

Ordine pubblico, norme imperative e giustificato motivo: clausole generali da riempire di contenuto

[mediazionearbitrati.com/magazine/2011/11/ordine-pubblico-norme-imperative-e-giustificato-motivo-clausole-general-riempire-di-contenuto/](http://www.mediazionearbitrati.com/magazine/2011/11/ordine-pubblico-norme-imperative-e-giustificato-motivo-clausole-general-riempire-di-contenuto/)

a) Ordine Pubblico

Il codice civile menziona l'ordine pubblico in più occasioni senza definirlo nè attribuisce all'espressione un significato costante. Ma l'ordine pubblico, più che da norme concrete, risulta da principi dei quali le norme cogenti costituiscono il riflesso. L'ordine pubblico è richiamato in diversi articoli del codice civile. L'espressione viene utilizzata talvolta per qualificare un certo tipo di norme come norme di ordine pubblico (art. 1229 2 co.), talaltra è correlata al buon costume (artt. 31 disp. prel.; 23 ult. co.), altre volte è affiancata al buon costume e alle norme imperative (artt. 25 1 co., 634, 1343, 1354 c.c.) così da sembrare un limite dell'autonomia negoziale diverso da questi due. Questa tecnica legislativa del richiamo dell'ordine pubblico in correlazione con altre figure "costituisce riflesso normativo della difficoltà di definire col ricorso al metodo logico-concettuale i reali confini dell'istituto in esame". Come ogni clausola generale l'ordine pubblico è un concetto elastico e storicamente variabile a seconda della esperienza giuridico-organizzativa a cui partecipa.

In termini generali l'ordine pubblico è considerato l'espressione riassuntiva dei principi che si pongono a fondamento dell'ordinamento giuridico. La crescita di comandi e di divieti legislativi, espressamente o in via interpretativa qualificati come di ordine o di interesse generale, ha tuttavia indotto parte della dottrina a lamentare la scarsa esaustività di una nozione di ordine pubblico esclusivamente collegata ai "principi supremi" dell'ordinamento e ad auspicare una più corretta articolazione dell'istituto, del quale potrebbero entrare a far parte anche quegli interessi particolari riferibili alla specifica difesa di una sola delle parti contraenti o di una categoria di contraenti stessi. Devono senz'altro ritenersi ricompresi nella nozione di ordine pubblico le direttive e i principi generali ricavabili dalla Carta costituzionale. Per la giurisprudenza l'ordine pubblico consiste nei principi fondamentali informatori dell'ordinamento giuridico e vasta è la casistica sul punto (solo a titolo di esempio ricordiamo in tema di eredità che è stato ritenuto nullo per contrarietà all'ordine pubblico il patto sociale con cui le parti dispongono che la rispettiva quota di capitale si accresca ai superstiti in caso di premorienza di una di esse. Parimenti nullo è quel patto con cui un soggetto si obblighi a tenere indenne un altro soggetto delle conseguenze penali, anche solamente pecuniarie, che quest'ultimo dovrebbe sopportare per il proprio comportamento. In detta ipotesi, infatti, verrebbe meno il principio della prevenzione generale insito nella sanzione penale). Parte della giurisprudenza distingue inoltre tra ordine pubblico interno e internazionale, osservando che il primo è costituito dal complesso dei principi fondamentali caratterizzanti la struttura etico-sociale della comunità nazionale in un determinato momento storico e dai principi inderogabili immanenti nei più importanti istituti giuridici, mentre l'ordine pubblico internazionale deve essere inteso come limite all'efficacia di norme straniere nel nostro ordinamento e consiste nei principi di carattere universale comuni a molte nazioni di civiltà affine, intesi alla tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, sanciti in dichiarazioni o in convenzioni internazionali che trovano il referente interno nella Costituzione.

Ma il concetto di ordine pubblico vive e si caratterizza per una varietà di contenuti e di applicazioni in ambito penale e civile. In ambito civile, che è quello che ci interessa poiché la mediazione riguarda solo le controversie civili, basti ricordare che ex art 1343 c.c. è nullo qualsiasi negozio giuridico quando abbia una causa ritenuta illecita perché contraria all'ordine pubblico (alle norme imperative o al buon costume). Inoltre l'art. 5 c.c. dispone che: "gli atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando cagionino una diminuzione permanente dell'integrità fisica, o quando siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume".

