

LA PROVVISORIE DEL MEDIATORE IMMOBILIARE

di PIETRO GOBIO CASALI

1. I presupposti della provvigione: la conclusione di un affare. – 2. (segue) Il nesso di causalità con l'intervento del mediatore, l'iscrizione nel registro delle imprese. – 3. Le ipotesi di esenzione dal pagamento e la mediazione unilaterale. – 4. L'onere della prova a carico del mediatore. – 5. Criteri di determinazione del compenso. – 6. Frode al mediatore e prescrizione del diritto. - 7. Clausole anomale, figure affini e natura sfuggente della mediazione.

1. I presupposti della provvigione: la conclusione di un affare

L'art. 1755 c.c. stabilisce che il mediatore ha diritto alla provvigione "se l'affare è concluso per effetto del suo intervento". Il primo presupposto per la sua maturazione è dunque la conclusione di un affare, da intendersi quale operazione economica che costituisca un rapporto obbligatorio tra due parti e abiliti ciascuna ad agire per il rispetto del vincolo.

Viene pertanto considerato "affare" anche un semplice contratto preliminare, in quanto ex art. 2932 c.c. consente a ciascun contraente di agire in giudizio per ottenere gli effetti di quello non concluso¹. Soluzione non applicabile a forme embrionali di contratto come la minuta che, rientrando ancora nella fase delle

¹ Giurisprudenza costante: tra le tante si veda Cass., 19 ottobre 2007, n. 22000, in *Giur. It.*, 2008, 1683; Cass., 6 agosto 2004, n. 15161, in *Foro It.*, 2005, I, 2106; Cass., 13 febbraio 2002, n. 2071, in *Giust. Civ.*, 2003, I, 520.

trattative, non sono idonee a far nascere il diritto alla provvigione.

Secondo una tesi controversa nemmeno il c.d. preliminare di preliminare² è sufficiente a tal fine, non costituendo un effetto vincolante per i contraenti³; ma la distinzione con il vero e proprio negozio preliminare può risultare incerta laddove vi sia un accordo a formazione progressiva⁴.

² A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2015, 58, lo definisce come “il contratto con il quale le parti si obbligano ad addivenire alla stipulazione di un successivo contratto preliminare, a cui esse rinviano per la determinazione compiuta degli elementi del futuro contratto definitivo”.

³ Così Cass., 2 aprile 2009, n. 8038, in *Giur. It.*, 2009, 2658, con nota di Ferrelli, che sul punto costituisce – a quanto consta – il primo precedente di legittimità; nello stesso senso Trib. Napoli, 22 marzo 2003, in banca dati *Juris data*. Questo orientamento è stato però messo in discussione da Cass., 12 marzo 2014, n. 5779, in *Giur. It.*, 2014, 2419, con nota di Tamburini, e infine da Cass. SS.UU., 6 marzo 2015, n. 4628, *ivi*, 2015, 1064, con note di Di Majo e Palermo. Per la tesi della validità del preliminare di preliminare si veda CHIANALE, voce *Contratto preliminare*, in *Digesto, Disc. Priv., Sez. civ.*, IV, Torino, 1989, 284. Nella stessa ottica BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, Milano, 2000, 182 (nt. 7), afferma che l’interesse che il preliminare consente di realizzare “potrebbe sottostare anche alla stipulazione di un preliminare mediante il quale le parti s’impegnano a stipulare un contratto obbligatorio”. Cass., 9 dicembre 2009, n. 25780, ha statuito che “la dazione di una somma di denaro effettuata a titolo di caparra confirmatoria e acconto prezzo in occasione di una proposta d’acquisto non perde la sua causa giustificativa ove l’acquirente non si presenti alla stipula del rogito, con diritto del promittente venditore a ritenere la somma ai sensi dell’art. 1385 c.c.”; in questo caso la Suprema Corte ha ritenuto che la proposta accettata configurasse un rapporto obbligatorio che legittimava l’operatività dell’art. 1385 c.c. Sulla qualifica di caparra confirmatoria della somma consegnata al mediatore da parte di chi formula la proposta d’acquisto vedi Trib. Monza, 17 novembre 2014, in *Giur. It.*, 2015, 589, con nota di Cherti.

⁴ Cass., 14 luglio 2004, n. 13067, in *Giust. Civ.*, 2004, I, 2576, ha infatti ravvisato la conclusione dell’affare in una proposta d’acquisto (accettata dalla controparte) che indicava la data della stipula del preliminare davanti al notaio, affermando che ciò comportava una mera riproduzione di un preliminare già perfezionato. Nello stesso senso App. Firenze, 14 aprile 2004, in *Giur. It.*, 2005, 731, con nota di Toschi Vespasiani. Trib. Venezia, 30 agosto 2002, in *Foro It.*, 2002, I, 3469, ha invece stabilito che “non ha diritto alla provvigione chi abbia messo in contatto due soggetti in vista della conclusione di un contratto di compravendita, qualora il modulo contenente la proposta irrevocabile di acquisto, ancorché sottoscritto per accettazione dall’oblato, preveda che le parti debbano stipulare un contratto preliminare e successivamente il contratto definitivo, laddove il termine di efficacia della proposta sia spirato inutilmente, senza che si siano perfezionati né il preliminare, né il definitivo”. Sull’accordo a formazione progressiva si veda BOTTONI, *Accordo “incompleto” e conclusione del contratto*, in *Giur. It.*, 2010, 834 ss.

In effetti nella prassi commerciale che vede l'intervento del mediatore è inusuale che le parti stipulino direttamente un preliminare formale, redatto su un documento unico e sottoscritto contestualmente da entrambe. All'opposto è frequente che una parte rilasci una proposta (di compravendita o di locazione) all'agente immobiliare, affinché reperisca una controparte che la sottoscriva per accettazione; in tal caso il mediatore, oltre a ricevere l'incarico come tale, agisce come *nuncius* dell'intermediato⁵.

Se alla proposta segue l'accettazione – comunicata al proponente nei termini – ex art. 1326 c.c. si configura già la conclusione di un preliminare che fa nascere il diritto alla provvigione, quantomeno nel caso in cui sia prevista la successiva stipula del definitivo⁶. Se si tratta di negozio immobiliare, la proposta e l'accettazione devono avere forma scritta, ma non necessariamente anche la comunicazione dell'accettazione al proponente⁷.

⁵ Per una descrizione della sequenza tipica di formazione del contratto nella prassi immobiliare cfr. NAPOLI, *Il contratto preliminare del preliminare*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2010, 1, II, 81 ss.; TOSCHI VESPASIANI, *Le intese propedeutiche al contratto di vendita immobiliare, i preliminari e l'incidenza dell'agente immobiliare nella formazione del consenso traslativo*, in *Giur. It.*, 2005, 732 ss.; BERNARDINI, *Proposte e preliminare di contratto nei modelli dei mediatori*, in *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, a cura di Galgano, I, Torino, 1995, 103 ss.

⁶ Come si ricava da quanto precisato alle note 3 e 4, è dubbio se si possa parlare di vero e proprio preliminare allorché la proposta di acquisto, sebbene accettata, contenga l'impegno a stipulare un successivo contratto preliminare e non direttamente il rogito; lo nega Trib. Roma, 21 marzo 2006, in *Arch. Locazioni*, 2006, 5, 540; in senso affermativo invece App. Roma, 16 giugno 2015, in www.ilcaso.it, 12864. Ecco perché i più recenti modelli contrattuali predisposti dalle associazioni dei mediatori prevedono l'impegno a stipulare direttamente il rogito definitivo, senza il passaggio intermedio del preliminare "formale" in sede notarile. Secondo NAPOLI, *op. cit.*, 103, la proposta irrevocabile d'acquisto sottoscritta dalla controparte è sufficiente per far nascere il diritto alla provvigione, anche se prevede un successivo preliminare; nello stesso senso pure Cass., 30 novembre 2015, n. 24397; Cass., 17 gennaio 2017, n. 923; Trib. Roma, 19 giugno 2017, in www.ilcaso.it, 17553. Si ricordi che il contratto si può appunto formare mediante scritti non contestuali, allorché la proposta d'acquisto venga sottoscritta per accettazione: così Cass., 25 ottobre 2005, n. 20653.

