

MARIA CECILIA POLO

Fecha de recepción: febrero 28 de 2010.

Abstract

Il rapporto di mediazione non si configura – e non sorge quindi il diritto alla provvigione - qualora le parti pur avendo concluso l'affare grazie all'attività del mediatore, non siano state in messe in condizione di conoscere e valutare l'attività di quest'ultimo. Ciò accade, in modo particolare, nel caso in cui il mediatore, con il suo comportamento ingenera nelle parti una falsa rappresentazione della qualità con la quale egli partecipa alle trattative inerenti alla conclusione dell'affare. La prova relativa alla conoscenza dell'attività di mediazione, da parte degli interessati, incombe sul mediatore che voglia far valere in giudizio il diritto alla provvigione.

I. Il caso

Con la sentenza del 15.03.2007, n. 6004, la Suprema Corte italiana affronta l'annoso quesito che ha diviso in dottrina i sostenitori della tesi negoziale e non negoziale della mediazione. *Il thema decidendi riguarda la necessità, ai fini del diritto alla provvigione, che le parti siano messe in grado di conoscere l'opera di intermediazione prestata dal mediatore.*

Questa in sintesi la vicenda.

Un soggetto sostiene di aver svolto un'attività di mediazione, rendendo possibile ad una Banca l'acquisto di due pacchetti azionari, detenuti rispettivamente da una società e da un privato, all'interno di un'altra Banca. La cessione dei pacchetti azionari in questione consentiva alla Banca acquirente di ottenere il capitale di controllo dell'altro Istituto di Credito. Il presunto mediatore cita in giudizio la Banca (acquirente) e la società (venditrice) delle azioni per il riconoscimento del suo diritto alla provvigione. La domanda viene respinta in primo ed in secondo grado non risultando alcuna prova che le parti convenute fossero a conoscenza dell'opera di intermediazione svolta in loro favore. I giudici di merito sostengono che – seppure l'intervento del mediatore sia stato determinante nell'acquisto del capitale di controllo da parte

della Banca – è in ogni caso necessario che il mediatore fornisca la prova che le parti fossero a conoscenza dell'opera di intermediazione da lui svolta.

La Suprema Corte, nella sentenza in commento, ripercorre i temi caldi della mediazione e prende le distanze sia dalla tesi contrattualistica che dalla tesi non negoziale per soffermarsi sulla definizione dell'attività di mediazione e sul tema della necessaria conoscibilità di detta attività da parte dei soggetti interessati alla conclusione dell'affare.

Il tema della consapevolezza dei soggetti intermediati è stato al centro del dibattito dottrinale ed ha costituito uno dei capisaldi della teoria contrattuale il cui obiettivo primario è quello di evitare il perfezionarsi di un contratto "non voluto", ancorandolo, se non a dichiarazioni espresse, almeno a comportamenti concludenti da cui desumere la volontà delle parti di avvalersi dell'opera del mediatore.

La Corte, nell'individuare i caratteri essenziali dell'attività di mediazione, sembra prendere il meglio delle due teorie che vedono la mediazione alternativamente come accordo contrattuale oppure come fonte legale di obblighi e di diritti.

Nella decisione in commento si sostiene che l'attività di mediazione debba consistere da un lato, nell'incontro delle volontà dei soggetti interessati, cioè del mediatore e di coloro che richiedono la sua intermediazione, e dall'altro nell'utile messa in contatto delle parti, ossia dei/i soggetti intermediati e del terzo individuato dal mediatore per la conclusione dell'affare.

Ebbene, il primo elemento, *i.e.* l'incontro delle volontà delle parti, sembra richiamare le affermazioni della tesi contrattuale, secondo la quale l'incontro delle volontà può risultare sia da dichiarazioni esplicite che da un'accettazione tacita dell'opera del mediatore.

Il secondo elemento consistente nell'utile messa in contatto richiama invece la teoria non negoziale, riconoscibile nel riferimento, espressamente effettuato dalla Corte, alla "mediazione di contratto" ed al carattere di atipicità della mediazione.

Sulla base della ricostruzione degli elementi minimi della fattispecie mediatizia la Corte afferma che *il rapporto di mediazione non può configurarsi – e non sorge quindi il diritto alla provvigione – nel caso in cui le parti, pur avendo concluso l'affare grazie all'attività del mediatore, non siano state messe in grado di conoscere (ed abbiano quindi potuto ignorare senza colpa) l'opera di intermediazione svolta da quest'ultimo.*

Nel caso che ci occupa, la Corte esclude il rapporto di mediazione mancando uno dei due elementi essenziali dell'attività di mediazione, *i.e.* la consapevolezza delle parti coinvolte nell'affare circa l'attività di intermediazione prestata in loro favore.

II. Le questioni

1. NATURA GIURIDICA DEL RAPPORTO DI MEDIAZIONE

La sentenza della suprema Corte di Cassazione, III sez., del 15.03.2007, n. 6004 offre lo spunto per ritornare sul tema della natura giuridica della mediazione in merito al quale la Sentenza in commento apparentemente non prende posizione, preferendo soffermarsi ad esaminare gli elementi essenziali della fattispecie mediatizia.

Come noto, l'art. 1754 cod. civ. nello stabilire che "è mediatore colui che mette in relazione due o più parti per la conclusione di un affare, senza essere legato ad alcuna di esse da rapporti di collaborazione, di dipendenza o di rappresentanza" fornisce la nozione di mediatore ma non una esplicita qualificazione della mediazione come contratto.

Da qui il dibattito dottrinario e giurisprudenziale volto a individuare la *ratio* della norma e soprattutto il miglior margine di tutela per il mediatore o per le parti dell'affare concluso. Dalla qualificazione della mediazione come accordo contrattuale o come fonte legale di obblighi e di diritti scaturiscono soluzioni diverse sul diritto alla provvigione del mediatore e in generale sulla necessità o meno della consapevolezza, da parte dei destinatari, dell'agire del mediatore.

Le numerose opinioni espresse dalla dottrina e dalla giurisprudenza con riferimento alla natura della mediazione possono essere ricondotte sostanzialmente a tre diverse concezioni.

