

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 18/07/2013

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/35283-avvocati-mediatori-e-avvocati-giudici-ausiliari-serve-pi-concorrenza-nell-accesso-alle-funzioni>

Autore: Perelli Maurizio

Avvocati-mediatori e avvocati-giudici ausiliari: serve più concorrenza nell'accesso alle funzioni.

Maurizio Perelli

Avvocati-mediatori e avvocati-giudici ausiliari: serve più concorrenza nell'accesso alle funzioni.

Il d.l. 69/2013 (c.d. decreto legge "del fare") determina distorsioni della concorrenza e del corretto funzionamento sia del mercato del servizio professionale di avvocato, sia del mercato del servizio professionale di mediatore, non giustificate da esigenze di interesse generale.

Perciò almeno tre rilievi andrebbero sottoposti all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato per violazione della concorrenza in ordine alla reintroduzione della mediazione obbligatoria e alla creazione della nuova magistratura onoraria dei "giudici ausiliari" da parte del d.l. 69/2013.

Tali distorsioni derivano dal fatto che il d.l. 69/2013:

- 1) **Primo rilievo.** Il d.l. 69/2013, all'art. 84, comma 1, lettera b), inserisce il comma 1 nell'art. 5 del d.lgs. 28/2010, reintroducendo, in una serie di materie, l'obbligatorietà (come condizione di procedibilità dell'azione giudiziaria) dell'esperimento del procedimento di mediazione come disciplinato dal d.lgs. 28/2010. Con ciò (poiché il d.lgs. 28/2010 consente al mediatore di operare solo su designazione d'un organismo di mediazione e soggiacendo ad ampi poteri riconosciuti all'organismo stesso per la gestione del procedimento di mediazione) impedisce ingiustamente ad un avvocato iscritto all'albo forense ma non aderente a nessun organismo di mediazione (anche se tale avvocato è ormai "di diritto" mediatore) lo svolgimento della attività di mediatore anche nel caso in cui le parti in contrasto vogliano designare direttamente il predetto avvocato quale mediatore e vogliano escludere che la designazione d'un mediatore e la gestione della procedura di mediazione obbligatoria avvenga ad opera di un "organismo di mediazione". Impedisce, conseguentemente, di attivare una più ampia platea di mediatori e, soprattutto, impedisce di attuare al meglio una mediazione "soggettivamente semplice" e naturalmente più veloce, con l'attivazione diretta di mediatori che, in quanto avvocati e nel contempo mediatori designati congiuntamente dalle parti in contrasto, possono mediare a costi minori per le parti stesse (per un verso, niente costi per l'organizzazione del dispendioso e, nel caso, inutile "organismo di mediazione"; per altro verso, niente costi per pagare ulteriori avvocati che assistano le parti innanzi al mediatore al fine della omologazione del verbale di accordo e del suo riconoscimento quale titolo esecutivo);
- 2) **Secondo rilievo.** Il d.l. 69/2013, all'art. 84, comma 1, lettera o), introduce il comma 4-bis nell'art. 16 del d.lgs. 28/2010, riconoscendo "di diritto" la qualità di mediatore agli avvocati ma solo finché restano iscritti all'albo forense. Con ciò nega ingiustamente il mantenimento nel tempo della qualifica di mediatore in capo agli avvocati che siano stati cancellati dall'albo forense non per motivi disciplinari;
- 3) **Terzo rilievo.** Il d.l. 69/2013, al Capo I del Titolo III, introduce una nuova figura di magistrato onorario, il "giudice ausiliario", attraverso disposizioni anticoncorrenziali e irragionevolmente discriminatorie (e dunque incostituzionali) in ordine al riconoscimento della condizione di preferenza nella nomina a "giudice ausiliario" a favore degli avvocati iscritti all'albo al momento della presentazione della domanda.

L'accesso "con preferenza" degli avvocati alla nuova magistratura onoraria dei "giudici ausiliari" e il riconoscimento "di diritto" agli avvocati della qualifica di mediatori confermano ancora una volta che, al fine del miglior andamento del servizio giustizia (ma lo stesso può dirsi per altri servizi e funzioni

pubblici, anche comportanti rapporti di impiego pubblico a part time ridotto e non un inserimento in una magistratura onoraria), gli avvocati in attività possono e devono esser coinvolti a pieno nell'attività giurisdizionale senza timore che ne possano derivare conflitti di interesse, o accaparramenti di clientela, o lesione del bene dell'autonomia e dell'indipendenza dell'avvocato, che non siano gestibili con ordinarie misure disciplinari adottabili dalla stessa pubblica amministrazione erogatrice del servizio giustizia (nella fattispecie il ministero della giustizia e CSM) e/o dall'Ordine degli avvocati al quale l'avvocato è iscritto.

Ma non solo. La normativa positiva risultante dal d.l. 69/2013 dimostra anche che sussistono, e vanno superati, taluni limiti anticoncorrenziali all'accesso alla professione di avvocato-mediatore, onde poter salvaguardare in concreto (secondo un corretto bilanciamento di valori costituzionali) quel diritto di libertà professionale che, oltre ad essere tutelato dall'art. 8 CEDU (vedasi sentenza della Corte di Strasburgo sul caso Bigaeva), fu riconosciuto anche da da Corte cost. 108/2009 che ricordò che gli esami di abilitazione all'esercizio della professione forense "sono volti ad accertare l'idoneità dei candidati a svolgere una determinata attività professionale. Accertata questa idoneità, tale attività deve potersi liberamente esplicare". In particolare, la normativa positiva risultante dal d.l. 69/2013 dimostra:

- 1) che è irragionevole consentire, da una parte, all'avvocato (iscritto all'albo oppure "a riposo") di svolgere la funzione di magistrato onorario ("giudice ausiliario"), nel presupposto della adeguatezza dei controlli che sul suo operato e su eventuali conflitti di interessi devono fare il Consiglio dell'Ordine forense e/o il CSM e il ministero della giustizia, e, d'altra parte, escludere che analoghi controlli del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e del ministero della giustizia non siano sufficienti a ritenere che, anche **senza l'intermediazione di un "organismo di mediazione"**, sia affidabile lo svolgimento, della attività di mediatore da parte dell'avvocato (iscritto all'albo oppure cancellato dall'albo non per ragioni disciplinari) che sia direttamente designato quale mediatore dalle parti in contrasto;
- 2) che è irragionevole riconoscere, da una parte, tra gli avvocati "a riposo", una priorità nella nomina a "giudice ausiliario" a coloro che abbiano maturato maggiore anzianità di esercizio della professione (art. 65, co, 2), nel presupposto della rilevanza della pregressa esperienza quale avvocato ai fini della partecipazione a collegi giudicanti nelle Corti d'appello civili (art. 62 e 68) e, d'altra parte, escludere che detta pregressa esperienza quale avvocato iscritto per numerosi anni negli albi (e addirittura in quello dei "cassazionisti") non sia sufficiente a riconoscere **"d'ufficio"** la qualifica di mediatore al medesimo avvocato "a riposo" che, pur potendo vantare detta pluriennale esperienza non sia più iscritto all'albo per ragioni diverse dall'applicazione di sanzioni disciplinari (cancellazione "amministrativa" e non "disciplinare").

Si consideri la Carta delle libertà fondamentali dell'Unione europea. Essa al paragrafo 1 dell'art. 15, intitolato "Libertà professionale e diritto di lavorare", solennemente afferma che "Ogni individuo ha il diritto di lavorare e di esercitare una professione liberamente scelta o accettata". Ci conferma, in tal modo, che accedere ad una professione –anche quella di avvocato e quella di mediatore- e svolgerla in sana concorrenza è un diritto primario di libertà, non comprimibile da interessi corporativi in quanto espressione di quel diritto al lavoro che la nostra Costituzione pone a fondamento dell'Italia, quale Repubblica democratica.

Spesso la Corte costituzionale s'è orientata seguendo questa stella polare della libertà di lavorare. Ad esempio, la sentenza della Corte costituzionale 443 del 21/12/2007 ribadì (specie al paragrafo 6.3 delle "considerazioni in diritto") la "funzionalizzazione finalistica della <<tutela della concorrenza>> imposta dall'art. 117 della Costituzione, che, anche in materia di servizi professionali di avvocato, deve essere contrassegnata da limiti oggettivi di proporzionalità e adeguatezza più volte indicati da

questa Corte (da ultimo sentenze n. 430 e 401 del 2007)".

Nella libera professione "protetta" di avvocato, che oggi comprende in se la attività di mediatore, se non si vuol negare il senso profondo della "protezione" accordata alla professione di avvocato (ormai avvocato-mediatore), non si possono ammettere limitazioni all'esercizio della attività professionale (nel caso limitazioni alla attività di mediatore) che siano irrispettose del senso profondo che deve avere il superamento dell'esame di Stato e della pregressa iscrizione all'albo che non sia venuta meno per ragioni disciplinari. Tale senso profondo è da ricollegare, in primo luogo, al diritto al lavoro e al diritto alla libera esplicazione della personalità in una Repubblica democratica fondata, appunto, sul lavoro. Si deve, anche per questo, riconoscere che, per la nostra Costituzione, la non irragionevole limitazione della possibilità di lavorare e la funzionalità al rimuovere col lavoro gli ostacoli alla disuguaglianza sono i primi parametri della legittimità costituzionale delle leggi e la guida principe nell'interpretazione di tutte le norme che regolano l'accesso al lavoro professionale. Cos'è, infatti, il diritto costituzionale al lavoro professionale (che tra l'altro è diritto riconosciuto pure dalla CEDU, come interpretata dalla Corte di Strasburgo <vedasi la sentenza Bigaeva che lo riconduce al diritto alla libertà dell'individuo>) se non, in primo luogo, divieto costituzionale a frapporre ostacoli legislativi (non necessari o, altrimenti detto, "non fondati su motivi imperativi di interesse generale") allo svolgimento di una attività lavorativa? Resta emblematica, sotto questo aspetto, la sentenza della Corte costituzionale n. 73 del 1992 che, con specifico riguardo al regime della previdenza forense, non esitò -proprio parametrando la ratio decidendi sull'art. 4 Cost.- a dichiarare la illegittimità costituzionale della incompatibilità della corresponsione di pensione di anzianità con l'iscrizione ad albi diversi dagli albi forensi, nonché con lo svolgimento di qualsivoglia attività di lavoro subordinato.

