



ΕΙΝΑΙ ΠΡΑΓΜΑΤΙΚΑ ΑΠΟΡΡΗΤΟ ΤΟ ΠΕΡΙΧΟΜΕΝΟ ΤΩΝ ΔΙΑΜΕΣΟΛΑΒΗΣΕΩΝ ;

Αν και απόλυτα αποδεκτή ως θεωρία, το απόρρητο της διαμεσολάβησης μπορεί και να μην ισχύει στην πραγματικότητα.

Εισαγωγή

Είτε ως συμμετέχοντες σε μια διαμεσολάβηση είτε ως διαμεσολαβητές, όλοι μάθαμε τον βασικό κανόνα, ότι οι διαμεσολαβήσεις είναι απόρρητες, τόσο όσον αφορά τις δηλώσεις και άλλες ανακοινώσεις που γίνονται κατά τη διάρκειά τους όσο και τις πληροφορίες που ο διαμεσολαβητής κρατά για τον εαυτό του και δεν μοιράζεται με τις άλλες πλευρές. Πολλές φορές ο διαμεσολαβητής παραλληλίζει το απόρρητο της διαμεσολάβησης με την τηλεοπτική διαφήμιση, «*ό,τι συμβαίνει στο Βέγκας, μένει στο Βέγκας*» προκειμένου να εξηγήσει την ιερή και απαραβίαστη φύση του απορρήτου. Αλλά, είναι πραγματικά απόρρητη η διαμεσολάβηση; Ενώ θεωρητικά υποτίθεται ότι πρέπει να είναι, κατά τη δικαστική διαδικασία, δεν είναι πάντα έτσι. Αν και η έρευνα τόσο της ομοσπονδιακής, όσο και των πολιτειακών νομοθεσιών και της νομολογίας δείχνει ότι ο εμπιστευτικός χαρακτήρας της διαμεσολάβησης πρέπει να ερμηνεύεται αυστηρά και να εφαρμόζεται, στην πράξη αυτό δεν συμβαίνει πάντα.

Νομοθεσία και Νομολογία της Καλιφόρνια Τα τμήματα 1115-1128 του Κώδικα Αποδεικτικής Διαδικασίας της Καλιφόρνια διέπουν όχι μόνο τη διαμεσολάβηση αλλά και τις διασκέψεις διαμεσολάβησης («*...η επικοινωνία μεταξύ ενός ατόμου και ενός διαμεσολαβητή με σκοπό την έναρξη, την εξέταση ή την επανασύγκληση μιας διαμεσολάβησης ή την διατήρηση ενός διαμεσολαβητή*»).

Ο βασικός κανόνας βρίσκεται στο τμήμα 1119 του κώδικα ο οποίος παρέχει τρεις διαφορετικές προστατευτικές διατάξεις του απορρήτου, που μπορούν να συντρέχουν «*... υπέρ των σκοπών, κατά τη διάρκεια, ή σύμφωνα με τη διαμεσολάβηση ή τη διαμεσολαβητικής σύσκεψη.*»

Το υποτμήμα (α) ορίζει ότι «*καμία απόδειξη ή οτιδήποτε έχει ειπωθεί ή οποιαδήποτε ομολογία...*» (δηλαδή, προφορική επικοινωνία) δεν είναι παραδεκτή ούτε μπορεί να χρησιμοποιηθεί ως αποδεικτικό υλικό, ενώ το υποτμήμα (β) ορίζει ότι «*.. κανένα γραπτό κείμενο*» δεν είναι παραδεκτό ως αποδεικτικό υλικό.

Το υποτμήμα (γ) είναι εντούτοις πολύ ευρύτερο, προβλέποντας ότι «*... όλες οι ανακοινώσεις, διαπραγματεύσεις ή συζητήσεις διευθέτησης διαφορών μεταξύ των συμμετεχόντων στο πλαίσιο της διαμεσολάβησης ή της σύσκεψης διαμεσολάβησης πρέπει να παραμένουν απόρρητες.*»

Έτσι, σύμφωνα με το εν λόγω τμήμα μόνο, κάθε προφορική ή γραπτή επικοινωνία δεν είναι μόνο απαράδεκτη ως αποδεικτικό υλικό, αλλά πρέπει να παραμένει απόρρητη.

Εκτός και αν αρθεί, το απόρρητο αυτό διαρκεί για πάντα. Το τμήμα 1126 του κώδικα προβλέπει ότι το απαράδεκτο και το απόρρητο παραμένουν «*... στην ίδια έκταση μετά το τέλος της διαμεσολάβησης*». Δεν υπάρχει χρονικός περιορισμός.