In base alla prima, assolutamente dominante in giurisprudenza e abbastanza accreditata in dottrina, la mediazione costituisce sempre un contratto; per la seconda, che oggi appare decisamente in declino, la mediazione darebbe vita necessariamente ad un rapporto di fonte non contrattuale; la terza, che sta acquistando sempre maggiore diffusione in dottrina, riconduce la fattispecie della mediazione, a seconda dei casi concreti, o ad un modello negoziale o ad un schema acontrattuale.

La giurisprudenza, in conformità alla prima delle ricordate teorie, ha affermato che la mediazione ha natura contrattuale, sia nel caso in cui gli interessati conferiscano previamente l'incarico al mediatore, sia nel caso in cui accettino comunque l'attività da lui prestata, in quanto, in entrambi i casi, tale attività trae origine e fondamento dalla volontà dei soggetti, manifestata esplicitamente o implicitamente mediante fatti concludenti.

Le ragioni che stanno alla base della tesi negoziale sono evidenti. Si intendono salvaguardare i principi della libertà e del consenso che conoscerebbero una pesante deroga se chiunque, dimostrando il fatto obiettivo di essersi interposto nella conclusione dell'affare, anche senza incarico delle parti, potesse esigere il pagamento della provvigione. Si vuole, al contempo, garantire l'autonomia dell'interessato, mettendolo in grado di decidere se avvalersi o meno delle prestazioni (a titolo oneroso) che gli vengono offerte, evitando di fargli subire le altrui iniziative non autorizzate.

Nell'ambito della teoria in esame, la struttura del contratto di mediazione è considerata da alcuni di tipo trilaterale, ritenendo necessario il consenso del mediatore e di tutti i possibili contraenti dell'affare, da altri di tipo bilaterale, essendo l'incarico conferito separatamente da ciascuna delle parti.

Il momento del perfezionamento del contratto di mediazione varia a seconda della struttura prescelta. Per i sostenitori della struttura trilaterale, il contratto si perfeziona con la prestazione del consenso da parte dell'ultimo dei contraenti, per gli altri, il perfezionamento del negozio bilaterale avviene con l'accettazione dell'incarico da parte del mediatore o con l'accettazione dell'attività mediatrice da parte dell'interessato all'affare.

La tesi non negoziale esclude completamente la necessità di un conferimento esplicito o tacito dell'incarico e qualifica la mediazione quale fonte legale di diritti e di obblighi. La fattispecie mediatrice troverebbe il suo fondamento in un'attività (non autorizzata) del mediatore, rispetto alla quale sarebbero ammissibili unicamente accordi modificativi ed integrativi della disciplina di legge (ad es. in relazione al diritto alla provvigione, agli obblighi di informazione, al rimborso delle spese e via dicendo). Questo orientamento ritiene che alla base della mediazione vi sia un atto giuridico in senso stretto e non un contratto, per cui la qualifica di mediatore verrebbe acquisita con lo svolgimento di un'attività materiale e non a seguito di un incarico delle parti intermedie. Tale ricostruzione troverebbe fondamento nella volontà del legislatore di tutelare "chi in assenza di un preciso incarico, si è adoperato per la conclusione di un contratto stipulato tra due o più parti, assicurandosi così il diritto a percepire la provvigione" (DI CHIO, 544, cit. *infra*, sez. IV).

La maggior differenza tra le due teorie analizzate risiede nella necessità o meno della consapevolezza da parte dell'interessato o degli interessati (all'affare) dell'attività svolta dal mediatore a loro beneficio.

Se in base alla teoria contrattuale la volontà delle parti non può mancare, sia pure espressa in modo tacito, nella teoria non negoziale si prescinde dal paradigma delle conoscibilità per ravvisare un'attività di mediazione tutte le volte in cui in cui tra l'opera svolta dal mediatore e la conclusione dell'affare vi sia un nesso di causalità.

Per i contrattualisti il rapporto di mediazione non può sorgere qualora le parti, pur avendo concluso l'affare grazie all'attività del mediatore, non siano state messe in grado di conoscere l'opera di intermediazione svolta dallo stesso. Gli antinegozialisti, al contrario, prescindono dalla consapevolezza della parti interessate all'affare e collegano il realizzarsi della fattispecie unicamente all'obbiettivo svolgimento dell'attività di mediazione in favore dei contraenti.

Tra i sostenitori della tesi non negoziale, è stato sostenuto che l'elemento necessario perché possa instaurarsi un rapporto di mediazione non è rappresentato tanto dalla consapevole utilizzazione, da parte degli interessati, dell'opera del mediatore, quanto dalla obiettiva riconoscibilità dell'intervento mediatorio. In altri termini, l'esigenza da soddisfare non consisterebbe nel garantire l'effettiva conoscenza, dell'agire del mediatore, da parte dei contraenti dell'affare bensì nell'imporre a chi interviene, in veste di mediatore, di comportarsi in modo tale da rendere percepibile il proprio ruolo di intermediario. (cfr. LUMINOSO 2006, cit. infra sez. IV).

La giurisprudenza pressoché unanime e larga parte della dottrina ritengono che la consapevolezza delle parti interessate (all'affare) implichi sempre una vera e propria volontà negoziale, per cui che anche la semplice utilizzazione dell'attività del mediatore deve essere intesa come accettazione tacita o per *facta concludentia* di una proposta contrattuale proveniente da quest'ultimo.

La decisione in commento sembra abbracciare la tesi contrattualista nella misura in cui ritiene necessario, per configurare un'attività di mediazione, l'incontro delle volontà delle parti dell'affare intermediato. Tale orientamento è deducibile dal fatto che la Corte esclude la possibilità di una mediazione fondata su una mera attività materiale e pone in rilievo l'esigenza

di tutelare la parti e di garantire loro una scelta ponderata circa la necessità di avvalersi di un mediatore.

Che questa esigenza di tutela voglia significare un avallo della teoria contrattuale, in realtà, poco importa. Ciò che dalla Sentenza emerge con chiarezza è una presa di posizione di favore della conoscibilità dell'opera di intermediazione da parte di coloro che essendone i destinatari sono anche i titolari dei relativi obblighi.

