

Il ruolo e le funzioni dell'avvocato nella "rinnovata" procedura di mediazione

L'ISTITUTO DELLA MEDIAZIONE E LA PROFESSIONE FORENSE. QUALI POSSIBILITÀ DI APPLICAZIONE NEL CONTENZIOSO DEL LAVORO

di Giulia ROBERTI* e Pietro ZAMPARESE*

Sommario: 1. L'istituto della mediazione alla luce degli interventi legislativi del 2013. 2. Le radici giuslavoristiche dell'istituto conciliativo. 3. Il rinnovato ruolo dell'avvocato nella procedura di mediazione. 4. Obbligo dell'assistenza dell'avvocato in mediazione e potere certificativo. 5. L'introduzione della competenza territoriale nel procedimento di mediazione. 6. Quale futuro della mediazione assistita per le controversie di lavoro.

1. L'istituto della mediazione alla luce degli interventi legislativi del 2013

Con il d.lgs. n 28 del 4 marzo del 2010 veniva data attuazione alla legge delega, contenuta nell'art. 60 della l. n. 69 del

2009, che impegnava il legislatore ad introdurre una disciplina comune sulla mediazione finalizzata alla conciliazione "in ambito civile e commerciale" in coerenza con la normativa comunitaria¹.

* Avvocato, Mediatrice, Cultore della Materia in Istituzioni di Diritto Privato e Diritto di Famiglia - Università degli Studi del Molise. (Paragrafi 1, 3 e 5 a cura di G. Roberti).

* Mediatore, Formatore Pratico, Responsabile Regione Molise Organismo di Mediazione Inmediar, Cultore della Materia in Diritto del Lavoro – Università degli Studi del Molise. (Paragrafi 2, 4 e 6 a cura di P. Zamparese).

¹ Sulla legge delega vd. F.P. LUISO, *La delega in materia di mediazione e conciliazione*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2009, 1257 ss; R. CAPONI, *Delega in materia di conciliazione delle controversie*, in *Foro it.*, 2009, V, 354 ss..Già dall'entrata in vigore della esaminanda disciplina è stata posta attenzione all'utilizzo dei termini "mediazione" e "conciliazione" come operata dal legislatore. Difatti, mentre nel linguaggio comune i due

L'istituto *de quo*, così come introdotto, veniva fatto oggetto di un nuovo intervento legislativo mediante il d.l. n. 69 del 2013 convertito in l. n. 98 del 9 agosto 2013.

Alla base della reintroduzione e del successivo perfezionamento della scelta legislativa vi è il convincimento che i cosiddetti "strumenti alternativi alla risoluzione delle controversie" vadano utilizzati al fine di deflazionare il contenzioso e, conseguentemente, migliorare - in termini di efficacia ed efficienza - il processo civile.

Le novità introdotte sono molteplici e tutte caratterizzanti. La complessa innovazione della disciplina ha inciso significativamente sul modello originario: da un lato alterando alcuni degli elementi qualificanti l'istituto e dall'altro consolidando la simbiosi mediazione - processo in una logica deflattiva.

Il provvedimento era atteso da quando la Corte costituzionale aveva spazzato via, per eccesso di delega, l'obbligatorietà della mediazione decretando così, di fatto, la crisi dell'istituto.

Il *Decreto del fare* ha introdotto una mediazione "rivisitata" e incentrata ancor di più sulla volontà dei soggetti coinvolti. Difatti, una delle più significative novità consiste proprio nell'introduzione di un incontro di programmazione, così come previsto dal nuovo art. 8 del d.lgs. n. 28/2010, che consentirà alle parti di valutare liberamente l'opportunità di intentare una procedura di mediazione o, diversamente, di chiudere l'incontro con un verbale negativo.

Atteso ciò, l'unica reale condizione di procedibilità è rappresentata dallo svolgimento dell'incontro di programmazione che,

di fatto, si trasforma in un incontro informativo; orbene, anziché prevedere l'obbligo di esperire tutta la procedura di mediazione, come accadeva prima, il decreto legge lo ha dunque ridotto al solo primo incontro durante il quale il mediatore "verifica con le parti le possibilità di proseguire il tentativo di mediazione".