Inoltre, il riconoscere che l'avvocato-mediatore che sia stato designato direttamente dalle parti possa operare senza l'intervento dell' "organismo di mediazione" ed il riconoscere che anche gli avvocati cancellati dall'albo da poco tempo e non per motivi disciplinari sono "di diritto" mediatori, sono scelte ormai doverose per il legislatore. Ciò, per non creare contraddizione col disposto del comma 5 dell'art. 3 del d.l. 138/11 che dispone che "gli ordinamenti professionali devono garantire che l'esercizio dell'attività risponda senza eccezioni ai principi di libera concorrenza, ..., alla differenziazione e pluralità di offerta che garantisca l'effettiva possibilità di scelta degli utenti", ma anche in forza della necessaria coerenza con l'art. 1 del d.l. 1/2012, convertito con modificazioni dalla l. 24/3/2012, n. 27.

Solo se sussistessero (ma non sussistono) motivi imperativi di interesse generale idonei a giustificare i detti sacrifici della libertà di lavoro professionale dell'avvocato-mediatore si potrebbe evitare un giudizio negativo su tali sacrifici, in termini di non necessità e sproporzione e contrarietà alla concorrenza, e si potrebbe giudicare infondata una censura di incostituzionalità delle norme che (non essendo modificate in sede di conversione in legge del d.l. 69/2013) impongano sempre l'intervento di un organismo di mediazione per lo svolgimento della mediazione ad opera di un avvocato e che condizionino all'attualità dell'iscrizione all'albo il riconoscimento "di diritto" della qualità di mediatore.

Ripeto: dal sistema complessivo delle modalità d'accesso e delle compatibilità e incompatibilità con la professione di mediatore risulta oggettivamente l'irragionevolezza del sacrificio del diritto al lavoro professionale imposto con la previsione che esclude il riconoscimento "di diritto" della qualità di mediatori agli avvocati cancellati dall'albo forense non per motivi disciplinari. Risulta pure oggettivamente la totale assenza di motivi imperativi di interesse generale che possano giustificare il sacrificio dell'interesse dell'avvocato-mediatore (nel particolare caso in cui sia direttamente designato da tutte le parti in contrasto) a svolgere la attività di mediazione senza alcun intervento di un "organismo di mediazione".

Di più. Visto che il servizio professionale di mediatore -come e più di quello di avvocato- è settore dei servizi "naturalmente concorrenziale" (vedasi, per il servizio professionale di avvocato, Corte cost. 189/01), esistono motivi imperativi di interesse generale perché si cancelli la disposizione che esclude

il riconoscimento “di diritto” della qualità di mediatore agli avvocati cancellati dall'albo non per ragioni di disciplina. Parimenti, esistono motivi imperativi di interesse generale perché si cancelli la disposizione che esclude che l'avvocato-mediatore (nel caso particolare sopra indicato) possa svolgere la attività di mediazione senza alcun intervento di un “organismo di mediazione.

In definitiva: la concorrenza (che il legislatore deve favorire e non contrastare, nel rispetto dell'art. 117 Cost.) deve potersi affermare anche nel servizio professionale di avvocato-mediatore.

Primo rilievo

Approfondimento sul primo rilievo prospettato all'A.G.C.M. (possibilità per l'avvocato-mediatore di operare, in taluni limitati casi, senza la "intermediazione" dell' "organismo di mediazione").

Tra le questioni di legittimità costituzionale da sollevare in relazione alla reintrodotta obbligatorietà delle "mediaconciliazione" mi pare interessantissima quella attinente alla esclusione della possibilità che un avvocato, che sia direttamente designato dalle parti come mediatore, possa direttamente esercitare la attività di mediatore senza l'intervento designatore, nel procedimento di mediazione, d'un "organismo di mediazione", che nella indicata speciale situazione appare pleonastico.

La q.l.c. potrebbe avere ad oggetto i seguenti articoli del D.Lgs. 28/2010 (le sottolineature indicano le disposizioni sulle quali potrebbero appuntarsi censure di legittimità costituzionale):

art. 5, comma 1 (“*chi intende esercitare in giudizio un’azione relativa a una controversia in materia di ... è tenuto preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto*”);

art. 8, comma 1 (“*All’atto della presentazione della domanda di mediazione il responsabile dell’organismo designa un mediatore e fissa un primo incontro Nelle controversie che richiedono specifiche competenze tecniche, l’organismo può nominare uno o più mediatori ausiliari*”);

art. 8, comma 2 (“*Il procedimento si svolge senza formalità presso la sede dell’organismo di mediazione o nel luogo indicato dal regolamento di procedura dell’organismo*”);

art. 8, comma 4 (“*Quando non può procedere ai sensi del comma 1, ultimo periodo, il mediatore può avvalersi di esperti iscritti negli albi dei consulenti presso i tribunali. Il regolamento di procedura dell’organismo deve prevedere le modalità di calcolo e liquidazione dei compensi spettanti agli esperti*”);

art. 14 (“1. 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; c) formulare le proposte di conciliazione nel rispetto del limite dell'ordine pubblico e delle norme imperative; d) corrispondere immediatamente a ogni richiesta organizzativa del responsabile dell’organismo. 3. Su istanza di parte, il responsabile dell’organismo provvede alla eventuale sostituzione del mediatore. Il regolamento individua la diversa competenza a

decidere sull'istanza, quando la mediazione è svolta dal responsabile *dell'organismo*");
art. 16, comma 1 ("Gli enti pubblici o privati, che diano garanzie di serietà ed efficienza, sono abilitati a costituire organismi deputati, su istanza della parte interessata, a gestire il procedimento di mediazione nelle materie di cui all'art. 2 del presente decreto. Gli organismi devono essere iscritti nel registro.");

art. 20 ("Alle parti che corrispondono l'indennità ai soggetti abilitati a svolgere il procedimento di mediazione presso gli organismi è riconosciuto, in caso di successo della mediazione, un credito d'imposta commisurato all'indennità stessa, fino a concorrenza di euro cinquecento, determinato secondo quanto disposto dai commi 2 e 3. In caso di insuccesso della mediazione, il credito d'imposta è ridotto della metà....");

art. 21 ("Il Ministero della giustizia cura, attraverso il Dipartimento per l'informazione e l'editoria della Presidenza del Consiglio dei Ministri e con i fondi previsti dalla legge 7 giugno 2000, n. 150, la divulgazione al pubblico attraverso apposite campagne pubblicitarie, in particolare via internet, di informazioni sul procedimento di mediazione e sugli organismi abilitati a svolgerlo.").

Tra le tante q.l.c. che si possono prospettare, appaiono certamente riproponibili quelle che furono sollevate dal TAR Lazio, con ordinanza del 2 maggio 2012, in riferimento agli artt. 24 Cost., riguardo l'art. 5, comma 1, primo, secondo e terzo periodo, e l'art. 16, comma 1, del d.lgs. n. 28 del 2010.

In particolare, con riferimento all'istituto della mediazione (costruito nuovamente, dal d.l. 69/2013, come condizione di procedibilità della domanda giudiziale), potranno esser nuovamente sollevate q.l.c. in ordine all'art. 5 e 16 del d.lgs. 28/2010 in relazione ai requisiti di "serietà ed efficienza" degli organismi abilitati a gestire il procedimento di mediazione. La Corte costituzionale, con ordinanza 156 del 21 giugno 2013 ha, infatti, dichiarato l'inammissibilità di tali q.l.c. solo a seguito della (ora superata col d.l. 69/2013) rimozione dell'obbligatorietà della mediazione, ed ha pure ricordato che il combinato disposto degli articoli 16 e 5 del d.lgs. 28/1010 costituisce il vero perno della disciplina della "mediazione obbligatoria".

Tali questioni di legittimità costituzionale potranno esser sollevate nei termini che l'ordinanza della Corte costituzionale n. 156/2013, rammenta esser stati proposti dal TAR Lazio, nella citata ordinanza di rimessione in Corte costituzionale, ove rilevava:

"che, quanto all'art. 16 del d.lgs. n. 28 del 2010, esso avrebbe conformato gli organismi di conciliazione a parametri, o meglio, a qualità, attinenti in via esclusiva all'aspetto della funzionalità generica e, per contro, scevri da qualsiasi riferimento a canoni tipologici tecnici o professionali di carattere qualificatorio ovvero strutturale;

... che l'art. 5, comma 1, e segnatamente il primo, il secondo ed il terzo periodo, nonché l'art. 16, comma 1, del d.lgs. citato, là dove dispone che abilitati a costituire organismi deputati, su istanza della parte interessata, a gestire il procedimento di mediazione debbano essere gli enti pubblici e privati che diano garanzie di serietà ed efficienza, sono in contrasto con gli artt. 24 ... Cost.;

che, in particolare, la violazione dell'art. 24 Cost. sussisterebbe nella misura in cui dette disposizioni determinerebbero, nelle considerate materie, una incisiva influenza sull'azionabilità in giudizio di situazioni giuridiche e sulla successiva funzione giurisdizionale, su cui lo svolgimento della mediazione variamente influisce, in quanto esse non garantirebbero, 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".

