

Avvocati: sulla incompatibilità al ruolo di mediatore

Tar Lazio, Roma, sez. I, sentenza 1 aprile 2016, n. 3989 (Pres. Volpe, est. Correale)

Mediazione civile – Mediatore/Avvocato – Garanzia di imparzialità – Decreto Ministeriale – Competenza – Esclusione

In materia di mediazione civile ex d.lgs. 28 del 2010, il Legislatore ha considerato le modalità idonee a garantire l'imparzialità e terzietà del mediatore, facendo rinvio alla relativa regolamentazione ad opera del singolo organismo di mediazione – a sua volta vigilato dal Ministero della Giustizia – e alla dichiarazione di impegno alla sua osservanza che ogni mediatore deve sottoscrivere per ciascun affare. Non vi è spazio in materia per una decretazione ministeriale, se non per quanto previsto dall'art. 16, comma 2, d.lgs. cit.

(Massima a cura di Giuseppe Buffone – Riproduzione riservata)

FATTO

Con ricorso a questo Tribunale, ritualmente notificato e depositato, i soggetti in epigrafe, avvocati mediatori ovvero associazioni forensi operanti nel campo della mediazione, chiedevano l'annullamento, previe misure cautelari, nell'ordine indicato in epigrafe, dell'art. 6 del d.m. Giustizia (di concerto con Sviluppo Economico) n. 139 del 4 agosto 2014, laddove introduceva l'art. 14 bis al previgente d.m. n. 180/2010. In particolare i ricorrenti, riportando in sintesi i punti salienti della normativa sulla mediazione, di cui all'art. 60 l. n. 69/2009 e al d. lgs. 4 marzo 2010, n. 28, lamentavano, in sintesi, quanto segue.

“I. Violazione dell'art. 3 c.1 e 2 e dell'art. 16 c.2 e 5, D.lgs. 28/2010. Eccesso di potere per carenza di potere. Incompetenza.”

I ricorrenti evidenziavano che la normativa primaria di cui all'art. 16, commi 2 e 5, d.lgs. n. 28/2010 delimitava in maniera chiara e specifica gli “spazi di manovra” lasciati alla decretazione ministeriale, di natura regolamentare e, quindi, di rango secondario e subordinato. In tali spazi non vi era alcuna traccia del tema dell'incompatibilità e/o del conflitto di interessi del soggetto che assiste la parte nel procedimento di mediazione ovvero dell'imparzialità del mediatore stesso. Ciò era confermato, d'altronde, dall'intestazione stessa del Regolamento in questione che faceva riferimento specifico alla delega di cui all'art. 16 cit. esclusivamente in ordine alla 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 all'approvazione delle indennità spettanti agli organismi medesimi. Prima della modifica regolamentare come impugnata in questa sede, infatti, il decreto ministeriale si limitava, in materia di imparzialità e di indipendenza del

mediatore, a stabilire che il procedimento di mediazione non poteva avere inizio prima della sottoscrizione della dichiarazione di imparzialità da parte del mediatore e a individuare gli organi competenti a vigilare sulla imparzialità stessa (rispettivamente: artt. 7, comma 5, lett. a) e art. 4, comma 2, lett. e). Invece, con la impugnata disposizione, il Governo aveva dato luogo a “straripamento di potere”, dato che lo stesso “decreto delegato” n. 28/2010 aveva provveduto ad attenersi alle indicazioni della “legge delega” in ordine alle garanzie di imparzialità del procedimento di mediazione e aveva dato luogo, sul punto, ad una riserva di regolamento in favore dei singoli Organismi dimediazione, con un meccanismo perfettamente in linea con il sistema di risoluzione alternativo delle controversie, principalmente basato sulla centralità delle parti e sulla volontarietà delle scelte che le stesse possono effettuare all’interno del procedimento in questione.

“II. Violazione di legge per errata e/o falsa applicazione dell’art. 16 c. 4-bis D.lgs. 28/2010 e dell’art. 1 c.1 e 2 L. 31.12.2012, n. 247”.

I ricorrenti ricordavano anche che era stata istituita con specifica disposizione di legge la figura dell’“avvocato mediatore”. Ne derivava che la disciplina riguardante tale specifica figura non poteva essere modificata o integrata attraverso un decreto ministeriale e ciò sia perché era necessaria allo scopo una fonte di pari rango primario sia perché la disciplina della professione forense è riservata alla l. n. 247/2012, di cui era riportato il comma 2 dell’articolo 1.

III. Violazione degli artt. 3 e 41 Cost., lesione dei principi di parità di trattamento, di libertà dell’iniziativa economica e di concorrenza. Violazione dell’art. 4 della Direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008. Eccesso di potere per irragionevolezza e disparità di trattamento”.

Nella parte in cui affermava che il mediatore non poteva essere parte ovvero rappresentare o in ogni modo assistere parti in procedure di mediazione dinanzi all’organismo presso cui era iscritto o relativamente al quale era socio o rivestiva una carica a qualsiasi titolo, estendendo il divieto ai professionisti soci, associati ovvero che esercitassero la professione negli stessi locali, il regolamento impugnato violava apertamente i principi costituzionali dell’autonomia dell’iniziativa economica e della parità di trattamento, arrecando alla categoria degli avvocati un pregiudizio di gran lunga maggiore rispetto agli altri professionisti esercitanti anche la mediazione. Infatti, in seguito alle novità introdotte in tema di mediazione dal d.l. n. 69/2013, conv. in l. n. 98/2013, in specifiche materie l’attivazione del procedimento di mediazione costituiva condizione di procedibilità dell’eventuale successiva azione giudiziale e le parti dovevano essere obbligatoriamente assistite da un avvocato.