Ed ancora l'art. 1418 c.c. sancisce la nullità del contratto per contrarietà a norme imperative o per illiceità della causa, ad es. per contrarietà all'ordine pubblico.

E l'art. 1354 c.c. dispone che è nullo il contratto al quale è apposta una condizione, sospensiva o risolutiva, contraria a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume.

b) Norme imperative

Quanto alle norme imperative esse sono quelle che non possono essere derogate neppure con l'accordo delle parti interessate. Le norme cogenti o di diritto imperativo sono quelle norme la cui osservanza è inderogabile e la loro inderogabilità discende dal fatto che prescrivono al soggetto un dover fare o un non poter fare incondizionato. Non vi è un elenco positivo delle norme imperative, il carattere cogente risulta di solito dalla formulazione stessa della norma.

Quanto alla definizione dei rapporti tra ordine pubblico e norme imperative, secondo parte della dottrina, rivestono il carattere di ordine pubblico quelle norme giuridiche che, sebbene non assumano contorni di effettiva imperatività, possano considerarsi espressioni di un principio generale ricavabile dal complesso delle norme imperative stesse, con il rischio in realtà di un proposizione tautologia: affermare che l'ordine pubblico è il fondamento giustificativo delle norme imperative (e dunque individuare queste ultime proprio muovendo dalla considerazione degli interessi da esse tutelati) e, nello stesso tempo, individuare l'ordine pubblico proprio e solo interpretando le norme imperative. E' bene allora precisare che l'ordine pubblico non deriva dalle leggi, ma designa in sintesi le ragioni e i contenuti che oggettivamente sembrano giustificare un controllo sul contratto nel quadro dei principi del diritto ancorché al di fuori di singole previsioni di legge. L'art. 1418, 1° co., detta una sorta di norma di chiusura facendo generico riferimento alla contrarietà a norme imperative, salvo sia disposto diversamente dalla legge. La norma citata è espressione quindi di un principio generale volto a disciplinare i casi in cui alla violazione di una norma imperativa non si accompagna una specifica previsione di nullità del contratto. Secondo una certa dottrina, assumerebbe carattere imperativo la norma posta a tutela di un interesse pubblico; al riguardo occorre valutare gli interessi che essa vuole proteggere: se si accerta la loro generalità, il loro trascendere le parti negoziali, o comunque il tendere della norma alla protezione di fini fondamentali dell'ordinamento giuridico, allora vi è imperatività e conseguentemente il divieto, per le parti, di derogare, nell'esercizio della loro autonomia, alla regola legislativa. La giurisprudenza ha ribadito il concetto secondo cui la nullità per contrarietà a norme imperative è spesso disposta dalle norme medesime, ma non occorre che la sanzione della nullità sia specificatamente prevista. Quando in conseguenza della violazione di una norma imperativa non è prevista espressamente la nullità, occorre controllare la natura della disposizione violata: bisogna cioè indagare se la norma è diretta a tutelare un interesse pubblico generale (Così ad es. nel settore dell'urbanistica la cassazione a S.U. ha deciso nel senso della nullità di ogni pattuizione che sottragga gli spazi adibiti a parcheggi nelle nuove costruzioni alla funzione loro assegnata dalla legge). In una prospettiva più ampia si è ritenuto che la nullità consegua anzitutto alla violazione di norme costituzionali e di norme ordinarie che costituiscono attuazione dei principi costituzionali.

I riflessi nella mediazione

Nella mediazione il richiamo al rispetto dell'ordine pubblico e delle norme imperative è espresso con riferimento all'omologa del verbale di conciliazione nell'art. 12 del D. Lgs 28/2010. Si possono prevedere le seguenti ipotesi.

In un primo caso, le parti, con l'intervento del mediatore, raggiungono un accordo amichevole; ed allora il mediatore si limita a redigere il processo verbale, vi allega il testo dell'accordo ed archivia gli atti presso l'Organismo.

Cosa succede però se, a parere del mediatore, nell'accordo vi sono clausole contenenti obbligazioni o condizioni che violano l'ordine pubblico o norme imperative?

