

M.M. ANDREONI, G. BATTAGLIA, A. CASTAGNOLA,
F. DELFINI, F. FERRARIS, S. GIAVARRINI, C. MENICHINO,
A. PELOSI, N.G. ROCCO DI TORREPADULA, S. ROMANO,
S. RUBIU, N. SARTORI, F. SODDU, M. ZULBERTI

LA MEDIAZIONE

nelle controversie civili e commerciali
(2^a edizione aggiornata)

*Commentario del Decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28
e del Decreto ministeriale 18 ottobre 2010, n. 180*

a cura di

ANGELO CASTAGNOLA e FRANCESCO DELFINI



CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI
2012

QUESTO VOLUME È ANCHE ONLINE

Consultalo gratuitamente ne "La Mia Biblioteca", la prima biblioteca professionale in the cloud con le pubblicazioni di CEDAM, UTET Giuridica, IPSOA. Grazie al suo evoluto sistema di ricerca puoi accedere ai tuoi scaffali virtuali e ritrovare tra i tuoi libri la soluzione che cerchi da PC, iPad o altri tablet. Ovunque tu sia.

Per conoscere le modalità di accesso al servizio e consultare il volume online collegati a www.lamiabiblioteca.com e clicca su "Richiedi la tua password".

La consultazione online viene offerta all'acquirente del presente volume a titolo completamente gratuito ed a fini promozionali del servizio "La Mia Biblioteca" e potrebbe essere soggetta a revoca da parte dell'Editore.

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

Copyright 2012 Wolters Kluwer Italia Srl

ISBN 978-88-13-31417-0

I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica, di riproduzione e di adattamento totale o parziale, con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche), sono riservati per tutti i Paesi.

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5 della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le riproduzioni diverse da quelle sopra indicate (per uso non personale – cioè, a titolo esemplificativo, commerciale, economico o professionale – e/o oltre il limite del 15%) potranno avvenire solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da EDISER Srl, società di servizi dell'Associazione Italiana Editori, attraverso il marchio CLEARedi Centro Licenze e Autorizzazioni Riproduzioni Editoriali. Informazioni: www.clearedi.org.

L'elaborazione dei testi, anche se curata con scrupolosa attenzione, non può comportare specifiche responsabilità per eventuali involontari errori o inesattezze.

Stampato in Italia - Printed in Italy

Centrofotocomposizione Dorigo - Padova
Stampato da L.E.G.O. S.p.A., Lavis (TN)

INDICE SOMMARIO

DECRETO LEGISLATIVO 4 marzo 2010, n. 28
in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione
delle controversie civili e commerciali

CAPO I

DISPOSIZIONI GENERALI

Art. 1 (<i>Definizioni</i>)	Pag.	1
Commento di CRISTINA MENICHI		
1. L'ambito di applicazione e le finalità del decreto	»	2
2. La definizione di mediazione e conciliazione. Questioni terminologiche	»	3
3. La nozione di mediatore. I requisiti del mediatore: la terzietà e l'imparzialità	»	6
4. La conciliazione quale metodo di risoluzione delle controversie alternativo al giudizio	»	9
5. L'esito della procedura di mediazione: la distinzione tra mediazione facilitativa e valutativa	»	12
6. Il conflitto. La distinzione tra interessi/bisogni e diritti/pretese delle parti	»	13
7. Le tecniche della mediazione e la formazione professionale del mediatore	»	16
8. La conciliazione	»	17
9. Gli organismi di conciliazione	»	18
10. I registri degli organismi di conciliazione	»	18
Art. 2 (<i>Controversie oggetto di mediazione</i>)	»	21
Commento di ANGELO CASTAGNOLA e FRANCESCO DELFINI		
1. Premessa	»	21
2. Profili soggettivi ed oggettivi	»	26
3. (<i>Segue</i>). La disponibilità del diritto	»	29
4. (<i>Segue</i>). Disponibilità del diritto, usucapione e conciliazione	»	33

5. I diversi modelli di mediazione stragiudiziale	Pag. 36
6. Mediazione facilitativa e mediazione valutativa o aggiudicativa	» 38
7. Il secondo comma	» 46

CAPO II

DEL PROCEDIMENTO DI MEDIAZIONE

Art. 3 (<i>Disciplina applicabile e forma degli atti</i>)	Pag. 49
Commento di CRISTINA MENICHINO e ALBERTO PELOSI	
1. Il regolamento dell'organismo di conciliazione	» 49
2. La riservatezza del procedimento, l'imparzialità e la professionalità del mediatore	» 50
3. L'assenza di formalità degli atti del procedimento	» 51
4. Le modalità telematiche	» 52
5. Il parere del Consiglio Superiore della Magistratura	» 54
6. I requisiti minimi idonei a garantire la riservatezza del procedimento di mediazione	» 55
Art. 4 (<i>Accesso alla mediazione</i>)	» 57
Commento di SILVIA GIARRINI e NICOLA GIANALFONSO ROCCO DI TORREPADULA	
1. La domanda di mediazione: modalità di presentazione, contenuto e disciplina applicabile	» 58
2. Il criterio della prevenzione per il caso di pluralità di istanze di mediazione e la decorrenza degli effetti scaturenti dalla singola domanda di mediazione	» 65
3. Gli obblighi informativi dell'avvocato in relazione all'espletamento del tentativo di mediazione ed alle agevolazioni fiscali di cui agli artt. 17 e 20. Premessa	» 69
4. L'informativa come obbligo contrattuale gravante sull'avvocato	» 71
5. L'annullabilità del contratto tra avvocato e assistito come conseguenza della violazione del dovere di informazione; le conseguenze sul contratto di prestazione d'opera libero-professionale e sull'attività processuale svolta dall'avvocato	» 72
6. Il difensore tecnico nella fase introduttiva del procedimento di mediazione. Rinvio	» 75

Art. 5 (*Condizione di procedibilità e rapporti con il processo*) Pag. 77

Commento di MARTINO M. ANDREONI - GIUSEPPE BATTAGLIA
SILVIA GIAVARRINI - STEFANIA ROMANO

1. L'ambito di applicazione della mediazione: generalità ... » 79
2. (*Segue*). Osservazioni critiche e il particolare caso della domanda di usucapione » 85
3. L'ambito di applicazione «necessario» del procedimento di mediazione » 89
4. (*Segue*). Le liti di cui al codice del consumo espressamente escluse » 93
5. Esperimento del procedimento di mediazione, proposizione di domande nuove da parte del convenuto o di un terzo e litisconsorzio » 94
6. Il procedimento di mediazione quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale » 100
7. (*Segue*). Le forme ed i termini del rilievo dell'improcedibilità » 106
8. La mediazione nel corso del giudizio » 109
9. L'ambito applicativo della disposizione contenuta nel comma 3 » 112
10. La nozione di provvedimenti urgenti e cautelari » 115
11. La natura anticipatoria o conservativa del provvedimento cautelare e l'operatività della disciplina sulla mediazione . » 118
12. La trascrizione della domanda giudiziale » 123
13. I procedimenti esclusi dal tentativo di conciliazione » 127
14. La clausola di mediazione o conciliazione » 132
15. Gli effetti della domanda di mediazione sulla prescrizione e sulla decadenza » 134

Art. 6 (*Durata*) » 143

Commento di FEDERICO FERRARIS

Art. 7 (*Effetti sulla ragionevole durata del processo*) » 149

Commento di FEDERICO FERRARIS

Art. 8 (*Procedimento*) » 155

Commento di FRANCESCO DELFINI e SILVIA GIAVARRINI

1. Il procedimento di mediazione: le attività dell'organismo, delle parti e del mediatore » 156
2. (*Segue*). La disciplina e la natura giuridica » 164

3. Il difensore tecnico nel procedimento di mediazione	Pag. 170
3.1. Nella fase introduttiva della mediazione	» 171
3.2. Nel procedimento di mediazione	» 173
3.3. Nell'ipotesi di raggiungimento dell'accordo concilia- tivo	» 174
Art. 9 (<i>Dovere di riservatezza</i>)	» 177
Commento di CRISTINA MENICHINO	
1. Il dovere di riservatezza dei soggetti partecipanti alla me- diazione. La cd. riservatezza esterna	» 177
2. Il dovere di riservatezza del mediatore e le sessioni sepa- rate. La cd. riservatezza interna	» 180
Art. 10 (<i>Inutilizzabilità e segreto professionale</i>)	» 185
Commento di FEDERICO FERRARIS e FILIPPO SODDU	
1. Premessa. Cenni sulla natura e sulla funzione della norma in esame	» 186
2. Sulla inutilizzabilità delle dichiarazioni rese o delle informa- zioni acquisite nel corso del procedimento di mediazione .	» 187
3. Sul consenso della parte dichiarante o dalla quale proven- gono le informazioni	» 190
4. Sulla inammissibilità della prova testimoniale e del giura- mento decisorio	» 191
5. Profili di illiceità della prova testimoniale ammessa in vio- lazione del divieto di cui al comma 1, ultima parte	» 192
6. Le garanzie del mediatore previste al comma 2	» 197
7. Profili comparatistici	» 202
Art. 11 (<i>Conciliazione</i>)	» 207
Commento di MARTINO M. ANDREONI e STEFANIA ROMANO	
1. I possibili esiti della mediazione e il modello "ibrido" adottato dal legislatore	» 208
2. Il raggiungimento della conciliazione	» 215
3. L'esito negativo della mediazione	» 216
4. La proposta in caso di mancata partecipazione di una del- le parti al procedimento	» 218
5. L'accordo di conciliazione: natura giuridica	» 219
6. Il contenuto del verbale di accordo. Le penalità	» 225
7. La verbalizzazione e il deposito	» 231
8. Caratteri e rischi dell'accordo conciliativo e del processo verbale redatto dal mediatore	» 233

Art. 12 (<i>Efficacia esecutiva ed esecuzione</i>)	Pag. 235
Commento di GIUSEPPE BATTAGLIA	
1. L'omologazione del verbale di conciliazione	» 235
2. (<i>Segue</i>). L'impugnazione del provvedimento di omologazione	» 239
3. L'efficacia del verbale di conciliazione omologato	» 242
4. (<i>Segue</i>). Il verbale di conciliazione quale titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale. Non configurabilità dell' <i>actio iudicati</i>	» 245
Art. 13 (<i>Spese processuali</i>)	» 247
Commento di MARTINO M. ANDREONI	
1. Premessa: le finalità e l'ambito applicativo della norma ..	» 248
2. La nozione di provvedimento che definisce il giudizio ...	» 251
3. Le conseguenze sul regime delle spese se il provvedimento corrisponde interamente al contenuto della proposta ..	» 255
4. (<i>Segue</i>). E se il provvedimento non corrisponde interamente al contenuto della proposta	» 259
Art. 14 (<i>Obblighi del mediatore</i>)	» 261
Commento di NICOLA GIANALFONSO ROCCO DI TORREPADULA, STEFANIA ROMANO e STEFANO RUBIU	
1. Principi in tema di obblighi del mediatore	» 262
2. Obblighi del mediatore	» 264
3. Deontologia dell'avvocato in mediazione	» 272
4. Deontologia del mediatore-avvocato	» 274
5. Obblighi del mediatore contenuti nei regolamenti degli organismi di conciliazione e nei codici di condotta	» 278
Art. 15 (<i>Mediazione nell'azione di classe</i>)	» 281
Commento di MARTINO ZULBERTI	
1. L'art. 140-bis d.lgs. 6 ottobre 2005, n. 206 (cod. consumo) e il fenomeno conciliativo	» 281
2. L'art. 140-bis, comma 15, cod. consumo	» 285
3. L'art. 15 del d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28	» 292
4. Il procedimento di mediazione e l'azione di classe: cenni problematici	» 300
5. L'accordo successivo alla decisione	» 307