I ricorrenti però ricordavano che anche negli altri casi ove la mediazione rivestiva carattere facoltativo l’assistenza dell’avvocato era resa pressoché indispensabile, in ragione della previsione normativa di cui all’art. 12, comma 1, d.lgs. n. 28/2010 che attribuisce efficacia di titolo esecutivo esclusivamente all’accordo sottoscritto dalle parti assistite da un avvocato e conferisce a quest’ultimo il potere di attestare e certificare la conformità dell’accordo alle norme imperative e all’ordine pubblico. Era evidente dunque che in alcuni casi le parti siano costrette a rivolgersi a un

avvocato, piuttosto che ad altri professionisti, per la tutela dei propri diritti, anche ai sensi dell'art. 2, comma 6, l.n. 247/12. Inoltre, il pregiudizio si estendeva anche agli Organismi di mediazione i quali, a causa dell'irragionevole regime di incompatibilità come introdotto, vedono e vedranno ridurre in misura esponenziale il numero dei mediatori iscritti, escludendosi principalmente gli avvocati in virtù di tale introduzione e ciò soprattutto riguardo gli Organismi di mediazione di natura forense.

“IV. Violazione del diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost. Eccesso di potere per irragionevolezza manifesta e illogicità”.

L'introduzione di cui al decreto ministeriale impugnato, secondo i ricorrenti, violava anche il diritto di difesa come costituzionalmente garantito in quanto impediva al soggetto che voleva tutelare un proprio diritto di rivolgersi al proprio professionista di fiducia per il solo fatto che questo faccia parte dell'organismo di mediazione deputato a mediare tra le parti o addirittura che sia semplicemente socio o associato o “coinquilino” di un professionista iscritto allo specifico organismo di mediazione. Se l'assistenza stragiudiziale, ai sensi dell'art. 2, comma 6, l. n. 247/12 cit., era di competenza esclusiva degli avvocati ove connessa all'attività giurisdizionale, non si comprendeva, al riguardo, perché nell'ipotesi di assistenza nella mediazione la scelta del professionista non poteva più essere liberamente lasciata alla parte ma doveva risentire delle incompatibilità introdotte, vanificando in tal modo anche le particolari competenze nel settore della risoluzione stragiudiziale delle controversie che ciascun avvocato-mediatore poteva vantare nel corso del tempo e obbligando, addirittura, a cambiare in corso di causa il proprio avvocato qualora questi risultasse iscritto nell'Organismo di mediazione adito. In tal modo sarebbe stato facile per una delle parti avanzare volontaria istanza di mediazione presso un determinato Organismo cui risultava iscritto un avvocato di controparte non gradito, al solo fine di costringere la parte a dover cambiare il legale di fiducia, anche in corso di giudizio.

“V. Violazione di legge per errata applicazione degli artt. 3, 14 e 16 D.lgs. 28/2010 e degli artt. 4 e 7 D.M. 180/2010. Eccesso di potere per irragionevolezza, illogicità manifesta, travisamento dei presupposti di fatto, violazione del principio di proporzionalità.”

Il sacrificio dei richiamati diritti costituzionali appariva per i ricorrenti ancor più irragionevole se si considerava che già esisteva un rigoroso regime di incompatibilità dell'avvocato-mediatore disciplinato dall'art. 62 dell'attuale codice deontologico forense (già art. 55), di cui era riportato il contenuto. Oltre a ciò, come già ricordato in precedenza, lo stesso art. 3, commi 1 e 2, d.lgs. n. 28/10 cit. prevedeva che al procedimento di mediazione si applicava il regolamento dell'organismo scelto dalle parti e che tale regolamento doveva garantire in ogni caso la riservatezza del procedimento nonché modalità di nomina del mediatore che assicurassero l'imparzialità e l'idoneità al corretto sollecito espletamento dell'incarico. Tale disposizione evidenziava la volontà del legislatore di limitare al minimo l'intervento statale nella scelta della procedura da applicare all'attività di mediazione ponendo come unico limite la potestà regolamentare degli Organismi di mediazione, orientata comunque ad assicurare imparzialità e idoneità del mediatore rispetto al singolo affare, fermo restando che esistevano nell'ordinamento altre disposizioni, di cui

anche al medesimo D.M. n. 180/2010, che assicuravano l'imparzialità e la neutralità del mediatore rispetto alle parti.

“VI. Eccesso di potere per irragionevolezza e illogicità, disparità di trattamento, travisamento dei presupposti di fatto”.