Alle tesi già esaminate si è aggiunto un terzo orientamento secondo il quale la mediazione ha natura variabile, nel senso che a seconda dei casi può dar vita o ad un contratto o ad una fattispecie non negoziale.

Le diverse opinioni che confluiscono in questo orientamento riconoscono che, qualora tra il mediatore ed uno o entrambi i possibili contraenti non sia intervenuto un contratto di mediazione, sorge ugualmente a carico del soggetto o dei soggetti che utilizzano l'opera del mediatore l'obbligo di corrispondere la provvigione, a condizione che l'affare sia concluso e che l'attività del mediatore sia causalmente collegata alla positiva conclusione delle trattative.

Nell'ambito di questo orientamento che potremmo dire intermedio, è stata elaborata una teoria secondo la quale, in assenza di un espresso incarico al mediatore, piuttosto che fare riferimento alla figura dei *facta concludentia*, che rappresentano una mera *factio* della volontà, è possibile ricorrere alla fattispecie più specifica del "contratto di fatto", di un contratto, cioè, concluso con l'attuazione.

Per la configurazione di un contratto di fatto ciò che conta non è la volontà interiore delle parti ma il significato sociale che essa assume.

L'utilizzazione, da parte degli interessati, dell'attività del mediatore equivarrebbe ad un contegno il cui significato sociale è, indipendentemente dalla effettiva volontà delle parti, quello di un atto decisionale espressivo della volontà di conferire un incarico mediatorio. Pertanto, l'indagine interpretativa per valutare l'esistenza di un rapporto di mediazione non è di carattere psicologico, ossia volta a stabilire se ci sia stata una consapevolezza dell'intermediazione, bensì finalizzata a stabilire se il comportamento della persona che si interpone nella conclusione di un affare possa essere percepito, in base al suo oggettivo valore sociale, come

un intervento di tipo mediatizio.

La qualificazione della mediazione come contratto di fatto avrebbe l'effetto di vincolare tanto il mediatore quanto il destinatario; quest'ultimo, in ogni caso rimarrebbe libero di paralizzare gli effetti dell'esecuzione esprimendo il proprio dissenso all'attività svolta dal mediatore, prima del prodursi del risultato.

Il "contratto di fatto" non è altro che un artificio dogmatico mediante il quale si includono nella fattispecie generale dell'art. 1321 cod. civ., anche quei rapporti patrimoniali non connotati da un'attività dichiarativa delle parti, parlata o scritta, ma realizzata attraverso comportamenti che univocamente rappresentano la volontà di costituire un rapporto giuridico.

In sintesi, nel caso in cui una parte usufruisca di una prestazione altrui, sarà necessario verificare se quel contegno sia socialmente valutato come accettazione della prestazione. Il "contratto di fatto" quale contratto concluso mediante un contatto sociale è quindi un contratto a tutti gli effetti. In virtù di tale impostazione, la conclusione del contratto si potrà verificare anche quando, pur in assenza di un accordo, il destinatario della prestazione l'ha accettata o non l'ha rifiutata.

A questa tipologia di contratto potrebbero essere ricondotte tutte quelle fattispecie mediatizie, sorte in assenza di un formale accordo tra le parti, e che la Corte individua con l'espressione "mediazione di contratto", in virtù del carattere dell'atipicità della mediazione.

La teoria del contratto di fatto sembra essere in armonia con la decisione in rassegna sulla base del seguente ragionamento. La Corte ritiene che vi sia mediazione anche quando le parti abbiano espresso il loro consenso in modo implicito. Ebbene, la teoria del "contratto di fatto" rinvia ad una valutazione sociologica fondata sull'*id quod plerumque accidit* per valutare l'esistenza della volontà delle parti di avvalersi di un mediatore. Si tratta, dunque, di un'evoluzione della teoria contrattuale o se vogliamo dell'adozione di un criterio più oggettivo dal quale desumere la volontà dei destinatari della mediazione. Detto criterio nulla toglie al paradigma della conoscibilità, al contrario, costituisce un modo concreto per stabilire se i comportamenti tenuti dalle parti possano considerarsi manifestazione della volontà di avvalersi della mediazione.

2. L'UTILE MESSA IN CONTATTO DELLA PARTI QUALE ELEMENTO RILEVANTE ED AUTONOMO RISPETTO ALLA CONCLUSIONE DELL'AFFARE

La Supr. Corte individua gli elementi costitutivi della fattispecie mediatizia (i) nell'incontro delle volontà dei soggetti interessati e (ii) nell'utile messa in contatto delle parti.

Sull'incontro della volontà delle parti ci siamo già soffermati mettendo in rilievo come la Corte abbia ritenuto essenziale, per il sorgere del diritto alla provvigione, che le parti abbiano avuto la consapevolezza dell'intervento del mediatore ed accettato, anche tacitamente, la sua attività.

Passando ora all'altro elemento centrale della mediazione, rappresentato dalla c.d. "messa in relazione delle parti", rileviamo innanzitutto che tanto la dottrina quanto la giurisprudenza hanno dato alla formula legislativa un'interpretazione estensiva.

Si è osservato al riguardo che la fattispecie regolata dall'art. 1754 cod. civ. consente di far rientrare nell'ambito della "messa in relazione" delle parti svariate forme di attività del mediatore – collegate alla positiva conclusione delle trattative – tutte parimenti idonee a far sorgere il diritto alla provvigione.

In quest'ordine di idee, il mediatore può agevolare la conclusione dell'affare in vari modi: occupandosi della pubblicità dell'affare, contattando le persone disposte a concluderlo, aiutando a superare le difficoltà insorte durante le trattative, e via dicendo.

Dottrina e giurisprudenza concordi, hanno chiarito che la "messa in relazione" delle parti, non deve esser intesa alla lettera come materiale presentazione dell'una all'altra, essendo sufficiente, per la realizzazione della fattispecie mediatizia, che l'intermediario fornisca ad una o ad entrambe le parti tutti gli elementi sufficienti a rendere possibile la presa di contatto (cfr. CATAUDELLA, 3, cit. *infra* sez. IV).