Il mediatore, in tal caso, deve certamente segnalare alle parti la presenza di tale vizio; egli allora, per dare ufficialità e prova delle sue obiezioni, potrà inserire nel verbale le proprie osservazioni critiche invitando le parti ad eliminare le clausole viziate; se l'eliminazione di dette clausole dovesse stravolgere l'intero accordo, inviterà le parti a trovare un nuovo accordo che rispetti i limiti suindicati; ma, se le parti insistono, riteniamo che il mediatore non possa rifiutare di redigere il verbale, allegarvi

l'accordo ed archivarlo.

Il mediatore dovrà inoltre evidenziare che detto accordo non potrà ricevere l'omologa del Tribunale; se poi, in seguito, una delle due parti si renderà inadempiente, l'altra parte sarà costretta a rivolgersi al Presidente del Tribunale per chiedere l'omologa dell'accordo; ed è in tale momento che il Tribunale, accertatane la regolarità formale, potrà, nell'esame del merito, rilevare la contrarietà dell'accordo all'ordine pubblico e/o a norme imperative. E, in tal caso, si limiterà a non omologare l'accordo, senza prendere ulteriori provvedimenti, neppure di natura amministrativa, nei confronti del mediatore, né dell'organismo.

Riteniamo, pertanto, che in tale ipotesi nessun appunto o censura possa essere mossa al mediatore, e che non gli si può addebitare alcuna responsabilità atteso che, con il comportamento di cui sopra, egli è rimasto estraneo all'accordo fra le parti le quali, pur da lui avvisate, hanno ritenuto di perfezionarlo egualmente.

Qualora il mediatore non evidenzi la contrarietà dell'accordo alle norme imperative e/o all'ordine pubblico si potrebbe profilare il rischio che la parte adempiente che non vede riconosciuta l'omologa dell'accordo perché contrario all'ordine pubblico o alle norme imperative potrebbe agire nei confronti del mediatore per responsabilità professionale.

Per ridurre il rischio di tale eventualità è sempre più avvertita l'opportunità della presenza di un avvocato delle parti nella fase della redazione dell'eventuale accordo raggiunto tra le parti, proprio e soprattutto ai fini di una corretta redazione dello stesso.

In una seconda ipotesi, l'accordo si perfeziona a seguito dell'accettazione della proposta del mediatore ex art. 11 D. Lgs 28/2010; detta norma dispone che, se non si raggiunge un accordo amichevole, il mediatore formula per iscritto una proposta di conciliazione.

Va evidenziato che la proposta non dovrà necessariamente essere vincolata ed ingabbiata negli schemi giuridici tipici della sentenza resa nel giudizio contenzioso, ma dovrà ricorrere allo strumento della creatività per conseguire un equilibrio propositivo; la proposta però dovrà essere sempre soggetta al duplice limite della non contrarietà all'ordine pubblico ed alle norme imperative.

In sostanza, poiché la proposta indicherà le obbligazioni che il mediatore propone a carico di ciascuna parte sarà il contenuto di tali obbligazioni, o di eventuali condizioni connesse, che non dovrà essere contrario all'ordine pubblico ed a norme imperative.

Di fatto, è difficile ipotizzare in concreto una proposta del mediatore che contenga clausole contrarie all'ordine pubblico o a norme imperative; ma è bene non dimenticare di verificare che la proposta non violi, magari in modo non palese, tali fondamentali limiti.

Dato atto del fatto che il mediatore è responsabile della proposta contraria all'ordine pubblico ed alle norme imperative, occorre chiedersi se vi siano altri adempimenti/elementi di natura formale di cui risponde il mediatore; facciamo riferimento all'autentica che il mediatore compie in relazione alla veridicità, provenienza ed autografia delle sottoscrizioni delle parti o della loro impossibilità di sottoscrivere.

Altro problema è quello relativo all'ipotesi in cui con l'accordo raggiunto dalle parti o con la proposta formulata dal mediatore si concluda uno dei contratti previsti dall'art. 2643 c.c.: in tali ipotesi occorre un Notaio, che in qualità di pubblico ufficiale autentichi la sottoscrizione del processo verbale (art.11, comma 3, del D.Lgs. 28/2010)

Pensiamo all'ipotesi in cui un mediatore non rilevando la violazione di una norma in materia edilizia autentichi un verbale contenente il trasferimento di un immobile abusivo e che il Notaio non adempia alle verifiche della regolarità costitutiva e catastale. Non vi è dubbio che in questa ipotesi ricorre una responsabilità di entrambi i professionisti per non aver adempiuto alle necessarie verifiche ed aver ratificato un atto nullo. Irrimediabili le conseguenze di una condotta siffatta messa in atto da un mediatore consenziente.

