

La confidenzialità quale componente fondamentale della mediazione

FRANCESCA CAVADINI-BIRCHLER*

Parole chiave: Confidenzialità, mediatore, mediazione, regolamento di mediazione, accordo di mediazione

Schlagworte: Mediation, Mediator, Vertraulichkeit, Mediationsreglement, Mediationsvereinbarung

Mots clés: Confidentialité, médiateur, médiation, règlement de médiation, convention de médiation

Riassunto

La confidenzialità è un carattere fondamentale della mediazione in considerazione delle funzioni che essa ricopre. Essa permette in effetti un libero scambio di informazioni, una libera discussione sulle alternative e infine una libera scelta della soluzione finale. L'obbligo di confidenzialità a carico del mediatore discende dalle regole deontologiche alle quali è sottoposto, nonché dalle regole applicabili alla procedura di mediazione oppure dall'accordo di mediazione concluso con le parti. Per quanto riguarda le parti, l'obbligo di confidenzialità deriva unicamente dalle regole applicabili alla procedura di mediazione, oppure dall'accordo di mediazione concluso. Per quanto riguarda i terzi, l'obbligo di confidenzialità può essere imposto unicamente tramite accordo specifico.

Zusammenfassung

Vertraulichkeit ist ein wesentliches Merkmal der Mediation im Hinblick auf deren auf offenen Informationsaustausch, Optionserörterung und schliesslich freie Lösungswahl ausgerichtete Funktionen. Die Vertraulichkeitspflicht eines Mediators ergibt sich aus den diesen bindenden Berufsregeln, den auf die Mediation anwendbaren Regeln und aus der Parteivereinbarung. Die Parteien sind lediglich aus den auf die Mediation anwendbaren Regeln oder aus ihrer Vereinbarung zur Vertraulichkeit verpflichtet. Dritten kann nur mit spezifischer Vereinbarung eine Vertraulichkeitspflicht auferlegt werden.

Résumé

La confidentialité est un élément essentiel de la médiation, eu égard à l'esprit de celle-ci. Elle permet en effet un libre échange d'informations, une libre discussion sur les alternatives possibles et, enfin, un libre choix de la solution finale. Le devoir de confidentialité du médiateur découle des règles déontologiques auxquelles il est soumis, ainsi que des règles applicables à la procédure de médiation, voire de la convention de médiation conclue avec les parties. En ce qui concerne les parties, ce devoir résulte uniquement des règles applicables à la procédure de médiation, ou de l'accord qu'elles ont conclu. Les tiers ne peuvent se voir imposer une obligation de confidentialité que par le biais d'une convention portant spécifiquement sur ce point.

* Avv., Mediatrice FSA e FSM

Sommario

- I. Introduzione
- II. Funzioni della confidenzialità in seno alla mediazione
 1. Libero scambio di informazioni
 2. Libera discussione sulle alternative
 3. Libera scelta della soluzione finale
- III. Tipi di confidenzialità
 1. Confidenzialità interna
 2. Confidenzialità esterna
- IV. Persone sottoposte all'obbligo di confidenzialità
 1. Mediatore
 2. Parti
 3. Terzi
- V. Regolamenti di mediazione e confidenzialità
 1. Regolamento ADR della CCI
 2. Regolamento di mediazione dell'OMPI
 3. Regolamento svizzero di mediazione commerciale delle Camere di Commercio e dell'Industria Svizzera
 4. Direttive FSA per la mediazione
- VI. Conclusione

I. Introduzione

Gli elementi fondamentali della mediazione sono unanimemente considerati essere, da una parte, la volontarietà e, dall'altra parte, la confidenzialità¹. Il presente articolo ha quale scopo di comprendere il motivo per il quale la confidenzialità assume tale carattere essenziale ed inderogabile in seno alla mediazione, al contrario ad esempio dell'arbitrato dove la questione della confidenzialità è ancora oggetto di un ampio dibattito².

