

La lente sul fisco

L'Aggiornamento Professionale on-line



Sede Legale - Via San Pio V n. 27 - 10125 Torino (TO)
Reg. Imprese di Torino n. REA 1144054
Sede operativa - Via Bergamo n. 25 - 24035 Cumo (BG)

P.IVA e C.F. 10565750014

Uffici - Tel. 035.4376262 - Fax 035.62.22.226

E-mail: info@alservizi.it

www.lalentesulfisco.it

N.109

del 03.06.2016



Le Daily News

A cura di Luca Santi

Mediazione Civile e Commerciale: le novità dopo la recente sentenza del TAR

Oggi si sente sempre più l'esigenza di evitare di poter risolvere, nel più breve tempo possibile, le diverse "criticità / controversie" sia a livello privato che d'impresa. Su questo tema l'istituto principe è senza alcun dubbio di smentita la Mediazione Civile e Commerciale, normata dal D. Lgs. 28/2010. Questo decreto, nella sua prima formulazione, ebbe il plauso della comunità europea e, fu "additato" come il decreto migliore d'Europa in materia di mediazione. Purtroppo il decreto è stato sottoposto a parecchie modifiche arrivando alla versione che oggi conosciamo, versione un po' di "compromesso" e che forse non permette al mediatore di esperire il proprio ruolo nella vera accezione del termine. L'ultima modifica "importante", che impatta sia sul "modo di fare mediazione" che sull'organizzazione degli studi professionali, è la recente sentenza del TAR del Lazio N. 3989 depositata l'1 aprile 2016 che ha annullato l'art. 14 bis del D.M. 180/2010 con il quale erano state disciplinate le ipotesi di incompatibilità e conflitto di interesse dei mediatori. Si segnala che per illegittimità derivata, è stata annullata anche la Circolare ministeriale del 14 luglio 2015 e di ogni ogni altro provvedimento presupposto, connesso e/o consequenziale. In estrema sintesi per i giudici amministrativi, spetta ai soli organismi di mediazione il compito di garantire, tramite il proprio regolamento e il codice etico, l'imparzialità e neutralità del mediatore, mentre il Ministero della Giustizia deve limitarsi a vigilare sull'operato degli organismi. Di conseguenza, questa è la novità pratica, i mediatori potranno assistere nuovamente le parti nelle procedure di mediazioni nell'organismo presso cui gli stessi sono iscritti.

Premessa

L'articolo "incriminato" è il 14 bis del DM. 180/2010 rubricato "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" nella sua ultima formulazione.

Com'è noto lo stesso è stato modificato dapprima con il DM 145/2011 (del 6 luglio) che aveva introdotto alcune novità operative circa l'attività di vigilanza da parte del Direttore generale della Giustizia civile, nel senso che lo stesso possa svolgere l'attività di vigilanza avvalendosi dell'ispettorato generale del Ministero di Giustizia, sia l'introduzione di requisiti più stringenti nei confronti dei mediatori e, mi riferisco ai tirocini assistiti. La seconda modifica al decreto è avvenuta per tramite del DM 139/2013 (4 agosto).

Anche questo decreto ha introdotto numerose modifiche operative tra cui anche il nuovo **articolo 14-bis** rubricato "**Incompatibilità e conflitti di interesse**", che aveva principalmente "colpito" gli avvocati e, che si riporta:

- 1. 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 esercitino la professione negli stessi locali;*
- 2. 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;*
- 3. 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.*

Sull'argomento è intervenuta la una recente **Circolare 14 luglio 2015** – rubricata "**Incompatibilità e conflitti di interesse mediatore e avvocato**".

Sul documento si legge che: "*La ratio sottesa a tale norma risiede nell'esigenza di garantire la sussistenza dei requisiti di terzietà e imparzialità dell'organismo di mediazione e dei suoi mediatori, ciò in quanto, come più volte ricordato da questo Ministero, viene svolta una attività delicata e significativa in quanto, prospettando un percorso alternativo alla giurisdizione, tende a definire una controversia mediante l'intervento di un terzo che, pertanto, deve porsi, anche in via di fatto, in una posizione di assoluta equidistanza rispetto alle parti in lite.*

In tale prospettiva, dunque, deve ritenersi che l'art. 14 bis miri ad assicurare che l'attività di mediazione sia svolta da un soggetto che offra garanzie, anche sul piano dell'apparenza, di indipendenza e terzietà. Ciò anche in considerazione del fatto che, le norme sull'incompatibilità esprimono lo standard minimo indispensabile per garantire l'imparzialità del mediatore."

Questa circolare, ora come accennato annullata per illegittimità derivata, aveva ribadito ed interpretato la norma in maniera molto rigida. Più precisamente la stessa, suddivisa per alcuni punti critici, aveva stabilito quanto riassunto di seguito.