La giurisprudenza ha evidenziato che la messa in relazione delle parti può avere ad oggetto anche "l'avvicinamento dei contraenti, inteso come avvicinamento delle rispettive contrastanti posizioni d'interesse" senza che vi sia la necessità – per configurare un nesso causale tra

l'opera svolta dal mediatore e la conclusione dell'affare – che l'intervento dell'intermediario abbia coperto tutte le fasi delle trattative fino alla conclusione dell'accordo definitivo.

Ai fini della "messa in relazione" delle parti, ed in generale per configurare il rapporto di mediazione, risulta fondamentale che il mediatore abbia un contatto diretto e personale con entrambi i possibili contraenti dell'affare o almeno con uno di essi. Si esclude, infatti, che possa essere qualificato mediatore chi abbia semplicemente segnalato la conclusione dell'affare ad altra persona la quale abbia, a sua volta, provveduto a procurare l'incontro tra i due contraenti e quindi assunto la qualità di mediatore (c.d. *mediazione soggettivamente indiretta*) (v. CASS. 4.2.2000, n. 1233, cit.

infra
sez. III).

Autorevole dottrina ha rilevato che l'attività di utile messa in contatto è considerata dal legislatore, non tanto come atto, quanto come risultato di un'attività la quale assume rilevanza per l'ordinamento giuridico in presenza di determinate caratteristiche. In particolare, tale attività deve essere, sulla base di un giudizio formulato *ex ante*, contemporaneamente, strumentale ed idonea alla conclusione dell'affare. Applicando tale criterio, può costituire attività di mediazione anche quella di un soggetto che si sia limitato a fornire alle parti elementi sufficienti per una presa di contatto, senza metterle direttamente in relazione.

Il *discrimen* dell'idoneità – dell'attività di messa in relazione rispetto alla conclusione dell'affare – consente di proporre soluzioni univoche a molti dei quesiti che sorgono nella pratica. (v. CATRICALA, *La mediazione*, p. 413 cit. *infra* sez. IV secondo cui «l'interprete deve chiedersi, rispetto ad ogni specifico caso, se vi sia un nesso di consequenzialità ipotetica tra la messa in relazione e la conclusione dell'affare; se cioè, in mancanza dell'intromissione, sia presumibile secondo un criterio di probabilità, che il contatto tra le parti si sarebbe comunque verificato come effetto di altri fattori »).

La tesi che individua nella messa in relazione delle parti il risultato di un'attività non è generalmente accolta in dottrina. È stato, infatti, sostenuto che tale impostazione, se da un lato ha il vantaggio di rendere più oggettiva l'attività mediatoreale, dall'altro finisce col considerare la messa in relazione delle parti quale presupposto del diritto alla provvigione, alla stessa stregua della conclusione dell'affare. Così facendo si perderebbe di vista il fatto che, l'attività di messa in relazione ha rilevanza giuridica autonoma e prescinde dal buon esito della mediazione. Questa tesi appare del tutto condivisibile in quanto il sorgere del rapporto di mediazione non coincide il perfezionamento del diritto alla provvigione. Se quest'ultimo necessita che l'affare sia stato concluso, l'attività di messa in relazione assume rilevanza

anche in assenza di buon esito. A conferma di ciò, basti citare l'art. 1756 cod. civ. che attribuisce, salvo patto contrario, al mediatore il diritto al rimborso delle spese, se autorizzate, indipendentemente dal buon esito della sua attività. D'altra parte, stante la regola dell'arricchimento senza causa, risulta evidente che il mediatore possa avanzare delle pretese anche a prescindere della positiva conclusione delle trattative. (Cfr. COSTANZA, *La mediazione. Profili giuridici e operativi*, 23-24, cit.

infra

sez. IV la quale osserva che «È discusso se il mettere in relazione significhi realizzare un'attività diretta o finalizzata alla conclusione di un affare o se sia, al contrario, bastevole porre in essere atti materiali che realizzino un contatto ovvero se debbano compiersi almeno quelle attività di informazioni che possono portare alla conclusione degli affari (...) una corretta identificazione del mediatore o meglio dell'attività del mediatore dovrebbe compiersi anche indipendentemente dalla circostanza della conclusione dell'affare»).

Non risulta in contrasto con l'autonoma rilevanza giuridica della "messa in relazione" il principio secondo cui il diritto di credito del mediatore sorge soltanto se sussiste un utile collegamento tra l'affare che si è concluso e l'attività da questi prestata. Il suddetto principio, infatti, vale solo nella misura in cui debba essere negato o affermato il diritto alla provvigione, non già quando il problema da risolvere sia quello di verificare l'esistenza, in concreto, dei presupposti del rapporto di mediazione.

3. DIRITTO ALLA PROVVISORIE E CONSENSO DELLE PARTI ALL'ATTIVITÀ DI INTERMEDIAZIONE

La sentenza in esame non si sofferma su specifici profili inerenti il diritto alla provvigione vertendo il *thema decidendi* non sul nesso di causalità tra l'opera del mediatore e l'affare concluso o sulla idoneità dell'affare a perseguire l'interesse dalle parti, bensì sulla necessità di una preliminare accettazione, o quantomeno di una consapevolezza, delle parti circa l'intervento del mediatore.

L'onere del pagamento della provvigione – afferma la Corte – non può essere addossato “*su chi neppure sappia (ossia, incolpevolmente ignori) che l'affare sia stato concluso per effetto dell'intervento di un terzo che abbia messo in relazione se stesso e l'altra parte per la conclusione dell'affare*”.

”.