1 JEAN-PHILIPPE DUNAND, *Le médiateur institué par l'employeur*, Jusletter 13 novembre 2006, N 50; DOMINIQUE BROWN-BERSET, *La médiation commerciale: le géant s'éveille*, *Revue de droit suisse* II/2002, p. 347; SIBILLA GIACOMELLI, *La via della conciliazione*, Milano 2003, p. 101; ALAN SCOTT RAU/EDWARD F. SHERMAN/SCOTT R. PEPPER, *Mediation and other Non-binding ADR Processes*, New York 2002, p. 135; HAROLD I. ABRAMSON, *International Mediation Basics*, in: *The Practitioner's Handbook on International Arbitration and Mediation*, London 2002, II, 1-5.

2 JEAN-FRANÇOIS POUDET/SÉBASTIEN BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, N 368: «Parfois présentée comme l'un des principaux avantages de l'arbitrage, la confidenzialità a suscité intérêt et controverses doctrinales. (...) La difficulté du sujet tient notamment au fait qu'il n'existe pas un concept unique de la confidenzialità dans l'arbitrage. Celle-ci varie en fonction des situations qu'elle est censée couvrir et ne s'applique pas de la même manière à tous les intervenants dans la procédure arbitrale. En outre, les lois d'arbitrage ici considérées ne réglementent pas expressément la confidenzialità, ce qui contribue à l'incertitude entourant ce sujet. Les doutes subsistent même dans l'arbi-

Analizzeremo in primo luogo le varie funzioni della confidenzialità in seno ad una mediazione. Esamineremo poi i vari tipi di confidenzialità esistenti nella mediazione e identificheremo le persone sottoposte all'obbligo di confidenzialità. Concluderemo infine approfondendo alcuni regolamenti di mediazione relativamente all'obbligo di confidenzialità.

Prima di addentrarci nel tema, occorre tuttavia cercare di comprendere il significato del termine «confidenzialità». Il vocabolario della lingua italiana³ considera che il sostantivo «confidenzialità» deriva dall'aggettivo «confidenziale» ed è un sinonimo di «riservatezza». L'aggettivo «confidenziale» è definito nel modo seguente: «Amichevole; riservato, segreto: in via confidenziale; notizia confidenziale». Si può pertanto considerare che l'obbligo di confidenzialità consiste nell'«impedire a terzi di venire a conoscenza di fatti, stati e qualità personali che il titolare voglia mantenere riservati o comunque non rendere di pubblico dominio»⁴.

II. Funzioni della confidenzialità in seno alla mediazione

La confidenzialità assume principalmente tre funzioni in seno ad una mediazione: essa permette infatti (i) un libero scambio di informazioni, (ii) una libera discussione sulle alternative ed infine (iii) una libera scelta della soluzione finale.

Queste tre funzioni sono essenziali per permettere ad una mediazione di svolgersi e concludersi positivamente.

1. Libero scambio di informazioni

L'obbligo di confidenzialità assicura alle parti nell'ambito di una mediazione che le informazioni divulgate, i documenti prodotti o le posizioni espresse nell'ambito della mediazione non potranno poi essere usate dall'altra parte in una procedura giudiziaria o arbitrale. Tale circostanza crea un clima di fiducia nel quale è possibile procedere ad un libero scambio d'informazioni, senza il timore di dare all'altra parte elementi di prova che potrebbero essere usati contro di sé nell'ambito di una successiva procedura contenziosa⁵.

trage institutionnel. En effet, si certains règlements d'arbitrage contiennent des règles concernant un ou plusieurs aspects particuliers de la confidentialité dans l'arbitrage, plus rares sont ceux qui posent des principes généraux régissant cette question».

3 Il Devoto-Oli, Vocabolario della lingua italiana 2008, Milano 2007.

4 ANNA GALIZIA DANOVI/MIHRTAD PAZARDJIKLIAN, *Privacy: la riservatezza come condizione di successo nelle mediazioni*, in: Fulvio Scarpato, *Il coraggio di mediare*, Con-
testi, teorie e pratiche di risoluzioni alternative delle controversie, Milano 2001, p. 358.