Seppur brevemente appare rilevante ricordare alcune delle più significative modifiche apportate dall'ultima revisione legislativa.

In particolare il suindicato intervento, tra l'altro, reintroduce la mediazione obbligatoria, introduce il principio di competenza territoriale - l'organismo di mediazione competente sarà da individuare sulla stregua del tribunale o Corte d'Appello competente per il giudizio di merito -, ripristina quasi interamente l'art. 5, comma 1, con l'eliminazione delle controversie in materia di risarcimento del danno derivante da circolazione di veicoli e natanti e l'aggiunta della mediazione in materia sanitaria. Al secondo comma dell'articolo 5 viene poi inserita l'obbligatorietà della mediazione, quale condizione di procedibilità, anche in appello.

Non mancano, inoltre, modifiche inerenti i tempi ed i costi della procedura.

2. Le radici giuslavoristiche dell'istituto conciliativo

Non può sottacersi come, in realtà, il primo alveo di intervento del legislatore in ambito propriamente conciliativo, stante probabilmente la maggiore sensibilità della materia rispetto ai cambiamenti economici, culturali e politici, risulti rinvenibile in ambito giuslavoristico.

In una legislazione altalenante ed incerta il contenzioso del lavoro ha, difatti, da sempre rappresentato l'ambito di maggior applicazione dello strumento conciliativo.

A conferma di ciò è sufficiente ricordare come le prime norme disciplinanti il procedimento di conciliazione siano rinvenibili proprio nella legge n. 295 del 1893, in assoluta armonia con le finalità di pacificazione sociale riconosciute ai collegi dei probiviri.

termini vengono utilizzati come sinonimi per indicare il superamento della controversia mediante soluzioni di natura negoziale o conciliativa, nel testo della delega e del successivo decreto legislativo sembra che per "mediazione" il legislatore voglia riferirsi all'intero procedimento di gestione stragiudiziale mentre per "conciliazione" intenda il risultato di tale procedimento. Sulla riferita assimilazione in particolare vedasi F. CUOMO ULLOA, *La conciliazione: modelli di composizione dei conflitti*, Padova, 2008, 7 ss..

In seguito alla soppressione dell'ordinamento corporativo le associazioni sindacali tennero comunque vivo l'istituto della conciliazione mediante, soprattutto, i contratti e gli accordi collettivi che, difatti, conservarono l'obbligatorietà della conciliazione.

Con la legge n. 533 del 1973 venne poi introdotto il tentativo facoltativo di conciliazione con il quale si rimetteva al singolo lavoratore la possibilità di valersi o meno della via conciliativa. Tuttavia, malgrado il legislatore avesse in tal modo fornito validi strumenti processuali, le parti vi ricorrevano facendone un uso "distorto" servendosi del dispositivo prevalentemente al fine di ratificare accordi già intervenuti in precedenza, accedere alla procedura di omologazione del verbale di conciliazione e munirsi di un titolo esecutivo.

Tali circostanze comportarono l'eliminazione dell'istituto nonché l'introduzione, con la legge n. 108/1990, del tentativo obbligatorio di conciliazione trasformatosi, con la riforma della P.A. del 1997, in presupposto di procedibilità per la risoluzione di tutte le controversie di lavoro.

Con l'entrata in vigore della legge 4 novembre 2010, n. 183, che ha modificato l'art. 410 c.p.c., a far data dal 24 novembre 2010, chi intende proporre un'azione in giudizio non è più obbligato a promuovere un previo tentativo di conciliazione, in sostanza il preventivo tentativo di conciliazione cessa di essere una condizione di procedibilità per tornare ad essere del tutto facoltativo.

L'obbligo permane esclusivamente qualora la controversia riguardi contratti certificati in base al d.lgs. 10/09/2003 n. 276.

