

**RELAZIONE
SULLE MODIFICHE APPORTATE
AL CODICE DEONTOLOGICO FORENSE
A SEGUITO DELL'ENTRATA IN VIGORE
DELL'ISTITUTO DELLA MEDIAZIONE/CONCILIAZIONE**

Art. 55 bis -Mediazione

L'avvocato che svolga la funzione di mediatore deve rispettare gli obblighi dettati dalla normativa in materia e le previsioni del regolamento dell'organismo di mediazione, nei limiti in cui dette previsioni non contrastino con quelle del presente codice.

I. L'avvocato non deve assumere la funzione di mediatore in difetto di adeguata competenza.

II. Non può assumere la funzione di mediatore l'avvocato:

a) che abbia in corso o abbia avuto negli ultimi due anni rapporti professionali con una delle parti;

b) quando una delle parti sia assistita o sia stata assistita negli ultimi due anni da professionista di lui socio o con lui associato ovvero che eserciti negli stessi locali.

In ogni caso costituisce condizione ostativa all'assunzione dell'incarico di mediatore la ricorrenza di una delle ipotesi di cui all'art.815, primo comma, del codice di procedura civile.

III. L'avvocato che ha svolto l'incarico di mediatore non può intrattenere rapporti professionali con una delle parti:

a) se non siano decorsi almeno due anni dalla definizione del procedimento;

b) se l'oggetto dell'attività non sia diverso da quello del procedimento stesso.

Il divieto si estende ai professionisti soci, associati ovvero che esercitino negli stessi locali.

IV. E' fatto divieto all'avvocato consentire che l'organismo di mediazione abbia sede, a qualsiasi titolo, presso il suo studio o che quest'ultimo abbia sede presso l'organismo di mediazione.

Art. 16 - Dovere di evitare incompatibilità

Modifica del canone I nel senso che segue (in corsivo la modifica apportata):

L'avvocato non deve porre in essere attività commerciale o comunque attività incompatibile con i doveri di indipendenza e di decoro della professione forense

Art.54 – Rapporti con arbitri e consulenti tecnici

Modifica dell'art.54 nel senso che segue (in corsivo la modifica apportata):

Art.54 – Rapporti con arbitri, conciliatori, mediatori e consulenti tecnici

L'avvocato deve ispirare il proprio rapporto con gli arbitri, *conciliatori, mediatori* e consulenti tecnici a correttezza e lealtà nel rispetto delle reciproche funzioni.

L'art.60 della legge 18 giugno 2009 n.69 delegava il Governo ad adottare uno o più decreti legislativi in materia di mediazione e di conciliazione in ambito civile e commerciale; tra i principi ed i criteri direttivi cui attenersi nell'esercizio della delega vi era quello di *“prevedere, nel rispetto del codice deontologico, un regime di incompatibilità tale da garantire la neutralità, l'indipendenza e l'imparzialità del conciliatore nello svolgimento delle sue funzioni”*.

Detto principio veniva tradotto ed attuato con le disposizioni di cui agli artt. 3 (comma 2), 9 (commi 1 e 2), 10 (commi 1 e 2), 14 (commi 1 e 2 lett. a,b,c) del D.Lgs.vo 4 marzo 2010 n.28 costituente *“attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n.69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali”* (pubblicato nella G.U. n.53 del 5 marzo 2010).

Il “regolamento recante la determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione e tenuta del registro degli organismi di mediazione e dell'elenco dei formatori per la mediazione, nonché l'approvazione delle indennità spettanti agli organismi, ai sensi dell'articolo 16 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n.28”, approvato con D.M. 18 ottobre 2010 n.180, all'art.6 comma 4 prevede che *“le violazioni degli obblighi inerenti le dichiarazioni previste dal presente articolo, commesse da pubblici dipendenti o da professionisti iscritti ad albi o collegi professionali, costituiscono illecito disciplinare sanzionabile ai sensi delle rispettive normative deontologiche. Il responsabile è tenuto ad informare gli organi competenti”*.

Completa la griglia normativa fin qui succintamente richiamata, e sempre per quanto concerne gli aspetti di rilievo ed interesse deontologico, l'art.4 dello stesso D.Lgs.vo 4 marzo 2010 n.28 che al comma 3 prevede: *“All'atto del conferimento dell'incarico, l'avvocato è tenuto a informare l'assistito della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione disciplinato dal presente decreto e delle agevolazioni fiscali di cui agli articoli 17 e 20. L'avvocato informa altresì l'assistito dei casi in cui l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. L'informazione deve essere fornita chiaramente e per iscritto. In caso di violazione degli obblighi di informazione, il contratto tra l'avvocato e l'assistito è annullabile. Il documento che contiene l'informazione è sottoscritto dall'assistito e deve essere allegato all'atto introduttivo dell'eventuale giudizio. Il giudice che verifica la mancata allegazione del documento, se non provvede ai sensi dell'articolo 5, comma 1, informa la parte della facoltà di chiedere la mediazione”*.