5 DUNAND (nota 1), N 50; BROWN-BERSET (nota 1), p. 347.

2. Libera discussione sulle alternative

L'obbligo di confidenzialità garantisce alle parti alla mediazione che le alternative proposte per risolvere il conflitto non potranno essere menzionate al di fuori della mediazione stessa. Tale circostanza permette alle parti di discutere ed esprimere liberamente un parere in merito ad ogni alternativa proposta, senza il timore che alcune affermazioni possano essere usate contro di sé nell'ambito di una successiva procedura contenziosa⁶.

3. Libera scelta della soluzione finale

L'obbligo di confidenzialità garantisce infine alle parti alla mediazione che, salvo eccezioni, la soluzione finale non sarà divulgata⁷. Tale circostanza permette alle parti di scegliere liberamente una soluzione a prescindere dai propri diritti (nei limiti naturalmente della normativa di natura imperativa) e soprattutto dalle pressioni esterne al conflitto. In altre parole, le parti possono scegliere liberamente una soluzione senza il timore di «perdere la faccia».

III. Tipi di confidenzialità

Si distinguono due tipi di obblighi in merito alla confidenzialità: (i) la confidenzialità relativa alle relazioni tra i partecipanti alla mediazione (parti e mediatore), ossia la confidenzialità interna e (ii) la confidenzialità relativa alle relazioni tra i partecipanti con il mondo esterno durante ed alla fine della mediazione, ossia la confidenzialità esterna.

1. Confidenzialità interna

La questione della confidenzialità interna si pone unicamente nell'ambito delle sedute private⁸. In questa circostanza, il mediatore s'impegna a non divulgare all'altra parte quanto gli è stato detto. L'obbligo di confidenzialità interna è quindi unicamente a carico del mediatore.

Rari sono i regolamenti di mediazione che contemplano l'obbligo di confidenzialità interna⁹. Può pertanto risultare interessante inserire tale obbligo nell'accordo di mediazione. Non è tuttavia fondamentale, in quanto si può general-

6 BROWN-BERSET (nota I), p. 347.

7 DUNAND (nota I), N 50.

8 BROWN-BERSET (nota I), p. 348.

9 Cfr. *Infra* V.

mente considerare che il carattere vincolante dell'obbligo di confidenzialità interna risulta comunque, a prescindere da un accordo specifico in merito, dalle regole deontologiche a cui il mediatore è sottoposto.

Per quanto concerne le eccezioni, l'unica generalmente ammessa è l'autorizzazione alla divulgazione dalla parte che si è espressa in seduta privata¹⁰.

2. Confidenzialità esterna

L'obbligo di confidenzialità esterna impone ai partecipanti alla mediazione di non rivelare informazioni, fatti, o documenti di cui hanno avuto conoscenza durante la mediazione. L'obbligo di confidenzialità esterna porta pure, in linea di massima, su tutti i documenti allestiti durante la procedura di mediazione, segnatamente l'accordo di mediazione e la convenzione finale. Per quanto concerne specificamente il mediatore, l'obbligo di confidenzialità esterna significa inoltre che egli è esonerato da ogni obbligo di testimoniare e che gli appunti da egli presi durante la mediazione non possono essere esibiti da parte sua nell'ambito di una procedura giudiziaria od arbitrare.

Se del caso, l'obbligo di confidenzialità esterna risulta dal regolamento di mediazione. Tale principio è in effetti previsto in tutti i regolamenti di mediazione, anche se con modalità diverse. In assenza di un regolamento di mediazione o in complemento allo stesso, è opportuno inserire l'obbligo di confidenzialità esterna e le sue modalità d'applicazione nell'accordo di mediazione.