I ricorrenti osservavano che, pur essendo la mediazione un procedimento volontario, semplice e informale, finalizzato a superare un conflitto tra due o più parti con l'aiuto di un soggetto terzo, con le impugnate disposizioni si era introdotto un regime di incompatibilità ancor più rigido rispetto a quello previsto nell'arbitrato, istituto ben diverso da quello della mediazione e certamente meno informale e non preposto al raggiungimento di un accordo amichevole. Infatti il codice di procedura civile prevede che l'arbitro possa essere ricusato solo se la relativa istanza è proposta al medesimo soggetto ed entro un termine perentorio mentre, nel caso di specie, le introdotte incompatibilità operano indipendentemente dalla volontà delle parti. La disposizione contestata, inoltre, era ancor più irragionevole in quanto il professionista iscritto ad un Organismo di mediazione non partecipa in alcun modo degli utili economici dello stesso né ricava alcun tipo di vantaggio e/o interesse legato all'appartenenza allo specifico Organismo. Il sistema delineato dal decreto ministeriale impugnato, in sostanza, costringeva alcuni professionisti che esercitavano l'attività di avvocato-mediatore a dimettersi dagli organismi di mediazione del contesto territoriale in cui operavano e ciò era ancor più grave particolarmente laddove, in un determinato circondario di Tribunale, vi erano pochi o unici Organismi di tal genere. In prossimità della camera di consiglio si costituiva in giudizio il Ministero della Giustizia, illustrando in una specifica memoria i motivi che secondo la sua ricostruzione dovevano portare alla reiezione della domanda cautelare e del ricorso. Anche i ricorrenti, dal canto loro, depositavano una breve memoria per la camera di consiglio a sostanziale confutazione delle tesi della difesa erariale. Rinvia al merito la trattazione della domanda cautelare, in prossimità alla pubblica udienza del 7 ottobre 2015 era disposto un rinvio al fine di consentire la trattazione congiunta con altri ricorsi dal medesimo contenuto e anche al fine di proposizione di motivi aggiunti. I ricorrenti provvedevano in tal senso con atto ritualmente notificato e depositato con cui chiedevano anche l'annullamento della Circolare del Ministero della Giustizia del 14 luglio 2015 nel frattempo emanata, avente ad oggetto “Incompatibilità e conflitti di interesse mediatore e avvocato”. Ricordando i presupposti del contenzioso presente davanti a questo Tribunale, i ricorrenti lamentavano ulteriormente quanto segue.

“Vizi direttamente riconducibili all'atto impugnato Incompetenza assoluta. Violazione di legge per mancata e/o errata applicazione dell'art. 4 del DPR 06.03.2001 n. 55, comma 2 lettera a). Violazione di legge per violazione della L. 400/88. Eccesso di potere per sviamento, irragionevolezza, arbitrarietà dell'azione amministrativa e ingiustizia manifesta”.

Il Direttore generale della Giustizia civile – Dipartimento per gli affari di giustizia – Ufficio III – Reparto mediazione firmatario della Circolare in questione non aveva i poteri per dare disposizioni nell'ambito in questione, in quanto con questa erano state introdotte delle effettive disposizioni “normative”, classificando la questione delle incompatibilità

come diritto indisponibile, che esulavano dalle funzioni riconducibili al ruolo rivestito dal suddetto Direttore generale, il cui ambito di operatività nell'emanare circolari è legato a questioni meramente interpretative ovvero applicative relative ad atti legislativi o regolamentari. I ricorrenti, poi, riproponevano le medesime censure di cui al ricorso introduttivo evidenziando in tal modo l'illegittimità "derivata" dell'impugnata Circolare. In prossimità della nuova udienza pubblica del 9 marzo 2016 le parti costituite depositavano ulteriori memorie (l'Avvocatura erariale qualificandola "di replica") a sostegno delle rispettive tesi e la causa in tale data era trattenuta in decisione.

DIRITTO

Il Collegio, al fine di decidere sul contenzioso in esame, ritiene opportuno sintetizzare i fondamenti normativi che ne sono alla base. In particolare, si evidenzia che l'art. 60 della "legge- delega" 18.6.2009, n. 69 prevedeva, al comma 1, che "Il Governo è delegato ad adottare, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi in materia di mediazione e di conciliazione in ambito civile e commerciale". I principi che l'Esecutivo era richiamato ad osservare erano indicati nel comma 2, di cui si riportano i profili rilevanti in questa sede: "Nell'esercizio della delega di cui al comma 1, il Governo si attiene ai seguenti principi e criteri direttivi:

- a) prevedere che la mediazione, finalizzata alla conciliazione, abbia per oggetto controversie su diritti disponibili, senza precludere l'accesso alla giustizia;
- b) prevedere che la mediazione sia svolta da organismi professionali e indipendenti, stabilmente destinati all'erogazione del servizio di conciliazione;
- c) disciplinare la mediazione, nel rispetto della normativa comunitaria, anche attraverso l'estensione delle disposizioni di cui al decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, e in ogni caso attraverso l'istituzione, presso il Ministero della giustizia, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, di un Registro degli organismi di conciliazione, di seguito denominato «Registro», vigilati dal medesimo Ministero...
- d) prevedere che i requisiti per l'iscrizione nel Registro e per la sua conservazione siano stabiliti con decreto del Ministro della giustizia;...
- f) prevedere che gli organismi di conciliazione istituiti presso i tribunali siano iscritti di diritto nel Registro;
- g) prevedere, per le controversie in particolari materie, la facoltà di istituire organismi di conciliazione presso i consigli degli ordini professionali;
- h) prevedere che gli organismi di conciliazione di cui alla lettera g) siano iscritti di diritto nel Registro;...
- r) 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;..."

Già in questa prima lettura, il Collegio rileva che il legislatore "delegante" ha voluto chiarire alcuni "punti cardine" da seguire, principalmente orientati a riconoscere che la mediazione era limitata ai diritti disponibili, che gli "organismi di conciliazione", e non i singoli mediatori, erano i soggetti destinatari del compito di dare luogo alla "mediazione" come congegnata, riconoscendo per quelli istituiti presso i Tribunali alcune

facilitazioni, che gli organismi stessi erano “vigilati” dal Ministero della Giustizia, che assumeva rilievo il rispetto del “codice deontologico” al fine di garantire la neutralità, indipendenza e imparzialità del singolo conciliatore nello svolgimento delle sue funzioni. Come noto, il Governo provvedeva mediante il decreto legislativo 4.3.2010, n. 28. Anche qui, si riportano le disposizioni salienti per il presente contenzioso, che il Collegio ritiene di individuare. In primo luogo, si richiama l’art. 3, commi 1 e 2, secondo il quale “1. Al procedimento di mediazione si applica il regolamento dell’organismo scelto dalle parti. 2. Il regolamento deve in ogni caso garantire la riservatezza del procedimento ai sensi dell’articolo 9, nonché modalità di nomina del mediatore che ne assicurano l’imparzialità e l’idoneità al corretto e sollecito espletamento dell’incarico”.

