

Il nuovo articolo 55-bis del codice deontologico forense sulla mediazione civile esercitata dagli avvocati

Il nuovo art. 55-bis del Codice Deontologico Forense, introdotto il 15 Luglio 2011 ed illustrato dalla Circolare n° 24 del 2011 del Consiglio Nazionale Forense, disciplina i requisiti di imparzialità, cioè di mancanza di conflitti di interesse, degli avvocati che siano anche mediatori prevedendo che questi non possono svolgere la funzione di mediatore se hanno assistito una delle parti del procedimento di mediazione nei due anni precedenti alla presentazione dell'istanza introduttiva di questo e se hanno in corso rapporti professionali con una di esse. Invece, l'avvocato che ha svolto il ruolo di mediatore non potrà assumere la difesa di una delle parti nei due anni successivi alla conclusione della mediazione e dopo potrà farlo solo se l'oggetto della causa sarà diverso da quello della mediazione. Questi divieti si estendono agli avvocati soci o associati dell'avvocato - mediatore o che esercitino la professione negli stessi locali dello studio dove esercita il primo.

Un avvocato non può assumere l'incarico di mediatore se ricorre una delle ipotesi previste dal 1° comma dell'art. 815 del Codice di Procedure Civile, vale a dire: se non ha le qualifiche espressamente convenute tra le parti, se egli stesso o una società o un altro ente di cui lui è amministratore ha interesse nella controversia, se egli stesso o il coniuge o un suo parente entro il quarto grado è convivente o commensale abituale di una delle parti, di un rappresentante legale o di un difensore di esse o se egli stesso o il coniuge ha una causa pendente o grave inimicizia con uno di questi soggetti, se è legato ad una delle parti o ad una società da questa controllata da un rapporto di lavoro subordinato od autonomo di qualsiasi tipo o da altri rapporti di natura patrimoniale o associativa che ne compromettono l'indipendenza, se è tutore o curatore di una delle parti, se ha prestato assistenza o consulenza ad una delle parti in una precedente fase della vicenda o vi ha deposto come testimone.

Inoltre, lo studio di un avvocato non può ospitare la sede di un organismo di mediazione e viceversa.

La violazione delle regole fissate dall'art. 55-bis rappresenta un illecito disciplinare perseguito nei modi e con le sanzioni previste dal Codice Deontologico Forense.

Sempre per l'art. 55-bis, l'avvocato non può assumere la funzione di mediatore se non possiede una "adeguata competenza", che sta ad indicare non solo la conoscenza del ramo del diritto in cui rientra la controversia, ma anche, come ha detto il TAR del Lazio nella sua Ordinanza n° 3202 del 2011, "la sua capacità di evitare che le parti subiscano pregiudizi irreversibili derivanti dalla non coincidenza degli elementi da loro offerti in valutazione (nel procedimento di mediazione) per accettare o rifiutare l'accordo di conciliazione con gli elementi che poi possono emergere nel giudizio successivo", vale a dire la sua competenza giuridico - processuale. Francamente, ci sembra che tale competenza si possa dare per scontata in un avvocato che esercita o ha esercitato la professione.

Inoltre, questa competenza giuridico - processuale (che ricordiamo, è richiesta da una norma deontologica¹ che vale solo per gli avvocati che sono anche mediatori) non può essere richiesta ai mediatori che non sono avvocati e ciò sembrerebbe segnalare una disparità di trattamento fra le parti (più garantite) di un

procedimento di mediazione in cui il mediatore designato è un avvocato e quelle (meno garantite) di un procedimento svolto da un mediatore che non abbia questo titolo professionale. In realtà il problema, secondo noi, non sussiste, in primo luogo perché il procedimento di mediazione non è un processo, poi perché la parte ha sempre la facoltà di farsi assistere da un avvocato colmando, così, questa presunta lacuna, e soprattutto perché, se la mediazione non ha successo e le parti instaurano un processo civile ordinario, ciò che è emerso nel procedimento di mediazione non deve influenzare il giudizio successivo, come previsto dagli artt. 10, 1° e 2° comma, e 11, 4° comma, del Decreto Legislativo n° 28 del 2010.

Infine, riteniamo che questa norma deontologica possa creare dei problemi in riferimento all'obbligo che sia l'organismo che il mediatore da esso designato hanno di prestare la mediazione obbligatoria nelle materie elencate nel 1° comma dell'art. 5 del Dlgs 28/2010 che è previsto dal comma 9° dell'art. 16 del D.M.

180/2010, di attuazione del Decreto Legislativo. In tal caso, l'avvocato – mediatore non adeguatamente competente nella materia giuridica a cui appartiene la controversia viene a trovarsi nell'alternativa se rispettare la prescrizione del Codice Deontologico oppure l'obbligo di prestare la mediazione fissato dalla norma regolamentare citata che non può che prevalere sulla prima. Del resto, i modi per colmare le lacune della competenza del mediatore sono altri: la nomina di un mediatore ausiliario o quella di un esperto (commi 1° e 4° dell'art. 8 del Dlgs 28/2010).

Riportiamo in nota l'art. 55-bis del Codice Deontologico Forense.²

1 O, meglio, dall'interpretazione che il TAR del Lazio ha dato di essa.

2 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. È fatto divieto all'avvocato di 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.