Inoltre, la legge n. 92/2012, di riforma del mercato del lavoro, ha introdotto una nuova forma di conciliazione che deve essere esperita nelle sole ipotesi di licenziamento intimato per giustificato motivo oggettivo da un datore di lavoro cui si applichi la disciplina di cui all'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori. In linea generale, quindi, il tentativo di conciliazione è meramente facoltativo e non costituisce più una condizione di procedibilità della domanda (la legge n. 183/2010 ha abrogato, con l'art.

31, comma 9, anche gli artt. 65 e 66 che disciplinavano il tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie individuali relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni).

Alla luce di ciò appare verosimile che proprio l'esperienza giuslavoristica abbia indotto il legislatore a valorizzare e perfezionare in campo civile e commerciale l'istituto della mediazione con precisi obiettivi deflattivi del contenzioso.

3. Il rinnovato ruolo dell'avvocato nella procedura di mediazione

L'intervento legislativo *de quo*, oltre a valorizzare ulteriormente la volontà delle parti, pone l'accento su una rinnovata funzione che l'avvocato è chiamato a svolgere nel corso del procedimento di mediazione.

A tal proposito ciò che da una lettura sistematica della disciplina normativa prepotentemente emerge è il ruolo assolutamente centrale dell'avvocato.

Tale circostanza viene confortata particolarmente dall'introdotta previsione della qualità di mediatori di diritto degli avvocati, nonché di difensori necessari, nelle materie per le quali l'esperienza della procedura di mediazione è condizione di procedibilità.

Assolutamente pacifico è che nel corso del procedimento l'avvocato sia chiamato ad espletare un ruolo differente rispetto a quello rivestito normalmente in ambito giudiziario, stante la diversità della natura e della funzione teleologica delle due procedure.

Difatti, diversamente da quanto accade in giudizio - ove i legali delle parti presentano le proprie argomentazioni confutando quelle della controparte al fine di ottenere una pronuncia favorevole - la finalità dell'istituto in esame si rinviene nel trovare una soluzione conciliativa derivante da una valutazione generale e comparativa, non di carattere esclusivamente giuridico, degli interessi della parte assistita.

Una soluzione anche non meramente economica, ma duratura e condivisa dalle parti coinvolte, tesa a prevenire ed elimina-

re una conflittualità "futura" tra le stesse².

Appare, pertanto, di assoluta evidenza la differenza della posizione e dei compiti dell'avvocato in mediazione rispetto al ruolo che il medesimo è chiamato a svolgere in un ordinario processo civile. Se in giudizio, difatti, il legale si dovrà preoccupare di dimostrare al giudice la fondatezza delle argomentazioni del proprio assistito, tendendo all'integrale accoglimento delle istanze formulate, in mediazione dovrà, invece, ricercare - laddove le condizioni lo consentano - una soluzione conciliativa soddisfacente per il proprio cliente.

Anche nella "rinnovata" mediazione, dunque, i soggetti interessati, sempre nell'alveo della riconosciuta tutela difensiva, dovranno cercare di definire la controversia prescindendo dai motivi e dai limiti di carattere giuridico.

In tale prospettiva il compito del legale che assiste il cliente in mediazione non è solo quello della qualificazione della fattispecie concreta e della susseguente sussunzione della stessa in quella astratta, ma di valutazione di difesa degli interessi generali del proprio assistito; il tutto finalizzato a una risoluzione soddisfacente e costruttiva del conflitto.

In particolare l'attività lavorativa dell'avvocato si svolgerà e si attingerà diversamente nella fase prodromica della procedura nonché nell'esperimento della stessa. Difatti, dopo aver preliminarmente assolto all'obbligo dell'informativa³ ed aver "assistito" il cliente nella fase iniziale della procedura, dovrà valutare il complesso delle

circostanze emerse, oltre che di quelle già conosciute e consigliare il proprio assistito relativamente al proseguo o meno della procedura di mediazione nonché in merito al raggiungimento di un eventuale accordo⁴.