Στο βαθμό που "... γίνεται αναφορά στη διαμεσολάβηση κατά τη διάρκεια μιας μεταγενέστερης δίκης..." θεωρείται παρατυπία στα πρακτικά και αποτελεί λόγο για μια νέα δίκη βάσει του κώδικα πολιτικής δικονομίας - τμήμα 657. Εάν η αναφορά γίνεται κατά τη διάρκεια μιας μη ποινικής διαδικασίας, αποτελεί λόγο ανακλήσεως ή τροποποιήσεως της απόφασης εν όλω ή εν μέρει.

Για να αρθεί το απόρρητο της διαμεσολάβησης, όλα τα μέρη -τόσο οι συμμετέχοντες όσο και ο διαμεσολαβητής-πρέπει να το δηλώσουν προφορικά ή εγγράφως (Τμήματα 1122 και 1124 του κώδικα). Και για να μπορούν να χρησιμοποιήσουν οποιαδήποτε συμφωνία που προέκυψε από τη διαμεσολάβηση ως αποδεικτικό υλικό, θα πρέπει αυτή να περιέχει τις "μαγικές λέξεις" ότι είναι "παραδεκτή προς κοινοποίηση ή υπόκειται σε κοινοποίηση" ή "εκτελεστή ή δεσμευτική" ή "κάτι ανάλογο." (Τμήμα 1123, αποδεικτικού κώδικα.)

Το Ανώτατο Δικαστήριο της Καλιφόρνια έχει ερμηνεύσει ευρύτερα τις εν λόγω διατάξεις σε σημείο που να αποτελούν «σχεδόν κατηγορηματική απαγόρευση κατά δικαστικώς δημιουργημένων εξαιρέσεων στο απόρρητο της διαμεσολάβησης.» (*Amis v Greenberg Traurig, LLP*, California Court of Appeal, Second Appellate District, (Case No. B248447, issued March 18, 2015) slip opinion at 2.). Ξεκινώντας με την ένωση ιδιοκτητών στην υπόθεση *Foxgate v Bramalea* Καλιφόρνια, Inc (2001) 26 Cal. 4ο 1, 108 Cal. Rptr. 2d 642, το Δικαστήριο έκρινε ότι το απόρρητο της διαμεσολάβησης εμποδίζει ένα συμβαλλόμενο μέρος να επιδιώξει κυρώσεις κατά του δικηγόρου της άλλης πλευράς, με την αιτιολογία ότι ο τελευταίος δεν παρέστη στη διαμεσολάβηση καλόπιστα, προκαλώντας στον ενάγοντα επιβάρυνση περίπου 24.000 δολαρίων για τον διαμεσολαβητή και τις αμοιβές των εμπειρογνομόνων. Με την απόφαση ότι δεν μπορεί να δημιουργηθεί εξαίρεση στο απόρρητο της διαμεσολάβησης για να τιμωρήσει κακόπιστη συμμετοχή στη διαμεσολάβηση, το Ανώτατο Δικαστήριο, δήλωσε ότι: «*We do not agree with the Court of Appeal that there is any need for judicial construction of sections 1119 and 1121 or that a judicially crafted exception to the confidentiality of mediation they mandate is necessary either to carry out the purpose for which they were enacted or to avoid an absurd result. The statutes are clear. (Id. at 652-3.)*»

Τρία χρόνια αργότερα, στην υπόθεση *Rojas v Superior Court* (2004) 33 Cal. 4ο 407, 15 Rptr Cal.. 643, το δικαστήριο για ακόμα μια φορά αρνήθηκε να επιτρέψει στους ενάγοντες την προσκόμιση αποδεικτικών στοιχείων που είχαν "... προετοιμάσει υπέρ των σκοπών, κατά τη διάρκεια, ή σύμφωνα με τη διαδικασία της διαμεσολάβησης..." ακόμα κι αν δεν διέθεταν άλλα μέσα για απόδειξη ζωτικής σημασίας ισχυρισμών. Και πάλι, το δικαστήριο αρνήθηκε να δημιουργήσει μια δικαστική εξαίρεση για «*θάσιμους λόγους (good cause)*» στο απόρρητο της διαμεσολάβησης, σημειώνοντας ότι δεν υπάρχει κανένα "παράλογο αποτέλεσμα" στο σημείο αυτό για να αποφευχθεί. (*Id. at 15 Cal. Rptr. at 655-656.*)

Στην υπόθεση *Fair v. Bakhtiari* (2006) 40 Cal. 4ο 189, 51 Cal. Rptr. 3d 871, το Δικαστήριο έκρινε εκ νέου ότι το απόρρητο της διαμεσολάβησης αντιτίθεται στην αποδοχή ενός μνημονίου κατανόησης (MoU), σε μια προσπάθεια αποδείξεως της συμφωνίας διευθέτησης, επειδή δεν περιείχε τις "μαγικές λέξεις", όπως προβλέπεται στο τμήμα 1123 του κώδικα.