⁷ Secondo Cass., 12 luglio 2011, n. 15293, nei contratti che richiedono la forma scritta l'accettazione della proposta può giungere al proponente anche tramite telefonata (del mediatore), purché ne venga fornita la prova. Cass., 9 dicembre 2014, n. 25923, in *Giur. It.*, 2015, 9, ha poi precisato che la comunicazione a mezzo di telegramma - inviato dal mediatore al proponente - di avvenuta accettazione di una proposta di acquisto determina il perfezionamento di un contratto preliminare,

Ai fini della maturazione del compenso nessun rilievo hanno le vicende successive alla valida conclusione dell'accordo: non è necessario che sia andato a buon fine. Pertanto le parti intermedie non possono esimersi dal pagamento invocando il recesso dal contratto, il suo scioglimento consensuale o la sua risoluzione⁸. Principio che si intuisce dall'art. 1757 c.c. secondo cui, se il contratto è sottoposto a condizione risolutiva, il diritto alla provvigione non viene meno al suo verificarsi.

Se invece la condizione è sospensiva, secondo l'art. 1757 c.c. il diritto sorge nel momento in cui essa si verifica; pertanto, se i contraenti hanno subordinato l'efficacia della proposta di compravendita alla concessione del mutuo a favore dell'acquirente, l'agente immobiliare potrà pretendere il compenso solo qualora la banca abbia poi concesso il finanziamento⁹.

Sempre ai sensi dell'art. 1757 c.c. quando il contratto è annullabile egli non perde il diritto alla provvigione se ignorava la causa di invalidità; se però il negozio è nullo non si producono effetti, per cui il sensale non matura alcunché anche se di fatto, finché il vizio rimane latente, le parti potrebbero darvi esecuzione.

Le parti intermedie sono libere di non concludere l'affare e di interrompere il rapporto di mediazione, senza che sia configurabile a loro carico una responsabilità precontrattuale nei

essendo irrilevante che il mediatore si limiti a dare comunicazione dell'avvenuta accettazione senza inviare il documento sottoscritto dal destinatario della proposta contenente l'accettazione.

⁸ Cfr. Cass., 22 marzo 2001, n. 4111, in *Contr.*, 2001, 458. Cass., 21 maggio 2010, n. 12527, specifica che è irrilevante pure il recesso dal preliminare. In dottrina cfr. MARINI, *La mediazione*, in *Comm. Cod. Civ.*, a cura di Schlesinger, Milano, 1992, 98.

⁹ Nella pratica nascono incertezze quando tale condizione è formulata in modo generico, in quanto non è chiaro se per il suo verificarsi l'acquirente debba stipulare il mutuo con la banca o debba semplicemente ottenere la delibera di concessione del finanziamento. Secondo Cass., 18 novembre 1996, n. 11074, se le parti subordinano gli effetti di un contratto preliminare di vendita immobiliare alla condizione che il promissario acquirente ottenga il mutuo, si tratta di condizione c.d. mista, dipendendo il suo verificarsi anche dal suo comportamento nell'approntare la relativa pratica. Secondo Trib. Torino, 5 novembre 2008, in *www.ilcaso.it*, 1409, la clausola di una proposta di contratto preliminare di vendita, la quale subordina la proposta all'ottenimento del mutuo, deve qualificarsi come condizione sospensiva perfezionatasi a seguito dell'accettazione di controparte.

confronti del sensale¹⁰. Qualora nessun affare venga concluso, gli spetta il solo rimborso delle spese sostenute per conto del soggetto che lo ha incaricato (art. 1756 c.c.). Talvolta però i modelli contrattuali degli agenti immobiliari¹¹, al fine di evitare un'attività a vuoto, contemplano una penale – o il pagamento della stessa provvigione - a carico della parte che, dopo aver conferito loro un incarico in esclusiva, rifiuta di concludere l'affare avente le caratteristiche concordate.

Si tratta di clausola che potrebbe violare l'art. 33 lett. f) D. Lgs. n. 206/2005 (c.d. Codice del consumo), secondo cui si presume vessatoria la clausola che ha l'effetto di "imporre al consumatore, in caso di inadempimento o di ritardo nell'adempimento, il pagamento di una somma di denaro a titolo di risarcimento, clausola penale o altro titolo equivalente d'importo manifestamente eccessivo"¹². D'altra parte, come vedremo oltre, la

¹⁰ Lo ha precisato Cass., 24 maggio 2002, n. 7630, in *Giust. Civ.*, 2003, I, 410, con nota di Giacobbe; vedi anche Trib. Messina, 27 febbraio 2007, in banca dati *Juris data*; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2009, 1190. Ex art. 1175 c.c. le parti hanno però l'obbligo di comportarsi secondo buona fede, che può considerarsi violato ad esempio nel caso in cui non comunicano la sopravvenuta estinzione dell'interesse a concludere l'affare.

¹¹ Se l'agente immobiliare si avvale di moduli contrattuali, ex art. 5 Legge n. 39/1989 questi devono essere depositati in camera di commercio; secondo l'art. 17 del relativo regolamento di attuazione gli stessi devono essere "ispirati ai principi della buona fede contrattuale". L'uso di moduli non previamente depositati presso la camera di commercio non rende però nullo il contratto per difetto di forma: così Cass., 26 maggio 2011, n. 11600.

¹² Trib. Milano, 29 marzo 2002, in *Foro It.*, 2002, I, 2826, con nota di De Rosas, ha appunto respinto la richiesta del mediatore che agiva sulla base di un incarico che prevedeva il pagamento di una somma pari alla provvigione in caso di mancata adesione alla proposta d'acquisto da parte del cliente; nello stesso senso Giudice di pace Sulmona, 24 giugno 1999, in *Giur. It.*, 2000, 2086, con nota di Liverziani. In senso contrario Trib. Roma, 26 giugno 2012, in *Foro It.*, 2012, 9, 2516, ha ritenuto che detta clausola non comporti uno squilibrio tra le posizioni negoziali. Secondo Cass., 3 novembre 2010, n. 22357, in *Giur. It.*, 2011, 1035, il giudice deve stabilire se questo tipo di clausola sia vessatoria, salvo che in essa non sia chiarito che, in caso di mancata conclusione dell'affare per ingiustificato rifiuto, il compenso è dovuto per l'attività sino a quel momento esplicata. PERFETTI, *Della mediazione*, in *Comm. Cod. Civ.*, diretto da Gabrielli, Torino, 2011, 705 ss., si pronuncia per la nullità della clausola in esame a prescindere dalla normativa sui consumatori, in quanto non può sussistere un inadempimento dell'intermediario, il quale rimane libero di non concludere l'affare. In termini più restrittivi Trib. Piacenza, 2 febbraio 2002, in *Giur. It.*, 2003, 1171, ha ritenuto non utilizzabile la penale laddove l'altro contraente sia inaffidabile.

giurisprudenza ammette una mediazione atipica in cui il compenso viene pattuito indipendentemente dalla conclusione dell'affare.

2. (segue) Il nesso di causalità con l'intervento del mediatore, l'iscrizione nel registro delle imprese

L'operazione, sempre a norma dell'art. 1755 c.c., deve concludersi "per effetto" dell'attività compiuta dal sensale, così che viene alla luce il secondo presupposto per la nascita della provvigione: l'esistenza di un rapporto di causalità tra il suo intervento e la conclusione dell'affare.

Il compenso spetta solo nei casi in cui l'intermediario ha avuto un ruolo determinante, tanto che l'affare non si sarebbe concluso senza la sua opera, secondo il criterio della *condicio sine qua non*. Peraltro secondo la giurisprudenza non è necessario che il suo intervento costituisca la causa esclusiva, potendo sussistere altre concause concorrenti¹³; affermazione che si giustifica alla luce dell'art. 1758 c.c. che – nell'ipotesi di intervento di più mediatori – riconosce a ciascuno il diritto a una quota della provvigione.