Ancora sul primo rilievo: come il principio di proporzionalità della regolazione, il principio di concorrenza nei servizi professionali legali, il principio di rapidità della tutela giurisdizionale devono operare nella strutturazione legislativa di un procedimento di mediazione che sia configurato come condizione di procedibilità dell'azione giudiziaria.

L'articolo 3, lettera a), della direttiva 2008/52, con disposizione fondamentale per delineare il contenuto della mediazione secondo il diritto dell'Unione (e che per la sua importanza è stata richiamata nella sentenza della Corte di giustizia del 27 giugno 2013 nella causa C-492/11) definisce così la mediazione:

“a) per “mediazione” si intende un procedimento strutturato, indipendentemente dalla denominazione, dove due o più parti di una controversia tentano esse stesse, su base volontaria, di raggiungere un accordo sulla risoluzione della medesima con l'assistenza di un mediatore. Tale procedimento può essere avviato dalle parti, suggerito od ordinato da un organo giurisdizionale o prescritto dal diritto di uno Stato membro...”.

La scelta del legislatore italiano di prescrivere, in certe materie, un procedimento di mediazione obbligatorio (nel senso che è condizione di procedibilità dell'azione giudiziaria) certamente non può spingersi sino a cancellare un aspetto fondamentale della "base volontaria" del tentativo e cioè quello che si sostanzia nella concorde volontà delle parti di affidare ad un mediatore dalle stesse individuato il tentativo di mediazione.

La direttiva non consente al diritto interno di espropriare le parti della controversia di una tale (eventuale ma di sicuro fondamentale, ove ricorrente) connotazione della volontà di tentare esse stesse di raggiungere un accordo “con l'assistenza di un mediatore” designato dalle medesime parti.

La caratteristica del procedimento di mediazione come “procedimento strutturato” non esclude che esso debba essere diversamente strutturato, proprio per rispettare la essenziale “base volontaria”, nelle due diversissime situazioni che si verificano: a) quando le parti sono concordi nell'affidarsi ad una persona fisica che l'ordinamento riconosce dotato della professionalità di mediatore; b) quando le parti non sono concordi sulla designazione di un singolo soggetto avente qualifica professionale di mediatore e dunque, su iniziativa di una parte, il tentativo di mediazione possa avviarsi con la procedura che preveda l'azione dell'“organismo di mediazione” e dei “suoi” mediatori, dall'organismo medesimo designati.

Anzi, il dovuto rispetto della citata “base volontaria” della mediazione, nonché del principio di proporzionalità della regolazione, del principio di concorrenza nei servizi professionali legali, del principio di rapidità della tutela giurisdizionale, impongono che il “procedimento strutturato” di mediazione debba essere in concreto strutturato attraverso la attivazione di un soggetto organizzato con mediatori “al suo interno” (prestatori d'opera intellettuale che esso “organismo” designerà e gestirà) solo quando non siano state le parti a designare direttamente un soggetto che per l'ordinamento ha la professionalità di mediatore.

Nel diverso caso in cui le parti vogliano esse stesse direttamente designare un mediatore, non v'è spazio (pena la disapplicazione della legge nazionale o la declaratoria di sua incostituzionalità) per imporre una complicazione del procedimento (che, soprattutto se sia “condizione di procedibilità dell'azione giudiziaria”, deve essere il più snello e il meno costoso possibile per non ostacolare l'accesso eventuale

alla giurisdizione) attraverso l'intervento d'un ulteriore soggetto (l' "organismo di mediazione"), designatore e datore di lavoro del mediatore.

Ancora sul primo rilievo: in particolare, l'intollerabile discriminazione (rispetto a soggetti ben più sospettabili di carenza di indipendenza e autonomia) degli avvocati-mediatori non aderenti a nessun "organismo di mediazione".

Non è consentito che gli avvocati-mediatori (compresi quelli cancellati dall'albo per motivi non disciplinari) che non intendono aderire a nessun "organismo di mediazione", siano discriminati (attraverso una insuperabile barriera alla esplicazione libera della professionalità di mediatori loro riconosciuta "di diritto") rispetto ad altri soggetti che sono ben più sospettabili, rispetto a loro, di conflitti di interessi, nonché di carenza d'autonomia e d'indipendenza.

La discriminazione non consentita è quella nei confronti dei mediatori aderenti ad organismi di mediazione: gli unici ammessi, oggi, a lavorare. Ad essi l'art. 14 del d.lgs. 28/2010 consente l'esercizio della professione di mediatore con evidentemente evanescenti cautele a fronte dei rischi di conflitti di interessi, di accaparramento di clientela e di limitazione dell'autonomia e indipendenza del professionista iscritto all'Ordine che nel contempo svolga anche la attività di mediatore gestita da un "organismo di mediazione". Si considerino tutte le disposizioni sopra riportate degli articoli 5, 8, 14, 16, 20, 21 del d.lgs. 28/2010. E' evidente che tali disposizioni (che prevedono cautele affidate alla concreta operatività, anch'essa opinabile, dei regolamenti degli "organismi") disegnano una sostanziale parasubordinazione del mediatore rispetto all' "organismo di mediazione" cui egli aderisca, con ciò compromettendo la necessaria indipendenza del mediatore (e dell'avvocato-mediatore), nonché la necessaria assenza di conflitti di interessi.

Va cancellata la assurda discriminazione dei mediatori-avvocati non aderenti a nessun organismo di mediazione, rispetto agli aderenti a tali organismi. Anche i primi (va evidenziato come lo evidenziò Corte cost. 189/01 con riguardo particolare ai dipendenti pubblici a part time ridotto iscritti agli albi forensi ex l. 662/96, art. 1, commi 56 e ss.), sono posti (in forza dei codici deontologici forensi, italiano ed europeo, nonché dalla norma penale che incrimina il patrocinio infedele) nella situazione di non poter ragionevolmente minacciare il bene dell'indipendenza dell'avvocato e quello della ragionevole salvaguardia da conflitti di interessi e dall'accaparramento di clientela. Anzi, la protezione da tali rischi è maggiore per l'avvocato che non aderisca a nessun "organismo di mediazione".

Comunque, se si decide che non c'è nulla di scandaloso nel fatto che un avvocato soggiaccia all'altrui potere gestorio del procedimento di mediazione (saldamente in mano agli "organismi di mediazione") non si vede come si possano mantenere in vigore discriminazioni dell'avvocato-mediatore che non aderisca a nessun "organismo di mediazione" rispetto all'avvocato-mediatore aderente ad uno di tali "organismi". Si tratta di discriminazioni che limitano il diritto di lavorare di chi è ormai riconosciuto "naturalmente mediatore" e perciò non può esser trattato come pericolosissimo faccendiere, bisognoso della tutela d'un "organismo di mediazione" e tenuto a rilasciare una (giuridicamente poco convincente e certamente insufficiente nella pratica) dichiarazione d'assenza di incompatibilità.

A proposito del contenuto dell'indipendenza da richiedere all'avvocato.

Le possibili "aperture":

a) Si può concordare con la Corte di giustizia che nella sentenza del 14 settembre 2010, nella causa C-550/07 (Akzo Nobel Chemicals Ltd contro Commissione), ha chiarito che l'indipendenza dell'avvocato richiesta dal diritto dell'Unione europea non è una indipendenza assoluta che escluda la compatibilità con il lavoro dipendente.

b) Parimenti (in linea col parere dell'Antitrust AS974 del 9 agosto 2012) può ritenersi che ormai debba risponderci diversamente, rispetto al passato, qualora si domandi se la specificità della professione forense, in relazione alla complessiva disciplina positiva italiana delle compatibilità e incompatibilità per essa previste, possa ragionevolmente far ritenere che la reintroduzione dell'incompatibilità con il lavoro di mediatore "aderente" ad un organismo di mediazione e ad esso sostanzialmente parasubordinato risulti, malgrado gli effetti restrittivi della concorrenza ad essi inerenti, necessario al buon esercizio della professione di avvocato, come oggi organizzata in Italia.