Στην υπόθεση *Simmons v. Ghaderi* (2008) 44 Cal. 4o 570, 80 Cal. Rptr. 3d 83, το Δικαστήριο και πάλι εφάρμοσε αυστηρά την αρχή του απορρήτου, αποφαινόμενο ότι ακόμα κι αν η ενάγουσα επικαλέστηκε η ίδια όσα συζητήθηκαν στη διάρκεια της διαμεσολάβησης, η ένστασή της να χρησιμοποιηθεί η διαμεσολάβηση ως αποδεικτικό υλικό την παραμονή της δίκης (και δεκαπέντε μήνες μετά τη διαμεσολάβηση) έγινε αποδεκτή. Ο εναγόμενος δεν ήρε το απόρρητο της διαμεσολάβησης παρά μόνο την παραμονή της δίκης.

Τέλος, στην υπόθεση *Cassel v Superior Court* (2011) 51 Cal. 4o 113, 119 Cal. Rptr. 3d 437, το Δικαστήριο τήρησε αυστηρά το απόρρητο διαμεσολάβησης σε πράξη επαγγελματικής αμέλειας (δηλαδή νομικές ατασθαλίες) αποκλείοντας αποδεικτικά στοιχεία που προέκυπταν από τις συζητήσεις που έλαβαν χώρα τόσο στις τακτικές συνεδρίες μεταξύ ενάγοντα και συνηγόρου ακριβώς πριν από τη διαμεσολάβηση, όσο και κατά τη διάρκεια της διαμεσολάβησης· τόσο όταν ο διαμεσολαβητής ήταν παρών και όταν ήταν απών. Όπως και στις προηγούμενες περιπτώσεις, το ανώτατο δικαστήριο επαναλαμβάνει: *...judicial constructions, and judicially crafted exceptions, are permitted only where due process is implicated, or where literal construction would produce absurd results, thus clearly violating the Legislature's presumed intent. Otherwise, the mediation confidentiality statutes must be applied in strict accordance with their plain terms. Where competing policy concerns are present, it is for the Legislature to resolve them. (Simmons, supra, 44 Cal.4th at 582-583; Foxgate, supra, at 14-17.) (Id. at 124.)*

Το Εφετείο της Καλιφόρνια έχει επίσης εφαρμόσει με αυστηρότητα το απόρρητο της διαμεσολάβησης. Στην υπόθεση *Eisendrath v Superior Court* (2003) 109 Cal. App. 4o 351, 134 Cal. Rptr.2d 716 έγινε χρήση του απορρήτου, για να αποκλεισθεί η επίκληση δηλώσεων που φέρονται, ότι ήταν ασυμβίβαστες με εκείνες που έγιναν κατά τη διάρκεια της διαμεσολάβησης. Στην *Doe 1 v Superior Court* (2005) 132 Cal. App. 4o 1160, 34 Cal. Rptr. 248, 3d εφαρμόστηκε το απόρρητο για να αποκλεισθεί η χρησιμοποίηση γραπτών δηλώσεων που αποδείκνυαν επαγγελματική αμέλεια. Στην υπόθεση *Wimsatt v Superior Court* (2007) 152 Cal. App. 4o 125, 61 200, Cal. Rptr. 3d το απόρρητο της διαμεσολάβησης απέκλεισε τη χρήση έμμεσων αποδείξεων σε νόμιμη αξίωση επαγγελματικής αμέλειας.

Πιο πρόσφατα, στην *Amis v Greenberg Traurig, LLP*, Court of Appeal, Second Appellate District, Case No. B248447 (March 18, 2015), έγινε επίκληση στο απόρρητο για να αποκλεισθεί ακόμη και η χρήση έμμεσης ή επαγωγικής απόδειξης σε πράξη νομικής αμέλειας.

Ωστόσο, στην υπόθεση *Lappe Superior Court of Los Angeles County (Murray Lappe, Real Party In Interest)* (2014), 232 Cal. App.4th 774, 181 Cal. Rptr. 3d. 510 το εφετείο έκρινε ότι το απόρρητο της διαμεσολάβησης δεν θα απέκλειε τη δημοσιοποίηση χρηματοοικονομικών καταστάσεων που υποβλήθηκαν κατά τη διάρκεια διαμεσολάβησης σε μια οικογενειακή υπόθεση, δεδομένου ότι τα τμήματα 2100 και εντεύθεν του Οικογενειακού Κώδικα της Καλιφόρνια επιβάλλουν ένα ανεξάρτητο, διακριτό καθήκον πλήρους και ακριβούς αποκαλύψεως όλων των περιουσιακών στοιχείων και υποχρεώσεων (Το Ανώτατο Δικαστήριο Καλιφόρνιας αρνήθηκε αναθεώρηση). Το μοναδικό συμπέρασμα που μπορεί να προκύψει από τα παραπάνω είναι ότι, τουλάχιστον στην Καλιφόρνια, το απόρρητο της διαμεσολάβησης εφαρμόζεται και ερμηνεύεται από τα δικαστήρια σε μεγάλο βαθμό αυστηρά και περιοριστικά.

