc hoà giải. Nếu vụ việc không được giải quyết thì quyết định của trọng tài và phán quyết trọng tài sẽ được công bố.

Sự tham gia của bên thứ ba không bắt buộc

Đánh giá trung lập từ đầu (ENE)

Đánh giá trung lập là việc đánh giá sơ bộ ban đầu đối với các tình tiết, chứng cứ, vấn đề pháp lý do một người thứ ba trung lập thực hiện. Thủ tục này không bắt buộc nhưng nó mang lại đánh giá vô tư về vị trí tương quan giữa các bên cũng như kết quả có thể xảy ra nếu vụ việc được toà án giải quyết. Các bên sẽ chỉ định một người độc lập để đưa ra ý kiến về bản chất của các vấn đề mà các bên nêu ra. Quy trình này được xác lập nhằm tạo dựng căn cứ cho việc đàm phán chi tiết hơn và đầy đủ hơn hay ít nhất là cũng giúp các bên tránh được các giai đoạn không cần thiết trong tranh tụng.

Đánh giá tư pháp

Thủ tục này cũng tương tự như ENE được mô tả ở trên. Hình thức phổ biến nhất của đánh giá tư pháp là khi vụ việc được trình bày bằng văn bản gửi tới Thẩm phán (thường là Thẩm phán đã nghỉ hưu), thì người này sẽ đưa ra một đánh giá tư pháp về kết quả giải quyết tranh chấp nếu vụ án được đưa ra trước toà. Thủ tục này khác với việc lấy ý kiến than vấn ở chỗ thẩm phán sẽ nhận các thông tin, trình bày của cả hai bên. Các bên phải thống nhất về loại hình, mức độ cung cấp thông tin cũng như việc đánh giá tư pháp đó có tính ràng buộc hay không. Tuy nhiên, việc đạt được sự đồng thuận về những vấn đề này đôi khi cũng rất khó khăn. Ở Hoa Kỳ, con đường này có sẽ dẫn đến “phiên toà giản lược”. Đây là phiên toà thử, vắn tắt và không có tính ràng buộc, trong đó có sử dụng các bồi thẩm viên thực sự. Các quy định về chứng cứ và điều trần thường được sửa đổi để đẩy nhanh quy trình giải quyết tranh chấp. Sau “phiên toà” thường là phiên đàm phán hoặc hoà giải. Một “thẩm phán” có thể được các bên thoả thuận để điều hành “phiên toà” và đóng vai trò làm hoà giải viên sau khi bồi thẩm đoàn ra “phán quyết”. Các bên có thể hỏi bồi thẩm viên về các yếu tố ảnh hưởng đến phán quyết của mình.

Người xác định tình tiết trung lập

Quy trình này tương tự như thủ tục xác định của chuyên gia như đề cập ở trên, nhưng chỉ giới hạn ở việc làm rõ những vấn đề về tình tiết cụ thể và không có tính ràng buộc bởi người trung lập thường không đưa ra một phán quyết.

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

Hoà giải

Hoà giải là hình thức chủ yếu của ADR và được trình bày chi tiết trong Sổ tay này.

Các biến thể của hoà giải bao gồm:

Đồng hoà giải

Trong một số trường hợp, các bên có thể yêu cầu sự trợ giúp của nhiều hoà giải viên có kinh nghiệm. Ngay từ đầu, hai (hoặc nhiều) hoà giải viên trung lập sẽ cùng làm việc với các bên để xây dựng quy trình được sử dụng trong hoà giải. Họ đều đóng vai trò là hoà giải viên trong suốt quá trình và thường giữ vị trí bình đẳng với nhau.

Hoà giải theo dự án hoặc hoà giải liên kết

Đây là một cơ chế phòng ngừa tranh chấp trong đó một hoà giải viên được chỉ định ngay từ đầu cho một dự án dài hơi hoặc một quan hệ kinh doanh mới chủ yếu để đóng vai trò là đầu mối liên lạc khi vấn đề hoặc bất đồng trong giao tiếp phát sinh hoặc dự kiến phát sinh.

Phiên xử của những người điều hành

Đôi khi hình thức này còn được gọi là "phiên toà nhỏ". Mỗi bên có một quan chức cấp cao tham gia cùng hoà giải viên hoặc người trung lập và họ ngồi trong cùng một hội đồng để nghe ý kiến, lập luận của người tư vấn của mỗi bên trong một phiên họp chung. Các quan chức cấp cao này thường trước đó không tham gia trực tiếp vào tranh chấp và thường mang đến phiên họp góc nhìn của những người quản trị cấp cao đối với vấn đề tranh chấp giữa các bên. Sau khi có các trình bày tại phiên họp chung, các quan chức cấp cao sẽ giải tán và thường là cùng với người thứ ba trung lập tiến hành đàm phán về một giải pháp giải quyết tranh chấp. Người trung lập này thường đóng vai trò là chủ trì hoặc thậm chí là cố vấn cho phiên xử.

Thương lượng

Thuật ngữ thương lượng và hoà giải có thể khác nhau hoặc có thể sử dụng thay thế nhau tuỳ thuộc vào hoàn cảnh của từng nước hoặc lĩnh vực tranh chấp có liên quan. Ví dụ, trong lĩnh vực y tế ở Vương quốc Anh, thương lượng thường được sử dụng để chỉ một quy trình thảo luận với sự hỗ trợ của bên trung gian về các vấn đề giữa các bên mà không có thoả thuận về bồi thường tài chính thường có trong kết quả giải quyết tranh chấp. Ngược lại, trong các hợp đồng xây dựng dân sự, thương lượng theo quan điểm truyền thống thường bao gồm cả giải pháp cho tranh chấp mà người trung lập đưa ra. Trên khắp thế giới, ở nhiều loại hình giải quyết tranh chấp truyền thống hoặc theo thông lệ, hình thức thương lượng do người lớn tuổi trong gia đình hoặc cộng đồng thực hiện là việc bên thứ ba sẽ đưa ra các đề xuất về các giải pháp xử lý tranh chấp cho các bên.

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

Can thiệp và hỗ trợ độc lập

Thường được gọi với tên chung là "hỗ trợ", các hoạt động can thiệp độc lập là việc bên thứ ba vô tư tham gia hỗ trợ việc đàm phán, thảo luận, tạo dựng sự đồng thuận, giải quyết vấn đề, hoặc xây dựng quan hệ, hoặc kiểm soát vấn đề hiện hữu hoặc có thể phát sinh trong hàng loạt các tình huống khác nhau.

Mục đích của việc can thiệp độc lập có thể là:

- Khuyến khích đối thoại trong trường hợp sự can thiệp đó cho phép ý kiến của các bên được lắng nghe và cân nhắc và vấn đề được nêu ra
- Xây dựng kế hoạch cho các bước tiếp theo hoặc tạo khuôn khổ cho các hoạt động trong tương lai
- Có tính chung thẩm – cho dù là quyết định hay thoả thuận
- Chuẩn bị cho các quy trình khác, ví dụ như hoà giải, ENE, đánh giá.

Các quy trình này được điều chỉnh để phù hợp với nhu cầu của người sử dụng và có thể xây dựng trên hàng loạt các mô hình như:

Đối thoại giữa các bên được người thứ ba hỗ trợ – người trung lập sử dụng các quy trình hợp lý và thực tế để cải thiện quan hệ giữa các bên nhằm làm rõ vấn đề, giải quyết xung đột hiện hữu và đạt được sự đồng thuận.

Đối thoại qua môi giới – một người trung gian sẽ là động lực sáng tạo, vô tư để "trò chuyện" khi mà việc đàm phán không thể thực hiện được vì số lượng các bên hoặc vì tính phức tạp hoặc nhạy cảm của vấn đề tranh chấp.

Hoà giải để đạt được thoả thuận – một người trung gian giúp đàm phán hợp đồng giữa các doanh nghiệp mặc dù không có tranh chấp nào giữa các bên.

Chủ trì độc lập –một người độc lập sẽ quản lý quy trình chứ không phải đọc lên nội dung của kết quả. Chủ trì độc lập có thể là điểm cuối của giải quyết tranh chấp nhưng cũng có thể dẫn tới việc đàm thoại chính thức qua trung gian hoặc hình thức giải quyết tranh chấp khác.

Thẩm định độc lập– một người điều tra độc lập sẽ xây dựng điều khoản tham chiếu để xác định tình tiết vụ việc, một vấn đề hoặc một loạt tình huống khó khăn nào đó và đưa ra đề xuất hoặc báo cáo phù hợp với điều khoản tham chiếu đã được thống nhất.

Xây dựng quan hệ – Những can thiệp này có thể được thực hiện trong phạm vi tổ chức nhằm củng cố hoặc khôi phục các mối quan hệ công việc, xây dựng mục tiêu chung và tăng cường lòng tin. Ngoài ra, mục đích cũng có thể là tăng cường mối quan hệ với bên ngoài, ví dụ như với các nhà cung cấp hoặc các nhà thầu.

ADR cho phép linh hoạt và áp dụng không chỉ trong một tranh chấp cụ thể

ADR là một quy trình linh hoạt và có thể điều chỉnh. Các quy trình ADR cụ thể có thể được xây

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

dựng phù hợp với các tranh chấp phức tạp trong lĩnh vực thương mại và các lĩnh vực khác.

ADR còn được sử dụng bên ngoài các tranh chấp cụ thể. Các doanh nghiệp thường tìm kiếm một cơ cấu để tìm ra cách thức phòng ngừa hoặc hạn chế xung đột, ví dụ như với người lao động, nhà cung cấp hoặc các đối tác liên danh, và các quy trình ADR thường đóng vai trò là một bộ phận không thể tách rời của hệ thống giải quyết tranh chấp được thiết kế riêng. ADR còn có thể được sử dụng như là một phần của quy trình tham vấn.

Trong trường hợp các bên sẵn sàng giải quyết tranh chấp, xử lý một vấn đề hoặc có các hành vi phòng ngừa thì hoàn toàn có thể tìm ra hoặc thiết kế riêng một quy trình phù hợp.

3. Đàm phán, tranh tụng và hoà giải

Trước khi đi chi tiết vào hoà giải, phần này sẽ đưa ra những so sánh giữa đàm phán, tranh tụng và hoà giải.

Đàm phán

Đàm phán thường là cách thức tốt nhất, tiết kiệm nhất và làm hài lòng các bên nhất khi giải quyết tranh chấp. Đàm phán là hoạt động thường ngày, một số hoạt động tại thời điểm nó xảy rakhông được nhìn nhận là hoà giải và phần lớn các hoạt động này là có hiệu quả. Đó là một kỹ năng, là trung tâm trong giao tiếp giữa con người và chỉ gần đây mới được nghiên cứu, phân tích và hoàn thiện. Đàm phán trực tiếp thường đòi hỏi các nhà đàm phán phải trao đổi với nhau về tranh chấp và về sự sẵn sàng của họ trong việc nhượng bộ.

Đàm phán thường diễn ra trong tất cả hoặc hầu hết các trường hợp sau:

- Các bên có thể xác định và thống nhất về vấn đề tranh chấp là gì
- Lợi ích, mục tiêu, nhu cầu của các ben không phải hoàn toàn không tương thích
- Các bên cần hợp tác để đạt được mục tiêu của mình
- Những trở ngại bên ngoài như thời gian, danh tiếng, chi phí và tính khó xác định của một quyết định đó được đưa ra,
- Khuyến khích các bên tham gia vào các quy trình riêng, có tính hợp tác
- Các bên có thể ảnh hưởng tương tác với nhau theo hướng vì lợi ích chung và tránh gây hại cho nhau
- Các bên thừa nhận rằng các thủ tục khác không hấp dẫn bằng đàm phán,
- Cho phép họ xác định được kết quả giải quyết.

Có hai chiến lược chính được thừa nhận trong đàm phán:

- Đàm phán về vị thế
- Đàm phán dựa trên nguyên tắc.

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

Đàm phán về vị thế

Đàm phán về vị thế hoặc đàm phán cạnh tranh là một chiến lược truyền thống trong môi trường kinh doanh cũng như trong lĩnh vực chính trị và xã hội.

Các đặc điểm chính của chiến lược này là:

- Mỗi bên chiếm vị thế tốt nhất (tối đa) về những gì mình yêu cầu hoặc đưa ra đề xuất
- Có một giai đoạn điều chỉnh sau đó và thường cố thủ với vị trí.
- Các bên mặc cả và thậm chí đe doạ, bắt nạt, khóc lóc hoặc lừa dối nhằm có được biến động về vị thế hoặc sự đồng ý của bên kia
- Các bên trao đổi sự nhượng bộ và thường là hằn học.

Các nhà đàm phán triển khai hàng loạt các chiến thuật để nâng cao kết quả đàm phán về vị thế:

- Bố trí về vị thế hoặc lợi ích
- Giữ lại những thông tin nhạy cảm, ví dụ như yếu kém trong vụ việc
- Tham gia vào lừa gạthoặc đe doạ
- Chờ đợi động tĩnh từ bên kia – đào sâu hoặc từ bỏ
- Không bao giờ từ bỏ mà không được cái gì
- Đưa ra những nhượng bộ nhỏ từ từ.

Đàm phán về vị thế thường bị ảnh hưởng ở việc không biết các bên có gặp nhau nữa không. Các đề xuất "một lần duy nhất" dường như khiến các bên cứng rắn hơn, sẵn sàng chịu rủi ro chấp nhận thất thế trong đàm phán về vị thế bởi vì không còn quan hệ nào đang tiếp diễn để các bên có thể cân nhắc. Người đàm phán hiểu về đối phương có thể xây dựng cho mình hành vi ứng xử và biến thành một trò chơi.

Có rất nhiều yếu tố ảnh hưởng đến cách tiếp cận về vị thế, bao gồm cả sự kiêu ngạo, cái tôi, áp lực cho nhau, sự cần thiết phải bảo vệ thanh danh và quan ngại về công việc và mục tiêu tài chính. Kết quả đôi khi là mất đi sự tin tưởng, mối quan hệ bị tổn hại, không hiệu quả, thậm chí là trả thù.

Đàm phán dựa trên nguyên tắc

Đàm phán dựa trên nguyên tắc hay còn gọi là đàm phán kết hợp xuất hiện như là một chiến lược thay thế cho việc đàm phán phối hợp.

Có thể sự kiện có ảnh hưởng nhất đối với việc thiết lập một giải pháp thay thế cho việc đàm phán về vị thế đó là việc xuất bản ấn phẩm "chấp nhận để thành công" của Roger Fisher và William Uỷ năm 1981 trong dự án về hoà giải của đại học Harvard. Triết lý của đàm phán dựa trên nguyên tắc đưa ra là kết quả thoả mãn cả hai bên nhiều hơn mà nó có thể đạt được và chi phí thấp với việc coi đàm phán là cơ hội để giải quyết thực sự.

Cuốn sách mô tả một chiến lược đang hình thành trong đó có các đặc điểm vẫn có thể sử dụng nhiều năm sau đó. Đàm phán dựa trên nguyên tắc hướng tới việc cải thiện kết quả đàm phán

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

thông qua việc:

- Đàm phán trên cơ sở các nguyên tăcfs; tập trung vào lợi ích chứ không vào vị thế, vào nhu cầu chứ không phải là mong muốn
- Không cá nhân hóa vấn đề, bảo vệ danh dự và tạo ra cách tiếp cận mang tính hợp tác đối với vấn đề
- Giải quyết vấn đề
- Bóc tách mối liên hệ của từng người đối với vấn đề, tích cực xử lý vấn đề và mềm mỏng đối với con người
- Xây dựng các tiêu chí, chuẩn mực khách quan để đảm bảo việc ra quyết định không gặp phải trở ngại
- Qua ý kiến chủ quan

Fisher và Uỷ cho rằng việc áp dụng cách tiếp cận này, các cá nhân có thể tránh được cuộc chơi không hiệu quả vềđàm phán cạnh tranh hoặc dựa trên vị thế mà không bị lạm dụng.

Điều này đòi hỏi các bên, với sự giúp đỡ của hoà giải viên, phải:

- Xác định hoặc thẩm định giải pháp tốt nhất của mình trong một thoả thuận hoà giải thành BATNA, làm cơ sở vững chắc cho đàm phán và ra quyết định, cung cấp cho mỗi bên những thông tin định hướng về khi nào đàm phán cần được chấm dứt vì không tìm được giải pháp tốt hơn.
- Tạo ra những giải pháp mà hai bên cùng có lợi, ví dụ như thanh toán bằng hiện vật, công việc kinh doanh trong tương lai, thống nhất các bước đi để bảo vệ danh dự hoặc các khung thời gian cụ thể cho các hoạt động, và tìm ra cách làm thế nào để có thể đạt được giải pháp đáp ứng được lợi ích thực sự của cả hai bên hoặc tất cả các bên. Điều này được phát triển lên thành khái niệm “tạo ra giá trị” trước khi “ đòi hỏi giá trị” trong các bài viết sau này, đó là mở rộng phạm vi đàm phán để bao hàm những ý tưởng hoặc nhân tố táo bạo có thể tạo nên một thoả thuận hoà giải thành trước khi thống nhất việc ai sẽ được gì.
- Cố gắng xây dựng mối quan hệ với người phía đối lập; nếu bế tắc xảy ra họ có thể xem xét lại BATNA của mình và tiếp tục đánh giá lại những rủi ro có thể phải gánh chịu và xây dựng thoả thuận dựa trên lợi ích hoặc thống nhất về các chuẩn mực khách quan làm cơ sơ cho thoả thuận hoà giải thành.

Đàm phán dựa trên nguyên tắc là cơ sở cho chiến lược hoà giải viên trung lập của các hoà giải viên sẽ được trình bày ở phần sau trong cuốn Sổ tay này. Tuy nhiên, đàm phán về vị thế cũng góp phần trên con đường đi tới thoả thuận hoà giải thành và hoà giải viên cần dẫn dắt các bên đi theo hai cách tiếp cận này. Các hoà giải viên phải nỗ lực để khuyến khích các bên áp dụng cách tiếp cận hoà giải dựa trên nguyên tắc để thấy được cái gì có thể đạt được trong thoả thuận hoà giải thành, bao gồm cả nhân tố phi tài chính và sau đó các bên có thể quay lại với việc đôi co về vị thế để tiến tới một giải pháp cuối cùng.

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

Tại sao đàm phán thất bại

Đàm phán thất bại vì nhiều lý do khác nhau, như sự bất tin giữa các bên hoặc với các cố vấn, kỹ năng đàm phán kém, thiếu những đánh giá rủi ro có tính thực tế, nhấn mạnh cảm xúc hoặc các các rào cản khác đối với trao đổi giữa các bên. Đôi khi đàm phán bị rơi vào ngõ cụt vì sai lầm trong chiến lược mà hoà giải viên áp dụng. Hai hoà giải viên về vị thế có thể đẩy nhau vào ngõ cụt với tình trạng bên miệng hố chiến tranh, từ chối đưa ra những đề xuất nếu nó thể hiện yếu kém của mình, chờ đợi ra toà mới đưa ra các đề xuất, hoặc thử đối phương bằng những đề xuất chính thức và khó khăn mà khi thực hiện nó sẽ đi đến tốn kém về chi phí. Hai hoà giải viên dựa trên nguyên tắc có thể không thống nhất về các chuẩn mực khách quan được sử dụng để đánh giá về giá trị của vụ việc.

Hoà giải viên có vai trò quan trọng trong việc giúp các bên vượt qua những rào cản này cũng như các trở ngại khác để đàm phán có hiệu quả và vấn đề này đã được đề cập một số nơi trong cuốn sổ tay này.

Tranh tụng

Tranh tụng là hình thức quen thuộc nhất để giải quyết tranh chấp một cách chính thức trên thế giới. Cơ chế này được quản trị và tiến hành bằng một thể chế công trên một diễn đàn công khai và theo các quy định chi tiết về thủ tục và chứng cứ. Đây không phải là cơ chế tự nguyện mà các bên phải có mặt khi được yêu cầu hoặc phải chịu phạt – và quyết định của nó có tính ràng buộc, mặc dù có thể bị kháng cáo. Đây là cơ chế thường tốn kém về tiền bạc và thờigian. Tuỳ thuộc vào hệ thống tư pháp cụ thể mà quyết định được ban hành dựa trên pháp luật và án lệ, nhưng hệ thống này vẫn có sai sót về con người hoặc những yếu tố không xác định khác, đồng thời kết quả cuối cùng không dễ dàng gì dự đoán được cũng như đôi khi nó có thể được nhìn nhận là không công bằng.

Tranh tụng luôn có sự tham gia của thẩm phán trong việc quyết định quyền của các bên và ban hành hoặc từ chối ban hành các chế tài trên cơ sở các tình tiết của vụ việc. Luôn có kẻ thắng và người thua và việc phán đoán chính xác kết quả cuối cùng sẽ rất khó khăn.

Hoà giải

Hoà giải là quy trình ADR phổ biến hàng đầu

Nhu cầu có một phương thức thay thế cho tranh tụng trong đó không tước bỏ quyền của bất cứ bên nào trong việc theo đuổi vụ việc tại phiên toà nếu không thể đạt được thoả thuận hoà giải thành được chấp nhận một cách rộng rãi. Điểm tập trung của tranh tụng là về quá khứ trong khi đó các quy trình ADR có thể hướng tới tương lai. Thậm chí, khi thoả thuận hoà giải thành đạt được thông qua đàm phán thì quy trình này cũng chỉ tập trung rất hạn hẹp, đặc biệt khi được tiến hành tại toà án và kết quả không thực sự hài lòng nếu so với khi hoà giải được tiến hành bởi bên thứ ba trung lập và có sự tham gia trực tiếp của các bên.

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

Tại sao hoà giải lại thành công

Hoà giải cho phép các bên bắt đầu lại hoặc đôi khi là bắt đầu các cuộc đàm phán. Sự có mặt của hoà giải viên làm thay đổi sự năng động của quy trình hoà giải. Hoà giải viên mang theo các kỹ năng đàm phán, kỹ năng giải quyết tranh chấp và thông tin vào trong quy trình và triển khai nó dựa trên quan điểm độc lập, trung lập khiến cho quy trình hoà giải thành công hơn.

Với tư cách là người trung lập, hoà giải viên có thể:

- Có được sự tin cậy của tất cả các bên
- Hỗ trợ giao tiếp giữa các bên
- Hướng các bên tập trung vào vấn đề cần xử lý
- Vượt qua những trở ngại về cảm xúc
- Giúp các bên hiểu về vụ việc và những lập luận của bên kia
- Trình bày vụ việc của mình trong môi trường riêng vì lợi ích và nhu cầu riêng
- Giúp các bên đánh giá những điểm yếu của mình một cách thực tế hơn
- Kiến nghị những cách mới để khai phá và giúp các bên tạo ra giá trị
- Giúp các bên vượt qua ngõ cụt
- Tạo không gian cho các bên, đặc biệt là khi cần thay đổi quan điểm
- Xem xét các đề xuất hoà giải thành một cách sâu sắc
- Thông qua các đề xuất hoà giải thành
- Đánh giá một cách thực tế các cơ hội hoà giải thành.

Bên cạnh việc đây là một quy trình nhanh chóng và có hiệu quả, hoà giải còn hướng tới tương lai, khuyến khích các bên chuyển từ xem xét cái đã qua và tập trung vào việc hướng tới tương lai. Phần lớn các tranh chấp được giải quyết mà không tiếp tục hoặc tạo ra quan hệ trong tương lai, nhưng triển vọng về tương lai mà không có tranh chấp có thể là động lực to lớn để đi đến hoà giải thành.

Đối lập với tranh tụng và trọng tài, hoà giải trao cho các bên cơ hội kiểm soát kết quả đầu ra trong tranh chấp của mình, thậm chí khi đàm phán trực tiếp thất bại.

Về tổng thể, các lợi ích của quy trình hoà giải gồm:

- Tạo ra một diễn đàn để các bên thể hiện cách nhìn của mình về trường hợp tranh chấp của các bên và cảm nhận của họ về nó
- Khôi phục lại giao tiếp giữa các bên và tạo cơ chế cho đàm phán
- Cho các bên cơ hội để tự mình quyết định một kết quả xác định và cuối cùng.

So sánh

Các bên có thể hài lòng về việc giải quyết tranh chấp ở ba mức độ:

- Thủ tục
- Cảm xúc hoặc tâm lý

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

- Thực chất nhìn từ góc độ kết quả giải quyết.

Hoà giải có thể là quy trình giải quyết tranh chấp duy nhất có thể mang lại sự hài lòng đối với cả ba yếu tố trên.

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

III. Khái niệm hoà giải

1. Khái quát về hoà giải

Định nghĩa

Có rất nhiều định nghĩa về hoà giải. Trong sổ tay này, chúng tôi sử dụng định nghĩa chung về hoà giải được nêu dưới đây:

Hoà giải là một quy trình linh hoạt được tiến hành bí mật trong đó một người thứ ba tích cực hỗ trợ các bên hợp tác để hướng tới một thoả thuận hoà giải về tranh chấp hoặc những khác biệt và các bên thực hiện kiểm soát cuối cùng đối với quyết định giải quyết và các điều khoản về giải quyết.

Hoà giải là quy trình linh hoạt: Địa điểm, thời gian là hoàn toàn do các bên lựa chọn và trao đổi giữa các bên và hoà giải viên hoặc người cung cấp dịch vụ. Mỗi bên tự quyết định và đôi khi là với sự giúp đỡ của hoà giải viên có mặt trong nhóm mình (đảm bảo rằng người phù hợp tham gia vào bàn đàm phán để đảm bảo có hiệu quả) về vấn đề gì sẽ được thảo luận và kết quả đối với tranh chấp mà các bên có thể xem xét. Không phải tất cả các khía cạnh này đều được thảo luận trước phiên hoà giải và tất cả các yếu tố này có thể thay đổi hoặc chỉnh sửa ngay cả khi thủ tục hoà giải bắt đầu nếu các bên thấy rằng cần có cái gì đó khác lạ để hỗ trợ quy trình.

Quy trình có thể được thiết kế và thiết kế lại để đáp ứng nhu cầu của các bên và bối cảnh tranh chấp. Mô hình thương mại chuẩn là để mọi người tập trung tại một điểm trong một ngày với mục đích hoàn tất trong ngày đó và trong sổ tay này gọi nó với tên là “ngày hoà giải”. Trong ngày đó, hoà giải viên với tư cách là người quản lý quy trình sẽ tổ chức thực hiện quy trình phù hợp với các bên và tranh chấp, đề xuất một loạt các phiên họp chung và riêng cũng như trình tự tiến hành các phiên họp đó. Tuy nhiên, cũng có hàng loạt những biến thể có thể sử dụng để phù hợp với các tình huống cụ thể.

Hoà giải được tiến hành bí mật, mà không tạo ra định kiến và tiến hành riêng tư. Đôi khi công chúng có thể biết phiên hoà giải diễn ra; chi tiết về những thảo luận hoặc kết quả của những thảo luận này hiếm khi công chúng được biết, nhưng kết quả hoà giải có thể được công bố nếu cả hai bên đồng ý. Bên cạnh đó, hoà giải luôn có một số phiên họp riêng giữa từng bên với hoà giải viên trong đó hoà giải viên cam kết giữ bí mật về thông tin thu được từ một bên và không được công bố trừ trường hợp có sự đồng ý rõ ràng về việc cung cấp cho bên kia.

Hoà giải viên là người trung lập giúp các bên trong đàm phán một cách độc lập và vô tư. Hoà giải viên không được liên quan đến tranh chấp hoặc kết quả giải quyết tranh cũng như không được có mối liên hệ không phù hợp nào với bất kỳ bên nào. Đôi khi các bên yêu cầu hoà giải viên là chuyên gia trong lĩnh vực cụ thể của tranh chấp, điều này làm các bên cảm thấy thoải mái và cho phép hoà giải viên có thể sử dụng ngôn ngữ chuyên ngành. Cho dù mức độ chuyên môn kỹ thuật hoặc chuyên gia của hoà giải viên thì họ cũng không phải giữ vị trí đó để lựa chọn đứng bên nào hoặc ban hành quyết định về bản chất củ tranh chấp hay việc giải quyết tranh chấp.

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

Hoà giải viên tích cực hỗ trợ các bên để đạt được thoả thuận hoà giải. Hoà giải viên nỗ lực làm việc với các bên để các bên mở rộng tầm nhìn, nhận thức lại hoàn cảnh của mình, những rủi ro và cơ hội, và cân nhắc hàng loạt cách thức có thể giải quyết tranh chấp. Hoà giải viên sẽ sử dụng đàm phán và các kinh nghiệm, kỹ năng và chiến lược chuyên ngành của mình để hỗ trợ các bên đàm phán có hiệu quả, trong đó tập trung vào mục tiêu của các bên vào việc đạt được sự thống nhất về các điều khoản có thể chấp nhận được.

Tranh chấp hoặc khác biệt có thể dẫn các bên đến hoà giải. Cũng không có yêu cầu nào về việc tranh chấp phải được giải quyết bằng con đường chính thức, ví dụ như bằng thủ tục pháp lý. Sự khác biệt thì không nhất thiết phải có cơ sở pháp lý – nó có thể là vấn đề nguyên tắc hay niềm tin, hoặc cần thiết có một tổ chức để cải thiện mối quan hệ, đối nội hoặc đối ngoại. Ngay kể cả trong một tranh chấp cận kề tới phiên toà, trong đó vấn đề pháp lý đã được các bên xem xét kỹ lưỡng trước khi hoà giải hoặc tại phiên hoà giải thì các vấn đề thương mại hoặc cá nhân có thể quan trọng như những nhân tố pháp lý trong quyết định của các bên khi đi đến giải pháp giải quyết tranh chấp.

Các bên hầu như kiểm soát hoàn toàn việc quyết định giải quyết tranh chấp và các điều khoản về giải quyết. Hoà giải viên thường có vai trò then chốt để vượt qua sự bế tắc của các bên, khuyến khích các bên nghĩ tích cực và thậm chí góp phần đưa ra những giải pháp giải quyết tranh chấp hoặc ý tưởng hình thành thoả thuận. Tuy nhiên, điểm trung tâm trong khái niệm hoà giải đó là các bên là người đưa ra quyết định. Hoà giải viên có hiệu quả là người sử dụng các kỹ năng và kinh nghiệm của mình để tác động lên quy trình và quan trọng hơn là dành cho các bên toàn quyền quyết định về việc có đi đến giải quyết tranh chấp hay không và theo những điều khoản nào.

Một điểm khác trong sự linh hoạt của quy trình đó là hoà giải không có tính ràng buộc cho đến khi đạt được một thoả thuận, khi đó các điều khoản hoà giải thành thường trở thành một hợp đồng có hiệu lực thi hành. Cho đến khi điều đó xảy ra thì bất kỳ khi nào các bên cũng có thể từ bỏ việc hoà giải bởi lẽ việc tham gia vào quy trình hoà giải không tự nó buộc họ phải đi đến thoả thuận hoà giải thành. Điều này và việc quy trình không làm ảnh hưởng đến các thủ tục khác cho phép các bên tự do tìm kiếm mọi giải pháp có thể và về lý thuyết thì nó cũng không có tính ràng buộc gì. Theo mô hình thủ tục hoà giải của CEDR, thoả thuận hoà giải thành phải được làm bằng văn bản và có hiệu lực ràng buộc về mặt pháp lý.

Cuối cùng, hoà giải thường được mô tả là "tự nguyện". Nhiều hoạt động hoà giải được bắt đầu bằng thoả thuận song phương giữa các bên trong tranh chấp. Một khi hoà giải đã bắt đầu, thì việc tiếp tục tham gia hoà giải luôn là tự nguyện với nghĩa rằng bất kỳ bên nào cũng có thể lựa chọn không tham gia mà không phải chịu ảnh hưởng xấu gì và những gì diễn ra trong quá trình hoà giải cho dù ngắn đến đâu cũng không được cung cấp cho thẩm phán hay trọng tài trừ trường hợp tất cả các bên có mặt thoả thuận khác.

Nhiều hợp đồng thương mại có quy định nghĩa vụ hoà giải trước khi tiến hành thủ tục tại toà hoặc trọng tài và các nghĩa vụ đócó thể thực thi đối với bên muốn né tránh chúng. Ở một số

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

nước, toà án có quyền ban hành lệnh yêu cầu bên đó phải đi qua thủ tục hoà giải. Lệnh này có thể là buộc phải sử dụng, như ở Anh và xứ Wales, hoặc là "khuyến nghị mạnh mẽ" làm như thế. Việc không thực thi lệnh hoặc khuyến nghị này có thể dẫn đến bị phạt về phí, ngay cả khi bên đó thắng kiện. Ở một số nước, hoà giải là bắt buộc trước khi các bên ra phiên toà. Vì vậy, việc tham gia vào hoà giải có thể không hoàn toàn là tự nguyện, nhưng điều đó nó vẫn rất hiệu quả.

Quy trình hoà giải

Với một khuôn khổ pháp lý rộng rãi đã được hình thành và với kinh nghiệm của riêng mình thì hoà giải viên có thể khai thác tính linh hoạt của quy trình này nhằm phục vụ lợi ích của các bên. Dưới đây là phác thảo về một căn cứ cơ bản mà hoà giải được hình thành.

Tiếp xúc ban đầu giữa các bên và tổ chức hoà giải hoặc hoà giải viên để:

- Thống nhất về việc tiến hành hoà giải
- Thống nhất về điều khoản của thoả thuận hoà giải
- Thống nhất về các yếu tố kỹ thuật như thời điểm, thời gian, địa điểm, đại diện, khuôn khổ pháp lý, phí, văn bản
- Thống nhất về hoà giải viên.

Một bản tóm tắt về vụ việc sẽ được chuẩn bị và chuyển cho hoà giải viên, trao đổi giữa các bên, nhưng không được sử dụng làm chứng cứ hoặc để làm xấu đi tình trạng của các bên, với mục tiêu:

- Thông tin cho hoà giải viên
- Thông tin cho nhau và tập trung các bên vào những vấn đề chính.

Các phiên họp riêng ban đầu; chào mừng, ổn định và xác định các bên, trong thời gian đó:

- Có thể thống nhất về cách xưng hô giữa các bên và hoà giải viên
- Có thể ký thoả thuận hoà giải
- Giải quyết các yếu tố để đảm bảo thuận tiện hoặc nhu cầu về vật chất ban đầu
- Thảo luận về các vấn đề kỹ thuật
- Trả lời các câu hỏi trước mắt
- Xây dựng lòng tin vào hoà giải viên.

Tiếp theo sau là phiên họp chung, trong đó:

- Hoà giải viên làm rõ quy trình và nhấn mạnh các quy tắc nền tảng, ghi nhận rằng luật sư sẽ phải tóm tắt cho thân chủ của mình trong quá trình chuẩn bị
- Củng cố thêm niềm tin giữa các bên và hoà giải viên
- Các bên có phần trình bày ban đầu cho bên kia và hoà giải viên
- Tổ chức một vài cuộc đối thoại giữa các bên
- Có thể cùng nhau tiến hành xác định các nhu cầu cần giải quyết để đạt được một giải pháp.

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

Tiếp theo sau thường là các cuộc gặp riêng bí mật giữa hoà giải viên và từng bên một cách riêng biệt để:

- Xác định những vấn đề quan trọng và nhu cầu của mỗi bên
- Khuyến khích các bên cởi mở thể hiện những điểm yếu và mạnh của mình
- Xác định kỳ vọng của các bên
- Làm việc với toàn nhóm
- Thảo luận về các lựa chọn có thể tiến tới hoà giải thành.

Các phiên họp chung tiếp theo do hoà giải viên chủ trì, khi thích hợp, trong đó các bên có thể:

- Giải thích đầy đủ hơn và cung cấp thông tin chi tiết hơn
- Xây dựng lịch trình và thống nhất và các bước tiến hành động tiếp theo
- Trao đổi về những khác biệt, có thể là trong cách hiểu về tình tiết hoặc ý kiến chuyên gia hoặc hệ quả pháp lý hoặc về sự tác động của nó lên các bên
- Tạo dựng ý tưởng và các giải pháp có thể lựa chọn
- Đàm phán trực tiếp
- Hình thành thoả thuận hoà giải thành và làm bằng văn bản hoặc thống nhất về những hành động tiếp theo.

Phiên họp chung không nhất thiết phải có tất cả các thành viên của của tất cả các nhóm. Hoà giải viên có thể sử dụng kết hợp sự tham gia của các thành viên khác nhau trong suốt quá trình để tối đa hoá cơ hội tiến triển.

Tại sao hoà giải thành công

Bản chất của hoà giải và lý do của sự thành công của nó đó là nó đưa ra một cơ chế mạnh mẽ - quy trình này sẽ được đề cập đến trong các chương sau – và đưa ra một cơ chế năng động vào các cuộc đàm phán hoặc thảo luận về tranh chấp. Hoà giải viên thực hiện vai trò làmchất xúc tác, tức là một người trung lập, độc lập cam kết giúp các bên đạt được thoả thuận về giải quyết tranh chấp, nhưng hoà giải viên không có liên quan đến tranh chấp hoặc kết quả giải quyết tranh chấp.

Quy trình này:

- Tập hợp đúng người và thông tin đúng đắn trên bàn đàm phán
- Khôi phục quá trình đàm phán
- Xác định và tập trung vào những vấn đề mà các bên thực sự quan tâm
- Hỗ trợ trao đổi thông tin
- Tách con người ra khỏi vấn đề
- Giúp vượt qua sự bế tắc và trở ngại về cảm xúc
- Giúp các bên đánh giá lại những rủi ro của mình
- Mở rộng các lựa chọn cho giải quyết tranh chấp
- Tái thiết hoặc bảo đảm mối quan hệ, ít nhất là đủ để đàm phán có tiến triển
- Để cho các bên nắm vấn đề và giải quyết vấn đề.

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

Không gian mà hoà giải tạo ra

Hoà giải viên có vai trò tạo lập không gian trong đó các bên có thể cùng nhau trao đổi về tranh chấp, nó khác với những gì đang hiện hữu bên ngoài hoà giải. Khái niệm tạo không gian được nhìn từ nhiều góc độ khác nhau mà tất cả đều góp phần hướng các bên đạt được giải pháp mà hai bên có thể chấp nhận. Hoà giải viên cần tạo dựng môi trường bao gồm cả không gian tâm lý cho các bên lấy lại cảm giác được kiểm soát; sự thoải mái về vật chất và sự riêng tư trong đó có thể thư dãn và có năng lượng cần thiết để đi đến những tiến bộ; thời gian để tư duy; và địa điểm nơi sự mất cân bằng về quyền lực và những bất bình đẳng khác đã được xoá sạch để cho các bên tự do hơn trong trao đổi thông tin.

Không gian này cần phải đủ an toàn và thoải mái để các bên có thể tập trung và nỗ lực, đối diện với thực tế và đưa ra các quyết định khó khăn. Thoả thuận hoà giải sẽ là cơ sở an toàn; nó làm cho việc trao đổi thông tin bí mật và thực tế là bất kỳ cái gì diễn ra thì phía bên kia không được biết. Nó cũng làm cho quy trình không có tính ràng buộc cho đến khi đạt được văn bản thoả thuận hoà giải thành và được ký kết. Hoà giải tạo cơ hội cho các bên có điểm ngừng trong trao đổi về tranh chấp và quy trình tố tụng; nó đưa những người có thẩm quyền quyết định xích lại gần nhau với sự hỗ trợ của các cố vấn của mình trong một dịp đặc biệt. Nó mang đến một điểm xuất phát mới cho phép các bên thống nhất một cách rõ ràng hoặc ngầm định rằng sẽ cư xử khác đi trong một thời gian, tạo cơ hội để thay đổi quan điểm mà ít bị mất mặt nhất. Nó cũng là thiên đường an toàn và có thể làm các bên bình tĩnh. Hoà giải viên phải có kỹ năng và kiên định trong việc mang đến tông điệu và chất liệu cho không gian tự biện.

Các con đường đi đến hoà giải

Các bên có thể đi đến hoà giải vì hàng loạt các lý do khác nhau:

- Theo các cam kết sử dụng ADR trong các vụ việc khi có đề xuất sử dụng dịch vụ này
- Theo các điều khoản của hợp đồng thương mại trong đó quy định hoà giải là một phần của quy trình giải quyết tranh chấp đã được thống nhất
- Theo khuyến nghị hoặc lệnh của toà án đối với các bên để thử tiến hành hoà giải. Mặc dù toà án không có quyền ra lệnh cho một bên không sẵn sàng hoà giải phải tiến hành hoà giải vì sợ phạm phải tội phỉ báng toà, toà án có quyền áp đặt chế tài về phí, kể cả khi bên đó thắng nếu không chấp hành khuyến nghịcủa tòa.
- Các bên đồng ý hoà giải và được cố vấn bởi luật sư của mình – trong đó một hoặc một số họ ít nhiệt tình – nhưng muốn tránh rủi ro đối với chế tài về phí vì từ chối “không hợp lý” lời mời hoà giải nếu họ thắng kiện.
- Các bên lựa chọn hoà giải với niềm tin rằng nó sẽ mang lại cho họ cơ hội tốt nhất để đạt được sự thống nhất trong mọi trường hợp.

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

2. Hoà giải không….

Ngay cả bây giờ, hoà giải cũng có thể bị hiểu nhầm và nhận thức sai, điều đó có thể dẫn đến việc phản đối sử dụng hoà giải, ví dụ:

Hoà giải không phải là rào cản đối với tranh tụng hoặc trọng tài

Hoà giải không loại trừ việc sử dụng các phương thức giải quyết tranh chấp khác và không ai bị mất quyền của mình khi tham gia vào hoà giải.

Trong nhiều trường hợp, vụ kiện bắt đầu trước khi thủ tục hoà giải bắt đầu. Thủ tục tố tụng có thể hoặc có thể không bị ngừng để chờ kết quả hoà giải, và quy trình tranh tụng hoặc trọng tài có thể tiếp tục nếu không có quyết định hoãn hoặc các bên không có thoả thuận khác. Các bên đôi khi tranh tụng để cho thấy rằng họ nghiêm túc và sau đó đàm phán thông qua hoà giải.

Hoà giải không chỉ đơn thuần là nhượng bộ

Nhượng bộ có nghĩa là chia sự khác biệt ra ở giữa vốn không phải là từ mà các nhà đàm phán hoặc thân chủ của họ tôn trọngvà sử dụng. Hiếm khi mà hoà giải thực hiện dựa trên cơ sở này. Hoà giải viên có thể hỗ trợ các bên xây dựng những giải pháp có tính sáng tạo để giải quyết tranh chấp vốn không thể có được thông qua tranh tụng trên cơ sở lợi ích và nhu cầu của các bên và đánh giá thực tế những rủi ro hoặc trên cơ sở các tiêu chí khách quan.

Hoà giải không lãng phí thời gian nếu nó không thành

Nếu đạt được hoà giải thành, nó thường đạt được trong khoảng thời gian ngắn sau khi bắt đầu. Khoảng cách giữa các bên thường được thu hẹp trong hoà giải thông qua đàm phán và thông qua việc các bên hiểu rõ hơn về lập luận của bên kia và tự mình xem xét lại vụ việc của mình. Hoà giải luôn gắn liền những mong muốn với tính thực tiễn của nó và việc đi tới giải pháp phải cân nhắc đến những rủi ro, khía cạnh pháp lý và thương mại của việc không giải quyết bằng hoà giải.

Hoà giải luôn gắn liền với chi phí, đó là phí cho hoà giải viên, chi phí địa điểm và phí của tư vấn. Tuy nhiên, khi hoà giải thành không đạt được, công tác chuẩn bị cho hoà giải cũng rất hữu ích cho việc chuẩn bị cho phiên toà hoặc phiên họp, hoặc cho việc đàm phán hoà giải về sau. Hầu hết việc hoà giải diễn ra trong một hoặc hai ngày cho nên phí phát sinh đối với mỗi bên rất ít so với mất mát về thời gian quản lý và chi phí trong tố tụng.

Hoà giải không phải là biểu hiện của sự yếu kém

Luật sư sử dụng hoà giải hoà giải như một dịch vụ phụ thêm cho thân chủ của mình. Ngày nay, nó là một quy trình chủ yếu để giải quyết tranh chấp nhưng nó không phải là một lựa chọn mềm dẻo cho thân chủ hoặc cố vấn. Hoà giải là một giai đoạn đàm phán căng thẳng đòi hỏi sự linh hoạt, tập trung và tưởng tượng cũng như các kỹ năng thương mại và pháp lý khác. Đây là thách thức về trí tuệ và chuyên môn nhưng rủi ro thấp và khả năng thành công cao.

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

Hoà giải không cản trở các bên đưa nhau ra toà – theo cách thức nó đảm bảo cho việc này

Hoà giải vẫn đảm bảo cho các bên cơ hội được trình bày về vụ việc của mình cho nhau và cho bên thứ ba trung lập theo cách thức cho phép họ nhấn mạnh những khía cạnh đặc biệt quan trọng đối với họ và nếu họ muốn thì có thể thể hiện sự mạnh mẽ trong cảm xúc của họ. Hoà giải cho các bên một cơ hội tốt hơn để thực hiện điều đó chứ không phải là phiên toà chính thức trong đó chứng cứ được kiểm soát bằng quy định và lời khai bằng văn bản của nhân chứng có nghĩa là rất ít cơ hội cho các bên trình bày, trừ trường hợp khi có đối chất căng thẳng hoặc trong những trường hợp hãn hữu phải xem xét lại. Bên cạnh đó, hoà giải có thể diễn ra ngay từ lần đầu mà các bên gặp nhau trực tiếp khi tranh chấp bắt đầu và việc trình bày vụ việc trước mặt nhau thường là điềm báo để cải thiện trao đổi thông tin và vì vậy ảnh hưởng tới đàm phán và giải quyết tranh chấp.

Hoà giải là

Việc các bên tìm hiểu nhiều thông tin về nhau đôi khi lại bị coi là rủi ro của hoà giải, đặc biệt ở những nước mà thông tin nêu ra trong hoà giải không được luật bảo vệ như tài liệu mật.

Hoà giải cung cấp cho các bên về nội dung vụ việc của bên kia, nhưng phạm vi thông tin được nêu ra đều nằm trong sự kiểm soát của các bên. Trong thực tiễn, hiểu biết nhiều sẽ khiến hoà giải thành dễ xảy ra hơn và phần lớn các bên đều sẵn sàng chấp nhận rủi ro trong tầm kiểm soát khi cung cấp bổ sung thông tin. Việc các bên thông tin cho nhau trong quá trình chuẩn bị hoặc trong thời gian hoà giải có thể hỗ trợ cho việc đàm phán hoà giải. Các thông tin mới có thể được đưa ra, hấp thụ và đánh giá một cách có hiệu quả khi tất cả các bên và luật sư của mình đều có mặt tại phiên hoà giải. Tuy nhiên, không ai có mặt tại phiên hoà giải bị buộc phải nói điều gì hoặc tiết lộ cái gì mà họ muốn giữ riêng cho mình.

Hoà giải không phải là cái mà luật sư, người quản lý hoặc thẩm phán "lúc nào cũng làm"

Một luật sư hoặc một bên tiếp cận tới các thảo luận về giải quyết tranh chấp với tư cách là nhà đàm phán chứ không phải là một hoà giải viên. Cho dù hợp lý đến đâu hay họ tiếp cận như thế nào thì họ cũng không thể điều hành như một người trung lập. Một người trung lập là người tách rời khỏi vấn đề, cả về tình cảm và áp lực thương mại, và có thể quản lý quy trình tìm ra một giải pháp giải quyết tranh chấp theo cách thức khác so với các tiếp cận của các bên, luật sư hoặc những người quản lý tham gia vào tranh chấp.

Không giống như thẩm phán, hoà giải viên có quyền được các bên uỷ nhiệm và có thể thảo luận riêng với từng bên mà không vi phạm quy tắc công bằng tự nhiên bởi vì hoà giải viên không phải là người ra quyết định. Ngay cả khi thẩm phán hỗ trợ cho việc đạt được thoả thuận trong các phiên họp quản lý vụ án hoặc thẩm định trước phiên toà, thì điều này tất nhiên là thực hiện trong phạm vi và thuộc thẩm quyền, địa vị của thẩm phán và rất có thể ảnh hưởng đến nhận thức và quyết định của các bên.

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

Hoà giải không phải là tư vấn

Hoà giải viên và tư vấn tâm lý đều có chung một số kỹ năng cốt lõi, nhưng các quy trình của nó thì rất khác nhau và vai trò của họ cũng khác nhau hoàn toàn.

Cả hoà giải và tư vấn có thể diễn ra dưới nhiều hình thức khác nhau, nhưng nhìn chung hoà giải viên duy trì mối quan hệ trung lập với các bên, trong khi đó người tư vấn lại xây dựng mối quan hệ chặt chẽ với cá nhân thân chủ. Hoà giải viên hỗ trợ đàm phán về tranh chấp cụ thể, trong khi đó người tư vấn lại tham gia vào việc trao đổi tự do về chủ đề do thân chủ lựa chọn. Hoà giải viên cho phép đạt được thoả thuận và tư vấn thì tìm ra chiến lược đối phó. Hoà giải viên sử dụng các kỹ năng giải quyết vấn đề trong khi đó người tư vấn áp dụng kỹ năng phân tích tâm lý. Hoà giải viên ghi nhận cảm giác, trong khi đó người tư vấn lại khai thác và dựa chủ yếu vào tình cảm, cảm giác.

Hoà giải viên làm việc trong hàng loạt các chuyên ngành và mang đến cho hoà giải các kỹ năng và kinh nghiệm đáng giá của mình. Tuy nhiên, điều rất quan trọng là từng hoà giải viên phải nhận thức rõ ranh giới trong vai trò của họ để hoà giải viên, ví dụ như là luật sư, không có hành vi của người tư vấn cho bất kỳ bên nào tại bất kỳ thời điểm nào và hoà giải viên được đào tạo làm người tư vấn không ứng xử như là bác sỹ trị liệu.

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

IV. Cơ sở thiết yếu cho hoà giải

Bước ngoặt của hoà giải

Tính bảo mật và tự mình sở hữu giải pháp giải quyết tranh chấp của các bên, tính trung lập và không thiên vị của hoà giải viên cũng như cách tiếp cận tới các cá nhân thể hiện sự tôn trọng, thấu hiểu và chân thật tạo thành cơ sở cốt yếu cho công việc của hoà giải viên và làm cơ sở cho toàn bộ quy trì hoà giải.