La giurisprudenza di legittimità, nel decidere sul diritto del mediatore alla provvigione ha più volte ribadito la necessità di un consenso comunque manifestato. La principale preoccupazione del S.C. sembra essere stata quella di escludere la corresponsione della provvigione ogniqualvolta le parti abbiano espressamente rifiutato l'opera del mediatore o incolpevolmente non ne siano venute a conoscenza. In particolare, i giudici di legittimità hanno sostenuto che: “ *Il diritto del mediatore alla provvigione non consegue al solo fatto di aver posto in relazione due parti per la conclusione di un affare, ma postula, stante la natura contrattuale del rapporto di mediazione da cui il diritto stesso deriva, la ricorrenza di un consenso espresso o tacito di dette parti per la costituzione di tale rapporto. La suddetta provvigione pertanto non può essere pretesa non soltanto quando la parte abbia dichiarato di non accettare l'intervento mediatorio, ma anche quando abbia ignorato senza colpa il medesimo, come nel caso in cui il mediatore abbia taciuto o dissimulato la sua qualità*”

” (Cass. 4.3.1983, n. 1626,

Giust. civ

. Mass. 1983, fasc. 3). Elemento decisivo, ai fini dell'orientamento appena citato, così come in quello oggetto di commento, risulta essere stato il fatto che le parti, oltre a non aver prestato il consenso, non abbiano avuto neppure la possibilità di rifiutare l'opera intrapresa dal mediatore, attraverso una espressa

protestatio

liberatoria dell'obbligo di corrispondere la provvigione,

protestatio

di cui la conoscenza dell'attività di mediazione costituisce il necessario presupposto (v. Iginò, *Casistica giurisprudenziale*

, in Costanza,

La mediazione

, cit. *infra* sez. IV, 138, nel commentare la sopra citata sentenza sostiene che «sembra aver guidato il pensiero della Corte la considerazione che, se la prestazione viene eseguita contro la volontà o all'insaputa della parte mediata, non sarebbe giustificato imporre ad un soggetto gli obblighi derivanti dal rapporto mediatorio sulla base di una decisione unilaterale altrui. Nella *scintia*

e nella mancanza di una preventiva

prohibitio

della parte intermediata con riguardo all'attività esplicata dal mediatore andrebbero pertanto individuati, secondo la citata sentenza, gli indefettibili elementi che consentono realmente il sorgere del rapporto mediatorio»).

In dottrina è stata considerata condizione necessaria e sufficiente, per il sorgere del diritto alla provvigione, il fatto che il mediatore si sia comportato in maniera tale da rendere oggettivamente percepibile il proprio ruolo di intermediario e la finalità del proprio intervento. Realizzata tale condizione, non avrebbe alcuna importanza il fatto che l'interessato, per qualsiasi motivo non ne abbia avuto coscienza. Secondo questa ricostruzione, ciò che rileva, ai fini del diritto di credito del mediatore, è che l'interessato sia stato messo in grado di conoscere e, quindi, volendo, di rifiutare immediatamente la prestazione dell'intermediario. (cfr. LUMINOSO, 2006, 51, cit. *infra* sez. IV il quale sostiene che l'esame da compiere, al fine di

porre a carico degli interessati la provvigione non si concreta in un'indagine di tipo psicologico volta ad accertare l'esistenza o meno della consapevolezza da parte dei contraenti dell'affare bensì in un'analisi del contegno esteriore del mediatore, diretta a verificare se tale comportamento, in base al suo oggettivo valore sociale sia stato percepito e apprezzato all'esterno - quindi anche dagli interessati - come un intervento di tipo mediatizio).

Nella sentenza annotata, la Corte ritiene necessario per il sorgere del diritto al compenso del mediatore che le parti siano state consapevoli dell'attività mediatizia. Tale consapevolezza deve considerarsi garantita se il comportamento del mediatore sia stato sociale percepibile come offerta di una prestazione mediatizia. La Corte attribuisce, infatti, alle parti intermedie l'obbligo di pagare la provvigione anche nel caso in cui queste ultime abbiano ignorato colpevolmente l'agire del mediatore.

Oltre alla riconoscibilità dell'intervento mediatizio, il pagamento della provvigione, quale obbligazione essenziale della mediazione, pone una serie di altre problematiche che la pronuncia in commento offre lo spunto di trattare.

L'obbligazione è espressamente disciplinata dall'art. 1755, primo comma, cod. civ. il quale dispone che il mediatore ha diritto alla provvigione da ciascuna delle parti se l'affare è concluso per effetto del suo intervento.

Se, come già rilevato, la messa in relazione delle parti – finalizzata, sulla base di un giudizio formulato *ex ante*, alla conclusione di un affare – rappresenta elemento sufficiente a far sorgere il rapporto di mediazione, al contrario, il diritto di credito del mediatore sorge solo se tra l'opera di quest'ultimo e l'affare concluso vi sia un nesso di causalità.

La legge 3 febbraio 1989, n. 39, sulla professione del mediatore ha introdotto un'ulteriore condizione per il sorgere della pretesa al compenso, stabilendo, da un lato, che hanno diritto alla provvigione soltanto coloro i quali sono iscritti nei ruoli (art. 6) e dall'altro, che i non iscritti sono tenuti alla restituzione delle provvigioni eventualmente percepite (art. 8).

La giurisprudenza ha rilevato che il giudizio in merito al nesso di causalità tra l'opera del mediatore e la conclusione dell'affare debba essere effettuato *ex post*, ossia ad affare concluso e che l'onere di provarne l'esistenza spetti al mediatore.

È pacificamente accolto il principio secondo cui l'attività di intermediazione non debba rappresentare causa esclusiva della conclusione dell'affare ma piuttosto una concausa determinante tale conclusione, una sorta di condizione non sufficiente ma necessaria; il mediatore è tenuto a provare che, pur considerando l'efficacia degli altri fattori, il contratto non si sarebbe concluso senza il suo intervento.

Per stabilire quando sorga il diritto di credito del mediatore è necessario precisare quale sia la nozione di "affare", ai fini della norma contenuta nell'art. 1755 cod. civ.

La giurisprudenza più risalente attribuiva al termine affare un significato molto più ampio di quello di negozio giuridico e comprensivo di una serie di situazioni della vita sociale ed economica che non rientravano nella sfera negoziale.

Attualmente la giurisprudenza intende per affare qualsiasi operazione di natura economica generatrice di obbligazioni fra le parti. In tale nozione, rientra non soltanto la conclusione di un contratto ma anche la concatenazione di più atti strumentali tra loro collegati e diretti a realizzare un unico interesse economico.

L'affare non può dirsi concluso se il rapporto giuridico posto in essere tra le parti non si sia perfezionato. In caso contrario, il mediatore svolgerebbe attività di consulenza o assistenza che, sebbene finalizzata a far conseguire all'interessato un'utilità patrimoniale, non potrebbe essere qualificata come mediazione.