c) L'Avvocatura può essere, ormai, più "plurale", più aperta a forme nuove di lavoro professionale legale, anche se trattasi di forme che (come quella che si sostanzia nella nuova figura dell'avvocato-mediatore) rischiano di sacrificare la massima possibile prevenzione dei conflitti di interessi, nonché l'autonomia e l'indipendenza del singolo professionista. L'Avvocatura può essere più attenta ad una maggiore "strutturazione" dell'offerta dei servizi professionali legali, in un quadro di accresciuta libertà nella scelta delle forme d'offerta del servizio che implica, o genera, varietà nella sostanza. Sono forse maturi i tempi perché s'imponga nel mercato dei servizi legali (ma dubito che possa accadere per controversie economicamente rilevanti) la nuova figura dell'avvocato-mediatore. In fondo, ammettere che possa continuare a essere iscritto all'albo l'avvocato-mediatore aderente ad un "organismo di mediazione" costituisce attuazione degli insegnamenti della sentenza della Corte di Giustizia del 5/12/2006, resa nei procedimenti riuniti "Cipolla" (C-94/04) e "Macrino" (C-202/04), la quale, al punto 64, afferma: "A tal riguardo si deve osservare che la tutela, da un lato, dei consumatori, in particolare dei destinatari dei servizi giudiziali forniti da professionisti operanti nel settore della giustizia, e, *dall'altro, della buona amministrazione della giustizia sono obiettivi che rientrano tra quelli che possono essere ritenuti motivi imperativi di interesse pubblico in grado di giustificare una restrizione della libera prestazione dei servizi* (v., in tal senso, sentenze 12 dicembre 1996, causa C-3/95, Reisebüro Broede, Racc. pag. I-6511, punto 31 e giurisprudenza ivi citata, nonché 21 settembre 1999, causa C-124/97, Läärä e a., Racc. pag. I-6067, punto 33), **alla duplice condizione che il provvedimento nazionale di cui si discute nella causa principale sia idoneo a garantire la realizzazione dell'obiettivo perseguito e non vada oltre quanto necessario per raggiungere l'obiettivo medesimo.**

d) Si riconosca pure che taluni rischi connaturati alla attuale disciplina della "mediaconciliazione" possono essere ben gestiti, esaltando il ruolo dei Consigli degli Ordini quali controllori della ricorrenza in concreto di conflitti di interessi (mentre s'abbandona il metodo della prevenzione "a monte" di tali rischi attraverso la previsione di rigidissime incompatibilità tipizzate). In tal quadro, i Consigli degli Ordini, con maggiore impegno nel controllo dei casi concreti, dovranno verificare se si sia realizzata e in che grado (a questo grado commisurando la eventuale sanzione disciplinare, fino a giungere a sanzione espulsiva) una qualche carenza dell'indipendenza di giudizio, intellettuale e tecnico, del professionista. Per usare le espressioni utilizzate dalla Corte di giustizia al punto 69 della sentenza che ha deciso le cause riunite C-94/04 e C-202/04, può dirsi che le norme professionali relative all'esercizio delle professioni e in particolare le norme di organizzazione, di qualificazione, di deontologia, di controllo e di responsabilità sono (o devono essere strutturate in modo da essere) di per se sufficienti per raggiungere gli obiettivi che il previgente sistema di compatibilità-incompatibilità perseguiva attraverso presunzioni odiose e rigorosissime (che impedivano l'iscrizione negli albi) di conflitti di interessi tipizzati. Dunque, scompaiano pure dall'ordinamento le norme "rozze" che

pretendevano di prevenire il conflitto d'interessi attraverso l'estensione dell'incompatibilità a fattispecie border line (come fino a ieri doveva ritenersi la parasubordinazione dell'avvocato-mediatore aderente ad un "organismo di mediazione").

e) Scompaiano pure, finalmente, norme irrispettose, per eccesso di rigore, del criterio di proporzionalità-adequatezza della regolazione. Peraltro, troppo difficile s'era dimostrato, nei decenni, far funzionare nella pratica il "sistema rigorosissimo" delle incompatibilità tipizzate, "presuntive" e da verificare "a monte" dell'iscrizione all'albo. Illusorio, se non ipocrita, era poi stato il prevedere che, per ottenere un serio vaglio delle posizioni di incompatibilità dei soggetti che chiedevano l'iscrizione all'albo, bastasse richiedere all'aspirante avvocato una dichiarazione sul proprio onore circa l'insussistenza di cause di incompatibilità.

La necessaria "chiusura" alla penalizzazione della figura del libero avvocato: non si può esagerare con l'ingruppamento "coatto" degli avvocati (per poter lavorare come mediatori) negli organismi di mediazione.

Non si possono discriminare (impedendo loro di lavorare come mediatori) proprio quegli avvocati-mediatori che, non aderendo a nessun "organismo di mediazione" danno maggiori garanzie di indipendenza e possono far spendere meno soldi (e in genere anche meno tempo) alle parti in conflitto che li vogliano direttamente designare a mediatori. In definitiva, discriminare l'avvocato-mediatore non aderente a nessun "organismo di mediazione" significa rovesciare il paradigma sinora seguito (paradigma secondo il quale era ammesso l'avvocato "libero e indipendente" mentre non era ammesso l'avvocato subordinato o parasubordinato) ed andare ben oltre il necessario (radicale) ammodernamento della figura dell'avvocato.

La discriminazione (esclusione in concreto dal lavoro quale mediatore) dell'avvocato-mediatore che non aderisca a nessun "organismo di mediazione" e sia però designato a mediatore dalla totalità dei soggetti in lite:

1. è inidonea a garantire il conseguimento dello scopo perseguito (la tutela dei clienti del professionista mediatore non si realizza meglio da parte del mediatore aderente ad un "organismo di mediazione");
2. va, comunque, oltre quanto necessario per il raggiungimento dello scopo perseguito (che si voglia immaginare consistente nell'affidamento della attività di mediazione ad avvocati-mediatori esperti della questione di cui si tratta e che l'"organismo di mediazione" possa designare secondo professionalità specifiche), rivelandosi sproporzionata rispetto ad esso;
3. non corrisponde a ragioni di interesse generale in grado di giustificare, in relazione alla primazia del diritto dell'Unione Europea, la restrizione della concorrenza nella prestazione del servizio professionale di mediatore (essendo esso "naturalmente concorrenziale" non meno di quanto lo sia quello d'avvocato, per il quale vedasi Corte cost. 189/2001) che si determina coll'esclusione dell'avvocato-mediatore non aderente a nessuno "organismo di mediazione". Infatti, come riconoscono le sentenze Wouters e Arduino della Corte di Giustizia (e come riconosce l'Antitrust, nel suo parere AS974 del 9 agosto 2012), solo ragioni imperative d'interesse generale possono giustificare una limitazione della concorrenza nel servizio professionale legale. Altrimenti si violerebbe il combinato disposto degli artt. 10 e 81 del T.C.E. (norme oggi riprodotte, dopo il Trattato di Lisbona, rispettivamente, nell'art. 4, comma 3, della versione consolidata del Trattato sull'Unione Europea <T.U.E.>, e nell'art. 101 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea <T.F.U.E.>). Tali ragioni imperative si possono ritenere sussistenti solo se: 1) oggettivamente apprezzabili e non soltanto asserite, 2) non smentite dall'analisi

complessiva della regolazione delle compatibilità e incompatibilità disegnate per l'esercizio della professione.

Si ricorda pure che la Corte di giustizia, nella sentenza del 30/11/1995 nella causa C-55/94, Reinhard Gebhard contro Consiglio dell'Ordine degli avvocati di Milano, afferma al punto 37: "Dalla giurisprudenza della Corte risulta tuttavia che i provvedimenti nazionali che possono ostacolare o scoraggiare l'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal Trattato devono soddisfare quattro condizioni: essi devono applicarsi in modo non discriminatorio, essere giustificati da motivi imperativi di interesse pubblico, essere idonei a garantire il perseguimento dello scopo perseguito e non andare oltre quanto necessario per il raggiungimento di questo (v. Sentenza 31 marzo 1993, causa C- 19-92, Kraus, racc. Pag. I-1663, punto 32)."

Si vuole pure evidenziare l'incostituzionalità (per irragionevolezza e sproporzione rispetto al fine perseguito dalle norme sulla mediazione, nonché per contrarietà ad una regolazione pro-concorrenziale dei servizi professionali legali) delle norme per le quali gli avvocati-mediatori, onde poter svolgere la attività di mediatori nelle procedure di "mediaconciliazione" obbligatoria, hanno sempre necessità d'esser previamente "designati" da un "organismo di mediazione", e ciò persino nel caso in cui le parti in contrasto vogliano direttamente incaricarli quali mediatori e gestori della procedura di mediazione obbligatoria della loro controversia. In sintesi, appare incostituzionale non consentire che ogni avvocato che i "litiganti" vogliano concordemente indicare come mediatore della loro controversia possa essere una sorta di "organismo di mediazione" sui generis.

Gli avvocati sono e devono poter restare -se vogliono- dei liberi professionisti. E ciò anche qualora intendano svolgere attività di mediatore nelle reintrodotte procedure di "mediaconciliazione" obbligatoria. Non possono, in tale ipotesi, essere a forza ridotti a strumento degli affari altrui (degli "organismi di mediazione" privati) nè dell'attività pubblicistica altrui (degli "organismi di mediazione" pubblici).

Inoltre, non è accettabile che la normativa della "mediaconciliazione" obbligatoria disegni una parasubordinazione sostanziale dell'avvocato nei confronti degli "organismi di mediazione" (pubblici o privati che siano) la quale pregiudica l'indipendenza e autonomia indispensabili ad ogni attività dell'avvocato: sia dell'avvocato mediatore che dell'avvocato difensore in giudizio.

Confrontando la concreta forza condizionante dei rapporti di subordinazione o di parasubordinazione ipotizzabili, in astratto, in capo all'avvocato, si deve riconoscere che, mentre la subordinazione nei confronti di un datore di lavoro che non agisca nel campo dei servizi legali è, a certe condizioni, inconsistente minaccia all'autonomia e indipendenza logicamente richiedibili all'avvocato (vedasi Corte cost. 189/01, nonché vedasi la sentenza della Corte di giustizia sul caso Akzo Chemicals Limited contro Commissione, nella causa C-550/07), al contrario, la parasubordinazione nei confronti d'un "organismo di mediazione" è sempre rapporto gravemente lesivo della indipendenza e autonomia essenziali allo svolgimento dell'attività di avvocato.

Ma perchè si deve riconoscere che l'avvocato che lavora come mediatore designato da un "organismo di mediazione", pubblico o privato che sia, è un lavoratore parasubordinato di quell' "organismo"?