Premettendo che, onde predisporre un accordo valido, il legale sarà tenuto a verificare ed operare nel rispetto di quei requisiti di forma e sostanza richiesti dall'ordinamento giuridico⁵, è opportuno sottolineare come comunque l'attività dell'avvocato non sarà limitata alla *vis* contenziosa poiché, stante l'efficacia esecutiva dell'accordo, lo stesso sarà responsabilmente chiamato a valutare anche aspetti commerciali e fiscali.

⁴ A tal proposito, stante la funzione e la natura dell'istituto giuridico della mediazione, appare importante rammentare che l'atto nel quale si traduce l'accordo è espressione dell'autonomia negoziale delle parti; invero le medesime, nell'alveo dei limiti posti dell'ordine pubblico e delle norme imperative, potranno all'interno della procedura di mediazione - e diversamente da quanto avviene adendo la via giudiziaria o altre procedure di ADR, come l'arbitrato, dove vi è un'assoluta coincidenza tra chiesto e pronunciato - modificare ogni richiesta iniziale e, nella ponderazione di ogni interesse sotteso o correlato alla vicenda, giungere ad una soluzione che non si limiti ad un ristoro del solo lato economico ma che risulti appagante rispetto ad altri aspetti, quali quello emotivo.

⁵ Relativamente alle valutazioni tecniche di competenza del legale risulta interessante evidenziare come nella stesura dell'atto il medesimo dovrà, ad esempio, valutare l'eventuale natura novativa dello stesso in ragione dei dirompenti e differenti effetti che da ciò discendono. Invero, mentre una transazione semplice comporta la modifica di alcuni aspetti del rapporto preesistente, il quale per altri parti permane immutato, una transazione novativa implica l'estinzione integrale del precedente rapporto con la consequenziale sostituzione con quanto scaturente dall'accordo transattivo. Pertanto, mentre nella prima fattispecie le parti conservano le azioni e le eccezioni proprie del rapporto composto e, quindi, ai sensi dell'art. 1976 del codice civile, potrà essere chiesta la risoluzione della transazione per inadempimento della parte, nella seconda fattispecie, essendosi estinto il rapporto precedente ed insorto un nuovo vincolo, ciò non sarà possibile in quanto l'effetto retroattivo, proprio del meccanismo della risoluzione del contratto, andrebbe a ripristinare i rapporti e le obbligazioni preesistenti che si erano estinti salvo che non venga inserita, all'interno del nuovo accordo, una clausola che lo preveda.

² Ovviamente, in seguito alla riforma dell'istituto esaminato, tale finalità risulta maggiormente realizzabile stante il nuovo disposto normativo di cui all'art. 12 del d.lgs. n. 28/2010).

³ A tal proposito si evidenzia che in passato la giurisprudenza, conformemente, ha ritenuto che l'obbligo di informazione per l'avvocato debba valere esclusivamente nei casi in cui la controversia risulti conciliabile. (In tal senso Trib. Varese 9 aprile 2010, in *Guida al dir.*, 2010, n. 17, 18 ss., con commento di G. DOSI e V. VIGORITI e in *Foro it.*, 2010, I, 2225 ss., con osservazioni di G. ARMONE e P. PORRECA).

4. *Obbligo dell'assistenza dell'avvocato in mediazione e potere certificativo*

In un'ottica di ulteriore valorizzazione del ruolo dell'avvocato con il d.l. 21 giugno 2013 n. 69 il Governo, pur non avendo letteralmente previsto l'obbligo dell'assistenza tecnica dei legali nella procedura di mediazione, aveva comunque stabilito che al fine dell'ottenimento dell'efficacia esecutiva dell'accordo di conciliazione - mediante l'omologa del tribunale - fosse necessaria la sottoscrizione degli avvocati di tutte le parti coinvolte.

Conseguenza di tale disposizione sembrava essere quella di continuare a consentire alle parti di partecipare alle mediazioni anche senza il proprio legale essendo, difatti, tale presenza residualmente ancorata ai casi in cui vi fosse un interesse a richiedere l'esecutività del verbale.