Bảo mật

Thực tế, hoà giải là một quy trình bí mật và được tiến hành "không làm ảnh hưởng xấu đến các quy trình khác" là yếu tố căn bản.

Tính bảo mật thể hiện trên hai mức độ:

- Toàn bộ hoạt động hoà giải là riêng tư và được tổ chức bí mật. Những gì được đưa ra thảo luận đều được giữ bí mật và kết quả của nó chỉ được công bố nếu các bên đồng ý, và
- Không một thông tin riêng nào được chia sẻ với các hoà giải viên trong các cuộc gặp riêng với một bên có thể được chuyển cho người khác nếu không có sự cho phép rõ ràng của bên đó.

Điều này đặt trách nhiệm lên hoà giải viên phải bảo đảm tính bí mật và phải xử lý mọi thông tin một cách rất cẩn trọng. Một khi thông tin bị tiết lộ, bí mật của các bên sẽ không thể lấy lại. Nhìn chung có 3 cách để kiểm tra cái gì được giữ bí mật:

- Hỏi các bên những gì trong phiên họp riêng có thể được tiết lộ
- Hỏi các bên cái gì trong phiên họp riêng có thể được tiết lộ
- Chủ động xác định những thông tin cụ thể có thể hữu dụng khi chuyển cho bên kia và đề nghị cho phép tiết lộ thông tin đó.

Tiết lộ bí mật mà không được phép sẽ huỷ hoại uy tín của hoà giải viên và thậm chí có thể chấm dứt việc hoà giải. Con đường an toàn nhất là:

- Trừ trường hợp nhắc lại thông tin trong những tài liệu trao đổi hoặc từ phiên họp chung, thì phải giả định rằng mọi thông tin được nêu trong phiên họp bí mật không thể được chia sẻ và hoà giải viên phải có sự cho phép trước khi tiết lộ thông tin cho bên kia
- Sử dụng phương pháp tóm lược để nhắc lại những điểm chính cho cả bên đó và hoà giải viên để kiểm tra độ mật của thông tin tại từng phiên họp riêng.
- Nếu không chắc chắn, trở lại phòng riêng và kiểm tra với bên đó trước khi tiết lộ thông tin. Điều này đảm bảo rằng bạn không phá vỡ niềm tin và cũng là để nhấn mạnh cho các bên rằng bạn sẽ không tiết lộ bất kỳ cái gì được coi là bí mật để tăng cường niềm tin và khuyến khích các bên cởi mở hơn với mình trong các phiên làm việc riêng

Tất nhiên, để đạt được tiến bộ, đối thoại cần diễn ra giữa các bên tranh chấp. Điều này có thể bắt đầu với việc hoà giải viên đóng vai trò như là đường dẫn, và trong các tranh chấp gay gắt nó

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

vẫn có thể thực hiện như vậy. Nhưng trong hầu hết hoạt động việc hoà giải, các bên sẽ gặp nhau ở một giai đoạn nào đó và nói chuyện trực tiếp với nhau và trong một số hoạt động hoà giải thì nó được tiến hành trong nhiều thời điểm của hoạt động hoà giải.

Các bên sẽ trở nên bực tức và thất vọng nếu không có sự trao đổi thông tin giữa họ; điều này bảo vệ được tính bí mật nhưng lại hạn chế việc đạt được những tiến bộ. Điều này có thể xảy ra nếu hoà giải viên giữ bí mật của các phiên họp riêng một cách cứng nhắc và theo nghĩa đen của từ này mà không đi tìm sự cho phép của bên đó đối với việc tiết lộ thông tin. Nó cũng có rủi ro đó là hoà giải viên sẽ phải gánh nhiều trách nhiệm để hình thành lên một giải pháp - thu thập thông tin của cả hai bên mà không chia sẻ nó bởi vì cảm thấy an toàn hơn, và hy vọng cuối cùng sẽ đưa ra được câu trả lời mà mọi người đều chấp nhận. Một khi hoà giải viên thực hiện được vai trò đó, các bên có thể từ bỏ trách nhiệm của mình trong việc giải quyết tranh chấp của họ và dựa nhiều vào hoà giải viên. Vì vậy, hoà giải viên cần phải tìm ra cách thức để tạo ra đối thoại giữa các bên, giúp họ xây dựng hiểu biết lẫn nhau và trao đổi các ý tưởng.

Sở hữu của các bên

Một trong những điểm mạnh của hoà giải là các bên đóng vai trò chính trong quy trình và hoàn toàn kiểm soát được quyết định cuối cùng. Đối lập với tranh tụng trong đó hệ thống quy định chiếm ưu thế, các bên được đẩy ra bên ngoài hoặc ít có vị trí ở trung tâm và một người khác sẽ quyết định về kết quả giải quyết tranh chấp.

Hoà giải trao cho các bên quyền kiểm soát trên ba góc độ:

- Các bên thực chất đứng ở tâm của quy trình hoà giải: các phiên hoà giải chung điển hình và các phiên họp riêng trong phòng riêng của mỗi bên trong đó các bên tham gia một cách đầy đủ nhất theo như những gì họ mong muốn, nó đối lập với những gì diễn ra tại phiên toà trong đó các bên ngồi sau luật sư hoặc bị cô lập trong phòng nhân chứng.
- Sự tham gia là tự nguyện: các bên có thể lựa chọn thời gian của mình và chọn cái gì sẽ tiết lộ và họ thậm chí có thể rời bỏ quy trình hoà giải bất kỳ khi nào. Ngay cả khi việc tham gia không phải là tự nguyện, tức là theo yêu cầu của toà án hoặc hợp đồng, thì các bên vẫn kiểm soát được mức độ tham gia của mình và có thể rời bỏ quy trình này khi họ cảm thấy quy trình đó không mang lại kết quả. Đáng nói là phần lớn các bên sử dụng và phần lớn các bên đi tới hoà giải thành ngay cả khi họ không phải là người ban đầu tham gia một cách tự nguyện.
- Các bên tự quyết định giải quyết tranh chấp: Mặc dù hoà giải viên quản lý quy trình, nhưng các bên vẫn giữ kiểm soát định hướng và các bước của hoà giải. Vai trò của hoà giải viên là giúp các bên tìm ra giải pháp giải quyết tranh chấp của riêng mình. Hoà giải viên mang đến một góc nhìn rõ ràng về quy trình, bỏ qua các chi tiết và tình cảm mà các bên thường bị sa lầy; sự rõ ràng đó có thể giúp tạo ra những ý tưởng cho việc giải quyết tranh chấp. Tuy nhiên, các bên cần tự mình đi đến giải pháp cho riêng mình và theo cách riêng của mình, đồng thời hoà giải viên phải làm phép thử về mong muốn của các bên muốn có được giải pháp và đưa các bên đi đến đó. Các bên hiếm khi bộc lộ tất cả những gì thực

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

chất thúc đẩy họ và tại sao giải pháp này có khả năng được chấp nhận nhiều hay ít so với giải pháp khác. Một hoà giải viên mong muốn đạt được một giải pháp thì thường sẵn sàng khơi gợi các giải pháp thay thế, có thể là những giải pháp tốt hơn. Hoà giải viên cần tin tưởng rằng các bên là người biết nhiều nhất về vụ việc.

Vì vậy, việc trao quyền cho các bên và để họ tự mình sở hữu vấn đề cũng như giải pháp cho vấn đề đó là trọng tâm của quy trình hoà giải.

Trung lập và vô tư

Sự trung lập, vô tư và độc lập là tài sản quan trọng của hoà giải viên. Thông qua những giải thích và qua quá trình thể hiện, các bên cần hiểu về các khía cạnh này trong vai trò của hoà giải viên và những lợi ích mà nó mang lại. Hoà giải viên có hiệu quả không chỉ thực hiện công việc một cách vô tư mà phải thực sự vô tư trên cơ sở biết bỏ ra bên ngoài những giả định, định kiến và những phân tích về việc các cá nhân này có vấn đề gì hay không. Các bên thường coi đó là sự giảm bớt gánh nặng và tự do sử dụng một người nào đó để làm việc với người thực sự không đưa ra phán quyết.

Hòa giải viên phải thấu hiểu toàn bộ cảm xúc hoặc thực tế về vụ việc, không có lợi ích liên quan, không bảo vệ một vị trí nào, không phải giữ thể diện, không để lộ cảm xúc. Đó là một vị trí đặc quyền bởi các bên cuối cùng sẽ nhìn thấy tính trung lập của hòa giải viên và coi đó là lý do để các bên thay đổi vị thế công khai của mình và nói chuyện riêng với hòa giải viên để trao đổi về những điểm yếu của mình cũng như nhu cầu thực sự của họ. Khi các quan hệ được tạo lập và niềm tin được xây dựng thì các bên thường trở nên thoải mái và ít ở thế phòng thủ hơn và do vậy họ trở nên cởi mở hơn đối với những triển vọng mới và những động thái đi đến hòa giải thành. Nếu hòa giải viên bị coi là thiên vị thì quy trình hòa giải sẽ bị cản trở; do vậy, điều quan trọng đối với hòa giải viên là:

- Công bằng với các bên; điều này bao gồm việc tránh ý muốn dành nhiều thời gian cho bên dễ dãi khi phía bên kia tỏ ra khó khăn hoặc không thân thiện
- Đảm bảo rằng các câu hỏi được đặt ra không có tính chỉ trích hoặc phán xét
- Đảm bảo rằng phản ứng bằng lời hoặc phi ngôn ngữ của hòa giải viên đối với những bình luận của các bên không thể hiện rằng họ thiên vị.

Tính trung lập của hòa giải viên đôi khi cũng bị các bên thử thách khi hỏi hòa giải viên về ý kiến hoặc kiến nghị một giải pháp. Đối với hòa giải viên có kinh nghiệm thì có thể bình luận về một vấn đề cụ thể trong khi vẫn giữ được một vị thế trung lập. Tuy nhiên, quy tắc cơ bản đó là hòa giải viên cần tránh đưa ra quan điểm bởi vì sự trung lập của hòa giải viên phải được thể hiện công khai và thường xuyên được củng cố với các bên trong suốt quá trình hòa giải.

Tránh những giả định

Cùng với tính trung lập của hòa giải viên đó là sự cần thiết phải tránh đưa ra những giả định. Mọi người đều chịu sự chi phối của các yếu tố như môi trường, quan hệ và kinh nghiệm, và hòa giải viên cần phải quan tâm không để những ảnh hưởng đó tác động xấu đối với việc hòa giải. Ví dụ, sự rập

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

khuôn trong quan hệ về giới, chủng tộc, nghề nghiệp, địa vị kinh tế, độ tuổi, tôn giáo và các yếu tố khác là những căn cứ thông dụng để đi đến những giả định sai lầm. Hòa giải viên cần tự ý thức và tập trung để tránh những định kiến có thể ảnh hưởng tới thái độ và hành vi. Hòa giải viên cần hướng tới đối xử xử với mỗi người như là những cá nhân đáng được tôn trọng.

Hòa giải viên hầu như luôn đọc trước những tài liệu nền tảng và thường nói chuyện với các thông qua cố vấn của họ, nhưng điều quan trọng là cùng đi đến hòa giải với cách nhìn cởi mở và:

- biết được mối nguy hiểm của những ý tưởng định kiến về nội dung vụ việc
- biết được rủi ro do bị ảnh hưởng bởi, ví dụ như, sự trôi trảy trong bài trình bày hoặc sự cảm thông mang tính cá nhân với một bên hoặc một cá nhân nào đó
- sẵn sàng tư duy và có hành vi linh hoạt, không làm việc theo một khuôn mẫu cố định cho hòa giải hoặc sử dụng một cấu trúc cụ thể cho kết quả hòa giải thành
- nhận thức được việc đi đến tư duy hòa giải với suy nghĩ rằng bạn đã biết được câu trả lời.

Tôn trọng, thấu hiểu và chân thành

Hòa giải là một quy trình tự cho phép biến đổi. Nhà tâm lý học Carl Rodgers chỉ ra ba thái độ cốt lõi, trung tâm của con người làm cho quy trình có hiệu quả, đó là: tôn trọng, thấu hiểu và chân thành. Những thái độ này có tác động lớn đến quan hệ giữa hòa giải viên với các cá nhân và các bên.

Tôn trọng

Một bên có thể ngầm coi việc tham gia vào hòa giải như một sự chấp nhận yếu thế hoặc thất bại về phía mình. Nếu hòa giải viên thể hiện được sự tôn trọng thì người đó sẽ dễ dàng trở nên cởi mở và thành thực. Tôn trọng ở đây được thể hiện ở 2 cấp độ hoạt động đó là bên ngoài và bên trong. Thái độ của bạn đối với con người được coi là tôn trọng nếu bạn:

- quan tâm tới phúc lợi của họ
- nhìn mỗi người như một cá nhân chứ không chỉ là một bên trong quy trình hòa giải
- nhìn họ như là những người có thể quyết định số phận của chính mình
- giả định rằng con người có thiện chí, trừ trường hợp và cho đến khi điều đó được chứng minh là sai
- tạm ngừng đưa ra phán xét có tính chỉ trích;

và sự tôn trọng được thể hiện khi bạn:

- tham gia và lắng nghe tích cực một người nào đó nói
- sử dụng ngôn ngữ không có tính phán xét
- truyền đi những hiểu biết chính xác
- thể hiện sự nhiệt tình và thân thiện
- giúp người ta xác định và khai thác nguồn lực của mình
- khuyến khích vàủng hộ
- giúp các bên tự mình thực hiện các giai đoạn của tiến trình hòa giải.

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

Giữ được sự tôn trọng đối với các bên giúp xây dựng lòng tin và tạo môi trường trong đó họ dễ dàng bộc bạch những kế hoạch ngầm và sẵn sàng xử lý những vấn đề nhạy cảm.

Rất khó duy trì sự tôn trọng khi một ngườiứng xử theo cách hiếu chiến, gian manh, độc đoán, chỉ phá hoặc kích động. Tuy nhiên, hòa giải và sự tán đồng không giống như việc thíchhay bằng lòng. Hòa giải viên không phải chấp nhận những giá trị, ý kiến hoặc hành vi mà phải có sự quan tâm thực sự đến việc trao đổi với người đó. Hành vi của một bên có thể phảnánh cảm xúc và nhu cầu của họ tại thời điểm đó và hòa giải viên cần dung thứ, kiên nhẫn và đápứng nhiệt tình.

Tuy nhiên, tôn trọng không có nghĩa là bạn phải chấp nhận hoặc cho phép hành vi mà bạn hoặc bên khác thấy rằng nó hoàn toàn không thể chấp nhận được và hành vi đó có thể dễ dàng phá hủy quy trình, ví dụ như những phát biểu thiên lệch về giới hoặc chủng tộc hoặc các bình luận có tính sỉ nhục.

Thấu hiểu

Thấu hiểu là khả năng hiểu hoàn cảnh từ cách nhìn, quan điểm của một người và chuyển tải những hiểu biết đó cho người khác. Trong quá trình hoạt động kinh doanh, thường có áp lực phải thực hiện, làm đúng, bảo vệ vàáp đặt quan điểm riêng của mình. Tuy nhiên, đối với hòa giải viên thì lại khác và tập trung vào việc hiểu kỹ về những nhận thức của các bên khác nhau trong hòa giải. Điều này đòi hỏi hòa giải viên phải có sự quan sát, tập trung và khả năng tưởng tượng.

Thấu hiểu bao gồm hiểu những trải nghiệm, hành vi và cảm giác của người khác khi họ đã trải qua việc đó. Nó đòi hỏi khả năng đặt mình vào vị trí người khác; không phải là trở thành người khác mà là trải nghiệm hoàn cảnh của họ như là của mình. Từ “như là” ở đây rất quan trọng. Bạn phải biết được đầy đủ quan điểm của mình những phải cố gắng hình dung và hiểu suy nghĩ, cảm giác và hành vi của người khác từ góc nhìn của mình.

Thấu hiểu khác với đồng cảm. Đồng cảm là đồng ý với quan điểm của người khác và liên quan đến trạng thái cảm xúc. Sự thấu hiểu đòi hỏi một cách tiếp cận riêng rẽ hơn, giữ được sự tách biệt và không phải là chấp nhận luôn, nồngấm và không có tính phán xét.

Sử dụng sự thấu hiểu giúp ích cho việc trao đổi với người mà bạn hiểu được hoàn cảnh của họ và vì vậy nó là vô giá trong việc thiết lập và phát triển quan hệ với các bên. Để được coi là thấu hiểu, bạn cần lắng nghe đầy đủ nội dung những gì được nói:

- Trải nghiệm của con người - điều gì xảy ra nếu họ nhìn thấy nó
- Hành vi của con người - họ sẽ làm gì, đã làm gì và không làm gì
- Cảm giác hoặc cảm xúc phát sinh từ hoặc liên quan đến trải nghiệm hoặc hành vi đó.

Chân thành

Cũng giống như sự tôn trọng, sự chân thành là hành vi thể hiệnở hai cấp độ. Ở bên trong là thông qua sự thành thật đối với chính cảm giác của mình và về bề ngoài đó là thông qua những hành vi cởi mở, tự nhiên không phải phát sinh từ vai trò định sẵn hoặc cá tính. Bằng việc thể hiện mình

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

theo cách này, bạn trở thành hình mẫu cho người khác, khuyến khích họ làm như vậy và từ đó cả hai xây dựng mối quan hệ và tăng cường khả năng xử lý những rủi ro khi tiết lộ và thảo luận về những vấn đề khó khăn.

Bạn chân thành trong quan hệ với người khác khi bạn:

- Đáng tin
- tự nhiên nhưng không phải là mất kiểm soát hoặc bừa bãi
- giữ sự cởi mở và không phải đề phòng ngay cả khi bạn cảm thấy bị đe dọa
- không quá nhấn mạnh vị thế chuyên môn của mình
- nhất quán và tránh sự không thống nhất giữa các giá trị và hành vi của bạn, giữa những gì bạn nghĩ và cảm nhận với những gì bạn nói, trong khi đó vẫn phải giữ được sự khéo léo phù hợp
- sẵn sàng nêu ra những suy nghĩ, cảm giác của mình khi phù hợp.

Đây là những thái độ cốt lõi được hình thành thông qua sự cởi mở đối với những góp ý phản hồi từ người khác, sự biểu hiện và thói quen của cá nhân.

Kỹ năng trao đổi tạo dựng lên khả năng của hòa giải viên trong việc xây dựng báo cáo và thể hiện sự thấu hiểu sẽ được đề cập chi tiết trong chương “kỹ năng trao đổi để hòa giải hiệu quả hơn”.

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

V. Khung quy trình hoà giải

1. Một quy trình gồm 5 giai đoạn

Khung quy trình nổi trội với 5 giai đoạn của hoà giải và được nêu dưới đây. Phần còn lại của chương này sẽ dành để trình bày chi tiết hơn các giai đoạn này.

Giai đoạn chuẩn bị

Yêu cầu ban đầu

- Tham gia cùng với các bên hoặc cố vấn của họ
- Giải thích về quy trình
- Thuyết phục bên còn lưỡng lự

Hợp đồng hoà giải

- Lựa chọn hoà giải viên
- Thống nhất về các quy tắc nền tảng cho hoà giải, bao gồm: việc giữ bí mật, chi phí, thẩm quyền, đại diện và ảnh hưởng của quy trình này tới lịch trình tại toà án hoặc trọng tài
- Đi tới một cam kết chính thức tiến hành hoà giải
- Thống nhất và chi trả tiền phí hoà giải

Tiếp cận ban đầu và chuẩn bị

Hoà giải viên sẽ tiến hành tiếp xúc trước khi tiến hành hoà giả và thường là thông qua điện thoại với các nội dung:

- Tóm lược về quy trình
- Ai tham dự - và có kinh nghiệm về hoà giải trước đó hay chưa
- Địa chỉ sẽ được sử dụng – chính thức hoặc phi chính thức
- Ai sẽ khai mạc và trong thời gian bao lâu
- Có đàm phán giải quyết hoặc đề xuất đưa ra trước đó hay không
- Thông qua thoả thuận hoà giải
- Các thoả thuận về địa điểm, thời gian biểu và các thoả thuận mang tính thực tiễn khác
- Đôi khi có thể tổ chức các phiên họp trước khi hoà giải
- Các bên trao đổi và chuyển cho hoà giải viên văn bản tóm lược về vụ việc và cung cấp các tài liệu chứng minh, thường là với một số lượng do các bên thống nhất.

2. Giai đoạn chuẩn bị cho hoà giải

Có ba khía cạnh để xem xét trong từng giai đoạn hoà giải – quan hệ với các bên, quy trình và xem xét xử lý nội dung của tranh chấp.

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

Việc lựa chọn hoà giải viên rất quan trọng. Các bên có thể lựa chọn hoà giải viên trên cơ sở hồ sơ bằng văn bản của họ hoặc thậm chí thông qua phỏng vấn. Các bên có thể yêu cầu hoà giải viên phải là chuyên gia trong lĩnh vực tranh chấp vì điều này có lợi thế là họ quen với các thuật ngữ và thủ tục chuyên ngành và có thể làm các bên thoải mái. Thay vào đó, họ cũng có thể yêu cầu hoà giải viên có kinh nghiệm rộng có thể đứng đằng sau vụ việc, xử lý các bên khó tính, mang lại triển vọng thương mại và không đưa ra quan điểm hoặc được yêu cầu đưa ra ý kiến.

Thường thì có rất nhiều việc hoà giải viên hoặc hoà giải viên và nhà cung cấp dịch vụ hoà giải phải làm trước khi diễn ra phiên hoà giải. Đôi khi, một hoặc cả hai bên không chắc chắn hoặc lưỡng lự mà hoà giải viên hoặc nhà quản lý có kỹ năng và kinh nghiệm thì có thể đưa ra những đảm bảo hoặc khuyến khích, thuyết phục đối với các bên đó.

Tiếp xúc ban đầu

Tiếp xúc sớm với nhà cung cấp dịch vụ hoặc hoà giải viên cần phải mang lại cho các bên và cố vấn của họ cảm giác rằng họ được an toàn. Phong thái tự tin và vững vàng là điều cốt yếu.

Cần xác định các bên có người đại diện hay không hoặc có bên nào tham dự mà không có cố vấn không. Bên cạnh đó, điều quan trọng là phải xác định có thủ tục pháp lý nào đang diễn ra hay không và nếu có thì thủ tục đó có thể được tạm dừng hay không, có thời hạn được pháp luật quy định đối với quy trình đó hay không. Không nhất thiết phải dừng thủ tục tố tụng khác để tiến hành hoà giải mặc dù các bên thường đưa ra yêu cầu này.

Quá trình tiếp xúc cũng có thể thảo luận về các vấn đề như:

- Lựa chọn hoà giải viên (nếu hoà giải viên chưa được các bên chỉ định)
- Thời gian biểu cho hoà giải, một hay nhiều ngày
- Địa điểm hoà giải có thể được tất cả các bên chấp nhận
- Khẳng định về phí hoà giải và điều khoản thanh toán phí hoà giải
- Hoà giải viên phải tuân thủ bộ quy tắc ứng xử.

Thoả thuận tiến hành hoà giải

Thoả thuận tiến hành hoà giải đặt ra các điều kiện mà hoà giải sẽ diễn ra, bao gồm cả tính bảo mật, thẩm quyền giải quyết, sự miễn trừ của hoà giải viên và đặc quyền.v.v..

Dự thảo thoả thuận tiến hành hoà giải thường được gửi đi trong giai đoạn đầu để các bên có thể cân nhắc và đàm phán nếu cần có thay đổi theo khuôn mẫu chuẩn. Thoả thuận này thường được ký và có hiệu lực kể từ ngày tiến hành hoà giải.

Cho dù việc trao đổi trước hoà giải diễn ra là gì, mục đích và điều khoản của việc tiếp xúc trước khi hoà giải cần phải rõ ràng. Lý tưởng nhất là thoả thuận tiến hành hoà giải hoặc các hình thức thoả thuận bí mật khác cần được ký kết ngay từ đầu để đảm bảo rằng trao đổi, thảo luận diễn ra theo những điều kiện như trong thỏa thuận tiến hành hoà giải.Khi thoả thuận tiến hành hoà giải chưa được ký thì hoà giải viên sẽ điều hành hoạt động hoà giải trên cơ sở bí mật ngay từ tiếp xúc

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

đầu tiên với các bên hoặc cố vấn của họ và tiếp xúc đó trong bất kỳ trường hợp nào cũng vẫn được coi là "không ảnh hưởng xấu" và ưu ái hơn so với những thông tin được đưa ra sau đó.

Thoả thuận về địa điểm và thực tế

Các bên cần thống nhất về một địa điểm phù hợp. Một địa điểm trung lập có lẽ được các bên ưa thích mặc dù ngày càng có nhiều công ty luật có địa điểm phù hợp và các bên có thể sử dụng các địa điểm này cho phiên hoà giải. Phòng diễn ra phiên hoà giải cần phải tạo ra không khí thoải mái và tốt nhất là có ánh sáng tự nhiên. Mỗi bên cần có một phòng riêng giống nhau để có thể sử dụng làm căn cứ của mình và là nơi hoà giải viên sẽ gặp riêng với bên đó. Điều quan trọng là có thể sử dụng đến muộn trong trường hợp hoà giải kéo dài sau cả giờ làm việc.

Giải khát cũng quan trọng. Mỗi phòng cần có đồ uống, đồ ăn nhẹ để những người tham dự có thể duy trì được năng lượng ở mức độ cao. Một số hoà giải viên thích ăn ở phòng riêng. Một số người khác thì thích ăn tự chọn tập trung nhằm khuyến khích các bên gặp không chính thức trong khi giải lao. Ngồi ăn cùng nhau đôi khi có thể phá vỡ rào cản và thậm chí phục hồi quan hệ. Trong phần lớn các cuộc hoà giải, thường không có thời gian giải lao chính thức để dùng bữa trưa và tiến hành liên tục ở dạng này hay dạng khác trong suốt ngày làm việc

Tóm lược cho các bên và giúp các bên chuẩn bị

Sổ tay này mô tả tình huống thường xảy ra trong hoà giải tranh chấp thương mại trong đó có sự tham gia của luật sư. Sau khi đã được chỉ định, hoà giải viên sẽ tiếp xúc với các bên hoặc luật sư của họ. Hoà giải viên cần xây dựng mối quan hệ tin cậy, tin tưởng với các bên. Sổ tay cũng đề cập đến việc thu xếp tiến hành quy trình và có thể có một số khía cạnh về nội dung cũng sẽ được làm rõ.

Trước phiên hoà giải, hoà giải viên thường nói với luật sư qua điện thoại hoặc với các bên nếu không có luật sư tham gia. Sẽ rất hữu ích khi nói trực tiếp với các bên, và cũng đáng để gợi ý cho luật sư. Đôi khi các cuộc gặp trực tuyến qua điện thoại hoặc truyền hình cũng được sử dụng để thân chủ trao đổi với đội ngũ tư vấn và chuyên gia pháp luật. Một số bên hoặc hoà giải viên yêu cầu có các cuộc gặp trước khi hoà giải hoặc thăm thực địa. Các cuộc gặp trực tuyến hoặc gặp trước khi hoà giải có thể cho phép các bên tìm hiểu thông tin trước khi tiến hành hoà giải, khởi động quá trình một cách thuận lợi và tiết kiệm thời gian cho ngày hoà giải.

Tiếp xúc trước khi hoà giải tạo cơ hội để trao đổi một vài hoặc tất cả những vấn đề sau:

- Giới thiệu lẫn nhau và để hoà giải viên hình thành quan hệ
- Tìm hiểu xem các bên đã từng hoà giải chưa và kỳ vọng của các bên là gì
- Giải thích về quy trình, cách tiếp cận và phong cách của hoà giải viên; đưa ra khái lược về những gì sẽ diễn ra trong ngày hoà giải và giải thích những băn khoăn của các bên
- Thảo luận về thẩm quyền, ai là người có đủ thẩm quyền tham dự và vai trò của người có quyền quyết định
- Tìm hiểu thông tin về mối quan hệ trong đội hình của một bên cũng như với bên kia

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

- Hiểu được cơ sở và điều kiện để tiến hành hoà giải; những thảo luận trong hoà giải và đề xuất trước đó, những điểm đặc biệt trong tranh chấp và có thể cái cản trở các bên đi đến giải quyết tranh chấp
- Đề nghị các bên chuẩn bị các thông tin về chi phí và tiến hành phân tích những rủi ro
- Thống nhất về các văn bản được sử dụng
- Nói cho các bên biết rằng hoà giải viên có thể kiểm tra vị trí của họ và các lựa chọn về vai trò của hoà giải viên
- Tư vấn và hướng dẫn các bên chuẩn bị cho hoà giải; tóm tắt về vụ việc, làm thế nào để họ sử dụng phiên họp chung một cách hiệu quả nhất, trao đổi về việc ai sẽ đưa ra trình bày khai mạc và kéo dài bao lâu.
- Khuyến nghị các bên đưa ra hoặc thậm chí trao đổi dự thảo thoả thuận hoà giải thành trong một khuôn mẫu phù hợp để có thể thảo luận trong ngày hoà giải.

Tài liệu

Mỗi bên thường tự mình chuẩn bị một báo cáo tóm tắt về vụ việc của mình và gửi cho hoà giải viên cũng như cho bên kia trước thời điểm đã thoả thuận trước khi tiến hành phiên hoà giải. Báo cáo tóm tắt này thường dài từ 2 đến 10 trang và thường là tài liệu có giá trị để tập trung các bên vào những vấn đề thực sự đang có tranh chấp. Thông thường, các bản tóm tắt này sẽ kèm theo là các tài liệu chứng minh. Một số bên tự đưa ra và một số hoà giải viên lựa chọn cách hỏi các tài liệu mật mà chỉ hoà giải viên được đọc.

Mỗi hoà giải viên cần phải tìm cách tạo sự cân bằng giữa chuẩn bị đầy đủ chi tiết để hiểu về tranh chấp và được coi là cập nhật thông tin, nhưng tránh chìm đắm trong các tiểu tiết. Mức độ đọc và chuẩn bị cho hoà giải là tuỳ thuộc vào lựa chọn của mỗi hoà giải viên và các bên trong từng vụ việc.

Một số hoà giải viên thấy việc tóm tắt tranh chấp vào trong một mặt giấy, sử dụng bản đồ tư duy hoặc các kỹ năng khác sẽ có ích. Một số hoà giải viên khác đề nghị các bên cung cấp danh mục các tài liệu cơ bản cần đọc, có thể là 8 hay10 tài liệu trong rất nhiều tập tài liệu. Một ý tưởng khác cho công tác chuẩn bị đó là dành thời gian xác định những giả định của mình sau khi đã đọc tài liệu để rồi có thể nhận diện ra chúng và đặt chúng ra ngoài lề.

Việc hoà giải là công việc khó khăn và công tác chuẩn bị rất quan trọng. Thời gian đầu tư vào việc chuẩn bị của hoà giải viên và các bên sẽ khiến quy trình diễn ra thuận lợi và có thể đẩy nhanh con đường đi đến hoà giải thành.

Tuy nhiên, việc chuẩn bị quá kỹ có thể xen vào và ảnh hưởng đến việc hoạt động có hiệu quả với tư cách là một hoà giải viên; làm xáo trộn tư duy, cho phép các giả định đi vào hiểu biết và cản trở hoà giải viên tập trung hết sức vào những gì đang diễn ra.

Việc chuẩn bị tốt sẽ cho phép hoà giải viên thấy thoải mái và dành năng lượng cũng như sự quan tâm của mình vào quy trình và giúp các bên có được sự thoải mái đó.

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

Chuẩn bị cho ngày hoà giải

Trong ngày hoà giải, phần lớn hoà giải viên đều muốn đến sớm, đi quanh toà nhà và bố trí phòng họp chính, sắp xếp chỗ ngồi và các yếu tố khác.

Khi có cán bộ hỗ trợ, hoà giải viên cần thống nhất nguyên tắc chung về việc trợ lý sẽ làm những công việc gì trong ngày hoà giải. Hoà giải viên cũng có thể làm cái gì đó mà anh ta/cô ta muốn tự mình làm, ví dụ như chào hỏi các bên viết lên bảng. Chương tiếp theo của Sổ tay sẽ đề cập đầy đủ hơn về vai trò của trợ lý cho hoà giải viên.

Hoà giải viên cần kiểm tra:

- Công tác chuẩn bị đón tiếp – các bên cần được hướng dẫn đến phòng riêng của mình
- Phòng hoà giải – địa điểm, tính riêng tư, nhiệt độ, sắp xếp chỗ ngồi, điện thoại, bảng ghi, bút
- Chuẩn bị đồ ăn/uống nhẹ cho ngày hoà giải
- Địa điểm nhà vệ sinh và khu vực hút thuốc.

Hoà giải viên cần có cảm giác sẵn sàng cho việc bắt đầu ngày làm việc.

3. Giai đoạn mở đầu hoà giải

Gặp các bên

Hoà giải viên sẽ gặp các bên ở khu vực lễ tân hoặc trong phòng riêng của họ. Nếu không tiếp xúc với các bên mà chỉ tiếp xúc với cố vấn của họ trước ngày hoà giải, thì việc giới thiệu đặc biệt quan trọng và việc sử dụng tên gọi cần phải được thống nhất. Hoà giải viên thường cung cấp thông tin tại giai đoạn này về họ dự kiến những gì diễn ra, cũng như kiểm tra các thông tin thực tế và nhu cầu của các bên; ví dụ như giải lao để hút thuốc hoặc thời gian đểxử lý .

Các bên cần thời gian để ổn định và tập hợp người trong nhóm mình. Khi họ đã sẵn sàng, hòa giải viên sẽ gặp riêng từng bên và đảm bảo rằng tất cả các bên biết điều gì xảy ra và theo trình tự nào. Hòa giải viên cần biết nhu cầu cụ thể của từng bên, ví dụ như tạm ngừng để hút thuốc hoặc thời gian để trấn tĩnh hoặc giải quyết những khiếm khuyết. Hòa giải viên cần làm bất kỳ những gì cần thiết để các bên cảm thấy thuận tiện và thoải mái.

Các cuộc gặp riêng ban đầu

Trong các cuộc gặp riêng ban đầu, hòa giải viên có thể trao đổi về việc ký thỏa thuận tiến hành hòa giải, xác định về thẩm quyền, tên gọi của những người tham gia và có giới hạn về thời gian hay không. Hòa giải viên cũng có thể đề xuất khả năng kết hợp các cuộc gặp một cách khác nhau, gặp chung và gặp riêng, và trao đổi về bất kỳ vấn đề gì mà các bên đưa ra.

Hòa giải viên cần thu xếp gặp các bên tham gia cuộc gặp chung đầu tiên, nếu có tổ chức, trong đó khẳng định bên nào sẽ đưa lời phát biểu trước và ai sẽ là người phát biểu mở đầu cho từng

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

nhóm. Đôi khi, những cuộc gặp riêng như này rất ngắn trong nhiều trường hợp khác thì các cuộc gặp ban đầu thường kéo dài hơn; hoặc là hàng loạt các cuộc gặp riêng diễn ra trước khi các bên đi đến với nhau.

Phiên họp chung đầu tiên

Trong quá trình chuẩn bị, hòa giải viên cần suy nghĩ về việc các bên sẽ ngồi ở đâu trong phiên họp đầu tiên, có thể sắp xếp chỗ ngồi theo hướng cho phép mỗi nhóm đều cảm thấy thoải mái, đồng thời để cho họ có thể nói với đúng người. Các bên ngồi cạnh nhau hay đối mặt với nhau, đối diện hay là ngồi hai bên của hòa giải viên? Điều này rất quan trọng. Phòng họp và bàn có thể cho thấy việc bố trí chỗ ngồi sẽ được sắp xếp như thế nào, nhưng hòa giải viên cần quyết định bố trí theo cách tốt nhất để khuyến khích sự trao đổi giữa các bên. Có thể phải quản lý rất nhiều người hoặc nhiều bên, nhưng hòa giải viên là người quyết định ai sẽ ngồi đâu.

Đôi khi, sau khi tham vấn với các bên, hòa giải viên có thể quyết định rằng không phải tất cả mọi người trong nhóm của mỗi bên đều tham gia vào phiên họp khai mạc; nhưng cũng có thể sử dụng cuộc gặp đó như là cơ hội để mọi người biết người mà mình sẽ làm việc cùng trong thời gian hòa giải.

Về cách thức mời người liên quan vào phòng họp chung, có thể tiến hành giới thiệu nhau không chính thức ngay từ cửa. Cũng rất hữu ích khi thay đổi chỗ ngồi cho những phiên họp chung tiếp theo để thay đổi sự năng động và mang lại cảm giác khác lạ cho cuộc gặp.

Những điểm khác cần cân nhắc ngay từ đầu là:

- Duy trì sự quản lý chặt chẽ hợp lý đối với thủ tục. Bạn là người hỗ trợ tiến hành quy trình được trao nhiệm vụ tạo môi trường có lợi cho việc tham gia và trao đổi. Các bên sẽ nhìn vào cách bạn thực hiện việc kiểm soát và điều hành một quy trình công bằng trong đó ý kiến trình bày của mọi người đều được lắng nghe. Cân bằng điều này với việc ai cũng có thể nói - người nào đó mà các bên có thể nói và muốn làm việc cùng.
- Sử dụng trực giác của bạn. Không ai có thể viết kịch bản cho cuộc hòa giải và tình huống phát sinh đòi hỏi sự khéo léo xử lý và tính sáng tạo. Hãy thể hiện sự linh hoạt và tính chính danh của mình.
- Giảm tối thiểu việc ghi chép. Ghi chép làm mất đi tiếp xúc trực giác và tập trung vào những gì người khác đang nói. Nếu cần, hay dùng thời gian giữa các cuộc gặp để ghi chép lại thông tin.
- Hòa giải viên tạo ra bối cảnh và phong thái của ngày hòa giải.

Mở đầu của hòa giải viên

Việc mở đầu của hòa giải viên có bốn mục đích chính:

- Tạo ra bầu không khí cho hòa giải nên cần sử dụng ngôn ngữ tích cực nhất có thể
- Xác định vai trò và thẩm quyền của hòa giải viên
- Nhấn mạnh căn cứ pháp lý cho việc hòa giải

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

- Để bắt đầu đối thoại giữa các bên.

Hòa giải viên thường chuẩn bị trước phát biểu mở đầu của mình. Hãy chuẩn bị danh mục các vấn đề cần nói trong phát biểu mở màn của mình, có thể bao gồm:

- Giới thiệu và cách xưng hô
- Vai trò của hòa giải viên – vô tư, hỗ trợ trao đổi và giúp các bên đàm phán
- Phiên hòa giải sẽ tiến hành như thế nào, thời gian việc sử dụng linh hoạt các phiên họp riêng và họp chung
- Các nguyên tắc mà mọi người đồng ý: bí mật, không định kiến; không có tính ràng buộc cho đến khi thỏa thuận được làm thành văn bản và được ký; các bên có quyền đi đến thỏa thuận hòa giải thành; các bên là người đưa ra quyết định.

Cho dù phát biểu mở đầu được chuẩn bị kỹ như thế nào đi chăng nữa thì hòa giải viên vẫn phải đủ linh hoạt để làm khác đi nếu thấy cần thiết. Việc mở đầu của hòa giải viên có thể kết thúc để có thời gian cho đối thoại và tất nhiên là để đưa ra các câu hỏi. Trong một số trường hợp, cuộc họp có thể cần tạm ngừng hoặc hủy bỏ và trong trường hợp khác thì có thể kéo dài hết buổi sáng. Khai mạc của hòa giải viên nên ngắn gọn, có thể chỉ là vài phút, nhưng cần tạo một môi trường có lợi cho việc trao đổi có hiệu quả và chính hòa giải viên là người dẫn dắt phiên họp. Việc khai mạc không tốt có thể có ảnh hưởng tiêu cực lâu dài đến các bên và cả quy trình. Nếu được trình bày hợp lý, khai mạc của hòa giải viên có thể giúp xua tan những nghi ngờ, nâng cao mức độ thoải mái của các bên và bắt đầu thúc đẩy bầu không khí hợp tác giữa các bên.

Tạo ra sắc thái cho phiên hòa giải

Hòa giải viên có vai trò quan trọng trong việc tạo ra sắc thái cho phiên hòa giải trong đó khuyến khích sự tham gia, tôn trọng và tương tác hữu ích. Trong lý tưởng, hành vi của hòa giải viên sẽ trở thành hình mẫu để các bên và người khác trao đổi với nhau trong quá trình hòa giải. Những hành vi có tính bao quát như tiếp xúc bằng ánh mắt với những người ngồi quanh bàn, có phản hồi đối với những tín hiệu không lời, và đảm bảo rằng mọi người có cơ hội để kiểm chứng lại hiểu biết của mình về quy trình cũng như sử dụng một chút hài hước sẽ góp phần làm cho môi trường có lợi hơn cho việc hợp tác giữa các bên. Mức độ thư thái và năng lượng của hòa giải viên sẽ có tác động nhất định hình thành lên mục tiêu để đạt được những tiến triển trong hòa giải.

Xác định thẩm quyền và vai trò của hòa giải viên

Thông thường, các bên sẽ chỉ định hòa giải viên cho nên không cần thiết phải giới thiệu chi tiết. Các bên cũng xác định trước rằng hòa giải viên không có xung đột về lợi ích khi tham gia hòa giải. Nếu xuất hiện khả năng xung đột lợi ích trong khi hòa giải thì cần phải ngay lập tức thảo luận với các bên. Hòa giải viên không thể bỏ qua việc này với hy vọng rằng nó sẽ không bị phát hiện hoặc không có ảnh hưởng gì bởi xung đột lợi ích này có thể làm phá hủy danh tiếng của hòa giải viên cũng như niềm tin của các bên vào quy trình hòa giải.

Về vai trò của hòa giải viên, tốt nhất cần làm rõ rằng vấn đề thuộc về các bên và do các bên gánh chịu. Họ còn phải có trách nhiệm làm việc cùng với nhau để tìm ra một giải pháp. Một số hòa giải

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

viên còn nêu rõ về vai trò của họ là đánh giá và kiểm tra vị thế, ý tưởng và các giải pháp. Thẩm quyền của hòa giải viên chủ yếu được hình thành qua việc thể hiện sự tự tin, sự sẵn sàng và nhuần nhuyễn với quy trình.

Nhấn mạnh các quy tắc nền tảng – các nguyên tắc

Thông thường, có thể tóm tắt các quy tắc nền tảng như:

- Người có quyền quyết định cần đóng vai trò tích cực trong hòa giải và làm việc với hòa giải viên để tìm ra giải pháp; các bên có quyền kiểm soát đối với kết quả đầu ra
- Quy trình không tạo ra định kiến và những gì được nói ra hay nhìn thấy trong quy trình hòa giải mà không được phép công bố thì được coi là bí mật nếu tranh chấp được chuyển qua thủ tục tố tụng.
- Quy trình hòa giải phải bí mật dưới hai góc độ. Những gì xảy ra trong hòa giải là bí mật đối với các bên và hòa giải viên trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác. Các cuộc gặp riêng giữa hòa giải viên và từng bên là bí mật hoàn toàn, trừ trường hợp hòa giải viên được phép chuyển tiếp thông tin đó. Tất cả những người có mặt phải tuân thủ thỏa thuận. Họ sẽ tự mình ký vào thỏa thuận hoặc có đại diện thay mặt cho cả nhóm ký vào.
- Không cái gì được coi là cuối cùng hoặc có tính ràng buộc cho đến khi một thỏa thuận được làm thành văn bản và được ký. Điều này cho phép các bên tự do tìm kiếm ý tưởng và các lựa chọn mà không bị ràng buộc vào chúng. Nó đưa vào cách tiếp cận "cái gì xảy ra nếu…" vốn rất có giá trị trong hòa giải.
- Khẳng định rằng tất cả các bên đã tuyên bố họ có đủ thẩm quyền để giải quyết tranh chấp. Nếu vấn đề thẩm quyền phát sinh ở bất kỳ giai đoạn nào thì hòa giải viên cần phải trao đổi tính thực tế của nó, ví dụ như tiếp cận với bên kia ngoài thời gian hòa giải nếu cần thiết phải thay đổi cấp có thẩm quyền. Hòa giải viên có thể đề cập đến các thỏa thuận cụ thể trong vụ việc đó về thẩm quyền khi khai mạc nếu được các bên liên quan cho phép.

Phác thảo hoạt động trong ngày hòa giải – quy trình

Hòa giải viên có thể khuyến khích các bên tận dụng các cơ hội trong ngày hòa giải. Đây là cơ hội đặc biệt để kết thúc tranh chấp và các thủ tục có liên quan và thống nhất về những giải pháp mà không thể đạt được ở bất kỳ đâu. Điều quan trọng đối với hòa giải viên đôi khi là nắm và quản lý được kỳ vọng, ví dụ như, bằng việc nói rằng phiên hòa giải có thể khó khăn, căng thẳng và các bên có thể không đạt được tất cả những gì mình muốn, nhưng cần phải tìm ra một giải pháp mà các bên đều có thể chấp nhận được.

Cũng rất hữu ích khi vẽ ra một bức tranh về ngày hòa giải với những quy trình rất linh hoạt và không có thủ tục nào cứng nhắc, như dành thời gian trao đổi riêng trong nhóm mà không có hòa giải viên, trong phòng riêng với sự tham gia của hòa giải viên đi lại giữa hai bên, hoặc với sự tham gia của tất cả các bên quanh bàn, hay tổ chức các phiên họp với sự tham gia của các thành viên khác nhau trong các nhóm. Ví dụ, có thể là luật sư làm việc cùng với nhau về những vấn đề cụ thể trong khi đó những nhân vật khác dành thời gian trao đổi với nhau về những vấn đề khác.

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

Bằng việc đưa ra những khả năng này, hòa giải viên thấy và quản lý được kỳ vọng của các bên và giảm thiểu những nhân tố bất ngờ cho các bên.

Ở các đoạn ngừng trong khi phát biểu khai mạc, hòa giải viên cần cho các bên cơ hội đặt ra câu hỏi để qua đó xác định được tầm quan trọng của sự rõ ràng và hiểu biết về quy trình.

Tóm lại, việc khai mạc của hòa giải viên cần tích cực và tự tin để các bên cảm thấy rằng họ đã trao cho đúng người.

Phát biểu khai mạc của các bên

Sau phát biểu của hòa giải viên, mỗi bên thường đưa ra phát biểu khai mạc của mình. Hòa giải viên phải thống nhất với các bên trước về việc ai sẽ phát biểu trước – thông thường là người đưa ra yêu cầu – và người nào trong nhóm sẽ thực hiện phát biểu này.

Cho dù ai là người phát biểu thì hòa giải viên vẫn có thể:

- nhắc lại cho các bên biết về thời gian mà mỗi bên có cho phát biểu khai mạc của mình như đã được thống nhất trước
- đề nghị người nghe chú ý tập trung vào những gì sẽ nói và gợi ý rằng họ có thể ghi chép những ý tưởng và sẽ có thời gian để trao đổi sau khi kết thúc phần phát biểu khai mạc
- khuyến khích các bên nói trực tiếp với nhau
- mời các thành viên khác của nhóm bổ sung những gì đã trình bày.

Nếu thấy rằng các bên có những cảm xúc mạnh mẽ đối với tranh chấp, hòa giải viên có thể thừa nhận điều này một cách cởi mở. Hòa giải viên không nên sợ những cảm xúc mạnh mẽ đó, cơ hội để thể hiện và giải thích về cảm giác mãnh liệt đó có thể giúp ích cho các bên và cho quy trình hòa giải.

Trong khi các bên trình bày, hòa giải viên cần thể hiện sự quan tâm trực diện đến người nói. Điều này có nghĩa là ghi chép càng ít càng tốt và giữ tiếp xúc bằng mắt với người nói. Cũng rất có ích nếu hòa giải viên thỉnh thoảng lướt mắt quanh bàn - bởi ai đó có thể cần được ghi nhận bằng những cử chỉ phi ngôn ngữ, ngắn gọn rằng sự tức giận hoặc không đồng ý của họ đã được chú ý.

Hòa giải viên cần điều hành phần trình bày bằng việc lần lượt mời mỗi đội phát biểu, lắng nghe, giữ ánh mắt giao tiếp nhẹ nhàng đúng lúc và cảm ơn từng người đã trình bày.

Sau phần phát biểu khai mạc, hòa giải viên có thể khuyến khích các bên tiếp tục trao đổi và cho phép đối thoại giữa các bên được tiến hành miễn là nó có tính xây dựng. Cũng có thể hữu ích khi tạo ra một cái gọi là chương trình cho ngày hòa giải, có thể đơn giản là cùng với các bên lên danh sách về những lĩnh vực cần xử lý để đi đến một giải pháp. Đây có thể là bước đầu tiên để đi đến hợp tác giải quyết vấn đề. Quy trình linh hoạt, nên hòa giải viên có thể quyết định tiếp tục phần họp chung với các bên hoặc có thể tạm ngừng trước khi triệu tập họp lại hoặc để tổ chức các phiên họp riêng với từng bên.

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

Cuối phiên họp chung ban đầu, hòa giải viên có thể nhắc các bên về mức độ bí mật cao hơn trong các phiên họp riêng. Hòa giải viên cần quyết định ai là người mình sẽ gặp trước khi bắt đầu phiên họp riêng và công bố điều này một cách tự tin tại cuộc họp chung hoặc với từng bên trong phòng riêng của họ. Đôi khi, đặc biệt là trong hòa giải nhiều bên, thời gian biểu cho các cuộc họp riêng là rất cần thiết. Cho dù hòa giải viên quyết định như nào đi nữa thì các bên rời phiên họp chung ban đầu cần phải có cảm giác tin tưởng rằng hòa giải viên sẽ điều hành ngày hòa giải một cách có hiệu quả.

4. Giai đoạn tìm hiểu thông tin trong hòa giải

Giai đoạn tìm hiểu thông tin có thể bắt đầu sau khi kết thúc phiên khai mạc, trong đó hòa giải viên có thể thử xây dựng một chương trình làm việc cho cả ngày, có thể bằng việc sử dụng bảng viết. Một số điểm chung có thể được nêu ra cũng như những vấn đề còn tranh chấp và những vấn đề gì cần trao đổi để đạt được một thỏa thuận. Tuy nhiên, ngay cả khi các bên đã làm việc cùng với hòa giải viên theo cách này thì từng bên vẫn có thể muốn trao đổi với hòa giải viên về những vấn đề bí mật trong phòng riêng an toàn.