Tradizionalmente si ritiene sufficiente la semplice segnalazione dell'affare ovvero la semplice presentazione dei due potenziali contraenti, senza la necessità che l'opera del mediatore copra tutte le fasi delle trattative sino all'accordo definitivo. Ad esempio, basta aver visto la locandina di un immobile nella vetrina di un'agenzia immobiliare, alla quale si sono poi chieste informazioni¹⁴.

¹³ Così ad esempio Cass., 8 marzo 2002, n. 3438, in *Giust. Civ.*, 2003, I, 410, con nota di Giacobbe. Cass., 6 dicembre 2016, n. 24950, in *Giur. It.*, 2017, 1830, con nota di Barela, parla di "causalità adeguata". Sul punto di recente v. PER-FETTI, *op. cit.*, 710 ss.

¹⁴ E' il caso esaminato da Cass., 14 aprile 2005, n. 7759, in *Giust. Civ.*, 2006, IV-V, 920. Sulla stessa linea CATRICALA', *La mediazione*, in *Tratt. Dir. Priv.*, diretto da Rescigno, XII, 4, Torino, 2006, 103: "anche la semplice affissione di un cartello pubblicitario o la pubblicazione di un avviso economico ad iniziativa di un terzo può costituire mediazione, purché quelle attività producano l'effetto di una messa in relazione dei soggetti".

La sua attività deve comunque rientrare nella serie di fattori ai quali sia ricollegabile la positiva conclusione delle trattative, nel senso che la “messa in relazione” deve costituire l’antecedente necessario per giungere alla conclusione dell’accordo¹⁵.

L’ultimo presupposto era costituito dall’iscrizione del mediatore nel ruolo istituito presso la Camera di Commercio, requisito divenuto indispensabile a seguito della Legge n. 39/1989 anche per coloro che svolgono l’attività solo occasionalmente. Il ruolo era distinto in tre sezioni: una per gli agenti immobiliari, una per gli agenti merceologici ed una – di dubbio inquadramento - per “gli agenti muniti di mandato a titolo oneroso”.

Secondo detta legge chi non è iscritto, oltre ad essere soggetto a sanzioni amministrative e penali per l’esercizio abusivo della professione, non ha diritto alla provvigione ed è anzi tenuto a restituirla qualora sia stata corrisposta (art. 8). Prescrizione che comporta l’impossibilità di agire nei confronti dei contraenti anche con l’azione di arricchimento senza causa¹⁶.

L’art. 73 D.Lgs. n. 59/2010 ha però soppresso il ruolo dei mediatori, stabilendo che le attività disciplinate dalla Legge n. 39/1989 sono soggette a dichiarazione di inizio attività da presentare alla camera di commercio. Ora i riferimenti all’iscrizione nel ruolo vanno quindi riportati all’iscrizione nel registro delle imprese o nel REA¹⁷. Pertanto, non avendo la riforma abrogato per intero la Legge n. 39/1989, anche per i rapporti sorti successivamente alla soppressione del ruolo hanno diritto alla provvigione solo gli iscritti in questo registro¹⁸.

¹⁵ Cfr. Cass., 15 aprile 2008, n. 9884. A giudizio di PERFETTI, *op. cit.*, 655, il nesso di consequenzialità ipotetica si stabilisce tra l’attività del mediatore e la nascita del contatto tra le parti, non tra la prima e la successiva conclusione dell’affare, la quale rappresenta lo scopo dell’attività di interposizione.

¹⁶ Così Cass., 10 maggio 2011, n. 10205; Cass., 2 aprile 2002, n. 4635, in *Giust. Civ.*, 2003, I, 410, con nota di Giacobbe.

¹⁷ CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, III, Torino, 2014, 92; PERFETTI, *op. cit.*, 517 (nt. 26). Con D.M. del 26 ottobre 2011 sono stati fissati gli adempimenti che i mediatori devono eseguire presso il registro delle imprese.

¹⁸ Così Cass., 8 luglio 2010, n. 16147, in *Foro It.*, 2011, I, 3355; Cass., 10 maggio 2011, n. 10205, in *Giust. Civ.*, 2012, VII, 1821, con nota di Fiorillo.

3. Le ipotesi di esenzione dal pagamento e la mediazione unilaterale

Se quelli sin qui descritti sono i presupposti per la maturazione della provvigione, secondo l'orientamento dominante – facente leva sulla natura contrattuale della fattispecie - vi sono casi in cui la loro sussistenza non impedisce alla parte intermediata di sottrarsi al pagamento. Trattasi del caso in cui essa ha ignorato senza colpa l'intervento del mediatore (perché ad esempio egli ha dissimulato la sua veste) e di quello in cui gli ha preventivamente dichiarato di non accettare alcuna interposizione¹⁹.

Si privilegia così giustamente la libertà dei contraenti di scegliere se avvalersene o meno, senza però dimenticare che tali ipotesi non possono essere invocate fraudolentemente al solo fine di evitare il versamento del compenso.

Sarà infatti arduo per un soggetto sottrarsi all'esborso qualora sia stato consapevole della presenza del sensale, abbia omesso di comunicargli tempestivamente l'opposizione al suo intervento o, ancora, abbia in concreto sfruttato i risultati della sua opera (concludendo il contratto proprio con il soggetto indicato). In questo caso permane il nesso causale con la stipula dell'affare, mentre il comportamento dell'intermediato può essere contrario a buona fede e smentito dai fatti²⁰.

¹⁹ Cfr. Cass., 15 marzo 2007, n. 6004, in *Giur. It.*, 2008, 85; Cass., 15 giugno 2001, n. 8136, in *Giust. Civ.*, 2002, I, 2880; Trib. Torino, 26 gennaio 2000, in *Giur. It.*, 2001, 783. In dottrina si veda LUMINOSO, *La mediazione*, in *Tratt. Dir. Civ. e Comm.*, a cura di Cicu e Messineo, Milano, 1993, 32 ss.; GAZZONI, *op. cit.*, 1192. Con una decisione non condivisibile Trib. Treviso, 11 marzo 2009, in *Giur. merito*, 2011, 1, 81, con nota di Rolfi, ha invece affermato che “nel contratto di mediazione immobiliare di natura unilaterale il venditore, che non ha stipulato il contratto con il mediatore, ha comunque l'obbligo di pagare quest'ultimo dato che è suo onere accertare come l'acquirente sia venuto a conoscenza della proposta di vendita del suo immobile (nel caso di specie l'alienante, pur non conoscendo l'esistenza del contratto di mediazione, ha dovuto pagare la provvigione)”.

²⁰ Cass., 16 gennaio 1996, n. 297, in *Giur. Comm.*, 1997, II, 687, con nota di Iermano, ha riconosciuto decisivo il nesso causale, senza dare rilievo al fatto che inizialmente la parte si era dichiarata non interessata all'acquisto, che si era verificato in seguito grazie all'intervento di altro mediatore. Secondo Cass., 20 dicembre 2007, n. 26968, “nel caso in cui l'incarico sia stato conferito dal venditore al mediatore mediante adesione ad un annuncio pubblicitario con il quale quest'ultimo offriva (al solo venditore) la sua prestazione come gratuita, il giudice non può negare il diritto alla provvigione attribuendo rilievo al solo momento generatore della vicenda senza valutare, in osservanza della disposizione dell'art. 1362

Ad ogni modo non costituisce circostanza esimente l'assenza di un formale incarico all'intermediario, essendo sufficiente l'accettazione anche implicita della sua attività, per *facta concludentia*. Così, ad esempio, si è presunto come accettato il suo intervento laddove il venditore non poteva non essersi reso conto della funzione svolta dagli accompagnatori delle persone interessate all'acquisto le quali, con il consenso dello stesso venditore, si recavano a visitare l'appartamento posto in vendita²¹.

“Si può perciò dire, alternativamente, che nella mediazione l'attuazione equipara il silenzio delle parti a consenso; oppure, che l'attuazione conclude un contratto non consensuale, purché non intervenga una previa rinunzia (da parte del mediatore) o una *prohibitio*”²².