**Difensore del
chiamato in
mediazione,
iscritto come
mediatore
presso
l'organismo
prescelto
dall'istante**

Questo punto riguarda l'avvocato che assista la parte come difensore del chiamato in mediazione e che lo stesso sia, nel contempo, mediatore iscritto presso quell'organismo: la circolare afferma che *le parti si troverebbero in posizioni ingiustificatamente differenziate e non si darebbe la giusta garanzia alla parte istante, circa lo svolgimento imparziale del procedimento di mediazione. Pertanto, il divieto di cui all'art. 14 bis opera anche nei confronti del difensore di fiducia della parte chiamata in mediazione, che rivesta al contempo la qualifica di mediatore presso l'organismo adito.*

**Estensione alle
sedi in
convenzione ex
art.7, comma 2,
lett. c) D.M.
180/2010**

In questa ipotesi l'organismo di mediazione "condivide", tra l'altro, i mediatori di un altro organismo che si trovano, pertanto, nella medesima posizione formale dei mediatori iscritti presso l'organismo "delegante". *Di conseguenza, anche al fine di evitare una facile elusione della norma, l'incompatibilità non può che estendersi anche ai mediatori dell'organismo con cui si è concluso un accordo ai sensi dell'art.7, comma 2, lett. c), D.M. 180/2010.*

**Accordi
derogatori**

Dal punto di vista pratico l'incompatibilità veniva "aggirata" con la deroga consensualmente delle parti chiamate in mediazione. Sul punto la circolare ritiene *che la materia sia sottratta alla libera disponibilità delle parti e, di conseguenza, non è possibile sottoscrivere tra le parti in mediazione accordi derogatori del divieto di cui all'art. 14 bis.*

**Compiti
dell'organismo**

Questo passaggio della circolare è il più "forte" nel senso che l'organismo di mediazione **doveva** rifiutare di ricevere le istanze di mediazione nelle quali si profilavano ipotesi di incompatibilità di cui all'articolo 14-bis. Precisamente: *"Considerata la funzione di vigilanza e controllo che la normativa attribuisce all'organismo, si ritiene che, trattandosi di una domanda proposta in evidente violazione di norma, all'organismo vada riconosciuto il potere - dovere di rifiutare tali istanze."* Di conseguenza, *l'organismo di mediazione deve rifiutare di ricevere le istanze di mediazioni nelle quali si profilano ipotesi di incompatibilità di cui all'art. 14 bis.*

Come anticipato con la sentenza n. 3989 depositata il 1° aprile 2016 il Tar Lazio di Roma (I Sezione – presidente Volpe, estensore Correalè) ha sancito l'illegittimità

dell'articolo 14-bis sopra richiamato e, per illegittimità derivata la Circolare del 14 luglio 2015 e di ogni altro provvedimento presupposto, connesso e/o consequenziale.

Il motivo di fondo, corretto a parere dello scrivente, è ancora una volta di carenza di specifica delega legislativa: la norma primaria non consente al ministero di disciplinare il tema della imparzialità, della indipendenza e, quindi, le incompatibilità dei mediatori. Infatti, l'articolo 16 comma 2 del D.Lgs. 28/2010 ha previsto "solamente" che "*...omiss ...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...*"

Di seguito si analizza la citata **sentenza del TAR** nei punti ritenuti più salienti.

"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."

Sul punto si evidenzia che la normativa primaria (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.

Con la impugnata disposizione, il Governo ha 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 di mediazione, 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.

Su questo punto i giudici amministrativi sostengono: "*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."*

"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.

Circa questo aspetto la sentenza rimarca che: "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.

... omiss...

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."

Infine, il Collegio dei giudici amministrativi 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.

L'auspicio è che queste modifiche normative non dimentichino lo spirito di fondo della mediazione, sottolineato anche dalla DIRETTIVA 5 novembre 2013 in cui il Ministero della Giustizia sottolinea, a seguito della conversione del DL. 69/2013, che il legislatore eleva **l'istituto a fondamentale strumento di deflazione del contenzioso civile, volto a incrementare l'efficienza del sistema giudiziario che costituisce, come noto, uno degli elementi sui quali si misura la funzionalità del sistema economico nonché l'affidabilità internazionale del nostro Paese.**

In consonanza con le linee direttrici dell'azione del Governo, l'istituto della mediazione non deve, pertanto, costituire un vuoto ed oneroso adempimento burocratico, una mera condizione di procedibilità prima di potersi rivolgere al giudice. Al contrario, l'istituto, attesa la sua strettissima correlazione con l'attività giurisdizionale, deve rappresentare un effettivo momento di composizione delle possibili future controversie giudiziarie.

È evidente come, al fine di conseguire il raggiungimento degli obiettivi prefissati in questo campo dal legislatore, sia necessario garantire, innanzitutto, che il procedimento di mediazione si svolga in maniera tale da assicurare ai cittadini che debbano o intendano avvalersene un elevato livello di preparazione professionale dei mediatori.

Conclusioni

In conclusione va certamente condivisa l'impostazione dei ricorsi ed anche le conclusioni della sentenza del TAR più volte richiamata. Tuttavia va ricordato 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, che prevedeva alla lettera 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;...*

Pertanto, come già successo con la nota Sentenza del 6 dicembre 2012 n. 272 che aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 5, comma 1 del D. Lgs. n. 28/2010 (in cui si faceva riferimento al carattere obbligatorio della mediazione) per eccesso di delega legislativa, poi reintrodotta, essendo il vizio solo procedurale potrebbe ora essere necessario, al fine di rispettare la delega, una legge "ad hoc" per normare questa delicata tematica.