Il Collegio non può esimersi dall’osservare che il regolamento dell’organismo scelto dalle parti assume un ruolo centrale nell’assetto della procedura e ciò appare del tutto in linea con la volontà del legislatore “delegante” di dare rilievo alla struttura di mediazione in sé considerata più che ai singoli componenti. Il legislatore, infatti, prevede che sia il regolamento stesso, quindi, ad assumere (anche) la funzione di individuare modalità di nomina del (singolo) mediatore che ne assicurino la sostanziale indipendenza e terzietà, come è giusto che sia incidendo tale attività comunque su situazioni soggettive delle parti in posizioni di parità e in virtù anche dell’obbligo di comunicazione sull’esistenza (ed eventuale obbligatorietà ex art. 5 d.lgs. cit.) di tale procedura che incombe sull’avvocato al momento del conferimento di un incarico professionale, di cui all’art. 4, comma 3, d.lgs. cit. La “centralità” riconosciuta all’organismo è rafforzata dalla previsione dell’art. 8 d.lgs. cit. (come modificato dal d.l. n. 69/2013, conv. in l. n. 98/2013), secondo la quale è il responsabile dell’organismo a designare un mediatore e fissare un primo incontro tra le parti e non sono le parti a “scegliersi” il singolo mediatore (a differenza di quel che accade, ad esempio, per l’arbitrato). Il legislatore “delegato”, poi, direttamente si occupa di precisare, agli artt. 9 e 10 d.lgs. cit., che: “ Chiunque presta la propria opera o il proprio servizio nell’organismo o comunque nell’ambito del procedimento di mediazione è tenuto all’obbligo di riservatezza rispetto alle dichiarazioni rese e alle informazioni acquisite durante il procedimento medesimo. Rispetto alle dichiarazioni rese e alle informazioni acquisite nel corso delle sessioni separate e salvo consenso della parte dichiarante o dalla quale provengono le informazioni, il mediatore è altresì tenuto alla riservatezza nei confronti delle altre parti.” (art. 9); “Le dichiarazioni rese o le informazioni acquisite nel corso del procedimento di mediazione non possono essere utilizzate nel giudizio avente il medesimo oggetto anche parziale, iniziato, riassunto o proseguito dopo l’insuccesso della mediazione, salvo consenso della parte dichiarante o dalla quale provengono le informazioni. Sul contenuto delle stesse dichiarazioni e informazioni non è ammessa prova testimoniale e non può essere deferito giuramento decisorio. Il mediatore non può essere tenuto a deporre sul contenuto delle dichiarazioni rese e delle informazioni acquisite nel procedimento di mediazione, né davanti all’autorità giudiziaria né davanti ad altra autorità. Al mediatore si applicano le disposizioni dell’articolo 200 del codice di procedura penale e si estendono le garanzie previste per il difensore dalle disposizioni dell’articolo 103 del codice di procedura penale in quanto applicabili.”

(art. 10). Il medesimo legislatore, poi, prevede direttamente, all'art. 14 d.lgs. cit., che "Al mediatore e ai suoi ausiliari è fatto divieto di assumere diritti o obblighi connessi, direttamente o indirettamente, con gli affari trattati, fatta eccezione per quelli strettamente inerenti alla prestazione dell'opera o del servizio; è fatto loro divieto di percepire compensi direttamente dalle parti. 2. Al mediatore è fatto, altresì, obbligo di:

a) sottoscrivere, per ciascun affare per il quale è designato, una dichiarazione di imparzialità secondo le formule previste dal regolamento di procedura applicabile, nonché gli ulteriori impegni eventualmente previsti dal medesimo regolamento;

b) informare immediatamente l'organismo e le parti delle ragioni di possibile pregiudizio all'imparzialità nello svolgimento della mediazione...".

Come visto, quindi, il legislatore ha considerato le modalità idonee a garantire l'imparzialità e terzietà del mediatore, facendo rinvio alla relativa regolamentazione ad opera del singolo organismo di mediazione – a sua volta vigilato dal Ministero della Giustizia – e alla dichiarazione di impegno alla sua osservanza che ogni mediatore deve sottoscrivere per ciascun affare. Non vi è spazio in materia per una decretazione ministeriale, se non per quanto previsto dall'art. 16, comma 2, d.lgs. cit., secondo il quale: "La formazione del registro e la sua revisione, l'iscrizione, la sospensione e la cancellazione degli iscritti, l'istituzione di separate sezioni del registro per la trattazione degli affari che richiedono specifiche competenze anche in materia di consumo e internazionali, nonché la determinazione delle indennità spettanti agli organismi sono disciplinati con appositi decreti del Ministro della giustizia, d'concerto, relativamente alla materia del consumo, con il Ministro dello sviluppo economico. Fino all'adozione di tali decreti si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni dei decreti del Ministro della giustizia 23 luglio 2004, n. 222 e 23 luglio 2004, n. 223...".