Spesso nella pratica l'opera è svolta su incarico di una sola parte (c.d. mediazione unilaterale), ciò che non fa venir meno l'esistenza di un rapporto di mediazione²³: come è stato notato, l'incarico è soltanto un mezzo pratico per stimolare l'attività del mediatore²⁴; ed è lo stesso art. 1756 c.c. che parla di “incarico”.

c.c., il comportamento complessivo delle parti anche posteriore alla conclusione del contratto e, dunque, tutti gli elementi allegati dal mediatore a sostegno del proprio diritto”. Sul punto LUMINOSO, *op. cit.*, 82 (nt. 26) osserva che “l'interessato è tenuto al pagamento della provvigione anche quando, dopo aver allontanato il mediatore, abbia concluso l'affare (anche) grazie alla precedente attività del mediatore medesimo”. Nello stesso senso FERRARA – CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 2006, 135.

²¹ Cass., 14 aprile 1994, n. 3472, in *Foro It.*, I, 1722.

²² SACCO, *La conclusione dell'accordo*, in *I contratti in generale*, a cura di Gabrielli, Torino, 2006, 112.

²³ Cfr. CAGNASSO - COTTINO, *Contratti commerciali*, in *Tratt. Dir. Comm.*, diretto da Cottino, IX, Padova, 2000, 189; CAMPOBASSO, *op. cit.*, 94; LUMINOSO, *op. cit.*, 62; in quest'ottica A. TRABUCCHI, *op. cit.*, 1033, osserva che “la provvigione è dovuta al mediatore da entrambe le parti, perché entrambe si sono giovate della sua opera, anche se una sola, o nessuna, ne abbia sollecitato l'intervento”. In giurisprudenza cfr. Cass., 5 settembre 2006, n. 19066, in *Giur. It.*, 2007, 2189, con nota di Tomarchio, secondo cui anche in tal caso il mediatore deve essere iscritto nel ruolo; nello stesso senso Cass. SS.UU., 2 agosto 2017, n. 19161, in *Giur. It.*, 2017, 1755, che pure riconosce l'atipicità della mediazione unilaterale, precisando che l'iscrizione è richiesta anche per i procacciatori d'affari concernenti immobili o aziende; Cass., 6 dicembre 2016, n. 24950, secondo cui la mediazione atipica unilaterale è qualificabile come mediazione e si distingue dal mandato.

²⁴ G. FERRI, *Diritto commerciale*, Torino, 1976, 889; nello stesso senso MARINI, *op. cit.*, 37, il quale però a pag. 58 osserva che la mediazione unilaterale costituisce uno schema atipico diverso da quello mediatizio. Bisognerebbe

Se però l'altra parte ignora il suo intervento o vi si oppone preventivamente, il diritto alla provvigione dovrebbe sorgere solo nei confronti del cliente incaricante²⁵.

Un'ultima ipotesi in cui la parte può contestare il compenso è quella dell'inadempimento del mediatore rispetto ai suoi obblighi informativi e di buona fede (artt. 1759 e 1175 c.c.). La giurisprudenza ripete che egli non deve svolgere indagini particolari a tutela delle parti, ma contestualmente valorizza il suo ruolo di professionista diligente, legittimando l'intermediato a sollevare l'eccezione d'inadempimento²⁶. Si consideri il caso in cui il

tuttavia sempre precisare se con l'espressione "mediazione unilaterale" si intende quella svolta su incarico di una parte o solo quella che, oltre a tale elemento, prevede anche la *prohibitio* dell'altra parte.

²⁵ Così GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, 2, Padova, 2004, 143; PERFETTI, *op. cit.*, 725; CAGNASSO - COTTINO, *op. cit.*, 206; LUMINOSO, *op. cit.*, 111 ss. Cass., 22 ottobre 2010, n. 21737, in *Giur. It.*, 2011, 1787, ha osservato che "ove il rapporto sia sorto per incarico di una delle parti, ma abbia avuto poi l'acquiescenza dell'altra, quest'ultima resta del pari vincolata verso il mediatore, onde un eventuale successivo suo rifiuto non sarebbe in grado di interrompere il nesso di causalità tra la conclusione dell'affare e l'opera mediatrice".

²⁶ Per Cass., 15 marzo 2006, n. 5777, il mediatore non ha l'obbligo di effettuare visure immobiliari, ma deve informare il cliente di eventuali rischi nell'acquisto di beni. Nello stesso senso Cass., 26 maggio 1999, n. 5107, in *Giur. It.*, 2000, 929, con nota di Forchino. Cass., 16 luglio 2010, n. 16618, ha poi stabilito che "la mancata informazione del promissario acquirente sull'esistenza di una irregolarità urbanistica non ancora sanata, della quale il mediatore doveva e poteva essere edotto, giustifica il rifiuto di detto promissario di corrispondere la provvigione"; nello stesso senso Cass., 24 ottobre 2003, n. 16009, in *Giur. It.*, 2004, 333. In effetti ex art. 1759 c.c. il sensale deve comunicare "le circostanze a lui note, relative alla valutazione e alla sicurezza dell'affare" e per Cass., 18 luglio 2008, n. 19951, in *Giur. It.*, 2009, 73, egli deve astenersi dal fornire informazioni su circostanze non controllate. L'art. 1759 c.c. parla però di circostanze note e non di circostanza conoscibili, per cui non si può estendere eccessivamente l'obbligo informativo del mediatore, tenendo poi presente che è il venditore ad essere responsabile verso il compratore per vizi e gravami del bene venduto (artt. 1482 - 1497 c.c.). Una cosa è infatti la circostanza nota che viene taciuta o l'informazione che viene data in modo errato; altra cosa è il dovere di controllare aspetti tecnici (urbanistici, relativi alla solvibilità della parte etc.) che non sono di competenza dell'intermediario. Anche l'art. 1764 c.c., prevedendo una sanzione amministrativa per il mediatore "che presta la sua attività nell'interesse di persona notoriamente insolvente o della quale conosce lo stato d'incapacità", si riferisce a circostanze note. In quest'ottica Trib. Milano, 27 maggio 2013, in banca dati *pluriscedam.utetgiuridica.it*, ha giustamente escluso la responsabilità dell'intermediario per il mancato accertamento di una servitù; v. anche Trib. Roma, 26 aprile 2018, in *www.ilcaso.it*, 19756. Quanto ai profili penali, per Cass., 27 marzo 2001, n. 4441, in *Giur. It.*, 2002, 728, configura una truffa il comportamento del mediatore che, avendo preso contatto con una parte, prospetta falsamente la pronta vendita

mediatore, fornendo informazioni errate, rassicuri la parte circa l'esenzione dell'immobile da pignoramenti o ipoteche.

Del resto è la stessa legislazione ad arricchire sempre più la sua attività tipicamente "materiale" di aspetti professionali: ex art. 3 Legge n. 39/1989 egli può essere perito del tribunale; ex art. 10 D.p.r. n. 131/1986 ha l'obbligo di registrare le scritture private non autenticate di natura negoziale stipulate a seguito della sua attività. L'art. 18 Legge n. 57/2001 ha addirittura previsto l'obbligo di un'assicurazione professionale, previsione assai curiosa se si considera che per professionisti come medici o avvocati – ben più esposti ad azioni di responsabilità – tale obbligo è stato introdotto solo nel 2011.

4. L'onere della prova a carico del mediatore

In base ai principi generali in tema di distribuzione dell'onere probatorio (art. 2697 c.c.) spetta al mediatore la prova di aver svolto un'opera decisiva per la conclusione dell'affare²⁷.

Il rapporto di mediazione non richiede la forma scritta *ad substantiam* o *ad probationem*, per cui egli potrà fornirne la prova anche tramite testimoni; e questo anche se l'oggetto della sua attività riguardi un contratto di vendita immobiliare, come tale sottoposto a prova scritta *ad substantiam*²⁸. Solo nel caso in cui l'incaricante sia un ente pubblico si può ipotizzare l'obbligo di forma scritta²⁹.

In quanto terzo il mediatore può provare per testi anche l'esistenza del contratto concluso grazie alla sua opera³⁰; ma nel caso di atto definitivo di vendita immobiliare basta effettuare

dell'immobile di cui costei è proprietaria, e la trae in errore al fine di indurla a stipulare.