Inoltre, con la proposta il mediatore ha l'obbligo di informare le parti delle conseguenze sul regime delle spese legali come previste dall'art. 13 del D. Lgs. 28/2010.

Sempre in tema di responsabilità e di co-mediazione ci preme infine ricordare che il D.M. 180/10 ha previsto all'art. 7, comma 2, che l'Organismo possa contemplare nel proprio regolamento che la formulazione della proposta, su espressa richiesta delle parti, possa essere redatta anche da un mediatore diverso da quello che ha condotto sino ad allora la mediazione e sulla base delle sole informazioni che le parti intendono offrire al mediatore proponente. Ed allora quale mediatore risponde di un eventuale proposta contraria all'ordine pubblico e/o alle norme imperative? Il mediatore che ha condotto il procedimento di mediazione o il mediatore altro che ha formulato la proposta?

Il giustificato motivo, a differenza dell'ordine pubblico e delle norme imperative, non è disciplinato attraverso un richiamo normativo, ma rappresenta uno dei "paletti" cardine del procedimento di mediazione. Di questi limiti il mediatore deve attentamente tenere conto e dovrà saperli gestire per i riflessi che essi avranno nel successivo eventuale giudizio.

c) Il giustificato motivo

L'art. 8 del D. Lgs.28/2010 disciplina il procedimento di mediazione ed al punto 5 prevede che: "Dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione il giudice può desumere argomenti di prova nel successivo giudizio ai sensi dell'art. 116, secondo comma, del codice di procedura civile".

Forse sarebbe opportuno che nel regolamento di procedura dell'Organismo venissero precisata alcune possibili ipotesi di giustificato motivo. Ci si può domandare ad esempio:

- se la previsione di un accesso alla procedura di mediazione solo attraverso modalità telematiche può essere motivo di impedimento oggettivo che giustifica la mancata partecipazione di una parte al procedimento di mediazione?
- se sia applicabile alla mediazione il concetto di buona fede, ed in caso affermativo, se la sua assenza fin dalla fase di preparazione o presentazione dell'istanza costituisca giustificato motivo per non partecipare alla mediazione?
- è da ritenere criterio oggettivo la convocazione attraverso il deposito di un'istanza presso una sede secondaria o la sede legale di un organismo molto lontano da dove risiede l'altra parte sia pure nella libertà di scelta di chi prima arriva?
- è possibile il richiamo ai motivi di presunta incostituzionalità della norma introduttiva della c.d. "giurisdizione condizionata" ex art. 5 comma 1 del D.Lgs. 28/2010, al momento del deposito dell'istanza di mediazione, congiuntamente alla dichiarazione di non volere partecipare al procedimento di mediazione?
- e ancora, è configurabile l'ipotesi di risarcimento del danno nei confronti della parte che senza giustificato motivo non ha voluto partecipare alla mediazione e ha costretto l'istante a dover sostenere il giudizio con tempi, costi e coinvolgimento emotivo a tutti noto?

In mancanza occorrerà far riferimento ai criteri generali di interpretazione e il problema che si pone allora è l'individuazione del "giustificato motivo".

Occorre, a tal proposito, distinguere a seconda che le parti si siano obbligate, tramite una clausola contrattuale di mediazione (clausola che magari è stata inserita nel contratto anche se si tratta di un contratto che regola una delle materie oggetto dell'obbligatorietà perché strutturata come clausola multi-step), ad esperire il tentativo di conciliazione presso un organismo prescelto. In tale caso se la parte venisse chiamata in mediazione di fronte ad un organismo diverso (per tipologia e/o per territorio), da quello pattuito ha, senz'altro, la facoltà di partecipare comunque al tentativo (potendo ogni accordo essere modificato consensualmente o tacitamente e del resto l'art. 5, comma 5, del D.Lgs. 28/2010 dispone che in ogni caso: «le parti possono concordare, successivamente al contratto o allo statuto o all'atto costitutivo, l'individuazione di un diverso organismo iscritto»). Qualora la parte invitata decidesse diversamente, è evidente che potrebbe avvalersi/appellarsi a quel giustificato motivo per la mancata partecipazione.