Il successivo comma 3 prevede poi che: "L'organismo, unitamente alla domanda di iscrizione nel registro, deposita presso il Ministero della giustizia il proprio regolamento di procedura e il codice etico, comunicando ogni successiva variazione. Nel regolamento devono essere previste, fermo quanto stabilito dal presente decreto, le procedure telematiche eventualmente utilizzate dall'organismo, in modo da garantire la sicurezza delle comunicazioni e il rispetto della riservatezza dei dati. Al regolamento devono essere allegate le tabelle delle indennità spettanti agli organismi costituiti da enti privati, proposte per l'approvazione a norma dell'articolo 17. Ai fini dell'iscrizione nel registro il Ministero della giustizia valuta l'idoneità del regolamento.". Anche sotto questo profilo il Collegio non può che ribadire come sia rinvigorita dalla norma la centralità riconosciuta al regolamento di procedura dell'organismo di mediazione e al relativo "codice etico", a loro volta valutabili dall'organo vigilante sin dal momento della richiesta di iscrizione nell'apposito registro. Spazio per la decretazione ministeriale è riconosciuto a tale proposito solo per i profili sopra riportati, di cui all'art. 16, comma 2, prima parte, e tra questi non si nota alcun riferimento al tema della incompatibilità di alcun genere, nei confronti dei singoli mediatori. Lo stesso art. 16, inoltre, afferma, ai commi 4 e 4 bis, che "La vigilanza sul registro è esercitata dal Ministero della giustizia e, con riferimento alla sezione per la trattazione degli affari in materia di consumo di cui al comma 2, anche dal Ministero dello sviluppo

economico. Gli avvocati iscritti all'albo sono di diritto mediatori. Gli avvocati iscritti ad organismi di mediazione devono essere adeguatamente formati in materia di mediazione e mantenere la propria preparazione con percorsi di aggiornamento teorico-pratici a ciò finalizzati, nel rispetto di quanto previsto dall'articolo 55-bis del codice deontologico forense..." Particolare attenzione è poi riconosciuta dal legislatore "delegato" agli organismi presso i Tribunali e agli organismi presso i consigli degli ordini professionali e presso le camere di commercio, ai sensi degli artt. 18 e 19 d.lgs. cit., di cui è riconosciuta la possibilità di iscrizione diretta al registro, a semplice domanda.

In sostanza, ne emerge un quadro per il Collegio dotato di evidente chiarezza, da cui si evince che in materia di garanzie di imparzialità è demandato a provvedere con il proprio codice etico lo stesso organismo di mediazione, soggetto su cui è centrata l'attenzione al fine di regolamentare l'intera procedura, sul quale comunque esercita, in ogni momento, la sua vigilanza il Ministero della Giustizia. Spazi ulteriori per una regolamentazione di rango secondario diretto, ai sensi dell'art. 17, comma 3, l. n. 400/88, non se ne riscontrano, limitandosi il richiamo a tale forma di decretazione a modalità di formazione e tenuta del registro, ai sensi del richiamato art. 16 d.lgs. n. 28/2010.

Infatti, nella stesura originaria del d.m. Giustizia n. 180/2010 che in tal senso provvede, non vi era alcun cenno alle incompatibilità del singolo mediatore, recando lo stesso l'intestazione "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".

Lo stesso art. 2 del d.m. in questione – rubricato "Oggetto" – precisa infatti che esso disciplina: "a) l'istituzione del registro presso il Ministero; b) i criteri e le modalità di iscrizione nel registro, nonché la vigilanza, il monitoraggio, la sospensione e la cancellazione dei singoli organismi dal registro; c) l'istituzione dell'elenco presso il Ministero; d) i criteri e le modalità di iscrizione nell'elenco, nonché la vigilanza, il monitoraggio, la sospensione e la cancellazione degli enti di formazione dall'elenco; e) l'ammontare minimo e massimo e il criterio di calcolo delle indennità spettanti agli organismi costituiti da enti pubblici di diritto interno, nonché i criteri per l'approvazione delle tabelle delle indennità proposte dagli organismi costituiti dagli enti privati."

Confermando che è l'organismo di mediazione ad assumere rilievo a tali fini e che il regolamento è previsto solo ai riportati fini, gli articoli seguenti non esulano da tali confini, provvedendo a introdurre nell'ordinamento la richiesta normativa secondaria relativa a quanto sopra riportato all'art. 2. Ai fini dell'iscrizione nel registro, e solo a questi, è previsto, all'art. 4, comma 2, lett. e), d.m. cit., che il responsabile della tenuta del registro e degli elenchi (come definito nell'art. 1) avrebbe verificato, tra altro, "...le garanzie di indipendenza, imparzialità e riservatezza nello svolgimento del servizio di mediazione, nonché la conformità del regolamento alla legge e al presentedecreto, anche per quanto attiene al rapporto giuridico con i mediatori". Nuovamente, quindi, si ribadisce che il requisito di indipendenza debba essere garantito dall'organismo stesso attraverso il suo regolamento.

Ciò è ancor più chiaramente evidenziato nell'art. 7, comma 3, secondo cui: "Il regolamento stabilisce le cause di incompatibilità allo svolgimento dell'incarico da parte del mediatore e disciplina le conseguenze sui procedimenti in corso della sospensione o della cancellazione dell'organismo dal registro ai sensi dell'articolo 10". Il successivo comma 5 precisa inoltre che: "Il regolamento deve, in ogni caso, prevedere: a) che il procedimento di mediazione può avere inizio solo dopo la sottoscrizione da parte del mediatore designato della dichiarazione di imparzialità di cui all' articolo 14, comma 2, lettera a), del decreto legislativo...".