²⁷ Cfr. Cass., 15 marzo 2007, n. 6004, *cit.*; Cass., 5 dicembre 1989, n. 5370.

²⁸ Così Cass., 5 ottobre 1983, n. 5795. Cass., 4 febbraio 2000, n. 1231, specifica in motivazione che la prova può essere data con ogni mezzo, presunzioni comprese.

²⁹ In tal senso si veda Cass., 20 agosto 2009, n. 18514; in senso contrario Cass., 25 ottobre 1991, n. 11384, affermando la natura non contrattuale della mediazione.

³⁰ Cass., 26 settembre 2005, n. 18779; Cass., 16 giugno 1992, n. 7400.

un'indagine presso i pubblici registri e chiedere al notaio l'esibizione del rogito, in sede giudiziale o stragiudiziale (artt. 210 e 743 c.p.c., art. 2699 c.c., artt. 67-69 Legge n. 89/1913).

La prova della decisività dell'opera di mediazione non è sempre agevole, tanto più laddove il rapporto non sia formalizzato. Sul punto la Cassazione ha osservato che, per la sussistenza del nesso causale, non basta la dimostrazione della successione cronologica tra attività mediatrice e conclusione dell'affare³¹.

Ciò non toglie che l'intermediario possa giovare di presunzioni ex art. 2729 c.c. e dunque di indizi: l'incarico scritto, il pagamento della provvigione da parte dell'altro contraente, l'accettazione della proposta contrattuale consegnata direttamente a lui, la firma del c.d. foglio di visita, l'ispezione dell'immobile grazie alle chiavi che egli detiene, il contatto procurato attraverso un annuncio contenente il suo numero telefonico, i tabulati telefonici indicanti chiamate a lui dirette etc.

Il contenzioso sulla spettanza del compenso si basa spesso su questi elementi e in proposito va ricordato, da un lato, che le presunzioni non hanno un valore inferiore alle altre fonti di prova e, dall'altro, che il fatto ignoto a cui il giudice deve risalire è la conseguenza ragionevolmente possibile secondo un criterio di normalità, non l'univoca o necessaria conseguenza del fatto noto³². Svalutando l'elemento della "concordanza" enunciato all'art. 2729 c.c., si ammette poi che la presunzione possa fondarsi su un unico indizio³³.

Ai sensi dell'art. 35 comma 22 D.L. n. 223/2006 (convertito nella Legge n. 248/2006) all'atto della cessione di un immobile ciascuna delle parti ha l'obbligo di dichiarare se si è avvalsa

³¹ Cass., 11 giugno 1999, n. 5760.

³² Si veda di recente Trib. Piacenza, 1 febbraio 2011, in *Giur. It.*, 2011, 2627 con nota di Taruffo; Cass., 31 gennaio 2008, n. 2394, in *Giust. Civ.*, 2010, I, 206. Nello stesso senso COMOGLIO, *Le prove civili*, Torino, 2010, 668 ss. ove ampi riferimenti. Cass., 20 febbraio 2003, n. 2582, in *Giur. It.*, 2003, 2251, con nota di Falletti, ha notato che, se la relazione tra fatto noto e fatto ignorato si pone in termini di mera possibilità, il fatto ignoto non può essere ritenuto esistente, in assenza di una diretta dimostrazione della parte interessata.

³³ Cfr. Cass., 11 settembre 2007, n. 19088. Per questa opinione in dottrina si veda CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, III, Torino, 2010, 134; LUISO, *Diritto processuale civile*, II, Milano, 2009, 84.

dell'opera di un mediatore e, in caso affermativo, l'ammontare della relativa spesa nonché le modalità di pagamento.

Questa dichiarazione nasce da intenti di contrasto all'evasione fiscale da parte del legislatore, ma può avere notevoli riflessi circa la prova del diritto alla provvigione qualora sia poi stato contestato. Se infatti nell'atto la parte dichiara di essersi avvalsa dell'agente immobiliare, si tratta di confessione stragiudiziale fatta ad un terzo (il notaio e la controparte contrattuale).

Ex art. 2735 c.c. questa è liberamente apprezzata dal giudice, ma non si tratta di mero indizio, bensì di prova diretta su cui egli può fondare in via esclusiva il suo convincimento³⁴. E in effetti non si vede perché la parte dovrebbe dichiarare formalmente di essersi avvalsa del mediatore se ciò non corrisponde a verità.

Se poi – come talvolta accade – l'agente immobiliare è presente al rogito, potrebbe addirittura configurarsi una confessione stragiudiziale fatta direttamente alla parte, confessione che, costituendo prova legale, lo sgrava da ogni ulteriore onere probatorio; con la precisazione, però, che tale dichiarazione non implica automaticamente che l'intermediario abbia fornito un contributo decisivo per la conclusione dell'affare³⁵.

Quanto alla dimostrazione della sua iscrizione nel ruolo, in passato vi sono state oscillazioni tra chi reputava sufficiente la mera allegazione di questa circostanza e chi ne richiedeva la prova indipendentemente dall'eccezione altrui, trattandosi di condizione dell'azione³⁶. Di recente nell'art. 115 c.p.c. è stato introdotto espressamente il principio di non contestazione, per cui è ragionevole affermare che l'agente immobiliare possa

³⁴ Cfr. COMOGLIO, *op. cit.*, 703 ss. con ampi richiami giurisprudenziali.

³⁵ In altri termini, anche se l'eccezione sarà il più delle volte capziosa, il contraente potrebbe ammettere che si è avvalso dell'opera del mediatore ma poi, in sede di contenzioso, eccepire che il contratto si è concluso indipendentemente dal suo apporto.

³⁶ Si veda sul punto Cass. 27 aprile 2010, n. 10062, in *Giur. It.*, 2011, 614; Cass., 8 febbraio 2008, n. 3127, *ivi*, 2008, 2188. Nel senso che la prova dell'iscrizione spetta al mediatore in quanto condizione dell'azione Cass., 26 ottobre 2004, n. 20749, in *Giust. Civ.*, 2006, 9, 1842. Secondo Cass., 14 maggio 2013, n. 11539, in *Giur. It.*, 2013, 1240, la prova può ricavarsi per presunzioni e quindi dal modulo di proposta d'acquisto recante l'iscrizione.

limitarsi ad allegare di essere iscritto, dovendo fornire la prova solo a fronte di una specifica eccezione avversaria³⁷.

5. Criteri di determinazione del compenso

Ai sensi dell'art. 1755 c.c. “la misura della provvigione e la proporzione in cui questa deve gravare su ciascuna delle parti, in mancanza di patto, di tariffe professionali o di usi, sono determinate dal giudice secondo equità”. La norma va integrata dall'art. 6 della Legge n. 39/1989 secondo cui, in mancanza di accordo, la misura e la proporzione della provvigione sono determinate dalle giunte camerali.

Sussiste dunque una gerarchia di fonti, al vertice della quale sta la volontà delle parti, libere di fissare l'ammontare come meglio credono. Tale libertà viene intesa in maniera ampia: ad esempio si ritiene compatibile con lo schema legale anche la provvigione commisurata al c.d. supero, ossia alla differenza tra il prezzo dell'affare preventivamente fissato dal contraente ed il prezzo superiore che l'intermediario riesce a spuntare³⁸. Ciò nonostante questa pratica venga talvolta stigmatizzata dalle associazioni dei consumatori e dalle stesse associazioni di categoria.

Qualora le parti non si accordino preventivamente sul *quantum*, assumono rilievo i criteri integrativi elencati dalla legge. Tra questi il ruolo fondamentale è rivestito dalle “tariffe” predisposte dalle camere di commercio, sentito il parere della commissione provinciale, sulla base degli usi locali³⁹.

Presso gli enti camerali delle varie province esiste una raccolta degli usi, che viene periodicamente aggiornata. Secondo un criterio ricorrente essi indicano quale provvigione una

³⁷ In tal senso si pronuncia Cass., 21 giugno 2013, n. 15658.

³⁸ Cfr. Cass., 7 agosto 2002, n. 11911, in *Giust. Civ.*, 2003, I, 2824.