Άλλες Πολιτείες των ΗΠΑ



Σε σχέση με τις άλλες Πολιτείες, κάθε Πολιτεία έχει μία ή περισσότερες διατάξεις που επιβάλλουν το απόρρητο της διαμεσολάβησης, περισσότερο ή λιγότερο διασταλτικά. (Βλέπε, California Law Review Commission Study, *Relationship Between Mediation Confidentiality and Attorney Malpractice and Other Misconduct--K-402*, Memorandum 2014-35 (August 28, 2014). Για μια εκτεταμένη συζήτηση το παράρτημα που αναφέρει περισσότερα νομοθετικά κείμενα καθώς και το Memorandum 2014-24 (June 6, 2014), που αναφέρεται στον Ενιαίο Νόμο για τη Διαμεσολάβηση (*Uniform Mediation Act*) υιοθετημένο σε 11 Πολιτείες και την περιφέρεια της Κολούμπια. Άλλα κείμενα εξετάζουν τις νομοθετικές διατάξεις περί απορρήτου των υπόλοιπων Πολιτειών.

Ομοσπονδιακοί νόμοι και νομολογία

Το 1988, το Κογκρέσο εξέδωσε τον Νόμο για την εναλλακτική επίλυση διαφορών, επιτρέποντας τη διαιτησία σε ομοσπονδιακές υποθέσεις και στη συνέχεια τον τροποποίησε στο 1998 για να συμπεριλάβει γενικά τις διαδικασίες εναλλακτικής επίλυσης διαφορών. 28 USC §§ 651-658 (2012). (Public Law 105-315, 112 Stat 2993 (30 October, 1998).) Το τμήμα 652(d) συγκεκριμένα ορίζει ότι: “... *each district court shall, by local rule, provide for confidentiality of the alternative dispute resolution processes and to prohibit disclosure of confidential dispute resolution communications.*”)

Για την επίτευξη αυτού του στόχου, τα ομοσπονδιακά δικαστήρια έχουν υιοθετήσει τους τοπικούς κανονισμούς, επιβάλλοντας το απόρρητο της διαμεσολάβησης. Για παράδειγμα, το United States District Court for the Central District of California θέσπισε το Local Rule 16-15 καθορίζοντας την πολιτική του Δικαστηρίου σε θέματα συμβιβασμού και εναλλακτικών τρόπων επίλυσης διαφορών. Ο εν λόγω κανόνας 16-15,8 προβλέπει ότι όλες οι διαμεσολαβήσεις που διεξάγονται από διαμεσολαβητή είναι απόρρητες. Ο ορισμός “*απόρρητες πληροφορίες*” είναι πιο σαφής, αν όχι ευρύτερος από αυτόν της Καλιφόρνιας. Ο ορισμός περιλαμβάνει όχι μόνο κάθε γραπτή και προφορική επικοινωνία που λαμβάνει χώρα “...*for the purpose of, in the course of or pursuant to the mediation deemed confidential information*”, αλλά, επιπλέον “... *anything that happened or was said relating to the subject matter of the case in mediation, any position taken, and any view of the merits of the case expressed by any participant in connection with any mediation* (paragraph 9 of the Court’s General Order 11-10 (August 15, 2011). Similarly, the Ninth Circuit Court of Appeals mandates mediation confidentiality in its Circuit Rule 33-1.)

Σε αυτές τις περιπτώσεις ένας δικαστής Επαρχιακού Δικαστηρίου των ΗΠΑ μπορεί να εφαρμόσει πολιτειακό νόμο σχετικά με το απόρρητο της διαμεσολάβησης σύμφωνα με τους ομοσπονδιακούς κανόνες που προβλέπονται στο Federal Rules of Evidence Rule 501, ο οποίος, εν μέρει, προβλέπει ότι το πολιτειακό δίκαιο περί προνομίων εφαρμόζεται “...*in civil actions and proceedings, with respect to an element of a claim or defence as to which State law supplies the rule of decision.*» Δείτε, για παράδειγμα την αδημοσίευτη απόφαση *Benesch v Green*, 2009 WL 4885215 Case No. C-07-3784 EDL (N.D. Cal., Dec 17, 2009), στην οποία ο επαρχιακός Δικαστής επικαλείται εξ ολοκλήρου τον νόμο και τη νομολογία της Καλιφόρνια στην απόφασή σχετικά με το απόρρητο της διαμεσολάβησης.