Đôi khi, hòa giải viên có thể muốn đi thẳng từ phần mở đầu đến ngay phần mặc cả, đặc biệt là khi các bên hoặc cố vấn của họ muốn làm như vậy, hoặc khi vấn đề dường như đơn giản. Tuy nhiên, giai đoạn khám phá vẫn có những mục đích quan trọng, bao gồm cả việc xác định những lợi ích chính yếu sẽ cho biết quyết định của các bên về việc giải quyết tranh chấp.

Đàm phán đôi khi mới chỉ tiến hành sơ bộ trước khi hòa giải hoặc đã thất bại và các bên cần sự giúp đỡ của hòa giải viên để làm rõ những gì họ muốn đạt được và điểm tốt nhất mà họ có thể bắt đầu hoặc bắt đầu lại. Vai trò của hòa giải viên ở đây thường là bình thường hóa việc hòa giải đó và cho phép các bên tiếp cận vụ việc theo một cách khác.

Cơ bản, giai đoạn tìm hiểu này gồm một số cuộc gặp và tập trung vào:

- **trao đổi với từng bên và nhóm của họ**: về quá khứ, hiện tại và tương lai, về tình tiết mà họ thấy và cảm xúc của họ; về hàng loạt các vấn đề như: pháp lý, thương mại, cá nhân
- **tiếp tục xây dựng lòng tin:** hòa giải viên cần phải xây dựng và củng cố quan hệ đã có để có được sự tin tưởng của mỗi bên rằng hòa giải viên không thiên vị và có thể tin tưởng để cung cấp các thông tin mật, bao gồm cả việc trao đổi về những điểm yếu, mặc dù thông thường không phải ngay trong phiên họp đầu tiên
- **cơ hội để bộc lộ cảm xúc:** hòa giải viên xây dựng lòng tin bằng việc kiên trì ghi nhận và thừa nhận cảm xúc của các bên
- **xác định những vấn đề quan trọng:** các bên rất dễ dàng mất phương hướng về vấn đề thực chất là gì khi tranh chấp bao trùm và phức tạp; hòa giải viên cần cố gắn hiểu vấn đề thực sự còn vướng giữa các bên là gì
- **phân biệt giữa nhu cầu của mỗi bên với mong muốn và quyền họ yêu cầu:** hòa giải viên cần khuyến khích mỗi bên xem xét lại nhu cầu và lợi ích của mình, tưởng tượng và cân

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

nhắc đến những gì mà phía bên kia cần. Xây dựng lên những viễn cảnh và giúp các bên làm như vậy là kỹ năng sống còn đối với hòa giải giải viên

- **kiểm tra chất lượng của việc trao đổi trước đây và cải thiện nó:** hòa giải viên có thể giúp các bên cung cấp thông tin cho nhau và có được một bức tranh rõ ràng hơn về cách mà mỗi bên nhìn nhận về sự việc
- **vén màn những chương trình giấu kín:** tìm ra động lực của một bên có ý nghĩa lớn đối với hòa giải viên - thậm chí cố vấn của một bên đôi khi cũng thấy bất ngờ về cái mà thân chủ mình đưa ra. Hòa giải viên cần phải được cảnh báo về những tín hiệu và manh mối có thể giúp họ tìm ra được nhu cầu thực sự và từ đó đi đến những trao đổi về cái gì có thể thực sự đáp ứng được những nhu cầu này.
- **Xây dựng chiến lược để đạt được thỏa thuận:** trong giai đoạn khám phá, hòa giải viên có thể bắt đầu làm việc với các bên để phác họa về hình dạng tổng thể của thỏa thuận giải quyết tranh chấp mà không đặt ra bất kỳ một chỉ số nào trong giai đoạn này và luôn để mở khả năng cho con đường khác để đi đến hòa giải. Sau đó, các chi tiết cụ thể của thỏa thuận có thể được hình thành ở những tốc độ khác nhau.
- **chuẩn bị cho phần kiểm tra thực tế và quay trở lại đánh giá rủi ro:** điều cơ bản đối với hòa giải viên là có sự hòa hợp tốt trước khi kiểm tra về những điểm yếu của một bên trong vụ việc hoặc trao đổi về việc đánh giá rủi ro ở mức độ chi tiết. Việc hòa giải giải quyết tranh chấp hầu như luôn bao gồm sự điều chỉnh về vị thế dựa trên nhận định mới về rủi ro. Nêu ra việc đánh giá thực tế như là một hoạt động trong giai đoạn sau của quy trình (có thể là trong giai đoạn mặc cả, nếu các bên sa lầy) có thể chính thức hóa nó và quản lý được kỳ vọng của các bên - mặc dù một số hoạt động hòa giải được tiến hành mà không có những trao đổi khó khăn bởi vì các bên đã đánh giá lại rủi ro của mình và đi đến thỏa thuận hòa giải thành với sự hỗ trợ của hòa giải viên theo những con đường khác.

Sử dụng các phiên họp chung và riêng

Hòa giải viên cần định lượng lợi thế và bất lợi xảy ra khi quyết định khi nào thì làm việc chung và khi nào thì làm việc riêng. Không có một mẫu hình nào cố định. Hòa giải có thể bao gồm bất kỳ hình thức nào, từ việc tiến hành phiên họp chung kéo dài đến việc tổ chức hàng loạt các phiên họp riêng với các bên. Thông thường là sự kết hợp cả hai, nhưng việc cân bằng giữa hai hình thức này cần đượcđiều chỉnh theo cách tiếp cận của các bên đối với tranh chấp và đối với nhau và không phải bởi vì cá nhân hòa giải viên thích làm theo cách này hay cách khác.

Mặc dù vẫn giữ trách nhiệm chung đối với quy trình, nhưng hòa giải viên cần sẵn sàng trao cho các bên quyền lựa chọn. Một bên có thể không thích gặp với đối thủ trong một cuộc họp chung bởi vì lịch sử phức tạp của tranh chấp. Hòa giải viên có thể khuyến khích bên đó rằng cuộc họp có thể đưa đến cơ hội để tiến triển bằng việc hứa rằng sẽ chủ trì phiên họp một cách chặt chẽ với các mục đích và quy trình rõ ràng. Cuối cùng, các bên là người quyết định đồng ý tham dự phiên họp chứ không phải là do hòa giải viên nài nỉ.

Phiên họp chung cho phép mọi người được nhìn và nghe thấy những gì đang diễn ra và lựa chọn cách thức góp phần giải quyết tranh chấp và vai trò trung lập của hòa giải viên đơn giản là lắng

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

nghe và ghi nhận. Đối với hòa giải viên, phiên họp chung dường như rất rủi ro, những vấn đề không tính tới có thể xảy ra, do vậy cần phải có kỹ năng quản lý con người và quy trình. Thêm vào đó, các bên khôngdễ bộc lộ những điểm yếu trên bàn thảo luận và các cuộc thảo luận có thể dễ dàng bị sa lầy hoặc đổ vỡ, có thể nảy sinh tức giận hay nổi nóng. Nhưng, phiên họp chung thường là cách thức sử dụng có hiệu quả thời gian và là cách thức hiệu quả để truyền tải thông tin giữa các bên và hình thành lên những ý tưởng.

Hòa giải viên có thể khuyến khích các bên tổ chức hoặc tham gia vào phiên họp chung với nhiều mục đích. Phiên họp chung có thể mang đến cơ hội cho:

- mọi người được làm việc cùng nhau và cùng thể hiện cam kết của mình
- xây dựng quan hệ giữa các bên
- nhìn thấy tác động về từng ý tưởng và chủ đề cụ thể đối với bên kia
- tiết kiện thời gian trong chia sẻ thông tin
- giải quyết được những vấn đề kỹ thuật hoặc thực tế
- chia sẻ mong muốn đạt được tiến triển
- làm rõ những gì đã thống nhất và những gì còn phải trao đổi.

Phiên họp riêng cho phép mỗi bên cơ hội để tự do xử lý những vấn đề nhạy cảm và khó khăn cùng với hòa giải viên mà họ tin tưởng. Nó cho phép hòa giải viên hiểu được nhu cầu và lợiích cá nhân thông qua những trao đổi sâu và cho các bên thời gian để:

- phản ánh những gì đang diễn ra và những gì họ đã nghe được
- tái lập nhóm; tập hợp những suy tính của họ
- phục hồi sau phiên họp khó khăn hoặc đáng thất vọng; thư giãn
- nói thẳng với hòa giải viên và với nhau về mọi khía cạnh của vụ việc khi tin tưởng rằng hòa giải viên sẽ không mang những nội dung bí mật đó cho bên kia mà chưa có sự cho phép
- lên kế hoạch, chuẩn bị hoặc tập dượt hoặc nhận trợ giúp của hòa giải viên với tư cách như là người huấn luyện
- tham vấn với những người không tham gia vào hòa giải
- giữ thể diện bằng việc quyết định bí mật thay đổi quan điểm.

Tuy nhiên, sẽ là ngây thơ nếu hòa giải viên kỳ vọng các bên tiết lộ nhiều thông tin nhạy cảm trong phiên họp riêng đầu tiên. Các bên cũng như cố vấn của họ thường cẩn trọng trong giai đoạn này và thường tiếp tục khẳng định thế mạnh trong vị trí mở màn của mình khi bắt đầu phiên họp chung.

Hòa giải viên phải có được niềm tin của các bên. Thông qua ngôn từ và hành vi phù hợp, hòa giải viên phải để từng bên chắc chắn rằng họ sẽ an toàn khi trao niềm tin đó cho hòa giải viên. Sau đó các bên thường cởi mở dần và bộc trực và đôi khi thậm chí ngay trong phiên họp riêng đầu tiên.

Trong phiên họp riêng đầu tiên, hòa giải viên có thể nhắc các bên rằng đây là cuộc họp kín và sau đó đưa ra câu hỏi mở để bên đó nói về bất kỳ điều gì họ muốn. Trong các phiên họp tiếp theo, điều

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

quan trọng đối với hòa giải viên chính là có đượcý tưởng về cái đang thảo luận là gì, nhưng luôn cởi mở đón nhận những gì mà bên đó cho rằng cấp thiết. Các bên đưa ra chương trình và hòa giải viên phải linh hoạt để có thể đápứng được nhu cầu của các bên. Hướng tới hội thoại trao đổi chứ không phải là phỏng vấn; do vậy, một danh sách các câu hỏi chuẩn bị sẵn rất dễ gây ức chế thay vì giúp hòa giải viên tìm ra cái gì thực sự là vấn đềở đây và cái gì có thể phù hợp.

Quản lý thời gian là yếu tố cần cân nhắc trong các cuộc gặp riêng, đặc biệt trong giai đoạn đầu của hòa giải. Một nhóm sẽ rời phiên họp chung mà tại đó nhóm bên kia thường đưa ra tuyên bố mạnh mẽ về yêu cầu của họ nhưng sau đó phải dành thời gian chờ đợi khi mà hòa giải viên làm việc cùng với nhóm kia. Điều này có thể gây căng thẳng và hòa giải viên cần phải quản lý được vấn đề này, có thể bằng cách gửi cho họ tín hiệu về thời gian họ sẽ phải chờ đợi, có thể là xác định cho họ một nhiệm vụ hoặc có thể là đưa bên đó tới phòng của họ và giải thích về thời gian sẽ dành cho nhóm bên kia để kiểm tra những phảnứng tức thời nếu có.

Ngoài ra, khi làm việc riêng với một bên, hòa giải viên sẽ chịu rủi ro cho rằng họ là đồng minh của bên đó, thông qua những nhận định hoặc hành vi có tính đồng cảm, hoặc bị nhìn nhậnnhư là đứng về quan điểm của bên kia khi phảnứng đối với những chủ đề không mấy thuận lợi đang phát sinh hoặc khi kiểm tra thực tiễn.

Làm thế nào để khám phá trong phiên họp riêng

Khi di chuyển giữa các phòng, hãy cẩn trọng với những ghi chép của mình. Đây có thể là những thông tin mật và đặc biệt các số liệu có thể được đọc rất dễ dàng, thậm chí khi đãúp mặt giấy. Tương tự như vậy, cần đảm bảo chắc chắn rằng cửa sổ kính hoặc cửa đi kính trong phòng riêng không làm lọt thông tin trên bảng cho những người khác đi ngang qua.

- Tăng cường tính bí mật ngay từ đầu của các cuộc gặp riêng
- Sử dụng câu hỏi mở và dành đủ thời gian cũng như sự im lặng để đón nhận câu trả lời
- Cố gắng ngồi gần bên tranh chấp thay vì ngồi gần cố vấn của họ và đề nghị bên đó nói một cách tự do, thoải mái
- Mời luật sư tham gia và không cố ngăn cản họ lấn áp việc trao đổi
- Chú ý lắng nghe, quan sát nội dung cách truyền đạt, ngôn từ và ngôn ngữ cơ thể. Sự không nhất quán giữa chúng hay có thể rất quan trọng và đáng để nêu câu hỏi
- Đảm bảo cân bằng thời lượng cho phép các bên nói nhiều hơn là hòa giải viên
- Thăm dò một vài chủ đề, nhưng sẵn sàng để lại một vài vấn đề thảo luận sau. Hòa giải viên đôi khi thành công trong việc khoanh vùng toàn bộ vấn đề về trách nhiệm mà không cần phải quay lại xem xét nó lần nữa, điều này cho phép các bên đạt được thỏa thuận cuối cùng khi chỉ trao đổi về kết quả liên quan đến tiền tệ và những kết quả khác.
- Theo dõi thời gian và nhớ đến bên kia - bạn cũng có trách nhiệm đối với họ và có thể giải thích rằng mọi người cần có cảm giác là một phần của quy trình để có thể đi đến giải pháp hòa giải thành
- Tóm tắt nội dung cho đến cuối phiên họp và sử dụng bản tóm lược đó để củng cố tính bí mật và kiểm tra cái bạn có thể chuyển cho nhóm kia, nếu có.

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

- Nếu có một nhiệm vụ cụ thể và hữu dụng bên đó phải làm, hãy đề nghị họ làm điều đó, không phải chỉ nói là tôi muốn bạn nghĩ thêm về vụ việc của bạn bởi điều này khó có thể tạo ra những tiến bộ
- Đặt câu hỏi mở cuối cùng–Còn điều gì mà bạn muốn tôi biết thêm tại giai đoạn này không? Hay những câu hỏi tương tự. Nếu cấp bách và quan trọng thì tiếp tục hỏi, nhưng hãy sẵn sàng đồngý khoanh vùng nó và di chuyển sang phòng khác nơi những cuộc hội thoại quan trọng tương ứng cũng đang chờ bạn
- Có dự kiến thời gian mà bạn sẽ quay trở lại.

Cách thức kiểm tra những thông tin nào là bảo mật

Trong suốt quá trình hòa giải, con đường an toàn nhất cho những hòa giải viên ít kinh nghiệm đó là đối xử với mọi thứ theo chế độ mật, trừ trường hợp cụ thể được thông tin khác đi. Tuy nhiên, điều này cũng rất hãn hữu. Cũng có những trường hợp khi mà các bên cho phép bạncoi toàn bộ cuộc trao đổi là có thể tiết lộ; hòa giải viên cần khuyến cáo các bên về rủi ro của cách tiếp cận này bằng việc kiểm tra cụ thể những thông tin mang tính cá nhân, nhạy cảm hoặc quá sớm để công bố. Thường thường, hòa giải viên coi mọi thông tin đều là bí mật, nhưng cũng chủ động xác định thông tin có thể thúc đẩy tiến triển trong hòa giải – dù chỉ là một bước nhỏ - và đề nghị cho phép và cân nhắc sử dụng thông tin đó khi phù hợp.

Việc tìm hiểu đòi hỏi hòa giải viên phải kiên nhân, mẫn cảm và liên tục. Giai đoạn khám phái khi kết thúc vào cuối của cuộc gặp riêng với một bên. Thường thì có nhiều nhu cầu được đưa ra và hòa giải viên cũng như các bên đều nắm được trước khi chuyển sang giai đoạn mặc cả.

5. Giai đoạn mặc cả của hòa giải

Trong hòa giải, các bên cùng nhau hướng tới một thỏa thuận hòa giải với sự hỗ trợ của hòa giải viên. Ở một góc độ nào đó, hòa giải là việc đàm phán và đàm phán diễn ra trong suốt quá trình hòa giải. Giai đoạn mặc cả của hòa giải bắt đầu khi các bên đã thảo luận về các điều khoản thỏa thuận khá là chi tiết. Những ý tưởng lớn và cấu trúctrở thành những giải pháp tiềm năng; các con số, những kết quả không phải liên quan đến tiền được phát triển thành những thỏa thuận thực tế. Việc đàm phán chi tiết được tiếp tục tiến hành cho đến giai đoạn kết thúc khi mà thỏa thuận hòa giải được lập thành văn bản hoặc giai đoạn tiếp theo được lên kế hoạch nếu một thỏa thuận đầy đủkhó đạt được trong ngày hòa giải.

Chẳng dễ gì để đưa ra hướng dẫn chính xác cho một hòa giải viên mới về việc khi nào giai đoạn mặc cả bắt đầu hoặc nên bắt đầu. Bên này hoặc bên kia có thể đưa ra những đề nghị; bước đi này có thể nhanh hơn; tất cả các bên có thể nói rằng về nguyên tắc họ đã thảo luận đủ; và việc đánh giá rủi ro có thể đã được điều chỉnh. Hòa giải viên có thể cảm nhận rằng các bên bây giờ cần trao đổi về những con số cụ thể và việc thay đổi bước đi là cần thiết và cần có thêm năng lượng cho việc thảo luận. Việc mặc cả phải bắt đầu tại một thời điểm nào đó và quy trình có thể gặp nhiều khókhăn khi bắt đầu quá muộn hoặc quá sớm.

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

Các bước của giai đoạn mặc cả

Làm việc về nguyên tắc: nói về những thứ chung chung hoặcvẽ một bức tranh lớn trước khi bắt đầu đàm phán về chi tiết có thể giúp các bên vượt qua trở ngại để có những bước chuyển động ở những giai đoạn đầu. Nhưng cũng không dễ gì đưa ra được hướng dẫn về việc khi nào hoạt động mặc cả có thể tiến hành mà chỉ có thể đưa ra hướng dẫn về những bước khác nhau của giai đoạn mặc cả. Nhìn chung, giai đoạn này gồm:

- hình thành và truyền đi thông tin về những đề xuất đầu tiên
- quản lý các đề xuất và trao đổi thông tin một cách chiến thuật
- xử lý bế tắc: bế tắc có thể không mong muốn, có thể dự đoán được hoặc thậm chí xảy ra có chủ ý.

Mặc dù nhiều cuộc hòa giải tiến hành tương đối thông suốt và đi đến thỏa thuận hòa giải thành, nhiều cuộc hòa giải lại đi đến giai đoạn khó khăn hiển hiện bế tắc. Việc này cần được bình thường hóa khi nó xảy ra hoặc có thể là trước đó, ngay cả khi nhận thấy khả năng này tại phiên khai mạc. Rất tiếc là khi xử lý một tình huống bế tắc mà bước đi đầu tiên là phá bỏ chúng có thể bị người khác hoặc bênsẵn sàng bước tiếp coi là yếu kém. Hòa giải viên có thể giúp giải quyết vấn đề này bằng việc hỗ trợ các bên hình thành và đặt những bước đi đầu tiên. Kết quả có được trong giai đoạn khám phá là để hiểu nhau - động lực, nhân cách và áp lực. Thông thường, không phải chỉ là cái bạn làm với tư cách là hòa giải viên mà là bạn làm thế nào mới quan trọng. Trong giai đoạn mặc cả, hòa giải viên đóng rất nhiều vai tùy thuộc vào nhu cầu của các bên. Hòa giải viên có thể là:

- một người quan sát việc đàm phán hiệu quả giữa các bên với nhau
- một người hỗ trợ thu nhận các đề xuất và phản hồi đối với các đề xuất đó giữa các phòng với nhau
- một huấn luyện viên hướng dẫn về việc mặc cả có thể được tiến hành như thế nào là tốt nhất và mang lại tiến triển nhất
- một người môi giới năng động có tầm ảnh hưởng lớn đến đàm phán, mặc dù vẫn giữ vị thế vô tư.

Việc hòa giải viên sử dụng các kỹ năng đàm phán có hiệu quả để giúp các bên trong giai đoạn mặc cả sẽ được đề cập chi tiết hơn trong chương sau về “hòa giải viên sử dụng kỹ năng đàm phán”.

Sử dụng các phiên họp riêng và chung

Cũng như trong tất cả các giai đoạn khác, hòa giải viên có thể lựa chọn quy trình và quyết định phải được đưa ra phù hợp với đối tượng, các bên, cố vấn của họ và mối quan hệ giữa các bên.

Phiên họp riêng thường được tổ chức và cho phép hòa giải viên chủ động làm việc để giúp mỗi bên tập trung vào việc thỏa thuận đáp ứng được lợi ích của mình. Đôi khi đây là một quá trình đấu tranh vất vả của các bên để đi từ cố thủ sang giải quyết được tranh chấp. Khi mà các quan điểm được nêu ra cứng nhắc trước hoặc trong phần đầu của hòa giải thì người ta có cảm giác mất mát vì bị bỏ rơi hoặc mất mặt giữa các bên và ngay trong một đội.

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

Trong các cuộc gặp riêng trong giai đoạn mặc cả, hòa giải viên cần sử dụng hàng loạt các kỹ thuật, như:

- đưa ra triển vọng và hình thành lên các đề xuất đáp ứng nhu cầu của từng bên
- là một người thám thính khi các bên kiểm tra vị thế của nhau và bắt đầu nhận ra rằng họ không thể đạt được tất cả những gì họ mong muốn
- xếp thứ tự ưu tiên cho các quan tâm và mong muốn của các bên
- hiểu và kiểm tra các đề xuất, thử xem làm thế nào chúng có thể được tiếp nhận với những gì mà bên kia biết, thảo luận về các trình bày và đưa ra những khuyến nghị về thời gian
- xác định những yếu tố có giá trị khác nhau: một bên có thể coi nhẹ hoặc chịu ít chi phí đối với những hạng mục có thể được coi là quan trọng đối với bên kia, ví dụ như lời xin lỗi hoặc giải thích.
- kiểm tra các giải pháp tốt nhất cho thỏa thuận hòa giải thành (BATNA) so với đề xuất hòa giải thành
- khẳng định lại về chi phí nếu tiếp tục tranh tụng hoặc trọng tài
- kiểm tra tính thực tế: soi rọi lại quan điểm hoặc đề xuất của một bên và hỏi liệu tính thực tế của chúng ra sao
- quản lý những phản hồi đối với các đề xuất đáng thất vọng đã nhận được hoặc chuyển đi.

Hòa giải viên có thể giúp các bên giải quyết tranh chấp giữa họ mà không cần kiểm tra tính thực tế của nó, nhưng đây thường lại là chìa khóa để đạt được tiến triển. Các bên có thể bị che mắt và không thể nhận thấy được lợi thế của việc giải quyết bằng hòa giải ngay cả khi với những điều khoản không mấy thoải mái. Một bên thứ ba không vụ lợi có thể giúp làm rõ góc nhìn đó một cách khách quan và không có tính phán xử. Việc của hòa giải viên không phải là áp đặt một giải pháp hoặc một quan điểm cụ thể nào đó và các bên được tự do phản đối những quan điểm mới nếu muốn. Tuy nhiên, bằng việc chuyển từ góc độ một chiều và vì lợi ích riêng sang một bức tranh toàn cảnh với những rủi ro và lợi ích chung thì hòa giải viên có thể hoàn thành nhiệm vụ được tốt hơn.

Người ta cho rằng các bên chỉ muốn mặc cả thông qua ngoại giao con thoi của hòa giải viên và sử dụng trong các cuộc gặp riêng. Như thế họ cảm thấy an toàn hơn và để cho hòa giải viên thực tế kiểm soát được tình hình, đặc biệt là khi những đề xuất ở giai đoạn sớm thường tạo ra sự tức giận về sự không sẵn sàng của bên kia. Hòa giải viên có kinh nghiệm thường đưa các bên lại với nhau trong giai đoạn mặc cả mặc dù không nhất thiết là khi có những đề xuất đầu tiên. Bất lợi của việc chỉ làm việc qua các cuộc gặp riêng ở chỗ:

- các bên và cố vấn của họ cảm thấy mất kiểm soát đối với việc đàm phán
- việc mặc cả có thể kéo dài hơn so với khi nó được tiến hành trực tiếp
- hòa giải viên chỉ trở thành người đưa tin và thậm chí có thể bị sử dụng để chuyển đi những đề xuất mà các bên sẽ không sẵn sàng đưa trực tiếp cho nhau
- thông điệp quan trọng mất hiệu lực khi được hòa giải viên chuyển thay vì một bên chuyển trực tiếp

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

- các bên cảm thấy thất vọng vì bị chia tách và mất đi sự sẵn sàng cùng nhau làm việc như trong các giai đoạn trước đó của hòa giải
- hòa giải viên muốn chịu trách nhiệm chính cho việc đàm phán thành công
- hòa giải viên chỉ hành động như một trung gian trong hoạt động mua bán
- cơ hội cho các bên làm việc cùng nhau bị bỏ qua – điều này đặc biệt quan trọng khi muốn xây dựng quan hệ trong tương lai; các bên có thể cần làm việc cùng nhau trong hòa giải để định hình tương lai và kiểm tra xem nó có thể thành hiện thực không.

Các phiên họp chung trong giai đoạn mặc cả là cách thức để xử lý những bất lợi đó, nhưng chúng phải được chuẩn bị kỹ lưỡng và xử lý một cách cẩn trọng. Hòa giải viên có trách nhiệm điều hành quy trình và cần xác định trước với mỗi đội về mục đích của phiên họp chung và ai sẽ là người tham dự, định ra một chương trình rõ ràng và có thể là ngắn gọn để dành thời gian cần thiết cho việc chuẩn bị. Đôi khi, rất hữu ích khi thống nhất với các bên để họ có thể có thời gian cân nhắc về những gì họ nghe được tại phiên họp chung mà không yêu cầu họ đưa ra phản ứng ngay lập tức. Hòa giải viên cần thỏa thuận riêng với từng bên về việc ai sẽ tham dự và mục đích, hình dạng của phiên họp chung.

Tùy thuộc vào sự năng động của nhóm, có thể đưa cả nhóm hoặc chỉ là một nhóm công tác với một số người được lựa chọn trong đội, như là luật sư, chuyên gia, người đứng đầu có quyền ra quyết định, hoặc có thể là sự kết hợp những người hòa giải tốt nhất trong mỗi đội ngồi lại với nhau. Hòa giải viên sẽ chủ trì phiên họp chung, duy trì phiên họp khi nó còn có tính xây dựng và chấm dứt khi nó hoàn thành mục tiêu đã thỏa thuận hoặc nó không đạt được điều gì đó tốt hơn.

Khi sử dụng đúng, phiên họp chung có thể:

- tạo ra động lực
- cung cấp một bức chân dung trực tiếp về quan điểm của từng bên để tránh rủi ro về tính không chính xác hoặc nhấn mạnh sai
- vượt qua được sự bế tắc với việc cho phép các bên giải thích về những vấn đề cụ thể hoặc đưa ra lời trình bày trực tiếp về những điểm còn bất đồng
- không phải lo lắng hoặc tức giận về việc mất thời gian chờ đợi hòa giải viên
- cho phép người đứng đầu có thể đàm phán trực tiếp và cho phép họ cảm nhận được phản ứng của người kia trước những đề xuất của mình
- tiết kiệm thời gian.

Đóng góp của hòa giải viên vào giai đoạn mặc cả

Có rất nhiều cách để hòa giải viên có thể góp phần vào giai đoạn hòa giải; bạn có thể:

- tiếp tục làm việc "về mặt nguyên tắc" đối với các điều khoản của thỏa thuận hòa giải thành mà không phải vội đi đến các số liệu chi tiết.
- Sử dụng câu hỏi giả định "điều gì sẽ xảy ra" và "giả sử" để tìm hiểu các điều khoản hòa giải thành có thể đạt được, nhưng cũng phải tránh đưa ra cảm nhận về việc trình bày ý kiến của bên nào

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

- giúp các bên tìm kiếm những khả năng "hai bên cùng thắng", mở rộng "miếng bánh" thỏa thuận hòa giải để tìm ra một giải pháp hài lòng tất cả các bên - sẽ được trình bày thêm trong phần "hòa giải viên sử dụng kỹ năng đàm phán". Nếu không thể thì trao đổi về những lợi thế của việc chia sẻ những vướng mắc
- thận trọng đối với ranh giới đáy: ranh giới này thường thay đổi, do vậy cố gắng không để một đề xuất nào đưa ra vi phạm ranh giới này, đặc biệt là trong phần đầu của giai đoạn mặc cả. Không nên tự hỏi mình ranh giới đáy là gì – hay trao đổi với các bên về chiến lược của họ và hỏi họ muốn đề xuất cái gì tiếp theo
- bình thường hóa sự thất vọng hoặc tức giận khi các bên đưa ra những đề xuất ban đầu - những đề xuất ban đầu thường được bên kia tiếp nhận với sự tức giận và đôi khi là sự thể hiện nghi ngờ về thiện ý của phía bên kia.
- đề nghị nhận các đề xuất của từng bên trong các cuộc gặp riêng nhưng chưa chuyển sang cho bên kia để qua đó với sự cho phép của các bên thì hòa giải viên có thể xác định được sự cách biệt giữa các bên mà không cần trao đổi về các con số (lớn, có thể hàn gắn v.v..) - Điều này có thể vượt qua được thử thách mặc cả đầu tiên.
- giúp một bên cân nhắc làm thế nào để một đề xuất mà bạn cho rằng có rủi ro lại có thể được nhóm bên kia tiếp nhận. Kiểm tra xem đề xuất đó có phù hợp với chiến lược của họ hay không và gửi đi thông điệp mà họ dự kiến. Kiểm tra người đưa ra đề xuất bằng việc hỏi xem họ có sẵn sàng đưa ra đề xuất trực tiếp và giải thích lý do đằng sau đó. Cuối cùng, các bên phải quyết định có bắt đầu đặt giá hay không
- đề nghị các bên cho phép tự quyết định khi nào tiến hành đặt giá để có thể tính toán thời gian hiệu quả
- sẵn sàng đưa ra "thông tin xấu" cũng như "tin tốt" và không che giấu những cách biệt nghiêm trọng nếu có
- giúp từng bên kiểm tra lại các đánh giá rủi ro của mình trên cơ sở những gì đã biết được trong quá trình hòa giải
- giúp các bên trao đổi các đề nghị của mình một cách trực tiếp nếu họ muốn.

Các con số về hòa giải có thể được tính toán và vì vậy có thể được căn chỉnh hoàn toàn khác với con số của từng bên. Việc xin lỗi đối với một bên có thể là cách thể hiện sự đáng tiếc của bên kia. Trong các yêu cầu với nhiều đầu mục thiệt hại, các bên có thể lựa chọn tính toán các con số theo cách khác nhau hoặc muốn tính tổng thể thay vì chẻ nhỏ các con số một cách chi tiết khi mà một thỏa thuận toàn bộ được các bên chấp nhận. Hòa giải viên có thể tận dụng sự khác biệt này, sáng tạo nhưng trung thực để giúp các bên nhìn nhận các lựa chọn một cách tích cực.

Hãy nhớ rằng các bên có thể đơn giản chỉ đạt được thỏa thuận để cho thanh thản, chắc chắn và thoát khỏi khả năng đi đến tranh tụng; chỉ có hòa giải viên hàng đầu mới có thể xác định được điều đó có giá trị như thế nào.

Một số vấn đề tiềm tàng và làm thế nào để phòng tránh

- Một bên có thể cố gắng sử dụng quy trình hòa giải chỉ để tìm ra bên kia dễ bị tổn thương như thế nào sau đó từ chối đi đến thỏa thuận bằng hòa giải và đưa ra khởi kiện chính

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

thức ngay sau đó. Nếu bạn nghi ngờ về động lực này của một bên, hãy đề nghị tổ chức phiên họp chung và để cho các bên tự đàm phán.

- Hãy đảm bảo rằng việc hòa giải thành là của các bên, thậm chí ngay cả khi bạn nghĩ rằng bạn biết cái gì là tốt nhất cho họ; các thỏa thuận hòa giải thành có hiệu quả là những thỏa thuận mà các bên tự mình đi đến và chọn cách đồng ý. Một trong những mục đích của hòa giải là để đưa ra một giải pháp thay thế cho một kết quả bắt các bên phải tuân. Thỏa thuận hòa giải thành cần phải thỏa mãn các bên chứ không phải là hòa giải viên khi họ có thể không được nói cho biết rằng tại sao một thỏa thuận cụ thể nào đó được đưa ra lại có thể chấp nhận được. Ngoài ra, nếu hòa giải viên đẩy các bên đến một giải pháp cụ thể, thì có rủi ro rằng bên sau đó từ chối ký vào thỏa thuận sẽ nhìn hòa giải viên như là người tham gia đàm phán thay mặt cho bên kia.
- Tôn trọng bí mật; hãy đảm bảo rằng bạn được phép mới tiết lộ các tình tiết hoặc các đề xuất. Các bên cần phải đưa ra thông tin thì đàm phán mới tiến triển và nếu bạn cảm thấy rằng thông tin cụ thể nào đó phải được chia sẻ để đạt được tiến bộ thì hãy đề nghị cho phép công bố và tôn trọng quyết định của họ nếu.
- Một thỏa thuận hòa giải chuẩn đòi hỏi người có mặt phải có toàn quyền giải quyết. Mặc dù vậy, luôn phát sinh vấn đề cấp độ thẩm quyền. Việc xử lý vi phạm rõ ràng đối với thỏa thuận hòa giải một cách nhạy bén, kín đáo là thách thức đối với vấn đề uy tín của các bên. Hãy khuyến khích trao đổiđiện thoại với người nào đó có thẩm quyền cao hơn. Tuy nhiên, bạn có thể cần phải thẳng thắn bởi vì nếu vấn đề không được giải quyết thì nó có thể bị bên kia coi là bất kính nghiêm trọng và có thể cản trở khả năng đạt được thỏa thuận.
- Nhiều cuộc hòa giải đạt được đến điểm tưởng chừng không thể đi tiếp được. Hòa giải viên có thể quay trở lại thảo luận về quy trình thay vì tiếp tục thực hiện quy trình về mặt nội dung, bằng việc nói rằng – *chúng ta sẽ làm gì bây giờ? hay Ngày mai sẽ như thế nào nhỉ?* Hãy tập trung vào quy trình và cho dù điều gì xảy ra hãy giữ sức, sự sáng tạo và động lực để đi tiếp. Thỏa thuận hòa giải thành thường xuất hiện khi mà chỉ một vài giờ trước đó quy trình dường như không có tiến triển gì.
- sự hoang mang để đạt được thỏa thuận hòa giải thành có thể xảy ra ở cuối quá trình hòa giải một tranh chấp lâu dài cũng giống như khi thỏa thuận đó trở thành hiện thực. Bạn cần phải làm việc với từng bên về việc họ sẽ xử lý khoảng trống mà thỏa thuận hòa giải thành để lại trong cuộc sống của họ như thế nào, giúp họ tạo lên bức tranh về một tương lai có thể chấp nhận được mà không có tranh chấp.

6. Giai đoạn cuối cùng của hòa giải

Mục tiêu của hòa giải thường là đạt được thỏa thuận hòa giải thành, nhưng không phải bằng mọi giá, và tất nhiên là không phải vì lợi ích của hòa giải viên. Hòa giải không phải là để giữ nguyên tỉ lệ hòa giải thành của hòa giải viên đó. Ngoài việc đạt được thỏa thuận hòa giải thành, mục tiêu củahòa giải viên còn là đảm bảo rằng có sự cải thiện đáng kể trong hiểu biết giữa các bên và thỏa thuận hòa giải thành đó có tính thực tế và bền vững.

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

Vì vậy, mọi thỏa thuận hòa giải thành cần đáp ứng được các tiêu chí sau:

- nó làm hài lòng các bên
- nó giải quyết các vấn đề trong tranh chấp, trừ trường hợp các bên thỏa thuận tách một số vấn đề đó ra để giải quyết
- theo một trình tự thủ tục khác
- có thể chấp nhận và thực thi
- hạn chế khả năng tranh chấp trong tương lai.

Để giúp các bên trong suốt quy trình này, hòa giải viên cần có nghị lực, có tư duy trong sáng và sáng tạo trong những giờ cuối của quá trình hòa giải như là khi bắt đầu.

Các điều khoản thỏa thuận

Đôi khi, một thỏa thuận xuất hiện mà hòa giải viên cũng bất ngờ, thậm chí có thể với những điều khoản không công bằng cho một bên. Tuy nhiên, hòa giải viên sẽ không bao giờ biết toàn bộ câu chuyện và sẽ hiếm khi tìm ra được mọi điều dẫn các bên đến thỏa thuận hòa giải thành.

Hòa giải viên không quan tâm đến sự công bằng hay động lực đi đến thỏa thuận hòa giải thành mà chỉ quan tâm rằng thỏa thuận đó hài long các bên, có thể chấp nhận được và sẽ kết thúc. Tuy nhiên, khi một hoặc nhiều bên không có mặt hoặc không có cố vấn hoặc có dấu hiệu cho thấy sự không chắc chắn từ bất kỳ bên nào thì hòa giải viên cần phải kiểm tra với cả hai bên rằng họ vui vẻ hoàn tất thỏa thuận mà không có phản ánh gì thêm. Những hướng dẫn về làm việc với các bên không có mặt sẽ được trình bày trong chương sau về “vai trò của hòa giải viên và những người khác” và trong phần về đạo đức và mất cân bằng về quyền lực trong chương cuối cùng.

Rất hiếm khi hòa giải viên cảm thấy rằng thỏa thuận đạt được là không trung thực hay phi pháp. Điều này thể hiện một phạm trù đạo đức hoàn toàn khác biệt với vấn đề công bằng. Vấn đề đạo đức sẽ được trao đổi thêm trong chương cuối cùng.

Các giải pháp thực tế và có thể thực thi

Một thỏa thuận về số tiền một bên phải trả cho bên kia dường như đơn giản nhưng vẫn phải cẩn trọng để xem xem có sự khấu trừ hoặc bổ sung ngầm hay không. Con số đó đã bao gồm lãi suất hoặc thuế chưa? Khi nào thì có thể chi trả? Điều gì xảy ra khi nó bị tuyên vô hiệu? Chi phí pháp lý như thế nào? Khoản bồi thường có bị đánh thuế như thu nhập trong tay của người nhận hay không? Có thể có những câu hỏi quan trọng mang tính thực tế khác, ví dụ như nếu thủ tục tại Tòa án đã bắt đầu thì làm thế nào để chấm dứt nó? Hòa giải viên không phải trả lời những câu hỏi này nhưng với vai trò của hòa giải viên thì họ phải đặt câu hỏi để khuyến khích các bên và cố vấn của họ để đảm bảo rằng mọi thứ cần thiết cho một thỏa thuận khả thi đều được trao đổi.

Do vậy, khi một thỏa thuận gần đạt được, sẽ rất có ích nếu:

- trao đổi với các bên về những trở ngại có thể có để thỏa thuận có thể thực thi

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

- rút ra những bài học có được từ tranh chấp có thể giúp các bên tránh những vấn đề xảy ra trong tương lai, đặc biệt là trong quan hệ đang có
- tóm tắt các điều khoản, có thể là trong cuộc họp chung với các cố vấn để đảm bảo rằng các điều khoản có tính bao trùm và bao hàm các vấn đề đã được thảo luận
- cảnh giác với thời gian biểu, việc vô hiệu của thỏa thuận, chi phí, thủ tục tố tụng tại tòa, vấn đề thuế và các khía cạnh khác mặc dù cố vấn pháp lý của họ là người làm tất cả các công việc liên quan này.
- xây dựng kế hoạch hòa giải tiếp theo trong trường hợp gặp khó khăn
- kiểm tra xem có cần hòa giải viên giúp làm gì sau khi đạt được thỏa thuận hay không, mặc dù điều này hiếm khi cần khi mà thỏa thuận đã đạt được, đã được lập thành văn bản và được ký.

Mục đích của thỏa thuận hòa giải thành

Thỏa thuận hòa giải thành cần phải là văn bản ghi nhận rõ ràng và đầy đủ một cách hợp lý những gì đã được thống nhất, được các bên hoặc người nhân danh các bên ký (luật sư thường ký với tư cách là đại diện cho một bên). Nếu một thỏa thuận chi tiết hơn được hình thành (ví dụ như thỏa thuận về nhượng quyền), thì mô hình của nó cũng phải được đề cập đến và cần phải có tham chiếu đến một thỏa thuận mẫu chuẩn. Các cố vấn sẽ cẩn trọng trong việc soạn thảo để tránh đưa ra dự thảo chỉ là "thỏa thuận để thống nhất" vốn không thể thực thi được bằng pháp luật.

Thông thường, thỏa thuận hòa giải thành giống như là hợp đồng tức là có thể cưỡng chế nếu có vi phạm. Nó có thể hoặc không thay thế hoàn toàn những hợp đồng trước đó và các bên cần quyết định ý chí của mình về việc này. Trong trường hợp thủ tục tố tụng đã được bắt đầu, nó phải được chính thức dừng và thường là bằng quyết định đồng thuận do tất cả các bên ký. Ở nhiều nước, thỏa thuận hòa giải thành có thể ngay lập tức được chuyển thành quyết định của Tòa án bằng việc ra quyết định đồng thuận ngay trong quá trình hòa giải. Hiệu lực của quyết định đồng thuận này là giúp các bên thực thi các điều khoản hòa giải thành trong trường hợp có vi phạm mà không phải tiến hành một thủ tục mới.

Ở những nước khác, cần phải qua những thủ tục nhất định trước khi quyết định này có thể được ban hành, ví dụ như thỏa thuận phải được công chứng hoặc thỏa thuận đó cần phải quay trở lại Tòa án để thẩm phán phê chuẩn trước khi nó được thực thi.

Khi một bên là trẻ em hoặc người lớn không có năng lực hành vi, thỏa thuận có thể chỉ là tạm thời và phải có sự phê chuẩn của Tòa án mới có hiệu lực.

Đôi khi các bên không muốn các điều khoản thỏa thuận có hiệu lực pháp lý dưới góc độ là nó được thực thi bằng một quyết định của Tòa án. Trong một số tranh chấp gia đình, lao động hoặc hợp tác mà vấn đề chỉ là hành vi trong tương lai và quản lý mối quan hệ thì điều quan trọng là ghi nhận những gì đã thống nhất như là điểm để viện dẫn hoặc là kế hoạch hành động ngay cả khi nó không được thực thi bằng pháp luật.

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

Khi mục đích là để thực thi, thỏa thuận hòa giải thành có thể được chuyển cho Tòa án và một thủ tục sau đó có thể xem xét việc vi phạm ngay cả khi thỏa thuận đó là kết quả của một quy trình bí mật và không thiên vị.

Nội dung của thỏa thuận hòa giải thành

Các thỏa thuận hòa giải thành đều khác nhau và không có một danh mục chuẩn nào các nội dung phải được bao hàm trong thỏa thuận. Thêm vào đó, các nước có các yêu cầu pháp lý riêng đối với hình thức phù hợp của thỏa thuận đó. Do vậy, thỏa thuận hòa giải không phải đương nhiên bị thay thế bằng thỏa thuận hòa giải thành, do vậy các quy định về việc không được triệu tập hòa giải viên làm nhân chứng và về tính bảo mật vẫn có hiệu lực ràng buộc đối với các bên và hòa giải viên, trừ trường hợp thỏa thuận hòa giải thành sau đó có quy định khác. Các bên có thể quyết định lặp lại những quy định này để gộp chung trong một văn bản.

Những điểm sau có thể có nhưng không nhất thiết phải luôn áp dụng:

- **Các bên:** tên của các bên có thể cần làm rõ – ví dụ, liệu công ty mẹ hoặc công ty con có thanh toán hay không hoặc tên nào sẽ được đưa vào trong các văn bản của Tòa án. Khẳng định địa vị của đại diện công ty có thể cần thiết, thậm chí có thể có cả bảo đảm để xác định đúng thẩm quyền giải quyết vụ việc của người đó. Quyền được khởi kiện theo thỏa thuận đó có thể được chuyển giao cho người thứ ba không phải là một bên trong thỏa thuận, nếu các bên có dự kiến như vậy thì điều này cũng phải được nêu rõ ràng.
- **Phần tường thuật lại vụ việc** mô tả chi tiết tình huống mà thỏa thuận đạt được, tường thuật về tranh chấp, thủ tục tố tụng có liên quan và bối cảnh hòa giải. Nó có thể nêu chi tiết các tình tiết mà thỏa thuận dùng làm căn cứ để đảm bảo tính trung thực và lý giải cho việc căn cứ vào đó, từ đó hạn chế rủi ro có sự hiểu nhầm xảy ra.
- **Tiêu đề của thỏa thuận** đặt nền tảng cho các điều khoản trung tâm của thỏa thuận, ví dụ như “A thỏa thuận trả B y đô la trong vòng 14 ngày”, hoặc “công ty C thỏa thuận chấp nhận z £ trong thỏa thuận cuối cùng về yêu cầu được nêu trong vụ kiện số 12345 tại Tòa án cấp cao”. Các điều khoản có thể đơn giản hoặc phức tạp tùy thuộc vào tranh chấp. Đôi khi, cố vấn đòi mỗi đoạn phải đề cập đến một thỏa thuận nhất định và chuẩn chung cho sửa đổi cũng được nêu ở đoạn riêng.
- **Bảo mật:** đôi khi các bên thống nhất bổ sung hoặc thay đổi tính bảo mật đã nêu trong thỏa thuận hòa giải nhằm tránh việc tiết lộ trong những vụ việc phức tạp và nhạy cảm về thị trường. Đôi khi các bên lại có thỏa thuận tích cực về việc công bố kết quả hòa giải.
- **Những thỏa thuận về chi phí** về tranh tụng và đôi khi là phí hòa giải (xem dưới đây trong chương này về phần chi phí).
- **Hòa giải viên không được triệu tập làm nhân chứng:** quy định này được nêu trong thỏa thuận hòa giải nhằm ngăn cản việc một bên yêu cầu hòa giải viên làm chứng về điều khoản thỏa thuận hòa giải hoặc những gì diễn ra trong quá trình hòa giải.
- **Văn bản viết thể hiện chính xác những điều khoản đã thống nhất:** Tòa án thường giả định rằng điều này là đúng nhưng điều này được củng cố thêm khi cố vấn cho các bên cũng thấy rằng nó cần thiết. Cũng có thể ghi nhận rằng thỏa thuận hòa giải thành thay thế

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

tất cả các thỏa thuận trước đó nếu phù hợp (nhớ rằng điều này bao gồm cả điều khoản trong thỏa thuận tiến hành hòa giải, về tính bảo mật và bảo vệ hòa giải viên không bị yêu cầu đưa ra bằng chứng).

- **Các quy trình giải quyết tranh chấp trong tương lai** cũng có thể được nêu, ví dụ như việc trở lại hòa giải trước khi khởi kiện hoặc tiến hành thủ tục thực thi trong trường hợp có khó khăn trong việc thi hành điều khoản đã thỏa thuận.
- **Chữ ký và ngày lập** cùng với năng lực ký kết của người ký phải được đảm bảo (ví dụ như giám đốc điều hành của công ty TNHH X).

Soạn thảo thỏa thuận hòa giải thành

Việc soạn thảo thỏa thuận hòa giải thành, màở Việt Nam phải được làm bằng văn bản theo Nghị định năm 2017 về hòa giải, thường là trách nhiệm của luật sư của các bên. Hòa giải viên giữ vai trò và góp phần kiểm tra tất cả những điểm đã được thảo luận. Những vấn đề mới luôn phát sinh trong giai đoạn này. Có những vấn đề tưởng chừng nhỏ có thể xử lý ngay lập tức lại có tầm quan trọng lớn và khó giải quyết. Điều này đòi hỏi phải tiến hành mặc cả tiếp hoặc thậm chí phải tìm hiểu thêm và vì vậy hòa giải viên phải làm việc tiếp với từng bên hoặc cùng với các bên. Soạn thảo thỏa thuận hòa giải thành có thể mất nhiều giờ trong những vụ việc phức tạp. Do vậy, các thiết bị phục vụ soạn thảo, in ấn, phô tô cần phải sẵn sàng tại nơi tiến hành hòa giải.

Nói rộng ra, không luật nào đòi hỏi rằng thỏa thuận phải được làm thành văn bản – nhưng thỏa thuận hòa giải thành chuẩn đòi hỏi nó phải được lập theo hình thức này. Thỏa thuận bằng văn bản sẽ cho thấy rõ về những gì đã thỏa thuận và vì vậy nó củng cố thêm tính an toàn của quy trình hòa giải. Soạn thảo thỏa thuận hòa giải thành có thể là nhiệm vụ nản nhất khi ở cuối của ngày làm việc dài. Người viết có xu hướng bưng bít, bỏ qua các chi tiết và giả định rằng đã có thỏa thuận ở một số điểm nhất định, nhưng luật sư sẽ biết rằng việc khái quát hóa và không rõ ràng có thể gây khó khăn cho giai đoạn sau và có thậm chí có thể là nguyên nhân của tranh chấp trước đó. Hòa giải viên phải giữ vai trò, giữ vững động lực và năng lượng trong giai đoạn cuối cùng này.

Các bên có thể chỉ chờ đợi trong khi luật sư cùng làm việc để soạn thảo thỏa thuận bởi vậy họ cần được biết khi nào thì bản cuối cùng của dự thảo sẵn sàng để kiểm tra trước khi ký. Cần lưu ý đến sự thoải mái của các bên trong thời gian này; đồăn nhẹ hoặc giải lao ngoài địa điểm hòa giải hoặc các cuộc hội thoại thư thái giữa các bên hoặc với hòa giải viên có thể giúp ích cho việc đốt thời gian. Các bên cần được trao đổi thường xuyên về điều khoản thỏa thuận và một số dự thảo các bên có thể làm với hòa giải viên, ví dụ như thư khuyến nghị trong các vụ án về tuyển dụng lao động hoặc thư gửi khách hàng khi cổ đông đồng ý rời bỏ công ty.