Successivamente, la legge di conversione dell'indicato decreto legge, mantenendo l'orientamento testè enunciato, da un lato ha codificato la necessità dell'assistenza legale alle parti nella procedura di mediazione e dall'altro ha riconosciuto un innovativo potere certificativo agli stessi professionisti circa la conformità dell'accordo di conciliazione alle norme imperative ed all'ordine pubblico.⁶

La previsione normativa dell'obbligatorietà dell'assistenza del legale nella procedura di mediazione ha sollevato dubbi applicativi relativamente alla possibilità di poter incidere qualora le parti si presentassero in

mediazione senza avvocato.

L'opinione maggioritaria sul punto si è espressa in senso negativo. Tale orientamento rinviene dalla disamina sistematica degli articoli 5, comma 1 bis, 8 e 12 del d.lgs. n. 28/2010.

Poiché i primi due articoli risultano riferibili alle materie in cui l'esperimento della procedura di mediazione è condizione di procedibilità - e, dunque, per quanto innanzi addotto, è obbligatoria l'assistenza del legale - e la disposizione di cui all'art. 12 d.lgs. n. 28/2010 conferisce valore di titolo esecutivo al verbale sottoscritto dagli avvocati presenti - pertanto la presenza dei professionisti si qualifica in termini di assoluta necessità per il raggiungimento di tale risultato - appare doversi desumere che in una ipotesi di mediazione obbligatoria l'assenza degli avvocati delle parti costituisca un motivo di improcedibilità.

Al fine di una corretta applicazione della disciplina, stante il silenzio della norma, appare necessario un ulteriore intervento chiarificatore da parte del legislatore⁷.

⁷ Sul punto, la Direttiva 2013/11/UE (ADR in materia di consumo), all'art. 8 lett. b) recita: *"le parti hanno accesso alla procedura senza essere obbligate a ricorrere a un avvocato o consulente legale senza che la procedura precluda alle parti il loro diritto di ricorrere al parere di un soggetto indipendente o di essere rappresentate o assistite da terzi in qualsiasi fase della procedura"*; aver previsto l'assistenza legale obbligatoria in una normativa successiva all'introduzione di una norma europea viola il principio di *standstill*, secondo il quale gli Stati membri devono astenersi dall'introdurre norme in contrasto con direttive non ancora recepite; la Circolare ministeriale 27 novembre 2013 sull'assistenza legale obbligatoria precisa che: l'assistenza dell'avvocato è obbligatoria esclusivamente nelle ipotesi di cd. mediazione obbligatoria (ivi compresa quella disposta dal giudice ex art. 5 comma 2), ma non anche nelle ipotesi di mediazione facoltativa. A tale soluzione si perviene agevolmente osservando che, in via generale, il nuovo testo dell'art. 12, comma 1, espressamente configura l'assistenza legale delle parti in mediazione come meramente eventuale (*"ove tutte le parti aderenti alla mediazione siano assistite da un avvocato ..."*). Di talchè, ferma la necessità dell'assistenza legale nelle forme di mediazione obbligatoria, nella mediazione cd. facoltativa le parti possono partecipare senza l'assistenza di un avvocato. A tale conclusione

⁶ In tal senso vedasi i seguenti articoli del d.lgs. n. 28/2010: art. 5, comma 1 bis, secondo il quale: *"Chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa a una controversia in materia di ... è tenuto assistito dall'avvocato ..."*; art. 8, come modificato, che recita: *"Al primo incontro e agli incontri successivi, fino al termine della procedura, le parti devono partecipare con l'assistenza dell'avvocato"* e infine, l'art. 12, che stabilisce che: *"Ove tutte le parti aderenti alla mediazione siano assistite da un avvocato, l'accordo che sia stato sottoscritto dalle parti e dagli stessi avvocati costituisce titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, l'esecuzione per consegna e rilascio, l'esecuzione degli obblighi di fare e di non fare, nonché per l'iscrizione di ipoteca giudiziale"*.