In definitiva, l'affare deve tradursi in un rapporto giuridico vincolante che persegua interessi economici delle parti e riceva tutela dall'ordinamento. L'affare può ritenersi concluso, ai fini del sorgere del diritto alla provvigione quando tra le parti, poste in relazione dal mediatore, si sia costituito un vincolo giuridico che abiliti ciascuna di esse ad agire per l'esecuzione del contratto.

Anche la conclusione di un contratto preliminare può considerarsi idonea a far sorgere il diritto alla provvigione, sia nel caso in cui la messa in contatto delle parti abbia avuto come fine esclusivo la stipula di un contratto preliminare, sia nel caso in cui, avendo l'incarico ad oggetto la conclusione di un contratto definitivo, il mediatore sia riuscito a far concludere un preliminare suscettibile di esecuzione in forma specifica a norma dell'art. 2932 cod. civ., essendo tale contratto idoneo a realizzare gli interessi perseguiti dalle parti.

Infine, perché possa sorgere il diritto al compenso è necessario che vi sia identità tra l'affare concluso dalle parti e quello che ha formato oggetto dell'attività svolta dal mediatore.

Per stabilire se tale identità sussista in concreto, la giurisprudenza sembra accogliere un criterio fondato più sugli aspetti di carattere economico che sui profili giudico-formali dell'affare. Potrebbe, ad esempio, essere affermata l'identità di affare nel caso in cui le trattative abbiano riguardato la vendita di un bene immobile, quale unico cespite appartenente ad una società di capitali, ed il contratto poi concluso abbia disciplinato la cessione delle quote della società.

Secondo un orientamento giurisprudenziale consolidato, il mediatore ha diritto alla provvigione anche se le parti dell'affare sostituiscano altri a sé nella stipulazione conclusiva. (v. LUMINOSO, *La mediazione*, 2006, 100, cit. *infra* sez. IV, precisa che «il principio dovrebbe essere inteso nel senso che si ha identità solo se vi sia sostanziale coincidenza o almeno continuità tra il soggetto che partecipò alla trattative e quello che sul piano formale ne ha preso il posto in sede di stipulazione negoziale »).

4. MEDIAZIONE E MANDATO

Nella decisione in commento la Suprema Corte ha ribadito alcuni principi di diritto relativi alla distinzione tra mediazione e mandato.

In primis, si sottolinea che a differenza del mediatore – che ha un semplice onere di mettere in relazione le parti, appianarne le divergenze e farle addivenire alla conclusione di un affare – il mandatario è tenuto a svolgere una determinata attività giuridica con diritto a ricevere il compenso dal mandante indipendentemente dal risultato conseguito.

In termini generali, le differenze tra il mandatario ed il mediatore potrebbero essere così tratteggiate: (i) il mandatario assume l'obbligo di svolgere una determinata attività ed è vincolato all'esecuzione dell'incarico, dal quale non può liberarsi se non per giustificati motivi, il mediatore al contrario compie la propria attività in assenza di qualsiasi vincolo con le parti, pur avendo ricevuto da alcuna di esse un incarico espresso, ed ha soltanto l'onere di mettere in relazione i futuri contraenti; (ii) il mandatario compie atti giuridici, svolge cioè un'attività negoziale e diviene un cooperatore giuridico delle parti, il mediatore svolge un'attività libera estrinsecantesi in un comportamento materiale volto a mettere in contatto due o più parti al fine

di far concludere fra le stesse un contratto.

Con riferimento a tali profili, la dottrina ha messo in luce ulteriori differenze. Da un lato è stato rilevato che nella mediazione l'attività intermediatoria ha ad oggetto la conclusione di un affare, mentre nel mandato ha ad oggetto negozi giuridici. Il concetto di negozio non coincide con quello di affare, poiché il primo rappresenta un atto giuridico, il secondo un'attività essenzialmente economica, eventualmente caratterizzata da aspetti più complessi di quelli negoziali, anche a prescindere dalla stipulazione di contratti.

Ferma restando l'importanza delle differenze già rilevante appare condivisibile l'opinione secondo la quale la cosa che più di ogni altra distingue la mediazione dal mandato risiede nel diverso ruolo che mandatario e mediatore assumono con riguardo alla manifestazione della volontà contrattuale. (v. COSTANZA, *La mediazione. Profili giuridici e operativi*, 28, cit. *infra* sez. IV la quale osserva che «Il mandatario concorre o più esattamente pone in essere una manifestazione di volontà che è determinante nella conclusione dell'operazione contrattuale, mentre il mediatore rimane estraneo alla attività dichiarativa, limitandosi al più, a stimolarne la formazione in seno agli autori. Il mediatore pertanto non è confondibile neppure con il *nuncius*, cioè con colui che trasmette dichiarazioni di volontà, non adoperandosi il *nuncius* a creare un contatto tra i futuri contraenti dei quali è solo portavoce»).

La Corte, nella sentenza in commento, si sofferma su uno specifico profilo che distingue le due fattispecie esaminate: la natura dell'attività esercitata dal mediatore. Tale attività, secondo il S.C. non ha consiste in un obbligo giuridico bensì in un semplice onere di mettere in relazione i due contraenti.

Sul punto la dottrina è divisa. A favore della natura obbligatoria della attività mediatiza si pone la teoria negoziale che riconduce, in via indiretta, l'obbligo di interporsi nella conclusione dell'affare all'art. 1759 cod. civ., relativo alla responsabilità del mediatore, che presupporrebbe l'adempimento di un obbligo principale di intermediazione.

Altra dottrina esclude la sussistenza di un obbligo del mediatore, tanto nell'ipotesi di accoglimento della tesi anegoziale quanto della tesi negoziale. Nel primo caso, infatti, il rapporto di intermediazione nasce come effetto dello svolgimento dell'attività di segnalazione o di interposizione; nel secondo caso, della teoria negoziale, il contratto di mediazione si perfeziona con la conclusione dell'affare intermediato, *ergo* l'attività di mediazione non può essere dovuta in base al contratto.