Ωστόσο, στις περιπτώσεις στις οποίες γίνεται επίκληση του ζητήματος - ερώτημα της Ομοσπονδιακής αρμοδιότητας του Δικαστηρίου (28 ΗΠΑ C. §1331(2012)) (με ή χωρίς πολιτειακές αξιώσεις) ή όπου το θέμα είναι διαδικαστικό, τότε ένα ομοσπονδιακό δικαστήριο μπορεί ή δεν μπορεί να εφαρμόσει ένα προνόμιο διαμεσολάβησης του κοινού



δικαίου. Στην *Babasa v LensCrafters Inc.*, 498 F.3d 972 (9th Cir. 2007), το δικαστήριο αγνόησε το απόρρητο σε περίπτωση απόφασης περί αρμοδιότητας.

Εντούτοις, στην υπόθεση *Wilcox et al v Arpaio et al*, 753 F.. 3d 872 (9th Cir. 2014), το 9^ο περιφερειακό Εφετείο αναγνώρισε ότι ομοσπονδιακός νόμος για το προνόμιο του απορρήτου της διαμεσολάβησης υπάρχει, αλλά παρέκαμψε την εφαρμογή του, με το επιχείρημα ότι τα μέρη το παραμέρισαν καθώς και οι δύο πλευρές υποστήριξαν μόνο την εφαρμογή του προνομίου της διαμεσολάβησης των νόμων της Αριζόνα και δεν παρέπεμπε σε αυτό το προνόμιο εθνικού δικαίου. Περαιτέρω, το 9^ο εφετείο σημείωσε ότι, όσον αφορά στο προηγούμενο ζήτημα, τα ίδια αποδεικτικά στοιχεία σχετίζονται με τους ισχυρισμούς επιστηριζόμενους τόσο στον ομοσπονδιακό όσο και τον πολιτειακό νόμο. Ως εκ τούτου, ο ομοσπονδιακός νόμος για το απόρρητο της διαμεσολάβησης και όχι για ο πολιτειακός, θα είναι εφαρμοστέος.

Επί του παρόντος εκκρεμεί στο 9^ο Εφετείο μια άλλη υπόθεση σχετικά με το απόρρητο της διαμεσολάβησης. Στην υπόθεση *Pamela Milhouse v Travelers Commercial Insurance Company*, 982 F.Supp 2d 1088 (C.D. Cal 2013), οι ενάγοντες μήνυσαν τον ασφαλιστή τους για παραβίαση της σύμβασης και για κακόπιστη συμπεριφορά, λόγω της επικαλούμενης καθυστέρησης στην πληρωμή των εναγόντων για την ολική απώλεια του σπιτιού τους και του περιεχόμενου του που προκλήθηκαν από πυρκαγιά. Πριν από την κατάθεση της αγωγής στο δικαστήριο της πολιτείας, τα μέρη συμμετείχαν σε διαμεσολάβηση. Το θέμα δεν διευθετήθηκε. Οι ενάγοντες άσκησαν αγωγή ενώπιον του πολιτειακού δικαστηρίου και οι εναγόμενοι μετέφεραν την υπόθεση στο ομοσπονδιακό δικαστήριο. Κατά τη διάρκεια της δίκης, ο δικαστής του ασφαλιστή ρώτησε τους μάρτυρες σχετικά με το τι είχε συμβεί κατά τη διάρκεια της διαμεσολάβησης. Το δικαστήριο επέτρεψε να εισαχθούν αποδεικτικά στοιχεία. Επικαλούμενοι επιζήμιο σφάλμα, οι ενάγοντες κατέθεσαν ένσταση για νέα δίκη. Στη διάταξη που απορρίπτει το αίτημα των εναγόντων, ο δικαστής του Πρωτοδικείου απεφάνθη τόσο ότι ο δικηγόρος των εναγόντων είχε άρει το απόρρητο και, ακόμα κι αν αυτό δεν είχε αρθεί, η αρχή του "due process" απαίτησε να επιτραπεί στον ασφαλιστή να παρέχει στοιχεία που θα αποδείκνυαν ότι δεν ενήργησε κακόπιστα.

Έτσι, το δικαστήριο "κατασκεύασε" μια εξαίρεση του απορρήτου της διαμεσολάβησης, βασιζόμενο στην αρχή του «due process».

Οι ενάγοντες άσκησαν έφεση η οποία είναι σε εκκρεμότητα.