L'imparzialità e terzietà del mediatore, quindi, sono ritenute necessarie ma legate alla dichiarazione del singolo secondo l'imposizione del regolamento dell'organismo, a pena di procedibilità, e in relazione a quanto già previsto dalla normativa primaria in tal senso. In tale contesto stride, quindi, la disposizione contestata nella presente sede, di cui all'art. 14 bis, come introdotto dall'art. 6, comma 1, d.m. 4.8.2014, n. 139, che si occupadirettamente dell'incompatibilità e dei conflitti di interesse del singolo mediatore, affermando che: "Il mediatore non può essere parte ovvero rappresentare o in ogni modo assistere parti in procedure di mediazione dinanzi all'organismo presso cui è iscritto o relativamente al quale è socio o riveste una carica a qualsiasi titolo; il divieto si estende ai professionisti soci, associati ovvero che esercitano la professione negli stessi locali. Non può assumere la funzione di mediatore colui il quale ha in corso ovvero ha avuto negli ultimi due anni rapporti professionali con una delle parti, o quando una delle parti è assistita o è stata assistita negli ultimi due anni da professionista di lui socio o con lui associato ovvero che ha esercitato la professione negli stessi locali; in ogni caso costituisce condizione ostativa all'assunzione dell'incarico di mediatore la ricorrenza di una delle ipotesi di cui all'articolo 815, primo comma, numeri da 2 a 6, del codice di procedura civile. Chi ha svolto l'incarico di mediatore non può intrattenere rapporti professionali con una delle parti se non sono decorsi almeno due anni dalla definizione del procedimento. Il divieto si estende ai professionisti soci, associati ovvero che esercitano negli stessi locali."

Sotto tale profilo appare condivisibile la censura dei ricorrenti di cui al primo motivo di ricorso, in quanto la normativa primaria non ha riservato alla decretazione regolamentare ministeriale alcun margine per intervenire sui temi dell'incompatibilità e del conflitto di interessi del singolo mediatore, al fine poi di estenderli anche a soci, associati e professionisti esercenti attività professionale nei medesimi locali. Per giungere a tale conclusione non appare al Collegio necessario soffermarsi oltremodo. Sotto il profilo, formale, basti richiamare l'art. 17, comma 3, l. n. 400/1988, secondo il quale "Con decreto ministeriale possono essere adottati regolamenti nelle materie di competenza del ministro o di autorità sottordinate al ministro, quando la legge espressamente conferisca tale potere. Tali regolamenti, per materie di competenza di più ministri, possono essere adottati con decreti interministeriali, ferma restando la necessità di apposita autorizzazione da parte della legge..." Sul punto è stato già chiarito che, almeno per quel che riguarda i "regolamenti" di cui al richiamato art. 17, comma 3, l. cit., è sempre necessaria un'espressa previsione di legge che legittimi l'attuazione, e quindi l'estensione, della potestà regolamentare in questione (per tutte: Cons. Stato, Sez. III, 25.5.11, n. 3144). Nel caso di specie tale espressa

previsione di legge è assente. Sotto il profilo sostanziale, non può farsi a meno di ricordare che lo stesso Consiglio di Stato, in sede di pronuncia del necessario parere sul testo del d.m. impugnato, aveva chiaramente espresso la riserva in ordine alla collocazione dei commi 1 e 3 dell'art. 14 bis del testo al suo esame, "...trattandosi di questione che può presentare interconnessioni con l'ordinamento forense, come tale necessitante – semmai – di apposita previsione in altra iniziativa normativa". Tali ultime osservazioni – ad avviso del Collegio – rimarcano anche la fondatezza di quanto lamentato dai ricorrenti con il secondo motivo di ricorso. Si evidenzia, infatti, che l'art. 84, comma 1, lett. o), d.l. n. 69/13, conv. in l. n. 98/13, ha inserito nel testo dell'art. 16 del d.lgs. n. 20/2010 il comma 4 bis, secondo il quale "Gli avvocati iscritti all'albo sono di diritto mediatori". Il richiamo alla qualifica assunta "di diritto", secondo la norma primaria come innovata, ad avviso del Collegio evidenzia la peculiarità della figura dell'avvocato-mediatore, che dà luogo ad una inscindibilità di posizione laddove un avvocato scelga di dedicarsi (anche) alla mediazione. Ne consegue che il decreto ministeriale in esame non ha tenuto conto della peculiare disciplina che regola la professione forense, di cui alla l. 31.12.2012, n. 247 e allo specifico codice deontologico vigente, pubblicato sulla G.U. del 16.10.2014, il cui art. 62 prevede esplicitamente la regolamentazione della funzione di mediatore per colui che è avvocato. In merito, infatti, si evidenzia che l'art. 3, commi 3 e 4, l. n. 247/12 cit. prevede che "L'avvocato esercita la professione uniformandosi ai principi contenuti nel codice deontologico emanato dal CNF ai sensi degli articoli 35, comma 1, lettera d), e 65, comma 5.