È stato autorevolmente affermato che l'eventuale obbligazione a carico del mediatore di far concludere l'affare tra le parti intermedie sia in contrasto con la struttura stessa del contratto di mediazione (v. DI CHIO, *Mediazione e mediatori*, 399, cit. infra sez. IV il quale dopo aver osservato che anche la giurisprudenza esclude che vi sia un obbligo del mediatore di svolgere l'attività di interposizione, seppure sulla base di argomentazioni diverse da quelle accolte in dottrina, perviene a concludere che «Il mediatore è libero di condurre la sua opera come meglio ritiene opportuno e può in qualsiasi momento abbandonare l'attività di interposizione senza che la parte o le parti intermedie possano pretendere da parte sua l'adempimento di una prestazione che non rientra in ogni caso tra i requisiti caratterizzanti la fattispecie mediatizia»).

L'esclusione dell'obbligo di intermediazione deve, ad ogni buon fine, essere temperato sulla base dei principi generali vigenti in materia di obbligazioni. Il mediatore, fermi restando gli obblighi normativi cui è tenuto e che contraddistinguono la sua attività, deve comunque comportarsi secondo buona fede e correttezza, prestando la diligenza del buon padre di famiglia. D'altra parte, data la discussa natura della mediazione, diversi obblighi del mediatore discendono proprio dalle regole generali.

Per quanto concerne, invece, la possibilità che norme pattizie contengano l'obbligo a far concludere l'affare, è stato opportunamente ricordato che tale obbligo potrebbe essere ricondotto solo ad altre figure contrattuali, quali la commissione o il mandato. (DI CHIO, *Mediazione e mediatori*, 399, cit. infra sez. IV il quale, nell'ipotesi di norme pattizie che contengano il suddetto obbligo, precisa che "in tal caso difficilmente si potrebbe negare l'esistenza dell'obbligazione di far concludere l'affare assunta contrattualmente dal mediatore, che tuttavia l'assumerebbe non in quanto mediatore, ma in quanto mandatario o commissionario e che altro si voglia").

La pronuncia in esame sottolinea un secondo profilo, inerente alla distinzione tra mediazione e mandato: l'indipendenza del mediatore. Quest'ultimo, specifica la Corte, deve interporre in modo imparziale e neutro tra le parti contraenti, senza che la sua indipendenza sia compromessa in ipotesi di incarico unilaterale, ovvero di compenso previsto a carico di una sola delle parti.

Ci soffermiamo ad analizzare i requisiti di indipendenza ed imparzialità del mediatore.

L'art. 1754 cod. civ. stabilisce, quale condizione necessaria per configurare l'indipendenza del mediatore, che quest'ultimo non sia legato ad alcuna delle parti da rapporti di collaborazione, di

dipendenza o di rappresentanza.

Per quanto attiene ai rapporti di rappresentanza, il legislatore intende riferirsi al rapporto di mandato ed alle norme contenute negli artt. 1387 - 1400 cod. civ.

L'incompatibilità fra il ruolo del rappresentante e quello del mediatore discende dal fatto che il rappresentante agisce sempre per conto del rappresentato e quindi per la gestione di un interesse altrui rispetto al quale rimane in una posizione di non confliggenza. Il mediatore, al contrario, non svolge una funzione nell'interesse di coloro che debbono concludere l'affare, ma opera per un fine proprio.

D'altra parte, il rapporto di mandato implica un legame tra mandante e mandatario che si traduce nell'obbligo del mandatario di eseguire la sua prestazione in conformità con le istruzioni del mandante, ex artt. 1710 e 1711 cod. civ. Ne consegue che, la situazione di indipendenza, nella quale deve necessariamente collocarsi il mediatore, sarebbe esclusa nell'ipotesi in cui quest'ultimo fosse anche mandatario.

Quanto all'assenza di vincoli di dipendenza, quale ulteriore requisito per configurare l'attività di mediazione, la situazione deve essere intesa come carenza di elementi positivi di legame fra l'intermediario e le parti, tale da escludere o compromettere l'imparzialità del mediatore. I legami in discorso non si identificano solo nella sussistenza di un rapporto di lavoro dipendente o di collaborazione, essendo sufficiente l'esistenza di un interesse proprio del mediatore e coincidente con quello di una delle parti poste in relazione.

In merito all'imparzialità del mediatore, rileviamo che la giurisprudenza, seguendo la teoria della natura negoziale della mediazione, ritiene, con perfetta unanimità di vedute, che il mediatore debba essere imparziale, sia tenuto cioè ad osservare, fra gli interessi contrapposti dei suoi clienti, una posizione di assoluta neutralità.

In dottrina sono state elaborate diverse teorie per individuare in cosa debba consistere il comportamento imparziale del mediatore. Secondo alcuni, l'imparzialità è oggetto di un obbligo che il mediatore deve adempiere nello svolgimento di un rapporto. Secondo altri, l'imparzialità è un onere che la legge pone a carico del mediatore perché possa sorgere il diritto alla provvigione. Entrambe queste teorie sono state confutate da chi, sostenendo la natura non negoziale della mediazione, afferma che le suddette situazioni soggettive non possono essere oggetto di accordo tra le parti ed inoltre che nessuna disposizione legislativa sul tema prescrive un obbligo o un onere di imparzialità.

La necessità di un comportamento imparziale del mediatore è stata del tutto esclusa da autorevole dottrina che ritiene inutile e addirittura fuorviante la configurazione in capo al mediatore di un ulteriore obbligo di imparzialità in aggiunta a quello di informazione espressamente stabilito dalla legge all'art. 1759, comma 1, a favore di entrambi i contraenti. (V. CATRICALÀ, *La mediazione*, 423, cit. *infra* sez. IV, il quale dopo aver sottolineato che l'imparzialità è propria di chi ha poteri *latu sensu* decisori sulle situazioni giuridiche di soggetti in contrasto d'interessi – come nel caso del giudice, del consulente tecnico d'ufficio, dell'arbitro – coerentemente esclude che il concetto abbia rilevanza per l'attività di mediazione. Il mediatore non avrebbe alcun potere di regolamentazione di altrui interessi e non potrebbe favorire una parte a danno dell'altra, limitandosi il suo ruolo a mettere in relazione i contraenti. D'altra parte, sostiene l'Autore "Se invece per dovere di imparzialità deve intendersi che l'interesse del mediatore non possa coincidere con l'interesse di una delle parti, si afferma un principio che non trova riscontro nella realtà. È noto che la conclusione in un senso, anziché nell'altro, dell'affare può spesso influire sull'interesse del mediatore: ad esempio, la vendita del bene ad un prezzo più elevato fa lucrare in mancanza di diversa pattuizione, una maggiore provvigione. Ma il mediatore non ha gli strumenti per incidere sulla determinazione del contenuto negoziale e nulla può fare per soddisfare l'interesse ad un maggiore compenso").