CAPO III

ORGANISMI DI MEDIAZIONE

Art. 16 (<i>Organismi di mediazione e registro. Elenco dei formatori</i>)	Pag. 311
Commento di STEFANIA ROMANO	
1. Registro degli organismi di conciliazione	» 312
2. Tipi di organismi e competenze	» 313
Art. 17 (<i>Risorse, regime tributario e indennità</i>)	» 315
Commento di NICOLA SARTORI	
1. Premessa	» 317
2. L'esenzione dall'imposta di bollo (e da ogni spesa, tassa o diritto di qualsiasi specie e natura), quale prima forma di agevolazione fiscale	» 319
3. L'esenzione, limitatamente alle liti minori, dall'imposta di registro, quale seconda forma di agevolazione fiscale	» 321
4. La quantificazione delle indennità del conciliatore	» 324
Art. 18 (<i>Organismi presso i tribunali</i>)	» 329
Commento di STEFANIA ROMANO	
1. Organismi presso i tribunali: generalità	» 329
2. "Progetto Conciliamo" presso il Tribunale di Milano	» 329
Art. 19 (<i>Organismi presso i consigli degli ordini professionali e presso le camere di commercio</i>)	» 331
Commento di STEFANIA ROMANO	
1. Organismi presso i Consigli degli ordini professionali e presso le Camere di commercio: generalità	» 331
2. ISDACI e Servizio di conciliazione presso la Camera di commercio di Milano	» 332
3. Esperienza del Notariato	» 332

CAPO IV

DISPOSIZIONI IN MATERIA FISCALE E NORMATIVA

Art. 20 (<i>Credito d'imposta</i>)	Pag. 335
Commento di NICOLA SARTORI	
1. Il credito d'imposta quale meccanismo di agevolazione fiscale	» 336

2. Il funzionamento del credito d'imposta di cui all'articolo 20	Pag. 337
Art. 21 (<i>Informazioni al pubblico</i>)	» 343
Commento di STEFANIA ROMANO	
1. Campagne pubblicitarie e punti informativi	» 343

CAPO V

ABROGAZIONI, COORDINAMENTI E DISPOSIZIONI TRANSITORIE

Art. 22 (<i>Obblighi di segnalazione per la prevenzione del sistema finanziario a scopo di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo</i>)	Pag. 345
Commento di STEFANIA ROMANO	
1. Normativa antiriciclaggio ed attività di mediazione volta alla conciliazione	» 345
Art. 23 (<i>Abrogazioni</i>)	» 347
Art. 24 (<i>Disposizioni transitorie e finali</i>)	» 347
Commento di MARTINO ZULBERTI	
1. L'abrogazione degli artt. 38-40 d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 .	» 348
1.1. Le norme d'attuazione del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 .	» 351
2. I richiami agli artt. 38-40 d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5	» 352
2.1. Il richiamo operato dall'art. 7 l. 6 maggio 2004, n. 129, in materia di <i>franchising</i>	» 353
2.2. Il richiamo operato dall'art. 768- <i>octies</i> c.c. in materia di patti di famiglia	» 356
3. La salvezza dei tentativi obbligatori di conciliazione	» 357
3.1. Alcune questioni derivanti dall'assenza di una compiuta disciplina di coordinamento	» 363
4. Il momento di entrata in vigore della norma che sancisce l'obbligatorietà del previo tentativo di mediazione previsto dall'art. 5, comma 1	» 367
4.1. I processi pendenti ed il procedimento di mediazione	» 373

DECRETO 18 ottobre 2010, n. 180

**Regolamento recante la determinazione dei criteri e delle
modalità di iscrizione e tenuta del registro degli organismi di
mediazione e dell'elenco dei formatori per la mediazione, nonché
l'approvazione delle indennità spettanti agli organismi, ai sensi
dell'articolo 16 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28**

CAPO I

DISPOSIZIONI GENERALI

Art. 1 (<i>Definizioni</i>)	Pag. 375
Art. 2 (<i>Oggetto</i>)	» 376
Commento di STEFANIA ROMANO	
1. Oggetto del d.m. n. 180/2010 e rapporti con i precedenti decreti attuativi (d.m. n. 222 e n. 223 del 2004)	» 377
2. Definizioni	» 378

CAPO II

REGISTRO DEGLI ORGANISMI

Art. 3 (<i>Registro</i>)	Pag. 379
Commento di STEFANIA ROMANO	
1. Funzione del registro degli organismi di mediazione	» 380
2. Contenuto del registro	» 381
Art. 4 (<i>Criteri per l'iscrizione nel registro</i>)	» 383
Art. 5 (<i>Procedimento di iscrizione</i>)	» 385
Commento di STEFANIA ROMANO	
1. La domanda di iscrizione presentata da un organismo di mediazione	» 386
2. Il procedimento di iscrizione ed i chiarimenti del Ministero .	» 387
Art. 6 (<i>Requisiti per l'esercizio delle funzioni di mediatore</i>) ..	» 391
Commento di STEFANIA ROMANO	
Art. 7 (<i>Regolamento di procedura</i>)	» 393
Commento di SILVIA GIAVARRINI	
Art. 8 (<i>Obblighi degli iscritti</i>)	» 407
Commento di SILVIA GIAVARRINI	

Art. 9 (<i>Effetti dell'iscrizione</i>)	Pag. 411
Art. 10 (<i>Sospensione e cancellazione dal registro</i>)	» 411
Art. 11 (<i>Monitoraggio</i>)	» 412

Commento di STEFANIA ROMANO

CAPO III

SERVIZIO DI MEDIAZIONE E PRESTAZIONE DEL MEDIATORE

Art. 12 (<i>Registro degli affari di mediazione</i>)	Pag. 415
--	----------

Commento di SILVIA GIAVARRINI

Art. 13 (<i>Obblighi di comunicazione al responsabile</i>)	» 419
--	-------

Commento di SILVIA GIAVARRINI

Art. 14 (<i>Natura della prestazione</i>)	» 421
---	-------

Commento di SILVIA GIAVARRINI

Art. 15 (<i>Divieti inerenti al servizio di mediazione</i>)	» 425
---	-------

Commento di SILVIA GIAVARRINI

CAPO IV

INDENNITÀ

Art. 16 (<i>Criteri di determinazione dell'indennità</i>)	Pag. 427
---	----------

Commento di SILVIA GIAVARRINI

CAPO V

ENTI DI FORMAZIONE E FORMATORI

Art. 17 (<i>Elenco degli enti di formazione</i>)	Pag. 435
--	----------

Art. 18 (<i>Criteri per l'iscrizione nell'elenco</i>)	» 436
---	-------

Art. 19 (<i>Procedimento d'iscrizione e vigilanza</i>)	» 438
--	-------

Commento di STEFANIA ROMANO

CAPO VI

DISCIPLINA TRANSITORIA ED ENTRATA IN VIGORE

Art. 20 (<i>Disciplina transitoria</i>)	Pag. 441
Art. 21 (<i>Entrata in vigore</i>)	» 442

Commento di SILVIA GIAVARRINI

APPENDICE LEGISLATIVA

Decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28

Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali

Pag. 451

Relazione illustrativa

» 467

Legge 18 giugno 2009, n. 69

“Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile” .

» 495

Decreto 18 ottobre 2010, n. 180

Regolamento recante la determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione e tenuta del registro degli organismi di mediazione e dell'elenco dei formatori per la mediazione, nonché l'approvazione delle indennità spettanti agli organismi, ai sensi dell'articolo 16 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28

» 499

Direttiva 2008/52/CE

del Parlamento europeo e del Consiglio, 21 maggio 2008, relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale

» 517

Provvedimento 4 novembre 2010

Modelli di domanda per l'iscrizione al registro degli organismi di mediazione e all'elenco degli enti formatori per la mediazione

» 529

Nota 2 febbraio 2011

Organismi di mediazione ed enti di formazione: nota illustrativa per la compilazione dei modelli di domanda

» 531

Circolare 4 aprile 2011

Regolamento di procedura e requisiti dei mediatori.
Chiarimenti Pag. 541

Circolare 13 giugno 2011

Attività di tenuta del registro degli organismi di media-
zione e dell'elenco degli enti di formazione. Indicazioni
sull'applicabilità della disciplina del silenzio assenso » 547

Comunicazione agli Organismi di mediazione 20 aprile 2011

Monitoraggio statistico dei procedimenti trattati dagli Or-
ganismi di mediazione » 557

Circolare 20 dicembre 2011

Interpretazione misure correttive decreto interministeria-
le 145/2011 » 565

Elenco degli autori » 581

Art. 23
(Abrogazioni)

[1] *Sono abrogati gli articoli da 38 a 40 del decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, e i rinvii operati dalla legge a tali articoli si intendono riferiti alle corrispondenti disposizioni del presente decreto.*

[2] *Restano ferme le disposizioni che prevedono i procedimenti obbligatori di conciliazione e mediazione, comunque denominati, nonché le disposizioni concernenti i procedimenti di conciliazione relativi alle controversie di cui all'articolo 409 del codice di procedura civile. I procedimenti di cui al periodo precedente sono esperiti in luogo di quelli previsti dal presente decreto.*

Art. 24
(Disposizioni transitorie e finali)

[1] *Le disposizioni di cui all'articolo 5, comma 1, acquistano efficacia decorsi dodici mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto e si applicano ai processi successivamente iniziati.*

Commento di MARTINO ZULBERTI

SOMMARIO: 1. L'abrogazione degli artt. 38-40, d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5. – 1.1. Le norme d'attuazione del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5. – 2. I richiami agli artt. 38-40, d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5. – 2.1. Il richiamo operato dall'art. 7, l. 6 maggio 2004, n. 129 in materia di *franchising*. – 2.2. Il richiamo operato dall'art. 768-*octies* c.c. in materia di patti di famiglia. – 3. La salvezza dei tentativi obbligatori di conciliazione. – 3.1. Alcune questioni derivanti dall'assenza di una compiuta disciplina di coordinamento. – 4. Il momento di entrata in vigore della norma

che sancisce l'obbligatorietà del previo tentativo di mediazione previsto dall'art. 5, comma 1. - 4.1. I processi pendenti ed il procedimento di mediazione.