Trong các vụ việc phức tạp hoặc khi cần có mẫu thỏa thuận cụ thể nào đó thì hòa giải viên có thể kiến nghị rằng cố vấn của các bên phải chuẩn bị và thậm chí trao đổi cho nhau dự thảo thỏa thuận hòa giải thành trước đó và để phần chi tiết điền thêm vào khi có thỏa thuận hoặc các cố vấn có thể kiến nghị với nhau về việc này. Điều này sẽ giúp tiết kiệm thời gian và đảm bảo rằng những điểm phức tạp không bị xem nhẹ khi mọi người đã mệt mỏi cũng như khuyến khích sự nhất trí

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

thỏa thuận về tư tưởng trước. Công việc soạn thảo thỏa thuận hòa giải thành có thể được tiến hành tách rời hoặc cùng với việc hòa giải ngay trong ngày hòa giải.

Chi phí tranh tụng và chi trả

Khi thủ tục tranh tụng đã bắt đầu trước khi hòa giải và chi phí của vụ kiện cần phải xem xét tại nước đó thì thỏa thuận hòa giải thành phải giải quyết cả chi phí pháp lý cho những thủ tục này. Các bên thường được yêu cầu cung cấp chi tiết về các chi phí phát sinh đến thời điểm hòa giải và dự tính chi phí đến phiên tòa để thông tin về những phân tích rủi ro và đánh giá rủi ro của mình trong quá trình hòa giải.

Khi thỏa thuận hòa giải thành không đạt được

Các tranh chấp không phải lúc nào cũng hòa giải được. Nếu vụ việc không hòa giải thành, hòa giải viên có thể cảm thấy mất nhuệ khí hoặc thất vọng cũng như mệt mỏi sau một ngày dài. Hãy tự nhủ mình rằng:

- Các bên có quyền và lựa chọn có tiến tới hòa giải thành hay không
- Đàm phán có thể tiếp tục sau khi hòa giải và bạn có thể đề nghị trợ giúp các bên
- phần lớn các cuộc hòa giải không đạt được thỏa thuận hòa giải thành trong ngày hòa giải nhưng lại giải quyết xong sớm ngay sau đó.

Tùy thuộc vào độ mạnh của cảm xúc khi kết thúc hòa giải mà không đạt được thỏa thuận hòa giải thành, thường sẽ rất tốt khi đưa các bên ngồi lại với nhau trong cuộc họp chung để đánh giá lại những tiến bộ đạt được, xác định những vấn đề đã đạt được và những vấn đề gì còn chưa giải quyết cũng như trao đổi về những bước tiếp theo. Đôi khi, sự nhượng bộ hoặc các động thái khác được đưa ra ngay tại cuộc gặp này và dẫn tới những thảo luận tiếp theo và hòa giải thành công.

Điều quan trọng là phải tiến hành hòa giải ở một cách thức nào đó bằng việc gợi ý một số vấn đề sau:

- hòa giải mới chỉ tạm dừng
- hòa giải viên sẽ liên lạc với các bên sau vài ngày để trao đổi sự việc sẽ như thế nào
- các cuộc gặp riêng rẽ theo hẹn với từng bên
- các bên xác định một chương trình hành động, yêu cầu các thông tin cụ thể hoặc lấy ý kiến chuyên gia về lĩnh vực còn bất đồng
- đàm phán sẽ tiếp tục đối với những vấn đề cụ thể
- tiếp tục hòa giải hoặc thậm chí thay đổi hòa giải viên
- một quy trình giải quyết tranh chấp khác, ví dụ như đánh giá trung gian về các khía cạnh của tranh chấp hoặc nguyên tắc.

Ngay cả khi các bên không đồng ý với bất kỳ lựa chọn nào thì điều quan trọng vẫn là liên lạc với từng bên hoặc luật sư của họ ngay sau phiên hòa giải. Hòa giải viên có vai trò tích cực trong việc hỗ trợ các bên trong việc đàm phán tiếp theo và tìm ra con đường mới để giải quyết tranh chấp.

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

VI. Vai trò của hòa giải viên và những người khác

1. Các góc độ trong vai trò của hòa giải viên

Vai trò của hòa giải viên là hỗ trợ các bên trong hàng loạt cách thức để đạt được tiến bộ, hướng tới giải quyết tranh chấp. Tuy nhiên, việc sử dụng từ "vai trò" không cho thấy rằng hòa giải viên là một vai hoặc đóng vai trong các khóa đào tạo hoặc trong hòa giải thực bởi điều quan trọng đối với hòa giải viên là chính bản thân họ.

Hòa giải viên có trách nhiệm chung đối với việc hòa giải, đối với sự thoải mái của các bên và trong việc quản lý toàn bộ quy trình. Để thực hiện hiệu quả khía cạnh này trong vai trò của mình, hòa giải viên cần thuần thục trong việc mô tả quy trình hòa giải và trả lời các câu hỏi về cái gì sẽ xảy ra và tại sao. Thêm vào đó, hòa giải viên cần tiến hành trên cơ sở kinh nghiệm của mình chủ trì những sự kiện khác hoặc điều hành các loại cuộc họp công tác khác.

Ngoài ra, trong hầu hết các cuộc hòa giải còn cần có các nhiệm vụ hành chính và hòa giải viên thường hỗ trợ thu xếp các vấn đề hậu cần kỹ thuật trước và trong ngày hòa giải để đảm bảo quy trình diễn ra thuận lợi về cả thời gian, các văn bản giấy tờ, quy định về thông tin cho những người tham dự, phân bổ phòng, trang thiết bị và giải khát.

Hòa giải viên có hiệu quả là người có kỹ năng trong việc tạo dựng quan hệ, tổ chức quy trình và nắm bắt được nội dung của tranh chấp. Hòa giải viên tạo nên phong thái tích cực cho hòa giải, xây dựng và duy trì quan hệ tốt với tất cả các bên cũng như nhận trách nhiệm đối với mọi công việc quan trọng liên quan đến quản lý quy trình hòa giải. Với tư cách là người quản lý quy trình, hòa giải viên mang đến sự kiểm soát chặt chẽ nhưng nhạy bén, và tin tưởng vào quy trình cũng như duy trì mục tiêu. Một vài khía cạnh quan trọng khi làm việc về nội dung của tranh chấp được đề cập đếnở dưới đây. Để thực hiện tất cả những vai trò này, hòa giải viên phải có được sự tin tưởng của các bên, bởi với việc tạo lập quan hệ tin cậy sẽ khuyến khích các bên cung cấp các thông tin nhiều hơn.

Những vai trò đó bao gồm:

- là một người xem xét vấn đề một cách nghiêm túc, đối mặt với cảm xúc và sự tức giận của các bên, giúp họchuyển hướng năng lượng vào những cách tiếp cận tích cực
- là người thu thập thông tin, tổ chức dữ liệu, xác định những nền tảng chung và khuôn lại những khu vực đã thống nhất
- là người huấn luyện viên, cả trước và trong khi hòa giải; vai trò này sẽ được mô tả thêm ở dưới đây
- là người hỗ trợ, giúp các bên vượt qua sự bế tắc và tìm ra con đường để làm việc cùng nhau hướng tới một giải pháp hòa giải có thể chấp nhận đối với cả hai bên
- là tác nhân, giúp các bên đánh giá lại vụ việc của mình thông qua việc khuyến khích họ tìm ra những triển vọng mới

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

- là chất xúc tác cho việc giải quyết vấn đề, mang đến một góc nhìn rõ ràng, một tư duy sáng tạo để giúp các bên đi đến kết quả đáp ứng tốt nhất nhu cầu của họ
- là nhà đàm phán, giúp các bên sử dụng các chiến lược có hiệu quả để đạt được tiến bộ hướng tới hòa giải thành; vai trò này sẽ được đề cập chi tiết hơn dưới đây trong phần "Hòa giải viên sử dụng các kỹ năng đàm phán"
- là người kiểm chứng thực tế, giúp các bên có được cái nhìn thực tế về tranh chấp và xem xét lại những rủi ro của mình để tìm ra những lựa chọn thay thế cho việc không đi đến thỏa thuận
- là người giám sát đối với việc soạn thảo thỏa thuận hòa giải thành, kiểm tra với các bên rằng tất cả các vấn đề đã được đề cập và thỏa thuận hòa giải thành đó có thể thực thi được
- là người nhắc các bên nếu không đạt được thỏa thuận trong hòa giải thì sẽ giúp các bên giữ tiếp động lực để đi đến hòa giải xử lý tranh chấp.

Hòa giải viên với tư cách là huấn luyện viên

Huấn luyện và tập mẫu

Trong suốt quá trình hòa giải, hòa giải viên đóng vai như là huấn luyện viên cho các bên và cố vấn của họ, giúp họ tham gia một cách đầy đủ và hiệu quả nhất có thể, nhưng luôn bảo đảm nghiêm ngặt tính trung lập và bí mật. Hòa giải viên huấn luyện trực tiếp thông qua việc chia sẻ kinh nghiệm, đưa ra gợi ý về quy trình và quản lý kỳ vọng của các bên và huấn luyện gián tiếp qua việc tạo ra sắc thái, duy trì năng lượng và mục tiêu, và dẫn dắt bằng việc làm mẫu cả về thái độ và cách tiếp cận. Khía cạnh này trong vai trò của hòa giải viên được mô tả chi tiết hơn trong năm giai đoạn của hòa giải.

Giai đoạn chuẩn bị

Trước ngày hòa giải, hòa giải viên sẽ nói trực tiếp với các bên hoặc thường là thông qua cố vấn của họ. Hòa giải viên có thể giúp đỡ cho cố vấn biết về việc chuẩn bị cho thân chủ của mình trong ngày hòa giải như thế nào, tài liệu nào được đưa ra và theo thể thức như nào, các lựa chọn mà họ có về việc sử dụng lời phát biểu khai mạc và hình thức, quy trình của ngày hòa giải. Tính nhạy bén và sáng tạo rất quan trọng trong giai đoạn đầu này. Ví dụ, trong một số trường hợp có thể phù hợp để các bên và cố vấn của họ, đặc biệt là những người chưa quen với hòa giải, hình dung được họ sẽ như thế nào trong quy trình hòa giải để họ có thể chuẩn bị tốt. Các bên hoặc cố vấn của họ có thể được hòa giải viên giúp đỡ trong việc hình dung sự tham gia của họ trong ngày hòa giải như thế nào. Quan sát trực quan là kỹ thuật huấn luyện cổ điển có thể được hòa giải viên sử dụng theo chiều sâu hoặc theo hình thức đã được biến đổi.

Thân chủ và cố vấn của họ cần phải cảm thấy có thể làm việc và tin tưởng được thì mới làm tốt trong ngày hòa giải. Ngay từ tiếp xúc đầu tiên, hòa giải viên đã có cơ hội để định hình lên sắc thái của hòa giải. Linh hoạt và cảnh tỉnh là yếu tố quan trọng. Hòa giải viên cần phải biến việc tham gia đó càng dễ dàng càng tốt qua việc hạn chế bất ngờ và lúng túng tiềm tàng và tối đa hóa sự

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

thoải mái cho mọi người. Hòa giải viên cần trở thành hình mẫu về sự thoải mái và tự tin trong quy trình, lạc quan, phối hợp và giải quyết vấn đề một cách thực tế. Vì vậy, hòa giải viên huấn luyện các bên bằng việc làm gương, làm mẫu về cách tiếp cận có hiệu quả cũng nhưtrực tiếp hơn là việc chỉ cung cấp thông tin, phản hồi và gợi ý về quy trình.

Sẽ rất hữu ích nếu khuyến khích được cố vấn của các bên hợp tác với nhau trong khi chuẩn bị cho ngày hòa giải bằng việc thống nhất về hàng loạt văn bản, độ dài thời gian của bài khai mạc, các chuẩn bị khác đối với ngày hòa giải, bao gồm thời gian và thậm chí trong việc dự thảo sơ bộ thỏa thuận hòa giải thành theo hình thức yêu cầu. Việc huấn luyện tiếp tục kéo dài khi hòa giải viên chào các bên vào ngày hòa giải và mời họ an tọa trong phòng riêng trước khi (thường là như vậy) mở phiên họp chung. Bằng việc đưa ra những gợi ý về quản lý quy trình, hòa giải việc huấn luyện các bên làm thế nào để sử dụng có hiệu quả nhất ngày hòa giải.

Giai đoạn mở đầu

Hòa giải viên thường sử dụng cuộc tiếp xúc qua điện thoại ban đầu để trao đổi về mục đích, thời gian và có thể là sắc thái của phần mở đầu của các bên và người có thể phát biểu khai mạc. Có thể hữu ích nếu có hướng dẫn thêm trong các cuộc gặp riêng ban đầu của ngày để mỗi bên cảm thấy được sự tin tưởng để tham gia đầy đủ vào các cuộc gặp chung ban đầu.

Giai đoạn khám phá

Trong giai đoạn khám phá và mặc cả, hòa giải viên sẽ trợ giúp trong việc trao đổi chiến thuật các thông tin. Hòa giải viên cần hướng tới việc mang lại các cơ hội phù hợp để đối thoại trực tiếp vàtiếp cận các sáng kiến trong các phiên họp riêng để khuyến khích trao đổi thông tin đúng thời điểm nhưng cực kỳ thận trọng trong việc bảo đảm tính bí mật khi các bên chưa cho phép tiết lộ. Bên cạnh đó, ngoài việc duy trì sự vô tư của mình, hòa giải viên có thể huấn luyện các bên trao đổi thông tin với nhau theo những cách thức có thể có tác động tích cực.

Giai đoạn mặc cả

Vai trò của hòa giải viên với tư cách là huấn luyện viên trong giai đoạn mặc cả thường rất quan trọng. Hòa giải viên cần sử dụng hiểu biết của mình về các loại hình, kỹ thuật và chiến thuật đàm phán để giúp các bên định hình khuôn khổ của thỏa thuận và đưa ra những đề xuất chung, đề xuất cụ thể của mình theo cách thức có thể thu hút sự quan tâm của bên kia, xử lý những quan ngại và lợi ích của họ. Hòa giải viên phải tiến hành đánh giá xem cái gì khuyến khích các bên trao đổi, khi nào và làm như thế thế nào. Hòa giải viên cần báo các bên, ít nhất là trong thời gian ngắn, và kiểm soát thời gian tiết lộ hoặc kiểm soát các đề xuất để bảo vệ vị thế đàm phán của mình. Trong suốt thời gian đó, hòa giải viên vẫn phải đảm bảo giữ được sự tin tưởng của các bên vào sự vô tư trong việc giải quyết tranh chấp cũng như các kết quả khác.

Điều quan trong đối với hòa giải viên là luôn được nhìn nhận là vì lợi ích như nhau của tất cả các bên khi giúp họ đàm phán để đi đến hòa giải thành. Hòa giải viên là đại sứ trung lập giúp các bên tìm ra một giải pháp cho vấn đề giữa họ. Hòa giải khôngphải là con đường đi đến giải pháp của

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

hòa giải viên và áp lực đưa ý tưởng của hòa giải viên vào giải quyết tranh chấp sẽ làm phá hỏng tính liêm chính của việc hòa giải. Bởi trong tất cả các cuộc đàm phán thì các bên trong hòa giải càng cố gắng bao nhiêu thì cảm giác thành công khi đạt được thỏa thuận hòa giải thành sẽ lớn bấy nhiêu và sự tận tâm của họ trong việc thực thi thỏa thuận hòa giải thành cao bấy nhiêu.

Vai trò của hòa giải viên với tư cách là người huấn luyện đàm phán sẽ được trình bày chi tiết trong chương sau dưới tiêu đề "hòa giải viên sử dụng kỹ năng đàm phán".

Giai đoạn kết thúc

Trong mô hình hòa giải CEDR, không cái gì có tính ràng buộc cho đến khi được lập thành văn bản và được các bên ký. Các điều khoản hòa giải thường là dự kiến và để ngỏ cho đến khi tất cả các bên đồng ý cả gói, với các yếu tố về khả năng dàn xếp được định hình, thường là với tốc độ khác nhau, sẵn sàng để kết thúc. Những điều chỉnh muộn cũng có thể chấp nhận nếu hòa giải viên đảm bảo rằng thỏa thuận đó được hình thành dần dần và được coi là thỏa thuận tạm thời cho đến khi nó được hoàn thiện. Hòa giải viên phải sẵn sàng cho những tình huống bất ngờ phát sinh ngay cả khi ghi lại thỏa thuận. Có khi cần thiết phải quay trở lại giai đoạn mặc cả hoặc thậm chí là khám phá trước khi đi đến kết luận cuối cùng.

Khi thỏa thuận hòa giải thành đạt được và thỏa thuận đó được dự thảo, hòa giải viên cần thể hiện sự cẩn trọng, đặc biệt là khi hòa giải viên có kỹ năng trong việc soạn thảo văn bản pháp lý. Điều quan trọng trong tất cả các giai đoạn của hòa giải là cần phân biệt huấn luyện, đánh giá lại các lựa chọn và đưa ra những hướng dẫn về quy trình với việc đưa ra những lời khuyên cụ thể về nội dung vụ việc hoặc kết quả hợp lý nào có thể xảy ra.

Sau khi hòa giải

Nếu các bên không đạt được thỏa thuận trong ngày hòa giải, hòa giải viên có vai trò quan trọng trong việc giúp các bên để ngỏ cánh cửa để có thể tiếp tục đàm phán. Việc đưa ra các kiến nghị và cấu trúc của quy trình để bước tiếp có thể mang đến cho các bên hy vọng nào đó hoặc cảm nhận về khả năng có thể xảy ra. Đôi khi, thậm chí điều này có thể khai mào cho những thảo luận tiếp theo về việc giải quyết tranh chấp trong ngày hòa giải. Trong một vài trường hợp, chỉ cần nói với các bên rằng hòa giải viên sẽ gọi điện cho bên đó vào ngày hôm sau hoặc vài ngày sau đó là đủ. Trong những trường hợp khác, sẽ là phù hợp nếu tiến hành một cách chính thức, có thể mời các luật sư ngồi lại cùng nhau trước khi kết thúc ngày hòa giải để thống nhất về những bước đi cụ thể tiếp theo.

Kỹ năng và trình độ của một huấn luyện viên tốt

Cũng như huấn luyện trong các lĩnh vực khác, với tư cách là huấn luyện viên, hòa giải viên cần phải:

- xây dựng mối quan hệ và có được lòng tin
- ghi nhận những hành vi có hiệu quả
- đặt ra các câu hỏi hữu dụng

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

- đưa ra những phản hồi có tính xây dựng
- tạo động lực cho thay đổi hành vi
- sử dụng sự quan tâm và khuyến khích – cân bằng sự ủng hộ và thách thức đối với người nào đó
- áp dụng lý thuyết vào thực tiễn
- làm việc như là đồng nghiệp với tất cả những người tham gia thay vì như là diễn viên hay đối thủ cạnh tranh.

2. Phong cách và tiếp cận của hòa giải viên

Hỗ trợ hay đánh giá hay cả hai?

Trong suốt hai thập kỷ qua, có rất nhiều tranh luận về hai cách tiếp cận chính đối với hòa giải đó là hòa giải theo hướng hỗ trợ hay hòa giải theo hướng đánh giá. Các thuật ngữ này được sử dụng để mô tả hai phong cách trong đó một cái được coi làít can thiệp hơn là cái kia. Trong thực tiễn hiện nay, sự phân biệt chúng đơn giản hơn và bỏ qua độ rộng trong vai trò của hòa giải viên và hàng loạt các kỹ thuật mà hòa giải viên áp dụng, ngay kể cả trong cùng một quy trình hòa giải. Phong cách hỗ trợ và đánh giá giờ đây được dùng để mô tả hai điểm cuối của một giao động trong phong cách can thiệp chứ không phải để định nghĩa hai mô hình riêng biệt.

Sự vô tư của hòa giải viên

Trung lập, vô tư - hoặc đôi khi được gọi là đa diện – là một bộ phận cấu thành quan trọng trong vai trò của hòa giải viên. Tất cả hòa giải viên biết rằng họ cần tránh:

- đưa ra những phán xét
- đứng về bất kỳ bên nào
- nhảy vào quá nhanh
- đưa ra lời khuyên.

Khi hòa giải viên bị xem là có sự phán xét về các yếu tố pháp lý, kỹ thuật, thương mại hoặc cá nhân thì dễ dàng nhận thấy được nguy cơ tiềm tàngảnh hưởng đến tính trung lập của hòa giải viên và tới mối quan hệ giữa hòa giải viên với các bên.

Chuyên môn của hòa giải viên trong ngành hoặc lĩnh vực pháp luật thường là chủ đề gây nhiều tranh cãi. Điều cơ bản là hòa giải viên phải có được sự tôn trọng của các bên. Tất nhiên, hòa giải viên cần hiểu về tranh chấp; và sẽ dễ dàng thăm dò được điểm yếu trong quan điểm của các bên khi hòa giải viên có kiến thức về các khía cạnh kỹ thuật đó. Tuy nhiên, cũng có những nguy cơ khi sử dụng chuyên gia như vậy mà lại không có đủsự tận tâm thực hiện vai trò của hòa giải viên. Hòa giải viên tốt phải là người toàn diện và tinh thông trong việc nắm được các vấn đề kỹ thuật phức tạp một cách nhanh chóng; và đó là những kỹ năng tuyệt vời của hòa giải viên và năng lực quản lý quy trình là chìa khóa để hòa giải viên làm việc hiệu quả.

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

Vai trò này của hòa giải viên là trung lập dưới góc độ là họ không có quyền lợi gì đối với kết quả, ủng hộ tiến trình đi tới một giải pháp do các bên tạo ra và sở hữu. Tuy nhiên, hòa giải viên không phải là người đứng ngoài quan sát.

Các bên chỉ định hòa giải viên vì họ nhận thấy rằng họ cần sự giúp đỡ để giải quyết sự khác biệt giữa họ và họ thường kỳ vọng nhiều vào việc lựa chọn người trung lập.

Hòa giải là công việc khó khăn đối với mọi người. Hòa giải viên cần dành thời gian để tiếp thu những cảm giác, tình tiết và các lập luận để đưa ra các chiến lược. Hòa giải viên còn phải giữ gìn mối quan hệ một cách có hiệu quả và giữ an toàn quy trình, ví dụ như thông qua việc đảm bảo tính bí mật, và mang lại năng lượng cho quy trình, thể hiện vẫn dồi dào sức lực vào cuối ngày như lúc mới bắt đầu hòa giải.

Vì nhiều lý do, hòa giải viên có thểmuốn đưa ra ý kiến về một vấn đề nào đó hoặc về vụ việc nói chung, đặc biệt khi:

- các bên dường như gặp khó khăn và không khoan nhượng
- tiến trình đi tới hòa giải thành dường như rất chậm hoặc bế tắc
- hòa giải viên đã cạn ý tưởng
- hòa giải viên mất đi tính trung lập
- hòa giải viên thể hiện không thích một bên nào đó
- một hoặc nhiều bên hỏi quan điểm của hòa giải viên.

Tại những thời điểm này, bạn với tư cách là hòa giải viên phải giữ vững tinh thần và không nên chọn cách thoát dễ dàng như vậy. Tránh để sự tức giận của bạn dẫn bạn đến chỗ phán xử - thay vào đó bạn cần:

- tìm hiểu thêm
- tóm tắt, xem xét lại hoặc định hình lại
- tìm hiểu về những đánh giá của các bên
- kiểm tra những đánh giá của họ một cách thẳng thắng và trong phòng riêng
- hỏi các bên họ muốn làm gì.

Quy trình linh hoạt

Hòa giải là một quy trình linh hoạt và có thể điều chỉnh để phù hợp với những tình huống và các bên khác nhau. Cá nhân hòa giải viên với kinh nghiệm của mình sẽ xây dựng một phong cách riêng và sử dụng quy trình theo cách riêng của họ.

Các bên quyết định kết quả đầu ra

Không giống như trọng tài và tranh tụng, trung tâm của triết lý hòa giải là bên thứ ba trung lập không áp đặt quyết định cho các bên. Điều này có thể gây khó khăn cho những trọng tài viên, thẩm phán, chuyên gia có kinh nghiệm khi làm hòa giải viên bởi họ được sử dụng để đưa ra quan điểm và ý kiến và có thể ngầm hiểu rằng đó cũng là điều mà các bên yêu cầu họ.

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

Hòa giải viên cần đảm bảo rằng các bên tham gia hòa giải nhận thức đầy đủ về phạm vi vai trò của hòa giải viên và về trách nhiệm của các bên. Trong hòa giải, các bên phải có cố vấn để cho họ lời khuyên về các vấn đề pháp lý và ý kiến chuyên gia khác chứ không phải hướng đến bên thứ ba trung lập để nhận được những lời khuyên này. Hòa giải viên phải cẩn trọng với vai trò của mình khi làm việc cùng với các bên không có người đại diện và vấn đề này sẽ được trình bày đầy đủ hơn trong chương cuối cùng của cuốn Sổ tay này.

Hòa giải viên có vai trò tích cực và chủ động

Trong hầu hết các cuộc hòa giải, tiến bộ đạt được thông qua việc các bên đánh giá lại rủi ro của mình và hòa giải viên thường đóng vai trò tích cực trong việc giúp họ đánh giá rủi ro. Hỗ trợ đánh giá lại những vấn đề dường như cản trở con đường đi đến thỏa thuận là một quá trình vất vả. Hòa giải viên phải sử dụng những kỹ năng giao tiếp, tương tác giữa con người với nhau cũng như các kỹ năng về quản lý quy trình và giải quyết vấn đề, cũng như sự sẵn lòng để mang lại sự tiến triển thay vì đưa ra tuyên bố. Hòa giải viên vừa phải kiên nhẫn nhưng cũng phải mạnh mẽ.

Cách tiếp cận mạnh mẽ tất nhiên là cần thiết khi:

- giải quyết nhiều vấn đề
- vượt qua sự bế tắc về cảm xúc
- kiểm tra lại những lựa chọn để đi đến giải pháp có tính hợp tác
- đưa ra các phép thử thực tế
- xem xét lại giải pháp thay thế để đạt được thỏa thuận.

Thời gian là rất quan trọng; sự can thiệp này là những đòi hỏi khó khăn đối với các bên và cố vấn của họ cho nên nó có thể đón nhận với sự kháng cự, đặc biệt nếu phép thử thực tế được đưa ra quá sớm trong quy trình.

Giải quyết nhiều vấn đề

Thông thường, các bên trong tranh chấpbị lún sâu vào sự phức tạp của yêu cầu của mình. Sẽ rất hữuích cho các bên khi nêu bật những khía cạnh chủ yếu của tranh chấp trong một bản tóm lược ngắn gọn về vụ việc. Thêm vào đó, bên thứ ba không liên quan đến tranh chấp tham gia vào việc giải quyết sẽở vị thế tốt để giúp các bên làm rõ vấn đề đang tồn tại giữa họ. Khi có một số vấn đề, hòa giải viên có thể giúp các bên xây dựng một lịch trình ngay từ giai đoạn đầu của hòa giải. Sau đó, hòa giải viên có thể làm việc cùng với các bên hoặc các bên và cố vấn của họ có thể làm việc riêng với nhau để tóm lại các yêu cầu, sắp xếp theo thứ tự ưu tiên và xác định sức nặng khác nhau cho những khía cạnh khác nhau của tranh chấp dựa trên sức mạnh của lập luận và các tiêu chí khác. Công việc này có thể cho phép hòa giải viên xác định một số điểm chung giữa các bên.

Vượt qua sự bế tắc về cảm xúc

Bất kỳ bên nào đều có thể nổi giận vì tranh chấp, thể hiện ở việc họ trở nên mất lý trí và có thể không nhìn thấy thực tế hoàn cảnh của họ hoặc lắng nghe những dự đoán hợp lý của cố vấn của mình. Hòa giải viên đã xây dựng mối quan hệ tốt và sự tin tưởng với từng bên có thể tìm hiểu

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

riêng về quan điểm của họ thông qua việc đặt câu hỏi một cách cẩn trọng và sử dụng các thủ thuật kiểm tra thực tiễn khác. Cũng cần cẩn trọng khi nói về từng vấn đề bao gồm cảý kiến của cố vấn của họ và quan điểm của bên kia. Sự thay đổi của môi trường xung quanh đôi khi có thể giúp ích trong những tình huống khó khăn này, có thể là làm việc ở phòng khác hoặc đi ra ngoài để hít thở chút không khí trong lành.

Xem xét lại các lựa chọn để có những giải pháp có tính hợp tác

Hòa giải viên cần cảnh tỉnh với những tín hiệu, manh mối và những gợi ý bằng lời hoặc phi ngôn ngữ của các bên để tất cả các khả năng tiến tới thỏa thuận hòa giải đều có thể được cân nhắc. Có thểép các bên nhìn lại một lần nữa các ý tưởng hoặc đề xuất để tối đa hóa cơ hội tìm ra một giải pháp. Đôi khi hòa giải viên có thể tham gia vào việc tìm ra một giải pháp có thể thực thi bằng việc bổ sung ý tưởng của mình vào với các ý tưởng của các bên.

Hòa giải viên có kinh nghiệm là người giúp các bên đạt được thỏa thuận hòa giải mà họ nhận thấy một cách chắc chắn rằng đó là sản phẩm sáng tạo của họ, tránh được việc thuyết phục quá nhiều, áp đặt hay chiếm đi phần lớn sự sở hữu của các bên đối với vấn đề và giải pháp cho các vấn đề đó.

Đề nghị kiểm tra thực tiễn

Hòa giải viên cần thường xuyên làm việc với các bên và cố vấn của họ về đánh giá và đánh giá lại rủi ro; kiểm tra và đánh giá vị thế của họ, các giả định và toan tính.

Một hoặc nhiều bên có thể theo đuổi một vị thế bị thổi phồng trong thời gian dài đến mức nó có thể trở thành kỳ vọng hoặc niềm tin của bên đó. Trong những trường hợp này, việc kiểm tra các giả định, việc sử dụng đúng mực các câu hỏi và kiên trì tìm kiếm sự bất nhất chưa lý giải được và huấn luyện các bên thực tế hơn đều là một phần quan trọng trong vai trò của hòa giải viên.

Xem xét các giải pháp thay thế để đạt được thỏa thuận

Các bên sẽ thường xuyên nói với hòa giải viên rằng họ dự định tiến hành hòa giải hoặc tiếp tục tranh tụng tại tòa hoặc tại trọng tài. Có thể sẽ rất hữu ích khi đưa ra một trường hợp giả định để các bên thấy rằng tác động của việc rời bỏ đàm phán vàbuông bỏđối với những cố gắng tìm ra một thỏa thuận có thể chấp nhận được. Hòa giải viên có thể làm việc cùng với các bên và cố vấn của họ để đảm bảo rằng họ đã đánh giá đầy đủ các yếu tố thời gian, chi phí, quản lý, tính công khai và tất cả các yếu tố khác xuất hiện khi tiếp tục tranh chấp.

Các quy trình khác đôi khi có thể cũng tốt như hòa giải

Đôi khi cả hai bên thực sự tin rằng họ đãđúng ở góc độ là quy trình hòa giải chứng tỏ một rào cản hoàn toàn đối với những tiến triển. Trong trường hợp đó, có thể cần một quy trình khác trong đó quan điểm mà bên thứ ba độc lập được thể hiện có thể giúp các bên giải quyết vấn đề.

Các quy trình khác có thể hoạt động song hành cùng với hòa giải bao gồm:

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

- các khuyến nghị không có tính ràng buộc
- đánh giá trung lập ở giai đoạn đầu (ENE)
- xác định của chuyên gia không có tính ràng buộc (ED).

Một khi các bên nhận được dấu hiệu cho thấy cách thức mà thẩm phán, trọng tài viên và chuyên gia nhìn nhận quan điểm của họ, họ có thể điều chỉnh cách tiếp cận và với sự trợ giúp của hòa giải viên, sau đó họ có thể đàm phán và làm việc để đi tới hình thành một giải pháp từ một điểm xuất phát mới.

Hòa giải viên đánh giá quá cao hoặc tham gia vàoENE hoặc ED trong quá trình hòa giải có thể sẽ gặp những rủi ro sau:

- **Mất đi tính trung lập:** người đánh giá có thể được nhìn nhận là có sự thiên vị đối với một bên và sự hợp tác, niềm tin của bên kia có thể bị giảm sút trong quá trình hòa giải đang diễn ra.
- **Mất đi sự sở hữu và trách nhiệm của các bên:** bản chất của hòa giải là hòa giải viên quản lý quy trình và các bên kiểm soát kết quả đầu ra. Đưa ra kiến nghị và quan điểm về bản chất vụ việc rất dễ làm giảm bớt đi cảm giác của các bên về sự kiểm soát của họ đối với kết quả đầu ra.
- **Sự bắt đầu lại quan hệ đối kháng:** kiến nghị, ENEhoặc ED sẽ hoặc dường như thiên vị cho một bên và bị coi là minh chứng cho quan điểm của họ và điều này có thể dẫn bên đó đến chỗ cố thủ và tiếp cận tới hòa giải theo con đường đối kháng.
- **Sự nhầm lẫn trong việc sử dụng thông tin có được một cách bí mật:** nếu thay đổi vai trò của hòa giải viên diễn ra sau khi thông tin bí mật đã được chuyển đi, các bên có thể cảm giác rủi ro hoặc bị phơi bày và thậm chí có thể coi như là sự vi phạm niềm tin đã được gây dựng.
- **Mất mặt:** kiến nghị, ENE hoặc ED có thể khó chấp nhận và làm mất thể diện cá nhân, chuyên nghiệp của bên này với bên kia.
- **Gây thiệt hại cho quan hệ thân chủ - luật sư:** ý kiến hoặc kiến nghị có thể thay đổi động lực giữa luật sư và các bên theo hướng phá vỡ quan hệ của họ và cản trở quy trình hòa giải sau đó.

Đề nghị đánh giá hoặc kiến nghị

Thỉnh thoảng hòa giải viên cũng được một hoặc các bên chính thức đề nghị đưa ra kiến nghị hoặc thể hiện ý kiến của mình về việc giải quyết tranh chấp. Đặc biệt, khi hòa giải trong thời gian hạn chế trở nên phổ biến trong một số lĩnh vực thì hòa giải viên có thể được đề nghị trở thành người đưa thỏa thuận hoặc nửa phán xử. Cuốn sổ tay này sẽ cung cấp khuôn khổ cơ bản cho hòa giải, điểm khởi đầu an toàn cho hòa giải viên mới và chỉ đưa ra những hướng dẫn sau đây về cách thức xử lý những đề nghị nêu trên.

- đảm bảo rằng các bên hiểu về quy trình hòa giải, vai trò của họ và vai trò thông thường của hòa giải viên trong quy trình đó, sau đó

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

- nếu có vấn đề nào đó cần đánh giá, thì đề nghị các bên thống nhất lấy đánh giá từ một người khác trung lập trước, trong hoặc sau khi hòa giải nếu thấy phù hợp.

Một số bên, bao gồm cả cơ quan thuộc chính phủ hoặc cơ quan công quyền, đặc biệt trong các tranh chấp quốc tế, có thể đi đến hòa giải, nhưng kết quả đó phải chịu sự phê chuẩn của cơ quan có thẩm quyền cao hơn hoặc củaủy ban. Kiến nghị bằng văn bản hoặc bằng lời của bên thứ ba có thể quan trọng để có được sự phê chuẩn đó.

Trong những dự án hạ tầng lớn hoặc trong những vụ việc phức tạp với sự tham gia của nhiều bên hoặc là lựa chọn cuối cùng để đạt được giải pháp giải quyết tranh chấp, các bên đôi khi cùng yêu cầu thống nhất với kiến nghị không ràng buộc của hòa giải viên và coi đó là thỏa thuận giải quyết tranh chấp. Kiến nghị của hòa giải viên có thể là công cụ hữu hiệu để giải quyết tranh chấp, nhưng chỉ khi có sự thống nhất hoàn toàn của các bên, với các căn cứ rõ ràng và các quy tắc đã được thỏa thuận, và kiến nghị được đưa ra riêng đối với từng bên theo cách thức có tổ chức, có kế hoạch và có quản lý. Đây không phải là cái được tiến hành một cách nhẹ nhàng và cũng không phải là kỹ thuật trong CEDR khuyến nghị mà những hòa giải viên mới có thể sử dụng.

3. Vai trò và trách nhiệm của các bên, luật sư, chuyên gia, trợ lý hòa giải viên và đồng hòa giải viên

Một số hoạt động hòa giải diễn ra chỉ có sự tham gia của các bên và hòa giải viên; nhiều hoạt động hòa giải khác có sự tham gia của một số người khác. Hòa giải viên cần khuyến khích, đánh giá và quản lý việc tham gia của mọi người. Các đoạn dưới đây sẽ phác họa những vai trò phổ biến của những người tham gia khác nhau và quan hệ giữa hòa giải viên với họ.

Các bên

Các bên đòi hỏi phải:

- có thẩm quyền giải quyết
- chuẩn bị tốt để tham gia vào quy trình.

Các bên thường tham dự với thẩm quyền giải quyết không đầy đủ và khi vượt qua giới hạn thì họ phải tham khảo ý kiến người khác. Đường liên lạc với người đó cần được làm rõ và mở rộng, đặc biệt là ngoài giờ làm việc thông thường mặc dù điều này không thích bằng việc người có thẩm quyền quyết định có mặt và tham gia đầy đủ vào quy trình hòa giải.

Những nhà đàm phán hàng đầu thường mang theo cùng một đội ngũ các cố vấn. Các bên phải đưa ra quyết định cuối cùng về việc ai là người tham gia vào đội ngũ đó, nhưng hòa giải viên lại có vai trò khuyến nghị các bên về quy mô của đội ngũ đó và ai nên tham gia. Hòa giải viên và tất cả các bên khác cần được thông báo trước về việc ai sẽ tham gia vào từng đội.

Những đội hình lớn có thể khó quản lý. Về chỗ ngồi trong phiên họp chung, tốt nhất là thường để người có thẩm quyền quyết định và người trình bày vụ việc gần với hòa giải viên và những người còn lại trong nhóm thì ngồi xa dần.

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

Những vấn đề khác với đội hình lớn như:

- luôn giữ cho mọi người có cảm giác tham gia vào việc giải quyết và tránh việc tách những người không tham gia trực tiếp vào quá trình này
- một bên có cảm giác lo sợ vì sự mất cân bằng về số lượng người.

Các bên có thể lựa chọn tự mình trình bày khai mạc trong phiên họp chung đầu tiên hoặc đề nghị cố vấn của mình phát biểu hoặc cùng trình bày với cố vấn của mình hoặc người khác trong đội. Các đội thường dành một vài ngày làm việc riêng cùng nhau mà không có sự hiện diện của hòa giải viên và đây thường là thời gian diễn ra sự thay đổi trong quan điểm. Cũng cần báo cho các bên rằng sẽ có những giai đoạn chờ đợi trong ngày khi mà hòa giải viên có cuộc gặp với từng bên một hoặc với một số thành viên của đội nào đó. Các bên và cố vấn của họ cần có trách nhiệm đảm bảo vệc tham gia của các thành viên trong đội của mình và đối với việc sử dụng thời gian với hòa giải viên một cách có hiệu quả nhất.

Trong hòa giải, hòa giải viên sẽ làm việc với các bên để làm rõ các vấn đề, hình thành các lựa chọn và các ý tưởng để đạt được tiến bộ và tạo thành các điều khoản hòa giải thành mà các bên có thể chấp nhận được. Người đứng đầu đàm phán trong mỗi đội sẽ quyết định cuối cùng về thỏa thuận hòa giải thành. Do vậy, điều quan trong đối với hòa giải viên có thể là hiểu được những áp lực và căng thẳng đối với người ra quyết định khi họ là người phải xem lại thỏa thuận hòa giải thành, khẳng định nó với các đồng nghiệp và làm cho nó có thể thực thi được.

Luật sư

Luật sư có mặt trong phần lớn quy trình hòa giải thương mại và họ chính là người giới thiệu đa số các vụ việc sang hòa giải.

Trước khi hòa giải, luật sư thường:

- giúp các bên lựa chọn hòa giải viên
- tư vấn cho thân chủ về quy trình hòa giải
- là đầu mối liên lạc chính với hòa giải viên
- giúp lựa chọn đội hình tham gia hòa giải cho thân chủ
- tư vấn về việc có cần tổ chức phiên họp tiền hòa giải với hòa giải viên hay không
- tóm tắt cho và có thể là tập dượt cho thân chủ trong việc trình bày phát biểu khai mạc
- chuẩn bị bản tóm tắt về vụ việc để gửi cho hòa giải viên và các bên khác
- chuẩn bị hàng loạt các tài liệu hoặc thống nhất về những tài liệu đó với luật sư của bên kia
- xác định những tài liệu được coi là bí mật và “chỉ có hòa giải viên mới được xem”
- tiến hành đánh giá thực tế về sức mạnh và điểm yếu trong lập luận về vụ việc của thân chủ mình
- chuẩn bị dự toán về chi phí.

Trong quá trình hòa giải, luật sư thường:

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

- trình bày phát biểu khai mạc hoặc hỗ trợ thân chủ trình bày
- tư vấn cho thân chủ và có thể là người dẫn dắt việc đàm phán hòa giải
- góp phần xác định giải pháp tốt nhất thay thế cho thỏa thuận hòa giải thành của một bên
- xác định các vấn đề pháp lý liên quan đến thỏa thuận hòa giải thành đang xuất hiện
- dự thảo, hỗ trợ việc dự thảo thỏa thuận hòa giải thành.

Luật sư đóng góp rất quan trọng vào quy trình và hòa giải viên cần đảm bảo rằng họ tham gia và được tôn trọng trong suốt quá trình hòa giải. Ví dụ, họ thường thúc đẩy tính linh hoạt và cơ động, đặc biệt là khi hòa giải viên không có trong phòng. Luật sư có thể là đồng minh của hòa giải viên và trong quan hệ giữa hòa giải viên và luật sư thì luật sư đôi khi chào đón và khuyến khích hòa giải viên là người quản lý bổ sung đối với các kỳ vọng của thân chủ mình.

Các chuyên gia và cố vấn khác

Một bên có thể cảm thấy cần thiết phải có cố vấn tài chính hoặc sự hiện diện của các chuyên gia khác bên cạnh cố vấn pháp luật để giúp mình trong những lĩnh vực kỹ thuật không phải là pháp luật của thỏa thuận hòa giải thành.

Các chuyên gia có hai vai trò trong hòa giải:

- với tư cách là cố vấn chuyên ngành cho một bên, hoặc
- là cố vấn chuyên ngành cho hòa giải viên (mặc dù điều này không phổ biến).

Khi là cố vấn chuyên ngành cho các bên, chuyên gia là thành viên trong đội hình của bên đó và thường đóng vai trò hết sức hạn chế bởi lẽ thỏa thuận hòa giải thành hiếm khi dựa trên những kiến thức chi tiết hoặc ý kiến của một chuyên gia mà công việc chính của họ đã hoàn thành trước đó rồi. Đối với chuyên gia, có thể rất khó cho họ trong việc thay đổi quan điểm của mình và có nguy cơ rằng sự không linh hoạt đó sẽ trở thành rào cản cho việc giải quyết tranh chấp bằng hòa giải. Tuy nhiên, các bên thường thường cân nhắc đến triển vọng rằng quan điểm chuyên gia này hay khác có tính thuyết phục tại phiên tòa và từ đó loại trừ tương ứng các điều khoản về thỏa thuận hòa giải thành. Thỉnh thoảng việc giải quyết tranh chấp liên quan đến thỏa thuận về các vấn đề kỹ thuật và chuyên gia có thể đóng góp đáng kể vào việc hoàn thiện các điều khoản. Các bên đôi khi quyết định sử dụng chuyên gia thông qua điện thoại thay vì có mặt trong quá trình hòa giải.

Trong các vụ án đặc thù chuyên ngành, các bên thỉnh thoảng hỏi hoặc thống nhất rằng hòa giải viên làm việc với một chuyên gia. Sự đóng góp của chuyên gia cần xem xét một cách cẩn trọng và hòa giải viên phải quyết định mức độ chi tiết kỹ thuật được sử dụng để kiểm tra thực tế hoặc để thảo luận về các điều khoản hòa giải thành. Trong những vụ việc như vậy, thông thường hòa giải viên chuyên ngành với kinh nghiệm trong lĩnh vực đó được chỉ định. Tuy nhiên, hòa giải viên vẫn cần phải là người có kỹ năng trong xây dựng mối quan hệ tin cậy với các bên, có kỹ năng quản lý quy trình một cách sáng tạo và làm việc vè nội dung theo hướng cho phép các bên tự mình tìm ra giải pháp phù hợp với mình.

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

Trợ lý hòa giải viên

Trải nghiệm đầu tiên về hòa giải thực sự của bạn ngoài việc là cố vấn cho một bên có thể sẽ là trợ lý hòa giải viên. Đây là cơ hội để học hỏi và hình thành lên những hiểu biết về quy trình hòa giải.

Hòa giải viên tự mình quyết định vai trò của trợ lý hòa giải viên, có thể bao gồm:

- ghi chép để hòa giải viên tự do không phải ghi chép hoặc ghi chépít đi
- quan sát và ghi lại những ngôn ngữ cơ thể của những người tham gia vào trao đổi với hòa giải viên
- đưa ra những thông điệp về thời gian cho bên kia để tránh phá vỡ buổi gặp
- quản lý các khía cạnh thực tế hoặc nội bộ trong ngày hòa giải - nhiệt độ phòng, giải khát, trang thiết bị
- đóng vai như ban thư ký, người mà hòa giải viên có thể trao đổiý tưởng và chia sẻ suy nghĩ trong thời gian giải lao giữa các phiên họp
- đặt câu hỏi, thường là khi được hòa giải viên mời, có thể là về cuối của cuộc gặp
- thỉnh thoảng tổ chức phiên họp riêng, ví dụ như thực hiện các nhiệm vụ với các chuyên gia của cả hai bên trong khi hòa giải viên làm việc với những người khác mặt dù việc phân chia lao động cần được hòa giải viên quản lý một cách cẩn trọng
- là người tháp tùng, khuyến khích và ủng hộ hòa giải viên.

Sau khi hòa giải, hòa giải viên và trợ lý thường cùng nhau đánh giá lại hoạt động trong ngày. Đây là cơ hội để giảm căng thẳng và trao đổi về các góc độ của ngày làm việc mà không thể thảo luậnở một nơi khác bởi cam kết giữ bí mật. Sẽ rất hữu ích nếu hòa giải viên đưa ra ý kiến phản hồi cho trợ lý hòa giải về sự đóng góp của họ cũng như hòa giải viên nhận phản hồi từ trợ lý và hữu ích cho họ khi cùng nhau phản ánh xem cái gì làm tốt và tại sao và cái gì có thể làm khác đi.

Trong khóa học về MST, vai trò của trợ lý trong phần đóng vai chỉ giới hạn cho quan sát viên để mỗi người tham gia có cùng khoảng thời gian để thực hành và để được đánh giá với tư cách là hòa giải viên.

Đồng hòa giải viên

Cùng tiến hành hòa giải là việc hai hay nhiều hòa giải viên có kinh nghiệm làm việc cùng nhau với vai trò như nhau. Nó thường được sử dụng trong hòa giải cộng đồng. Trong hòa giải thương mại, nó được sử dụng chủ yếu khi:

- tranh chấp đặc biệt phức tạp hoặc có kết hợp nhiều kỹ năng cụ thể và cần phải có kinh nghiệm mà một hòa giải viên không thể đáp ứng được hết
- số lượng các bên, cách biệt về địa lý của các bên là những lý do mà một hòa giải viên không thể thực tế gặp tất cả các bên một cách có hiệu quả được
- tính nhạy cảm giữa các bên đòi hỏi sự kết hợp về giới, chủng tộc hoặc văn hóa trong đội hình hòa giải viên.

Đồng chủ trì hòa giải đòi hỏi các kỹ năng làm việc theo nhóm rất phức tạp, trong đó có:

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

- các quy tắc nền tảng giữa các hòa giải viên được thống nhất trước khi bắt đầu; ai sẽ làm nhiệm vụ gì; các nhiệm vụ được chia sẻ như thế nào; hệ thông thông tin liên lạc mà họ sử dụng trong quá trình hòa giải là gì
- các hòa giải viên hình thành cách thức làm việc với nhau dựa trên các quy tắc nền tảng qua đó cho phép họ làm việc linh hoạt với các bên
- vẫn có sự trao đổi, cập nhật thường xuyên riêng giữa các đồng hòa giải viên
- những gì không chắc chắn hoặc bất đồng giữa các hòa giải viên được giải quyết kín và nhanh chóng
- các hòa giải viên được nhìn nhận là một nhóm thống nhất, tự tin, có khả năng và bổ trợ cho nhau.

4. Những thách thức đối với quy trình

Xử lý các vấn đề về địa vị và sự mất cân bằng về quyền lực

Trong hòa giải, thường thì một bên sẽ được coi là mạnh hơn bên kia. Sức mạnh này có thể ở nhiều dạng khác nhau mà hình thức rõ nét nhất là được tiếp cận nguồn tài chính lớn hơn. Loại hình mất cân bằng sức mạnh khác có thể gồm có những cá nhân kiệt xuất và có địa vị trong một tổ chức hoặc xã hội nói chung.