Συμφωνία τήρησης απορρήτου

Πέραν των ανωτέρω, τα μέρη συνήθως υπογράφουν σύμβαση τήρησης του απορρήτου της διαμεσολάβησης, συμφωνώντας ότι όλα όσα ανταλλάσσονται προφορικά ή γραπτά στη διαδικασία της διαμεσολάβησης θα παραμείνουν εμπιστευτικά.

Μελέτη του Καθηγητή Coben

Έτσι, με βάση τη νομοθετική, νομολογιακή και συμβατική προστασία, οι διαμεσολαβήσεις θα πρέπει να είναι απόρρητες. Ωστόσο, μια μελέτη τον James R. Coben, Καθηγητή και υψηλόβαθμο εταίρο του Κέντρου Επίλυσης Διαφορών στο Νομική Σχολή του Πανεπιστημίου Hamline, σχετικά με τις δικαστικές υποθέσεις που αφορούσαν σε διαμεσολάβηση, δείχνει ακριβώς το αντίθετο. Τόσο στο πρόσφατο διαδικτυακό σεμινάριο



που χρηματοδοτήθηκε από το Τμήμα Επίλυσης Διαφορών του American Bar Association, όσο και σε ένα άρθρο του, ο καθηγητής Coben αποδεικνύει ότι αρκετά συχνά οι διαμεσολαβήσεις αποτέλεσαν το αντικείμενο ακροάσεων στο δικαστήριο και ότι το απόρρητο αγνοήθηκε (Βλέπε, ABA Section of Dispute Resolution , *The Ethics of Mediator Testimony: Tales from Recent Federal and State Case Law* by James R. Coben, Professor and Senior Fellow, Dispute Resolution Institute, Hamline University (September 2014 webinar); Coben, James R. and Thompson, Peter N., *Mediation Litigation Trends: 1999-2007*, 1 World Arbitration and Mediation Review 396 (No. 3) (2007).)

Ο Καθηγητής Coben διαπίστωσε ότι χρόνο με τον χρόνο, όλο και περισσότερες υποθέσεις αφορούν σε διαμεσολαβήσεις. Για παράδειγμα, το 2002 υπήρχαν μόνο 301 περιπτώσεις· το 2006 ο αριθμός αυτός είχε υπερδιπλασιαστεί – 677 υποθέσεις. Το 2013, υπήρχαν 802 περιπτώσεις.

Την ίδια στιγμή, η τάση ήταν η μείωση των πολιτειακών δικαστικών υποθέσεων και αύξηση των υποθέσεων στο ομοσπονδιακό δικαστήριο. Το 2003, από τις 335 περιπτώσεις, 87 από αυτές ή το 26% των περιπτώσεων ήταν ενώπιον ομοσπονδιακού δικαστή, ενώ 248 ή 73% εκκρεμούσαν σε πολιτειακό δικαστή. Δέκα χρόνια αργότερα, το 2013, από τις 802 υποθέσεις, οι 444 ή 55% των περιπτώσεων υπήχθησαν στο ομοσπονδιακό δικαστήριο ενώ 358 ή 45% κατατέθηκαν σε πολιτειακά δικαστήρια.

Ποια ήταν τα θέματα που θίγονταν σε αυτές τις υποθέσεις; Από τις 735 υποθέσεις που κατατέθηκαν το 2012, 272 από αυτές ή το 37 % αφορούσε την εφαρμογή της συμφωνίας που προέκυψε από τη διαμεσολάβηση, 103 περιπτώσεις ή το 14 % αμοιβές του εμπλεκόμενου διαμεσολαβητή, 66 περιπτώσεις ή το 9 % αφορούσε το απόρρητο, 37 περιπτώσεις ή το 5 % αφορούσε κυρώσεις και 22 περιπτώσεις ή το 3% αφορούσε τη δεοντολογία. Και πάλι, το 2013, το 9 % ή 73 περιπτώσεις αφορούσαν το απόρρητο.

Σχετικά με το απόρρητο και μόνο, μεταξύ του 1999 και του 2005 εισήχθησαν 601 περιπτώσεις, στις οποίες προσφέρθηκαν ως αποδεικτικά στοιχεία όσα συζητήθηκαν στη διαδικασία της διαμεσολάβησης. Είναι φανερό ότι η ιδέα του απορρήτου ή του προνομίου της διαμεσολάβησης δεν είχε τεθεί σε 462 εξ αυτών ή σε ποσοστό 76%!

Κατά την ίδια χρονική περίοδο, σε 125 περιπτώσεις, ο διαμεσολαβητής κατέθεσε ως μάρτυρας, και σε 85 από αυτές ή στο 68% αυτών, η έννοια του προνομίου δεν είχε καν τεθεί.