1. - L'art. 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69 nell'attribuire al legislatore delegato il potere di adottare uno o più decreti legislativi in materia di mediazione in ambito civile e commerciale, ancorché limitatamente al campo dei diritti disponibili, ha posto le basi - come rilevato dalla relazione ministeriale al decreto legislativo - «per un assorbimento della conciliazione societaria nell'alveo della nuova normativa» (1).

Il legislatore delegato, all'art. 23, ha pertanto previsto l'abrogazione degli artt. da 38 a 40 del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 disciplinanti la conciliazione (2) nelle materie previste dall'art. 1 del medesimo decreto legislativo (3). Quest'ultimo, che regolava il c.d. processo societario, era peraltro già stato fatto oggetto di par-

(1) Nel senso per cui nell'ambito della delega rientrasse anche la facoltà di fare oggetto di revisione la conciliazione societaria: cfr. C. CECHELLA, *Il nuovo processo civile*, Milano, 2009, p. 143; D. RIZZARDO, in *Codice di procedura civile commentato. La riforma del 2009*, a cura di C. Consolo e M. De Cristofaro, Milano, 2009, *sub* art. 60, l. 18 giugno 2009, n. 69, p. 508.

(2) Il termine mediazione verrà utilizzato in via intercambiabile con conciliazione, in quanto, solo con riferimento al decreto legislativo in commento, lo stesso assume il significato previsto dalla definizione dell'art. 1, mentre le ulteriori disposizioni esistenti nella materia in esame, si può affermare si riferiscano alla conciliazione nell'accezione che l'art. 1 attribuisce al termine mediazione. In proposito, *amplius*, cfr. *supra*, *sub* art. 1.

(3) Dal momento che l'art. 38, d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 individua il campo di applicazione delle norme sulla conciliazione societaria rinviando alle controversie di cui alle materie indicate dall'art. 1, potrebbe chiedersi se, a seguito dell'abrogazione di tale ultima disposizione ad opera della l. 18 giugno 2009, n. 69, gli artt. 38 e ss. continuassero ad essere applicabili a seguito del venir meno della norma che determinava il loro campo d'applicazione. Per escludere infatti l'inapplicabilità degli artt. 38-40, d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 dovrebbe sostenersi l'ultrattività dell'art. 1, in quanto differentemente essi dovrebbe ritenersi fossero applicabili solo e nei limiti in cui fossero richiamati da altre disposizioni (ad

ziale abrogazione da parte della l. 18 giugno 2009, n. 69, la quale tuttavia aveva lasciato in vigore, tra gli altri ⁽⁴⁾, gli artt. da 38 a 40 dedicati al procedimento di conciliazione ⁽⁵⁾.

Con riferimento alle previsioni che erano contenute in tali articoli, in primo luogo, può osservarsi che gli organismi di conciliazione (art. 38), le esenzioni fiscali ed i compensi spettanti agli organi di conciliazione (art. 39), nonché gli aspetti relativi alla procedura di conciliazione, ai rapporti fra conciliazione e processo e all'efficacia esecutiva del verbale di conciliazione (art. 40), si trovano ora esaurientemente e per certi aspetti più compiutamente disciplinati, seppure non in maniera del tutto identica (ed anzi per alcuni profili divergente), in corrispondenti previsioni del decreto legislativo in esame.

Del resto, va rilevato che la circostanza che talune delle nuove previsioni del decreto legislativo in commento siano di contenuto analogo a quelle che erano dettate in relazione alla conciliazione societaria, appare comprensibile alla luce del principio indicato dall'art. 60, comma 3, lett. c), l. 18 giugno 2009, n. 69, il quale autorizzava il legislatore delegato a prevedere «l'estensione delle disposizioni di cui al decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5».

Ad esempio, l'efficacia da attribuire alle clausole di conciliazione previste contrattualmente o nello statuto della società, che era disciplinata all'art. 40, comma 6, trova ora una regolamentazione, in gran parte analoga, all'art. 5, comma 5, il quale, avendo

esempio dall'art. 768-*octies* c.c.). Sul tale profilo, cfr. altresì N. SOLDATI, *sub art. 23*, in AA.VV., *La nuova disciplina della mediazione delle controversie civili e commerciali*, a cura di A. Bandini, N. Soldati, Milano, 2010, p. 346.

⁽⁴⁾ Esclusi dall'abrogazione in parola sono stati anche gli artt. da 34 a 37 e l'art. 41, comma 1 relativi all'arbitrato societario.

⁽⁵⁾ Sulla conciliazione "societaria" la dottrina è molto vasta, cfr. per ampi riferimenti, N. SOLDATI, *La conciliazione stragiudiziale nel processo societario, nei contratti di franchising e nei patti di famiglia*, in *La conciliazione: processo civile e penale, società, lavoro, telecomunicazioni, sport, consumatori, turismo, subfornitura, on line*, a cura di N. Soldati, Milano, 2007, p. 41 ss.

ziale abrogazione da parte della l. 18 giugno 2009, n. 69, la quale tuttavia aveva lasciato in vigore, tra gli altri ⁽⁴⁾, gli artt. da 38 a 40 dedicati al procedimento di conciliazione ⁽⁵⁾.

Con riferimento alle previsioni che erano contenute in tali articoli, in primo luogo, può osservarsi che gli organismi di conciliazione (art. 38), le esenzioni fiscali ed i compensi spettanti agli organi di conciliazione (art. 39), nonché gli aspetti relativi alla procedura di conciliazione, ai rapporti fra conciliazione e processo e all'efficacia esecutiva del verbale di conciliazione (art. 40), si trovano ora esaurientemente e per certi aspetti più compiutamente disciplinati, seppure non in maniera del tutto identica (ed anzi per alcuni profili divergente), in corrispondenti previsioni del decreto legislativo in esame.

Del resto, va rilevato che la circostanza che talune delle nuove previsioni del decreto legislativo in commento siano di contenuto analogo a quelle che erano dettate in relazione alla conciliazione societaria, appare comprensibile alla luce del principio indicato dall'art. 60, comma 3, lett. c), l. 18 giugno 2009, n. 69, il quale autorizzava il legislatore delegato a prevedere «l'estensione delle disposizioni di cui al decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5».

Ad esempio, l'efficacia da attribuire alle clausole di conciliazione previste contrattualmente o nello statuto della società, che era disciplinata all'art. 40, comma 6, trova ora una regolamentazione, in gran parte analoga, all'art. 5, comma 5, il quale, avendo

esempio dall'art. 768-*octies* c.c.). Sul tale profilo, cfr. altresì N. SOLDATI, *sub art. 23*, in AA.VV., *La nuova disciplina della mediazione delle controversie civili e commerciali*, a cura di A. Bandini, N. Soldati, Milano, 2010, p. 346.

⁽⁴⁾ Esclusi dall'abrogazione in parola sono stati anche gli artt. da 34 a 37 e l'art. 41, comma 1 relativi all'arbitrato societario.

⁽⁵⁾ Sulla conciliazione "societaria" la dottrina è molto vasta, cfr. per ampi riferimenti, N. SOLDATI, *La conciliazione stragiudiziale nel processo societario, nei contratti di franchising e nei patti di famiglia*, in *La conciliazione: processo civile e penale, società, lavoro, telecomunicazioni, sport, consumatori, turismo, subfornitura, on line*, a cura di N. Soldati, Milano, 2007, p. 41 ss.

una sfera applicativa riferita all'intero campo dei diritti disponibili ⁽⁶⁾, risulta operante anche in relazione alle controversie di cui all'abrogato art. 1 d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5.

Peraltro, il criterio direttivo poc'anzi menzionato legittimava, ma non imponeva al legislatore delegato di generalizzare i principi in materia di conciliazione societaria ⁽⁷⁾. Data questa premessa si può osservare che, se è vero che nella legge delega si giustifica il potere di ricondurre la disciplina della conciliazione societaria nell'alveo del nuovo procedimento di mediazione, deve altresì ritenersi legittimo che talune delle nuove disposizioni, applicabili ora alle controversie che erano indicate all'art. 1, d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, dettino una disciplina differente da quella offerta dalle norme, ora abrogate, relative alla conciliazione societaria.

A tal riguardo, ad esempio, va rilevato che per effetto dell'abrogazione delle norme dedicate alla conciliazione di cui al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 consegue un possibile mutamento della natura del tentativo di mediazione esperibile in relazione a controversie che risultavano rientrare fra quelle societarie, per le qua-

⁽⁶⁾ È noto infatti che nella disciplina previgente la giurisprudenza prevalente (Cass. 13 luglio 1992, n. 8476; Cass. 3 dicembre 1987, n. 8983; Cass. 17 novembre 1979, n. 5985; Trib. Sanremo 27 agosto 1998, in *Foro pad.*, 1999, p. 235) riteneva che la violazione di una clausola contrattuale che prevedesse l'esperimento di un previo tentativo di conciliazione avesse effetti solo sotto il profilo risarcitorio, senza alcuna conseguenza sul processo; conf., in dottrina, F.P. LUISO, *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, p. 1201, spec. p. 1210; F. CUOMO ULLOA, *La conciliazione: modelli di composizione dei conflitti*, Padova, 2008, p. 364; *contra* M. CURTI, *Verso una tipicizzazione della c.d. "clausola di conciliazione contrattuale"*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, p. 17; ID., *Profili processuali delle clausole di conciliazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, p. 1039; ID., *Obbligatorietà e pregiudizialità delle clausole di conciliazione*, in *Foro pad.*, 1999, p. 235; Trib. Busto Arsizio 27 ottobre 2003, in *Riv. arb.*, 2003, p. 477, con nota P. BERNARDINI. Per ulteriori riferimenti alla questione, anche in prospettiva comparata, cfr. F. CUOMO ULLOA, *op. cit.*, *passim*.

⁽⁷⁾ M. BOVE, *La riforma in materia di conciliazione tra delega e decreto legislativo*, in *www.judicium.it*, il quale, sotto tale aspetto, dubita della legittimità costituzionale della legge delega.

li l'esperienza dello stesso era previsto come facoltativo. L'applicabilità ad esse del nuovo procedimento di mediazione comporta infatti il venire in rilievo dell'art. 5, comma 1⁽⁸⁾, il quale stabilisce che, in una serie di ipotesi, il procedimento di mediazione vada attivato obbligatoriamente prima della proposizione della domanda giudiziale. Ne consegue che, nei limiti in cui le controversie che erano indicate all'art. 1, d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 possano ora ricondursi all'art. 5, comma 1⁽⁹⁾, esse dovranno ritenersi soggette all'esperienza del procedimento di mediazione obbligatorio preventivo.

1.1. - La disciplina della conciliazione di cui al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 trovava la propria disciplina di attuazione nel d.m. 23 luglio 2004, n. 222 relativo alla determinazione dei criteri e alle modalità di iscrizione e di tenuta nel registro degli organismi di conciliazione, nonché nel d.m. 23 luglio 2004, n. 223 avente ad oggetto l'indennità spettante agli organismi di conciliazione⁽¹⁰⁾.