Trong những tình huống đó, hòa giải viên cần đảm bảo rằng cả hai bên – bên mạnh và bên yếu - đều có cùng cơ hội tham gia vào quy trình theo cách có hiệu quả và hòa giải viên làm việc với họ cũng trên cùng một nền tảng ngang nhau. Công cụ chính mà hòa giải viên có thể sử dụng để đảm bảo điều này đó chính là sự can thiệp vào quy trình. Một vài trong số đó bao gồm:

- quyết định không tổ chức phiên họp chung;
- ngừng phiên họp chung để chuyển thành các phiên họp riêng;
- không cho phép một bên chiếm ưu thế bằng cách kiểm soát cẩn trọng về thời gian;
- đảm bảo rằng trong phiên họp chung các trao đổi đều do hòa giải viên kiểm soát để đảm bảo cả hai bên đều có đủ thời gian phát biểu; và
- tạo khoảng không cho bên yếu thế cân nhắc các đề xuất trước khi đồng ý với bất kỳ thứ gì;

Trong một vài tình huống, những can thiệp về nội dung như việc hòa giải viên huấn luyện bên yếu thế về cách thức khuôn lại thông tin và các đề nghị sẽ là phù hợp. Điều này đặc biệt đúng khi một bên tham gia vào quy trình hòa giải mà không có đại diện pháp lý, nhưng hòa giải viên ở đây cần cẩn trọng không đi quá để đóng vai trò cố vấn cho bên đó.

Cảnh báo cuối cùng, cũng giống như với tất cả mọi thứ trong hòa giải, hãy đề phòng các giả định. Thông thường, trong quá trình đọc và chuẩn bị bạn có thể giả định rằng một bên yếu thế hơn khi trong thực tế nhân sự hoặc hoàn cảnh làm thay đổi sự cân bằng sức mạnh. Một ví dụ ở đây là trong trường hợp đang bên bờ vực phá sản hoặc mất khả năng thanh toán trong đó bên yếu thế hơn về tài chínhlại có quyền nhiều hơn.

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

Hoãn

Các sắc thái của thủ tục tố tụng dân sự tại các nước khác nhau cho thấy rằng ở một số nước thì việc hoãn hoàn toàn được quy định trong cách thức tiến hành đàm phán và tranh tụng. Trong khi đó hòa giải thường được khuyến nghị diễn ra trong vòng một ngày hoặc trong một giai đoạn liên tục, tập trung các bên và cố vấn của họ làm việc cùng với hòa giải viên để đưa ra những giải pháp có thể khả thi cho nên quy trình ở đây đủ linh hoạt để hoãn theo sự thống nhất của các bên.

Tuy nhiên, hòa giải viên cần cẩn trọng rằng việc tạm ngừng không kéo theo việc các bên quay ngược trở lại đối thoại về vị thế của mình trước đó khi mà việc hòa giải được triệu tập lại. Để tránh điều này, hòa giải viên cần phản kháng đối với các bên đề nghị hoãn hòa giải và khuyến khích họ tin vào quy trình và tiếp tục khi mà hòa giải viên cảm nhận rằng tiến bộ sẽ đạt được và việc hòa giải thành vẫn có thể xảy ra.

Khi mà cả các bên và hòa giải viên đồng ý hoãn, việc hòa giải cần được triệu tập lại càng sớm càng tốt sau phiên đầu tiên. Hòa giải viên nên bắt đầu bằng việc đưa các bên lại với nhau trong một phiên họp chung để nhắc họ vềnhững tiến bộ đạt được và làm rõ cái gì có thể sẽ xảy ra tiếp theo. Sau đó quy trình có thể tiếp tục với các giai đoạn liên quan.

Tuy nhiên, khi việc hoãn là do cần có thêm thông tin được nêu tại phiên làm việc đầu tiên của hòa giải thì có thể phiên họp tiếp theo sẽ không diễn ra trong một vài ngày, vài tuần hoặc thậm chí vài tháng sau đó. Trong viễn cảnh này, tốt nhất là cần xác định một ngày mới trước khi việc hòa giải bị hoãn và hòa giải viên nên giữ liên lạc với các bên và/hoặc cố vấn của họ thường xuyên, đề nghị cập nhật thông tin để đảm bảo rằng việc hòa giải đang theo lộ trình. Ở đây cần thận trọng là các bên thường yêu cầu bên kia cung cấp thêm thông tin và thực tế điều này là không cần thiết để đạt được thỏa thuận hòa giải thành. Nên nhớ rằng đây không phải là quy trình Tòa án và vì vậy chứng cứ là không cần thiết. Do đó, hòa giải viên cần khuyến khích các bên tiếp tục với việc hòa giải khi có thể.

Vì vậy, hòa giải viên cần cảnh tỉnh trước việc một hoặc các bên sử dụng việc hoãn hòa giải để làm lợi thế cho mình và làm việc với họ để đưa quy trình hòa giải trở lại theo đúng lộ trình.

Tham nhũng/ hối lộ

Mặc dù rất hiếm, nhưng vẫn có thể có trường hợp trong đó hòa giải viên được một bên tiếp cận với đề nghị để cho họ thắng trong hòa giải. Với thực tế rằng hòa giải viên không đưa ra quyết định về kết quả giải quyết tranh chấp do vậy bất kỳ nỗ lực nào tham nhũng hoặc hối lộ có thể không được xem xét một cách đầy đủ. Mặc dù vậy, hòa giải viên có một vị trí đặc quyền trong quy trình hòa giải. Không phải chỉ hòa giải viên phải rất cẩn trọng để đảm bảo rằng họ không làm mất đi tính trung lập của họ, mà việc một bên cố gắng hối lộ cũng nên được bác bỏ mạnh mẽ dựa trên các căn cứ về đạo đức. Tính bảo mật của hòa giải viên/các bên có thể bị vi phạm trong trường hợp có quan ngại về đạo đức (chi tiết sẽ trình bày dưới đây) và việc làm đó có thể khiến hòa giải viên phải rút ra khỏi hòa giải và thông tin cho cơ quan có thẩm quyền về hành vi đó của các bên.

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

VII. Kỹ năng giao tiếp để hòa giải hiệu quả

1. Tầm quan trọng của kỹ năng giao tiếp trong hòa giải

Giao tiếp tốt là điều kiện quan trọng để hòa giải viên hoạt động hiệu quả. Thuật ngữ "giao tiếp" ở đây bao gồm vô số kỹ năng và quy trình. Dưới đây là một khảo sát rộng về một số công cụ quan trọng trong đó tập trung vào các kỹ năng cơ bản về lắng nghe chủ động.

Hòa giải viên có hiệu quả tham gia vào quy trình với tư duy cởi mở:

- về vụ việc – không có quan điểm cố định nào về nội dung vụ việc, điểm yếu và thế mạnh
- về con người–tránh rập khuôn con người trên cơ sở giới tính, quan hệ xã hội hoặc lý do nghề nghiệp, độ tuổi, văn hóa, chủng tộc hoặc các yếu tố khác
- về ưu tiên của các cá nhân – không có giả định về cái tạo động lực và còn vướng mắc giữa các bên
- về kết quả – không có một ý tưởng cố định nào về một giải pháp sẽ có.

Hình thành khả năng làm việc với người khác một cách vô tư bản thân đólà một kỹ năng. Mọi người đều nhìn nhận thế giới dựa trên những thông tin hữu hạn, kinh nghiệm trước đó, phán đoán và giả định. Với tư cách là một hòa giải viên, sau khi đọc các tài liệu và trao đổi với các bên, trong quá trình chuẩn bị, hòa giải viên có thể tự hỏi mình giả định mình đặt ra ở đây là gì và cách nhìn hòa giải viên hình thành qua đó là gì. Bằng việc thừa nhận một vài phán đoán và đi đến kết luận nào đó, bạn có thể loại trừ chúng và giữ tư duy luôn mở trong quá trình hòa giải.

Một hòa giải viên có hiệu quả phải tạo ra một môi trường có tính xây dựng và không bị ràng buộc, qua đó cho phép xây dựng lòng tin và hiểu biết lẫn nhau - giữa các bên với nhau, giữa các cố vấn với nhau, giữa cố vấn với hòa giải viên, và giữa các bên với hòa giải viên. Việc nhạy bén với tầm quan trọng của các ngôn từ và hành vi giúp hòa giải viên có thể mở ra hoặc mở lại đường liên lạc đã bị khóa hoặc bị đứt quãng và giúp các bên nói chuyện được với nhau. Nhiều kỹ năng giao tiếp là bẩm sinh hoặc đã được học và các kỹ năng khác phải học hoặc sử dụng nhiều hơn. Việc mô tả các kỹ năng được trình bày dưới đây nhằm mục đích giúp bạn nâng cao hiểu biết và khả năng sử dụng các kỹ năng đó tốt như một hòa giải viên.

2. Chủ động lắng nghe

Khả năng lắng nghe và hiểu tốt là cơ sở cho việc giao tiếp hiệu quả. Các bên mang đến hòa giải với nhiều cung bậc khác nhau về sự đau buồn, tức giận, sợ hãi và lạc quan. Việc biết được mình được lắng nghe và thấu hiểu sẽ giúp xây dựng lòng tin và cho phép các bên cân nhắc cởi mở hơn những lựa chọn thay đổi và nhận phần trách nhiệm trong việc giải quyết tình hình.

Lắng nghe là một quá trình chủ động bao gồm nghe những lời nói, nhạy cảm với giọng nói, tông điệu, cao độ và độ lan truyền, quan sát cử động, cân nhắc đến bối cảnh và đưa ra tín hiệu về việc mình hiểu. Bằng cách này, các bên không chỉ biết được những gì mình đã nghe mà còn có thể nghe được thông điệp của mình một cách rõ ràng hơn.

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

Là hòa giải viên, điều quan trọng là hướng việc giao tiếp với các bên và đội của họ mà không phải là tiến hành phỏng vấn, điều tra, tra khảo. Cần phân biệt vớilắng nghe trong bối cảnh xã hội thông thường. Lắng nghe xã giao diễn ra trong bối cảnh trao đổi giữa các bên nhằm hướng tới đáp ứng nhu cầu của hai bên tham gia. Mặc dù có việc nghe diễn ra nhưng lắng nghe thì có thể không bởi mỗi bên có thể cắt ngang lời, thừa nhận vàít thực sự quan tâm đến những gì người kia nói. Nó thường là phàn nàn về các quan hệ trong đó giao tiếp bị đổ vỡ (đặc điểm chung của các bên đi đến hòa giải) do đó người kia không còn được lắng nghe. Bằng việc lắng nghe tốt, hòa giải viên có thểtruyền tải sự tôn trọng và thể hiện sự quan tâm đến những gì đang được nói, làm theo những hành vi tích cực và qua đó khuyến khích các bên nói cởi mở và giao tiếp với nhau mang tính xây dựng hơn. Trong các giai đoạn sau của hòa giải, việc lắng nghe tích cực sẽ tạo con đường cho hòa giải thành, cho phép hòa giải viên hỗ trợ việc đàm phán, làm rõ hơn vấn đề và xử lý các chi tiết cần thiết để có được một giải pháp phù hợp.

Rào cản đối với lắng nghe tích cực

Phần lớn mọi người đều cho rằng họ lắng nghe tốt nhưng lắng nghe với sự tập trung hoàn toàn và không bị tác động thì không phải dễ dàng. Có rất nhiều thứ có thể ảnh hưởng đến việc lắng nghe tích cực và có chủ ý, như:

- **xao nhãng–** yếu tố bên ngoài - tiếngồn, sự không thoải mái, sự cắt ngang; yếu tố bên trong - mệt mỏi, chán nản, sự bận tâm với vấn đề của bản thân, lo lắng về vấn đề phải xử lý, hào hứng quá mức để giúp các bên, thiếu kiên nhẫn, bị thu hút bởi đối phương hoặc không thích đối phương
- **so sánh–**cái này chẳng là gì so với cái mà tôi đã từng phải xử lý
- **tập dượt -** chuẩn bị những gì bạn sẽ nói tiếp theo thay vì hoàn toàn người khác đang nói
- **lọc -** lắng nghe cái này chứ không phải cái khác; chỉ lắng nghe cái mà mình muốn nghe hoặc những cái phù hợp với giá trị và niềm tin của mình
- **phán xét trước–**ví dụ, người đó ngu gốc, không có trình độ, không hợp lý
- **đổ lỗi**- đổ trách nhiệm cho cái đã xảy ra cho riêng một bên
- **mơ mộng -** lắng nghe nửa vời và nghĩ lan man về hàng loạt những mối liên hệ cá nhân được gợi mở bởi điều gì đó mà người nói đã đưa ra. Điều này rất dễ xảy ra nếu bạn cảm thấy buồn chán hoặc lo lắng
- **xác định–**liên hệ cái mà người đó nói với kinh nghiệm riêng của mình - điều này có thể làm phát sinh cảm giác cảm thông mạnh mẽ hoặc cảm giác bị lấn át
- **giấu mình sau vẻ bề ngoài–**ví dụ, cố gắng làm ra vẻ mình là chuyên gia, nhưng thực ra là đang bao biện
- **giải quyết vấn đề -** tìm kiếm giải pháp cho vấn đề thay vì nghe và ghi nhận những gì người ta đang nói và cảm nhận nó; nhảy vào nói trước cứ như mình biết cách tốt nhất để giải quyết tranh chấp
- **xoa dịu-** cố tỏ ra tử tế, vui vẻ, ủng hộ; muốn người ta thích bạn vì vậy đồng ý với mọi thứ thay vì kiểm tra những gì đang nói

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

- **làm yên lòng**- cố gắng làm cho các bên cảm thấy yên tâm hơn mà không thấy được cảm giác thực sự của họ; nói sẽ tốt thôi – thay vì nói bạn thực sự lo lắng về điều đó
- **không đồng ý–**ngay khi gặp quan điểm thay thế, như vậy người khác sẽ không có cảm giác mình được lắng nghe
- **luôn đúng–**không thừa nhận khả năng rằng mình có thể sai.

Giao tiếp không bằng lời

Tác động của những gì được nói ra và thông điệp nhận được ít phụ thuộc vào ngôn từ sử dụng so với hành vi không lời đi kèm với ngôn từ đó. Hơn một nửa giao tiếp của con người là phi lời nói. Điều này có nghĩa rằng không thể không giao tiếp. Chúng ta bộc lộ cảm giác, suy nghĩ và thái độ của chúng ta mà không cần nói lời nào. Ví dụ, nụ cười thường nói rằng tôi hạnh phúc và nhìn vào đồng hồ có thể là để nói rằng tôi đang kiên nhẫn chờ đợi để đi tiếp. Thậm chí khi chúng ta không nói gì thì vị trí đứng gần của chúng ta và từ chối nói có thể mang thông điệp rằng tội không muốn nói về điều đó, để tôi yên. Mặc dù ngôn ngữ của chúng ta phức tạp là thế, chúng ta vẫn giao tiếp mạnh mẽ với nhau mà không cần lời và đó là quy trình mà hòa giải viên cần hiểu được.

Trong phần lớn các trường hợp, giao tiếp không bằng lời thể hiện cảm xúc, cảm giác chứ không phải đưa ra thông tin về thế giới bên ngoài. Rất dễ để nói dối bằng cách sử dụng ngôn từ nhưng đối với các khía cạnh khác của giao tiếp thì việc lừa dối không dễ một chút nào. Ví dụ, thể hiện của khuôn mặt bị kiểm soát trực tiếp của trung tâm cảm xúc của não và vì vậy rất khó bắt chước. Khi bạn đọc thể hiện trên khuôn mặt của người khác bạn rất có thể đánh giá được cảm xúc thực sự của người đó so với khi bạn chỉ lắng nghe những gì họ nói. Nếu bạn hỏi ai đó "*Có cái gì sai vậy?"* và họ nhún vai, cau mày, quay đi và thì thầm "*ồ không, tôi ổn*", bạn khó mà tin được lời nói đó. Bạn tin vào ngôn ngữ cơ thể kia.

Trong hòa giải, cũng như trong các tình huống khác khi bạn cố giao tiếp với người khác, việc biết và hiểu được những giao tiếp phi lời nói sẽ cho bạn những thông tin thiết yếu ngoài nội dung của những gì nói ra. Biết được những giao tiếp phi lời nói cũng giúp bạn hiểu người khác tốt hơn. Hiểu được giao tiếp phi ngôn ngữ của mình sẽ làm cho bạn trở thành người giao tiếp và hòa giải viên hiệu quả hơn.

Các bộ phận của giao tiếp không dùng lời nói

Có ba bộ phận chính trong giao tiếp không dùng lời nói:

- chuyển động của cơ thể - thể hiện của khuôn mặt, cử chỉ, tư thế. Những cái này phần lớn được học hỏi từ cha mẹ và những người quan trọng trong cuộc sống của chúng ta. Một số có tính phổ quát trong khi đó một số thì mang đặc trưng văn hóa hoặc đạo đức và có thể làm chúng ta nhầm lẫn. Ví dụ, nhìn nhau khi nói trong văn hóa tây âu là cử chỉ thể hiện sự tôn trọng, trong khi đó ở Puerto Rico thì nó thường ám chỉ điều ngược lại. Là các cá nhân, mỗi chúng ta có những thói quen cá nhân và việc xem cách người khác thể hiện cảm giác và thái độ có thể giúp chúng tra trong giao tiếp

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

- sử dụngâm điệu – cao độ, cách phátâm, độ lớn và tốc độ. Cho dù chúng ta nói gì thìâm thanh mà chúng ta phát ra thể hiện rất nhiều về cái mà chúng ta cảm thấy hoặc suy nghĩ.
- mối quan hệ về không gian - khoảng cách giữa bạn và người khác. Cái này có thể chia thành 4 khu vực khác nhau mà mọi người thường vô thức sử dụng khi tương tác với người khác:
    - khoảng cách thân mật–ít hơn chiều dài cánh tay
    - khoảng cách riêng tư - chiều dài một cánh tay
    - khoảng cách xã giao– chiều dài hai cánh tay trở lên
    - khoảng cách công - 3-6 mét.

  Người ta sẽ lùi lại, phòng thủ hoặc tấn công nếu bạn đi quá vào khu vực cá nhân hoặc thân mật một cách không phù hợp; tỳ vào ai đó đang ngồi là đi vào không gian thân mật của họ và đe dọa tiềm tàng đối với họ và tất nhiên bạn cần phải rất tự tin rằng bất kỳ đụng chạm nào cũng được chấp nhận.

Trong hầu hết các cuộc hòa giải, mỗi bên đều có phòng riêng. Thậm chí, trong những tình huống không gây nhiều tranh cãi thì con người cũng vẫn có xu hướng bảo vệ lãnh địa của mình. Bằng việc gõcửa và đợi được mời vào phòng của bên kia hoặc đề nghị được chuyển sang tham vấn riêng thì hòa giải viên có thể thể hiện sự tôn trọng đối với sự riêng tư và làm tăng cảm giác an toàn của họ.

Quan sát và hiểu được hành vi không lời của các bên

Quan sát ngôn ngữ cơ thể của các bên cho hòa giải viên những thông tin quan trọng. Một tư thế cởi mở, thư thái cho thấy được họ cảm giác như thế nào tại thời điểm đó. Rõ ràng việc dịch chuyển một cách không thoải mái trong chỗ ngồi, sự ngập ngừng trong lời nói hoặc thay đổi nhịp thở có thể cho thấy rằng vấn đề đang giải quyết rất mệt mỏi hoặc tiềm tàng sự mệt mỏi. Cử chỉ về khuôn mặt đặc biệt quan trọng trong thể hiện thông tin. Những cử chỉ không lời không nhất quán cũng đáng để chúý. Khi giao tiếp không lời không nhất quán với nghĩa của ngôn từ đi kèm với nó hoặc khi hành vi không lời dường như không tương thích với nhau, ví dụ như nắm chặt tay khi bắt tay và cười nhưng nhìn đi nơi khác. Nhận biết được sự bất nhất nàyở người khác có thể báo cho bạn về những ý đồ dấu kín hoặc sự cần thiết phải thay đổi hành vi của bạn.

Thông thường các bên trong hòa giải – và đôi khi là cố vấn của họ - sẽ thể hiện sự lo lắng. Các biểu hiện cho thấy rằng người đó lo lắng gồm:

- thở nhanh hoặc gấp
- lùi lại
- vỗ tay vào đùi hoặc rung chân
- lảng tránh con mắt
- nắm chặt tay, bẻ ngón tay
- sự kích động thể hiện trong lời nói hoặc cử chỉ.

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

Với ngôn ngữ cơ thể, những cử chỉ này là dấu hiệu chỉ báo chứ không phải chắc chắn và do vậy cần hiểu nó cùng với các thông tin khác. Việc quan sát chính xác những giao tiếp không lời còn giúp bạn đánh giá tác động của bạn lên người khác. Họ có lĩnh hội được cái mà bạn nói không? Bạn có tạo được mối quan hệ không? Các bên có đủ tin tưởng bạn để chấp nhận rủi ro hay cho phép bạn làm điều gì đó không?

Hành vi tích cực và hành vi cản trở

Dưới đây chỉ là những hướng dẫn và bạn cần điều chỉnh khi làm việc trong môi trường giao thoa văn hóa.

Bạn cũng cần biết tín hiệu không lời của mình bởi nó cũng cung cấp thông tin về cảm giác và thái độ tiềm thức của bạn. Trong những cuộc hòa giải khó khăn, bạn có thể nhận thấy, ví dụ như, cánh tay bạn xếp lại và các ngón tay ôm chặt quanh các bắp tay; bạn nhận ra rằng mình đang lo lắng và phòng thủ. Với việc hiểu nhiều về vấn đề này, bạn có thể từng bước giảm sự căng thẳng của mình và làm cho bầu không khí hòa giải tự do hơn.

Các chữ cái SOLER cho bạn dễ nhớ các yếu tố chủ yếu của giao tiếp không lời có thể chỉ cho người nói thấy rằng người nghe đang lắng nghe hoàn toàn:

S nhìn thấy bên kia ngồi với vai vuông–cho thấy rằng họ tập trung hoàn toàn vào người nói

O giữ tư thế mở - cho thấy bạn cởi mở để nghe và chấp nhận cái mà bên kia muốn nói

L đôi khi hướng gần về phía bên đó - cử chỉ thể hiện sự quan tâm

E giữ tiếp xúc bằng mắt–cho thấy rằng bạn liên tục lắng nghe và tham gia vào câu chuyện

R tương đối thoải mái - bởi vì sự chúý của bạn là thực.

Xây dựng quan hệ

Yếu tố trung tâm làm nên một hòa giải viên hiệu quả đó là khả năng thiết lập mối quan hệ tự tin và tin tưởng nhau. Xây dựng mối quan hệ là một kỹ năng quan trọng.

Chiều sâu của quan hệ mà bạn có được sẽ có ảnh hưởng đến:

- mức độ mà các bên tin tưởng và sẵn sàng nói với bạn
- việc các bên hiểu rằng bạn đã và đang lắng nghe, thấu hiểu họ
- chất lượng thông tin mà các bên trao cho bạn và mức đô hiểu biết về các bên mà bạn có được
- mức độ tiến triển của việc giải quyết mà các bên và cố vấn của họ tin rằng bạn có thể làm được với tư cách là hòa giải viên
- việc làm thế nào bạn có thể xác định chính xác ưu tiên của các bên.

Một số quan hệ nảy sinh một cách tự nhiên, một số khác phải tạo dựng. Kỹ năng tạo dựng quan hệ cho bạn khả năng liên hệ nhanh chóng với hàng loạt người.

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

Thích nghi là một cách để tạo dựng quan hệ. Kỹ năng này bao gồm việc quan sát chính xác, sự cởi mở và linh hoạt trong hành vi. Tùy thuộc vào quy trình mà bạn điều chỉnh hành vi sao cho tương tự - và vì vậy thíchứng với – hành vi của người khác. Điều này không có nghĩa là bản sao hoặc bắt trước mà là hài hòa. Bằng việc thích nghi, bạn đang tạo nên sự thống nhất ngầm để tạo dựng sự tin tưởng và tăng thêm độ hấp thụ và phản hồi.

Khi xây dựng kỹ năng thích nghi, điều cần thiết là tập trung vào thích nghi các hành vi cụ thể. Một vài ví dụ về các khía cạnh hành vi con người mà bạn có thể thích nghi như:

- tư thế cơ thể - đầu, phần trên và phần dưới; vị trí tay và đùi, góc thân cơ thể; thoải mái hay cứng rắn; ngồi hay đứng
- biểu hiện trên khuôn mặt – mức độ tiếp xúc bằng mắt, cười, cau mày; môi mím chặt hay thoải mái
- cử chỉ - sử dụng bàn tay, cánh tay, đùi, chân
- ngôn ngữ - những từ ngữ cụ thể và cấu trúc câu
- giọng nói–cung bậc, âm lượng, cao độ, tốc độ và nhịp độ
- thở - nơi thở, nhịp thở và chiều sâu hơi thở.

Không tương thích – cư xử theo cách không phản ánh được hành vi của người khác có thể cản trở việc xây dựng lòng tin và sự tin tưởng.

Tuy nhiên, khi mà quan hệ đã được xây dựng, sự không tương thích có chủ ý (gọi là “đo lường và dẫn dắt”) có thể giúp thay đổi trạng thái của một người: tăng thêm năng lượng, làm cho họ thoải mái, giúp họ có hành vi cởi mở hơn. Hòa giải viên có thể sử dụng kỹ năng này trước tiên là thich nghi, sau đó là cẩn trọng cư xử không thích nghi nữa đề các bên tham gia đầy đủ hơn hoặc có mang đến phiên họp riêng hoặc thảo luận về một chủ đề cụ thể đến tận cùng mà không làm mất lòng bên đó.

Sự cần thiết phải xây dựng và xây dựng lại mối quan hệ có thể diễn ra bất kỳ khi nào trong quá trình hòa giải. Cảm thấy không hài lòng có thể xuất hiện vàviệc chủ ý không thích nghi với người khác có thể lấy lại một quan hệ đã không còn đẹp nữa hoặc tái dựng lại sự tham gia có hiệu quả của các bên.

Sử dụng sự im lặng và gợi ý nói

Hòa giải viên có thể phải đương đầu với việc tạm ngừng và im lặng và sử dụng tiềm năng của chúng để kích hoạt quy trình. Luôn có mong muốn, thậm chí nhu cầu lấp chỗ trống, do vậy phải có nguyên tắc cũng như dũng khí mới có thể sử dụng tốt sự im lặng. Dần dần, điều gì đó quan trọng cũng sẽ được bộc lộ sau một thời gian im lặng.

Im lặng có thể giúp ích cho người nói bởi vì nó:

- cho phép người nói thể hiện những bước đi của sự giao tiếp
- dành thời gian để nghĩ trước khi nói
- cho phép người nói lựa chọn có tiếp tục nữa hay không.

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

Im lặng cũng giúp ích cho người nghe bởi vì:

- nó thể hiện sự quan tâm, tôn trọng và kiên nhẫn
- tạo cơ hội để quan sát người nói vànhận diện được những tín hiệu không lời
- đặt thế chủ động lên người nói.

Im lặng hoặc ngừng có thể diễn ra bởi một bên đang không chắc chắn, lo lắng hoặc tức giận. Trong những trường hợp này, điều quan trọng hơn là giữ im lặng và dành cho bên đó thời gian và sự tĩnh lặng. Sử dụng các hành vi không lời thích hợp hay sự im lặng để cho người khác thấy rằng cảm giác đã được ghi nhận, hiểu và chấp nhận.

Đặc biệt, trong những giai đoạn đầu của hòa giải, hòa giải viên tốt nhất là nóiít, dành cho các bên cơ hội để nói nhiều hơn. Một công cụ để khuyến khích sự cân bằng này đó là sử dụng những gợi ý nhỏ bằng lời; điều này khuyến khích các bên tiếp tục với những gì họ đang nói qua việc cho thấy sự quan tâm, tham gia vào câu chuyện mà không ngắt lời.

Các gợi ý nói như: *vâng….; tiếp tục nào…; Mmm* ...; *Uh-huh* ...; *và sau đó?* ...; *tôi biết* ...; *nói cho tôi biết thêm…*, tránh việc hòa giải viên đưa ra những lời bình hoặc câu hỏi và cho phép bên đó tiếp tục trình bày mà không bị ngắt quãng.

Phản ánh, diễn đạt lại, khuôn lại và tóm tắt lại

Đây là những kỹ năng củng cố và liên kết cũng như thể hiện hiểu biết về những gì đã trình bày, làm cơ sở để đi tiếp.

Sự khác biệt chính giữa các kỹ năng này là:

- phản ánh là sự thể hiện bằng ngôn từ sự tác động của tình hình đối với người khác, bao gồm cả những cảm xúc chủ yếu
- diễn đạt lại là trình bày bằng một vài từ của chính bạn về nội dung mà ai đó vừa mới nói
- khuôn lại là thay đổi từ ngữ trong lời nói của người khác để chúng có hiệu quả tích cực
- tóm lược là đưa ra cái nhìn tổng thể về những suy nghĩ, cảm giác, chủ đề chính và những vấn đề đã được trình bày.

Phản ánh

Phản ánh là một thuật ngữ được sử dụng để mô tả một kỹ năng diễn lại cho một người biết những gì mà người đó đã chuyển tải tới bạn. Nó có thể được ví như dựng một tấm gương. Trong nhiều hoàn cảnh thường nhấn mạnh đáng kể về hiểu biết và bác bỏ tầm quan trọng trong cảm xúc và cảm giác của một người mặc dù ở mỗi nền văn hóa thì nó có nhữngẩný nhiều ít khác nhau. Bằng việc ghi chép và phản ánh thích hợp cảm giác và cảm xúc, bạn có thể chuyển tới cho một bên rằng bạn hiểu và nhận thức sâu sắc về tình hình như là họ nhìn nhận và ghi nhận được cảm giác của họ. Vì vậy, phản ánh được sử dụng để:

- ghi nhận phản hồi về cảm xúc của một người đối với một tình huống
- giúp người đó làm rõ cảm giác của mình về tình huống

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

- là phương tiện để kiểm tra hiểu biết của bạn về những gì bạn đã nghe và cảm nhận về cảm giác hoặc tác động đó.

Để nắm bắt được tín hiệu cảm xúc một cách hiệu quả, bạn cần quan sát một cách kỹ lưỡng hành vi không lời của bên đó cũng như lắng nghe những từ ngữ được sử dụng trong lời nói. Tư thế cơ thể của một người, biểu hiện trên mặt, mức độ tiếp xúc bằng mắt và chất lượng giọng nói thay đổi cùng với những cảm xúc của người nói. Để thể hiện lại một bức tranh toàn diện, bạn cần giám sát cung bậc cảm xúc nhưng vẫn phải tiếp tục ghi lại những nội dung bằng lời. Thường thì rất khó để tìm ra những từ ngữ thể hiện cảm giác so với từ để phản ánh nội dung của các tình tiết.

Phản ánh có thể có được bằng những cụm từ đơn giản như:

bạn nói rằng bạn đang tức giận...

Dường như bạn đang lo lắng ...

Bạn cảm thấy…… về...

Hay đôi khi là bằng các câu hỏi:

Như vậy bạn có sợ rằng…… hay không ?

Tôi có cảm giác rằng bạn đang cảm thấy…. có đúng không?

Đôi khi có thể tạo khoảng không để phản ánh như việc nói rằng:

Tôi có thể dừng bạn lại một chút để kiểm tra tôi có hiểu đúng không, rằng….. ?

Cho dù dưới hình thức nào thì phản ánh cần phải ngắn gọn và tập trung hoàn toàn vào những gì bạn lượm lặt được từ bên kia thay vì những suy nghĩ, niềm tin của riêng bạn.

Diễn đạt lại

Diễn đạt lại là việc trình bày ngắn gọn bằng ngôn ngữ của mình về thực chất của những gì ai đó vừa mới nói. Ví dụ về những cụm từ thể hiện việc diễn đạt lại như:

Như vậy bạn đang nói rằng….

Cái đã diễn ra là…....

Bạn đang nói với tôi là ...

Việc diễn đạt lại không được mang tính phán xét và không đưa vào giải thích hoặc suy nghĩ riêng của bạn cũng như không lặp lại như vẹt cái mà người kia đã nói.

Diễn đạt lại có thể được sử dụng để:

- thể hiện rằng bạn đang rất chú ý lắng nghe
- kiểm tra lại bạn có hiểu chính xác những gì đã nói hay không - điều này giúp ngăn ngừa thông tin lai lệch và giả định sai lầm, nếu có thì có thể được sửa chữa

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

- cho thấy rằng bạn ghi nhận, hiểu và chấp nhận suy nghĩ của bên đó mà không đưa ra phán xét về cái mà bạn đã nghe
- giúp tháo ngòi sự tức giận và làm nguội khủng hoảng
- giúp bạn nhớ lại những gì đã nói
- phá vỡ những trở ngại đối với việc nghe và cho phép người nghe tái tập trung vào những gì đang nói
- tạo cơ hội cho các bên nghe lại thông điệp của mình một cách rõ ràng hơn. Điều này có thể dẫn tới tìm hiểu sâu hơn và thường xây dựng lên một cách nhìn nhận mới về vấn đề.

Diễn đạt lại cần được sử dụng thường xuyên trong quá trình hòa giải. Việc diễn đạt lại chỉ dựa trên những gì bạn nghe hoặc hiểu được; thường sẽ có hiệu quả hơn khi bạn trình bày nó theo hướng thăm dò để cho các bên có cơ hội chỉnh sửa bạn.

Khuôn lại

Khuôn lại vấn đề sẽ thay đổi từ ngữ được sử dụng hoặc cách thức mà ý tưởng được trình bày để tình huống được nhìn nhận một cách khác đi và tích cực hơn. Khuôn lại có thể diễn ra dưới nhiều hình thức:

- bỏ sự châm chọc ra khỏi ngôn từ, giải độc hoặc bỏ đi cái cá nhân trong đó
- giải thích hành vi từ nhiều góc độ khác nhau – ví dụ như tập trung vào cái cần cho tương lai chứ không phải cái đã làm trong quá khứ
- trình bày yêu cầu hoặc đề xuất theo một cách khác để nó dễ chịu hơn
- diễn đạt lại những yêu cầu của một bên cho bên kia; ví dụ như ý tưởng nói lời xin lỗi có thể bị bác bỏ ngay về nguyên tắc trong khi đó một bên có thể sẵn sàng thể hiện sự đáng tiếc.

Ví dụ về khuôn lại như:

Đương sự: *Tôi muốn £50,000.*

Hòa giải viên: *Vậy tiền nó có quan trọng với bạn không?*

Đương sự: *Anh ta là kẻ nói dối và lừa gạt người khác.*

Hòa giải viên*: Như vậy là bạn có cảm giác bị lừa dối và bạn khó có thể tin tưởng anh ta.*

Đương sự: *Tôi đánh giá rằng tôi có 75% cơ hội để thắng.*

Hòa giải viên: *Như vậy bạn có 25% cơ hội bị thua?*

Đương sự: *Họ viết báo cáo rất tồi.*

Hòa giải viên: *Vậy bạn muốn báo cáo được làm khác đi trong tương lai?*

Có một số rủi ro liên quan đến sở hữu và trách nhiệm đối với phần lời nói đã được thể hiện lại là nó có thể dịch chuyển từ các bên sang hòa giải viên. Hòa giải viên cần có sự tham gia của các bên một cách đầy đủ nhất trong việc khuôn lại nội dung và tất nhiên hòa giải viên cần kiểm tra xem

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

việc thể hiện lại đó có chấp nhận được hay không trước khi chuyển tải nó cho bên kia nếu thông tin đó được phép.

Khuôn lại là một kỹ năng có thể mang lại sự tiến bộ. Cho phép các bên nhìn nhận vấn đề khác đi, có thể khuyến khích họ thay đổi quan điểm và một vài sự linh hoạt nào đó thường có thể dẫn đến sự đột phá để đạt được thỏa thuận hòa giải thành - mặc dù những thay đổi đó không phải lúc nào cũng diễn ra ngay lập tức.

Tóm tắt lại

Tóm tắt lại là việc gộp lại những nội dung chính mà một người đã nói. Nó được sử dụng để làm rõ một giải thích dài dòng phức tạp, hoặc để kiểm tra những tiến bộ đã đạt được trước khi bước tiếp, hoặc xác định một chủ đề quan trọng nhất có thể cung cấp thông tin mới. Việc tóm tắt lại không phải là giải thích của hòa giải viên về cái mà đương sự đã nói mà là lấy từ những ngôn từ của bản thân đương sự và được bên đó thừa nhận là đúng nội dung. Khi tóm tắt, điều quan trọng là cho phép bên đó chỉnh sửa hoặc bổ sung vào phần tóm tắt.

Lợi ích của việc tóm tắt gồm:

- nó chỉ ra rằng bạn đã chú ý lắng nghe và hiểu được cái mà bên đương sự nghĩ và cảm giác về tình huống;
- nó cho phép bạn kiểm tra những hiểu biết của bạn về tình hình và làm rõ những gì bạn đã nghe
- nó có thể liên kết và sắp xếp lại theo trật tự những suy nghĩ và cảm giác lẫn lộn và vỡ vụn
- nó đưa đến cho các bên những phản hồi về những gì họ vừa nói và có thể đương đầu với nó bằng những suy nghĩ, cảm giác và ý tưởng trái chiều
- nó là ách thức để tập trung vào những vấn đề cụ thể và có thể giúp các bên bắt đầu đưa ra những quyết định về sự ưu tiên, cái gì cần giải quyết trước hoặc nhượng bộ nào hoặc đề xuất nào họ sẵn sàng đưa ra.

Điều quan trọng là phải có sự tóm tắt lại ở cuối mỗi phiên gặp riêng và coi đó như là cách an toàn để giúp các bên kiểm tra cái gì có thể được chuyển cho bên kia và cái gì phải được giữ bí mật. Đôi khi cũng hữu ích cho các bên và hòa giải viên khi làm một ghi chép chung trên giấy hoặc có thể trên bảng.

Sử dụng câu hỏi

Việc sử dụng phù hợp các câu hỏi rất quan trọng trong hòa giải. Tuy nhiên, việc hỏi là công cụ phải được sử dụng một cách nhạy bén và hình thức câu hỏi khác nhau phù hợp cho từng thời điểm khác nhau. Những câu hỏi mở đặc biệt hữu dụng trong giai đoạn khám phá trong khi đó những câu hỏi đóng lại phù hợp hơn khi kiểm tra, tóm lược và trong những giai đoạn sau đó, và câu hỏi giả định được sử dụng bất kỳ giai đoạn nào để thử các ý tưởng. Thời gian và bối cảnh rất quan trọng và cần được cân nhắc đến mức độ tin tưởng của người nghe, ví dụ, câu hỏi chứng

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

minh và câu hỏi thách thức sẽ không phù hợp trước khi bên đương sự sẵn sàng tin tưởng trao cho bạn mức độ thông tin đó.

Khuôn câu hỏi lại một cách cẩn thận là quan trọng bởi câu hỏi có thể:

- khuyến khích các bên nói
- thể hiện sự thấu cảm và ủng hộ;

nhưng câu hỏi cũng có thể:

- cho thấy sự thiên vị, phán xét, chỉ trích
- dường như tò mò hoặc không liên quan
- trở thành sự thẩm vấn.

Loại câu hỏi có thể hữu ích bao gồm:

Câu hỏi mở, đủ rộng để mời nói. Câu hỏi mở tốt của hòa giải viên cho phép các bên kiểm soát xu hướng của những trao đổi, trình bày quan điểm và ý tưởng từ góc nhìn của họ và nhấn mạnh những quan ngại. Những câu hỏi khuyến khích thảo luận rộng hơn về tình hình hiện tại và hỗ trợ các ý tưởng thay đổi và các lựa chọn để hành động như:

Bạn phản ứng như thế nào trước những gì họ nói?

Bạn nghĩ hậu quả có thể xảy ra là gì?

Bạn có đề xuất gì không?

Tại sao nó lại quan trọng?

Một câu hỏi mở được trình bày tốt có thể gợi mở một câu trả lời ngắn gọn. Nếu điều đó xảy ra một lần, hãy thử lại. Nếu nó trở thành thói quen thì cần xem xét xem có cái gì đó đang cản trở việc giao tiếp hiệu quả hay không và xử lý vấn đề đó trước. Có lẽ bạn đã lỡ một tín hiệu không lời quan trọng, có lẽ bên đương sự không được thỏa mãn về vật chất hoặc có nhu cầu khác, hoặc có thể im lặng hoặc hình thức thừa nhận nào đó phù hợp hơn là đặt câu hỏi.

Câu hỏi giả định cho phép các bên cân nhắc các ý tưởng và kiểm tra các lựa chọn mà không phải cam kết gì, như:

Điều gì xảy ra nếu bên kia nói rằng họ không hài lòng với điều đó?

Thử giả sử rằng họ đưa ra đề nghị như vậy?

Điều gì sẽ xảy ra nếu ... ?

Nó sẽ như thế nào nếu bạn có thể ... ?

Câu hỏi đóng nhằm tìm kiếm thông tin hoặc tình tiết cụ thể, chính xác. Câu trả lời sẽ là "có" hoặc "không" hoặc trả lời rất ngắn gọn - một vàiý xác định về sự kiện như thời gian, địa điểm, số, người.

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

Câu hỏi đóng thường được sử dụng để kiểm tra và làm rõ:

Ngày nào thì bạn đồng ý chuyển?

Trước đó lâu không thì họ nói với bạn điều đó?

Các bạn gặp nhau lần cuốiở đâu?

Hợp đồng trị giá bao nhiêu?

Tuy nhiên, nếu sử dụng không đúng hoặc quá thường xuyên thì câu hỏi đóng có thể hạn chế sự tiến triển. Một loạt các câu hỏi đóng được đưa ra có thể khiến các bên cảm thấy như bị bỏ bom và những hiểu biết của họ về tình hình không quan trọng. Tất nhiên, các bên có thể chuyển từ câu hỏi đóng sang câu hỏi mở bằng việc nói rằng, ví dụ, "vâng, nhưng…." Và sau đó đưa ra giải thích dài dằng dặc.

Với tư cách là hòa giải viên, bạn sẽ phải xử lý các thông tin và các tình tiết, do vậy quan trọng là biết rằng sẽ có những hậu quả về cảm xúc đối với kết quả của tranh chấp thương mại và pháp lý – ví dụ như, lo lắng về sự dư thừa lực lượng lao động, mất mặt, thất vọng trong chiến dịch của cá nhân, hoặc lo lắng hoặc hy vọng về tương lai.

Những hình thức câu hỏi khác hữu dụng cho những mục đích cụ thể, như:

Câu cầu khiến, không hoàn toàn là câu hỏi nhưng có hiệu ứng thẩm vấn vì nó mời gọi câu trả lời:

Nói cho tôi biết về cách mà quyết định được đưa ra.

Câu hỏi tương tác cá nhân khuyến khích thể hiện những suy nghĩ và cảm giác:

Tình huống này ảnh hưởng đến bạn như thế nào?

Bạn phản ứng như thế nào đối với khả năng không nhận được cái mà mình hy vọng?

Câu hỏi chứng minh đề nghị một bên phát triển câu trả lời vượt xa hơn nữa:

Bạn có thể cho tôi biết thêm một chút về việc nó xảy ra như thế nào không?

Điều gì khiến bạn nói như vậy?

Chính xác thì bạn nghĩ gì... ?

Hỏi các ví dụ khuyến khích người được hỏi phải cụ thể:

Tôi chưa thực sự rõ về những gì bạn nói, bạn có thể cho tôi một ví dụ không?

Hãy nói cho tôi biết lần cuối điều đó xảy ra như thế nào?

Tập trung giúp quá trình trao đổi theo thứ tự ưu tiên của bên đương sự:

Bạn muốn chúng tôi xem xét cái gì trước?

Trong số này thì khía cạnh nào quan trọng nhất đối với bạn?

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

Làm sáng tỏ cho phép bạn kiểm tra những gì bạn đã hiểu và những gì đã nói:

Có phải bạn muốn nói rằng... ?

Tôi có thể kiểm tra lại xem tôi hiểu có đúng không?

Diễn đạt lại hoặc phản ánh lại trước phần câu hỏi cho phép bạn ghi nhận và kiểm tra cái vừa được nói trước khi tiếp tục với căn cứ mới:

Bạn nói rằng bạn không sẵn sàng xem xét lựa chọn đó, do vậy tôi tự hỏi liệu... ?

Bạn nói với tôi về việc bạn đã tức giận như thế nào về điều này, do vậy liệu có thực tế khi nghĩ rằng các điều khoản của ... ?

Kiểm tra lại nghĩa – khi các bên ngồi lại cùng nhau, loại câu hỏi này cho phép từng bên nghe thấy rằng bên kia đã hiểu:

Điều đó có nghĩa như thế nào đối với bạn khi X nói rằng?

Bạn có thể nói lại những gì bạn hiểu về cái mà X nói không?

Đưa trước thông tin về cái mà bạn sẽ làm để người khác có thời gian chuẩn bị:

Tôi có thể hỏi bạn một câu hỏi không?

Sẽ giúp ích cho tôi hiểu được điều này nếu bạn có thể nói cho tôi….

Diễn đạt lại câu hỏi khi câu hỏi đầu tiên của bạn không được hiểu đúng:

Cho tôi nói lại theo cách khác là ... ?

Đề nghị người khác diễn đạt lại câu hỏi cho bạn có thể là yếu tố khích lệ. Sự không sẵn sàng trả lời câu hỏi có thể vì câu hỏi của bạn không được người nghe hiểu rõ hoặc có thể có lý do nào đó:

Bạn có thể trình bày câu hỏi bằng ngôn từ của bạn được không?

Bạn nghĩ gì vè cái tôi đang thực sự hỏi bạn?

Loại câu hỏi có thể không có ích, như:

Câu hỏi đón đầu, vốn dĩ sử dụng trong đối chất. Chúngít khi phù hợp cho hòa giải bởi vì chúng cố gắng dẫn dẫn các bên tới câu trả lời của chính hòa giải viên. Ở khía cạnh tốt nhất, bạn có thể bị nhìn nhận là không quan tâm đến các bên; ở khía cạnh xấu nhất thì bạn bị nhìn nhận là ngườiủng hộ bên này hay bên kia.

Giải pháp đúng ở đây là … X, có phải không?

Bạn có nghĩ rằng tốt hơn là……?

Bạn không muốn kéo dài nữa chứ, phải không?

Câu hỏi đón đầu muốn áp đặt quan điểm của người hỏi lên người được hỏi.

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

Nhiều câu hỏi, tức là đặt hơn một câu hỏi một lúc và điều này có thể dẫn tới sự nhầm lẫn về câu hỏi nào được trả lời hoặc đối với người hỏi thì câu trả lời nào cho câu hỏi nào.

> *Điều gì đã xảy ra trong ngày Thứ Năm và bạn nghĩ gì khi côấy lần đầu tiên điện thoại cho bạn?*
>
> *Bạn có thể nhận công việc ở nơi khác không và bạn cảm giác như thế nào khi chuyển đổi?*

Đây là những ví dụ về việc đặt hai câu hỏi một lúc. Cũng không phải không phổ biến khi đặt ba, bốn hoặc thậm chí năm vấn đề trong một câu hỏi. Tương tự như vậy, người hỏi có thể hỏi một câu hỏi và đưa ra câu trả lời thay thế - tất cả đều xuất phát từ góc nhìn của người hỏi vàít quan tâm đến người nghe. Các câu hỏi thường được nêu gộp vì sợ sự im lặng sau đó hoặc cố gắng cải thiện thông tin của câu hỏi trước. Về việc sử dụng im lặng, một phần của kỹ năng đặt câu hỏi tốt đó là biết chờ đợi và im lặng để cho phép thời gian có câu trả lời.

Một vài gợi ý và nhắc nhở liên quan đến câu hỏi:

- Hướng tới trao đổi thay vì phỏng vấn hoặc thẩm vấn
- Nếu câu hỏi bị bên đương sự dập tắt thì có nghĩa là thiếu vắng cái gì đó và cần có cái gì đó khác.
- Hãy chuẩn bịý tưởng cho câu hỏi, có thể nhưng tránh chuẩn bị một danh sách các câu hỏi - điều này có thể làm sao nhãng bạn và bạn có thể không biết được người nói đang nói gì. Một hòa giải viên tốt biết tạo dựng hội thoại tương ứng những gì mà các bên nói
- Có thể hữu ích khi giải thích lý do bạn đưa ra một loạt câu hỏi theo dòng như vậy thay vì rủi ro đổi hướng hoặc chọc tức đương sự
- Tin tưởng vào câu hỏi tốt và dành khoảng không đủ dài cho câu trả lời
- Cho dù câu hỏi đặt ra là gì, lắng nghe và hồi đáp tới câu trả lời đó.

Thách thức

Trong bối cảnh hòa giải, thách thức là chất vấn về hiệu lực của lời nói hoặc hành vi, ví dụ như đề nghị giải thích hoặc mở rộng câu trả lời. Nó có thể là lời mời các bên đánh giá lại hành vi của mình hoặc xem xét lại quan điểm của họ. Trong một quan hệ quan trọng, như là giữa hòa giải viên và các bên, thách thức chỉ có thể có hiệu quả nếu nó được sử dụng một cách cẩn trọng và với mối quan hệ tốt. Điều quan trọng khi thách thức là trong đầu luôn giữ vững vai trò của bạn và kiểm tra tính phù hợp trong động cơ trước việc thực hiện vai trò của bạn. Có thể sẽ không phù hợp nếu hòa giải viên thách thức một bên trong một thời điểm cụ thể hoặc về một vấn đề cụ thể và trong bất kỳ trường hợp nào thì quyền thách thức phải có được từ việc thể hiện sự tôn trọng và thấu cảm trong suốt cả quy trình.

Bạn có thể thấy cần phải giải thích, có thể là trong phần khai mạc, rằng một phần công việc của hòa giải viên là thách thức về quan điểm, giả định và các lựa chọn bởi điều này sẽ giúp các bên đi tới một thỏa thuận hòa giải thành. Sự đảm bảo rằng bạn sẽ làm việc này với tất cả các bên sẽ làm giảm bớt lo sợ rằng sự thách thức đó muốnám chỉ rằng bạn đang ủng hộ bên nào đó.

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

Thách thức có thể cho phép các bên xây dựng hiểu biết mới. Nó có thể giúp hòa giải viên và các bên:

- Nhìn nhận sự việc một cách rõ ràng hơn
- Có được bức tranh toàn cảnh hơn
- Có được nhận thức khác thay thế
- Xác định những liên kết
- Thay đổi nhận thức, tạo nên một triển vọng mới
- Nhìn tình huống từ quan điểm của người khác
- Có được cái nhìn khách quan hơn
- kiểm tra lại chính những giả định của mình
- kiểm tra sự thiếu nhất quan và không thống nhất

Không thách thức có thể:

- cản trở tiến bộ
- nêu sai các thỏa thuận hoặc chấp nhận về vị thế và quan điểm
- bỏ qua sự thiếu nhất quán, sự trốn tránh và không thống nhất
- ra vẻ bề trên với việc cho rằng ai đó không thể nghe thấy cái nhìn mới thay thế hoặc các ý tưởng đồng thuận thay đổi
- thỏa hiệp với tính liêm chính của bản thân mình.