Le seguenti eccezioni devono, a nostro avviso, essere ammesse:

- (i) Le informazioni che sono già di pubblico dominio al momento in cui inizia la mediazione non sono coperte dall'obbligo di confidenzialità¹¹.
- (ii) Una parte che rivela informazioni o documenti confidenziali nell'ambito di una procedura di mediazione è autorizzata a rivelare tali informazioni o documenti pure nell'ambito di una procedura giudiziaria od arbitrare¹². Una parte non può invece usare informazioni o documenti prodotti dall'altra parte nell'ambito della procedura di mediazione.
- (iii) Una parte può derogare all'obbligo di confidenzialità in caso di necessità per fare eseguire l'accordo finale¹³.
- (iv) Con l'accordo di tutti i partecipanti della mediazione, le parti e il mediatore possono derogare all'obbligo di confidenzialità¹⁴.

10 BROWN-BERSET (nota I), p. 348.

11 BROWN-BERSET (nota I), p. 349.

12 BROWN-BERSET (nota I), p. 349; GIACOMELLI (nota I), p. 101.

13 BROWN-BERSET (nota I), p. 350; RAU/SHERMAN/PEPPE (nota I), p. 167.

14 DUNAND (nota I), N 50; BROWN-BERSET (nota I), p. 350; GIACOMELLI (nota I), p. 101.

IV. Persone sottoposte all'obbligo di confidenzialità

1. Mediatore

Il mediatore è sottoposto all'obbligo di confidenzialità interna e esterna. Tale obbligo risulta in primo luogo dalle regole deontologiche alle quali è sottoposto¹⁵; lo stesso può inoltre risultare dall'accordo di mediazione o dal regolamento di mediazione applicabile.

In linea di massima, il mediatore ricorderà ad ogni parte, all'inizio di ogni seduta privata, il suo obbligo di confidenzialità interna, nonché la possibilità di essere esonerato da tale obbligo tramite autorizzazione espressa. Alla fine della seduta privata, il mediatore chiederà ancora alla parte presente se gli è possibile rivelare all'altra parte quanto gli è stato detto durante la seduta privata e, in caso affermativo, quali elementi possono essere rivelati e quali invece non possono essere rivelati.

2. Parti

Le parti sono sottoposte all'obbligo di confidenzialità esterna unicamente se si sono debitamente impegnate in tal senso. L'impegno preso può risultare: (i) tramite l'accettazione di applicare un regolamento di mediazione alla procedura che prevede la confidenzialità della procedura di mediazione, oppure (ii) tramite la conclusione di un accordo di mediazione contenente una specifica clausola in merito.

Il mediatore dovrà spiegare alle parti il concetto di confidenzialità durante la fase di pre-mediazione durante gli incontri preparatori. Tale concetto sarà poi ribadito e spiegato, se del caso, al momento della conclusione dell'accordo di mediazione. È infine utile, alla conclusione del processo di mediazione, ricordare alle parti che l'obbligo di confidenzialità e i vari aspetti che esso comporta perdurano dopo la mediazione.

3. Terzi

I terzi sono sottoposti all'obbligo di confidenzialità esterna unicamente se si sono debitamente impegnati in tal senso tramite specifico accordo. Esistono alcuni regolamenti di mediazione che prevedono l'obbligo di confidenzialità a carico dei terzi coinvolti nel processo di mediazione. A nostro avviso, tale obbligo non è vincolante, in quanto i terzi non hanno mai aderito al regolamento di mediazione applicabile alla fattispecie.

¹⁵ DUNAND (nota I), N.51.

Il mediatore dovrà spiegare ai terzi il concetto di confidenzialità al momento del loro coinvolgimento. Tale concetto sarà poi ribadito e spiegato al momento della conclusione di un specifico accordo in merito.

V. Regolamenti di mediazione e confidenzialità

1. Regolamento ADR della CCI

Il regolamento ADR della Camera di Commercio Internazionale (CCI) contiene un lungo articolo intitolato «*General Provisions*» che tratta essenzialmente di questioni legate alla confidenzialità¹⁶.

L'obbligo di confidenzialità esterna è chiarimento menzionato sia per quanto riguarda la procedura di mediazione sia per quanto riguarda la convenzione finale¹⁷. Per quanto riguarda la convenzione finale, sono definite in modo esauritivo le eccezioni all'obbligo di confidenzialità: (i) consenso di tutte le parti, (ii) obbligo legale di divulgazione, (iii) necessità per fare eseguire l'accordo finale¹⁸. Sono inoltre chiaramente ed estensivamente definite le persone sottoposte a tale obbligo.