Già sulla scorta di una analisi superficiale della normativa lo si deve riconoscere perché l'"organismo di mediazione", nella singola procedura di mediazione, designa l'avvocato quale mediatore tra i tanti possibili suoi colleghi "aderenti" all' "organismo" stesso e:

- 1) lo paga per una attività professionale che viene espletata certamente riguardo ad una singola controversia, nell'ambito, però, di un inserimento nell'organizzazione dell' "organismo" che è tendenzialmente stabile. L' "organismo" ha discrezionalità nella scelta del designare o non designare (art. 8, comma 1, d.lgs. 28/2010) questo o quello, tra i "suoi" avvocati, per questo o quel procedimento che nel tempo si presenta: può scegliere di far lavorare l'avvocato o non farlo lavorare (e non farlo guadagnare) e ciò può fare anche in relazione all'esito delle espletate mediazioni;
- 2) può affiancargli uno o più mediatori ausiliari (art. 8, comma 1, d.lgs. 28/2010);
- 3) lo può poi sostituire in qualsiasi momento nel corso della sua attività di mediazione, con altro mediatore, su istanza di una delle parti del procedimento di mediazione (ai sensi dell'art. 14, co 3, del D.Lgs. 28/10, a decidere sull'istanza di sostituzione sarà il "responsabile dell'organismo").

Analizziamo meglio.

La reintroduzione, col c.d. decreto "del fare", della "mediaconciliazione" obbligatoria riservata agli "organismi di mediazione", in accoppiata con la novità della "incorporazione" della professione di mediatore all'interno della professione forense (todos caballeros), travalicano la "massimizzazione gestibile dai COA" delle opportunità d'offerta del tradizionale servizio professionale d'avvocato attraverso forme organizzative innovative, pur potenzialmente pericolose per la salvaguardia di principi tuttora ritenuti fondamentali, quali l'indipendenza e l'autonomia dell'avvocato stesso.

Infatti, la qualificazione come mediatore professionista, per decreto legge, d'ogni avvocato iscritto all'albo forense è qualcosa di più: è operazione profondamente e definitivamente "eversiva" del tradizionale ordinamento forense, il quale, peraltro, già si caratterizzava per l'ampia compatibilità tra esercizio della professione forense e altre attività lavorative, sia pure in maniera contraddittoria (si pensi all'esclusione dagli albi forensi, per incompatibilità, dei semplici impiegati pubblici a part time ridotto e alla loro discriminazione di fronte ai "compatibili" Commissari di Governo, nonché di fronte ai, parimenti "compatibili", amministratori di enti e consorzi pubblici e di società a capitale interamente pubblico di cui all'art. 18, lettera c, della legge di riforma forense n. 247/12).

Ma cos'è che dimostra la definitiva "rottura", del risalente sistema di tutela dei diritti (di molti diritti, almeno) attraverso il lavoro degli avvocati ? Perché può dirsi che il decreto "del fare" produce una "mutazione genetica" dell'avvocato nel trasformare la professione di avvocato in quella di avvocato-mediatore?

La risposta sta nel fatto che gli avvocati ammessi in concreto a fare il mediatore secondo le regole delle rinata "mediaconciliazione" obbligatoria, subiscono una indubbia e grave riduzione di quell'autonomia e indipendenza sino ad oggi strenuamente difese dalla categoria come principi irrinunciabili.

Ciò si verifica, in sintesi: a) in conseguenza del necessario rispetto, da parte degli avvocati-mediatori, delle regole imposte con un regolamento dell' "organismo di mediazione" che non viene previamente approvato dal CNF o dal COA territorialmente competente e che perciò può essere in contrasto con i dettami deontologici della professione di avvocato; b) in conseguenza della necessaria soggezione degli avvocati-mediatori al potere "gestorio" dell'attività di mediazione, che è saldamente nelle mani dell' "organismo di mediazione".

Si consideri il contenuto dell'art. 14, intitolato "Obblighi del mediatore", del D.Lgs. 28/2010. Il ruolo riconosciuto dalla sopra riportata lettera a) dell'art. 14 al regolamento dell' "organismo" è quello di fonte di impegni non esclusivamente né univocamente delineati a salvaguardia della terzietà del mediatore.

Tale ruolo del regolamento emanato dall' "organismo" è piuttosto quello di qualificare il rapporto tra l' "organismo" stesso e l'avvocato-mediatore come possibile rapporto di lavoro parasubordinato.

Di più: è la stessa fonte legislativa (art. 14, comma 2, lettera d, del d.lgs. 28/2010) che riconosce essenziale al rapporto tra mediatore e "organismo di mediazione" un elemento di evidente

subordinazione (anzi, il "corrispondere immediatamente ad ogni richiesta organizzativa del responsabile dell'organismo" è descrizione di atteggiamento di subordinazione piena, piuttosto che di parasubordinazione: vedasi, sul punto, Cass., sez. lavoro, 16935/2013, depositata l'8 luglio 2013).

L'Avvocatura è a un bivio: per salvare il sistema ordinistico deve modernizzarlo.

Sia la mancata previsione della necessità d'una approvazione dei regolamenti degli "organismi di mediazione" da parte del CNF, sia la mancata previsione della necessità d'un vaglio preventivo di compatibilità, da parte del COA territorialmente competente, al momento in cui l'avvocato aderisce all'"organismo di mediazione", comportano conseguenze sistematiche in ordine alla possibilità di mantenere in essere il sistema delle incompatibilità "preventive" nell'accesso alla professione di avvocato.

Il punto fondamentale, perciò, non è se l'obbligatorietà della "mediaconciliazione" sarà accettata dall'Avvocatura.

Il punto fondamentale è se l'Avvocatura accetterà (potendo ancora scendere in piazza per rifiutarla) persino la radicale trasformazione della professione stessa dell'avvocato in quella di avvocato-mediatore, con i contenuti di parasubordinazione sopra delineati.

L'Avvocatura deve divenire più "plurale", più aperta a forme nuove di lavoro professionale legale, anche se trattasi di forme che rischiano di sacrificare la massima possibile prevenzione del conflitto di interessi, nonché (ma con ragionevoli limiti) l'autonomia e l'indipendenza del singolo professionista, le quali non possono essere elevati a valori assoluti.

L'Avvocatura deve essere anche disponibile ad accettare una maggiore "strutturazione" dell'offerta dei servizi professionali legali, fino ad ammettere il socio di puro capitale e fino a rinunciare alle esagerate e liberticide incompatibilità "preventive" all'accesso alla professione e cioè all'iscrizione negli albi.

L'accresciuta libertà d'accesso alla professione e di scelta delle forme d'offerta del servizio professionale d'avvocato non è più rinviabile. E se l'Avvocatura sceglierà di continuare a combattere battaglie di retroguardia le perderà tutte, una alla volta, piano piano (e nel compiacimento di qualcuno che gioirà del "mors tua via mea").

Comunque, occorre riconoscere che la reale sussistenza e gravità di taluni rischi di conflitti di interessi e di lesione della autonomia e indipendenza necessarie sia all'avvocato difensore in causa sia all'avvocato mediatore (rischi connaturati alla attuale disciplina della "mediaconciliazione" obbligatoria non meno di quanto analoghi rischi siano connaturati alla ulteriore novità costituita dalle società di capitali per l'esercizio <anche o solo?> della professione forense) non esclude affatto che il sistema ordinistico sia capace di gestire bene tali rischi attraverso le regole deontologiche forensi (sulla efficacia delle quali, di certo, si potrà contare più di quanto si possa mai contare sull'efficacia delle regole deontologiche che si danno gli "organismi di mediazione" con finalità di lucro).

Il nuovo spazio che s'apre alla deontologia forense con la nascita della figura dell'avvocato "naturalmente mediatore" esalterà il ruolo dei Consigli degli Ordini quali controllori della ricorrenza in concreto di conflitti di interessi. Non foss'altro che per due fattori: a) la mancata previsione della necessità d'una approvazione dei regolamenti degli "organismi di mediazione" da parte del CNF; b) la mancata previsione della necessità d'un vaglio preventivo di compatibilità, da parte del COA territorialmente competente, al momento in cui l'avvocato aderisce all'"organismo di mediazione".

Ma c'è un ulteriore risvolto da sottolineare: la necessità e sufficienza della deontologia forense (da ribadire con forza anche soprattutto ora che appare la figura nuova dell'avvocato-mediatore la cui iscrizione in questo o quell' "organismo di mediazione" con fini di lucro non può di certo essere ragionevolmente impedita dal Consiglio dell'Ordine degli Avvocati) ci confermano che la regolazione legislativa delle incompatibilità con la professione di avvocato, per necessità di sua intima coerenza,

deve abbandonare definitivamente il metodo velleitario della prevenzione "a monte" di tutti i possibili rischi di conflitti di interessi, di accaparramento di clientela e di lesione dell'autonomia e dell'indipendenza (prevenzione perseguita appunto, sino ad oggi e salvo eccezioni scandalose, attraverso la previsione di rigidissime e talora liberticide incompatibilità con l'iscrizione negli albi, che si facevano scattare, e ancora si fanno scattare, già all'atto della richiesta di iscrizione all'albo).

Ciò significa, tra l'altro, che occorre riesaminare criticamente taluni recentissimi pronunciamenti delle Sezioni Unite Civili della Cassazione (Cass. SS.UU. 11833/2013 e "sentenze gemelle", depositate il 16 maggio 2013) alla luce del nuovo quadro sistematico generato dall'avvento dell'avvocato-mediatore.