Tali atti normativi sono sopravvissuti all'abrogazione delle disposizioni di cui erano attuazione, nei limiti di quanto disposto dall'art. 16, comma 2 del decreto legislativo in esame. Con tale ultima disposizione, il legislatore ha fatto salva la disciplina d'attuazione del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 della quale è stata estesa l'applicabilità, subordinatamente alla clausola di compatibilità, al nuovo procedimento di mediazione, sino all'approvazione del decreto attuativo istitutivo del registro previsto dall'art. 16, comma

⁽⁸⁾ Sul *dies a quo* relativo all'efficacia di tale norma, cfr. *infra*, par. 4.

⁽⁹⁾ Si pensi, ad esempio, ad una controversia avente ad oggetto la richiesta di risarcimento del danno vantata da un investitore nei confronti di una banca che poteva essere sussunta nell'art. 1, comma 1, lett. *d*), d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 ed ora sarà da ricondurre fra le controversie in materia di contratti bancari per le quali l'art. 5, comma 1 impone il previo procedimento di mediazione.

⁽¹⁰⁾ Sui quali si vedano P. PICARONI, *Note sui regolamenti di attuazione del d.lgs. 5/03 in tema di conciliazione stragiudiziale*, in *Società*, 2005, p. 1428; N. SOLDATI, *Il decreto attuativo degli organismi di conciliazione nel nuovo processo societario*, in *Contratti*, 2004, p. 1074.

2, primo periodo ⁽¹¹⁾). Tale decreto attuativo è stato approvato, a distanza di qualche mese dall'entrata in vigore del decreto legislativo in commento, con d.m. 18 ottobre 2010, n. 180, comportando così l'abrogazione dei dd.mm. 23 luglio 2004, n. 222 e 223.

Peraltro, nella precedente edizione di quest'opera, avevamo preso atto dell'assenza di una disciplina transitoria che stabilisse la sorte degli organismi iscritti nel registro di cui al d.m. 23 luglio 2004, n. 222. Come auspicato, il d.m. 18 ottobre 2010, n. 180, all'art. 20, ha provveduto a risolvere tale profilo, prevedendo, al comma 1, che tali organismi si considerano iscritti di diritto nel registro di cui all'art. 16 ⁽¹²⁾.

2. – L'art. 23, comma 1, dopo aver disposto l'abrogazione degli artt. 38-40, d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, soggiunge che i riferimenti ad essi contenuti in altre norme sono da intendersi sostituiti con il richiamo alle corrispondenti previsioni del decreto legislativo in esame. Fra le norme che rinviano al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 possono essere menzionati, ad esempio, l'art. 7, l. 6 maggio 2004, n. 129 (relativo alla conciliazione in materia di *franchising*), l'art. 768-*octies* c.c. (attinente al tentativo di conciliazione obbligatorio in materia di patti di famiglia), l'art. 2, d.lgs. 8 ottobre 2007, n. 179 ⁽¹³⁾ (istitutivo di una camera di conciliazione ed arbitrato in relazione a controversie insorte tra gli investitori e gli intermediari per la violazione da parte di questi degli obblighi di informazione,

⁽¹¹⁾ In sintonia con quanto previsto dall'art. 16, comma 2, l'art. 1, comma 1, lett. *d*) precisa che, ai fini dell'applicazione del decreto legislativo, con il termine "registro" dovrà intendersi quello istituito ex art. 16 e, sino all'emanazione del relativo decreto attuativo, quello istituito con d.m. 23 luglio 2004, n. 222.

⁽¹²⁾ Per un più dettagliato esame della disciplina transitoria di cui al d.m. 18 ottobre 2010, n. 180, si rinvia *infra* a S. GIAVARRINI, *sub* art. 20, d.m. 18 ottobre 2010, n. 180.

⁽¹³⁾ Sul quale si veda, anche per i rapporti tra tale normativa e la nuova disciplina della mediazione, G. FINOCCHIARO, *La specialità della conciliazione presso la Consob non esclude l'uso di alcune regole sulla mediazione*, in *Guida dir.*, 2010, 15, p. 102.

correttezza e trasparenza previsti nei rapporti contrattuali con gli investitori).

È opportuno porre in rilievo che la sostituzione in parola è avvenuta nell'assenza di una compiuta disciplina di coordinamento fra il nuovo procedimento di mediazione e le disposizioni esistenti, con la conseguenza che l'interprete si dovrà confrontare con molteplici questioni, in relazione alle quali, nei limiti permessi dalla presente analisi, si ritiene utile offrire brevi cenni.

2.1. – La l. 6 maggio 2004, n. 129 in materia di *franchising* ⁽¹⁴⁾ all'art. 7 stabilisce che le parti possono convenire che, prima di adire l'autorità giudiziaria o ricorrere all'arbitrato in relazione a controversie attinenti a contratti di affiliazione commerciale, debba essere esperito un tentativo di conciliazione presso la Camera di commercio nel cui territorio abbia sede l'affiliato e che al procedimento si applichino le disposizioni di cui agli artt. 38, 39 e 40 del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, in quanto compatibili.

In particolare l'art. 40, comma 6, d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 disciplinava le conseguenze del mancato rispetto di siffatta pattuizione. Una previsione corrispondente a tale norma può essere trovata nell'art. 5, comma 5, il quale si deve pertanto intendere ora richiamato dall'art. 7 l. 6 maggio 2004, n. 129. Al riguardo è necessario precisare che la sostituzione in parola dovrà essere realizzata permettendo il coordinamento fra tali due disposizioni.

In proposito è possibile osservare che l'art. 7 l. 6 maggio 2004, n. 129 individua la Camera di commercio del luogo ove ha sede l'affiliato quale organismo deputato a svolgere il tentativo di conciliazione previsto contrattualmente dalle parti. Per contro, l'art.

(14) Sulla quale si vedano, A. FRIGNANI, *Franchising. La nuova legge*, Torino, 2004, p. 118 ss.; E. MINERVINI, *La conciliazione stragiudiziale delle controversie relative ai contratti di franchising*, in *Contr. impr.*, 2005, p. 413; E. DALMOTTO, *L'estensione della conciliazione stragiudiziale societaria ai contratti di affiliazione commerciale*, in *Giur. comm.*, 2006, p. 57; A. TRINCHI, in *L'affiliazione commerciale*, a cura di V. Cuffaro, Torino, 2005, p. 201 ss.; C. VACCÀ, *La conciliazione extragiudiziale nella legge sui contratti di franchising*, in *Contratti*, 2004, p. 643.

5, comma 5 del decreto legislativo in commento prevede che possa essere individuato uno qualsiasi degli organismi iscritti nel registro *ex art.* 16. Il coordinamento fra le due norme, a nostro avviso, può essere realizzato ritenendo che permanga una competenza esclusiva della Camera di commercio, in considerazione della specifica indicazione di cui all'art. 7, comma 1, l. 6 maggio 2004, n. 129 ⁽¹⁵⁾. Peraltro, sulla scorta di tale premessa, sorgerà la questione relativa alla vincolatività di una clausola di conciliazione che in materia di affiliazione commerciale richiami anziché la Camera di commercio, uno degli organismi previsti dall'art. 16 ⁽¹⁶⁾.

Un ulteriore profilo problematico attiene all'interrogativo se l'organismo di conciliazione istituito presso la Camera di commercio debba essere iscritto nel registro *ex art.* 16 per poter svolgere il tentativo di conciliazione. Tale questione origina non tanto dalla considerazione per cui solo tali organismi possano esperire attività di mediazione dal momento dato che, a nostro avviso, l'unica conseguenza della mancata iscrizione nel registro sarà la mancata applicazione delle disposizioni del decreto legislativo in commento ⁽¹⁷⁾, quanto piuttosto dal richiamo che l'art. 7 cit. opera, per l'appunto, all'art. 16 del decreto legislativo (quale norma corri-

⁽¹⁵⁾ *Contra*, A. STESURI, *Conciliazione e mediazione: attualità legislative e profili operativi*, in *Quaderni di Scuola di alta formazione dei Dottori commercialisti*, n. 26, Milano, 2010, p. 24.

⁽¹⁶⁾ Antecedentemente alla sostituzione del richiamo all'art. 38, d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 con l'art. 16, era stato sostenuto che non fosse possibile pattuire la competenza di organismi diversi da quelli costituiti presso le Camere di commercio: cfr. E. DALMOTTO, *La conciliazione nelle controversie di franchising*, in *Codice degli arbitrati, delle conciliazioni e di altre ADR*, a cura di A. Buonfrate e C. Giovannucci Orlandi, Milano, 2006, p. 331, spec. p. 332.

⁽¹⁷⁾ In sede di commento alla legge delega era stato osservato che la normativa che avrebbe assunto il legislatore delegato non avrebbe escluso «la possibilità che anche organismi non iscritti, o singoli conciliatori che agiscono individualmente possano svolgere attività di conciliazione (...). L'unica conseguenza sarà, per questo tipo di conciliazione, che non potrà giovare delle norme incentivanti previste per le conciliazioni accreditate»: cfr. M. MARINARI, *Delega in materia di mediazione e di conci-*

spondente all'abrogato art. 38 cui rinvia l'art. 7 cit.).

A tal riguardo, si ricorda che già in relazione al riferimento all'art. 38, si era rilevato che lo stesso sarebbe stato richiamato inconfertemente dall'art. 7, comma 1, l. 6 maggio 2004, n. 129. Infatti, l'art. 38 disciplinava i presupposti per l'iscrizione nel registro degli organismi di conciliazione societaria, mentre in materia di affiliazione commerciale lo stesso art. 7, l. 6 maggio 2004, n. 129 individua nelle Camere di commercio gli organismi competenti per la conciliazione. In tale prospettiva, pertanto, ed a dispetto del richiamo operato all'art. 38, era stato sostenuto che non sarebbe stato necessario che l'organismo di conciliazione istituito presso la Camera di commercio competente fosse iscritto nell'apposito registro⁽¹⁸⁾.

Tale interpretazione avanzata nella vigenza dell'art. 38, ci pare possa essere confermata, con la conseguenza che si deve escludere la necessità di iscrizione nel registro *ex art. 16* dell'organo di conciliazione istituito presso la Camera di commercio⁽¹⁹⁾.

Pertanto, secondo che l'organismo di conciliazione presso la Camera di commercio sia o non sia iscritto, si potranno avere due procedimenti di mediazione differenti. Al riguardo, a nostro avviso, se il tentativo di conciliazione è attivato davanti ad un organismo iscritto troverà applicazione l'intera disciplina della mediazione, la quale sarà regolata da (tutte) le norme del decreto legislativo in commento. In mancanza di iscrizione, poiché l'art. 7 cit. richiama (oltre all'art. 38) anche gli artt. 39 e 40 (relativi agli incentivi fiscali, indennità spettanti agli organismi di conciliazione ed al relativo procedimento), troveranno applicazione (solo) le corrispondenti norme del decreto legislativo, ad essi da ritenersi

liazione delle controversie civili e commerciali, in *Il civilista. Nuovo processo civile*, Milano, 2009, p. 122, spec. p. 126.