2. Regolamento di mediazione dell'OMPI

Il regolamento di mediazione dell'Organizzazione Mondiale della Proprietà Intellettuale (OMPI) del 1° ottobre 2002 contiene quattro specifici articoli sulla confidenzialità¹⁹.

L'obbligo di confidenzialità esterna è trattato in modo molto dettagliato (restituzione dei documenti e distruzione degli appunti alla fine del processo di mediazione, divieto di far valere quanto espresso durante il processo di mediazione davanti alle autorità giudiziarie). Il consenso di tutte le parti è ritenuto quale unica eccezione all'obbligo di confidenzialità. Sono inoltre chiaramente ed estensivamente definite le persone sottoposte all'obbligo di confidenzialità.

¹⁶ Art. 7.

¹⁷ Art. 7 cpv. 1, prima frase: «In the absence of any agreement of the parties to the contrary and unless prohibited by applicable law, the ADR proceedings, including their outcome, are private and confidential.»; cfr. art. 7 cpv. 2 per quanto concerne la portata dell'obbligo di confidenzialità.

¹⁸ Art. 7 cpv. 1, seconda frase: «Any settlement agreement between the parties shall similarly be kept confidential except that a party shall have the right to disclose it to the extent that such disclosure is required by applicable law or necessary for purposes of its implementation or enforcement.»

¹⁹ Art. 14 a 17.

Si rileva che la questione della confidenzialità della convenzione finale non è invece trattata in modo specifico. Tale scelta è dettata dal tipo di litigi sottoposti al Regolamento di mediazione dell'OMPI. Trattandosi di questioni relative a diritti di proprietà intellettuale, la soluzione con la quale si è messo fine al litigio deve in effetti poter essere pubblicizzata.

3. Regolamento svizzero di mediazione commerciale delle Camere di Commercio e dell'Industria Svizzera

Il regolamento svizzero di mediazione commerciale delle Camere di Commercio e dell'Industria Svizzera entrato in vigore il 1° aprile 2007 tratta della confidenzialità all'articolo 18 che stipula quanto segue:

«1 La mediazione è sempre confidenziale. Ogni osservazione, dichiarazione o proposta davanti al mediatore o dal mediatore non può essere usata successivamente nemmeno in caso di procedimento giudiziario o arbitrale, a meno che non vi sia un accordo scritto di tutte le parti.

² Le sedute sono confidenziali. Le parti possono prevedere, con il consenso del mediatore, che altre persone assistano alle sedute.»

L'obbligo di confidenzialità esterna per quanto riguarda la procedura di mediazione risulta chiaramente dal primo capoverso dell'articolo 18. Il consenso scritto di tutte le parti è ritenuto quale unica eccezione all'obbligo di confidenzialità. Si rileva che la questione della confidenzialità della convenzione finale non è invece trattata in modo specifico. Infine, le persone sottoposte all'obbligo di confidenzialità non sono chiaramente definite.

Il secondo capoverso pone, a nostro avviso, alcuni problemi d'interpretazione. Siccome la prima frase stipula che «Le sedute sono confidenziali», si potrebbe dedurre che il secondo capoverso si riferisce all'obbligo di confidenzialità interna. Questa interpretazione deve, a nostro avviso, essere scartata. In effetti, la seconda frase del secondo capoverso precisa che «Le parti possono prevedere, con il consenso del mediatore, che altre persone assistano alle sedute»²⁰. Il riferimento a terzi è un chiaro riferimento alla confidenzialità esterna. Occorre pertanto concludere che entrambi i capoversi dell'articolo 18 si riferiscono alla confidenzialità esterna.

A proposito della partecipazione di terzi alle sedute, è importante rilevare che il regolamento non può imporre un obbligo di confidenzialità a questi ultimi in quanto essi non vi hanno aderito. Questo può essere imposto unicamente tramite accordo specifico.