Il nuovo ruolo dell'avvocato emerge anche, come già evidenziato, dalla prevista possibilità di rendere esecutivo l'accordo di conciliazione - e ciò senza la necessità di richiedere l'omologa al tribunale - mediante la sottoscrizione dell'accordo delle parti e dei relativi avvocati che ne attesteranno e certificheranno la conformità alle norme imperative e all'ordine pubblico.

Difatti, ai sensi della rinnovata prima parte dell'art. 12, del d.lgs. n. 28/2010, qualora tutti gli aderenti alla mediazione siano assistiti da un avvocato, l'accordo sottoscritto - dalle parti e dagli stessi legali - costituirà titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione per consegna e rilascio, per l'esecuzione degli obblighi di fare e non fare, nonché per l'iscrizione di ipoteca giudiziale⁸.

Orbene, la peculiarità dell'accordo rag-

non è di ostacolo la disposizione dell'art. 8 del decreto legislativo, che prevede che "al primo incontro e agli incontri successivi, fino al termine della procedura, le parti devono partecipare con l'assistenza dell'avvocato". Apparentemente di ambito generale, in realtà tale disposizione costituisce un completamento della previsione di cui all'art. 5, nel senso che, nelle ipotesi in cui il procedimento di mediazione è condizione di procedibilità, la parte che vorrà attivare la procedura di mediazione dovrà avvalersi dell'assistenza di un avvocato non solo al momento del deposito dell'istanza, ma anche per tutti i momenti successivi del procedimento di mediazione, fino al termine della procedura. Naturalmente, nell'ambito della mediazione facoltativa, le parti potranno in ogni momento esercitare la facoltà di ricorrere all'assistenza di un avvocato, anche in corso di procedura di mediazione. In questo caso nulla vieta che le parti vengano assistite dagli avvocati solo nella fase finale della mediazione e che, quindi, i legali possano, ad esempio, intervenire per assistere le parti nel momento conclusivo dell'accordo di mediazione, anche al fine di sottoscriverne il contenuto e certificarne la conformità alle norme imperative e all'ordine pubblico, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 12 citato.

⁸ Come già specificato l'accordo regolarmente sottoscritto, conforme alle norme imperative ed all'ordine pubblico e soddisfacente gli eventuali requisiti formali e sostanziali richiesti dal legislatore, può validamente costituire titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, l'esecuzione per consegna e rilascio, l'esecuzione di obblighi di fare e di non fare e l'iscrizione di ipoteca giudiziale.

giunto in sede di mediazione è strettamente connessa al potere certificativo riconosciuto ai legali delle parti.

In tale contesto l'avvocato opererà una certificazione di conformità del contenuto dell'accordo alle norme imperative ed all'ordine pubblico esercitando così un potere di valutazione non altrimenti riconosciuto nell'ordinamento giuridico.

5. L'introduzione della competenza territoriale nel procedimento di mediazione

Unitamente all'ampliamento delle facoltà riconosciute agli avvocati nel procedimento di mediazione la nuova normativa, per converso, ha comportato la configurabilità di nuove responsabilità in capo ai medesimi.

In particolare, stanti le gravi conseguenze derivanti da un'errata valutazione, non può essere sottaciuta la rinnovata incombenza della corretta individuazione dell'organismo di mediazione competente a conoscere della controversia.

Nello specifico, nella formulazione originaria del decreto legislativo 28/2010 nulla si rinveniva relativamente alla competenza territoriale degli organismi di mediazione civile e commerciale. Parimenti, alcuna previsione specifica era a tal proposito contenuta nel decreto ministeriale 180/2010, attuativo del decreto legislativo di cui innanzi.

Stante, dunque, il silenzio della normativa di riferimento l'orientamento maggioritario della dottrina riteneva che la competenza territoriale dell'organismo di mediazione si radicasse in ragione della scelta della parte instauratrice del procedimento⁹.