Il codice deontologico stabilisce le norme di comportamento che l'avvocato è tenuto ad osservare in via generale e, specificamente, nei suoi rapporti con il cliente, con la controparte, con altri avvocati e con altri professionisti. Il codice deontologico espressamente individua fra le norme in esso contenute quelle che, rispondendo alla tutela di un pubblico interesse al corretto esercizio della professione, hanno rilevanza disciplinare. Tali norme, per quanto possibile, devono essere caratterizzate dall'osservanza del principio della tipizzazione della condotta e devono contenere l'espressa indicazione della sanzione applicabile. 4. Il codice deontologico di cui al comma 3 e i suoi aggiornamenti sono pubblicati e resi accessibili a chiunque...". Il Collegio ritiene che se il legislatore, con norma primaria (art. 16, comma 4 bis, d.lgs. n. 28/2010), ha ritenuto di individuare la sola figura dell'avvocato quale mediatore "di diritto", ne consegue che, vista l'inscindibilità tra le due qualifiche, doveva considerarsi la vigenza e immediata applicabilità dell'altra normativa primaria che già si occupava di regolare le funzioni di mediatore, sia pure attraverso il richiamo "mobile" al contenuto del codice deontologico. Con l'introduzione dell'esteso e generalizzato regime di incompatibilità di cui all'art. 14 bis d.m. n. 139/14, peraltro – come visto – senza specifica "copertura legislativa", si è invece dato luogo ad una commistione di incompatibilità e conflitti di interessi cui devono sottostare gli "avvocati-mediatori" che non aveva ragione di essere e che meritava, eventualmente, pari sede legislativa primaria, come d'altronde subito osservato dal Consiglio di Stato. In sostanza, il Collegio osserva che poteva in ipotesi darsi luogo a una sola alternativa: o la disciplina regolamentare generale riguardante (tutti) i mediatori – ferma restando l'osservazione sulla carenza di delega legislativa – faceva salve le disposizioni già adottate per coloro che erano ritenuti da fonte primaria

mediatori “di diritto” (vale a dire gli avvocati) ovvero doveva darsi luogo ad una iniziativa legislativa di pari rango primario, qualora le vigenti disposizioni di cui all’art. 62 del Codice deontologico non fossero state ritenute valide e condivisibili alla luce di esperienze maturate nel frattempo. Tali ipotesi alternative sono state entrambe disattese e, per tale ragione, il ricorso si palesa fondato anche sotto tale ulteriore profilo. Da ultimo, per mero tuziorismo, il Collegio osserva che la decretazione ministeriale non pare che abbia colto appieno l’estrema, variegata composizione degli studi legali professionali sparsi sul territorio e il rapporto numerico con gli organismi di mediazione in ciascun distretto di Tribunale. Non pare essersi tenuto conto, vale a dire, che in alcune parti del territorio nazionale, in special modo nelle città metropolitane, l’organizzazione professionale pare andare verso una composizione orientata su studi professionali “complessi”, spesso interdisciplinari, e con un numero sostanzioso di organismi di mediazione sul territorio, così che non pare irreversibile sulla scelta di effettuare anche la mediazione il mutamento di un organismo di appartenenza per il singolo legale. Vi sono però in altre zone del territorio organizzazioni più “semplici” e capillari”, ove l’avvocato, da solo e in locali da lui unicamente detenuti, esercita sia in campo penale che civile che tributario e/o amministrativo, con uno e massimo due organismi di mediazione di riferimento, così che le disposizioni di cui all’art. 14 bis in esame lo costringerebbero a rinunciare inevitabilmente alla mediazione.

Così pure non trascurabili sono le osservazioni secondo le quali ben potrebbe una parte scegliere un organismo di mediazione specifico, ove è iscritto un legale di fiducia di controparte, al solo fine di impedire l’assistenza nell’affare. Ciò evidentemente stride con la libertà di scelta del mediatore che è alla base della normativa dell’intero d.lgs. n. 28/2010. Ebbene se non può dimenticarsi che le caratteristiche del regolamento di cui all’art. 17 l. n. 400/88 cit., secondo la giurisprudenza, esprimono una potestà normativa “secondaria” attribuita all’Amministrazione al fine di disciplinare, in astratto, tipi di rapporti giuridici mediante una regolazione attuativa o integrativa della legge, ma ugualmente innovativa rispetto all’ordinamento giuridico esistente, con precetti che presentano appunto i caratteri della “generalità e dell’astrattezza”, intesi essenzialmente come ripetibilità nel tempo dell’applicazione delle norme e non determinabilità dei soggetti cui si riferiscono (per tutte: Cons. Stato, Sez. VI, 18.2.15, n. 823), nel caso di specie tale caratteristiche sembrano smarrite, in quanto la generalità dell’applicazione dell’art. 14 bis va a collidere con la determinabilità dei soggetti più considerati, che sembrano – stante l’impostazione della norma regolamentare in questione – i soli “avvocati-mediatori”. Anche sotto tale profilo, quindi, si palesa la violazione dell’art. 17 cit. A conclusione contraria non portano, poi, le tesi espresse nelle difese erariali. Sostengono quest’ultime che lo scopo dell’art. 14 bis cit. è quello di assicurare che l’attività di mediazione sia svolta da un soggetto che offra garanzie di indipendenza e terzietà. Sul punto, però, non può che richiamarsi nuovamente il contenuto dell’art. 3, comma 2, d.lgs. n. 28/2010 cit. che demanda al regolamento dell’organismo scelto dalle parti – e non a regolamento ministeriale ex art. 17, comma 3, l. cit. – la garanzia di nomina di un mediatore che assicuri imparzialità e idoneità allo svolgimento dell’incarico. In merito basti osservare che il Ministero della Giustizia, quale organo vigilante, dispone di tutti gli strumenti per