Si consideri -riguardo ad uno dei tanti temi di rilievo trattati da Cass. SS.UU., 11833/13- che l'ammettere la possibilità di iscriversi agli albi forensi per tutti gli abilitati all'esercizio della professione d'avvocato ed il riservare poi ai Consigli degli Ordini degli Avvocati il dovere del controllo puntuale di eventuali conflitti di interessi in concreto, nonché dell'autonomia e dell'indipendenza in concreto degli iscritti (i quali iscritti potrebbero conseguentemente anche esser sanzionati con la cancellazione dall'albo, così perdendo in un sol colpo la qualificazione di avvocato e di mediatore) è esito interpretativo certamente consentito se si riconosce (come ha fatto la Corte costituzionale nelle sentenze n. 200/12 e n. 299/12, e come, con non consentita interpretazione abrogatrice, ha negato di dover fare Cass. 11833/13) la portata abrogatrice dell'art. 3, comma 5 bis del d.l. 138/11 in relazione all'art. 3, comma 5, lettera a, del medesimo d.l. 138/11.

E ancora si consideri: non ci si può certo scandalizzare del fatto che i COA possano esercitare un potere discrezionale di controllo della autonomia e indipendenza, in concreto, degli avvocati. In particolare non ci si può scandalizzare del fatto che esercitino tale potere senza ricorrere allo strumento della "notarile" attuazione della previsione legislativa -rozza e poco efficace in quanto eludibile con scandalosa facilità- di odiose presunzioni di conflitti di interessi o di ancor più odiose immunità da tali presunzioni.

Infatti, come scandalizzarsi dell'esercizio del detto potere discrezionale dei COA, se poi la Cassazione addirittura ammette che i medesimi COA (e poi il CNF quale giudice speciale della disciplina e della tenuta degli albi) possono addirittura "dar contenuto" di volta in volta alle norme deontologiche (e pure a quelle che prevedono le sanzioni estreme della cancellazione e la radiazione dall'albo) senza che neppure il giudizio di Cassazione in tema di deontologia forense possa estendersi alla "normale" interpretazione della norma (vedi Cass. 19705/12)?

Accennavo sopra a un bivio al quale sta l'Avvocatura italiana: da una parte può insistere nella sterile lotta contro ogni seria novità pro concorrenziale, nel tentativo disperato di mantenere privilegi corporativi (che in realtà solo una piccola parte dei 200 mila e più avvocati italiani potrebbero esercitare, e spesso a discapito della maggioranza dei colleghi con la c minuscola); dall'altra parte può percorrere la via della selezione delle battaglie da combattere, e scegliere di combattere solo quelle per una regolazione autenticamente pro concorrenziale non solo del complessivo "diritto delle professioni" ma anche dell'ordinamento forense.

In questo quadro, la lotta contro la mutazione genetica (di cui al decreto "del fare") dell'avvocato in avvocato-mediatore parasubordinato di necessità all' "organismo di mediazione" è una lotta sacrosanta.

In realtà, non serve alla crescita del PIL italiano e distrugge in radice l'indipendenza e l'autonomia sostanziali di tutti gli avvocati d'Italia (indipendenza e autonomia che, peraltro, sono "valori" eccessivamente mitizzati e evidentemente contraddetti in mille norme che ne presuppongono la concreta vacuità) l' "intruppare" a forza più di 200 mila avvocati in "organismi di mediazione", pubblici o privati, che nulla aggiungono alla professionalità dell'avvocato-mediatore, unico protagonista del tentativo obbligatorio di mediazione.

Va detto che solo con un atto avente forza di legge (come il decreto "del fare") si poteva riconoscere "la professionalità di mediatore" a qualunque avvocato iscritto all'albo. Solo con fonte di rango legislativo lo si poteva fare, visto che non è consentito altrimenti che attraverso una legge qualificare una professione come "ricompresa entro un'altra" (come invece, arrogandosi un potere che ai sensi della l. 247/12 non ha, ha ritenuto di poter fare il CNF, asserendo "compresa" nella professione forense - e dunque con essa compatibile- quella di amministratore esterno di condomini).

Va pure detto, però, che se si riconosce "la professionalità di mediatore" a qualunque avvocato, per legge, allora dovrà anche concedersi ad ogni avvocato la possibilità di operare quale mediatore in forza della diretta designazione delle parti in lite.

Infatti, la necessaria e sufficiente terzietà dell'avvocato che sia stato designato mediatore direttamente dalle parti (e cioè senza l'intervento di designazione e di controllo del mediatore da parte di un "organismo di mediazione") non può esser ritenuta dubbia dal legislatore, a meno che lo stesso legislatore non riconosca ormai inutile (e contemporaneamente tolga di mezzo) tutto il sistema pubblicistico degli Ordini forensi come oggi li conosciamo. Gli Ordini forensi non potrebbero più rivestire l'attuale ruolo di "enti pubblici non economici ad appartenenza necessaria" (corporazioni ?) se si dovessero riconoscere incapaci persino di garantire l'indipendenza e l'imparzialità minime dell'avvocato iscritto all'albo e svolgente attività di mediatore designato direttamente dalle parti (così che si renda necessario l' "affiancamento funzionale" ai Consigli degli Ordini, a garanzia d'un buon servizio agli utenti della giustizia, di "organismi di mediazione" pubblici o addirittura privati).

Pare davvero assurdo che si dubiti della capacità dei Consigli degli Ordini degli Avvocati di garantire da soli (senza l'affiancamento, quali ulteriori controllori, degli "organismi di mediazione") una seria ed efficace attività disciplinare per l'ipotesi in cui l'avvocato-mediatore che sia stato designato direttamente dalle parti manifesti una censurabile mancanza di terzietà quale mediatore o per l'ipotesi in cui il medesimo avvocato-mediatore, nominato direttamente dalle parti, violi altri precetti sanzionati nel codice deontologico forense.

Eppure solo ipotizzando tale incapacità dei Consigli degli Ordini degli Avvocati si potrebbe giustificare logicamente la scelta, fatta col c.d. decreto "del fare", di imporre comunque la attivazione della procedura di mediazione attraverso un "organismo di mediazione ad appartenenza necessaria" anche quando le parti in contrasto concordino sulla designazione diretta d'un avvocato quale mediatore.

Si legge nella sentenza 8858/12 del Tar Lazio, al punto 1 della motivazione in diritto:

"...Pienamente da condividere è dunque l'affermazione del CNF nei propri scritti difensivi, secondo cui la scelta del legislatore di consentire all'avvocato di esercitare anche l'attività di mediatore – nonostante la sua radicale differenza rispetto a quella forense - ha comportato l'insorgere di problematiche di assoluto rilievo con conseguente dovere per gli organismi professionali competenti di provvedere affinché, sul piano dei comportamenti concreti, l'esercizio da parte dello stesso soggetto di professioni aventi obiettivi radicalmente contrastanti non dia luogo a condotte disciplinarmente sanzionabili.

Parimenti condivisibile è quindi anche l'assunto di parte ricorrente secondo cui la mediazione è professione diversa e separata da quella forense; ritiene però il Collegio che, allorché a svolgere tale professione è un avvocato, è corretto e, anzi, doveroso che il soggetto istituzionalmente deputato a rappresentare l'intera classe forense e a tutelarne l'immagine, ponga regole alle quali l'avvocato deve attendersi perché il cumulo delle due prestazioni professionali, così ontologicamente diverse tra loro, non finisca per influire negativamente sull'immagine che l'avvocato deve offrire di sé stesso e della funzione che è chiamato a svolgere. Legittima è dunque la preoccupazione del CNF di salvaguardare la dignità, la correttezza e la trasparenza di comportamento che non solo il singolo utente ma l'opinione pubblica in generale ha ragione di pretendere da chi svolge l'attività di avvocato e che sono suscettibili di essere inquinati da un uso strumentale dell'attività di mediazione per l'acquisizione per

via traversa di vantaggi economici sul piano della professione forense....".

Si legge ancora nella sentenza 8858/12 del Tar Lazio, al punto 11 della motivazione in diritto:

"11. Non è infine condivisibile l'assunto di parte ricorrente secondo cui le limitazioni imposte dall'art. 55 bis all'avvocato che svolge anche funzioni di mediatore violerebbero i principi comunitari in materia di libera concorrenza. Ed invero, la preoccupazione principale del CNF è stata proprio quella di garantire la libera concorrenza fra gli avvocati, imponendo ad essi obblighi preordinati ad evitare che l'associazione "avvocato-mediatore" diventi facile strumento per l'accaparramento della clientela, che è risultato agevolmente realizzabile se non fronteggiato in via preventiva con adeguate misure. ...fra le misure adottate dal CNF, che la ricorrente qualifica "restrittive", non c'è ad avviso del Collegio una sola che comporti un'irragionevole limitazione dell'attività dell'avvocato - mediatore, tutte al contrario trovando piena giustificazione nell'esigenza avvertita dal Consiglio di prevenire possibili abusi che, oltre a compromettere la libera concorrenza all'interno della classe forense determinerebbero discredito a carico della stessa."