⁹ La Commissione Giustizia della Camera dei Deputati, nel parere approvato in data 20 gennaio 2010, si era orientata nel senso di suggerire l'elaborazione di una norma che fissasse la competenza *ratione loci* dell'organismo *de quo* onde farla coincidere con l'ambito territoriale del distretto di Corte d'Appello annoverante il circondario del Tribunale che sarebbe stato competente a conoscere della causa di merito. La Commissione Giustizia del Senato della Repubblica, nel parere approvato

In realtà la mancata previsione di una precisa regolamentazione dei criteri di competenza territoriale degli organismi procedurali rischiava di dar vita a situazioni di squilibrio tra le parti in lite a favore del contendente economicamente più forte che, avendo la possibilità di adire l'organismo di mediazione geograficamente più distante rispetto al luogo di residenza della parte avversa, indirettamente la costringeva a desistere dalla partecipazione alla procedura di mediazione.

Tale rappresentata situazione non poteva essere superata mediante il ricorso a un'applicazione analogica dei criteri processuali previsti in materia di competenza per territorio non sussistendo né una vera lacuna legislativa né un'identità di *ratio* tra il procedimento di mediazione e quello giurisdizionale.

Diversamente, nell'attuale e rinnovato assetto normativo dell'istituto è prevista la competenza territoriale, a scelta dell'istante, di uno degli organismi di mediazione avente sede nel luogo del giudice territorialmente competente per il corrispondente giudizio.

Non può non sottacersi come tale disposizione presenti profili applicativi problematici poiché il legislatore, facendo riferimento in via generale unicamente al "luogo", non chiarisce se intenda riferirsi al mandamento, alla circoscrizione ovvero al distretto¹⁰.

in data 27 gennaio 2010, aveva proposto di disporre che la competenza *ratione loci* dell'organismo *de quo* fosse fissata principalmente nell'ambito territoriale del circondario del Tribunale competente a conoscere della causa di merito ovvero subordinatamente, nel caso in cui non vi fossero in quel territorio organismi di mediazione, nell'ambito territoriale del distretto di Corte d'Appello annoverante il circondario del Tribunale competente a conoscere della causa di merito, salva, comunque, la facoltà dei litiganti di derogare concordemente alla norma regolatrice individuata.

¹⁰ Una possibile soluzione potrebbe essere quella per la quale la competenza territoriale apparterebbe a ogni organismo di mediazione ubicato, a seconda del valore della lite, nel mandamento ovvero nel circondario giudiziario di riferimento della controversia.

Ugualmente dubbio è se il legislatore abbia inteso riferirsi alla sede legale ovvero a una qualsiasi sede, purché ufficialmente registrata come tale, dell'organismo di mediazione.

La violazione del dispositivo sulla competenza territoriale comporta, nelle materie soggette a mediazione obbligatoria, conseguenze differenti a seconda se le parti si siano presentate o meno al procedimento.

Difatti, mentre alcun problema, in ordine al soddisfacimento della condizione di procedibilità dell'azione giurisdizionale, si porrebbe in caso di esito positivo ovvero negativo per mancata conciliazione della mediazione poiché, in tali circostanze, soccorrerebbe il disposto dell'articolo 28 del codice di procedura civile previdente una derogabilità alle regole sulle competenza territoriale concordata dalle parti in lite, diversamente, qualora l'esito della mediazione fosse negativo per mancata partecipazione della parte invitata, l'autorità giudiziaria adita non potrebbe ritenere soddisfatta la condizione di procedibilità con ogni consequenziale statuizione e responsabilità professionale per l'avvocato.

Dalla disamina della normativa, per le motivazioni innanzi illustrate, risulta evidente che l'intervento complessivamente attuato in materia, non è purtroppo scervo da problematiche applicative che, al fine di una corretta soluzione, richiedono un nuovo intervento del legislatore teso a chiarire e, dunque, migliorare la disciplina e rendere così concretamente attuabile e funzionante uno strumento dalle grandi potenzialità deflative e risolutive.

6. Quale futuro della mediazione assistita per le controversie di lavoro

Ribadendo che l'istituto della conciliazione ha la sua matrice prettamente lavoristica, con l'introduzione della mediazione nel nostro ordinamento è emerso che quest'ultimo procedimento può ben trovare spazio nel contenzioso del giudizio civile ordinario, mentre nelle controversie di lavoro già sussistono specifiche disposizioni di legge che regolamentavano forme tese appun-

to al raggiungimento della conciliazione.