Con riferimento a quest'ultima previsione la scelta del legislatore, che coniuga alla mancata informazione all'assistito della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione la sola “sanzione” civilistica dell'annullabilità del contratto cosiddetto di patrocinio non configurando espressamente una ipotesi di responsabilità disciplinare, non esclude che il comportamento totalmente o parzialmente omissivo dell'avvocato, rispetto alla previsione del modello

normativo, possa ed anzi debba essere valutata sul piano deontologico, con particolare riferimento ai canone di cui all'art.40 del vigente codice.

Da ultimo con il decreto del Ministro della Giustizia 6 luglio 2011 n.145 (pubblicato nella G.U. n.197 del 25 agosto 2011 ed entrato in vigore il 26 agosto successivo) si è varato il *“regolamento recante modifica al decreto del Ministro della giustizia 18 ottobre 2010, n.180, sulla determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione e tenuta del registro degli organismi di mediazione e dell'elenco dei formatori per la mediazione, nonché sull'approvazione delle indennità spettanti agli organismi ai sensi dell'articolo 16 del decreto legislativo n.28 del 2010”*.

L'art.3 di questo decreto n.145/2011, oltre ad avere introdotto la mediazione/conciliazione cosiddetta *“in contumacia”* con l'inserimento, dopo la lettera c) all'articolo 7 comma 5 del decreto n.180/2010, di una espressa previsione al riguardo sub d), ha disposto, con l'aggiunta allo stesso comma di una lettera e), che il regolamento deve, in ogni caso, prevedere *“criteri inderogabili per l'assegnazione degli affari di mediazione predeterminati e **rispettosi della specifica competenza professionale del mediatore designato, desunta anche dalla tipologia di laurea universitaria posseduta**”*.

Con l'art.2 dello stesso decreto n.145/2011 si è altresì previsto che la lettera b) dell'articolo 4, comma 3, del decreto n.180/2010, sia sostituita dalla seguente: *“b) il possesso, da parte dei mediatori, di una specifica formazione e di uno specifico aggiornamento almeno biennale, acquisiti presso gli enti di formazione in base all'articolo 18, nonché la partecipazione, da parte dei mediatori, nel biennio di aggiornamento e in forma di tirocinio assistito, ad almeno venti casi di mediazione svolti presso organismi iscritti”*.

L'impianto normativo dell'istituto della mediazione/conciliazione è stato interessato dall'ordinanza del TAR Lazio, Sezione I, del 12 aprile 2011, n.3202/2011 con la quale è stata dichiarata rilevante e non manifestamente infondata, in relazione agli artt. 24 e 77 Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art.5 del D.Lgs.vo 28/2010, comma 1, primo periodo (che introduce l'obbligo del previo esperimento del procedimento di mediazione in una delle materie indicate dalla norma), secondo periodo (secondo cui il previo esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale), terzo periodo (secondo cui l'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto o rilevata d'ufficio dal giudice), nonché dell'art.16 D.Lg.svo 28/2010, comma 1, laddove dispone che abilitati a costituire organismi deputati a gestire il procedimento di mediazione sono gli enti pubblici e privati che diano garanzie di serietà ed efficienza.

Le previsioni normative elevate a sospetto di incostituzionalità, tralasciando gli altri pur pregnanti aspetti, inciderebbero, a giudizio del TAR Lazio, in maniera non trascurabile sull'esercizio del diritto di difesa (art. 24 Cost.) in quanto *“ (.....) non garantiscono, mediante un'adeguata conformazione della figura del mediatore, che i privati non subiscano irreversibili pregiudizi derivanti dalla non coincidenza degli elementi loro offerti in valutazione per assentire o rifiutare l'accordo conciliativo, rispetto a quelli suscettibili, nel prosieguo, di essere evocati in giudizio”*.