Ebbene, se è corretta la preoccupazione espressa nelle riportate parole di TAR Lazio 8858/12, se ne deve dedurre:

- 1) che le garanzie sull'operato dell'avvocato-mediatore che può offrire il codice deontologico forense, come applicato dai COA e dal CNF, sono più che sufficienti;
- 2) che la previsione dell'impossibilità, per ogni singolo avvocato designato da tutti i litiganti, di operare direttamente quale mediatore nel reintrodotta procedimento di "mediaconciliazione" obbligatoria (come se ogni avvocato fosse una sorta di "organismo di mediazione" che designa se stesso; ipotesi non dissimile da quella di cui all'art. 14, comma 3, del d.lgs. 28/2010, che consente espressamente che la mediazione sia "svolta dal responsabile dell'organismo"), così come la correlata previsione di una necessaria previa designazione da parte di un "organismo di mediazione", privato o pubblico, che "ne controlla" il corretto operare, sono previsioni normative incostituzionali per irragionevolezza (violano cioè anche l'art. 3 Cost., oltre a violare gli articoli 4, 24, 35, 41, 117 Cost.). Sono previsioni evidentemente incostituzionali, come lo sarebbe l'imporre ai condomini, che vogliono nominare un avvocato quale amministratore esterno del loro condominio, di soprassedere alla nomina diretta di un tale avvocato-amministratore esterno e li si obbligasse, invece, ad affidare l'incarico di designarlo, tra i "suoi" professionisti, ad un organismo pubblico o privato che proceda alla nomina dopo un vaglio di professionalità (aggiuntivo al controllo deontologico operato dal Consiglio dell'Ordine degli Avvocati);
- 3) che incostituzionale è pure il criterio direttivo fissato dall'art. 60, comma 3, lett. b, della legge 18 giugno 2009, n. 69 (legge delega in tema di mediazione), che stabilisce che "la mediazione è svolta da organismi professionali e indipendenti, stabilmente destinati all'erogazione del servizio di mediazione".

Sia pure consentito di dimenticare l'insegnamento di Occam "Entia non sunt multiplicanda sine necessitate" e quindi si consenta pure di organizzare "organismi di mediazione" pubblici o privati ai quali gli avvocati (ormai riconosciuti tutti qualificati alla mediazione) possano chiedere di aderire. Non si vada oltre, però: **non si limiti la concorrenza nell'erogazione del servizio di mediazione.** Si riconosca, invece, che è norma sproporzionata rispetto al fine (costituzionalmente legittimo?) dalla stessa perseguito (di introdurre una fase di mediaconciliazione obbligatoria, come condizione di procedibilità della causa) quella che impedisce all'avvocato di operare quale mediatore se sia stato direttamente designato dalle parti in lite e non da un "organismo di mediazione". Si tratta, peraltro, di una norma che, oltre ad essere costituzionalmente illegittima per la sua irragionevole sproporzione rispetto al fine perseguito, è, nel contempo, pure contraria al diritto dell'Unione europea e quindi

disapplicabile.

L'aver statuito che tutti gli avvocati sono anche mediatori significa che non c'è, per loro, nessuna professionalità ulteriore da vagliare. E allora, se, sotto altro aspetto, non si ritiene che il vaglio sulla moralità e sull'assenza di conflitto di interessi ad opera del Consiglio dell'Ordine sia un controllo inadeguato rispetto a quello che farebbe l'"organismo di mediazione" sugli avvocati al medesimo aderenti, si deve pure trarre, per necessità logica, questa conclusione: è imposizione d'una intermediazione anticoncorrenziale, irragionevole e sproporzionata, lo stabilire, con atto avente forza di legge, che sempre e comunque -quando il mediatore sia un avvocato- vada previamente attivato un "organismo di mediazione".

Solo **con una bella dose di ipocrisia** si può sostenere che, pur quando le parti siano concordi nel voler affidare ad un certo avvocato il ruolo di mediatore nella loro controversia, sia comunque necessario, o almeno ragionevolmente utile, riservare un ruolo, nella procedura di mediazione, all' "organismo di mediazione" affinché sia esso che designi il mediatore a quell'organismo aderente (che sarà magari un avvocato ma non è affatto detto che sarà necessariamente quello che le parti volevano nominare). Una previsione normativa del genere nega l'evidenza e cioè che l' "organismo di mediazione", nella descritta ipotesi, è quasi un inutile "passacarte" e quasi uno "sfruttatore" (anche se è "organismo di mediazione pubblico") della professionalità dell'avvocato e della sua concreta, e altrimenti assicurabile, compatibilità (sub specie di assenza di conflitti di interesse) col caso da mediare.

La legge di conversione del decreto legge 69/2013 dovrà porre rimedio alla evidente incostituzionalità.

Altrimenti basterà che, in fase d'esame della ricorrenza o meno dell'avvio rituale della procedura di mediazione, richiesta in una causa come condizione di procedibilità:

- 1) **sia evidenziato al giudice il fatto che un avvocato, nella sua qualità di mediatore "di diritto", è stato designato da parte di tutti i litiganti;**
- 2) **correlativamente si sollevi, innanzi a quel giudice, una eccezione di incostituzionalità dell'art. 5, comma 1, del d.lgs. 28/2010, come inserito dall'art. 84, comma 1, lettera b, del d.l. 69/2013.**

La Q.L.C. sarà incentrata sulla esclusione (nel detto art. 5, comma 1, del d.lgs. 28/2010) della possibilità che l'avvocato, in quanto mediatore "di diritto", nel caso in cui sia designato come mediatore da tutte le parti in contrasto, possa svolgere la sua attività professionale senza irragionevoli limitazioni anticoncorrenziali che ritagliano, persino in tal caso, una riserva del potere di designazione a favore degli "organismi di mediazione". Al fine di argomentare la eccezione di incostituzionalità (ovviamente in subordine alla richiesta di interpretare il riconoscimento della qualità di mediatore "di diritto" come sufficiente a consentire all'avvocato lo svolgimento dell'attività di mediazione se direttamente designato da tutte le parti in contrasto) varrà anche la giurisprudenza della Corte di Strasburgo che inquadra la attività professionale nell'ambito di tutela dell'art. 8 CEDU (ad esempio vedasi la sentenza Bigaeva contro Grecia).

Secondo rilievo

Approfondimento in ordine al secondo rilievo prospettato all'A.G.C.M. (riconoscimento "d'ufficio" della qualifica di

mediatore all'avvocato che, pur potendo vantare una pluriennale esperienza forense non sia più iscritto all'albo per ragioni non disciplinari (cancellazione dall'albo "amministrativa" e non "disciplinare").

L'art. 16, comma 4 bis, del d.l. 28/2010, introdotto dall'art. 84 del d.l. 69/2013 (c.d. decreto "del fare"), riconosce "di diritto" la qualità di mediatori agli avvocati iscritti all'albo ma non estende il detto riconoscimento "di diritto" a talune categorie di avvocati "meritevoli" i quali, dopo esser stati iscritti all'albo per un certo periodo, non risultino più in esso iscritti, essendone stati cancellati per ragioni varie, ma non a causa di provvedimenti disciplinari.

Ebbene, contro tale previsione, che assurdamente privilegia gli avvocati iscritti negli albi e discrimina soggetti cancellati dall'albo ma ancora degni di esser chiamati avvocati (art. 2, co 7, l. 247/12) e dalla professionalità indiscussa, occorre denunciare che, se non v'è rimproverabilità alcuna, nei confronti dell'avvocato, della cancellazione dall'albo forense, non v'è nemmeno ragione alcuna per non riconoscere al medesimo avvocato cancellato dall'albo la sufficienza della sua professionalità al fine dello svolgimento della attività (professione?) di mediatore.

L'art. 16, comma 4 bis, del d.l. 28/2010 è perciò incostituzionale per irragionevolezza, per sproporzione rispetto al fine perseguito dalle norme sulla c.d. "mediaconciliazione obbligatoria" e per contrarietà nei confronti della necessaria regolazione pro-concorrenziale dei servizi professionali legali. L'irragionevole lesione della concorrenza nel servizio professionale di avvocato e nel servizio professionale di mediatore (che ridonda anche in vizio di costituzionalità) risulta ancor più evidente se si consideri che l'art. 20, comma 2, della l. 247/12 prevede che "l'avvocato iscritto all'albo può sempre chiedere la sospensione dall'esercizio professionale" e, al comma 3, aggiunge che "della sospensione ... è fatta annotazione nell'albo". E' evidente che gli avvocati che, per tal via (in conseguenza di una loro scelta autonoma di non esercitare la professione per un periodo anche lunghissimo) risulteranno aver "sospeso" l'esercizio professionale, dovranno ritenersi ancora "iscritti all'albo" per tutta la durata della sospensione, e quindi in tale periodo saranno mediatori a tutti gli effetti e quali mediatori potranno lavorare.

Orbene, perché mai un avvocato che abbia da lunghissimo tempo sospeso l'esercizio della professione forense viene qualificato "di diritto" mediatore mentre non altrettanto accade per l'avvocato, magari già cassazionista da lungo tempo, che si cancelli a domanda dall'albo o ne venga cancellato d'ufficio non per ragioni disciplinari ?

L'irragionevolezza del trattamento peggiore (mancato riconoscimento della qualifica di mediatore "di diritto") dell'avvocato cancellatosi o cancellato d'ufficio dall'albo, ma non per motivi disciplinari, riguarda tutte le seguenti categorie (vedasi art. 17 della l. 247/12 e codice deontologico forense):

- a) gli avvocati che, dei requisiti di iscrizione di cui all'art. 17 della l. 247/12, perdano quello previsto al comma 1, lett. c ("avere il domicilio professionale nel circondario del tribunale ove ha sede il Consiglio dell'Ordine");
- b) gli avvocati che, dei requisiti di iscrizione di cui all'art. 17 della l. 247/12, perdano il requisito di cui al comma 1, lett. e ("non trovarsi in una delle condizioni di incompatibilità di cui all'art. 18"). Tra questi ultimi ricordo i c.d. "avvocati-part-time" che sono stati cancellati dall'albo ex l. 339/03, la quale reintrodusse l'incompatibilità tra professione forense e impiego pubblico a part time ridotto e ne comportò la cancellazione dall'albo di natura "amministrativa" e non di natura disciplinare;

c) gli avvocati che vengono cancellati dall'albo "quando viene accertata la mancanza del requisito dell'esercizio effettivo, continuativo, abituale e prevalente della professione ai sensi dell'art. 21" (art. 17, comma 9, letta c, della l. 247/12). La permanenza nel tempo di tali connotazioni dell'esercizio della professione è richiesta dall'art. 21 della l. 247/12 per il mantenimento dell'iscrizione all'albo. E' noto che nell'attuale fase di crisi economica, la cancellazione dagli albi ex art. 21 l. 247/12 (di natura evidentemente "amministrativa" e non disciplinare) si verifica spesso e non certo per colpa dell'avvocato bensì per l'impossibilità "economica" di esercitare la professione "in perdita" con le modalità (in realtà anch'esse incostituzionali) richieste dal citato art. 21 l. 247/12: effettività, continuatività, abitudine e prevalenza;

d) gli avvocati dipendenti degli enti pubblici di cui all'art. 23 l. 247/12 che vengono cancellati dall'albo "quando sia cessata l'appartenenza all'ufficio legale dell'ente" (art. 17, comma 9, lett. d, della l. 247/12).