⁽¹⁸⁾ F. CUOMO ULLOA, *op. ult. cit.*, p. 375.

⁽¹⁹⁾ Si ricorda che, in sintonia con quanto previsto dalla legge delega, gli organismi di conciliazione presso le Camere di commercio hanno diritto di essere iscritti nel registro, su richiesta delle stesse. Dal che ne deriva che, in mancanza di richiesta, tali organismi non saranno iscritti nel registro.

sostituite in forza del disposto di cui all'art. 23, comma 1, secondo periodo ora in esame ⁽²⁰⁾.

2.2. – L'art. 768-*octies* c.c. prevede che le controversie di cui al Capo V-*bis* del Titolo I del Libro II del codice civile disciplinante il patto di famiglia ⁽²¹⁾, siano devolute preliminarmente a uno degli organismi di conciliazione previsti dall'art. 38 d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5. Il richiamo dovrà pertanto intendersi ora effettuato al corrispondente art. 16.

Peraltro, benché l'art. 768-*octies* c.c. non richiamasse anche gli artt. 39 e 40, d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, una parte della dottrina ne aveva nondimeno ritenuto l'applicabilità, vuoi nella loro interezza ⁽²²⁾, vuoi limitatamente ai principi in tema di riservatezza e

⁽²⁰⁾ Ad esempio potrà chiedersi se si applichi o meno l'art. 7 (del quale non vi era una norma corrispondente nel d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5) che esclude il tempo dedicato alla mediazione dal computo della durata complessiva del processo ai fini della valutazione della ragionevole durata dello stesso. Ci sembra che la risposta debba essere negativa, ma si debba, ciononostante, approdare alla medesima soluzione che l'art. 7 imporrebbe se fosse applicabile. Infatti, poiché nel caso di specie l'obbligatorietà del procedimento di mediazione dipende dalla volontà delle parti e non direttamente dalla legge, ci pare che l'ipotesi in parola sia da affiancare, al fine in esame, a quella di conciliazione facoltativa. Considerato che il tempo speso per svolgere un tentativo di conciliazione facoltativa non dovrebbe essere (e ciò ancor prima ed indipendentemente dall'art. 7) computato ai fini della determinazione della ragionevole durata del processo, ne deriva che analoga soluzione, ancorché non fondata sull'art. 7, va adottata in relazione all'ipotesi di cui al testo. Nel senso per cui appare ragionevole non considerare, per determinare la ragionevole durata del processo, il tempo speso per la conciliazione quando questa è facoltativa, cfr. S. CHIARLONI, *Prime riflessioni sullo schema di decreto legislativo di attuazione della legge delega in materia di mediazione ex art. 60 legge 69/2009*, in www.ilcaso.it.

⁽²¹⁾ Sulle controversie che possono essere sussunte nell'art. 768-*octies* c.c., si rinvia a A. VENDITTI, in *Il patto di famiglia*, Milano, 2006, a cura di G. De Nova-F. Delfini-A. Venditti-S. Rampolla, *sub* art. 2 (art. 768-*octies*), p. 85.

⁽²²⁾ A. BUONFRATE, *Conciliazione nelle controversie del patto di famiglia*, in *Codice degli arbitrati*, cit., p. 329; G. FINOCCHIARO, *Filtro obbli-*

di modalità di nomina del conciliatore previsti dall'art. 40⁽²³⁾, mentre, in senso opposto, era stato rilevato che il richiamo esclusivo all'art. 38 con riferimento all'individuazione degli organismi competenti alla conciliazione escludeva l'applicazione delle altre disposizioni⁽²⁴⁾. In mancanza di un espresso richiamo agli artt. 39 e 40, tali articoli, a nostro avviso, non potevano trovare applicazione.

Per contro, la disciplina della mediazione dettata dal decreto legislativo in commento non limita la sua applicabilità a particolari e specifiche controversie, ma si configura come disciplina generale in tema di mediazione. Pertanto, laddove la mediazione si svolga davanti agli organismi di cui all'art. 16, diverranno applicabili anche le ulteriori disposizioni del decreto legislativo⁽²⁵⁾. Tale conclusione, ad ogni modo, può essere accolta nei limiti in cui le controversie di cui all'art. 768-*octies* c.c. attengono a diritti disponibili, in considerazione della limitazione ad essi del campo di applicazione del decreto legislativo⁽²⁶⁾.

3. - Il comma 2 dell'art. 23 stabilisce che a seguito dell'entrata in vigore del decreto legislativo rimangono ferme le differenti pre-

gatorio degli organismi di conciliazione, in *Guida dir.*, 2006, 13, p. 50; G. OBERTO, *Il patto di famiglia*, Padova, 2006, p. 137; G. ROMUALDI, *La conciliazione nell'ordinamento italiano*, in *Istit. fed.*, 2008, p. 757, spec. p. 773.

⁽²³⁾ A. VENDITTI, *op. cit.*, p. 89.

⁽²⁴⁾ E. MINERVINI, in *Il patto di famiglia*, a cura di N. Di Mauro-E. Minervini-V. Verdicchio, Milano, 2006, *sub art. 768-octies*, p. 190; C. BAUCO, in *Il patto di famiglia. Profili civilistici e fiscali*, a cura di C. Baucò-V. Capozzi, Milano, 2007, p. 81; C. BRUNELLI, *Arbitrato e conciliazione*, in *Patti di famiglia per l'impresa*, Milano, 2006, p. 318, spec. p. 336; G. RIZZI, *Il patto di famiglia*, in *Notariato*, 2006, p. 429, spec. p. 460.

⁽²⁵⁾ A nostro giudizio la procedura di mediazione davanti agli organismi di cui all'art. 16 sarà sempre disciplinata dalle disposizioni del decreto legislativo, dovendosi escludere che davanti agli stessi, in relazione a controversia avente ad oggetto diritti disponibili, possano essere seguiti procedimenti differenti che sfuggano all'applicazione della nuova procedura di mediazione.

⁽²⁶⁾ Si vedano anche le osservazioni, *infra*, nota 39.

visioni che impongano tentativi obbligatori di conciliazione o mediazione comunque denominati ⁽²⁷⁾, nonché quelle attinenti ai procedimenti di conciliazione relativi alle controversie di cui all'art. 409 c.p.c. Tale disposizione mira a realizzare un coordinamento ⁽²⁸⁾, seppure parziale ed insoddisfacente, fra le diverse ipotesi di tentativi di conciliazione obbligatori esistenti e le norme di cui al decreto legislativo.

Il comma in esame ci sembra voglia indicare che se in relazione ad alcune controversie l'obbligatorietà del tentativo di conciliazione sia già stabilita da altre disposizioni, sarà a queste ultime che dovrà farsi riferimento, ancorché tali controversie possano essere ricondotte fra quelle per cui l'art. 5, comma 1 imporrebbe lo svolgimento del previo procedimento di mediazione, come, del resto, dispone l'ultimo periodo dell'art. 23, comma 2 laddove prevede

⁽²⁷⁾ Si segnala l'assenza di raccordo con i tentativi di conciliazione facoltativi esistenti con i quali la nuova disciplina della mediazione dovrà ora essere coordinata (si pensi ad esempio quello di cui all'art. 140 cod. consumo), salvo non volerli ritenere abrogati come ha sostenuto una parte della dottrina: cfr. R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, Torino, 2011, 29; *contra* G. MINELLI, *sub art. 2*, in AA.VV., *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, a cura di M. Bove, Padova, 2010, 89. Tuttavia, poiché pare da escludere che il legislatore abbia voluto ridisegnare totalmente la materia della conciliazione, va piuttosto condiviso il rilievo che si è persa l'occasione di creare una disciplina organica in materia di conciliazione che raccordasse tutte le procedure conciliative esistenti: cfr. P. LICCI, in AA.VV., *Mediazione e conciliazione nel nuovo processo civile*, a cura di B. Sassani e F. Santagada, Roma, 2010, p. 87. Nel senso per cui la legge delega avrebbe permesso al legislatore di procedere a revisione dei procedimenti di conciliazione esistenti, cfr. D. RIZZARDO, *op. cit.*, p. 508; *contra* A. SANTI, in M. BOVE-A. SANTI, *Nuovo processo civile*, Matelica, 2009, p. 98.

⁽²⁸⁾ La legge delega prevedeva, fra i criteri direttivi, che il legislatore delegato realizzasse il necessario coordinamento con le disposizioni vigenti, il quale – come si cercherà di porre in luce nel testo – è stato solo parziale. Sulla necessità di un siffatto coordinamento, cfr. I. PAGNI, *La "riforma" del processo civile: la dialettica tra il giudice e le parti (e i loro difensori) nel nuovo processo di primo grado*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 1309, spec. p. 1320.

che detti tentativi vadano esperiti in luogo di quelli previsti dal decreto legislativo in esame. Probabilmente sarebbe peraltro stata quanto mai opportuna una precisazione volta a determinare se, e nel caso in che limiti, per i profili non previsti, si possano applicare le nuove norme sulla mediazione.

Va aggiunto che l'art. 23, comma 2, puntualizza che le norme fatte salve si riferiscono ai tentativi di conciliazione obbligatori «comunque denominati». Tale ultima precisazione è stata imposta, evidentemente, dalla consapevolezza che l'obbligatorietà delle varie ipotesi di tentativi di conciliazione stragiudiziali è stabilita dalla legge mediante l'utilizzo delle formule più varie, tanto che non sempre all'interprete è stato agevole determinare – come appresso verrà posto in luce ⁽²⁹⁾ – se un particolare tentativo di conciliazione si configurasse come obbligatorio ovvero come facoltativo e, quand'anche si concludesse per la sua obbligatorietà, stabilire quali fossero le conseguenze del suo mancato rispetto.

Oltre al tentativo di conciliazione di cui all'art. 410 c.p.c. ⁽³⁰⁾ relativo alle controversie in materia di lavoro di cui all'art. 409 c.p.c., fatto salvo dall'art. 23, comma 2, che richiama espressamente, per l'appunto, i tentativi di conciliazione relativi ai rapporti ex art. 409 c.p.c. ⁽³¹⁾, sono stati fatti salvi anche i tentativi obbligatori

⁽²⁹⁾ Cfr. *infra*, note 33, 34, 35, 38.

⁽³⁰⁾ Sui quali, si veda per tutti, A. NASCOSI, *Il tentativo di conciliazione stragiudiziale nelle controversie di lavoro*, Milano, 2007.