³⁹ Trib. Roma, 2 dicembre 2016, in *www.ilcaso.it*, 16346, ha appunto precisato che, in mancanza di accordo, bisogna fare riferimento agli usi locali redatti dalla Camera di commercio. Per Cass., 31 luglio 2012, n. 13656, in *Giur. it.*, 2013, 1811, gli usi richiamati dall'art. 1755 c.c. hanno carattere normativo ma, trattandosi di usi locali, se non sono noti è onere della parte provarli; se poi questa prova manca il giudice deve utilizzare il criterio dell'equità per determinare la provvigione.

percentuale del valore complessivo dell'affare⁴⁰. Nel settore immobiliare gli usi provinciali prevedono una percentuale del prezzo di vendita – che si aggira di solito tra il 2% e il 4% - nel caso di compravendita di immobili o aziende; per la locazione prevedono invece una somma pari ad una mensilità del canone o ad una percentuale sullo stesso.

Secondo l'Autorità Antitrust costituiscono un'intesa restrittiva della concorrenza le regole disciplinari, riportate in alcuni codici delle associazioni di agenti immobiliari, che prevedono il divieto per gli associati di praticare prezzi inferiori a quelli stabiliti dagli usi⁴¹. Come dire che il principio della libera pattuizione della provvigione rimane insuperabile, senza che si possano invocare gli usi per difendere interessi corporativi che danneggerebbero i consumatori.

Ai sensi dell'art. 1755 c.c. la provvigione grava su entrambi i contraenti, di solito in maniera paritaria⁴², senza che siano obbligati in solido nei confronti del mediatore⁴³. Nell'esercizio della loro libertà negoziale essi possono concordare proporzioni diverse (es. 3% a carico del venditore, 1% a carico dell'acquirente) o stabilire che il relativo onere sia a carico di una parte soltanto (c.d. clausola franco mediazione). Queste deviazioni dallo schema legale sono opponibili al sensale solo se le abbia accettate⁴⁴.

Se l'affare è concluso per l'intervento di più mediatori, ciascuno di essi ha diritto ad una quota della provvigione (art. 1758

⁴⁰ Cass., 26 maggio 1999, n. 5108, in *Giur. it.*, 2000, 1620, con nota di Greca, precisa che il valore corrisponde al prezzo effettivamente pagato (il caso riguardava la vendita di un pacchetto azionario).

⁴¹ Garante concorr. Mercato, 25 marzo 2004, n. 13035, in *Giust. Civ.*, 2004, I, 2157.

⁴² Solitamente gli usi prevedono la stessa percentuale a carico di ciascuna delle parti. Talvolta sono però previste percentuali diverse: gli usi raccolti dalla Camera di commercio di Milano, ad esempio, per la "mediazione con prestazione di servizi" prevedono il 5% dal venditore e il 3% dal compratore nella vendita di immobili sino ad € 155.000,00.

⁴³ Ogni parte ha infatti un'obbligazione autonoma: v. BUONOCORE (a cura di), *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2013, 939; A. TRABUCCHI, *op. cit.*, 1033; LUMINOSO, *op. cit.*, 111.

⁴⁴ G. FERRI, *op. cit.*, 892, osserva che, se il mediatore non ha accettato la clausola franco mediazione, può chiedere la provvigione anche alla parte che in base a contratto ne dovrebbe essere esente, salvo poi il diritto di questa al rimborso nei confronti dell'altra.

c.c.); l'ammontare della quota va stabilito in base all'importanza dell'opera di ciascuno⁴⁵. In tal caso si tratta di obbligazione divisibile ex art. 1314 c.c. e “qualora sia stata pagata ad un solo mediatore l'intera provvigione, resta ferma la responsabilità delle parti per il pagamento delle quote spettanti agli altri con esclusione di ogni azione di rivalsa da parte di questi nei confronti di chi abbia percepito l'intera provvigione”⁴⁶.

Nei casi sopra descritti di mediazione unilaterale, come si è visto, prevale l'opinione per cui il compenso non può essere chiesto al contraente che ha ignorato l'intervento del sensale o vi si è preventivamente opposto.

Per stabilire l'ammontare della provvigione può rilevare il luogo al quale riferirsi: infatti la percentuale fissata dagli usi locali cambia da una provincia all'altra. La Cassazione – in sentenze comunque non recenti - ha privilegiato il criterio secondo cui vale il luogo in cui si è costituito il rapporto mediatizio; taluno ritiene invece decisivo il luogo in cui è avvenuta la messa in relazione o in cui si è concluso l'affare⁴⁷.

Si tratta di aspetto che può influire pure sull'individuazione del giudice territorialmente competente in caso di controversia, salvo che questa non nasca dalla richiesta di pagamento della provvigione, nel qual caso – trattandosi di credito determinato o determinabile – vale il domicilio del creditore (art. 1182 c.c.).

6. Frode al mediatore e prescrizione del diritto

La natura sfuggente dell'istituto in esame istiga talvolta la pretesa della provvigione pure quando l'apporto del mediatore è irriconoscibile o inefficace. D'altro canto non è infrequente che siano gli intermediati ad abusare dell'ambiguità del rapporto di mediazione: “sul terreno della frode la fantasia delle persone si

⁴⁵ Cfr. Cass., 18 marzo 2005, n. 5952; Cass., 8 ottobre 1974, n. 2657; Trib. Roma, 22 luglio 2010, in *Giur. It.*, 2011, 116, che parla di suddivisione del compenso in proporzione all'efficienza causale dell'attività di ciascuno.

⁴⁶ MARINI, *op. cit.*, 129. In giurisprudenza v. Cass., 11 giugno 2008, n. 15484, in *Giust. Civ.*, 2009, II, 393, con nota di Simeoli.

⁴⁷ Sul punto FERRARA – CORSI, *op. cit.*, 138 (nt. 2), ove ulteriori riferimenti; PERFETTI, *op. cit.*, 722 ss.; CATRICALA', *op. cit.*, 119.

è spesso sbizzarrita facendo degno *pendant* a certa tendenza ad inventare mediazioni inesistenti⁴⁸.

Non è raro che le parti operino una frode al mediatore simulando un abbandono delle trattative, per poi invece stipulare il contratto rispetto al quale egli le aveva poste in relazione. In questo caso si deve comunque riconoscere il diritto alla provvigione, se la conclusione del negozio è da ricondursi alla sua opera, senza contare l'obbligo di buona fede nel campo delle obbligazioni⁴⁹.

L'apparente disinteresse per l'affare – poi smentito dai fatti – può però mettere in difficoltà l'intermediario, soprattutto con riguardo alla prescrizione annuale del diritto a pretendere il compenso (art. 2950 c.c.). Se già il contratto preliminare legittima la relativa richiesta, infatti, è dalla sua conclusione che decorre il breve termine entro cui egli deve far valere le proprie ragioni, senza che lo sospenda l'omessa comunicazione da parte dei contraenti⁵⁰.

Spesso però il preliminare non viene trascritto né registrato; con la conseguenza che, se le parti ritardano il rogito, egli rischia di sfiorare il termine annuale senza poter sapere che è già stato concluso un affare in base a cui gli spetta il compenso. In questi casi non gli resta che inviare periodicamente “al buio” una messa in mora.

⁴⁸ CAGNASSO - COTTINO, *op. cit.*, 204.

⁴⁹ Il principio di buona fede può spingere a disapplicare le clausole contrattuali a seguito di un comportamento elusivo delle parti: Cass., 5 marzo 2009, n. 5348, in *Giur. It.*, 2010, 581, in presenza di una clausola per cui il diritto alla provvigione sarebbe sorto se il preliminare fosse stato stipulato entro un anno dal conferimento dell'incarico al mediatore, ha ritenuto contrario a buona fede il comportamento del venditore che stipulava il preliminare venti giorni dopo la scadenza del termine. Più in generale Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, in *Giur. It.*, 2009, 2097, ha stabilito che il controllo giudiziale di un contratto deve essere condotto in base al principio della buona fede oggettiva, ciò che può consentire un intervento del giudice modificativo del regolamento pattuito.