Thách thức một bên hoặc người nào đó tham gia vào hòa giải là phù hợp khi thấy có trở ngại đối với sự tiến triển của quy trình. Thách thức có thể thực hiện khi các bên thể hiện:

- sự thiếu nhất quán, sự trốn tránh, hoặc không thống nhất

  Bạn đã nói rằng…. bây giờ dường như bạn đang nói rằng

  Bạn dường như không sẵn sàng nói về...

- giải thích lệch lạc về trải nghiệm, hành vi hoặc cảm giác

  Bạn đã mô tả…. như là…..; liệu nó có thể là... ?

  Dường như bạn giả định rằng…., liệu bạn có sai lầm không?

- Không ghi nhận hậu quả của hành vi

  Có phải bạn đã nghị rằng với việc làm đó….có thể xảy ra?

- Không sẵn sàng sửa đổi hành vi hoặc thay đổi

  Bạn nói rằng… tức là bạn dường như muốn nói giữ lại tình trạng này...

Thách thức cũng là một công cụ quan trọng để kiểm tra thực tiễn, đã được nêu trong sổ tay này. Sự thách thức đó có thể dưới dạng một câu hỏi:

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

Do vậy cái mà tôi đang nghe thấy là bạn muốn đi tới Tòa án với chi phí dự kiến là y £ thay vì xin lỗi X có phải không?

Cho phép tôi làm rõ điều này…. Bạn sẽ không còn cần loại chuyên môn mà X phải cung cấp?

Thách thức phải chính đáng và được hình thành một cách cẩn trọng. Khi thách thức, bạn cần:

- **cụ thể nhất có thể:** ở chiều tích cực, nó khó để trả lời những thách thức không rõ ràng hoặc quá chung chung; ở chiều xấu nhất, nó có thể gây ra phản ứng và làm tăng sự cản trở
- **sử dụng sự thấu hiểu:** tôi có thể thấy rằng bạn thực sự cảm thấy mạnh về điều này, bạn có ý tưởng gì để vượt qua vấn đề này không?
- **Có tính thăm dò:** Bạn có suy nghĩ gì về việc tại sao điều đó lại xảy ra? Thay vì bạn không thấy rằng đó là vì bạn…..
- **đặt ra cơ hội cho triển vọng mới:** Bạn nghĩ như thế nào về cảm giác của X về ... ?
- Có cách nào khác nhìn nhận sự việc này không?
- **Tránh bảo vệ** các bên (hoặc bản thân) trước thách thức cần phải được thực hiện
- **Nêu lên thế mạnh thay vì nhấn mạnh điểm yếu**: tập trung vào những thất bại khiến khó thay đổi. Một thách thức tập trung vào những điểm tích cực có thể cho phép các bên làm việc cùng nhau về các lĩnh vực mà khả năng thành công là khá cao. Tìm kiếm chỗ dựa cá nhân hoặc các nguồn lực khác để thực hiện
- **Không nên kỳ vọng rằng mọi thứ sẽ thay đổi ngay lập tức:** *Mặc dù bạn tức giận, nhưng dường như bạn đã nhìn thấy một vài điều gì đó cho tương lai trong…. Cái mà trước đây hai bên làm tốt có phải không?*
- **xử lý tình trạng thế thủ**: chẳng có gì ngạc nhiên khi con người đôi khi phản ứng mạnh mẽ trước việc bị thách thức; nó đòi hỏi nỗ lực và sự dũng cảm để thực hiện cách tiếp cận mới và đôi khi cần sự nhún nhường. Sẽ rất hữu ích nếu đưa cho người bị thách thức một vài lý do để cân nhắc và chấp nhận: *Tôi muốn cho bạn một cơ hội để nghĩ thấu đáo về những mối liên quan trong đó để bạn có thể nhìn thấy xem có gì đó nữa mà chúng ta có thể cùng hợp tác. Điều gì xảy ra nếu ... ?*
- **bản thân cũng phải cởi mở khi bị thách thức**: bầu không khí cởi mở trong đó các bên tự do thách thức hòa giải viên sẽ hỗ trợ để đạt được tiến bộ. Ví dụ, bạn có thể đề nghị các bên cho mình biết nếu có cái gì đó mà họ còn chưa rõ về cái mà bạn đang làm.

Các kỹ năng và kỹ thuật khác của hòa giải viên

Những kỹ thuật khác quan trọng của hòa giải viên tùy theo các kỹ năng giao tiếp cốt yếu được nêu ở trên sẽ được đề cập trong các chương khác của sổ tay này. Nó bao gồm kỹ năng giúp các bên hình thành lên những triển vọng to lớn hơn, kiểm tra thực tiễn, huấn luyện, giải quyết vấn đề và đàm phán và tất cả đều nhìn từ vị trí không thiên vị.

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

3. Làm việc cùng với cảm xúc

Điều quan trọng đối với hòa giải viên là họ có thể làm việc cùng với cảm xúc; ghi nhận, chấp nhận và thừa nhận cảm xúc của người khác và quản lý được cảm giác của bản thân mình.

Các bên

Cảm xúc xuất hiện ở mọi cuộc hòa giải; các bên cảm thấy căn cứ của mình vững chắc. Cho dù những cảm giác này được kiểm soát, được kìm nén hoặc bùng nổ ra bên ngoài, điều quan trọng là hòa giải viên chấp nhận, đối phó với nó và khi cần thiết thì quản lý được việc thể hiện cảm xúc của từng bên. Điều này không có nghĩa là dập tắt cảm xúc của họ từ xa bởi vì cảm xúc bị kìm nén có thể là trở ngại nghiêm trọng cho sự tiến triển trong quy trình hòa giải. Hòa giải có thể mang đến cho các bên "một ngày tại tòa" và sự phấn chấn sau những than phiền trong quá khứ và điều này đôi khi là nhân tố quan trọng cho sự thành công của quy trình.

Cảm xúc được thể hiện một cách chân thành có thể mang thêm màu sắc mới, ý nghĩa và chiều sâu cho lời nói và từ ngữ, và sự thể hiện cảm xúc mãnh liệt trong hòa giải có thể là động lực tích cực. Lưu chuyển cảm xúc thường là điềm báo cho sự tiến triển. Tuy nhiên, thách thức đặt ra đối với hòa giải viên là việc cảm xúc được lưu chuyển hoặc quản lý không hiệu quả có thể mang lại tác động tiêu cực, đặc biệt là khi nó được thể hiện trong phiên họp chung. Hòa giải viên có thể muốn phủ đầu sự bùng nổ về cảm xúc ra bên ngoài, đặc biệt khi mà bầu không khí căn thẳng, bằng việc thừa nhận rằng có sự hiện diện của cảm xúc cao độ quanh bàn.

Sự bùng phát đó có thể chỉ là sự giả vờ, một sự cố gắng của một bên đểảnh hưởng hoặc áp đặt bên kia hoặc thậm chí là để kiểm tra hòa giải viên xử lý sự bùng phát này tốt đến mức nào. Hòa giải viên với tư cách là người quản lý quy trình cần phải can thiệp nếu sự giao thoa cảm xúc đó làm hỏng những việc khác trong phiên họp chung vàcũng nên làm như vậy khi nhận thấy điểm tích cực, nếu có thể, và giữ thể diện cho mọi người. Hòa giải viên phải tự mình phán xét việc cho phép thể hiện và trút bỏ tự do đến mức nào và quyết định khi nào thì thực hiện sự kiểm soát. Trong những vụ việc quá nhiều cảm xúc, hòa giải viên có thể phải nói riêng với từng bên nếu hành vi của họ có thể gây hại cho hòa giải. Điều này cần làm ngay từ đầuvới sự thấu cảm và sẵn sàng để hiểu cái gì tạo nên hành vi đó và cũng rắn hơn nếu cách tiếp cận không có tác dụng.

Mặc dù không phải lúc nào cũng hiệu quả, nhưng nơi an toàn nhất để bùng nổ cảm xúc đó là nơi riêng tư. Nếu các bên đồng ý, hòa giải viên có thể lên kế hoạch để các bên có cơ hội thể hiện cảm xúc một cách công khai hơn. Hòa giải viên cần huấn luyện cho các bên về việc chuẩn bị cho những gì họ cần nói theo cách thức có thể hiệu quả. Cũng rất có ích khi chuẩn bị cho bên kia lắng nghe một cách bình tĩnh và phản hồi lại một cách lễ phép. Lo sợ bị mất mặt là cảm xúc mạnh mẽ nhất, có tính định hướng màmọi người đều có và không hạn chế bởi bất kỳ nền văn hóa cụ thể nào. Nhiều hoạt động trong gia đình và công việc của chúng ta được xây dựng để tránh mất mặt mà chúng ta có lẽ không nhận ra điềuđó . Ví dụ, ở nơi làm việc ngân sách có xu hướng đạt đỉnh caođể chi phí

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

cuối cùng trong phạm vi dự báo. Dự báo về kết quả của các vụ việc pháp lý cũng thường phản ánh điều này mặc dù luôn có thẩm phán hoặc bồi thẩm đoàn để đổ lỗi cho nếu kết quả không như dự đoán. Trong nhà, chúng ta thường cần tìm ra cách giải quyết các tình huống cho bạn đời, cha mẹ, hoặc con cái mà không làm mất mặt họ hoặc chúng ta.

Các bên trong tranh chấp thường đi đến bế tắc bởi vì họ họ cố thủ tại vị trí mà họ không thể nhìn thấy đường thoát mà không mất mặt. Hòa giải viên cần nhạy bén với tình thế này và hình thành những kỹ thuật để tìm ra giải pháp giữ thể diện, có thể là thông qua việc:

- có được sự hiểu biết và hợp tác của bên kia
- ngăn cản một bên reo mừng chiến thắng
- sử dụng cẩn trọng và tự nhiên, sự hóm hỉnh hoặc hài hước
- tìm ra điểm "thắng" để xoa dịu nỗi đau
- tập trung vàoý định tích cực đằng sau hành vi của cá nhân
- chỉ cho thấy thông tin mớiảnh hưởng đến tình hình như thế nào
- nói lại hoặc khuôn lại tình huống bằng ngôn ngữ khác
- nhận mạnh cơ hội đạt được thỏa thuận để ngỏ
- tập cho một bên về những gì sẽ diễn ra sau hòa giải; họ sẽ chuyển giao kết quả cho các thành viên ban giám đốc, gia đình hoặc người khác như thế nào
- để các bên và cố vấn của họ tự xem xét các đề nghị và các đề nghị ngược lại trong phòng riêng, trở lại sau đó để thảo luận về việc có truyền đi đề nghị hay không và như thế nào.

Thỉnh thoảng hòa giải viên có thể cần phải giữ thể diện cho chính mình - một lời thừa nhận công khai về lỗi lầm kèm theo lời xin lỗi luôn là lựa chọn tốt. Người có quyền quyết định trong nhóm thường cần sự ủng hộ và chấp nhận của những người còn lại trong nhóm. Một bên sẽ có thể miễn cưỡng giải quyết tranh chấp nếu những thành viên phản đối trong nhóm của họ có thể sau đó bình luận rằng đó là một thỏa thuận tồi tệ. Hòa giải viên cần nhạy bén với tâm trạng và động lực trong nhóm và làm việc với người có quyền quyết định để có được giải pháp thông qua sự hợp tác trong nhóm cũng như giữa các nhóm.

Luật sư, chuyên gia và cố vấn

Bạn có thể kỳ vọng luật sư, chuyên gia và các cố vấn khác tham gia hòa giải mà không cósự dính líu đến cảm xúc. Nhưng không, họ cũng có thể kháng cự hoặc hấp thụ cảm xúc vì hàng loạt các lý do và dưới những áp lực lớn. Ví dụ, không phải tất cả cố vấn đều bị thuyết phục rằng hòa giải là cách thức đáng dùng để giải quyết tranh chấp. Một luật sư có thể có ít kinh nghiệm trong đàm phán với các khách hàng của mình nêu. Một số ít coi hòa giải là cái cạnh tranh với phong cách và thẩm quyền đàm phán của của mình. Đối với những người khác, lựa chọn giải quyết tranh chấp bằng hòa giải có thể trái với những tư vấn trước đó của họ cho thân chủ.

Người khởi xướng hòa giải cũng có thể làm như vậy mặc dù đồng nghiệp của họ nghi ngờ. Người đó có thể cảm thấy lo lắng vì quan tâm và rất mong vào sự thành công của hòa giải. Cũng có thể là vì lý do danh dự cần phải cân nhắc. Người tham gia vào hòa giải có thể cảm thấy dễ bị tổn

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

thương và bị phơi trần khi so với các thủ tục tố tụng tại tòa. Tính cách được sử dụng để dẫn dắt vụ việc tất nhiên sẽ có một vai trò khác, đó là một phần của đội cùng với sự có mặt của các thân chủ. Có rất ít cơ hội cho những nhà diễn thuyết hoặc những người đối chất có mặt trong hòa giải, do vậy lòng tự trọng của người tham gia có thể bị thách thức trước những đòi hỏi đối với vai trò mới của họ.

Thỉnh thoảng, cố vấn tham gia vào vụ việc với cảm xúc mạnh mẽ, với thân chủ hoặc với nguyên nhân vụ việc, có lẽ vì tin rằng cần có một phiên tòa để hình thành lên án lệ. Khi mà thân chủ hoặc cố vấn không đồng ý, hòa giải viên cần xử lý sự không đồng ý đó một cách nhẹ nhàng.

Hòa giải viên

Hòa giải viên cũng có cảm xúc. Chúng ta đều có giá trị, thái độ, niềm tin và quan điểm được quyết định bởi kinh nghiệm sống của chúng ta. Làm việc vô tư đòi hỏi chúng ta phải chấp nhận những nhận thức và cảm giác của người khác, bỏ ra ngoài cái cảm giác của chúng ta và điều này cũng có thể là sự đòi hỏi về cảm xúc. Để tương tác theo cách chân thành và nhiệt tình, chúng ta cần thừa nhận giá trị của chúng ta và cách thức chúng có thể tác động đến những tương tác của chúng ta với người khác.

Hòa giải viên thường bắt gặp sự mất kiên nhẫn bởi vì các bên dường như không khoan nhượng hoặc bởi vì không liên quan đến vấn đề và lo lắng bất ngờ. Hòa giải viên có thể nhìn thấy một giải pháp trước các bên nhiều không kể giải pháp đó có phải là cái cuối cùng sẽ được cấc bên chấp nhận hay không. Điều cốt yếu là cho phép các bên đi đến thỏa thuận hòa giải thành bằng chính bước đi của họ và hòa giải viên phải giữ lại sự thất vọng, sự bực tức hoặc lo lắng của mình. Quan trọng không kém là khả năng của hòa giải viên đứng lùi lại và không dồn quá nhiều tâm trí vào những vấn đề khó khăn, lo lắng hoặc đó thậm chí có thể là thảm kịch mà tranh chấp mang đến cho các bên. Xác định quá rõ tình huống làm cho hòa giải viên khó khăn hơn trong việc mang đến năng lượng và kỹ năng để hỗ trợ các bên giải quyết vấn đề.

Nhiều hòa giải viên cảm giác e sợ trước khi hòa giải và những trải nghiệm làm cho mức độ hài lòng hoặc nghi ngờ của họ sau đó khác nhau. Điều quan trọng là bạn cho phép mình có thời gian để phản ảnh có tính xây dựng về hòa giải cho dù kết quả nó là gì đi chăng nữa.

Một số kỹ thuật và cách tiếp cận để làm việc cùng với cảm xúc:

- **Thừa nhận** cảm xúc bằng việc quan sát hành vi và cởi mở với thực tế là các cảm giác sẽ hầu như là một phần nội dung của hòa giải. Những cảm xúc đáng chú ý có thể được thể hiện nhiều qua sự im lặng và thu hồi bằng ngôn từ hoặc hành vi công khai.
- **Tôn trọng** cảm xúc được thể hiện ra bên ngoài hoặc dấu kín. Cảm xúc không định nghĩa được một con người bởi nó chỉ nêu rằng họ cảm thấy như thế nào tại thời điểm hiện tại. Ví dụ, việc dán cho một bên cái mác là người nóng giận sẽ cản trở khả năng của hòa giải viên trong việc xây dựng quan hệ.
- **Phản hồi** đối với cảm xúc ví dụ như thông qua việc:
    - cho phép im lặng; thể hiện sự kiên nhẫn và bình tĩnh

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

- ghi nhận cảm xúc bằng việc thể hiện lại và gọi tên nó; xây dựng và sử dụng ngôn từ về cảm xúc (tức giận, lo lắng, buồn)
- để ngôn ngữ cơ thể, nhịp điệu và tiếng nói của bạn tương xứng với ngôn ngữ cơ thể, nhịp điệu và tiếng nói của bên kia.
- thể hiện sự đồng cảm và và công nhận tình hình cũng như những khó khăn của nó mà không thể hiện sự thương cảm hay quá đề cao cảm xúc
- hỏi xem cái gì gây ra cảm giác đó
- sử dụng câu hỏi mở để mời các bên nói cho mình nhiều hơn
- đề nghị giải lao nhưng không né tránh cảm xúc; sẽ hiệu quả hơn khi có nó, thậm chí nó không mấy thoải mái chút nào đối với bạn.

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

VIII. Hòa giải viên sử dụng các kỹ năng đàm phán

1. Các khía cạnh của đàm phán

Hòa giải viên mang vào quá trình hòa giải kỹ năng và kinh nghiệm đàm phán của mình và triển khai nó vì lợi ích của tất cả các bên. Hòa giải viên có kỹ năng sẽ sử dụng hiểu biết của mình về ba khía cạnh cụ thể của đàm phán để hỗ trợ các bên trong giai đoạn mặc cả:

- **Chiến lược và phong cách đàm phán của từng bên:** Nó bao gồm sự khác biệt giữa các nhóm và sự khác biệt nội tại của các nhóm về cách tiếp cận trong đàm phán. Cách tiếp cận khác nhau đối với đàm phán đã được trình bày tóm tắt trong phần trước về "đàm phán, tranh tụng và hòa giải". Cũng như các bên, hòa giải viên có phong cách yêu thích riêng nhưng phải được điều chỉnh để phù hợp với nhu cầu của từng tranh chấp cụ thể. Hiểu được rằng một bên có thể là nhà đàm phán luôn quan tâm đến vị thế, hoặc một bên có thể là nhà đàm phán hợp tác hơn so với luật sư, sẽ cho phép hòa giải viên làm việc được với những khác biệt đó, thậm chí có thể để những người có phong cách phù hợp trong mỗi đội làm việc được với nhau. Một hoặc những người tham gia có thể cần được vỗ về để thực hiện cách tiếp cận khác trong hòa giải. Đôi khi, hòa giải viên cần đưa ra sự cho phép rõ ràng đối với những thay đổi trong cách tiếp cận và điều này có thể dẫn tới việc đàm phán có tính hợp tác ngoài mong đợi.
- **Kỹ năng đàm phán của hòa giải viên có thể được sử dụng** để đi xa hơn trong việc giải quyết vụ việc. Sẽ là rất tồi nếu đi tiết chế các kỹ năng đàm phán của các bên và cố vấn của họ. Đôi khi, sự xung đột với phong cách hoặc vị thế cụ thể lại làm cản trở việc đàm phán trong hòa giải. Đôi khi có sự không sẵn sàng suy nghĩ thấu đáo về liên hệ giữa việc giữ một vị trí hoặc đưa ra một đề nghị cụ thể hoặc không có khả năng sáng tạo với những ý tưởng. Phần dưới đây sẽ đề cập đến cái mà hòa giải viên có thể mang đến khi các bên bắt đầu hoặc tiếp tục quá trình mặc cả của mình. Hòa giải viên có thể ép các bên đánh giá hoặc đánh giá lại những rủi ro của mình và có thể tham gia vào việc kiểm tra thực tế một cách mạnh mẽ. Trong giai đoạn này, hòa giải viên thường biết nhiều hơn các bên về cái gì sẽ hoặc không khả thi xét về cách tiếp cận trong đàm phán và cần thông tin về những hiểu biết này cho các bên trên cơ sở tuân thủ nguyên tắc bí mật. Liệu một đề nghị có khơi mào cho việc đàm phán đổ vỡ? Liệu nó có mang lại cho bên kia cảm giác thực tế hay không? Nó có xác định những khu vực có thể đạt được thỏa thuận hay không?
- **Luôn làm rõ vai trò của hòa giải viên** trong đàm phán. Hòa giải viên không nên chiếm lấy vấn đề cũng nhưép buộc sử dụng một giải pháp cụ thể nào. Hòa giải viên có thể giúp các bên vượt qua trở ngại, ví dụ như xác định ai sẽ là người đưa ra đề xuất trước, có thể là nhận đề nghị đầu tiên của các bên trước khi tiến hành trao đổi các đề nghị đó, nhưng phải luôn giữ vai trò trung lập và không bao giờ đưa cái cá nhân của mình vào trong giải quyết tranh chấp.

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

Giá trị của yêu cầu và giá trị tạo ra

Để hiểu vai trò của hòa giải viên trong việc hỗ trợ các bên đàm phán, điều quan trọng trước tiên là phải hiểu các khái niệm về giá trị tạo ra và giá trị yêu cầu.

Vấn đề đàm phán dựa trên vị thế được đề cập đến trong phần trước về "đàm phán, tranh tụng và hòa giải". Một trong những yếu tố chủ chốt của hình thức đàm phán này là nó giả định rằng tất cả các giá trị đều được đặt trên bàn (ví dụ, các bên đang đàm phán với nhau về khoản trị giá £100,000), hay nói cách khác là có một "cái bánh" sẵn; theo đó người đàm phán dựa trên quan điểm cố gắng yêu cầu càng nhiềugiá trị của cái bánh đó khi có thể. Trong nhiều vụ việc hòa giải thương mại và dân sự, các bên tham gia vào quy trình với giả định rằng chiếc bánh có sẵn và chỉ hướng tới yêu cầu về giá trị. Điều này đặc biệt đúng khi thủ tục pháp lý đã được tiến hành bởi các vụ việc về pháp lý cần được khuôn lại về mặt vị thế của các bên để yêu cầu được càng nhiều giá trị càng tốt. Ví dụ, nguyên đơn nêu rằng có sự vi phạm hợp đồng và vì vậy họ có quyền được bồi thường £100,000; ngược lại, bị đơn bác bỏ vi phạm hợp đồng và nói không với khoản tiền nêu trong yêu cầu. Đây là đàm phán truyền thống về vị thế.

Vai trò của hòa giải viên trong giai đoạn khám phá là xem liệu họ có thể thay đổi cách tiếp cận, ít nhất là trong một thời gian, và cố gắng tạo ra giá trị và đưa các kỹ năng đàm phán dựa trên nguyên tắc vào quy trình hòa giải. Khái niệm này giả định rằng cỡ bánh không nhất thiết phải cố định và rằng với việc tìm hiểu sự quan tâm của từng bên, những vấn đề khác của giá trị có thể nảy sinh đối với các bên và có thể bổ sung vào trong đàm phán, mở rộng phạm vi đàm phán và vì vậy có nhiều khả năng đạt được thỏa thuận hòa giải thành.

Một khi điều này được thực hiện, chiếc bánh sẽ được mở rộng ra và trong giai đoạn mặc cả các bên sẽ đàm phán về việc chiếc bánh sẽ được chia như thế nào do đó sẽ quay lại giá trị yêu cầu. Vai trò của hòa giải viên ở đây là hỗ trợ các bên đạt được yêu cầu về giá trị một cách hiệu quả thông qua việc huấn luyện họ các bước then chốt của mặc cả, bao gồm cả việc đưa ra đề xuất đầu tiên, chuyển thông tin một cách khôn khéo và tìm cách để phá vỡ sự bế tắc hiện hữu.

Chiến thuật và chiến lược đàm phán

Kỹ thuật và chiến lược đàm phán có thể áp dụng cả theo phương pháp dựa trên vị thế hoặc trên nguyên tắc để giúp hòa giải viên hỗ trợ cho các bên vượt qua quá trình đàm phán khó khăn hướng tới giải quyết tranh chấp.

Tập trung vào lợi ích thay vì quyền

Hòa giải viên cần giúp các bên tập trung vào lợi ích và cái họ cần trong trường hợp đó thay vì quyền của họ và cái mà họ nghĩ họ có quyền hoặc mong muốn xét về kết quả. Điều này cho phép các bên chuyển từ cách tiếp cận có tính đối đầu sang cách tiếp cận hợp tác và chia sẻ mục đích.

Sẽ rất hữu ích nếu dành một chút thời gian để tìm hiểu xem tại sao các bên lại đặt vị thế của họ như vậy và tại sao lại đưa ra hoặc phản đối với yêu cầu. Thậm chí việc tìm hiểu xem tại sao những

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

điểm nhất định nào không có tranh chấp cũng rất có ích. Hiểu kỹ về vụ việc sẽ đi đến hiểu rõ áp lực và cảm xúc của mỗi bên và thậm chí có thể thấy được mục tiêu ẩn chứa sau đó.

Cần nhớ rằng, hầu hết mọi người đều phải chịu trách nhiệm trước ai đó - quản lý cấp trên, ban giám đốc, đồng nghiệp, vợ chồng, thậm chí bạn bè. Phần lớn mọi người đến với hòa giải cùng với nhu cầu chính trị để đảm bảo rằng bất kỳ việc giải quyết tranh chấp nào cũng là chính đáng đối với người khác. Hòa giải viên cần biết được điều này và khai thác nó bởi nó cũng có thể tạo ra rào cản đối với việc giải quyết tranh chấp.

Quản lý kỳ vọng là một phần quan trọng trong việc hỗ trợ các bên trong quá trình đàm phán. Hòa giải viên sẽ xử lý vấn đề này thậm chí trước cả khi các bên gặp nhau và tiếp tục làm việc đó cho đến khi khi kết thúc đạt được thỏa thuận giải hòa giải thành.

Các bên muốn ở đâu chứ không phải họ đang ở đâu

Có thể cần đi ngược lại lịch sử để làm bộc lộ cảm xúc và nếu như vậy thì hòa giải viên cần phải kiên nhân. Cuối cùng, hòa giải viên sẽ giúp các bên tập trung vào tương lai, vào chỗ mà các bên muốn đến chứ không phải nơi mà họ đang ở hay nơi họ đã ở. Xác định nhu cầu của các bên thay vì cái họ muốn sẽ xác định được phạm vi của sự dịch chuyển này. Để đạt được thỏa thuận hòa giải không phải là việc dễ dàng nhưng giữ được mục tiêu chung là giải quyết tranh chấp sẽ mang đến định hướng và tạo ra sự hợp tác giữa các bên.

Kỹ thuật giải quyết vấn đề

Các bên thường dựa vào hòa giải viên để giải quyết vấn đề, không nhất thiết là câu trả lời mà là tạo ra một số lựa chọn hoặc khả năng có thể dẫn đến giải quyết được tranh chấp. Tuy nhiên, trước khi bắt đầu giải quyết vấn đề phức tạp, hòa giải viên phải mở con đường đi tới giải pháp giải quyết tranh chấp bằng việc:

- thiết lập lại việc liên lạc giữa các bên; ngay cả khi các bên không nói với nhau, họ sẽ nói với hòa giải viên và qua hòa giải viên
- làm rõ và xác định các vấn đề tranh chấp; thường thì vấn đề thực sự bị che phủ bởi cảm xúc hoặc những tiểu tiết.

Khi mà việc trao đổi đã qua giai đoạn đầu là đổ lỗi cho nhau và đòi hỏi để chuyển sang giai đoạn tìm giải pháp, các kỹ năng giải quyết vấn đề của hòa giải viên rất quan trọng. Hòa giải viên không liên quan đến vấn đề và có thể là người tham gia tích cực và sáng tạo góp phần vào quy trình giải quyết vấn đề.

Hoạt động giải quyết vấn đề rơi vào bốn nhóm sau:

- Giải thích vấn đề - cái gì ban đầu tạo ra vấn đề? Làm thế nào để có thể tránh được nó? Vấn đề trong hoàn cảnh hiện tại là gì? Nhu cầu là gì?
- Xây dựngý tưởng–Nhu cầu của từng bên có thể được đáp ứng như thế nào? Chúng giống và khác nhau như nào? Suy nghĩ về các giải pháp có thể bao gồm tất cả các khả năng, tạo

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

ra miếng bánh hòa giải thành càng lớn càng tốt. Điều gì xảy ra nếu thỏa thuận hòa giải thành không đạt được?

- Lên kế hoạch hành động – các kết quả đầu ra sẽ như thế nào? Lợi ích thực sự đối với từng bên là gì? Làm thế nào để giảm thiểu vấn đề phát sinh trong tương lai? Điều khoản giải quyết tranh chấp là gì?
- Thực thi - thời gian biểu, trách nhiệm. Những vấn đề chưa giải quyết đã được xử lý chưa? Nếu chưa thì khi nào và như thế nào?

Suy nghĩ và kiểm tra thực tiễn được sử dụng rộng rãi và là những kỹ thuật rất có giá trị đối với hòa giải viên. Bảng viết sẽ là công cụ hữu dụng. Nó tạo ra sự tập trung cho tất cả mọi người có mặt và nếu được sử dụng đúng lúc nó sẽ làm giảm căng thẳng. Tác động về hình ảnh cũng có thể làm rõ các con số, nhấn mạnh những tiến bộ đã đạt được hoặc giúp các bên đối diện với thực tế về khoảng cách giữa họ hoặc mức độ chi phí có thể phát sinh khi tiếp tục. Lập danh sách các vấn đề trên bảng có thể giúp các bên thống nhất về cái cần phải giải quyết và tạo sự tập trung cho thảo luận. Khi làm theo cách này, sẽ có hiệu quả hơn nếu khuyến khích các bên đưa ra những gợi ý về cái gì sẽ được đưa vào bảng thay vì đưa ra danh mục các ý tưởng của hòa giải viên. Tuy nhiên, hòa giải viên có thể sửa, trung hòa ngôn ngữ được sử dụng và có thể bổ sung thêm một vài ý tưởng của mình theo hướng ủng hộ các bên.

Động lực của quan hệ và động lực của nhóm

Trong những cuộc đàm phán phức tạp, một phần của vấn đề và thực tế của sự khởi đầu một giải pháp có thể là trong nội bộ của mỗi nhóm có nhiều cá nhân với nhiều quan điểm và phong cách khác nhau. Hòa giải viên cần đánh giá các quan hệ bên trong của các bên. Cá nhân nào có sức mạnh nhất, các cá nhân khác nhau đánh giá các yếu tố khác nhau và các cá nhân đó làm việc với nhau như thế nào. Điều này có thể đạt được qua việc quan sát lời nói và những hành vi không lời, bằng việc đặt câu hỏi trực tiếp cho bên đang im lặng và bằng việc mở ra những trao đổi trong nhóm hoặc giữa các nhóm.

Với tư cách là người quản lý quy trình, hòa giải viên cần nhạy bén trước những cơ hội triệu tập họ lại trong một cuộc họp chung, nói với từng người một cách chính thức trong thời gian giải lao, hoặc nhóm họ lại với nhau để làm việc với hòa giải viên bên lề các phiên họp chung và phiên họp riêng. Tất cả các hình thức kết hợp của phiên họp có thể mang lại hiệu quả nhằm đưa quy trình tiến triển hơn. Đôi khi, để thúc đẩy đàm phán, hòa giải viên cần tiếp tục ngoại giao con thoi giữa các bên. Đôi khi những rào cản đó mất đi và mọi người sẽ đưa ra rồi lại bỏ qua ý kiến đã trao đổi trong phòng riêng. Điều quan trọng là người có quyền ra quyết định trong mỗi nhóm nhận được sự ủng hộ của những thành viên khác trong nhóm để anh ta có thể tự tin đưa vấn đề tiến triển.

Cũng có thể có hiệu quả cho các bên khi đàm phán trực tiếp với nhau trong đó hòa giải viên đóng vai trò là người xác định sự kết hợp giữa những người đàm phán có thể làm việc tốt nhất với nhau. Những phiên họp như thế có thể được tổ chức với sự có mặt của hòa giải viên hoặc không có mặt hòa giải viên. Nó có thể là không chính thức hoặc được kết hợp với chương trình hòa giải và các quy tắc cơ bản đã được đưa ra trước đó. Thông thường, nếu các bên đồng ý, hòa giải viên

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

có thể có mặt, có lẽ để giữ cho phiên họp đi đúng đường và có thể lựa chọn những vấn đề và những tiến bộ đạt được sau khi kết thúc phiên họp.

Tất cả các cuộc đàm phán đều có những vấn đề liên quan đến con người như cảm xúc, sự không thích, địa vị hay danh tiếng. Hòa giải viên cần biết những yếu tố này có thể cản trở tiến bộ như thế nào và có thể được sử dụng như thế nào để đưa việc giải quyết tranh chấp tiến triển hơn.

Sử dụng thông tin khi phù hợp

Trong đàm phán trực tiếp, có những thời điểm tốt và cũng có những thời điểm không tốt để sử dụng thông tin. Điều này cũng đúng trong hòa giải. Một đề nghị quá thấp của một bên làm cho bên kia rút lui hoặc thậm chí bỏ đàm phán có thể được giữ lại nhờ vào tài của hòa giải. Tương tự, sự nhượng bộ có thể được lưu giữ và sử dụng để tối đa hóa tác dụng khi có thời điểm hợp lý. Hòa giải viên không có nghĩa vụ phải chuyển thông tin hay, hay khi mà một bên đề nghị làm điều đó, và cần làm rõ điều này với các bên ngay từ đầu của quy trình. Hòa giải viên, xử lý tổng thể những trao đổi về việc giải quyết tranh chấp có thể khuyên các bên về thời gian trao đổi và cần các bên cho phép mình tự quyết định cái gì có hiệu quả nhất và khi nào. Tin xấu cũng như tin tốt đều có thể tạo tiền đề cho những thay đổi. Hòa giải viên có thể bảo vệ quá mức các bên, giữ kín mức độ khoảng cách giữa họ khi thấy rằng sẽ hiệu quả hơn nếu hướng họ vào việc xử lý quy mô vấn đề họ phải đối mặt.

Sự sai số về giá trị

Thông thường, các vấn đề có tầm quan trọng và giá trị khác nhau đối với mỗi bên. Việc đưa ra lời xin lỗi có thể được coi là chẳng mất gì, trong khi đó việc nhận lời xin lỗi có thể là nền tảng cho việc tiếp tục đàm phán. Việc chia ra thành các kỳ hoặc thanh toán bằng hiện vật, đảm bảo bằng bảo hiểm hoặc đề xuất công việc tương lai là những ví dụ về các yếu tố có thể có giá trị lớn hơn đối với một bên so với chi phí đối với bên kia. Hòa giải viên cần tìm hiểu từng vấn đề với từng bên để xác định sai số về giá trị; cái gì đó có giá trị tích cực đối với một bên và chi phí ít đối với bên kia có thể đưa tới những tiến triển và thậm chí có thể đạt được thỏa thuận.

Ranh giới đáy và những con số ma thuật

Về nguyên tắc chung, hòa giải viên cần tránh sử dụng thuật ngữ “ranh giới đáy” và giúp các bên cũng như cố vấn của họ làm như vậy. Ý tưởng đặt ra ranh giới đáy sẽ hạn chế sự linh hoạt và giảm phạm vi đàm phán của một bên. Ranh giới đáy thường thay đổi trong quá trình hòa giải. Một số hòa giải viên có xu hướng không bao giờ hỏi về con số thuộc ranh giới đáy bởi các bên sau đó có thể đi vượt xa những con số này mà không bị mất mặt với hòa giải viên. Thay vào đó hòa giải viên có thể hiểu về mức mà các bên có thể xem xét để chấp nhận ở một giai đoạn nào đó và cái mà họ cần phải thuyết phục các bên để tiến thêm hoặc thêm nữa.

Một điều nữa cần ghi nhớ đó là tầm quan trọng của “các con số ma thuật”. Đây là những con số mà các bên dồn cả tâm tâm trí; một bên có thể có nhu cầu thực tế hoặc nhu cầu tinh thần đối với một con số cụ thể, có thể là rời khỏi cuộc gặp với câu “*tôi sẽ không thỏa thuận dưới mức (hoặc*

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

trên) £x." Để phá vỡ rào cản về con số này, có thể cần trao đổi một cách cởi mở với một bên trong phòng riêng, nhìn nhận hậu quả của việc phá vỡ rào cản đó cũng như hậu quả của việc không làm thế.

Con số tổng thể và ranh giới của các con số

Ở một giai đoạn nào đó, các bên có thể đi từ việc thảo luận về các vấn đề và giải pháp nhỏ sang tư duy về những điều khoản lớn mang tính tổng thể. Hòa giải viên có thể hỗ trợ trong việc chuyển đổi này với những câu nói như *các bạn cần nghe thấy con số với 6 chữ số….*, nhưng phải đảm bảo yêu cầu về tính bí mật. Việc chuyển sang đàm phán về một con số tổng thế cho phép mỗi bên khuôn lại việc giải quyết của mình theo bất kỳ cách nào họ muốn để sau đó chứng minh cho bên kia là hợp lý. Mỗi bên thường có những lý lẽ hoàn toàn khác nhau đối với cùng một con số.

Việc giúp các bên khuôn lại hoặc đưa ra đề nghị đối với con số mục tiêu được bên kia nhìn nhận là đáng kể là một lĩnh vực quan trọng cần trao đổi. Một con số với 5 chữ số dường như kém hấp dẫn hơn chữ số với 6 con số, tức là thực tế hơn rất ít và ngược lại đều đúng. Giúp các bên hiểu sức mạnh của cách nhìn nhận như vậy có thể thúc đẩy sự tiến triển.

Giúp các bên tránh mất mặt

Một người đàm phán có kỹ năng sẽ luôn dành cho bên kia lối thoát. Đẩy một bên vào đường cùng thường dẫn đến bế tắc và thậm chí sau đó nếu có thỏa thuận thì cũng khó mà bên đó muốn đàm phán với người đó lần nữa. Để hỗ trợ cho việc đàm phán, hòa giải viên cần giúp các bên xác định lý do biện minh cho sự thay đổi của mình. Hòa giải thường liên quan nhiều đến việc quản lý mất mát tài chính. Chiến thắng của một bên không nên được ăn mừng công khai, nỗi đau cần được chia sẻ và cả hai bên đều cảm thấy rằng rất khó để làm việc cật lực và đạt được sự thỏa thuận giải quyết tranh chấp đó.

2. Hòa giải viên với tư cách là huấn luyện viên trong đàm phán

Như đã nêu trong chương trước về vai trò của hòa giải viên, vai trò huấn luyện bắt đầu trước khi hòa giải và kéo dài trong suốt quá trình hòa giải. Trong giai đoạn mặc cả, vai trò của hòa giải viên với tư cách là người huấn luyện hòa giải trở nên đặc biệt quan trọng.

Trước khi dấn thân vào thực hiện vai trò của huấn luyện viên đàm phán, điều cốt yếu là hòa giải viên phải có được niềm tin của các bên và có quyền đề nghị các bên thay đổi hành vi cũng như cách tiếp cận của mình. Trong giai đoạn này, các đề xuất được khuôn lại vào trao đổi giữa các bên. Mỗi đề xuất từ bên này sẽ gửi một tin hiệu cho bên kia về ý định, chiến lược và chiến thuật đàm phán của họ. Tuy nhiên, thường thì bên đưa ra đề xuất thường không nghĩ thấu đáo về tác động của thông điệp mà đề xuất đó mang đến cho bên kia.

Thông qua hiểu biết của mình về đàm phán, hòa giải viên có thể giúp các bên tìm ra tìm ra thông điệp mà bên kia muốn gửi là gì và liệu đề xuất đó có thể đạt được điều đó hay không. Bên cạnh đó, với việc làm việc cùng hai bên về chiến lược đàm phán của họ, hòa giải viên có thể phán đoán

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

phản ứng của bên kia và khám phá những phản ứng đó cùng với bên đưa ra đề nghị trong khi đó vẫn cẩn thận bảo vệ những thông tin được cung cấp bí mật.

Hòa giải viên không phải ở đó chỉ để là người đưa tin cho các bên. Thay vào đó, các bên đặt lịch cho hòa giải viên hỗ trợ họ để giải quyết tranh chấp và giúp họ vẽ ra con đường đi tới giải quyết xong tranh chấp thông qua các cuộc đàm phán mà đôi khi rất khó khan. Một khi đã xây dựng và duy trì được quan hệ tốt và sự tin tưởng, hòa giải viên có thể huấn luyện các bên trong đàm phán, khi cần thiết, bằng việc:

- Nỗ lực làm việc để hiểu được cái gì thúc đẩy các bên và lý do cho quan điểm của họ
- Tập trung vào nơi các bên muốn đến thay vì nơi họ đang ở
- Quản lý kỳ vọng của các bên và giúp họ vượt qua sự thất vọng
- Sử dụng các kỹ năng để giải quyết vấn đề một cách sáng tạo nhằm đạt được giải pháp về nguyên tắc
- Hiểu được chiến thuật đàm phán được các bên sử dụng và sử dụng chiến lược phù hợp để tạo ra những tiến triển
- Bảo vệ các bên khỏi bị mất mặt, hỗ trợ các bên vượt qua những vấn đề thông thường khác cản trở việc đàm phán; xem chi tiết ở dưới đây
- Ghi nhận sự khác biệt về giá trị như là căn cứ tiềm nawg cho giải quyết tranh chấp; cái gì có giá với mọt bên có thể dễ dàng được bên kia cung cấp
- Chuyển tải các đề xuất và trao đổi thông tin một cách chiến thuật
- Giúp các bên vượt qua rào cản về việc đưa ra đề xuất đầu tiên
- Tránh để các bên cam kết quá sớm về ranh giới đáy
- Công nhận “con số ma thuật” và yếu tố tâm lý của các con số
- Làm việc với các con số tổng thể hoặc ranh giới của các con số
- Hỗ trợ các bên vượt qua sự bế tắc hiện hữu
- Làm việc trên cơ sở rằng giải pháp chưa hoàn tất cho đến khi nó được làm thành văn bản và ký.

Trở ngại của đề xuất đầu tiên

Khi cân nhắc đưa ra đề xuất, đặc biệt với đề xuất đầu tiên, cần phải suy nghĩ về hang loạt các đề xuất có thể về tác động của nó khi nhận được. Điều này có thể được mô tả liên tiếp cho cả nguyên đơn và bị đơn, từ khu vực xúc phạm đến khu vực tin tưởng đến “khu vực có tiềm năng chấp nhận” (ZOPA) hoặc khu vực mà cả hai bên đều hài lòng và đạt được thỏa thuận.

Ở hai thái cực của vùng đàm phán, có “khu vực xúc phạm”. Đây là đề xuất rất có thể được bên kia đón nhận bởi nó như một sự xúc phạm; nó chuyển một thông điệp sai lầm cho bên kia rằng bên đưa ra đề nghị không thực sự thiện chí đàm phán hoặc là họ không sẵn sàng “chơi trò chơi”. Rủi ro của đề xuất này là sự bỏ rơi của bên kia hoặc nếu họ có phản hồi thì nó sẽ rất có thể cũng trong “khu vực xúc phạm” Điều này sẽ khóa các bên trong đàm phán về vị thế vốn sẽ rất khó để đột phá và sẽ tăng khả năng không đạt được thỏa thuận hòa giải thành.

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

Khu vực tiếp theo trong chuỗi là "khu vực tin tưởng". Đây là đề nghị chưa đủ tốt để được chấp nhận nhưng nó gửi một thông điệp dung cho bên nhận đề nghị. Họ sẽ coi đó là bước đi đầu tiên tốt đẹp hoặc là bên kia ít nhất cũng đang thiện ý đàm phán.

Khu vực cuối cùng, ZOPA, là phạm vi trong đó thỏa thuận có thể đạt được.

Nếu một bên muốn chuyển đề xuất đầu tiên mà hòa giải viên ghĩ rằng nó có thể được đón nhận như là một sự xúc phạm đối với bên kia, hòa giải viên cần:

- Hiểu được bên đó đang cố đạt được cái gì thông qua việc đưa ra đề xuất đó
- Trao đổi với bên đó về những ẩn ý có thể khi chuyển tải đề xuất này
- Giúp các bên khuôn lại đề xuất theo cách có hiệu quả nhất
- Có thể thậm chí là giúp các bên quyết định không đưa ra đề nghị trong thời điểm này hoặc bất kỳ lúc nào.

Để làm được điều này một cách có hiệu quả, hòa giải viên sẽ sử dụng hàng loạt các câu hỏi tích cực như:

Bạn có thể giải thích cho tôi về cơ sở hoặc lý do đề xuất đó hay không?

Bạn nghĩ họ sẽ phản ứng với đề xuất đó như thế nào?

Nếu bạn là họ thì bạn sẽ phản ứng ra sao?

Điều gì sẽ xảy ra nếu họ quay trở lại và nói rằng.. ?

Điều gì xảy rã nếu…….. ?

Bạn có cho rằng bạn có thể... ?

Thêm vào đó và chỉ khi hòa giải viên có mối quan hệ tốt với các bên, họ mới có thể tiếp bước nữa và nói về cảm giác của họ đối với tác động mà việc chuyển tải đề xuất đó có thể có. Các bình luận như nêu dưới đây có thể phù hợp:

Rủi ro đưa ra đề xuất đó là họ có thể bỏ qua, hoặc đáp trả lại tương tự và phản hồi với một đề xuất thấp…

Qua làm việc với cả hai bên, tôi nghĩ rằng sẽ có rủi ro là bên kia có thể phản ứng xấu đối với đề xuất …

Tôi nghĩ rằng họ sẽ cần nghe điều gì đó có tính khích lệ hơn là …

Tôi cảm thấy rằng họ sẽ cần … (tất nhiên là không vi phạm tính bảo mật)

Những ví dụ này là trường hợp hòa giải viên thể hiện khá trực tiếp khi can thiệp và đưa ra hướng dẫn về cái sẽ xảy ra với động lực đàm phán. Tuy nhiên, cần nhấn mạnh rằng hòa giải viên không đưa ra quan điểm của mình về con số nào sẽ được đề xuất hoặc tính công bằng hoặc phù hợp của giải pháp được đưa ra.

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

Các bên có thể đã đàm phán về nhiều cấu phần của một thỏa thuận tiềm năng trước khi đi vào những con số cụ thể. Một bên có thể cần sự đảm bảo chắc chắn rằng mình là người đầu tiên đề cập đến con số cụ thể. Nghiên cứu cho thấy rằng người đàm phán đưa ra đề xuất đầu tiên dường như có ảnh hưởng lớn hơn trong thỏa thuận hòa giải thành nhưng chỉ khi con số này rơi vào "khu vực tin tưởng" chứ không phải khu vực xúc phạm.

Cuối cùng, khi truyền đi đề xuất đầu tiên, hòa giải viên cần đảm bảo chắc chắn rằng những đề xuất này là trong khu vực tin tưởng để tránh việc các bên mở đầu với quá nhiều đề xuất ở hai thái cực của khu vực hòa giải để từ đó tăng thêm khả năng các bên phải đối mặt với khoảng cách không thể hàn gắn. Ngược lại, các bên được ngăn không thử đẩy cao đề xuất đầu tiên của mình trong khu vực ZOPA và nói rằng họ không sẵn sàng đàm phán thêm. Kinh nghiệm cho thấy rằng các bên muốn đi qua vũ điệu của các đề xuất và đề xuất lại trong hòa giải. Vì vậy, nếu một bên đẩy ngay đề xuất vào khu vực ZOPA và bên kia đưa ra đề xuất lại và kỳ vọng bên nhận sẽ tham gia vào điệu nhảy, thì khi đó bên đưa ra đề xuất đầu tiên có thể không còn đường để đi và vì vậy dồn họ và góc tường.

Quản lý các đề xuất sau đó và chuyển thông tin

Với tư cách là hòa giải viên, bạn cần phán đoán sự đi xuống hoặc bùng nổ của cảm xúc có thể xảy ra khi đề xuất đầu tiên về tiền được đưa ra. Các bên đôi khi muốn từ bỏ ngay, rút khỏi đàm phán hay đi ra tòa. Do vậy, rất hữu ích khi nêu lên từ kinh nghiệm của bạn rằng loại phản ứng này thường xuyên xảy ra khi đề xuất đầu tiên được đưa ra. Nếu bạn chuẩn bị cho các bên tốt bằng việc bình thường hóa một giai đoạn mà ở đó khoảng cách giữa các bên dường như không lớn, họ sẽ thường sẽ tiếp tục và chấp nhận đề xuất này như là một phần của nghi lễ đàm phán.

Qua đó, hòa giải viên cần nhạy bén với mong muốn dễ hiểu của các bên đó là bảo vệ vị thế đàm phán của mình.

Kinh nghiệm cho thẩy rằng trong cuộc đàm phán có hiệu quả sẽ có thể có ba đề xuất và đề xuất lại. Nếu không có thỏa thuận đạt được trong giai đoạn đó thì các bên dường như đã mất niềm tin hoặc không còn quan tâm, lo sợ rằng đàm phán sẽ trở thành cuộc chơi không mang lại hiệu quả. Thay vào đó, nếu một bên sẵn sàng hồi đáp và đưa ra ít hơn ba đề xuất thì bên kia có thể nghĩ rằng không có nỗ lực nghiêm túc để giải quyết vụ việc.

Trong suốt giai đoạn đưa ra đề xuất và đề xuất lại, hòa giải viên thường giúp các bên khuôn lại đề xuất. Sử dụng ngôn từ khác, thể hiện một đề xuất hoặc một ý tưởng theo hướng tích cực thay vì tiêu cực hoặc sắp xếp lại các con số theo cách mà người nhận có thể xem xét một cách nghiêm túc là những kỹ thuật hữu ích và là cách sử dụng đúng các kỹ năng giải quyết vấn đề và kỹ năng của hòa giải viên. Trước khi đề xuất được chuyển cho bên kia, hòa giải viên thường phải tìm ra cơ sở cho đề xuất đó vì biết rằng bên kia rất có thể hỏi về việc đề xuất như vậy hợp lý như thế nào hoặc con số cụ thể đó lấy từ đâu.