Terzo rilievo

Approfondimento in ordine al terzo rilievo prospettato all'A.G.C.M. (natura discriminatoria delle norme sulla preferenza nella nomina dei "giudici ausiliari").

Il c.d. decreto "del fare" (d.l. 69/2013) disciplina in maniera molto specifica la figura dei "giudici ausiliari", ad essi intitolando il Capo primo del Titolo terzo "Misure per l'efficienza del sistema giudiziario e la definizione del contenzioso civile". Gli articoli in questione sono: l'art. 62 "Finalità e ambito di applicazione", l'art. 63 "Giudici ausiliari", l'art. 64 "Requisiti per la nomina", l'art. 65 "Pianta organica dei giudici ausiliari. Domande per la nomina a giudici ausiliari", l'art. 66 "Presenza di possesso", l'art. 67 "Durata dell'ufficio", l'art. 68 "Collegi e provvedimenti. Monitoraggio", l'art. 69 "Incompatibilità ed ineleggibilità", l'art. 70 "Astensione e riconsuazione", l'art. 71 "Decadenza, dimissioni, mancata conferma e revoca", l'art. 72 "Stato giuridico ed indennità".

L'art. 63, comma 3, prevede che possono essere chiamati all'ufficio di giudice ausiliario, tra gli altri, "gli avvocati, anche se a riposo".

L'art. 64, comma 3, precisa che l'avvocato, al momento della presentazione della domanda, "deve essere stato iscritto all'albo per un periodo non inferiore a cinque anni".

L'art. 65, comma 2, dispone che "E' riconosciuta preferenza ai fini della nomina agli avvocati iscritti all'albo. A parità di titoli sono prioritariamente nominati coloro che abbiano maturato la maggiore anzianità ... di esercizio della professione".

Ebbene, il riconoscere preferenza, al fini della nomina dei 400 "giudici ausiliari" previsti dal d.l. 69/2013, agli avvocati iscritti negli albi -anche se reinscritti da pochissimo tempo negli albi dopo un lungo periodo di non iscrizione- se per un verso non pregiudica il servizio giustizia (infatti le cautele previste negli artt. 69 e 70 sono, sotto tale aspetto, efficaci e proporzionate rispetto al fine della doverosa prevenzione dei conflitti di interessi), per altro verso appare contrario alla concorrenza e incostituzionale perché irragionevolmente discrimina gli avvocati che siano stati per più di cinque anni iscritti negli albi (magari addirittura per anni nell'albo dei cassazionisti) e siano da poco tempo (al limite da un solo giorno) cancellati dagli albi non per ragioni di disciplina.

Sul punto si ritiene che occorra ragionare in maniera analoga a Corte cost. n. 296/2010 (ovviamente senza arrivare ad ammettere che possano essere "giudici ausiliari" anche coloro che siano

solo abilitati all'esercizio della professione forense o coloro che siano stati iscritti all'albo forense per meno di cinque anni).

La Corte costituzionale, con sentenza n. 296/2010, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale (per irragionevolezza: art. 3 Cost.) dell'articolo 2, comma 1, lettera f), del decreto legislativo 5 aprile 2006, n. 160, recante «Nuova disciplina dell'accesso in magistratura, nonché in materia di progressione economica e di funzioni dei magistrati, a norma dell'articolo 1, comma 1, lettera a), della legge 25 luglio 2005, n. 150», come sostituito dall'articolo 1, comma 3, lettera b), della legge 30 luglio 2007, n. 111 "Modifiche alle norme sull'ordinamento giudiziario", nella parte in cui non prevede tra i soggetti ammessi al concorso per magistrato ordinario anche coloro che abbiano conseguito soltanto l'abilitazione all'esercizio della professione forense, anche se non siano iscritti al relativo albo degli avvocati.

Sostanzialmente la Corte costituzionale ha riconosciuto che la mera iscrizione all'albo forense, con riguardo al concorso per l'accesso alla magistratura ordinaria, non aggiunge nulla di rilevante al superamento dell'esame di stato che abilita all'esercizio della professione forense. Analogamente, in ordine al riconoscimento di preferenza nel reclutamento dei "giudici ausiliari" dobbiamo domandarci se la attualità dell'iscrizione all'albo forense al momento della presentazione della domanda per la nomina a "giudice ausiliario" (attualità di iscrizione che è fonte di preferenza nella nomina ai sensi dell'art. 65, comma 2, del d.l. 69/2013) aggiunga qualcosa di apprezzabile ad una maturata esperienza quinquennale della professione forense e dobbiamo domandarci se sia ragionevole discriminare, rispetto all'iscritto all'albo, l'avvocato che, dopo esservi stato iscritto per più di cinque anni, sia da poco tempo (magari da un solo giorno) cancellato dall'albo per motivi non disciplinari.

Si legge nella sentenza della Corte costituzionale n. 296/2010:

"4.3.— Orbene, se l'intenzione di valorizzare una pregressa esperienza professionale sarebbe stata ragionevole (nonché coerente con la configurazione, quale concorso di secondo grado, di quello previsto per l'accesso alla magistratura ordinaria), non può dirsi altrettanto della scelta, in concreto compiuta dal legislatore, di limitare la partecipazione al concorso per magistrato ordinario esclusivamente agli iscritti all'albo che non abbiano riportato sanzioni disciplinari, senza, però, alcuna individuazione di un periodo minimo di iscrizione o di esercizio professionale.

Come, infatti, osserva correttamente il remittente, la disposizione censurata attribuisce rilievo decisivo ad «un requisito di ordine meramente formale», *l'iscrizione all'albo forense, del quale non si comprende l'idoneità a rivelare il possesso, in capo all'aspirante magistrato, di una maggiore attitudine all'esercizio della funzione giudiziaria rispetto a quanti risultino "solo" abilitati a svolgere la professione di avvocato.*

Devono, inoltre, essere poste in rilievo – in aggiunta al descritto profilo di intrinseca irragionevolezza – le conseguenze paradossali che scaturiscono dalla norma censurata e che costituiscono non già evenienze puramente contingenti ed accidentali, da ricollegare ad un suo funzionamento patologico, bensì effetti diretti del suo contenuto precettivo.

La disposizione de qua, infatti, se consente la partecipazione al concorso a chi risulti appena iscritto, al limite persino da un solo giorno, nell'albo forense, la preclude, invece, a quanti abbiano conseguito l'abilitazione, si siano iscritti all'albo ed abbiano svolto la professione addirittura per alcuni anni, per poi doversi cancellare in ragione della sopravvenienza di taluna delle cause di incompatibilità di cui all'articolo 3, secondo comma, del regio decreto-legge n. 27 novembre 1933, n. 1578 (Ordinamento delle professioni di avvocato e procuratore).

4.4.— La manifesta irragionevolezza della norma censurata e la conseguente violazione dell'art. 3 Cost. ne comportano, dunque, l'illegittimità costituzionale, dovendo ritenersi assorbite le ulteriori

censure formulate dal remittente.

Pertanto, la norma censurata deve essere dichiarata costituzionalmente illegittima nella parte in cui non prevede, tra i soggetti ammessi a partecipare al concorso, anche coloro che abbiano soltanto *conseguito l'abilitazione all'esercizio professionale. Resta peraltro, fermo che continua ad essere preclusa l'ammissione al concorso medesimo di coloro che, iscritti all'albo forense, risultino aver riportato sanzioni disciplinari nel corso del loro esercizio professionale*".

Ebbene, analogamente ragionando si deve evidenziare che è irragionevole (con conseguente incostituzionalità ex art. 3 Cost.) la contemporanea previsione, ai fini del riconoscimento della preferenza nella nomina a "giudice ausiliario":

a) di un riconoscimento di preferenza nella nomina all'avvocato che risulti iscritto all'albo al momento della presentazione della domanda, di modo che il quinquennio utile di pregressa esperienza professionale possa esser costituito, a favore di un tale avvocato (magari per reinscrizione all'albo avvenuta solo da un giorno, dopo anni di non iscrizione), da periodi successivi la cui somma raggiunga il quinquennio;

b) di un disconoscimento di preferenza nella nomina all'avvocato che non risulti iscritto all'albo al momento della presentazione della domanda, di modo che il quinquennio utile di pregressa esperienza professionale non possa esser costituito, a favore di chi risulti da poco tempo (magari da un solo giorno) non più iscritto ad un albo forense per motivi non disciplinari (ad esempio in ragione della sopravvenienza di taluna delle cause di incompatibilità di cui all'articolo 3, secondo comma, del regio decreto-legge n. 27 novembre 1933, n. 1578) dopo aver maturato un periodo di iscrizione superiore al quinquennio (magari come cassazionista per numerosi anni).

10 luglio 2013

Avv. Maurizio Perelli