⁵⁰ Opta per la decorrenza del termine dal preliminare Cass., 16 giugno 1992, n. 7400; così in dottrina BIANCA, *Diritto civile. Le garanzie reali. La prescrizione*, Milano, 2012, 663. Secondo Cass., 29 gennaio 2010, n. 2030, il termine di prescrizione può considerarsi sospeso solo qualora vi sia il doloso occultamento del contratto, non sussistendo l'obbligo di comunicare al mediatore la sua conclusione e non rilevando la mancata trascrizione o registrazione del contratto. Nello stesso senso Cass., 13 febbraio 2002, n. 2071, in *Giust. Civ.*, 2003, I, 520.

Invocando il principio di buona fede si potrebbe sostenere che, se le parti non comunicano al mediatore di aver concluso il contratto, la prescrizione decorre da quando egli poteva diligentemente venirne a conoscenza. Come è noto, tuttavia, la buona fede ha poco a che fare con la prescrizione, la quale decorre in base alla mera possibilità legale di far valere il diritto (art. 2935 c.c.)⁵¹.

Se poi il preliminare non è stato registrato, le parti potrebbero furbescamente retrodatarlo per anticipare la prescrizione, posto che ad avviso della giurisprudenza in tal caso l'intermediario non può invocare l'assenza di data certa ex art. 2704 c.c.⁵² Ma qui il dolo dei contraenti – peraltro da provare – gli consente di invocare la sospensione della prescrizione di cui all'art. 2941 n. 8 c.c. (doloso occultamento del debito), la quale forse potrebbe valere anche in caso di (attiva) simulazione dell'abbandono delle trattative, diversa dal mero silenzio.

7. Clausole anomale, figure affini e natura sfuggente della mediazione

Come risulta dalla rassegna sin qui esposta, molti aspetti dell'attività del mediatore presentano confini incerti. Il punto è che la mediazione - seppur disciplinata dalla legge - presenta spesso una casistica difficilmente inquadrabile nella normativa, anche perché le parti stipulano patti atipici che deformano i caratteri classici della fattispecie.

Si pensi anzitutto al patto di esclusiva, che impone all'intermediario di non concludere l'affare autonomamente né per mezzo di altri mediatori⁵³, o alla clausola che impone il

⁵¹ Tralasciando il discorso sulla buona fede, va comunque notato che la giurisprudenza più recente tende a superare la rigidità dell'art. 2935 c.c.; si veda sul punto BIANCA, *op. ul. cit.*, 567 ss.; GAZZONI, *op. cit.*, 114. Ad esempio, per la prescrizione dell'azione revocatoria, Cass., 19 gennaio 2007, n. 1210, in *Giur. It.*, 2008, 91, ha stabilito che il relativo termine decorre dal giorno in cui dell'atto è stata data pubblicità ai terzi.

⁵² Così appunto Cass., 29 gennaio 2010, n. 2030.

⁵³ Secondo la giurisprudenza le parti possono rendere atipica la mediazione, stabilendo il diritto al compenso pure in caso di revoca anticipata dell'incarico o di conclusione dell'affare tramite altro operatore: cfr. Cass., 22 aprile 2009, n.

pagamento della provvigione anche in caso di mancata conclusione dell'affare⁵⁴.

Si tratta peraltro di pattuizioni che, come si è già accennato, potrebbero porsi in contrasto con la normativa a tutela dei consumatori (art. 33 Codice del consumo), sia in relazione alla dismisura delle penali, sia in relazione alla restrizione della libertà negoziale nei rapporti con i terzi⁵⁵; con la precisazione che in generale detta normativa considera vessatorie – e come tali nulle – tutte le clausole che determinano “un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto” (art. 33 comma 1).

Si rifletta, ancora, sul fatto che a volte è difficile distinguere tra mediazione e mandato, quando l'intermediario agisce su

9547, in *Giur. It.*, 2009, 2637, secondo cui la provvigione non spetta solo perché c'è il patto di esclusiva, dovendo questo essere appunto accompagnato dalla previsione del diritto al compenso in caso di revoca anticipata dell'incarico o di vendita tramite altro mediatore. Per Cass., 1 giugno 2000, n. 7273, il patto che, limitando la libertà contrattuale di chi dà l'incarico al mediatore, richiede al primo, da un lato, di obbligarsi a non concludere l'affare al di fuori dell'intervento del mediatore, dall'altro, di rinunciare alla libertà di concludere o no l'affare con la parte che le sarà proposta, è valido se contenuto in determinati limiti di tempo ed espone chi conferisce l'incarico, se non osserva il patto stesso, a dover pagare al mediatore un risarcimento del danno.

⁵⁴ Cass., 15 maggio 2002, n. 7067, in *Giust. Civ.*, 2003, I, 409, con nota di Giacobbe, ha ammesso il patto che riconosce la provvigione indipendentemente dalla conclusione dell'affare, a fronte dell'attività di ricerca svolta dal mediatore. Cass., 13 marzo 2009, n. 6171, ha poi precisato che “sono valide le clausole del contratto di mediazione che ampliano, rispetto allo schema legale, i diritti del mediatore e lo esonerano dall'onere di dimostrare l'utilità della sua intermediazione in ordine alla conclusione dell'affare”.

⁵⁵ Oltre a quanto evidenziato alla nota 12, si consideri che pure la clausola di esclusiva è stata ritenuta vessatoria in base al Codice del Consumo (art. 33 lett. t), in quanto restrittiva della libertà del consumatore: così App. Roma, 4 novembre 2010, in banca dati *Juris data*. In precedenza Cass., 16 febbraio 1998, n. 1630, aveva d'altro canto affermato che detta clausola è compatibile con il rapporto di mediazione, rappresentando una semplice cautela. Secondo Trib. Bari, 22 settembre 2008, in *Giur. merito*, 2011, 1, 82, con nota di Rolfi, “è valida, e non qualificabile come vessatoria, la clausola inserita in un contratto di mediazione, con la quale si preveda, oltre all'irrevocabilità dell'incarico per un certo termine, il diritto del mediatore alla provvigione con la sola presentazione di proposte contrattuali”. Per Trib. Roma, 19 maggio 2016, in *www.ilcaso.it*, 15088, nella mediazione atipica è vessatoria ex art. 33 del Codice del Consumo la clausola che prevede un corrispettivo per recesso anticipato a carico del cliente di valore prossimo alla provvigione. Sulle varie clausole atipiche e sulla loro liceità si veda PERFETTI, *op. cit.*, 703 ss.; LUMINOSO, *op. cit.*, 130 ss.

incarico di una parte, o tra mediatore e figure affini (procacciatore d'affari etc.). Se è vero che il mediatore, a differenza del mandatario, non ha l'obbligo di eseguire l'incarico e non viene retribuito se l'affare non si conclude, si ammette che possa svolgere la propria attività sulla base di un contratto di mandato⁵⁶.

Questa figura negoziale però non ricorre solo perché l'incarico contempla la dicitura (impropria) "mandato di vendere / acquistare", essendo a tal fine necessaria la previsione di compiere veri e propri atti giuridici per conto del mandante⁵⁷. Nondimeno la confusione tra le due figure è alimentata dalla Legge 39/1989, laddove riconosce la categoria degli "agenti muniti di mandato a titolo oneroso".

Il fatto che il mediatore abbia un rapporto privilegiato con una delle parti crea un attrito con la stessa definizione generale di cui all'art. 1754 c.c., secondo la quale egli non è legato ad alcuna delle parti "da rapporti di collaborazione, dipendenza o rappresentanza"⁵⁸. Nella pratica però solitamente l'agente immobiliare agisce su incarico di un soggetto, tanto che l'imparzialità non dovrebbe costituire un elemento essenziale, risolvendosi solo nell'obbligo di far conoscere le circostanze a lui note che

⁵⁶ Così recentemente Cass., 14 luglio 2009, n. 16382, in *Giur. It.*, 2010, 61, con nota di Bazzo, la quale precisa che in tal caso può chiedersi la provvigione solo a chi ha conferito l'incarico. Sulle differenze tra mediazione e mandato cfr. Cass., 18 febbraio 1998, n. 1719, *ivi*, 1999, 268, con nota di Arcidiacono, secondo cui l'imparzialità del mediatore è indipendente dall'unilateralità dell'incarico; Cass., 6 dicembre 2016, n. 24950, *cit.* Sul punto MARINI, *op. cit.*, 73, nota efficacemente che "il mediatore, diversamente dal mandatario, non contratta ma fa contrattare".