Το θέμα της μαρτυρίας του διαμεσολαβητή περιλάμβανε:

- τη συμμετοχή και ειδικότερα, το ζήτημα ποιος έκανε τη διαπραγμάτευση, τους όρους της συμφωνίας επίλυσης της διαφοράς, την ψυχική και σωματική υγεία των μερών,
- τους λόγους για τους οποίους δεν επετεύχθη επίλυση της διαφοράς,
- ποιος συνέταξε τη συμφωνία, ομολογίες ή/και δηλώσεις που έγιναν αντίθετα με τα συμφέροντα των μερών,
- το περιεχόμενο των συζητήσεων, συμπεριλαμβανομένων ανταλλαγέντων εγγράφων, δικηγορικών αμοιβών, εγγυήσεων, αποτιμήσεων και εξουσίας λήψεως αποφάσεων, και



- όσον αφορά τις συλλογικές αγωγές, την ποιότητα των διαπραγματεύσεων εξ ονόματος των μελών και την ποιότητα των διευθετήσεων.

Με λίγα λόγια, σχεδόν κάθε θέμα που μπορεί να προέκυψε κατά τη διάρκεια της διαμεσολάβησης αποτελούσε περιεχόμενο ένορκης κατάθεσης στο δικαστήριο!

Επιπλέον, ο καθηγητής Coben διαπίστωσε ότι όσο απλούστερο ήταν το νομοθετικό πλαίσιο, τόσο περισσότερες ήταν οι δίκες. Το Τμήμα 1119 του Κώδικα περί αποδείξεων της Καλιφόρνια έχει 163 λέξεις και το τμήμα 1122 έχει 176. Το 2003, από τις συνολικές υποθέσεις όλων των εφετείων των ΗΠΑ σχετικά με το ζήτημα του απορρήτου, το 27% αυτών εκκρεμούσαν στην Καλιφόρνια. Το 2009 το ποσοστό ήταν 63%.

Αντίθετα, λιγότερο από 20 υποθέσεις σχετικά με το ζήτημα του απορρήτου κατατέθηκαν στις έντεκα Πολιτείες και την περιφέρεια της Κολούμπια όπου εφαρμόζεται το Uniform Mediation Act (περίπου 7500 λέξεις).

Η ειδική περίπτωση των “class actions”

Ο τομέας, στον οποίο το απόρρητο της διαμεσολάβησης φαίνεται να αγνοείται αρκετά, είναι οι διακανονισμοί στο πλαίσιο συλλογικής αγωγής. Καθώς αυτοί συχνά κατατίθενται σύμφωνα με το «diversity jurisdiction» του ομοσπονδιακού δικαστηρίου (28 ΗΠΑ C. §1332 (2012)), σύμφωνα με τους ομοσπονδιακούς κανόνες του αποδεικτικού κώδικα (Evidence Rule 501) πρέπει να ισχύει το πολιτειακό δίκαιο. (Βλ., *Class Action Fairness Act of 2005*, 28 USC §§1711-1715 (2012) (Public Law 109-2, 119 Stat 5 (Feb 18, 2005)).

Οι διαμεσολαβητές αρκετά συχνά υποβάλλουν υπεύθυνες δηλώσεις που πιστοποιούν την ποιότητα της διαδικασίας διαπραγμάτευσης και την αμεροληψία της συμφωνίας. Σε πολλές περιπτώσεις τα ομοσπονδιακά και πολιτειακά δικαστήρια έχουν επικαλεστεί την υπόληψη του διαμεσολαβητή ως στοιχείο ότι η διαδικασία διαμεσολάβησης ήταν δίκαιη και δεν συμπεριλάμβανε απάτη ή συμπαιγνία, αγνοώντας τις αντιρρήσεις οποιουδήποτε μέρους που δεν ήταν παρόν κατά τη διαμεσολάβηση. Για παράδειγμα, το 2013 υπήρχαν 83 υποθέσεις διακανονισμού συλλογικής αγωγής, στις οποίες η συμμετοχή του διαμεσολαβητή, αν όχι η υπεύθυνη δήλωση που υποβλήθηκε στο δικαστήριο, έπαιξε ρόλο στο Δικαστήριο για να αποφανθεί ότι η διαπραγμάτευση έγινε επί ίσους όρους και ήταν θεμιτή.