In altri termini, sarebbero stati trascurati e tralasciati dal legislatore delegato, con gli artt. 16 del D.Lgs.vo 28/2010 e con l'art.4 del D.M. 180/210, i requisiti attinenti alla specifica professionalità giuridico-processuale del mediatore, riassumibili nei concetti di competenza e professionalità previsti dalla

legge delega, sostituiti da quelli di serietà ed efficienza non privilegiati dalla normativa primaria di carattere comunitario e nazionale.¹

In questo contesto, e nell'ambito del perimetro delineato dalla cornice normativa di riferimento sopra richiamata, il Consiglio Nazionale Forense, in attesa delle auspiccate modifiche dell'istituto conseguenti anche all'incidente di costituzionalità appena ricordato, ha ritenuto che la messa a punto deontologica fosse in ogni caso un passaggio urgente ed ineludibile per consentire ai Consigli degli Ordini il governo dell'istituto anche nei suoi aspetti deontologici e nelle sue ricadute disciplinari.

Ciò nella consapevolezza che la funzione e l'attività dell'avvocato che svolga la funzione di mediatore rientrino a pieno titolo nell'ambito dell'attività professionale in senso proprio; del resto, anche a voler propendere per una lettura diversa, le conseguenze non muterebbero alla luce della circostanza che pure l'attività extra professionale rileva deontologicamente se le modalità della sua realizzazione compromettano la reputazione professionale e l'immagine della classe forense (art.5 cod.deont.).

Diversamente, si è ritenuto, allo stato, di non ravvisare la necessità e l'urgenza di intervenire sui profili deontologici dell'avvocato che assiste tecnicamente la parte nel procedimento di mediazione in quanto per quei profili vale l'applicazione delle attuali e vigenti regole deontologiche proprie dell'attività professionale in genere.

Tornando ai profili deontologici cui deve essere informata l'attività dell'avvocato mediatore civile, l'opzione operativa che il Consiglio ha ritenuto di sottoporre ai Consigli degli Ordini, per riceverne osservazioni e suggerimenti, è stata quella della introduzione, nel codice deontologico, di un apposito canone, risultando questa la scelta più coerente e congrua al sistema e l'unica capace di dare ed assicurare uniformità ai rilevanti e sensibili profili deontologici del nuovo istituto.

Su questa scelta vi è stata unanime condivisione da parte delle Istituzioni forensi che hanno ritenuto di esprimere i loro pareri, pareri che si sono diversificati unicamente per l'approccio all'impianto della nuova regola deontologica, volendola alcuni informata a criteri di stretta e cogente rigidità, desiderandola altri ispirata invece ad una impostazione meno rigorosa e, come tale, si ritiene, capace di favorire l'affermarsi più agevole nel mercato, e sul piano della concorrenza, di una figura di avvocato-mediatore che non si trovi ad essere penalizzata, rispetto anche ad altri soggetti professionali, da eccessivi vincoli di carattere deontologico.

La scelta di fondo del Consiglio, all'esito dei ricordati pareri e degli approfondimenti operati dalla Commissione Deontologia, è stata quella di introdurre una equilibrata regolamentazione che, coerente con l'impianto del vigente codice deontologico così come tradotto in diritto vivente dalla produzione giurisprudenziale dei Consigli degli Ordini, dello stesso Consiglio Nazionale e delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, connoti la peculiarità e specificità della funzione e del ruolo dell'avvocato-mediatore, esaltandone, accanto alla qualità

¹ Il Tribunale di Palermo –Sezione Distaccata di Bagheria –con ordinanza del 16 agosto 2011 ha rimesso alla Corte di giustizia dell'Unione europea una serie di quesiti vertenti sulla interpretazione di alcune disposizioni della direttiva 2008/52/CE, con riferimento ai requisiti di competenza e specifica esperienza professionale del mediatore, ai criteri di competenza territoriale, alla formulazione della proposta di conciliazione da parte del mediatore.

Il 13 settembre 2011 è stata adottata una risoluzione del Parlamento europeo sull'attuazione della direttiva sulla mediazione negli Stati membri, impatto della stessa sulla mediazione e sua adozione da parte dei tribunali (2011/2026 (INI))

tecnica dell'opera prestata, la cifra deontologica. E ciò proprio in diretta saldatura con la necessità che i cittadini non subiscano "irreversibili pregiudizi" dall'operato di una figura di mediatore mediocre sul piano tecnico e debole nei presidi di carattere etico e deontologico.

Qualità tecnica (oggi vieppiù valorizzata dalle previsioni del D.M. 145/2011) e deontologica della figura dell'avvocato-mediatore come fattore decisivo e vincente, e non certo penalizzante, nell'ambito di un mercato e di una concorrenza fin troppo connotati da figure di mediatori eterogenee e dai contorni e dai caratteri, tecnici e deontologici, spesso oltremodo sfumati ed approssimativi.