⁵⁷ Si veda in tal senso DI CHIO, voce *Mediazione e mediatori*, in *Digesto, Disc. Priv., Sez. comm.*, IX, Torino, 1993, 394 ss.; così anche Cass., 18 febbraio 1998, n. 1719, *cit.* Secondo Cass., 15 maggio 2002, n. 7067, *cit.*: "costituisce ipotesi di mediazione tipica la fattispecie in base alla quale una parte manifesti al mediatore il proprio interesse a vendere un immobile, incaricandolo di ricercare un potenziale acquirente, senza peraltro al medesimo conferire per iscritto mandato a vendere ovvero il potere di vendere a suo nome, né impegnandosi a versargli comunque un corrispettivo per l'attività svolta anche in caso di mancata conclusione dell'affare". Ambigua sul punto pare invece Cass., 14 luglio 2009, n. 16382, citata alla nota precedente; per una condivisibile critica di questa sentenza si veda CHIARINI, *La natura della mediazione tra attività giuridica in senso stretto e mandato*, in *Giur. It.*, 2010, 818 ss.

⁵⁸ Secondo MARINI, *op. cit.*, 27, sarebbe allora intrinsecamente contraddittorio il concetto di mediazione atipica, dovendosi ricorrere a schemi diversi dalla mediazione in caso di carenza di un elemento caratterizzante il tipo legale.

possono influire sulla conclusione dell'affare (art. 1759 c.c.)⁵⁹. D'altro canto risulta alquanto generico il termine "collaborazione", né si può immaginare che egli non la instauri con le parti se è vero che deve metterle in relazione.

Si consideri inoltre che ancora oggi è controverso se la mediazione abbia natura contrattuale o meno: se tragga origine da un accordo – esplicito o implicito – tra le parti o se sia fondata sul semplice fatto della interposizione del mediatore tra due potenziali contraenti⁶⁰. Con la conseguenza che è la sua stessa natura ambigua originaria a provocare "a cascata" dubbi e controversie circa la spettanza o meno del compenso. Basti pensare che la tesi non negoziale legittimerebbe la pretesa della provvigione pure qualora la parte abbia rifiutato *ab origine* l'intervento del mediatore.

La frequenza del contenzioso è poi alimentata dal fatto che, soprattutto quando manca un incarico formale, risulta spesso sfuggente la prova dell'intromissione nell'affare e soprattutto del nesso causale tra l'attività mediatoria e la conclusione del contratto. Tanto più che nella pratica ricorrono molteplici modalità di "messa in relazione": da quella più trasparente della personale presentazione dei possibili contraenti, a quella più sfumata dell'aiuto a superare divergenze per la conclusione dell'affare⁶¹. E più l'opera del mediatore diviene evanescente, più la

⁵⁹ Così CAMPOBASSO, *op. cit.*, 94; nello stesso senso DI CHIO, *op. cit.*, 386. In effetti la legge non menziona il requisito dell'imparzialità e, anche se la giurisprudenza la indica spesso come requisito tipico, non è ben chiaro in che cosa essa dovrebbe consistere: cfr. CATRICALA', *op. cit.*, 112 ss. MARINI, *op. cit.*, 55, osserva che "riferita al mediatore la c.d. imparzialità vale solo ad esprimere la sua terzietà e cioè la posizione di terzo rispetto alle parti dell'affare". Per Cass., 26 maggio 2000, n. 6959, "ai sensi dell'art. 1754 c.c. carattere essenziale della figura giuridica del mediatore è la sua imparzialità, intesa come assenza di ogni vincolo di mandato, di prestazione d'opera, di preposizione institoria e di qualsiasi altro rapporto che renda riferibile al dominus l'attività dell'intermediario" (nel caso di specie è stato escluso il requisito dell'imparzialità poiché vi era l'incarico di trattare la vendita in nome e per conto della parte).

⁶⁰ Per la tesi contrattuale v. FERRARA – CORSI, *op. cit.*, 134; GALGANO, *op. cit.*, 141. Per la tesi opposta v. CATRICALA', *op. cit.*, 96 ss.; G. FERRI, *op. cit.*, 889 ss. Sul punto CAGNASSO - COTTINO, *op. cit.*, 192 ss., rilevano giustamente la difficoltà di approdare ad una soluzione interpretativa soddisfacente.

⁶¹ Cfr. LUMINOSO, *op. cit.*, 16 ss. Trattando della figura del mediatore creditizio Cass., 24 ottobre 2013, n. 24118, ha precisato che "l'individuazione della persona con cui trattare, a sua volta, è attività che può teoricamente avvenire con due modalità diverse: l'avvicinamento od il reperimento. Si ha la prima

dimostrazione dell'efficacia del suo intervento si fa ardua, dovendo egli provare di aver apportato un *quid novi*.

Accade poi che le parti sostituiscano a sé altri per la stipulazione del contratto, o che ne concludano uno diverso da quello originariamente sollecitato al mediatore, ciò che genera ulteriori dubbi, risolti nel senso che tali circostanze non fanno venire meno il diritto alla provvigione qualora permanga il rapporto di causalità tra la sua opera e la conclusione dell'affare⁶².

In quest'ottica va notato che la legge impiega appunto il termine "affare", in luogo di quello più ristretto di "contratto", dando evidentemente rilievo all'operazione economica nel suo complesso. Dovrebbe quindi sussistere il diritto al compenso pure nel caso in cui venga stipulato un contratto ad un prezzo diverso da quello trattato inizialmente con l'intermediario⁶³.

In definitiva ancora oggi l'istituto della mediazione appare controverso, con approdi dottrinali e giurisprudenziali per nulla pacifici, tanto che risultano sempre numerose le pronunce della Suprema Corte sulla provvigione dell'agente immobiliare. In effetti ciò deriva soprattutto da un'ambiguità *in re ipsa* della fattispecie, che nemmeno il codice civile ha osato definire, limitandosi a delineare la figura del mediatore senza prendere posizione sulla natura dell'istituto.

quando il mediatore favorisce la conoscenza di due persone che in precedenza erano ignote l'una all'altra; si ha la seconda quando il mediatore appiana le divergenze esistenti tra due intermediari che già si conoscevano, e che avevano fino ad allora impedito la conclusione dell'affare".

⁶² Sulla sostituzione delle parti cfr. Cass., 7 ottobre 2004, n. 20549, *Giur. It.*, 2005, 1824; Cass., 25 ottobre 2002, n. 15104, *ivi*, 2003, 1348, con nota di Stivali. Per il caso di conclusione di un contratto diverso da quello proposto dal mediatore cfr. Cass. 25 ottobre 1991, n. 11384, laddove invece che l'immobile erano state infine acquistate le azioni della società proprietaria; nello stesso senso, in tema di locazione finanziaria rispetto alla vendita, Cass., 9 maggio 2008, n. 11521. Cass., 6 maggio 1996, n. 4196, in *Foro It.*, 1996, I, 2384, ha invece escluso il diritto alla provvigione poiché da una proposta di *leasing back* si era passati – anni dopo – ad una vendita. In dottrina G. FERRI, *op. cit.*, 891, osserva che "è alla sostanza che deve aversi riguardo, non anche alla forma giuridica" e pertanto afferma che permane il diritto alla provvigione se dopo la trattativa per l'acquisto di un immobile di una società si cede invece il pacchetto azionario. Nella stessa ottica GALGANO, *op. cit.*, 138 (nota 18), che richiama il concetto di oggetto indiretto del contratto.

⁶³ Cfr. in tal senso Cass., 5 dicembre 2014, n. 25799, in *Giur. It.*, 2015, 10; Cass., 6 dicembre 2016, n. 24950, *cit.*; Cass., 5 marzo 2009, n. 5339; Trib. Mantova, 7 novembre 2006, in *www.ilcaso.it*, 439.