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

Điểm cốt yếu đối với hòa giải viên là họ không phải chỉ là người đưa tin. Họ phải chủ động tích cực làm việc với các bên, đưa ra quyết định về việc liệu thông tin nào đó có thể được chuyển đi hay không và nếu có thì cách tốt nhất để chuyển thông tin đó là gì và khi nào. Ví dụ:

> *Bạn nói rằng bạn muốn £100,000 và sau đó bạn có nghĩ đến quan hệ trong tương lai không. Tôi có thể chuyển nó theo cách này – rằng bạn sẽ cân nhắc đến quan hệ trong tương lai như một phần của thỏa thuận rằng nó bao gồm việc trả một lượng lớn tiền?*

Nếu hòa giải viên đánh giá rằng không phải lúc để chuyển thông tin này, cho dù là gợi ý hay đề xuất, thì hòa giải viên có thể hỏi để được quyền quyết định; ví dụ:

> Tôi biết bạn muốn tôi nhận đề xuất này, nhưng bây giờ có thể không phải là thời gian thực sự phù hợp, do vậy bạn có thể để cho tôi quyết định khi nào chuyển thông tinn ày hay không?

Phá bỏ sự bế tắc hiện hữu

Thông thường, mặc dù hòa giải viên quản lý hiệu quả trong giai đoạn khám phá, tích cực huấn luyện các bên trong giai đoạn mặc cả và giúp các bên khuôn lại các đề xuất, vẫn xảy ra giai đoạn khi mà các bên dường như ở trạng thái bế tắc và rất khó để biết làm thế nào đàm phán có thể tiến triển. Lý do phổ biến nhất của sự bế tắc là:

- Các bên **cố thủ trong các vị trí** khẳng định rằng đây là xa nhất mà họ sẽ đi. Cố vấn có thể khuyến khích thân chủ áp dụng cách tiếp cận này, bảo vệ họ trước việc đưa ra những nhượng bộ với hy vọng rằng việc giữ vị thế vững chắc sẽ cho họ một kết quả tốt hơn.
- Một bên **bộc lộ ranh giới đáy** quá sớm làm cho họ không còn đường để đi. Ở nhiều nền văn hóa, các bên kỳ vọng sự cho và nhận và nên phản hồi khô khan từ một bên kể cả khi họ đưa ra đề nghị "đầu tiên và là cuối cùng" hợp lý, thì bên kia có thể coi cách tiếp cận này là không thể chấp nhận được
- **Sự bao vây về cảm xúc**: tất cả các tranh chấp đều có lớp cảm xúc, mặc dù thông thường nó gần với bề mặt và rõ ràng trong các yêu cầu về bồi thường thương tích hoặc tranh chấp lao động hơn là các tranh chấp hợp đồng thương mại. Các bên và cố vấn của họ đều có áp lực: danh dự; hoặc duy trì cạnh tranh nội bộ, động lực tài chính, tham vọng, cảm giác không xứng đáng, lo sợ bị nhìn nhận là thất bại, không thích hoặc ghen tức với đối thủ hoặc các thành viên ngay trong nhóm của mình.
- **Sự năng động trong nhóm:** có thể cản trở tiến triển: đối với một số người sẽ dễ dàng hơn khi đóng vai diều hâu hơn là đóng vai bồ câu, và sự lôi kéo phải cứng rắn mới được coi là mạnh mẽ.
- **Sự bế tắc về chiến thuật**: sử dụng sự trì hoãn để tạo áp lực
- **Nhu cầu cần giữ thể diện**: tầm quan trọng của vấn đề này đôi khi không được đánh giá đúng. Hòa giải viên phải nhạy bén với nhu cầu của các nhân trong việc bảo vệ uy tín và thanh danh, và cần cố gắng để tìm ra những giải pháp để giữ thể diện và tránh việc đàm phán đi vào bế tắc. Điều này có thể đòi hỏi dành cho các bên khoảng không gian và thời

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

gian riêng tư mà không có sự hiện diện của hòa giải viên, đặc biệt sau khi bị thách thức hoặc kiểm tra thực tế, để họ có những điều chỉnh cần thiết về vị thế của mình

- Một bên đã đi đến **giới hạn về thẩm quyền.**

Khi đối mặt với bế tắc hiện hữu này, hòa giải viên cần mang đến sự độc lập, năng lượng, sự kiên trì và trí tưởng tượng để giúp các bên đạt được tiến triển. Một hoặc các chiến lược sau có thể giúp ích cho hòa giải viên:

- Đưa các bên trở lại với nhau để khẳng định tình hình và nói về nó một cách cởi mở
- Tóm tắt và nhắc lại những tiến bộ đã đạt được thay vì cho phép các bên tập trung vào những vấn đề và khoảng cách giữa họ
- Chuyển các bên từ đàm phán dựa trên vị thế sang đàm phán dựa trên nguyên tắc để làm việc hợp tác với nhau và tìm ra giải pháp cho vấn đề chung
- Cho phép bộc lộ cảm xúc và ghi nhận ý nghĩa của nó khi cảm xúc mãnh liệt dường như đang cản trở sự tham gia đầy đủ vào quy trình
- Đánh giá lại những điểm chung và nhấn mạnh những lĩnh vực đã được thống nhất
- Tìm ra một cách nhượng bộ dễ dàng trong đó dễ làm nhưng rất có giá trị đối với người nhận
- Giải lao để cho phép giảm nhiệt và có thời gian để đánh giá lại
- Sử dụng một chút hài hước có thể làm tan căng thẳng và tạo bầu không khí thoải mái
- Chẻ nhỏ vấn đề ra và giải quyết từng vấn đề nhỏ hơn có thể tạo ra động lực cho các bên
- Dừng một số vấn đề để thảo luận sau có thể tạo khoảng trống cho những tiến bột trong những lĩnh vực khác
- Đưa ra những thông tin mới hoặc khuôn lại vấn đề để kiểm tra quan một triển vọng khác
- Thử tạo ra giá trị nào đó bằng việc thay đổi sự tập trung từ khía cạnh tiền nong sang xem xét xem có yếu tố phi tài chính nào có thể cải thiện việc giải quyết tranh chấp không
- Thay đổi nhóm tham gia đàm phán có thể mang đến những ý tưởng mới trong ngày và nếu đàm phán đổ vỡ thì có thể sau đó giới thiệu người có quyền quyết định cao hơn
- Thay đổi nhịp điệu của quy trình bằng việc làm cái gì đó khác đi; thay đổi môi trường xung quanh, chuyển dịch chỗ ngồi, dẫn các bên đi dạo, xúi giục các nhóm công tác, sử dụng bảng viết để thay đổi sự tập trung, tổ chức phiên họp chung để đánh giá lại những tiến bộ
- Đánh giá lại quy trình và có lẽ hỏi các bên xem làm tiếp cái gì
- Giới thiệu về thời hạn chót trong ngày hoặc thống nhất về một ngày sau khi hòa giải để đưa ra lý do hợp lý cho việc thiết lập lại liên lạc và mở lại đàm phán
- Thay đổi sự cân bằng về rủi ro; ví dụ một bên tìm ra cách để tính toán rủi ro bằng việc cung cấp bảo hành
- Cùng thiếu sự chắc chắn về kết quả nếu vấn đề được đưa ra trước tòa có thể tạo ra cảm giác hợp tác.

Giúp mỗi bên hình thành lên góc nhìn mới và kiểm tra thực tế quan điểm từng bên là hai kỹ năng đặc biệt quan trọng mà hòa giải viên cần sử dụng khi đàm phán trở lên khó khan hơn.

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

Hình thành lên góc nhìn mới

Hòa giải viên thường giúp các bên nhìn tình hình từ các góc nhìn khác nhau để đạt được tiến bộ. Phần lớn chúng ta quen với lợi ích có được từ việc nhìn nhận một tình huống cụ thể từ các quanđiểm khác nhau; chúng ta thể hiện nó trong ngôn ngữ của chúng ta khi nói:

Xem cả hai mặt của lập luận

Nhìn lại chúng ta một cách khách quan

Đặt mình vào địa vị của người khác.

Để có được những thay đổi này về góc nhìn, các bên cần sử dụng trí tưởng tượng và trí tuệ để nhìn nhận tình huống như người khác nhìn chúng vậy. Khả năng làm thế theo cách có tính xây dựng có thể là chất xúc tác mạnh mẽ cho sự thay đổi. Hòa giải viên có thể giúp các bên nhìn thấy vấn đề, hoặc giải pháp từ cách nhìn của người khác và vì vậy tăng thêm hiểu biết của họ về nhu cầu cũng như áp lực của người khác qua đó có thể dẫn tới việc giải quyết vấn đề có tính hợp tác hơn. Một số hòa giải viên thậm chí còn sử dụng kỹ năng cho bên A ngồi vào ghế trước đo do bên B ngồi và sau đó hỏi bên A hình dung:

Bạn là bên B; bạn nhìn thấy bên A như thế nào?

Vấn đề gì làm bạn quan tâm nếu là B?

Nếu là B bạn giải thích sự kiện này ra sao?

Cách tốt nhất để thuyết phục họ đánh giá lại rủi ro là gì?

Dù không phải cố gắng sử dụng kỹ năng cụ thể này, nhưng còn rất nhiều cơ hội khác để giúp các bên nhìn thấy điều gì đó từ quan điểm của người khác:

Bạn nhìn thấy nhu cầu chính của họ là gì nếu chúng được giải quyết trong ngày hôm nay?

Cái gì là động lực cho họ? Áp lực nào, có phải là chính trị?

Họ phản ứng như nào trước đề nghị đó?

Một cách để khuyến khích chuyển động đó là giúp các bên đự đoán ranh giới đáy của bên kia, ví dụ hỏi bên A:

Nếu là bên B, điểm giới hạn của bạn là gì khi mà bạn rời cuộc hòa giải này mà không đạt được thỏa thuận?

Thông thường, bên A sẽ trả lời rất thực tế và qua đó hòa giải viên có thể đáp lại:

Nếu bạn đúng, bạn (bên A) có thể đáp ứng được điều đó?

Khi hòa giải viên làm theo kiểu này với cả hai bên, khả năng đột phá có thể xảy ra. Tất nhiên, các bên có thể cố ý đưa ra một con số hoàn toàn phi thực tếđể tái khẳng định lại vị thế của họ. Trong trường hợp đó, hòa giải viên cần phải tìm hiểu thêm hoặc tiến hành kiểm tra thực tiễn.

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

Để những kỹ thuật này có hiệu quả, cần phải có kỹ năng giao tiếp tốt, quản lý thời gian tốt, có khả năng trực giác và đánh gái tốt.

Kiểm tra thực tiễn

Kiểm tra thực tiễn là một hình thức thách thức; một kỹ năng đã được trình bày trong chương về "*các kỹ năng giao tiếp để hòa giải hiệu quả'*. Đặc biệt, kiểm tra thực tiễn có thể buộc hòa giải viên phải:

- Nêu lại cho các bên phát biểu về vị thế của họ và khuyến khích họ kiểm tra và đánh giá lại nó
- Xem xét lại đề nghị với một bên và hỏi xem nó sẽ được bên kia tiếp nhận như thế nào và liệu nó có giúp ích gì cho tiến bộ hay cản trở đàm phán
- Thảo luận về tính thực tế của đề xuất hòa giải thành với từng bên, các hàm ý của nó và liệu nó có thực hiện được nếu các bên thống nhất.
- Yêu cầu một bên đánh giá toàn bộ những rủi ro trong tương lai – ví dụ như thời gian, tiền bạc, danh tiếng, nếu tranh chấp không được giải quyết
- Giới thiệu cho các bên qua các giải pháp thay thế cho thỏa thuận hòa giải thành.

Điều này đòi hỏi có sự nhạy bén đặc biệt bởi nó có thể bị hiểu sai khi hòa giải viên thể hiện không đúng một quan điểm về vụ việc của một bên.

Các bên có thể cần sự khích lệ để xác định hoặc sửa đổi BATNA và WATNA (tình huống xấu nhất cho thỏa thuận hòa giải thành vì điều này sẽ giúp họ định hình các đề xuất cũng như đề xuất lại của mình và xác định cấp độ mà thỏa thuận hòa giải thành có thể có ý nghĩa đối với họ.

Không bao giờ được sử dụng việc kiểm tra thực tiễn làm chiến lược dọa nạt phải đạt được thỏa thuận hòa giải thành. Tuy nhiên, nó là công cụ quan trọng để giúp các bên xem xét lại những rủi ro đối với mình và trở lên linh hoạt hơn. Một loạt các câu hỏi mở được lựa chọn kỹ lưỡng là phương thức hiệu quả để kiểm tra thực tiễn.

Mức độ mà hòa giải viên cần tham gia đầy đủ vào việc kiểm tra thực tiễn sẽ rất khác nhau. Thường thì hòa giải viên chỉ đặt câu hỏi và gieo nhưng hạt giống nghi ngờ mà không cần tham gia chi tiết vào việc kiểm tra thực tiễn. Trong một số cuộc hòa giải, các bên tự mình kiểm tra thực tiễn và đánh giá lại rủi ro trong phòng riêng không có sự hiện diện của hòa giải viên và sẽ là sai lầm nếu ép các bên này nêu ra những điểm yếu trong vụ việc của họ và những lựa chọn không mấy hấp dẫn của việc hòa giải thành.

Gom gộp lại một gói thỏa thuận hòa giảivà ký thỏa thuận

Do không có gì có tính chất ràng buộc cho đến khi được làm bằng văn bản và được các bên ký, cho nên hòa giải viên phải sẵn sàng đối phó với những khó khăn phát sinh, ngay kể cả cuối của ngày hòa giải. Hòa giải viên có thể cần giúp các bên trở lại giai đoạn mặc cả và thậm chí là giai đoạn khám phá trước khi đạt được điểm cuối cùng.

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

3. Vượt qua những vấn đề phổ biến trong đàm phán

Biểu đồ dưới đây nêu một số lý do phổ biến tại sao đàm phán lại đổ vỡ và vạch ra một số kỹ thuật mà hòa giải viên có kỹ năng có thể sử dụng để vượt qua chúng.

Lý do đàm phán thất bại hoặc đổ vỡ	Cái mà hòa giải viên có thể bổ sung – kỹ thuật và cách tiếp cận
Kỹ năng đàm phán kém ở một hoặc các bên	- Huấn luyện đàm phán; giúp các bên, ví dụ như giúp gói gọn hoặc khuôn lại các đề xuất
Kỳ vọng phi thực tế hoặc đánh giá không thực tế về vụ việc của bên kia	- Bắt đầu làm việc "về nguyên tắc" thay vì cụ thể - Kiểm tra thực tiễn
Các vấn đề niềm tin hoặc nguyên tắc	- tập trung các bên vào xem xét thực tiễn
Cảm xúc, cái tôi, sự kiêu hãnh	- giữ thể diện - ghi nhận và cho không gian để thể hiện cảm xúc
Muốn trả thù	- Kiểm tra thực tế về tính thực tiễn hoặc cái giá của sự trả thù
Đổ vỡ lòng tin	- Bình thường hóa; đó là cái thường xảy ra khi tranh chấp - giúp các bên tìm sự đến các quan hệ về bảo hiểm, bảo đảm và các thỏa thuận khác
Thất bại trong giao tiếp	- tạo kênh để có sự liên lạc rõ ràng và an toàn - sử dụng quy trình để hỗ trợ trao đổi - huấn luyện các bên trao đổi như thế nào
Thiếu thông tin	- Thuyết phục các bên về lợi ích của việc trao đổi ít nhất là một vài thông tin

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

IX. Năng lực và thực tiễn tốt

Năng lực của hòa giải viên có hiệu quả

Trong suốt quá trình – trước, trong và sau ngày hòa giải- hòa giải viên cần chú ý tập trung vào mối quan hệ với các bên cũng như quản lý quy trình và làm việc với tất cả những người có mặt về nội dung của tranh chấp. Ba yếu tố này – quan hệ, quy trình và nội dung – bao hàm những năng lực chính đòi hỏi phải có ở hòa giải viên.

Chuẩn bị

Trong khi chuẩn bị, hòa giải viên phải:

Bắt đầu xây dựng mối quan hệ với các bên

- Gặp hoặc nói với tất cả các bên, thường là qua đại diện của họ
- Lắng nghe và ghi nhận những lo ngại ban đầu
- Làm rõ vai trò của hòa giải viên
- Làm cho các bên tin tưởng vào quy trình và hòa giải viên
- Hỗ trợ các bên trong việc sử dụng có hiệu quả cơ chế hòa giải

Đảm bảo rằng công tác chuẩn bị về kỹ thuật đã sẵn sàng

- Thống nhất về thiết kế của quy trình với các bên
- Thu xếp ngày, thời gian, địa điểm, phòng, bảng và các thiết bị khác
- Có được thỏa thuận về tiến hành hòa giải
- Kiểm tra xem những người có thẩm quyền phù hợp sẽ có mặt tại phiên hòa giải hoặc ít nhất là sẵn sàng đối với mỗi bên
- Trao đổi về vấn đề tài liệu và thu xếp việc trao đổi tài liệu giữa các bên
- Tiếp xúc với trợ lý hòa giải viên để thu xếp thời gian tới làm việc và vai trò của họ

Bắt đầu xử lý vấn đề và nội dung của tranh chấp

- Yêu cầu cung cấp thông tin về lịch sử đàm phán giữa các bên
- Đọc tóm tắt vụ việc và những tài liệu chứng minh
- Hỏi các bên về lịch trình giải quyết yêu cầu, chi phí, thời gian biểu trong tố tụng và phân tích rủi ro
- Thảo luận về việc làm văn bản cần thiết khi đạt được thỏa thuận hòa giải thành.

Trong khi hòa giải

Có sáu đầu việc về năng lực xác định một hòa giải viên có hiệu quả trong công tác và căn cứ vào những tiêu chí này những người tham gia được đánh giá để được cấp CEDR. Những đầu mục này tóm tắt bản chất của từng loại năng lực và được ghép đôi với nhau. Kỹ năng về quan hệ, kỹ năng về quy trình và làm việc với người khác và nội dung. Hòa giải viên sẽ sử dụng tất cả năng lực này trong suốt quá trình hòa giải. Nó có trong toàn bộ quy trình chứ không sắp đặt theo tuần tự. Mỗi

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

cặp gồm có năng lực tập trung về chi tiết và năng lực còn lại liên quan đến cái nhìn tổng quan hoặc bức tranh lớn hơn.

Mô tả chi tiết và ví dụ về những gì hòa giải viên có thể sẽ làm khi thể hiện năng lực nào được nêu dưới đây.

Tạo môi trường dẫn đến hòa giải

Tạo bối cảnh và tạo phong thái

- Truyền **năng lượng, sự nhiệt huyết** và tính cách nồng ấm
- Thể hiện sự **thư thái, nhạy bén** và tự tin
- Tận dụng tốt **môi trường vật chất**
- Quan tâm đến sự **thoải mái** và nhu cầu **của người thamgia**
- **Tạo động lực** cho các bên và đại diện tham gia

Tạo dựng sự tin tưởng và lòng tin

- Xác lập **thẩm quyền của hòa giải viên**
- **Giao tiếp với phong thái cởi mở và tự tin** cả về mặt lời nói và không lời
- Thể hiện **sự trung lập** qua việc **đối xử bình đẳng** với các bên và sử dụng ngôn ngữ không có tính phán xét
- Chuẩn bị tốt và thể hiện rằng mình **luôn sẵn sàng**
- Nhận thức được vấn đề phân biệt đối xử, bình đẳng và đa dạng và **quản lý** được sự mất **cân bằng về quyền**
- **Tháo ngòi những căng thẳng vô ích** và khai thác những căng thẳng có tính xây dựng
- Là **nhạy bén với sự năng động trong nhóm** và quản lý được mối quan hệ giữa các nhóm
- **Thích nghi** với cá nhân khác và **văn hóa** doanh nghiệp

Hình thành việc giao tiếp và tương tác với từng cá nhân người tham gia

- Thiết lập **quan hệ** nhanh chóng với các bên và những người khác có mặt
- **Khuyến khích các bên nói** và trình bày về cái họ đang vướng mắc thông qua việc sử dụng các câu hỏi mở và các kỹ năng giao tiếp khác
- **Chú ý lắng nghe**, nhắc lại, trình bày lại và phản ánh lại
- **Thể hiện hiểu biết** về tình huống của mỗi bên, quan điểm và cảm giác của họ về điều đó
- **Sử dụng việc im lặng** một cách tích cực và duy trì sự cân bằng về thời lượng giữa hòa giải viên và những người tham gia
- **Cho phép các bên thể hiện cảm xúc** để thúc đẩy tiến bộ
- Công nhận, tôn trọng và **hồi đáp** với những biểu hiện **cảm xúc**
- Sử dụng những hiểu biết về **ngôn ngữ cơ thể** của minh và của người khác để củng cố việc giao tiếp
- **Công nhận** ý nghĩa quan trọng của vấn đề đối với các bên
- Sử dụng khiếu **hài hước** một cách có hiệu quả

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

- Khuôn lại và **sử dụng ngôn ngữ một cách linh hoạt** để tác động tích cực tới người tham gia

Thiết lập và duy trì cơ cấu làm việc an toàn và hiệu quả

Nhận trách nhiệm đối với quy trình: các nguyên tắc

- **Giải thích vai trò**, trách nhiệm và **thủ tục** cho những người tham gia
- Thể hiện sự quen thuộc với các thủ tục, **cấu trúc, quy tắc nền tảng** và **trách nhiệm** trong quy trình hòa giải
- Tôn trọng và gìn giữ **tính bí mật**
- **Quản lý quy trình** một cách tự tin
- Giữ vai trò **chủ trì** trong suốt quy trình
- **Xử lý những thách thức** đối với quy trình hoặc hòa giải viên một cách bình tĩnh theo thẩm quyền
- Cảnh tỉnh với **các tình huống về đạo đức** và xử lý chúng một cách an toàn

Quản lý quy trình và tiến hành qua các giai đoạn của hòa giải

Nhận trách nhiệm đối với quy trình: các hoạt động thực tế

- **Khai mạc** hòa giải tốt
- **Thực hành quy trình** đầy đủ
- Chấp nhận những **bước đi đáp ứng nhu cầu** của các bên
- **Tóm tắt và kiểm tra** trước khi đi tiếp, đặc biệt là ở cuối của phiên họp riêng
- **Đưa ra quyết định** về **trình tự các sự kiện** và sử dụng các phiên họp riêng và chung phù hợp với quy trình
- **Chủ trì** các phiên họp chung theo cách thức **khuyến khích trao đổi có hiệu quả**
- **Quản lý sự chuyển đổi** giữa các phiên họp
- **Thông tin kịp thời cho tất cả những người tham dự** liên quan đến quy trình, đự tính và nêu những lựa chọn về quy trình
- Giúp những người tham dự **sử dụng thời gian có hiệu quả** bằng việc giao nhiệm vụ hoặc tạo ra các nhóm công tác
- **Ghi chép khi cần** một cách kín đáo
- Quản lý **thời gian** tốt
- Sử dụng **sự trợ giúp về hình ảnh** hoặc bảng một cách có chủ ý
- Quản lý các bước đi, năng lượng, cảm xúc của mình; dành thời gian để ngẫm nghĩ giữa các phiên họp

Hỗ trợ các bên trong việc tạo ra những giải pháp chấp nhận được

- **Tạo động lực cho các bên** và đại diện nhận **trách nhiệm** đối với **kết quả** của hòa giải và đưa **ra quyết định của mình**
- Cho phép **các bên xác định nội dung**

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

- **Để mở các lựa chọn,** tránh cam kết quá sớm đối với các giải pháp
- Tạo bầu không khí **giải quyết vấn đề một cách sáng tạo** và **chân trời giải quyết tranh chấp** trong tầm nhìn của mọi người
- Thiết lập **những căn cứ chung** và tìm ra cách thức thực tế để liên kết mục tiêu của các bên
- Giữ tỉnh táo và lựa chọn những lĩnh vực để xem xét sâu hơn – bao gồm các khía cạnh **về pháp lý, thương mại và cá nhân**
- Giúp các bên chuyển dịch từu việc nhấn mạnh quyền sang **tập trung vào lợi ích, ưu tiên và các lựa chọn** về giải pháp trong tương lai
- Hướng dẫn các bên dịch chuyển giữa việc quan tâm về chi tiết với hiểu biết về một bức tranh lớn hơn để hỗ trợ quy trình
- Sử dụng các câu hỏi giả định và các kỹ thuật khác mở rộng khả năng giải thỏa thuận quyết tranh chấp, bao gồm cả các yếu tố phi tài chính
- Cân nhắc đến những **đề xuất giải quyết tranh chấp trước đó.**
- Nhấn mạnh những **bài học từ nguyên nhân của tranh chấp** có thể ảnh hưởng đến các điều khoản thỏa thuận được đề xuất
- Sử dụng các chiến lược để **vượt qua bế tắc**
- Gộp lại các ý kiến thành một gói **thỏa thuận hòa giải thành mạc lạc**
- Giúp các bên nghĩ thấu đáo về các **tình tiết** và kiểm tra xem giải pháp đưa ra có thực hiện được không

Tạo động lực và tiến triển thông qua sự kết nối chủ động với người và nội dung

- Xác định và **thăm dò vấn đề**
- **Tìm hiểu các quan điểm** để có được sự hiểu biết về **lợi ích**, nhu cầu, niềm tin và những ưu tiên cốt yếu
- Tạo **cơ hội cho đối thoại** và **lưu chuyển thông tin** giữa các bên
- Quản lý việc **trao đổi thông tin** một cách chiến thuật để có hiệu quả tốt
- Sử dụng các loại **câu hỏi** để xử lý nội dung – **để hiểu, thăm dò và thách thức**
- Giúp các bên nhìn nhận tình huống từ **góc nhìn rộng hơn** bao gồm cả cách nhìn của bên kia
- Nắm lấy tín hiệu **bằng lời hoặc không bằng lời** để thúc đẩy sự tiến triển
- **Quản lý kỳ vọng của các bên**
- Làm việc tốt với các con số và giúp các bên hình thành lên **các đề xuất** có tác động tích cực
- Giúp người tham gia giữ thể diện cho họ và cho nhau
- Công nhận và làm việc với **phong cách**, chiến thuật **đàm phán** khác nhau và huấn luyện các bên đàm phán hiệu quả
- Khuyến khích các bên **đánh giá lại** vị thế của nhau và của chính họ
- Thách thức và **kiểm tra thực tiễn** để khuyến khích vận động trong khi đó vẫn giữa được niềm tin của các bên
- Giúp các bên **đánh giá lại rủi ro và lợi ích** của kết quả cụ thể nào đó, bao gồm cả việc không đạt được thỏa thuận

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

Sau hòa giải

Nếu chưa đạt được thỏa thuận hòa giải thành, hòa giải viên cần áp dụng tất cả năng lực nêu trên để tiếp tục làm việc với các bên. Hòa giải viên phải:

Duy trì quan hệ công việc với các bên

- Tiếp tục liên liên lạc với các bên
- Khuyến khích các bên giữ mối liên hệ
- Ghi nhận nỗ lực của các bên và tiến bộ đạt được
- Truyền năng lượng, tự tin và sự lạc quan hợp lý

Quản lý quy trình và đưa ra cấu trúc

- Có sự đồng ý rằng quy trình hòa giải vẫn để ngỏ
- Triệu tập lại nếu có yêu cầu hoặc nói với các bên vào thời điểm được thống nhất
- Cân nhắc quy trình giải quyết tranh chấp thay thế khác đối với những vấn đề còn tồn tại
- Tiếp tục làm việc vô tư và giữ tính bảo mật

Làm tiếp với phần nội dung tranh chấp

- Tóm tắt quan điểm hiện tại
- Thống nhất với các bên các nhiệm vụ hoặc các bước tiến hành tiếp theo
- Đề xuất ý tưởng sáng tạo để lấp đầy khoảng cách
- Hỗ trợ soạn thảo thỏa thuận nếu cần.

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

X. Trách nhiệm về đạo đức và pháp lý đối với hòa giải viên

Phần này sẽ tổng hợp những nguyên tắc đạo đức làm cơ sở cho hòa giải. Một số nguyên tắc đã được trình bày trong cuốn sổ tay này và một số được trao đổi lần đầu tiên ở đây. Có rất nhiều bộ quy tắc ứng xử đối với hòa giải viên trong đó điều chỉnh trách nhiệm pháp lý và trách nhiệm đạo đức của hòa giải viên, ví dụ Bộ quy tắc ứng xử mẫu do Nhóm Ngân hàng thế giới ban hành dành cho hòa giải viên và những người thứ ba trung lập trong đó cung cấp hướng dẫn rõ ràng về vai trò cũng như trách nhiệm của người trung lập.

Vai trò của hòa giải viên là vấn đề đặc quyền và nhạy cảm. Thẩm phán và trọng tài viên không thể nói riêng với từng bên trong quy trình xét xử bởi vì quy tắc công lý tự nhiên. Hòa giải viên thường dành thời gian với từng bên tách biệt và bí mật bằng điện thoại trước hoặc tại phòng riêng trong khi hòa giải. Thực tế, đây là cái để hòa giải viên có thể giúp các bên đạt được tiến triển. Điều này đòi hỏi các bên phải đặt niềm tin rất cao vào hòa giải viên và hòa giải viên lúc nào cũng phải cẩn trọng để đảm bảo tính bảo mật và đưa ra đánh giá cũng như quyết định vô tư trong khi quy trình diễn ra. Những hòa giải viên không thể hiện cái gì ngoài trách nhiệm đạo đức cao nhất khó có thể tìm ra sự ưu ái cho bên nào.

Liêm chính và trung thực

Liêm chính là một phẩm chất thiết yếu của hòa giải viên. Mặc dù rất khó có thể định nghĩa một cách cụ thể nó, nhưng các bên thì thấy rất rõ họ có nghĩ hòa giải viên làm việc với tinh thần liêm chính hay không. Hòa giải viên phải thể hiện sự liêm chính trong tất cả những vấn đề họ làm chứ không chỉ giả định rằng sự tin tưởng sẽ tất yếu đi liền với vai trò. Sự liêm chính không phải là cái mà có thể bật lên một cách có chủ ý mà hòa giải viên cần phải thấy rằng niềm tin của các bên vào hòa giải viên có thể bị tổn hại hoặc bị mất.

Trung thực khi làm việc với các bên cũng là yếu tố quan trọng. Các bên cần có thể tin tưởng rằng thông tin đó trao cho hòa giải viên một cách bí mật sẽ không bị tiết lộ cho phòng khác và tin rằng hòa giải viên, người đã từng nói rằng sự tin tưởng vào họ chưa bao giờ bị vi phạm. Điều này đặc biệt quan trọng, ví dụ như, nếu hòa giải viên nêu ra một điểm yếu của bên A với A và hứa không đưa nó cho bên B. Nếu B sau đó phát hiện ra điểm yếu và đề nghị hòa giải viên nói điều đó với A. A phải tin vào sự đảm bảo của hòa giải viên rằng điểm này không được tiết lộ cho B bởi hòa giải viên.

Sự cần thiết phải bảo vệ thông tin bí mật thường bị một bên thách thức trực tiếp, có thể không có chủ tâm, khi bên đó hỏi hòa giải viên liệu bên kia có đưa ra một chủ đề cụ thể nào đó hay không, hoặc có nên chấp nhận ít hơn so với hiện nay đang yêu cầu không. Đáp lại, hòa giải viên phải tìm cách bảo vệ sự bí mật về những thảo luật với bên kia mà không nói dối bên đang hỏi. Hòa giải viên không bao giờ nói dối hoặc lừa dối có chủ ý một bên. Nếu một bên thấy rằng hòa giải viên lừa dối bên kia họkhó có thể tin rằng hòa giải viên sẽ không lừa dối mình. Hòa giải viên bị phát hiện nói dối hoặc lừa dối một bên sẽ bị tổn hại danh tiếng và có thể không được tiếp tục tiến hành hòa giải.

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

Hòa giải viên cần xây dựng kỹ năng phản ứng trước những tình huống khó xử. Những câu trả lời chung chung như "vui lòng đừng ép tôi vì tôi không thể nói cho bạn" hoặc "cũng như tôi tôn trọng niềm tin của bạn, bạn cũng sẽ muốn tôi tôn trọng niềm tin của bên kia" hoặc "khi nào tôi có thể nói cho bạn nhiều hơn thì tôi sẽ nói" là những câu rất hữu ích.

Một thách thức nữa đối với hòa giải viên là rủi ro từ việc có vẻ như là câu kết với một bên, có lẽ qua việc sử dụng bất cẩn ngôn ngữ, ví dụ như dường như đứng về một bên hoặc thông cảm với một bên, thậm chí là việc sử dụng quá nhiều từ "chúng ta" khi cố gắng xây dựng mối quan hệ.

Cuối cùng, nếu hòa giải viên truyền tải những trình bày sai lệch về nội dung, cho dù vô ý, dẫn đến hòa giải thành, quy định thông thường về hợp đồng sẽ áp dụng; thỏa thuận đó sẽ đứng trước nguy cơ bị thách thức nếu vấn đề khai báo sai đó nảy sinh. Thêm vào đó, danh tiếng của hòa giải viên bị tổn hại trong con mắt của ít nhất một bên và có thể là cả hai. Điều này có nghĩa là hòa giải viên phải thật cẩn trọng về việc truyền tải đi những thừa nhận về tình tiết có vai trò quan trọng dẫn một bên tới chỗ đồng ý về các điều khoản. Nếu có nghi ngờ, hãy đề nghị bên đó trình bày trực tiếp thay vì nguy cơ cái trình bày sai đó lại được thêu dệt bởi vai trò của hòa giải viên trung lập. Những thừa nhận quan trọng như vậy về tình tiết cũng có thể được nêu trong phần thuật lại sự việc của thỏa thuận hòa giải thành để chứng minh căn cứ về tình tiết mà thỏa thuận hòa giải thành được xác lập đối với các bên và tòa án trong trường hợp có tranh cãi. Sự cần thiết phải có các biện pháp như vậy rất hiếm và thỏa thuận đạt được trong hòa giải rất hiếm khi bị thách thức và thường được thực thi như đã thỏa thuận.

Vô tư, trung lập và tránh xung đột về lợi ích

Những yêu cầu liên quan này là cốt yếu đối với hòa giải viên người luôn phải duy trì sự vô tư trong quan hệ với các bên, với quy trình, nội dung và cả kết quả. Ở giai đoạn đề cử, hòa giải viên phải ngay lập tức tuyên bố về khả năng có xung đột lợi ích mà một trong các bên có thể thấy. Việc chậm công bố có thể làm hỏng việc hòa giải, không được chào đón và đáng hổ thẹn. Biết về cá nhân một bên hoặc về mặt chuyên môn cũng cần được công bố hoặc có quan hệ kinh doanh với một công ty luật có liên quan cũng cần được thông tin. Thực tế, các bên hiếm khi đưa ra phản đối sau khi đã công bố thông tin này. Tuy nhiên, hòa giải viên cần chuẩn bị sẵn sàng rút lui nếu có phản đối được đưa ra.

Cũng có những xung đột cá nhân tiềm tang nhỏ hơn cần biết đến như: khả năng định kiến về cá nhân, chủng tộc hoặc giới tính. Điều này thể hiện những yêu cầu rất rộng đối với hòa giải viên phải có nhận thức cao, dự đoán được những xung đột có bản chất như vậy và điều chỉnh để tránh thể hiện hoặc tác động của sự định kiến hay thiên vị.

Ngay trong hòa giải, hòa giải viên cần được nhìn nhận là độc lập hoàn toàn liên quan đến vấn đề đang tranh chấp và đối xử với các bên một cách cân bằng. Về quy trình, hòa giải viên phải điều hành quy trình hòa giải theo cách cho phép tất cả các bên đều có cơ hội ngang bằng để góp phần và tham gia vào đàm phán. Về kết quả, hòa giải viên không được có lợi ích trong những gì được các bên thống nhất – tài chính, cá nhân hoặc những yếu tố khác. Hòa giải viên không bao giờ được cung cấp dịch vụ chuyên môn cho bất kỳ bên nào sau khi hòa giải: sự liên hệ duy nhất phù

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

hợp là làm hòa giải viên, đưa ra trợ giúp trong quá trình tiến hành đàm phán tiếp hoặc nếu có yêu cầu thì giúp đỡ thực thi các điều khoản hòa giải thành.

Tính vô tư và trung lập cũng đòi hỏi hòa giải viên phải tách rời lợi ích, sự kiêu hãnh về nghề nghiệp hay mong muốn được thừa nhận của mình với việc có hay không có thỏa thuận hòa giải thành. Sẽ là không phù hợp cho hòa giải viên khi sử dụng áp lực đối với các bên để hòa giải thành vì nếu không nó sẽ thể hiện điểm không tốt lên hòa giải viên. Thực tế, cách tiếp cận này có thể phản tác dụng. Hòa giải viên cần mạnh mẽ trong việc khuyến khích các bên cân nhắc thỏa thuận hòa giải ngay cả khi sử dụng một chút áp lực khi các bên dường như không tự nguyện hoặc bế tắc. Tuy nhiên, điều này luôn phải được thực hiện từ góc độ trung lập và tôn trọng, tức là để cho các bên tự do đưa ra lựa chọn của mình, bao gồm cả việc quyết định không thỏa thuận hòa giải.

Tính trung lập có thể bị tổn hại do kiểm tra thực tiễn quá nhiệt tình nếu một bên nhận thấy rằng mình bị loại ra, bị thách thức một cách sai lầm hoặc khắc nghiệt. Để giảm thiểu sự bực bội hoặc hiểu lầm trong tương lai, một số hòa giải viên nói với tất cả các bên tại phiên họp khai mạc rằng việc kiểm tra thực tiễn của hòa giải viên với từng bên trong phòng riêng là một phần thông thường của quy trình.

Về góc độ hòa giải viên thăm dò và thách thức quan điểm của một bên về vấn đề bất kỳ, điều này phải được tiến hành một cách vô tư và vì lợi ích của bên đó khi đánh giá và đánh giá lại rủi ro của mình. Sẽ là phi đạo đức khi hòa giải viên kích bên này chống bên kia, ví dụ như cố gắng tiếp xúc với từng bên và thuyết phục cả hai bên rằng họ không có khả năng thực tế để thắng kiện.

Xử lý sự mất cân bằng về quyền và địa vị

Một bên đôi khi cảm thấy bị bất lợi ngay cả khi có người đại diện, ví dụ khi một cá nhân kiện một tập đoàn lớn hoặc một bị đơn được bảo hiểm (và vì vậy cuối cùng là cơ quan bảo hiểm). Hòa giải viên cần nhạy bén với nhận thức của bất kỳ bên nào về việc không cân bằng về quyền lực và làm việc với họ để khuyến khích sự tham gia bình đẳng, và nhớ rằng bản thân quy trình này bị đơn lớn sẽ tham gia dưới lốt của hai hai ba người với thẩm quyền giải quyết tranh chấp.

Nếu một bên tham gia hòa giải mà không có cố vấn và bên kia có người đại diện, hòa giải viên vẫn phải cảnh giác với rủi ro về sự trung lập và tiến hành hòa giải một cách cẩn thận nhất. Khi một bên không có đại diện và cũng không phải là người chơi sành sỏi trong tranh chấp, thì sự thiếu vắng những người tư vấn có thể dẫn đến một kết quả "bất công". Ngoài ra, áp lực có thể tăng dần lên hòa giải viên khi bị nhấn sâu vào vai trò đưa ra lời khuyên cho bên không có đại diện. Điều này cần phải được ngăn chặn, nếu có thể, bằng việc trao đổi với cả hai bên trước khi hòa giải. Bên không có đại diện cần được khuyến khích có đại điện, có thể là thông qua cơ chế đại diện chuyên nghiệp miễn phí, hoặc được bên kia trong tranh chấp hỗ trợ tài chính nếu chi phí là vấn đề ở đây. Có thể là một cố vấn hỗ trợ cho bên đó qua điện thoại. Nếu một bên khăng khăng không cần có đại diện pháp lý, thì những khó khăn đối với họ khi tham gia hòa giải cần được nêu rõ.

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

Hòa giải viên cần thảo luận những vấn đề này trước ngày hòa giải với bất kỳ bên nào có kế hoạch tham gia mà không có người đại diện. Tất cả các bên cần biết trước ngày hòa giải rằng ai sẽ tham dự về phía mỗi bên và những tác động đối với bên kia không có người đại diện cũng cần được thảo luận với cố vấn pháp lý bởi họ không hài lòng nếu thỏa thuận được ký và sau đó bị thách thức bởi bên không có người đại diện vì lý do bị áp đặt.

Hành vi phạm tội và sự đe dọa đến an toàn

Rất hiếm có trường hợp hòa giải viên gặp các đề xuất hoặc hành vi làm nảy sinh nghi ngờ về tính phi pháp hoặc thậm chí đến mức bị coi là vi phạm pháp luật. Nếu nó xảy ra thì có thể ảnh hưởng đến nghĩa vụ của hòa giải viên đối với các bên là phải giữ bí mật.

Ban đầu, hòa giải viên có thể thách thức hành vi bị coi là phi pháp bằng việc kiểm tra thực tế đối với mong muốn thực hiện hành vi đó và đề nghị một hoặc các bên đưa ra điều đó sử dụng phương pháp giải quyết thay thế khác. Ví dụ, một thỏa thuận khung theo đề xuất có thể không chỉ liên quan đến việc tránh thuế mà có thể còn là trốn thuế. Nếu thực sự quan ngại, hòa giải viên có thể tham vấn tổ chức bảo hộ cho hoạt động trọng tài hoặc nếu hoạt động với tư cách cá nhân thì tham vấn với đồng nghiệp làm trọng tài hoặc chuyên gia tư vấn. Cuối cùng, hòa giải viên có thể quyết định rút khỏi hòa giải. Cả Luật mẫu về thủ tục hòa giải và Bộ quy tắc ứng xử đều có các quy định cụ tểh về việc hòa giải viên rút lui khỏi hoạt động hòa giải. Trong những trường hợp cụ thể, các quy định này cho phép hòa giải viên không phải có nghĩa vụ giữ bí mật nữa, như trong những vụ việc có liên quan đến vấn đề an ninh công cộng và những hiểm họa nghiêm trọng đối với đời sống. Những cảnh báo thẳng thắn trong nghĩa vụ của hòa giải viên phải do hòa giải viên đưa ra đối với một hoặc các bên có trách nhiệm đối với kết quả.

Hòa giải viên nên yêu cầu có lời khuyên nếu những trường hợp này phát sinh. Rất tiếc là những trường hợp này rất hiếm.

Khả năng buộc hòa giải viên làm nhân chứng

Việc bảo vệ hòa giải viên không bị buộc phải đưa ra chứng cứ phát sinh từ thỏa thuận hòa giải trong đó các bên thường thống nhất không mời hòa giải viên tham gia trong bất kỳ thủ tục nào sau đó. Đến nay, chưa có hòa giải viên nào thực sự xuất trình chứng cứ tại bất kỳ tòa án nào của Anh và xứ Wale về những vấn đề xảy ra trong hòa giải mặc dù thẩm phán trong một trường hợp đã cho phép ban hành quyết định triệu tập nhân chứng nhưng sau đó nguyên đơn rút yêu cầu. Thẩm phán thường không sẵn sàng cho phép hòa giải viên được triệu tập với tư cách là nhân chứng bởi điều này có thể gây ảnh hưởng đến cách nhìn nhận về tính trung lập của cả hòa giải viên và quy trình hòa giải. Tuy nhiên, họ vẫn bị buộc làm nhân chứng ở một số còn ở những nước khác họ được hưởng tư cách miễn trừ không bị triệu tập.

Một số cơ quan nhất định như cơ quan ngân khố và hải quan, thanh lý viên hoặc quản tài viên trong các vụ việc phá sản được chỉ định hợp pháp có thể buộc tiết lộ thông tin trong những trường hợp cụ thể. Mặc dù thỏa thuận hòa giải mẫu và thủ tục hòa giải mẫu bảo vệ hòa giải viên khỏi việc bị cho là vi phạm tính bảo mật theo hợp đồngkhi bị ép buộc bằng việc sửa đổi luật để

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

cho phép thông tin cho những cơ quan đó, thì bản năng của hòa giải viên là phải từ chối ngay từ đầu khi bị yêu cầu và sau đó, như nói ở trên, có thể xin ý kiến tham vấn của tổ chức quản lý hoạt động hòa giải hoặc nếu làm việc với tư cách cá nhân thì có thể tham vấn đồng nghiệp làm công tác hòa giải hoặc chuyên gia.

Sơ xuất của hòa giải viên và việc vi phạm hợp đồng

Không có gì trong vài trò của hòa giải viên cho thấy rằng họ được miễn trừ không bị kiện. Mặc dù thỏa thuận tiến hành hòa giải cố gắng hạn chế trách nhiệm đối với các vấn đề hòa giải viên thực hiện hành vi gian lận hoặc hành vi sai trái một cách cố ý, nhưng vẫn có nghi ngờ về việc liệu sự miễn trừ đó có hiệu lực hay không. Đáng tiếc là phạm vi của yêu cầu đó còn thấp hơn là trong các nghề có việc cung cấp cho khách hàng những lời khuyên. Hòa giải viên có hành vi do cẩu thả hoặc vi phạm điều khoản của thỏa thuận tiến hành hòa giải về mặt lý thuyết có thể bị kiện kể cả khi nguyên đơn phải thể hiện rõ thiệt hại phải đếm được. Trong thực tiễn tại Vương quốc Anh đến nay thì chưa hòa giải viên nào bị kiện. Hòa giải viên cung cấp lời khuyên hoặc chịu trách nhiệm đối với lời lẽ hoặc nội dung của thỏa thuận hòa giải thành (thể hiện ở cả việc nó chứa đựng hoặc nó quên) hoàn toàn có khả năng bị kiện và cố vấn của các bên chính là người cần phải nhận trách nhiệm đối với các hành vi đó.

Hòa giải viên phải luôn có bảo hiểm nghề nghiệp phù hợp.

Rút khỏi hòa giải

Cả luật mẫu về thủ tục hòa giải và Bộ quy tắc ứng xử đề quy định khi nào thì hòa giải viên có thể hoặc phải rút lui khỏi hòa giải. Mặc dù hiếm khi hòa giải viên phải cân nhắc việc rút lui, nhưng nếu bạn ở trong hoàn cảnh đó thì hãy nhớ như sau:

- Tìm kiếm cách tiếp cận thay thế có thể tháo ngòi hoặc trả lời về vấn đề đạo đức
- Tiếp tục hoạt động hòa giải cho đến khi bạn chắc chắn là không còn cách nào khác
- Tham vấn với tổ chức bảo họ cho hoạt động trọng tài diễn ra hoặc chuyên gia, đặc biệt khi liên quan đến vấn đề rửa tiền
- Giải thích cho các bên lý do bạn rút khỏi hòa giải mà không vi phạm yêu cầu bảo mật

Một số việc cần làm và không cần làm để hòa giải hiệu quả

Dưới đây là danh sách những việc cần làm và không cần làm như là những gợi ý, làm nổi bật và củng cố những hướng dẫn thực tiễn trong cuốn sổ tay này.

Một số việc cần làm

- Niềm tin vào quy trình và tôn trọng con người, truyền tải thông điệp này đến tất cả mọi người mà bạn làm việc cùng
- Tiếp xúc với các bên hoặc luật sư của họ trước khi hòa giải để bắt đầu mối quan hệ và quy trình trên một nền tảng vững chắc
- Cho thấy rằng bạn đã đọc các tài liệu và chuẩn bị tốt

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

- Chuẩn bị phát biểu khai mạc của hòa giải viên trong đó có phần giới thiệu, vai trò của hòa giải viên, các nguyên tắc hòa giải mà mọi người đã đồng ý, và sơ bộ về quy trình và cách sử dụng ngày hòa giải. Cần ngắn gọn, tự tin, tích cực, đáp ứng được bất kỳ câu hỏi nào và nhu cầu của các bên
- Thể hiện sự thấu hiểu, xây dựng quan hệ, củng cố tính trung lập và áp dụng như nhau đối với mỗi bên
- Khuyến khích các bên đưa ra lời khai mạc hiệu quả. Đây là cơ hội để tăng cường hiểu biets của bên kia và bắt đầu thuyết phục họ thay đổi nhận thức
- Dành thời gian làm rõ vấn đề tranh chấp. Điều này làm các bên tập trung vào những khía cạnh chính và cắt bỏ những chi tiết không cần thiết
- Hướng tới tạo dựng đối thoại với các bên thay vì phỏng vấn, thẩm vấn hay điều tra
- Ghi nhận cảm xúc và cho phép bộc lộ cảm xúc kể cả tại phiên họp chung. Nếu điều này có hại hoặc bị lợi dụng, thì chuyển sang gặp riêng
- Khuyến khích mọi người có mặt đóng góp, có thể mời những người tham ít nói hơn phát biểu
- Kiểm tra xem trước đó họ đã có đề xuất hòa giải thành chưa. Điều này đôi khi, nhưng không phải luôn luôn, là điểm khởi đầu cho đàm phán và có thể tránh được sự giận dữ và tốn thời gian
- Kiên nhẫn: hãy để các bên sở hữu vấn đề và giải pháp. Cho họ thời gian để điều chỉnh, đánh giá lại và có bước đi phù hợp
- Linh hoạt, biến đổi hình thức, tốn thời gian, đi theo những tín hiệu và manh mối, và thảo luận về sự không nhất quan hiện hữu
- Lắng nghe nhiều
- Xây dựng và duy trì động lực. Cố giữ phiên họp ngắn, có mục đích, dành một vài vấn đề cho phiên họp tiếp theo và nếu có thể giao nhiệm vụ cho các bên làm việc với nhau mà không có mặt bạn
- Dẫn dắt mình và dẫn dắt các bên
- Khuyến khích các bên nói với nhau trực tiếp. Bạn không phải là người chạy qua chạy lại và bạn muốn tránh việc trở thành người đưa thư
- Thách thức quan điểm và đề xuất. Che giấu mình đằng sau hòa giải viên có thể cho phép một bên áp dụng quan điểm hiếu chiến hoặc đưa ra yêu cầu hoặc đề xuất phi lý. Thử hỏi rằng bạn có sẵn sàng hỏi bên kia câu hỏi trực tiếp hay không?
- Ghi nhận rằng nhiều cuộc hòa giải có những điểm thất vọng khi thỏa thuận hòa giải thành có vẻ như không thể; hòa giải viên cần giúp các bên tiếp tục làm việc và cố gắng thử cách khác để có sự tiến triển
- Giữ năng lượng; giải lao và ăn chút gì đó; chăm sóc mình và các bên
- Dành thời gian và sự kiên nhẫn trong giai đoạn dự thảo thỏa thuận. Thường vẫn có những vấn đề phát sinh trong giai đoạn soạn thảo cần phải giải quyết
- Để ngỏ cửa nếu hòa giải không đạt được thỏa thuận. Lên kế hoạch cho bước tiếp theo, đề xuất một ngày khác hoặc thống nhất sẽ liên lạc bằng điện thoại.