Peraltro, atteso il fallimento del tentativo di conciliazione ex art. 410 c.p.c. previgente testo e "reintegrato" il tentativo facoltativo dello stesso articolo nuovo testo, risulta non semplice immaginare uno spazio per la mediazione nel contenzioso del lavoro.¹¹

D'altronde, se il legislatore non avesse ritenuto fallimentare l'esperienza, non avrebbe abrogato il precedente testo dell'art. 410 c.p.c. magari rendendolo ancor più "obbligatorio", cioè, imponendo l'effettivo espletamento della procedura prima dell'inizio del giudizio di lavoro.¹²

Francamente non è dato di sapere se e fino a che punto risulti improponibile il procedimento di mediazione assistita ad una controversia di lavoro; semmai sussistono già disposizioni legislative che rendono più agevole l'espletamento della trattativa ai fini della conciliazione, per cui potrebbe ri-

sultare ultroneo il nuovo procedimento.

Oggi, che il ruolo dell'avvocato è in continua evoluzione e che il predetto - in quanto lavoratore autonomo - meriterebbe maggiori tutele, l'affidamento delle funzioni di mediatore può consentire ai legali l'espletamento di una attività di tutto prestigio che ben si coordina con la professione forense.

La tutela dell'avvocato, quale lavoratore, risulta attualmente abbastanza scarna e certamente meriterebbe migliori attenzioni in un'ottica più moderna dello studio e delle tutele relative al diritto dei lavori.

Verosimilmente, allo stato, riuscirà difficile ottenere riscontri positivi almeno nell'immediato dell'istituto della mediazione nel contenzioso del lavoro ove, per le ragioni sommariamente suesposte, non risultano sufficienti spazi.

Invece, c'è da augurarsi che almeno la funzione di mediatore venga svolta essenzialmente da avvocati, risultando così tale attività innanzitutto una nuova fonte di lavoro per questi professionisti e offrendo al nuovo istituto della mediazione anche maggiore dignità, non foss'altro per la qualità dei loro addetti.

¹¹ Cfr.: S. A. D'ALELIO: "La mediazione assistita nelle controversie di lavoro: tra fallimenti e nuove tutele" in rivista "Il diritto dei lavori" 2013 n. 2, pag. 35;

¹² Cfr.: S. RUBINO: "La conciliazione giudiziale dopo il "Collegato Lavoro" il nuovo art. 420 c.p.c." in rivista "Il diritto dei lavori" 2013 n. 3, pag. 33.

Abstract

L'istituto giuridico della mediazione, come introdotto dal d.lgs. n. 28/2010, è stato oggetto di un importante e qualificante intervento normativo attraverso il d.l. n. 69/2013. Le modifiche consentono una nuova funzione per l'avvocato in mediazione prevedendo, tra l'altro, da un lato l'obbligo di assistenza del legale nella procedura e, dall'altro, un innovativo potere certificativo del medesimo. In questa prospettiva emergono le differenze tra lo svolgimento delle attività e delle funzioni dell'avvocato nel procedimento di mediazione rispetto a quelle svolte e rivestite nell'ordinario processo civile, mentre si prende atto della sostanziale inapplicabilità dell'istituto della mediazione - che pure trae origine da quello della conciliazione di matrice lavoristica - alle controversie di lavoro ben regolamentate da specifici procedimenti.

The legal institute of mediation, as introduced by the d.lgs. n. 28/2010, has been the subject of an important regulatory intervention of qualifying through the d.l. n. 69/2013. The changes allow for a new function for the Attorney in mediation by providing for, inter alia, on the one the obligation of legal assistance in the procedure and, on the other, an innovative power of certification. In this perspective the differences emerge between activities and functions of the Attorney in mediation respect to those in the ordinary civil trial, while it acknowledges the fundamental inapplicability of the mediation - which also originates from the conciliation in labour law - to labour disputes regulated by specific procedures.