⁽³¹⁾ La l. 4 novembre 2010, n. 183 ha reso facoltativo il tentativo di conciliazione in materia di lavoro, ad eccezione delle controversie di cui all'art. 80, comma 4, d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276 relative alla certificazione dei contratti di lavoro. In base al disposto dall'art. 23, comma 2 il tentativo di conciliazione facoltativo, in quanto relativo alle controversie di cui all'art. 409 c.p.c., dovrà essere esperito in luogo di quello di cui al procedimento di mediazione e quindi si pone, a nostro avviso, con quest'ultimo in rapporto di esclusione e non di alternatività: *contra*, tuttavia, M. BOVE, *ADR nel collegato lavoro (Prime riflessioni sull'art. 31 della legge 4 novembre 2010, n. 183)*, in *www.judicium.it*, § 2; A. IANNINI, *Guida alla nuova mediazione e conciliazione*, Matelica, 2010, 120. Sul punto, cfr., altresì, F. CUOMO ULLOA, *Decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28 «attuazione dell'art. 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di media-*

di conciliazione. Fra le molteplici norme che al momento dell'entrata in vigore del decreto in esame (e talune tutt'ora) imponevano il previo esperimento di un tentativo di conciliazione si possono ricordare, senza pretesa di completezza, il tentativo di conciliazione previsto in materia di controversie di lavoro per il settore pubblico, di cui all'art. 66 d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165⁽³²⁾; il tentativo obbligatorio in materia di telecomunicazioni previsto dall'art. 1, comma 11, l. 31 luglio 1997, n. 249 e disciplinato più specificamente dalla delibera del Garante per le Comunicazioni n. 173/2007/CONS⁽³³⁾; il tentativo obbligatorio di cui all'art. 46, l. 3 mag-

zione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali», in AA.Vv., Il processo civile riformato, Bologna, 2010, 622.

⁽³²⁾ Tentativo di conciliazione peraltro ora non più obbligatorio, a seguito dell'abrogazione dell'art. 66, d.lgs. 30 marzo 2011, n. 165 ad opera dell'art. 31, comma 9, l. 4 novembre 2010, n. 183.

⁽³³⁾ Sulla obbligatorietà del tentativo di conciliazione non pare potersi dubitare, benché un'isolata voce abbia cercato di sostenerne la facoltatività (cfr. I.P. CIMINO, *L'«abrogazione» giurisprudenziale del tentativo obbligatorio di conciliazione*, in *Corr. merito*, 2006, p. 461). L'art. 1, comma 11 stabilisce infatti che i procedimenti fra utenti o categorie di utenti ed un soggetto autorizzato o destinatario di licenze oppure tra soggetti autorizzati o destinatari di licenze tra loro, individuati con delibera dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, non possano essere proposti in sede giurisdizionale se non dopo l'esperimento di un tentativo di conciliazione da ultimarsi entro trenta giorni dalla proposizione dell'istanza. Ai sensi della delibera n. 173/2007/CONS il tentativo di conciliazione va esperito davanti ad un apposito organismo regionale, il Co.re.com., delegato dall'Autorità a svolgere il predetto tentativo, a pena di improcedibilità dell'azione giudiziaria. In alternativa, il tentativo può essere esperito davanti ad altri organismi di conciliazione individuati dall'art. 13, All. A, delibera cit. Tuttavia, ci pare dubbia la vincolatività per l'interprete della qualificazione di improcedibilità di cui alla menzionata delibera, in considerazione del fatto che norme di rango regolamentare sono inidonee a dettare norme in materia processuale. Cfr. anche *infra*, nota 46.

In mancanza di una precisa disciplina, antecedentemente alla delibera n. 173 cit., la quale qualifica la conseguenza del mancato esperimento del tentativo di conciliazione, erano state proposte dalla giurisprudenza di merito le più varie soluzioni interpretative (cui non era estranea una

gio 1982, n. 203 relativo a controversie in materia di contratti agrari⁽³⁴⁾; quello imposto dall'art. 10, l. 18 giugno 1998, n. 192 in ma-

certa confusione terminologica) secondo le quali l'esperimento del tentativo di conciliazione si configurava vuoi come condizione di procedibilità (Trib. Torino, 7 aprile 2008, n. 2579, in *Giur. merito*, 2008, p. 2551), con possibilità – secondo un'ulteriore opzione interpretativa – per il giudice di sospendere il processo (GdP Civitanova Marche 13 giugno 2008, in *Dir. lav. Marche*, 2008, p. 326), vuoi come condizione di proponibilità della domanda (Trib. Nocera Inferiore, 15 ottobre 2006, in *Corr. merito*, 2007, p. 31) non integrata laddove l'instaurazione del tentativo avvenga successivamente alla proposizione della domanda (Trib. Milano, 28 febbraio 2007, in *dejure*), mentre la giurisprudenza di legittimità confermava la tesi che riteneva l'esperimento del tentativo di conciliazione condizione di proponibilità della domanda (Cass. 27 ottobre 2008, n. 25853; Cass. 30 settembre 2008, n. 24334).

(34) Tale norma è stata abrogata dall'art. 34, comma 12, d.lgs. 1 settembre 2011, n. 150, ma l'obbligatorietà del tentativo di conciliazione non è venuta meno, risultando imposta dall'art. 11, d.lgs. 1 settembre 2011, n. 150. Con riferimento all'art. 46, l. 3 maggio 1982, n. 203, era stato affermato, secondo la posizione maggioritaria, che la conseguenza del mancato esperimento del tentativo di conciliazione fosse, l'improponibilità della domanda rilevabile d'ufficio, cfr. F. CARPI, *Aspetti processuali della legge sui contratti agrari*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1983, p. 968, spec. p. 972; M. GIUFFRIDA, *Il tentativo di conciliazione nella legge sui contratti agrari*, in *Riv. dir. agr.*, 1989, I, p. 58, spec. p. 70; F.P. LUIO, *La conciliazione delle controversie agrarie, ne I contratti di composizione delle liti*, a cura di E. Minervini e F.P. Luiso, Torino, 2005, I, p. 342, spec. p. 343; P. NAPPI, *Tutela giurisdizionale e contratti agrari*, Milano, 1994, p. 358; G. OLIVIERI, *Prime riflessioni sulle disposizioni processuali della legge 3 maggio 1982, n. 203 (sui contratti agrari)*, in *Foro it.*, 1982, V, c. 177, spec. c. 181; propendeva per la improcedibilità, ma rilevabile d'ufficio e insuscettibile di sanatoria, L.P. COMOGLIO, *Controversie agrarie e previo tentativo di conciliazione: perplessità che perdurano*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 340, spec. p. 342; per la rilevabilità d'ufficio limitatamente al giudizio di primo grado e quale condizione di temporanea improcedibilità, cfr. C. CONSOLO, *Commento all'art. 46 della legge 3 maggio 1982, n. 203*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1982, p. 1506, spec. p. 1508; in giurisprudenza, sulla rilevabilità d'ufficio per la prima volta in appello del mancato esperimento del tentativo di conciliazione, cfr. Corte Cost. 26 ottobre 2007, n. 352. Per un'ampia panoramica della posizione seguita dalla giurisprudenza, cfr. L. GARBAGNATI, *Il processo agrario*, Milano, 2007, p. 26 ss.

Sotto un primo profilo, si riscontra che all'attivazione del tentativo di conciliazione non solo obbligatorio *ex art. 5, comma 1*, ma finanche facoltativo, saranno connessi, secondo le previsioni del decreto legislativo, gli effetti di cui all'*art. 5, comma 6* sulla prescrizione e sulle decadenze. Per contro, con riferimento alle esistenti ipotesi di conciliazione obbligatoria, fatte salve dall'*art. 23, comma 2*, può osservarsi che già era stato messo in luce come l'assenza (eccettuate alcune ipotesi ^[41]) di una specifica disciplina degli effetti della domanda di conciliazione rendesse incerto determinare quali fossero gli effetti da collegare ad essa ⁽⁴²⁾. Il recente intervento del legislatore non sembra aver fatto chiarezza sul punto, quando invece sarebbe stato auspicabile che fosse dettata una disciplina generale relativa a tale profilo (per lo meno nei casi in cui il tentativo preventivo è obbligatorio) ⁽⁴³⁾. Si avranno ora ipotesi di mediazione, sia obbligatoria sia facoltativa, che si gioveranno degli effetti di cui all'*art. 5, comma 6*, e tentativi di conciliazione obbligatori, ma da esperirsi davanti a organismi non iscritti nel registro *ex art. 16* e quindi non regolati dal decreto legislativo in esame, in relazione ai quali non potranno essere ricollegati analoghi effetti ⁽⁴⁴⁾. Sulla ragionevolezza di un siffatto sistema sembra legittimo avanzare qualche riserva.

Sotto altro profilo, si osserva – come già si è dato conto – che in diverse delle ipotesi di obbligatorietà dell'esperimento del tentativo di previa conciliazione non è specificato dal legislatore quali siano le sanzioni processuali derivanti dalla violazione di tale regola ⁽⁴⁵⁾. Potrebbe quindi chiedersi se sia possibile ricorrere ad

⁽⁴¹⁾ Ad esempio, cfr. *art. 410, comma 2, c.p.c.*

⁽⁴²⁾ F. CUOMO ULLOA, *La conciliazione*, cit., p. 394.

⁽⁴³⁾ Un intervento del legislatore, peraltro, era apparso opportuno anche a F. CUOMO ULLOA, *loc. ult. cit.*

⁽⁴⁴⁾ Si pensi ad esempio all'ipotesi di tentativo di conciliazione in materia di telecomunicazioni promosso davanti al Co.re.com. al quale, allo stato, possono essere riconosciuti solamente i più limitati effetti di cui all'*art. 6, delibera 173/2007/CONS* del Garante per le Garanzie nelle Comunicazioni.

⁽⁴⁵⁾ Si pensi ad esempio alla conciliazione obbligatoria in materia di

un'applicazione analogica dell'art. 5, comma 1, con la conseguenza che, laddove la sanzione possa individuarsi nell'improcedibilità⁽⁴⁶⁾, nel silenzio di differente disciplina, il giudice dovrebbe fissare alle parti un termine per l'attivazione del tentativo e fissare nuova udienza a seguito del termine massimo previsto per il suo l'esperimento se previsto (o, in mancanza, eventualmente a seguito di un termine ritenuto congruo).

Sotto altro aspetto, sorge l'interrogativo su quale sia l'efficacia esecutiva (oltre che sull'idoneità ad iscrivere ipoteca giudiziale) del verbale di conciliazione conseguente ad una conciliazione obbligatoria raggiunta non davanti ad uno degli organismi di cui all'art. 16. Ci pare che, salvo specifiche previsioni⁽⁴⁷⁾, esso non potrà avere l'efficacia esecutiva di cui all'art. 12 prevista per il verbale di conciliazione ottenuto all'esito di un procedimento di mediazione, anche volontario, svolto secondo le previsioni del decreto legislativo in esame⁽⁴⁸⁾.

Infine, può osservarsi che l'art. 23, comma 2, ultimo periodo prevede che i tentativi obbligatori di conciliazione o mediazione la

telecomunicazioni (a dispetto di quanto disposto dalla delibera 173/2007/CONS), di subfornitura e patti di famiglia. Cfr., *supra*, note 33, 35, 38.