4. Direttive FSA per la mediazione

Le Direttive per la mediazione della Federazione Svizzera degli Avvocati (Direttive FSA per la mediazione) che tratta della confidenzialità al suo articolo 6:

«6.1. I mediatori sono tenuti al segreto professionale regolato dalla legge. Essi spieghano alle parti la portata e il contenuto di tale obbligo.

6.2. Rendono attente le parti sulla possibilità di concludere accordi di confidenzialità e sul loro significato giuridico. Oggetto di tali pattuizioni possono essere l'esistenza, il contenuto e l'esito della procedura di mediazione così come le regole relative all'obbligo al segreto delle singole persone coinvolte nella procedura.»

Il primo capoverso tratta dell'obbligo di confidenzialità a carico del mediatore rinviando in sostanza al segreto professionale dell'avvocato. L'art. 13 della Legge federale sulla libera circolazione degli avvocati (LLCA) prevede che «L'avvocato è tenuto, senza limiti di tempo e nei confronti di tutti, al segreto professionale su quanto gli è stato confidato dai clienti a causa della sua professione. Il fatto di essere dispensato dal segreto professionale non obbliga l'avvocato a divulgare quanto gli è stato confidato». Si può pertanto considerare che l'obbligo di confidenzialità a carico del mediatore, secondo le Direttive FSA per la mediazione, copre sia la confidenzialità interna che la confidenzialità esterna.

Il secondo capoverso tratta invece dell'obbligo di confidenzialità a carico delle parti, nonché di eventuali terzi. La normativa non pone alcun obbligo in merito ma rinvia alla conclusione di accordi specifici, precisando che tali accordi possono coprire l'esistenza, il contenuto nonché l'esito della procedura di mediazione. Rimane comunque a carico del mediatore un obbligo d'informazione sulla possibilità, nonché necessità di concludere tali accordi.

Le Direttive FSA per la mediazione definiscono in modo molto rigido l'obbligo di confidenzialità del mediatore, nonché l'obbligo di informare debitamente le parti in merito. Per quanto concerne invece l'obbligo di confidenzialità a carico delle parti, le Direttive FSA per la mediazione hanno preferito scegliere una soluzione non vincolante ricordando comunque i principi cardini: obbligo d'informazione del mediatore, possibilità di sottoscrivere un accordo, portata dell'accordo secondo le necessità delle parti. La soluzione adottata è senz'altro interessante e permette di scegliere la soluzione più idonea al caso concreto.

VI. Conclusione

La confidenzialità è un carattere fondamentale della mediazione in considerazione delle funzioni che essa ricopre. Essa permette in effetti un libero scambio di informazioni, una libera discussione sulle alternative e infine una libera scelta della soluzione finale.

²⁰ Stranamente, il consenso scritto in questo caso non è necessario, contrariamente a quanto previsto al primo capoverso.

L'obbligo di confidenzialità a carico del mediatore discende *in primis* dalle regole deontologiche alle quali è sottoposto, e, in seconda battuta, dalle regole applicabili alla procedura di mediazione oppure dall'accordo di mediazione concluso con le parti. Per quanto riguarda le parti, l'obbligo di confidenzialità deriva unicamente dalle regole applicabili alla procedura di mediazione, oppure dall'accordo di mediazione concluso. Per quanto riguarda i terzi, l'obbligo di confidenzialità può essere imposto unicamente tramite accordo specifico.

L'analisi di alcuni regolamenti di mediazione in merito alla questione della confidenzialità dimostra la varietà delle soluzioni proposte. In linea di massima, i regolamenti di mediazione si limitano a menzionare l'obbligo di confidenzialità esterno a carico del mediatore e delle parti. Si può in effetti partire dal presupposto che l'obbligo di confidenzialità interna a carico del mediatore è già assicurato dalle norme deontologiche alle quali lo stesso è sottoposto.

L'inserimento di una clausola sulla confidenzialità nell'accordo di mediazione sembra comunque, in ogni caso, necessaria al fine di trattare in modo completo e specifico la questione e rendere le parti attente al carattere vincolante di tale obbligo.