verificare il contenuto dei singoli regolamenti degli organismi e chiederne l'eventuale modifica, soprattutto laddove si rinvenivano anomalie riguardo lo svolgimento dell'attività da parte di "avvocati-mediatori". Sostiene la difesa erariale, altresì, che l'impianto dell'art. 16 d. lgs. n. 28/2010 consentirebbe l'emanazione di "appositi decreti ministeriali" concernenti la nomina e i requisiti che il mediatore deve possedere, tra i quali quelli dell'imparzialità e terzietà. In realtà, il Collegio osserva che il comma 2 dell'art. 16 in questione non prevede l'emanazione di appositi decreti ministeriali ma si limita – come già sopra riportato – a prevedere che "La formazione del registro e la sua revisione, l'iscrizione, la sospensione e la cancellazione degli iscritti, l'istituzione di separate sezioni del registro per la trattazione degli affari che richiedono specifiche competenze anche in materia di consumo e internazionali, nonché la determinazione delle indennità spettanti agli organismi sono disciplinati con appositi decreti del Ministro della giustizia, di concerto, relativamente alla materia del consumo, con il Ministro dello sviluppo economico.". Non vi è dunque alcun accenno alla nomina e ai requisiti del mediatore. Anzi, come pure sopra evidenziato, i successivi commi dell'art. 16 ribadiscono la vigilanza del Ministero della Giustizia e la qualità di mediatori "di diritto" degli avvocati, con tutte le conseguenze, dirette e indirette, sopra rappresentate, cui si rimanda. Ciò assume connotazione logica secondo quanto riconosciuto dalle stesse difese erariali, laddove richiamano l'art. 3 d.lgs. n. 28/2010 che, appunto, rimette agli organismi di disciplinare con regolamento le modalità di nomina del mediatore che ne garantiscano l'imparzialità e l'idoneità. Non avrebbe alcun senso condivisibile, quindi, una previsione normativa che dapprima demanda ai regolamenti degli organismi di occuparsi delle modalità di nomina dei mediatori al fine di garantirne (anche) l'imparzialità e poi demanda a decreto ministeriale la stessa materia. Né si comprende poi in cosa consista la differenza tra "imparzialità" e "incompatibilità e conflitto di interessi", che l'Avvocatura evidenzia, laddove la prima non può che comprendere le altre due, costituendone presupposto.

Sostiene l'Amministrazione che ad ulteriore dimostrazione della competenza del d.m. a disciplinare la materia dell'incompatibilità dovrebbe leggersi la disposizione del richiamato art. 16, comma 2, secondo la quale: "Fino all'adozione di tali decreti si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni dei decreti del Ministro della giustizia 23 luglio 2004, n. 222 e 23 luglio 2004, n. 223...". Ebbene, la lettura di tali decreti convince del contrario, in quanto l'art. 7 del d.m. n. 222/04, occupandosi del regolamento di procedura, prevede(va) appunto che: "Il regolamento stabilisce le cause di incompatibilità allo svolgimento dell'incarico..." mentre il d.m. n. 223/04 si limitava ad occuparsi delle indennità. Secondo la difesa erariale il testo dell'art. 38 del d.lgs. n. 5 del 2003, che costituiva la base normativa del d.m. n. 222 cit., aveva lo stesso contenuto dell'art. 16 d.lgs. n. 28/2010 e nessuno aveva mai dubitato della legittimità delle ipotesi di incompatibilità previste da tale d.m. Il Collegio non può che osservare come il richiamato art. 38, ben più sintetico dell'art. 16 d.lgs. 28/2010, non conteneva alcuna delega alla potestà regolamentare ministeriale in ordine all'individuazione di requisiti di imparzialità del singolo mediatore – e quindi di incompatibilità e conflitto di interessi – ma si limitava, al comma 2, a prevedere che: "Il Ministro della giustizia determina i criteri e le modalità di iscrizione nel registro di cui al comma 1, con regolamento da adottare

ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto. Con lo stesso decreto sono disciplinate altresì la formazione dell'elenco e la sua revisione, l'iscrizione, la sospensione e la cancellazione degli iscritti...".

E' facile convenire che "nessuno ha mai dubitato della legittimità delle ipotesi di incompatibilità previste da tale DM", ma perché in tale decreto non vi erano regolate ipotesi di incompatibilità, come invece contenute nell'art. 14 bis impugnato in questa sede, facendosi rimando sul punto a regolamenti dei singoli organismi. Infine, che la norma contestata sia rivolta a tutti i mediatori e non solo agli avvocati non legittima la deroga ai limiti di cui all'art. 17, comma 3, l. n. 400/88 ma evidenzia, proprio per la sua generalità e astrattezza, l'illogicità di conseguenze specifiche nei confronti della specifica categoria in questione, qualificata da norma primaria mediatore "di diritto", laddove sussistono già le regolamentazioni dei singoli organismi di mediazione e quella di cui all'art. 62 del codice deontologico, che comunque l'avvocato è tenuto ad osservare. Alla luce di quanto illustrato, quindi, il ricorso deve trovare accoglimento per le deduzioni di cui ai primi due motivi di ricorso, con assorbimento delle altre censure, comportando l'accoglimento del gravame e comunque l'espunzione dell'intero art. 14 bis dal testo del d.m. n. 180/2010. La fondatezza del ricorso introduttivo comporta, poi, anche l'annullamento dell'impugnata circolare ministeriale di cui ai motivi aggiunti, per illegittimità derivata. Le spese di lite possono eccezionalmente compensarsi per la novità della fattispecie.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso e i motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li accoglie e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati. Spese compensate. Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa. –