⁽⁴⁶⁾ Si consideri che, a nostro avviso, a fronte di un dato letterale incerto, sia da privilegiare la sanzione della improcedibilità a fronte di quella di improponibilità della domanda. L'interprete dovrebbe tenere in considerazione che può essere dubitata la legittimità costituzionale di un sistema che preveda il mancato collegamento alla domanda di conciliazione degli effetti della domanda giudiziale e al contempo l'insanabilità del mancato svolgimento del tentativo di conciliazione: cfr., in tal senso, F.P. LUISO, *La conciliazione delle controversie agrarie*, cit., p. 350.

⁽⁴⁷⁾ Ad esempio, cfr. l'art. 2, comma 24, l. 14 novembre 1995, n. 481. Altra questione sarà poi determinare se l'efficacia esecutiva attribuita al verbale di conciliazione abbia la medesima ampiezza di quella ora prevista dall'art. 12.

⁽⁴⁸⁾ Si pensi, ad esempio, al verbale di conciliazione ottenuto ai sensi della procedura di cui all'art. 46, l. 3 maggio 1982, n. 203 in materia di controversie agrarie, del quale la giurisprudenza aveva negato l'efficacia esecutiva, in considerazione della impossibilità di estendere analogicamente le norme in materia di titoli esecutivi: cfr. Trib. Piacenza 5 marzo 1997, in *Dir. e giur. agr.*, 1998, p. 48.

cui disciplina è fatta salva vanno esperiti «in luogo» di quelli previsti dal decreto legislativo in esame. Ma tale previsione non è completamente idonea ad agevolare il compito dell'interprete se si considera la circostanza che taluni tentativi di conciliazione obbligatori possono essere alternativamente attivati vuoi davanti ad organismi *ex art. 16*, vuoi davanti ad altri organismi non necessariamente iscritti nel registro ⁽⁴⁹⁾. Nel primo caso sarà applicabile la disciplina di cui al decreto legislativo, la quale, tuttavia, dovrà essere coordinata con quella che impone lo specifico tentativo obbligatorio di conciliazione, dando ad ogni modo prevalenza a quest'ultima ⁽⁵⁰⁾. Nel secondo, invece, solo a quest'ultima potrà farsi riferimento per la regolamentazione del tentativo di conciliazione. Ne consegue che la scelta (eventualmente anche unilaterale della parte che attiva il tentativo di conciliazione) dell'organismo cui rivolgersi potrebbe comportare rilevanti differenze di disciplina (non solo in punto di raccordi fra conciliazione e processo, ma anche – ad esempio – in relazione al computo del tempo speso per la conciliazione nella determinazione della durata del processo ai fini dell'applicazione della l. 24 marzo 2001, n. 89 ^[51]).

⁽⁴⁹⁾ Ad esempio, in materia di telecomunicazioni ai sensi della delibera 173/2007/CONS del Garante nelle Garanzie per le Comunicazioni il tentativo potrà essere esperito vuoi davanti ai Co.re.com., vuoi davanti ad altri organismi, alcuni dei quali ben potrebbero essere iscritti nel registro *ex art. 16* (si pensi agli organismi di conciliazione presso le Camere di commercio).

⁽⁵⁰⁾ Ad esempio, se è stabilita una durata massima del tentativo di conciliazione diversa da quella di quattro mesi di cui all'art. 6, quest'ultima norma non troverà applicazione.

⁽⁵¹⁾ Pare condivisibile l'affermazione secondo la quale laddove il tentativo di conciliazione sia previsto obbligatoriamente dalla legge esso vada computato nella determinazione della durata del processo (cfr., in tal senso, G. CANALE, *Il decreto legislativo in materia di mediazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 616, spec. p. 621; G. OLIVIERI, *La "ragionevole durata" del processo di cognizione (qualche considerazione sull'art. 111, comma 2, Cost.)*, in *Foro it.*, 2000, V, c. 251, spec. c. 254; E. DALMOTTO, *Diritto all'equa riparazione per l'eccessiva durata del processo*, in *Misure acceleratorie e riparatorie contro l'irragionevole durata dei processi*, a cu-

4. - L'art. 24, comma 1 chiude il decreto legislativo prevedendo che le disposizioni dell'art. 5, comma 1, il quale impone in determinate materie l'obbligatorietà del previo tentativo di mediazione a pena di improcedibilità della domanda, acquistano efficacia decorsi dodici mesi dalla data di entrata in vigore del decreto legislativo ⁽⁵²⁾ e si applicano ai processi iniziati successivamente ⁽⁵³⁾. Peraltro, a distanza di quasi un anno dall'entrata in vigore del d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, si registravano ancora difficoltà organizzative dovute, tra l'altro, all'esiguo numero di conciliatori, che hanno giustificato la proroga, imposta dal d.l. 29 dicembre 2010, n. 225, conv. con modificazioni con l. 26 febbraio 2011, n. 10, di ulteriori dodici mesi dell'entrata in vigore dell'art. 5 cit., seppure limitatamente alle controversie in materia condominiale e di risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti.

ra di S. Chiarloni, Torino, 2002, p. 138). Per contro, la nuova disciplina sulla mediazione ne esclude il computo indipendentemente dalla obbligatorietà o meno dell'esperimento della relativa procedura. Di talché potrebbe chiedersi se l'aver adito un organismo iscritto nel registro ex art. 16 importi altresì la non computabilità del periodo necessario per l'esperimento del tentativo di conciliazione obbligatoria nella valutazione della durata complessiva del processo.

⁽⁵²⁾ Il differimento dell'applicabilità della disciplina in parola sarebbe giustificata dalla necessità di garantire un'efficiente organizzazione degli organismi di conciliazione (G. CANALE, *op. cit.*, p. 624) oppure preordinata a modifiche in corso d'opera della normativa in esame (L. DITTIRCH, *Il procedimento di mediazione nel d.lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 575, spec. p. 583).

⁽⁵³⁾ L'art. 4 del decreto legislativo in esame stabilisce che l'avvocato, a pena di annullabilità del contratto con l'assistito, al momento del conferimento dell'incarico deve informare, tra l'altro, il cliente della possibilità di accedere al procedimento di mediazione, nonché dei casi in cui l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità. Va da sé che sino a che l'art. 5, comma 1 non diverrà efficace non vi sarà obbligo dell'avvocato di fornire quest'ultima informativa. Piuttosto potrà porsi qualche problema interpretativo per il caso in cui il conferimento dell'incarico avvenga precedentemente all'operatività dell'art. 5, comma 1, ma l'azione giudiziale sia intrapresa successivamente a tale momento. Cfr. altresì *infra*, par. 4.1.

Pertanto, poiché il decreto legislativo in commento è entrato in vigore il 20 marzo 2010, dovranno essere preceduti dal tentativo di mediazione i processi iniziati successivamente al 20 marzo 2011 e successivamente al 20 marzo 2012 per quanto attiene a quelli relativi alle controversie nelle due materie sopra indicate.

Appare legittimo chiedersi con quale momento l'inizio del processo vada identificato. Per quanto attiene ai giudizi iniziati con ricorso, la questione non sembra particolarmente problematica in quanto essi dovranno ritenersi iniziati con il deposito del ricorso, alla luce del disposto dell'art. 39, comma 3, c.p.c. Al riguardo, si impone tuttavia una precisazione con specifico riferimento al ricorso per ingiunzione di pagamento, in considerazione del fatto che l'art. 643 c.p.c. stabilisce che la notificazione del ricorso e del decreto determina la pendenza della lite. A nostro avviso, al fine di stabilire l'applicabilità dell'art. 5, comma 1, ci pare possa essere valorizzato il momento del deposito del ricorso, in considerazione del principio enunciato dalla giurisprudenza di legittimità⁽⁵⁴⁾, secondo il quale, benché la pendenza della lite sia subordinata dall'art. 643 c.p.c. alla notifica in parola, ciò non esclude che gli effetti processuali e sostanziali della domanda retroagiscano al momento del deposito del ricorso⁽⁵⁵⁾. Alla luce di tale premessa, si potrà affermare che allorquando il ricorso per decreto ingiuntivo sia stato depositato entro il 20 marzo 2011 (o il 20 marzo 2012

⁽⁵⁴⁾ Cfr. Cass., sez. un., 1 ottobre 2007, n. 20596, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 1759, con nota L. PICCININNI.

⁽⁵⁵⁾ La questione si è recentemente posta in termini simili in relazione alla disciplina transitoria di cui alla l. 18 giugno 2009, n. 69, il cui art. 58, comma 1, stabilisce che le norme novellate del codice di rito e delle disposizioni d'attuazione si applichino ai procedimenti instaurati dopo l'entrata in vigore della legge stessa. Per dare rilevanza, ai fini dell'individuazione dell'inizio del processo, al deposito del ricorso per decreto ingiuntivo, cfr. G. COSTANTINO, *La disciplina transitoria e la abolizione di riti nella l. n. 69/09*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1241, spec. p. 1250; M. NEGRI, in *Codice di procedura civile commentato. La riforma del 2009*, a cura di C. Consolo e M. De Cristofaro, Milano, 2009, sub art. 58, l. 18 giugno 2009, n. 69, p. 467; *contra* F. AULETTA, *Le disposizioni transitorie per il processo civile nella legge n. 69/2009*, in www.judicium.it.

con riguardo alle controversie relative alle materie oggetto di proroga), l'art. 5, comma 1 non possa trovare applicazione in relazione alla fase d'opposizione.

Per quanto attiene invece ai giudizi promossi con atto di citazione sorge il dubbio se l'inizio del processo sia da ricondurre al perfezionamento della notificazione ovvero alla consegna dell'atto da parte dell'attore all'ufficiale giudiziario. A nostro parere, dovrà essere data rilevanza al momento del perfezionamento della notificazione, in considerazione del fatto che l'anticipazione degli effetti della notifica per il notificante al momento di consegna dell'atto di citazione⁽⁵⁶⁾ ha la finalità di impedire a quest'ultimo di incorrere in decadenze nel tempo necessario per il perfezionamento della notifica. Come correttamente è stato affermato, «ad ogni altro fine, invece, la notificazione produrrà effetti – simultaneamente per il notificante e per il destinatario – dal giorno in cui il procedimento notificatorio deve ritenersi concluso»⁽⁵⁷⁾. Ne consegue che per determinare il momento in cui il processo deve ritenersi iniziato al fine di stabilire l'applicabilità dell'art. 5, comma 1, dovrà farsi riferimento al perfezionamento della notificazione, ancorché la consegna dell'atto introduttivo all'ufficiale giudiziario sia avvenuta entro il 20 marzo 2011 (o il 20 marzo 2012 se la controversia riguarda le materie oggetto di proroga)⁽⁵⁸⁾.