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

Bạn cũng có thể có những việc phải làm và bổ sung vào danh sách này.

Những việc không làm

- Đừng bối rối, hoặc nếu có thì đừng để thể hiển a điều đó. Hòa giải viên cần chấp nhận, linh hoạt, đáp ứng nhanh, đương đầu với bất kỳ thứ gì xảy ra cho dù là bất thường hay không dự tính tới
- Đừng đắm chìm với các chi tiết trong thời gian chuẩn bị cũng như trong ngày hòa giải
- Đừng có như là thẩm phán hay trọng tài viên hoặc để các bên đối xử với bạn như vậy. Không đối chất các bên hoặc cố vấn của họ; không thể hiện trong lời nói hoặc trong việc làm rằng bạn sẽ đưa ra ý kiến hoặc sự đánh giá
- Không ghi chép quá nhiều; bạn mất tiếp xúc bằng ánh mắt và có thể bỏ qua những giao tiếp quan trọng
- Không đưa ra giả định về các bên, về nguyên nhân, về nội dung hoặc về sự công bằng
- Không chỉ trích vệc chuẩn bị, trình bày hoặc đàm phán không tốt của các bên
- Không xen ngang
- Khôi hỏi câu hỏi thể hiện rằng bạn ủng hộ lập luận hoặc quan điểm của một bên
- Không đưa ra định kiến hoặc các ý kiến của bạn bằng cách cư xử của bạn hoặc cách bạn đặt câu hỏi. Hãy tiến hành trực tiếp khi thách thức và kiểm tra thực tế
- Không áp đặt giải pháp của bạn ngay cả khi bạn nhìn thấy điều đó sớm và tin rằng nó có thể thực hiện được
- Đừng hỏi về “ranh giới đáy” – và đừng có ngờ nghệch tin vào “ranh giới đáy” được tuyên bố
- Đừng đẩy một bên hoặc cho phép họ đẩy mình vào góc tường mà không có lối thoát
- Không từ bỏ. Sự bền bỉ sẽ được đền đáp, đôi khi cả trong trường hợp hiếm khi xảy ra
- Không ép các bên đạt được thỏa thuận hòa giải thành nếu lý do là để duy trì thành tích cá nhân của bạn
- Đừng có quá khắt khe đối với bạn nếu hòa giải không thành.

Bạn cũng có thể có những vấn đề cần làm của riêng mình để bổ sung vào danh sách.

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

XI. Thuyết phục các bên tiến hành hòa giải

Khi đã được đào tạo làm hòa giải viên bạn sẽ bị thuyết phục về lợi ích của quy trình trong giải quyết tranh chấp. Tuy nhiên, thường ở những nước mà hòa giải đang phát triển thì hòa giải viên có thể tham gia nói với các bên về việc hòa giải có phù hợp cho vụ việc của họhay không và có thể có ý kiến phản đối. Chương này sẽ trình bày một vài trong số những vấn đề này để hỗ trợ hòa giải viên trong các cuộc trao đổi.

Phạm vi kinh nghiệm trong ADR và tương thích với các vụ việc

Hiện nay có rất ít lĩnh vực pháp luật và thực tế mà hòa giải không được sử dụng để giải quyết tranh chấp. Hòa giải viên thường giải quyết các tranh chấp trong các lĩnh vực sau:

- Nông nghiệp
- Mâu thuẫn trong ban giám đốc
- Lĩnh vực từ thiện
- Hợ đồng thương mai
- Xây lắp
- Mua bán doanh nghiệp
- Tranh chấp lao động
- Năng lượng/ dầu mỏ và khí đốt
- Môi trường
- Dịch vụ tài chính và bảo hiểm
- Lương thực và bán lẻ
- Lừa đảo
- Hợp đồng chính phủ
- Công nghệ thông tin và viễn thông
- Sở hữu trí tuệ
- Tranh chấp quốc tế/xuyên biên giới
- Hàng hải
- Công nghiệp truyền thông và giải trí
- Thương tích con người
- Kế hoạch
- Sơ xuất trong hành nghề
- Điều hành
- Tranh chấp cổ đông và công việc gia đình
- Tranh chấp thể thao
- Hợp đồng cung cấp và phân phối
- Vận tải
- Liên doanh

Hòa giải thành công được sử dụng giải quyết các tranh chấp:

- Trước khi tiến hành thủ tục tố tụng
- Trong bất kỳ giai đoạn nào của tố tụng
- Trong khi diễn ra phiên tòa và trong khoảng thời gian từ lúc kết thúc phiên tòa đến khi bản án án được ban hành
- Trong quá trình phúc thẩm
- Khi có tranh chấp về bằng chứng pháp luật, tình tiết hoặc ý kiến
- Khi trách nhiệm và/hoặc việc tạo ra kết quả có tranh chấp
- Khi có cáo buộc về gian lận
- Khi một bên trong nhóm phapslys phản đối
- Khi có liên quan đến lợi ích của trẻ em và cha mẹ
- Trong vụ kiện nhóm có nhiều nguyên đơn hoặc bị đơn
- Liên quan đến tranh chấp nhiều triệu đô hoặc không liên quan đến tiền
- Khi các bên đã bắt đầu phân cực.

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

Các vụ việc đôi khi được cho là không phù hợp để hòa giải bao gồm:

- Khi **án lệ** yêu cầu một bên hoặc cả hai bên- mặc dù hòa giải có thể được sử dụng khi các bên muốn tránh tiền lệ xấu
- Khi cần một **quyết định buộc tuân thủ**, như quyết định khám xét và phong tỏa hoặc lệnh cấm – mặc dù hòa giải có thể giúp giải quyết phần còn lại của vụ kiện và xét xử bằng thủ tục tố tụng có liên quan đến lệnh buộc tuân thủ
- Khi **bản án giản lược** có thể được ban hành – mặc dù hòa giải có thể giúp trong trường hợp khó ban hành quyết định hoặc thực tế bị từ chốihoặc đang quyết định việc áp dụng là không cần thiết
- Khi**đàm phán đang tiến hành thuận lợi** – mặc dù hòa giải có thể thúc đẩy đàm phán hoặc cho phép một bên vượt qua rào cản nếu nó phát sinh hoặc đảm bảo cho một bên về "ngày tại tòa"
- Khi **chủ động yêu cầu công khai** – mặc dù hòa giải có thể đi đến việc công khai kết quả nếu các bên đồng ý.

Không có giả định hoặc khẳng định dễ dàng nào có thể đưa ra về việc một vụ việc nào đó có phù hợp để hòa giải hay không. Tốt nhất là giả định rằng **về thực tiễn, mọi vụ việc đều có thể phù hợp để hòa giải tại một thời điểm nào đó trong chu trình tồn tại của nó** và **câu hỏi phù hợp đặt ra không phải là *"nó có phù hợp không* mà là *"nó có sẵn sàng không?"***

Thời gian hòa giải

Lý tưởng nhất là mỗi bên cần có đủ thông tin vào cuối ngày hòa giải để đưa ra đánh giá có căn cứ về việc liệu điều khoản thỏa thuận hòa giải thành được đề xuất có hợp lý không. Tuy nhiên, điều này không có nghĩa là hoàn tất các giai đoạn trước phiên tòa trước khi tiến hành hòa giải. Một trong những tác động của nó là việc có được sự trao đổi thông tin hiệu quả cả về tình tiết và ý kiến. Trong những vụ việc phức tạp, không thể đánh giá rủi ro của vụ việc một cách phù hợp cho đến khi sau khi tiết lộ và trao đổi chứng cứ. Nhưng nó phải tốn rất nhiều chi phí để hoàn tất các giai đoạn này và luật sư có thể được hỏi ở giai đoạn sớm rằng liệu một đánh giá đầy đủ và tin cậy có phải là bất khả thi trước đó hay không.

Thậm chí quy trình hòa giải không thể giải quyết sớm tất cả các vân đề. Sự can thiệp sớm của người trung lập hoặc hòa giải viên có thể làm việc lên kế hoạch được phù hợp hơn và thỏa thuận được về thời gian cho hoạt động hòa giải tiến hành sau đó hoặc thu hẹp các vấn đề, đối vowishoaf giải hoặc quy trình ADR khác. Việc thiết kế quy trình cũng là một lĩnh vực quen thuộc đối với hòa giải viên và nhà cung cấp dịch vụ hòa giải trong những vụ việc phức tạp nhiều bên trong đó rất cần sớm đưa ra hòa giải.

Khi xử lý vấn đề thời gian, các thẩm phán có thể có những quan điểm như:

- Để hòa giải thành công thì nó cần được xem xét và thường là có tính khả thi trước khi thủ tục tố tụng được tiến hành. Ở Vương quốc Anh và các nước khác, việc cân nhắc có tiến

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

hành hòa giải hay không đòi hỏi phải theo nhiều quy trình về thủ tục tiền tố tụng và Chỉ thị thực tiễn.

- Khi yêu cầu ban hành **bản án giản lược** hoặc biện pháp tạm thời không được chấp nhận, đó có thể là lúc đưa ra hướng dẫn về khả năng sử dụng hòa giải.
- Việc sử dụng ADR thường được xem xét trong giai đoạn **quản lý vụ án** khi xét thấy có sự phù hợp của vụ án với thủ tục hòa giải, trừ trường hợp cho thấy ngược lại: các bên thừa nhận rằng quá sớm để ước lượng về tính hợp lý của chi phí cần thiết để đạt tới điểm theo quả quyết của luật sư là cần thiết để đánh giá rủi ro một cách có hiệu quả
- **Đánh giá về việc chuẩn bị trước phiên tòa** không phải là quá muộn để hòa giải. Có thể tiết kiệm được chi phí đáng kể qua hòa giải vụ kiện phức tạp trước khi công tác chuẩn bị cho phiên tòa cuối cùng được hoàn tất và bản tóm lược về vụ việc đã được chuyển đi. Hòa giải tại tòa rất tốn kém nguồn lực. Bất kỳ vụ việc nào tới thời điểm đó đều có thể giải quyết bằng thỏa thuận trong hòa giải trước đó mà không làm lãng thời gian và chi phí.
- **Lợi ích về chi phí của hòa giải** cần được kiểm chứng về tỷ lệ, đặc biệt là giai đoạn cuối của tranh tụng: những vụ án có giá trị thấp nhưng chi phí cao cần được hòa giải trước và thẩm phán có thể trách các bên đã để quá muộn mới đề xuất hòa giải.
- Về trừng phạt đối với **thỏa thuận tại tòa** thay vì hòa giải, khi mà việc giải quyết tại tòa được báo cáo cho Thẩm phán nhưng không có một thỏa thuận nào về tòan bộ hoặc một phần chi phí cho đến phiên tòa, không có quyết định nào về chi phí là quyết định phù hợp.
- Nếu có một vấn đề đang được phúc thẩm khi có yêu cầu cho phép (có thể là từ thẩm phán sơ thẩm hoặc tòa phúc thẩm), hòa giải có thể vẫn là một lựa chọn: nhiều kháng cáo bị thỏa hiệp mà không mở phiên tòa, và hòa giải được đặt đúng chỗ để hỗ trợ việc giải quyết vụ việc.

Phản đối ngược lại và đánh giá sự phù hợp

Một số lý do không hợp lý từ chối việc hòa giải gồm:

- Một bên cho rằng vụ việc của ho có cơ sở vững chắc và của người khác thì chẳng có căn cứ gì
- Yêu cầu đã bị từ chối
- Có liên quan đến danh tiếng của một chức danh nghề nghiệp
- Đã mất nhiều chi phí

Nhiều án lệ nêu rõ rằng từ chối hòa giải chỉ có thể chấp nhận được nếu, nhìn nhận khách quan, hòa giải sẽ không mang lại triển vọng thành công. Từ chối hòa giải được coi là chiến lược có tính rủi ro cao nhìn từ góc độ cách thức hòa giải quản lý việc giải quyết các vụ án phức tạp.

- **Vụ việc dựa trên vấn đề pháp lý**

  Vấn đề pháp lý (và thủ tục) là đặc trưng phổ biến trong hầu hết các vụ kiện. 95% các vụ như này được hòa giải thành. Những cân nhắc về mặtthương mại là cơ sở của nhiều của nhiều vụ án và hòa giải có thể giúp tập trung vào những vấn đề này và còn giúp các bên xem xét lại những rủi ro thắng kiện trong tranh tụng hoặc không phải tập trung vào vấn

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

đề pháp lý (hoặc tình tiết).

- **Các bên còn cách biệt quá xa để có thể hòa giải thành**

  Vẫn có 95% cơ hội để hòa giải thành trước phiên tòa. Hòa giải mang đến sự tập trung sớm vào những quan điểm này và sớm đi đến giải quyết tranh chấp bằng hòa giải. Hòa giải viên thường khép lại những khoảng cách dường như không thể hàn gắn.

- **Đó là yêu cầu của nhiều bên trong tố tụng nhóm**

  Hòa giải có thành tích đặc biệt lớn khi giải quyết các vụ án liên quan đến nhiều bên. Việc tham vấn sớm và được thiết kế bởi hòa giải viên hoặc nhà cung cấp dịch vụ hòa giải có kinh nghiệm là yêu cầu quan trọng đối với các vụ án như này.

- **Vụ việc liên quan đến cáo buộc lừa dối**

  Chỉ có một số rất nhỏ các vụ việc có liên quan đến cáo buộc lừa dối phải ra tòa – phần lớn được hòa giải thành công và phiên tòa về cáo buộc đó có thể có rủi ro cho cả người khởi kiện và người bị kiện. Nhiều vụ đã được hòa giải thành công.

- **Hòa giải sẽ tạo ra sự chậm trễ không thể chấp nhận**

  Nó được thiết lập rất nhanh và việc tiếp tục hay không không quan trọng.

- **Hòa giải không bổ sung thêm gì vào cuộc đàm phán giữa luật sư và luật sư**

  Nhiều cuộc hòa giải thành công kế tiếp sau sự thất bại của đàm phán giữa luật sư và luật sư và nếu điều này phát sinh tại tòa án, người ta thường đặt câu hỏi tại sao cho đếnnay nó không được kế tục. Việc đưa người đứng đầu đến bàn hầu hết là bắt buộc để có thể nhanh hơn, rẻ hơn so với đàm phán qua trung gian cũng nhưtrao vị trí trung tâm và kiểm soátcho các bên và cơ hội để trao đổi trực tiếp trong một môi trường an toàn. Nếu các bên cố giữ vị trí cố thủ, sự độc lập của hào giải viên sẽ cần thiết đối với họ để đưa ra đánh giá khách quan về việc lợi ích tốt nhất của các bên nằm ở đâu.

- **Chúng tôi không gợi ý hòa giải vì nó là biểu hiện của sự yếu kém**

  Nếu một thẩm phán đề xuất hoặc khuyến nghị hòa giải, thỏa thuận tiến hành hòa giải không phải là biểu hiện của sự yếu kém.

- **Hòa giải tước của các bên quyền quy định tại Điều 6 ECHR, đó là quyền có phiên tòa công khai**

  Liên tục tham gia vào hòa giải một khi nó đã bắt đầu là hành vi hoàn toàn tự nguyện. Nếu cần mở phiên tòa, bất kỳ bên nào cũng có thể lựa chọn quay trở lại với quy trình tranh tụng mà không sợ bị phạt. Việc tuân thủ hướng dẫn hoặc khuyến nghị về hòa giải không phải là sự vi phạm Điều 6 mà là sự tuân thủ với thủ tục trước khi khởi kiện.

- **Hòa giải sẽ tăng chi phí**

  Hòa giải mà không giải quyết được tranh chấp có thể làm tăng chi phí. Nhưng khi so sánh với chi phí của phiên tòa đầy đủ, chi phí hòa giải sẽ không nhiều, đặc biệt bởi vì tóm tắt vụ việc thường có xu hướng chính xác, rất ít tài liệu cốt lõi được sử dụng và nhóm nhỏ sẽ tham dự. Để tòa án cân nhắc đề xuất hòa giải, các bên trong vụ kiện có thể cố thủ với

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

quan điểm của mình mặc dù có thể phải đối mặt với rủi ro chi phí rất cao. Hầu hết công tác chuẩn bị cho hòa giải cũng có đòi hỏi như đối với việc chuẩn bị chothảo luận về giải quyết tranh chấp hoặc phiên tòa. Hòa giải không thành luôn thu hẹp khoảng cách và các vấn đề, tiết kiệm thời gian và chi phí sau này. Hòa giải viên và nhà cung cấp dịch vụ hòa giải có kinh nghiệm có thể thiết kiế những quy trình vừa kinh tế lại vừa đáp ứng nhu cầu của các bên.

1. Thuyết phục các bên là doanh nghiệp

Bối cảnh

Truyền thống, khi đối mặt với tranh chấp, nhiều cán bộ điều hành bằng lòng, đôi khi rất vui mừng 'chuyển chúng cho các luật sư'. Thật không may, hệ thống pháp lý thường không đem lại những kết quả kịp thời, tiết kiệm chi phí hoặc khôn ngoan. Chịu quá nhiều áp lực thời gian, luật sư nội bộ thường chơi trò 'chuyển hàng', lần này là ra các luật sư bên ngoài. Các nhà quản lý cũng tình cờ bị hút vào xung đột khi chúng leo thang theo thủ tục tố tụng, tiến đến qui trình quản lý vụ kiện trong hệ thống pháp lý.

Cách thức tiếp cận quản lý xung đột này không còn thích hợp với các tổ chức hiện đại.Doanh nghiệp và nhà quản lý đang bị soi xét kỹ càng hơn từ góc độ trách nhiệm giải trình của họ về hiệu quả và hiệu xuất quản lý rủi ro và các mối quan hệ, trong tối ưu hóa giá trị tạo ra từ tất cả các khía cạnh kinh doanh, bao gồm đàm phán và xung đột. Hiểu biết những thiếu sót trong nghề nghiệp cua rmình, các luật sư sáng tạo cũng thúc giục cải cách hệ thống pháp lý và hoạt động thực tiễn nghề nghiệp trên toàn cầu.

Hòa giải được sử dụng đúng đắn đem lại cho doanh nghiệp một công cụ mới sống còn cho quản lý hiệu quả rủi ro - xử lý rủi ro cá nhân, rủi ro tổ chức, rủi ro danh tiếng và rủi ro kinh tế thông qua một qui trình có cấu trúc, có trật tự và linh hoạt về thương mại hơn. Khi đàm phán kinh doanh đổ vỡ, có thể giải quyết được với một chút chi phí, một chút thời gian bằng cách mang vụ việc ra tòa án. Thêm vào đó, thay vì thắng-thua, doanh nghiệp có thể vượt qua tranh chấp, tiến tới giải quyết và điều này có lợi cho các lợi ích ngắn hạn và dài hạn của họ, mà các quan hệ quan trọng và danh tiếng của công ty vẫn nguyên vẹn.

Thách thức thực sự cho ADR là làm thế nào để nó trở thành một bộ phận tronghoạt động thực tiễn quản lý xung đột thường xuyên, chứ không phải là mua bán 'pháp lý' lẻ tẻ. Chọn con đường thứ hai nghĩa là làm cho tranh chấp trở nên cực kỳ tốn kém cho tất cả các bên.

ADR và thực tiễn kinh doanh tốt

Đội pháp lý nội bộ hoặc luật sư công ty có thể cho rằng tham gia vào tố tụng là 'một phần công việc.' Nhưng đối với nhà quản lý trực tiếp liên quan, tố tụng là một khác biệt lớn. Nhà quản lý không chỉ bị tách khỏi quá trình quản lý trong quãng thời gian liên quan để chuẩn bị cho và tham gia vào phiên tòa, đưa ra lời khai hay tiết lộ của nhân chứng. Họ cũng bị sao nhãng khỏi vai trò quản lý hàng ngày.

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

Thực tế là công ty liên quan đến vụ kiện tụng có thể làm thay đổi nhận thức về công ty, và thiệt hại không giới hạn có thể xuất phát từ xung đột trong Ban giám đốc, với nhà cung cấp hay đối tác kinh doanh, trong liên doanh hay liên minh. Trong nhiều trường hợp, bất kỳ yếu tố nào trong đó có thể mang lại hậu quả tiêu cực đến các nhà đầu tư của công ty và giá trị cổ phiếu.

Do vậy, luật sư phải nhận biết được những chi phí tiềm năng rộng hơn này và ảnh hưởng có lợi mà hòa giải đem lại như là một phương tiện giúp quản lý và hạn chế các chi phí và rủi ro đó. Trong bất kỳ thời kỳ nào khi quản trị tốt và khái niệm 'tuân thủ' theo nghĩa rộng đang ngày càng trở nên quan trọng, sự tồn tại của chính bản thân chương trình quản lý giải quyết tranh chấp giúp tăng cường danh tiếng và nhận thức về công ty.

ADR mang lại một công cụ kinh doanh để quản lý quan hệ chính xác vào đúng thời điểm các mối quan hệ trở nên dễ bị tổn thương và ở thời điểm khó khăn nhất. Đó là cách thức chủ động quản lý xung đột hoặc xung đột tiềm năng, khác với phản ứng truyền thống 'giao nó cho luật sư' khi mối quan hệ đã trở nên quá khó khăn. Đó chí là một lý do để chấp nhận hòa giải trong các hợp đồng mẫu hay như là một chính sách của công ty.

Hoạt động quốc tế

Công cụ kinh doanh này không chỉ rõ ràng ở Châu Âu và Bắc Mỹ, mà được tìm thấy ngày càng nhiều ở nhiều nước trên toàn cầu. Với lý do tốt, khuynh hướng này cũng đáp ứng nhu cầu kinh doanh quốc tế, bởi tính phức tạp của các mối quan hệ, những thách thức lớn hơn trong bảo đảm giao tiếp hiệu quả và tính không rõ ràng về hiệu quả của tố tụng trong nước hoặc trọng tài quốc tế, tất cả kết hợp lại, làm cho hòa giải trở thành qui trình rủi ro thấp hơn, giá trị cao hơn cho việc quản lý hiệu quả các xung đột xuyên biên giới.

Tranh chấp quốc tế hoặc xuyên quốc gia mang lại thêm rủi ro và chi phí. Có rủi ro rằng bên đối lập sẽ lựa chọn địa điểm mà việc kiện tụng có lợi cho họ hơn. Một số nơi thu xếp phiên tòa nhanh chóng, nhưng ở nơi khác có thể mất hàng năm. Ở một số địa phương, tham nhũng mang lại rủi ro cho qui trình tố tụng. Ngược lại, các bên có thể sắp xếp hòa giải khá nhanh chóng. Qui trình hòa giải có thể đáp ứng yêu cầu của vụ việc, và tất nhiên, đút lót hòa giải viên là vôdụng vì qui trình hòa giải trao quyền quyết định cho các bên.

Trên toàn thế giới, một số tham vấn và sáng kiến quan trọng ảnh hưởng đến việc sử dụng và phát triển hòa giải tầm quốc tế hiện đang được tiến hành.

Ví dụ, tháng 5/2003, Tổ chức Thương mại thế giới (WTO) bắt đầu nói về việc rà soát lại qui tắc giải quyết tranh chấp của mình. Qui tắc này nhằm cho phép các quốc gia thương mại thách thức lẫn nhau bất chấp qui mô và ảnh hưởng kinh tế. Tuy nhiên, WTO công nhận rằng có những vấn đề về khả năng của các nước đang phát triển tham gia vào các cuộc chiến pháp lý tốn kém và sự chậm trễ thương mại tiềm năng. Các cuộc nói chuyện này nhằm vào chủ đề giúp các nước nghèo phát triển năng lực pháp lý để sử dụng hệ thống của WTO, đặt trọng tâm lớn hơn vào sử dụng hòa giải.

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

Thêm vào đó, các nước thành viên Ủy ban luật thương mại quốc tế của Liên hợp quốc bỏ phiếu phê chuẩn luật mẫu về Thương lượng thương mại quốc tế, khuyến khích những nước không có qui định về hòa giải sử dụng luật mẫu làm nền tảng cải cách.

Khi nào dùng ADR

Đối với doanh nghiệp, những câu hỏi chỉ ra liệu một vụ việc có đặc biệt phù hợp cho hòa giải không bao gồm:

- *Họ có muốn duy trì quan hệ hoặc danh tiếng thương mại không?*
- *Họ có muốn giảm thiểu chi phí/rủi ro/áp lực tố tụng (hoặc trọng tài) không?*
- *Liệu có phải có quá nhiều bên, địa điểm, các vấn đề hoặc mối quan hệ tinh tế, quyết định kỹ thuật hoặc chứng cứ không rõ ràng đến mức cần phải yêu cầu bên thứ ba trung lập xây dựng cấu trúc đàm phán/thảo luận không?*
- *Họ có cần giao tiếp hiệu quả hơn với bên/các bên khác không?*
- *Liệu một phán quyết pháp lý có phải là công cụ rất thô thiển trong trường hợp luật pháp, tình tiết chứng cứ phức tạp và cảm xúc căng thẳng không?*
- *Họ có thích tránh các thiệt hại tiềm năng và tiền lệ không có ích không?*
- *Có những vấn đề quan trọng không mang bản chất tài chính mà tòa án không thể giải quết không?*
- *Tìm cách thoát khỏi bế tắc hiện tại liệu có ích không?*
- *Việc chứng minh nội dung vụ kiện của họ thông qua đánh giá độc lập hoặc tại một diễn đàn vào giai đoạn sớm hơn phiên tòa liệu có hữu ích không?*
- *Điều quan trọng là phải giải quyết sớm tranh chấp vì lý do tài chính hay kinh tế?*
- *Có khía cạnh kinh doanh nào khác bị ảnh hưởng bởi tranh chấp này không?*
- *Vụ kiện tại tòa án có gây thiệt hại danh tiếng không?*

Quan trọng là nhà quản lý phải hiểu rằng ADR cơ bản là hình thức đàm phán mạnh mẽ hơn nhiều – do vậy, có thể dùng hòa giải bất kỳ khi nào mà đàm phán trực tiếp có thể cuối cùng giải quyết vụ việc, và điều này bao hàm phần lớn các vụ việc, thậm chí cả vụ việc có ảnh hưởng pháp lý.

Tuy nhiên, một số vụ việc không thích hợp với hòa giải. Ví dụ, khi:

- Đàm phán trực tiếp rõ ràng đang tiến triển hiệu quả và tốt đẹp
- Cần có tiền lệ pháp lý hoặc công nghiệp
- Cần nhanh chóng có lệnh để bảo toàn quyền/tài sản
- Những vụ việc có bản chất hình sự, mặc dù vụ việc cáo buộc lừa dối được hòa giải thành công.

Sẵn sàng cho hòa giải

Phần lớn các vụ việc vốn dĩ thích hợp với hòa giải vào thời điểm nào đó trong vòng đời của nó. Do vậy, câu hỏi đặt ra không phải là liệu vụ việc có thích hợp hay không, mà là khi nào nó sẵn sàng cho hòa giải.

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

Khi hỏi rằng vụ việc đã sẵn sàng cho hòa giải hay chưa:

- Liệu đã có đủ thông tin hoặc sẽ có đủ thông tin vào cuối qui trình hòa giải cho phép họ (và khách hàng) đưa ra quan điểm về mức độ giải quyết khiếu nại đúng đắn không?
- Những thông tin, chứng cứ hoặc ý kiến bổ sung mà họ tin rằng đang thiếu, và họ dự kiến có được trước khi tham gia hòa giải có tạo ra khác biệt quan trọng trong đánh giá rủi ro của họ không, và có thể có được chúng với chi phí hợp lý không?
- Liệu chứng cứ hiện có có cho thấy rằng bên kia sẽ sử dụng qui trình hòa giải một cách xây dựng, hay chỉ là kỹ xảo câu giờ?
- Nếu hòa giải được ấn định hôm nay và sẽ được tổ chức, ví dụ, trong vòng hai tháng, có gì cản trở sẵn sàng hòa giải không? Liệu những lỗ hổng thông tin có được khắc phục trong hòa giải không?
- Liệu họ có muốn hòa giải, ví dụ, trong hai tháng không và nếu vậy, khi đó họ có sẵn sàng không?
- Thậm chí nếu hòa giải không giải quyết được tranh chấp, qui trình hòa giải có mang lại một viễn cảnh hay thông tin hữu ích về khiếu nại không, như là việc thu hẹp vấn đề tranh chấp?
- Liệu hòa giải có hữu ích dưới cách thức khác không? Ví dụ, đưa ra quan điểm của một bên hiệu quả hơn và *trực tiếp* hơn đến người đứng đầu bên kia?

Tất cả những câu hỏi và yếu tố cần xem xét này nhấn mạnh một điều là hòa giải không phải là một hình thức công lý 'nhanh chóng và dễ dàng'. Việc đánh giá và chuẩn bị vụ kiện của một bên cho hòa giải quan trọng không kém cho phiên tòa. Nó giống như 'phép thử nhanh' liệu thỏa thuận giải quyết có hiện thực hay không và 'bước tốt nhất' đạt được thỏa thuận giải quyết đó.

Hòa giải là công cụ quản lý

Hòa giải như là một qui trình chính thức thường chỉ được khởi động cho luật sư hoặc nhà quản lý khi doanh nghiệp đối mặt với khả năng tố tụng hay phải chịu chi phí tố tụng tiếp theo. Điều này diễn ra khi tranh chấp kinh doanh trở nên đủ nghiêm trọng, cần được đưa ra khỏi sự quản lý của nhà quản lý thương lượng trực tiếp. Tuy nhiên, hòa giải cũng có tiềm năng quan trọng tránh tranh chấp và quản lý xung đột bởi **nhà quản lý**, chứ không phải bởi luật sư. Điều quan trọng là công nhận rằng qui trình giới thiệu một bên thứ ba độc lập, có kỹ năng thay đổi động lực của bất kỳ đàm phán nào – nó bổ sung giá trị giao tiếp, kỷ luật và khả năng giải quyết vấn đề bất kỳ khi nào cần có thảo luận hoặc đàm phán khó khăn hay nhậy cảm. Và thậm chí trong trường hợp cuối cùng phải đi đến tố tụng, sử dụng hòa giải sớm thường bảo đảm tiết kiệm chi phí tối ưu và duy trì quan hệ. Do vậy, nhà quản lý được khuyến khích coi hòa giải là một kỹ thuật quản lý cơ bản, có thể được chấp nhận trong tình huống có khó khăn hoặc 'nhậy cảm' giao tiếp thậm chí chưa nhất thiết phải phân loại là tranh chấp chính thức. Ví dụ:

- Xử lý khiếu nại của khách hàng hoặc người lao động (hòa giải khiếu nại)
- Can thiệp vào sự ganh đua trong nhóm hoặc giữa các bộ phận hoặc giúp tái cấu trúc các đơn vị kinh doanh (hòa giải tổ chức)

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

- Đàm phán các hợp đồng phức tạp (hòa giải thương vụ)
- Đem lại biện pháp ngăn chặn/quản lý xung đột trong thời hạn một dự án phức tạp, liên doanh hoặc liên minh chiến lược hoặc khi thiết lập nên dự án như vậy (hòa giải đồng minh hay dự án)

Cách thức sử dụng hòa giải khác nhau nhấn mạnh vai trò khác nhau của hòa giải viên và yêu cầu hòa giải viên có kiến thức cơ bản khác nhau. Hòa giải như là biện pháp ngăn chặn xung đột cũng là lý do giải thích cho yêu cầu hòa giải trong hợp đồng hoặc trong tuyên bố chính sách về mối quan hệ với nhà cung cấp hoặc các đối tác kinh doanh khác.

Vai trò của luật sư công ty và luật sư bên ngoài

Luật sư công ty có thể đóng nhiều vai trò trong quản lý ADR tích cực, phụ thuộc vào phạm vi nhu cầu của công ty của họ, giá trị họ có thể tạo ra và nguồn lực sẵn có từ bên trong hay bên ngoài. Trong một số trường hợp, họ có thể tham gia mà không cần sự tham gia của luật sư bên ngoài nhưng trên thực tế, nhiều bộ phận pháp lý nội bộ thiếu thời gian tham gia đầy đủ qui trình ADR mà không có sự trợ giúp từ bên ngoài dưới hình thức nào đó. Tuy nhiên, một lợi thế của ADR đối với các phòng ban nội bộ là bản chất khá không chính thức và ngắn gọn của nó đồng nghĩa với việc họ có nhiều khả năng giúp đỡ người ra quyết định quản lý hơn trong qui trình. Tương tự, họ có thể quyết định và quản lý phạm vi và chi phí hỗ trợ từ luật sư bên ngoài thông qua việc kết thúc hòa giải.

Quản lý những trường hợp vụ việc

Phần lớn các tranh chấp nghiêm trọng nhất trong công ty đều lên đến bộ phậnpháp lý. Luật sư nội bộ có thể đưa ra quyết định sớm về ưu tiên thương mại giải quyết tranh chấp, và kiểm tra quyết định của bộ phận quản lý dựa trên danh sách những câu hỏi rà soát về tính thích hợp với ADR (xem trên đây). Sau khi tham vấn khách hàng, luật sư nội bộ có thể đánh giá liệu có thể tiếp cận trực tiếp bên kia hay phải thông qua nhà cung cấp ADR, hoặc liệu có cần đưa luật sư bên ngoài vào từ sớm để có tư vấn và trao đổi thông tin không. Thậm chí trong trường hợp thứ hai, quản lý tốt luật sư bên ngoài yêu cầu rằng họ cũng sẽ được hỏi ở giai đoạn sớm về quyết định của họ về tính thích hợp với ADR và bất kỳ lựa chọn nào khác, dự đoán của họ về chi phí và kết quả của ADR hay tố tụng, quan điểm của họ về tiến độ của vụ kiện. Tiếp tục giám sát vụ kiện tần xuất thường xuyên là hữu ích để bảo đảm rằng tranh chấp không bị trôi giạt không cần thiết, dẫn đến chi phí và thời gian tăng lên.

Học hỏi từ kinh nghiệm vụ kiện

Cho dù một vụ kiện cụ thể có được chuyển sang ADR hay không, một kỷ luật hữu ích là quản lý chi phí và kết quả của vụ kiện, đo lường dựa trên dự đoán trước đó của nhà quản lý và luật sư nội bộ/bên ngoài. Một lựa chọn khác mà luật sư công ty mới làm quen với ADR phải cân nhắc là liệu có nên xây dựng kinh nghiệm của mình về ADR bằng cách lựa chọn một vụ kiện cụ thể và thử nghiệm ADR mặc dù vẫn chưa chắc chắn giá trị của nó. Rõ ràng, nếu sử dụng chiến lược này, thì tốt hơn là lựa chọn vụ kiện 'tiêu chuẩn' không đe dọa đến công ty, và giải thích lập luận cho nhà

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

quản lý, đó là thửnghiệm giá trị của ADR để dùng thường xuyên hơn như là một biện pháp tiết kiệm chi phí.

Quản lý danh mục tranh chấp

Đo lường chi phí khối lượng tranh chấp hàng năm của công ty không chỉ bao gồm kiểm toán chi phí bên ngoài, mà còn cả dự toán thời gian quản lý nội bộ. Điều này đem lại một điểm chuẩn dựa vào đó để kiểm nghiệm những khoản tiết kiệm tiềm năng phát sinh từ (a) hoặc sử dụng ADR chủ động hơn cho phạm vi các vụ kiện, hoặc yêu cầu luật sư bên ngoài làm điều này, hoặc (b) thiết kế thủ tục ADR đặc biệt để giải quyết phạm vi các vụ kiện.

Nâng cao nhận thức quản lý

Luật sư công ty cũng có thể đóng vai trò tích cực trong đào tạo nhà quản lý, hoặc trực tiếp, hoặc thông qua nhà cung cấp ADR. Điều này có thể bao gồm mọi việc, từ hội thảo nâng cao nhận thức về ADR, đến các khóa chuyên sâu nhằm trang bị cho nhà quản lý kỹ năng ngăn chặn và quản lý xung đột cao hơn, hoặc là chung chung, hoặc cho dự án đối tác hoặc sát nhập cụ thể. Luật sư cũng có thể giúp báo cáo cho các nhà quản lý về kinh nghiệm của mình về hòa giải hoạt động như thế nào, rút ra bài học gì cho công ty, các luật sư bên ngoài của công ty và các cố vấn khác trong sử dụng qui trình hòa giải. Cũng có lợi khi rút ra các bài học kinh doanh từ các vấn đề được hòa giải và, ví dụ, qui trình nội bộ nào cần được sửa đổi.

Hợp đồng và chính sách

Nếu ADR được coi là công cụ quí giá quản lý nhà cung cấp và các quan hệ đối tác kinh doanh khác, luật sư nội bộ có thể khuyến khích sử dụng điều khoản ADR hoặc tuyên bố chính sách cam kết sử dụng ADR trong giai đoạn thích hợp trong hợp đồng – hoặc là sau thủ tục đàm phán nội bộ, hoặc bằng cách chỉ định 'người trung gian dự án' khi bắt đầu một dự án phức tạp. Tăng cường điều khoản giải quyết tranh chấp nay ngày càng phổ biến, bao gồm các bước đàm phán, tiếp theo là hòa giải, sau đó là dùng tới trọng tài hoặc tố tụng nếu hòa giải bất thành. Có thể soạn thảo các điều khoản thúc đẩy ADR mà không tước đi của công ty quyền tiếp cận tố tụng nếu cần có hành động pháp lý khẩn cấp hoặc hành động bảo vệ trước hòa giải.

2. Thông điệp chính

Luật sư

Luật sư nói chung thường là người gác cổng cho việc chuyển sang hòa giải. Đa số các vụ kiện ra đến hòa giải thường là đã đi vào qui trình tố tụng, và khách hàng thường bị ảnh hưởng nhiều bởi lời khuyên của luật sư về cả qui trình và tổ chức hoặc người trung gian cần liên hệ.

Luật sư cũng có thể có tác động nhân rộng – nếu một hãng luật đơn nhất bị thuyết phục thông báo cho tất cả các khách hàng tố tụng chính của mình về ADR, thì có thể tiếp cận số lượng các tổ chức lớn hơn một cách nhanh chóng hơn là tiếp cận cá nhân họ.

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

Khi thúc đẩy ADR, thông điệp chính cho luật sư là qui trình này có lợi cho khách hàng của họ. Tuy nhiên, quan trọng không kém, luật sư phải chắc chắn rằng việc giới thiệu những kỹ thuật giải quyết tranh chấp mới hơn, nhanh chóng hơn, chi phí thấp hơn không đe dọa lợi ích thương mại riêng của họ. Như vậy, một thông điệp chính bổ sung đối với luật sư là thay vì đại diện cho mối đe dọa đến thu nhập tương lai của họ, hòa giải trên thực tế làm tằng cơ hội kinh doanh bằng cách nâng cao sự hài lòng của khách hàng và niềm tin vào khả năng của luật sư đạt được cách thức giải quyết tranh chấp hiệu quả về chi phí.

Tòa án và hệ thống tòa án

Rõ ràng luật sư chịu ảnh hưởng bởi thái độ của hệ thống tòa án, và việc thuyết phục các thành viên cao cấp của hệ thống tòa án về lợi ích của ADR sẽ dẫn tới tăng cường sự tham gia và kinh nghiệm của luật sư về qui trình hòa giải và đến lượt mình, điều này dẫn tới xu hướng đề xuất hòa giải tranh chấp nhiều hơn.

Khi đó, đối với tòa án và hệ thống tòa án, thông điệp chính liên quan đến lợi ích xã hội tổng thể của qui trình hòa giải. Chúng được bổ sung bằng những lợi ích làmối quan tâm cá nhân vào hệ thống tòa án tăng lên – đặc biệt, việc sử dụng hòa giải có thể làm giảm khối lượng công việc của tòa án, qua đó cải thiện hiệu xuất và cho phép giải quyết nhiều vụ án hơn trong thời gian ngắn hơn.

Công ty

Là bên chủ trong các tranh chấp kinh doanh, tổ chức là công ty thường là khách hàng trong hòa giải.

Ở đây, thông điệp chính là qui trình mang lại những lợi ích thương mại quan trọng. Đặc biệt, việc sử dụng hòa giải có thể dẫn tới tiết kiệm thời gian đáng kể cho giải quyết tranh chấp – giải quyết nhanh hơn dẫn tới giảm sự không rõ ràng và qua đó, rủi ro kinh doanh thấp hơn. Hơn nữa, nó tạo ra tiết kiệm chi phí đáng kể, không chỉ là giảm chi phí pháp lý, mà còn bằng cách tránh lãng phí thời gian quản lý gây ra bởi sự sao lãng trong các tranh chấp kéo dài. Cuối cùng, qui trình hòa giải cũng mang lại cơ hội duy trì quan hệ kinh doanh cá nhân – mối quan hệ có thể bị hủy hoại đáng kể bởi tố tụng.

Dài hạn, việc giới kinh doanh tăng cường sử dụng hòa giải có khả năng cải thiện môi trường kinh doanh chung, không chỉ bởi đem lại cơ hội cải thiện đối thoại và giải quyết sớm tranh chấp, mà cả bằng giải phóng tòa án, như vậy, tòa án có thể tập trung nguồn lực vào số lượng vụ việc ít hơn cần đến sự quan tâm của tòa án.

Chính phủ

Là người canh giữ hệ thống tư pháp dân sự và môi trường kinh doanh chung, bất kỳ chính phủ nào rõ ràng cũng có khả năng trở thành người gây ảnh hưởng quan trọng trong phát triển ADR, đặc biệt là khi những thay đổi lập pháp hoặc thủ tục tố tụng là có lợi. Chính phủ cũng là khách hàng tiềm năng quan trọng trong hòa giải với vai trò là một bên trong các tranh chấp thương mại.

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

Đối với vai trò xây dựng chính sách và lập pháp của Chính phủ, thông điệp chính được đưa ra là việc sử dụng hòa giải có thể cải thiện môi trường kinh doanh chung bằng cách cung cấp tiếp cận công lý tốt hơn, và điều này đến lượt mình có thể cải thiện niềm tin chung của xã hội vào hệ thống pháp lý và tư pháp. Nó cũng có thể làm tăng đầu tư trực tiếp của nước ngoài và thương mại quốc tế qua việc bảo đảm rằng quốc gia có hệ thống giải quyết tranh chấp tốt và hiệu quả.

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

XII. Xây dựng thực tiễn hòa giải

Hòa giải phát sinh từ nhu cầu của những người trong tranh chấp nỗ lực thỏa thuận giải quyết. Tuy nhiên, nhu cầu về hòa giải này không tự động chuyển thể thành một nhu cầu dịch vụ. Ở phần lớn các nước thường xuyên sử dụng hòa giải, hòa giải rõ ràng được khuyến khích bằng luật, qui tắc của tòa án hoặc cơ quan chính phủ, hoặc là một điều khoản hợp đồng. Do vậy, xây dựng thực tiễn hòa giải phụ thuộc nhiều vào cá nhân hòa giải viên tiến hành những sang kiến và nâng cao nhận thức, hoặc làm việc với các cơ quan, như là nhà cung cấp hòa giải và ADR. Kiến thức đào tạo tự nó không bảo đảm kinh nghiệm thực tiễn. Chúng là điều kiện cần, nhưng chưa đủ để bắt đầu hoạt động thực tiễn.

Hòa giải tự nguyện và cộng đồng

Điểm bắt đầu rõ ràng để có được kinh nghiệm hòa giải thực tiễn là thông qua việc đề nghị cung cấp dịch vụ của bạn cho bất kỳ chương trình ADR cộng đồng hay chính phủ tài trợ nào có thể có ở đất nước bạn.

Chức vụ trợ lý

Một cách khác để phát triển kinh nghiệm làm làm trợ lý cho một hòa giải viên tích cực giầu kinh nghiệm. Chương trình trợ lý do trung tâm ADR địa phương đưa ra thường là con đường tốt nhất vì tiếp cận trực tiếp chưa chắc đã đem lại việc bổ nhiệm thực tế. Tất cả các chức vụ trợ lý phải được các bên hòa giải phê chuẩn và ràng buộc người trợ lý với các điều khoản thỏa thuận hòa giải.

Quan sát hòa giải

Khi được các bên đồng ý, một số hòa giải viên cho phép bạn quan sát họ trên thực tế. Mặc dù không thay thế cho kinh nghiệm trực tiếp, điều này có thể giúp bạn làm quen tốt hơn với qui trình và kỹ thuật mà hòa giải viên sử dụng.

Thành viên trong ban

Phụ thuộc vào mỗi nước, hòa giải viên có thể xin được ban chỉ định, hoặc là cho chương trình hòa giải gắn liền với tòa án, hoặc với nhà cung cấp dịch vụ hòa giải tư nhân. Tư cách thành viên ban có thể dẫn tới việc thường xuyên được bổ nhiệm, mặc dù thường thường không có bảo đảm nào về khối lượng công việc. Như vậy, hòa giải viên có thể tham gia nhiều ban, nếu có thể.

Bắt chước hoạt động thực tiễn

Khi một hòa giải viên bắt đầu có được những kinh nghiệm thực tiễn, khuyến khích tham gia vào các hoạt động này theo cách thức bắt chước để bảo đảm tiếp tục phát triển kỹ năng và kiến thức. Ví dụ bao gồm tự báo cáo, báo cáođa phương với hòa giải viên trưởng hoặc đồng hòa giải viên, hoặc cố gắng thu nhận phản hồi từ các bên trong bất kỳ qui trình hòa giải nào.

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

Kinh nghiệm không chính thức

Như đã nói ở trên, lựa chọn để có được kinh nghiệm trong hòa giải chính thức là giới hạn, đặc biệt khi qui trình hòa giải chưa được sử dụng tại một nước nhất định hoặc đang trong quá trình phát triển. Trong bối cảnh đó, vẫn có thể có được kỹ năng hòa giải không chính thức trong quá trình kinh doanh thông thường, ví dụ, tham gia/chủ tọa các phiên họp thương mại, giảng dậy người khác về hòa giải, quản lý tố cáo và khiếu nại hoặc xử lý những cá nhân nóng giận, hoặc thực tế xử lý những nhóm người trong tình huống khẩn cấp hoặc khủng hoảng.

Xây dựng mạng lưới

Hòa giải viên mới cũng có thể phát triển nhận thức và hiểu biết của mình về qui trình bằng cách tham gia cùng người khác thông qua tư cách thành viên các hiệp hội hòa giải, tham gia và phát biểu tại các hội nghị giải quyết tranh chấp, liên lạc thông qua internet, viết cho báo chí địa phương, nói chuyện với các hiệp hội tự nguyện và tổ chức cung cấp dịch vụ. Thêm vào đó, quảng cáo bản thân bạn là hòa giải viên trong phạm vi mạng lưới nghề nghiệp rộng hơn của mình, đặc biệt là nếu bạn có thực tiễn thích hợp hay thực tiễn chuyên gia, có thể là nguồn giới thiệu hòa giải giá trị.

Tiếp cận nguồn lực

Hòa giải viên cũng cần phát triển nguồn lực riêng của mình, như là thỏa thuận hòa giải, điều kiện và điều khoản chỉ định và các văn bản tiêu chuẩn khác. Khi hòa giải viên là thành viên trong ban, dù là tư nhân hay gắn liền với tòa án, phần lớn các nguồn lực này là sẵn có tự nhiên.

Bảo hiểm bồi thường nghề nghiệp

Ở một nước nào đó, qui tắc thực hành có thể yêu cầu có bảo hiểm bồi thường nghề nghiệp. Khi điều này là cần thiết, một số nhà chuyên nghiệp, như luật sư được bảo hiểm cho công việc hòa giải của họ bằng chính sách bảo hiểm nghề nghiệp hiện có, với điều kiện rằng họ tiến hành hòa giải với tư cách họ là thành viên của hãng. Hòa giải viên khác có thể có được bảo hiểm bồi thường nghề nghiệp theo cách thức thương mại.

Tiếp sau khóa đào tạo

Sổ tay này nhằm hướng dẫn cho những người chuẩn bị cho khóa đào tạo kỹ năng hòa giải viên, và cũng là nguồn tham khảo và xem xét cho những hòa giải viên giầu kinh nghiệm.

Trong lĩnh vực năng động và phát triển nhanh chóng này, điều thiết yếu cho tất cả các hòa giải viên và nhà giải quyết tranh chấp chuyên nghiệp là tiếp tục học hỏi và cố gắng bồi dưỡng thực tiễn và kỹ năng của mình.

Qui trình hòa giải vô cùng linh hoạt, và tiếp sau khóa đào tạo giải quyết tranh chấp chính thức, kỹ năng và cách thức tiếp cận là liên quan và có thể chuyển hóa vào cuộc sống cá nhân và kinh doanh hàng ngày.

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.

In partnership with the Swiss State Secretariat for Economic Affairs (SECO), IFC and CEDR have published this handbook for the Mediator Skills Training.

Với sợ hỗ trợ của Cục Kinh tế Liên bang Thụy Sỹ (SECO), IFC và CERD đã hoàn thành việc xây dựng cuốn Sổ tay về Hòa giải dành cho mục đích đào tạo kỹ năng của Hòa giải viên.

IN PARTNERSHIP WITH

Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Swiss Cooperation Office in Vietnam

CEDR

IFC International Finance Corporation
WORLD BANK GROUP
Creating Markets, Creating Opportunities

© 2017 của Tổ chức tài chính quốc tế. Bảo lưu tất cả các quyền.