Ο Καθηγητής Coben αναφέρει τρία παραδείγματα υποθέσεων που εκδικάστηκαν σε περιφερειακά δικαστήρια της Καλιφόρνια, ΗΠΑ, το 2013:

1. Στην υπόθεση *MRV Communications Inc Derivative Litig.*, No. cv-08-03800 GAF (MANX) που εκδικάστηκε στο κεντρικό δικαστήριο της Καλιφόρνια στις 6 Ιουνίου, 2013, η δήλωση του διαμεσολαβητή αναφέρθηκε στην έγκριση της συμφωνίας στη σελίδα 11 του περί εγκρίσεως δικαστικών εξόδων, το Πρωτοδικείο αναφέρει: «...*And the mediator in the case concurs, urging that ‘the separately negotiated attorneys’ fees and expenses agreement was negotiated in good faith and is fair and reasonable and within the range of fees paid in similar shareholder-derivative cases.*»

2. Στην υπόθεση *Johansson-Dohrmann v CBR Systems, Inc*, 12 cv-1115-MMA (S.D. Cal. July 24, 2013) παρατέθηκε ξανά η δήλωση ενός διαμεσολαβητή σε αρκετά διαφορετικά σημεία



στην έγκριση του διακανονισμού...*the settlement is . . . fair and reasonable to all parties and provides significant benefits to the Settlement Class. (Page 8 of Order) and it was clear from the briefs and the discussions during the mediation that the parties and their counsel had a thorough understanding of the facts and law as well as the risks and uncertainties pertaining to the litigation. (Page 10 of Order)*

3. Στη υπόθεση *Moore v. Verizon Communications, Inc.* No. c-09-1823 SBA (N.D. Cal. August 28, 2013) σημειώνεται ότι ο διαμεσολαβητής συνέστησε "ανεπιφύλακτα" τον διακανονισμό (Σελίδα 15 της Διατάξεως.) Σε αυτή τη περίπτωση, ο διαμεσολαβητής υπέβαλε μια δήλωση δέκα σελίδων υπέρ του διακανονισμού.

Είναι αξιοσημείωτο ότι σε αυτές τις περιπτώσεις κανένας από τους δικαστές δεν συζήτησε πραγματικά το σκεπτικό πίσω από την επίκληση της δήλωσης του διαμεσολαβητή. Απλώς ενήργησαν με βάση ότι ο διαμεσολαβητής ήταν έμπειρος, ικανός, ανεξάρτητος, αναγνωρισμένος σε εθνικό επίπεδο, σεβαστός, διακεκριμένος, είχε πλήρη γνώση του σχετικού νόμου και άλλα τέτοια συμπεράσματα. Εν ολίγοις, οι διαμεσολαβητές ήταν καλοί άνθρωποι και αυτό ήταν που είχε σημασία.

Ενώ αυτές οι υποθέσεις δείχνουν να αφορούν την ορθότητα του διακανονισμού της συλλογικής αγωγής (class action), δεν φαίνεται να υπάρχει κάτι στις διατάξεις περί απορρήτου της διαμεσολάβησης που να επιτρέπει μια τέτοια εξαίρεση. Και ενώ τα μέρη μπορεί να έχουν άρει το απόρρητο, πολλές από τις σχετικές διατάξεις απαιτούν μια ρητή παραίτηση γραπτώς· όχι μια υπονοούμενη παραίτηση ή απλά αγνόηση του θέματος εν συνόλω, όπως φαίνεται να έχει συμβεί εδώ. (Βλ., California Evidence Code sections 1118 and 1122)

Συμπεράσματα

Όπως όλα τα πράγματα στη ζωή, όταν πρόκειται για το απόρρητο της διαμεσολάβησης, η θεωρία και η πράξη μερικές φορές αποκλίνουν. Ενώ τα νομοθετικά σώματα και τα δικαστήρια στις ΗΠΑ κατέστησαν σαφές ότι το απόρρητο της διαμεσολάβησης πρέπει να είναι σεβαστό και να επιβληθεί, σε οποιαδήποτε περίπτωση, αυτός ο κανόνας του απορρήτου ή/και του απαραδέκτου της υποβολής αποδεικτικού στοιχείου μπορεί να περιφρονείται ή, ακόμα και να μην τίθεται καν. Αυτό μπορεί να συμβεί ακόμη και αν τα μέρη έχουν υπογράψει μια συμφωνία απορρήτου της διαμεσολάβησης. Σε αυτή τη περίπτωση, επίσης, και τα μέρη και το δικαστήριο μπορούν να την αγνοήσουν.

Έτσι, ενώ στη θεωρία οι διαμεσολαβήσεις οφείλουν να είναι απόρρητες, στην πράξη, τα μέρη θα πρέπει να είναι προσεκτικά. Το "απόρρητο" μπορεί και να μην τηρηθεί. Αντίθετα με ότι συμβαίνει στο Las Vegas, «*it just may not stay there*».

Πηγή: <http://www.mediate.com/articles/PollackConfidential.cfm>