Qualora non vi sia un previo accordo sul punto il concetto giuridico di "giustificato motivo" andrà riempito di contenuto e la casistica giurisprudenziale potrà suggerire i casi più disparati.

Allo stato si può pensare all'esempio più volte agitato per contestare la normativa in esame e cioè la presentazione dell'istanza a Canicatti nei confronti di una società che ha sede a Milano.

La legge ha optato per il criterio di “prevenzione”, anziché per quello territoriale, nella scelta dell’organismo ed ha lasciato le parti libere di scegliere l’organismo che preferiscono. Ma, in mancanza di accordo, l’invito presso un organismo palesemente dislocato/distante da quella che è la sede degli affari di una delle parti risulterebbe con tutta evidenza strumentale/vessatorio e, quindi, la parte chiamata in mediazione potrebbe ben sollevare un valido motivo di giustificazione per declinare l’invito. Altro giustificato motivo sarà quello tipico legato alla mancata ricezione della comunicazione. E’ vero che l’art. 3, comma 3, dice che gli atti della procedura non sono soggetti a formalità e tuttavia l’art. 8 dispone che la domanda e la data del primo incontro sono comunicate all’altra parte con ogni mezzo idoneo ad assicurare la ricezione. Sarà dunque importante verificare la ricezione dell’istanza (e la parte istante dovrà opportunamente accertarsene) e sarà sempre possibile alla controparte, di fronte al giudice del processo instaurato dopo il tentativo di conciliazione, contestare l’avvenuta conoscenza della mediazione pendente, passando così all’istante l’onere di provare l’avvenuta conoscenza dell’invito in mediazione.

Ci si può domandare a questo punto se la parte invitata debba comunicare il motivo per cui non intende partecipare, qualora ovviamente abbia avuto notizia dell’incontro.

E’ indubbio che la valutazione intorno alla giustificazione o meno dell’assenza, e quindi all’applicabilità dell’art. 116, comma 2, c.p.c., spetterà al giudice del processo, e tale disamina verrà eseguita sulla base della prospettazione che la parte farà dei propri motivi a non partecipare, risultando così del tutto irrilevante che essa si sia sentita in dovere o meno di giustificarsi nella procedura di mediazione. Ci si può domandare se la parte sia tenuta a sollevare il suo giustificato motivo e portarlo a conoscenza del mediatore fin da subito; del resto, se il motivo sarà valutato come “giustificato” dal Giudice, perché la parte invitata in modo vessatorio dovrebbe attivarsi, sostenendo anche delle spese, per giustificarsi? E’ vero, tuttavia, che se la parte invitata non è obbligata ad addurre le sue ragioni per la mancata partecipazione alla mediazione, non è detto che non abbia convenienza a giustificarsi. Invero sembra limitativo parlare di mera convenienza, se si tiene a mente lo spirito collaborativo che regola la mediazione: un comportamento di cooperazione è funzionale al procedimento in esame, al fine di consentire che esso abbia luogo con quegli effetti positivi per entrambi le parti che il legislatore ha inteso proseguire; all’opposto una condotta ostruzionistica, oltre a poter essere non conveniente per la parte che la pratica, è quanto di più lontano si possa immaginare dallo spirito della mediazione. E’ evidente, in ogni caso, il rischio che si corre nel fondare esclusivamente sulla propria valutazione personale il concetto di “giustificato motivo”, soprattutto se si pensa che ad eventuali contestazioni della parte, ad es. sulla scelta territoriale, si potranno sempre trovare delle soluzioni adeguate per consentire lo svolgimento dell’incontro, venendo incontro al giustificato motivo sollevato dalla parte chiamata in mediazione. Per converso, la volontà pervicace di una parte di voler esperire la mediazione a Canicattì, per proseguire l’esempio di prima, potrebbe essere valutato ai sensi dell’art. 116 c.p.c. contro questa stessa parte, ritorcendosi così contro di essa.

Note