L'art.55 bis, che segue, con un naturale parallelismo seppur nella ontologica differenza dei due istituti, la norma in tema di arbitrato di cui all'art.55 del vigente codice deontologico (**e tale norma sarà oggetto di un immediato intervento di modifica da parte del Consiglio per renderla coerente ed omogenea alla novella rappresentata dallo stesso art.55 bis**) richiama nel suo incipit - utilizzando la stessa tecnica del rinvio che già caratterizza il canone II dell'art.53 del cod.deont. per l'avvocato chiamato a svolgere funzioni di magistrato onorario - il rispetto degli obblighi dettati dalla normativa in materia, in particolare di quelli posti a presidio dei requisiti di terzietà, indipendenza, imparzialità e neutralità del mediatore, stabilendo altresì un criterio di prevalenza della normativa deontologica rispetto a quella regolamentare dell'organismo di mediazione. Ciò in coerenza alla stessa gerarchia imposta e voluta dall'art. 60 comma 2 lettera r) della legge 69/2009.

Se a violare gli obblighi previsti dalla normativa di settore per il mediatore è un avvocato/mediatore civile ciò integra altrettante ipotesi di illeciti deontologici valorizzabili dal Consiglio dell'Ordine per effetto della stessa valutazione legale tipica di cui all'art.6 comma 4 del D.M. 180/2010, restando demandato al giudice disciplinare il solo compito di graduare la sanzione in relazione alla fattispecie concreta sottoposta al suo esame.

Il primo canone dell'art.55 bis, nel fare divieto all'avvocato di assumere la funzione di mediatore in difetto di adeguata competenza, ne valorizza, con l'intero apparato deontologico che è stato predisposto e previsto, quei requisiti di professionalità che, così efficacemente sottolineati nell'ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale, non possono non esprimersi non solo nella capacità di dominare e padroneggiare le essenziali ed imprescindibili tecniche di mediazione, e le peculiarità di quest'ultime, ma anche nella capacità, che si coniuga principalmente se non esclusivamente con l'essere avvocato, di garantire "*che i privati non subiscano irreversibili pregiudizi derivanti dalla non coincidenza degli elementi loro offerti in valutazione per assentire o rifiutare l'accordo conciliativo, rispetto a quelli suscettibili, nel prosieguo, di essere evocati in giudizio*". Una lettura, quest'ultima, che, al di là degli stessi limiti, invalicabili per la proposta di conciliazione del mediatore, e normativamente previsti, dell'ordine pubblico e delle norme imperative, vuole valorizzare lo status professionale dell'avvocato/mediatore che, nel confezionare la proposta conciliativa ed ancor prima nell'accreditarla, deve offrire e garantire alle parti una completezza degli elementi di valutazione che non ometta l'informazione su alcunché di ciò che nel prosieguo potrebbe essere suscettibile di essere evocato in giudizio. Una "offerta" ed una "garanzia" che possono inquadrarsi nell'ambito della stessa responsabilità sociale dell'avvocato chiamato a svolgere la delicata funzione di compositore e/o facilitatore degli interessi delle parti e che troveranno realisticamente ragion

d'essere là ove i soggetti in conflitto non risultino assistiti da legali, in un regime tuttora di assenza dell'assistenza tecnica obbligatoria.

I canoni II e III dell'art. 55-bis sono posti a presidio degli obblighi di imparzialità, indipendenza e terzietà dell'avvocato/mediatore civile, con un particolare rafforzamento garantito dallo stesso richiamo alle previsioni dell'art.815, primo comma, del codice di rito; il canone II, facendo divieto di assumere la funzione quando vi siano delle evidenti ragioni di incompatibilità con una attività professionale in corso o svoltasi nell'ultimo biennio; il canone III, in coerenza alla latitudine del divieto ricavabile dalla lettera dell'art.14 comma 1 del D.Lgs.vo 28/2010 (*" al mediatore e ai suoi ausiliari è fatto divieto di assumere diritti o obblighi connessi, direttamente o indirettamente, con gli affari trattati..."*), rendendo chiaro che il divieto opera anche con riferimento a questioni interessate da procedimenti di mediazione ormai esauriti.