Infine, pare opportuno affrontare il problema dell'efficacia della norma che prevede l'obbligatorietà dell'esperienza del previo procedimento di mediazione nell'ulteriore ipotesi in cui la

⁽⁵⁶⁾ Su tale principio, cfr. art. 149, comma 3 c.p.c., nonché Corte Cost. 23 gennaio 2004, n. 28; Corte Cost. 26 novembre 2002, n. 477.

⁽⁵⁷⁾ M. BOVE, in G. BALENA-M. BOVE, *Le riforme più recenti del processo civile*, Bari, 2006, p. 41.

⁽⁵⁸⁾ Trib. Campobasso 4 gennaio 2012, in *Pluris*; Trib. Palermo 13 luglio 2011, in *www.ilcaso.it*; *contra* Trib. Modena 8 luglio 2011, in *Guida dir.*, 2011, 33, II, con nota adesiva N. SOLDATI. Nei termini di cui al testo, in relazione alla disciplina transitoria di cui all'art. 58, comma 1, l. 18 giugno 2009, n. 69, cfr. G. COSTANTINO, *loc. ult. cit.*; M. NEGRI, *op. cit.*, p. 466; *contra* B. CAPPONI, *Il processo civile e il regime transitorio della legge n. 69 del 18 giugno 2009*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 1179, spec. p. 1183.

domanda proposta entro il 20 marzo 2011 (o, con riferimento alle controversie relative alle sopra viste materie, il 20 marzo 2012) davanti ad un giudice privo di giurisdizione, venga, a seguito di declinatoria della giurisdizione, riproposta, successivamente a tale data, davanti al giudice indicato come dotato di giurisdizione secondo la disciplina prevista dall'art. 59, comma 2, l. 18 giugno 2009, n. 69 o dall'art. 11, d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, applicabile quest'ultimo nell'ambito del processo davanti al giudice amministrativo. Tali norme prevedono infatti che se la riproposizione della domanda avviene entro tre mesi dal passaggio in giudicato della sentenza che ha declinato la giurisdizione e davanti al giudice da questa indicato, sono fatti salvi gli effetti sostanziali e processuali della domanda, come se la stessa fosse stata originariamente proposta davanti al giudice successivamente adito. In tal caso, pertanto, ci si potrebbe chiedere se si debba far riferimento al momento di introduzione del processo davanti al giudice carente di giurisdizione ovvero a quello in cui la domanda viene riproposta davanti al giudice indicato come dotato di giurisdizione nella sentenza declinatoria.

La soluzione alla questione che ci occupa presuppone di dare brevemente conto dell'esistenza di differenti interpretazioni in ordine al rapporto intercorrente fra il giudizio davanti al giudice *a quo* e quello davanti al giudice *ad quem* ⁽⁵⁹⁾. Infatti il termine "riproposizione" utilizzato al comma 2 dell'art. 59 cit. ha indotto una

⁽⁵⁹⁾ L'art. 11 c.p.a. pare stabilire più chiaramente rispetto all'art. 59 cit. che la domanda viene riproposta e non si è per contro in presenza di un'ipotesi di riassunzione del processo (cfr. C. CONSOLO, *Translatio, regolamento, ragionevole durata e disciplina (anch'essa ragionevole) delle "liti" sulla giurisdizione*, in *Corr. giur.*, 2011, p. 351, spec. p. 356), seppure non siano sfuggiti certi elementi di equivocità che potrebbero indurre a sostenere si sia in presenza di una riassunzione del processo (cfr. S. MENCHINI, *Eccezione di giurisdizione, regolamento preventivo e translatio: il codice di rito e il nuovo codice della giustizia amministrativa*, in *Giur. it.*, 2011, c. 217, spec. c. 223; R. BARBIERI, *Translatio iudicii e caducazione dei provvedimenti cautelari nel nuovo codice del processo amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 1451, spec. p. 1462).

parte della dottrina a sostenere che vi sia autonomia strutturale fra il giudizio davanti al giudice *ad quem* e quello concluso con la declinatoria di giurisdizione e che la norma in parola si limiti a prevedere la retrodatazione degli effetti della domanda riproposta, ferma la chiusura del primo rapporto processuale ⁽⁶⁰⁾. Per contro, in diversa prospettiva, altra parte della dottrina, che ha trovato seguito in giurisprudenza ⁽⁶¹⁾, è approdata alla opposta conclusione per la quale si avrebbe una prosecuzione del rapporto processuale, con salvezza degli originari effetti della domanda ⁽⁶²⁾.

⁽⁶⁰⁾ M. BOVE, *Giurisdizione e competenza nella recente riforma del processo civile (legge 18 giugno 2009, n. 69)*, in *www.judicium.it*; ID., *Lineamenti di diritto processuale civile*, Torino, 2009, p. 112; si veda altresì la posizione di chi ha precisato che dal comma 2 dell'art. 59 emerge che siano retrodatati gli effetti della domanda riproposta e non fatti salvi quelli connessi alla domanda davanti al giudice *a quo*, cfr. E.F. RICCI, *La nuova disciplina della declinatoria di giurisdizione e tra intuizioni felici e confusione di idee*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1538; G. BATTAGLIA, *Riparto di giurisdizione e translatio iudicii*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 81, spec. p. 95.

⁽⁶¹⁾ Cass. 22 novembre 2010, n. 23596, in *Corr. giur.*, 2011, p. 350, con nota C. CONSOLO.

⁽⁶²⁾ Cfr. G. BALENA, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, p. 759, spec. p. 760; C. CECHELLA, *Il nuovo processo civile*, Milano, 2009, p. 3; F. CIPRIANI, *La translatio tra giurisdizioni italiane*, in *Foro it.*, 2009, V, c. 249, spec. c. 251; C. CONSOLO, *Translatio*, cit., p. 355; ID., *La translatio iudicii tra giurisdizioni nel nuovo art. 59 della legge di riforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1267, spec. p. 1268; ID., *La legge di riforma 18 giugno 2009, n. 69: altri profili significativi a prima lettura*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 877, spec. p. 886; M. DE CRISTOFARO, *Forma e competenza per le domande resitorie a seguito di cassazione per giurisdizione, dopo l'introduzione della translatio iudicii*, in *Riv. es. forz.*, 2009, p. 468, spec. p. 475; L. SALVANESCHI, in *Commentario alla riforma del codice di procedura civile*, a cura di A. Salletti-B. Sassani, Torino, 2009, sub art. 59, l. 18 giugno 2009, n. 69, p. 338; G. IMPAGNATIELLO, *Le novità in tema di giurisdizione e competenza*, in *www.judicium.it*; C. ASPRELLA, *La translatio iudicii*, Milano, 2010, p. 171; G. GIOIA, in *Codice di procedura civile commentato. La riforma del 2009*, a cura di C. Consolo e M. De Cristofaro, Milano, 2009, sub art. 59, l. 18

Quale che sia l'interpretazione corretta ⁽⁶³⁾, ai nostri fini ci pare che la risposta al nostro quesito sarebbe pur sempre la medesima. Se infatti fosse corretta la seconda opzione interpretativa, allo stato maggioritaria, per la quale il rapporto processuale prosegue davanti al giudice *ad quem*, allora il momento cui dovrebbe farsi riferimento per determinare l'inizio del processo al fine di stabilire l'applicabilità o l'inapplicabilità dell'art. 5, comma 1, potrà essere identificato nella proposizione della domanda davanti al giudice carente di giurisdizione.

Del pari, laddove si aderisse alla diversa tesi che ritiene il secondo rapporto processuale strutturalmente autonomo dal primo, la soluzione non sarebbe differente da quella poco sopra indicata, seppure con la necessaria precisazione che l'inizio del processo dovrebbe intendersi collegato alla litispendenza. Poiché infatti che gli effetti processuali della domanda riproposta, fra i quali si annovera per l'appunto anche la litispendenza, retroagirebbero al momento di instaurazione della domanda davanti al giudice *a quo*, allora sarebbe parimenti a tale momento che dovrebbe ricondursi, per lo meno al fine in esame, l'inizio del processo.

giugno 2009, n. 69, p. 483; nel senso per cui pur configurando la norma in parola una riassunzione del processo, gli effetti della domanda sono quelli realizzati dalla domanda al giudice *ad quem* retrodatati alla tempo dell'instaurazione del processo davanti al giudice *a quo*, cfr. S. MENCHINI, in *La riforma della giustizia civile*, Torino, 2009, sub art. 59, l. 18 giugno 2009, n. 69, p. 259.

⁽⁶³⁾ Del resto vi è chi ha sostenuto che entrambe le soluzioni ermeneutiche potrebbero essere condivisibili, considerato che andrebbe tenuto in considerazione come la domanda è stata originariamente strutturata e come deve essere strutturata davanti al giudice indicato come fornito di giurisdizione e, nel caso in cui la diversità sia spiccata non sarebbe corretto parlare di riassunzione, mentre lo potrebbe essere ove via sia maggiore affinità strutturale tra il processo originario e quello "prosecutorio": cfr. M.C. VANZ, *Il funambolico confine tra giurisdizioni: piccole note sull'art. 59, l. n. 69 del 2009*, in *Lav. giur.*, 2010, p. 9, spec. p. 12. In quest'ordine di idee, cfr., in giurisprudenza, Cass. 21 aprile 2011, n. 9130.

4.1. - Il decreto legislativo in esame - come si è visto - nulla dispone con riferimento all'applicabilità delle disposizioni diverse dall'art. 5, comma 1 ai procedimenti pendenti alla data della sua entrata in vigore.

Ne consegue che tutte le norme che potrebbero definirsi di raccordo fra processo e mediazione (si pensi all'art. 5, comma 2 relativo alla mediazione delegata, all'art. 8, comma 5 il quale prevede che il giudice possa desumere argomenti di prova dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione, all'art. 10 disciplinante l'utilizzabilità delle dichiarazioni rese o informazioni acquisite nel corso del procedimento di mediazione ed al connesso divieto di testimonianza del mediatore, all'art. 13 che sanziona la parte vittoriosa che abbia rifiutato la proposta eventualmente formulata dal mediatore ai sensi dell'art. 11 che fosse risultata interamente coincidente con la decisione assunta dal giudice), saranno applicabili a tutti i processi⁽⁶⁴⁾, indipendentemente dal momento della loro instaurazione, sia esso precedente o successivo all'acquisto d'efficacia dell'art. 5, comma 1.

Qualche dubbio interpretativo, potrà invece porsi in relazione all'applicabilità dell'art. 4 con riferimento a processi pendenti alla data di entrata in vigore del decreto legislativo. Infatti, la norma da ultimo richiamata prevede che l'informativa da essa prevista sia data dall'avvocato al cliente, a pena di annullabilità del mandato professionale, al momento di conferimento dell'incarico e, pertanto, appare giustificato chiedersi se detta informativa vada fornita anche in caso di nomina di nuovo difensore nell'ambito dei processi pendenti.

⁽⁶⁴⁾ In termini, con riferimento all'art. 5, comma 2, P. LICCI, in *op. cit.*, p. 88.