L'estensione soggettiva ai professionisti soci o associati ovvero che esercitino negli stessi locali dell'avvocato/mediatore civile è mutuata da quella prevista dall'art.55 in tema di arbitrato (norma che, come si è detto, dovrà essere oggetto di un rapido e congruo intervento apparendo, diversamente, e contraddittoriamente, disassata rispetto a quella di nuova introduzione) ritenendosi che l'attività di mediazione, pur non essendo dotata di poteri decisori sulla fattispecie sottoposta alla cognizione (il che è espressamente escluso dall'enunciazione dell'art.1 lett. b d.leg.vo n.28/2010, riprodotta integralmente nell'art. 1 lett. d D.M. n.180/2010) come avviene nel caso dell'arbitrato, si caratterizzi nondimeno - nell'orientare e nel facilitare l'incontro delle parti su una ipotesi di accordo amichevole e di risoluzione del contenzioso - per i suoi contenuti valutativi e di giudizio della fattispecie concreta sottoposta all'esame del mediatore. Da qui l'opportunità di presidiare e garantire comunque l'attività di quest'ultimo sotto il profilo della imparzialità, della terzietà e della equidistanza rispetto agli interessi delle parti coinvolte nel procedimento di mediazione/conciliazione.

Il canone IV del nuovo art. 55-bis è quello che, in sede di consultazione con le istituzioni forensi, ha registrato, più di ogni altro, una radicale contrapposizione di vedute, l'una, come già si sottolineava, improntata a criteri di ancor più stretta rigidità, rispetto alla formulazione del canone poi adottata, l'altra contraria alla stessa previsione di inserimento del canone.

La scelta che è prevalsa risponde al criterio, già adottato in fattispecie analoghe (ed il richiamo va nuovamente, sia pure con i distinguo già evidenziati, alla figura dell'arbitro), di tutelare anche l'apparenza della terzietà ed indipendenza dell'avvocato-mediatore, quella terzietà ed indipendenza che la disciplina del nuovo istituto introdotto dalla legge n.69/2009 privilegia e sottolinea con particolare vigore là ove sembra voler rafforzare quei concetti, anche sotto il profilo lessicale e terminologico, con l'adozione del termine, indubbiamente meno tecnico, di neutralità.

Una "neutralità" che risulterebbe inficiata dalla circostanza che l'avvocato-mediatore ospiti presso il suo studio la sede dell'organismo di mediazione per il quale egli presta l'attività di mediatore. La contiguità, spaziale e logistica, tra studio e sede dell'organismo costituisce fattore in grado di profilare una ipotetica commistione di interessi, di per sé sufficiente a far dubitare dell'imparzialità dell'avvocato-mediatore.

Ed è la stessa potenzialità e/o "pericolosità" della situazione a costituire un attentato per l'apparenza della indipendenza e terzietà di quest'ultimo.

Nel diverso caso in cui l'avvocato accolga nel suo studio la sede di un organismo di mediazione senza contemporaneamente farne parte quale mediatore (e lo stesso è a dirsi per il caso inverso in cui ad essere ospitato sia l'avvocato nella sede dell'organismo di mediazione) vengono in soccorso non tanto i criteri appena richiamati della protezione del bene dell'apparenza e dell'imparzialità e della terzietà (non svolgendo l'avvocato, in questo caso, attività di mediatore) quanto quelli che si rifanno al divieto di accaparramento di clientela previsto e sanzionato dall'art.19 del codice deontologico. La contiguità o addirittura la sovrapposizione che così si realizzerebbe tra lo studio legale e l'organismo di mediazione finirebbe per integrare una indubbia situazione di potenziale accaparramento e/o sviamento di clientela: l'avvocato ospitante od ospitato si troverebbe a godere di una rendita di posizione volta ad acquisire come potenziali clienti coloro che volessero sperimentare la mediazione o coloro che avessero frequentato l'organismo con esito negativo sul piano della conciliazione.

La giurisprudenza del Consiglio Nazionale, in casi assimilabili a quello in esame, giustifica e rende plausibile, in ossequio anche a quel principio di coerenza di sistema richiamato all'inizio di questa relazione, l'introduzione del canone così come formulato in sede di novella deontologica.

Naturalmente saranno poi le circostanze del caso concreto, nella multiforme varietà di situazioni che la realtà sempre offre e riserva, a consentire di modulare, in sede applicativa, la novella deontologica nella maniera più equilibrata ed appropriata.

Gli interventi operati sulla previgente formulazione dei canoni di cui agli artt. 16 e 54 del cod. deont. hanno trovato generale ed unanime condivisione, rispondendo, quello sull'art.16, alla intuibile esigenza di evitare equivoci, sempre possibili anche se improbabili, derivanti da coincidenze lessicali e terminologiche e risultando, l'integrazione di cui all'art.54, del tutto plausibile e giustificata nell'ambito della operatività cui l'avvocato è chiamato dall'applicazione dell'istituto della mediazione/conciliazione.

* *** *