Appare ragionevole ritenere che non vi siano elementi normativi da cui poter argomentare l'esistenza di un obbligo di imparzialità, di certo tale obbligo non può essere dedotto dall'art. 1754 c.c. secondo il quale il mediatore non può essere legato ad alcuna delle parti dell'affare da "rapporti di collaborazione, di dipendenza o di rappresentanza" poiché il fondamento di questa disposizione è quello di garantirne l'autonomia del mediatore nello svolgimento della sua attività, autonomia che deve essere intesa come assenza di ogni vincolo di subordinazione ad alcuna delle parti e non come posizione di equidistanza del mediatore rispetto ai soggetti dell'affare concluso.

III. I precedenti

1. NATURA GIURIDICA DEL RAPPORTO DI MEDIAZIONE

La Supr. Corte ha affermato che il rapporto di mediazione (ed il relativo diritto alla provvigione) sorge sia nel caso in cui gli interessati abbiano conferito preventivamente l'incarico al mediatore, sia nel caso in cui abbiano comunque accettato l'attività da lui prestata mentre ha escluso il rapporto di mediazione (considerando inesistente il relativo contratto) nel caso in cui

le parti, pur avendo concluso l'affare grazie all'attività del mediatore, non siano state poste in grado di conoscere l'opera di intermediazione svolta dallo stesso: così CASS. 6.6.1989, n. 2750 in *Mass. Giur. it.*, 1989; CASS. 14.12.1988, n. 6813, in *Mass. Giur. it.*, 1988.

Per un quadro generale della giurisprudenza e della dottrina sulla mediazione: IGINO, *Casistica a giurisprudenziale*

, in AA.VV.,

La mediazione. Profili giuridici e operativi

, a cura di COSTANZA, Ipsoa, 1991, 135 ss.;

Commentario Cian-Trabucchi

, Cedam, 2004,

sub

art. 1754 cod. civ., 1773 ss.; PONZANELLI,

Della mediazione

, nel

Commentario al codice civile

, diretto da Cendon, IV, 2, artt. 1655-2059, Utet, 1991, 1368 ss.; DI CHITO,

Della mediazione

, nel

Codice civile

a cura di Rescigno, Giuffrè, 2003, p. 2121 ss.

Per la tesi seguita dall'orientamento dominante che afferma la natura contrattuale della mediazione, fondando la fattispecie sull'incontro consensi, cfr. per tutte CASS. S.U., 6.10.1981, n. 5240, in *Giur. it.*, 1982, I, 1, 343 e in *Dir. maritt.*, 1982, 682 ove si afferma che: «*La mediazione è atto negoziale consensuale e come tale va quindi inquadrata nello schema contrattuale*

». Sulla possibilità che il consenso all'attività di mediazione possa essere manifestato tacitamente cfr. tra le tante CASS. 22.5.2001, n. 6963, in

Danno e resp

. 2001, 801 con nota di CARBONE, secondo cui «

Il consenso necessario per ritenere concluso il contratto di mediazione, ove non sia frutto di uno specifico incarico conferito al mediatore, può essere manifestato validamente anche “ per facta concludentia

” come quando la parte si avvalga consapevolmente dell'opera del mediatore ai fini della conclusione dell'affare

». In questi stessi termini v. CASS. 22.5.2001, n. 7126, in

Riv. giur. edil

., 2002, I, 893; CASS. 14.4.1994, n. 3472, in

Foro it

., 1994, I, 1722; CASS. 17.1.1992, n. 530, in

Arch. civ

., 1992, 795; CASS. 7.8.1990, n. 7985, in

Mass.

Giur. it

., 1990; CASS. 6.6.1989, n. 2750, in
Mass. Giur. it
., 1989; CASS. 14.12.1988, n. 6813 in
Mass.
Giur. it
., 1988.

Sulla natura non negoziale dell'attività di mediazione, sostenuta dalla giurisprudenza minoritaria, v. CASS. 20.5.2002, n. 7253, in *Corr. Giur.*, 2003, 8, 1079 con nota di FORCHINO, la quale rileva che nel decidere sulla fattispecie, la Corte ha valutato esclusivamente l'utile messa in contatto delle parti, senza prestare alcuna attenzione in merito all'esistenza di un precedente accordo mediatorio; CASS. 25 ottobre 1991, n. 11384, in *Giur. it*
., 1992, I, 1959, con nota di BAIOTTO e in
Foro it
., 1991, 1059 ss., secondo la quale «la mediazione ha natura non contrattuale, ricollegandosi all'attività del mediatore...automaticamente disciplinata dalla legge e scaturente dalla semplice opera di intermediazione»; CASS. 29.5.1980, n. 3531, in
Foro it
., 1981, I, 757 e in
Giust. civ
. 1980, I, 2154.

2. L'UTILE MESSA IN CONTATTO DELLA PARTI QUALE ELEMENTO RILEVANTE ED AUTONOMO RISPETTO ALLA CONCLUSIONE DELL'AFFARE

Sul concetto di "utile messa in contatto" richiamato anche in motivazione dalla sentenza v. Cass. 7.4.2005, n. 7251 in *Mass. Giur. it.*, 2005, in cui si afferma che l'attività di mediazione e il diritto alla provvigione sono conseguenza, sia dell'incontro della volontà dei soggetti interessati che dell'utile messa in contatto delle parti. L'espressione "utile contatto" viene ricondotta a quella di "mediazione di contratto" piuttosto che a quella di contratto di mediazione, poiché la Corte ammette l'esistenza di fattispecie mediatizie non fondate su un formale accordo tra le parti. Negli stessi specifici termini CASS. 20.5.2002, n. 7253, in
Corr. Giur
., 2003, 8, 1079.

Sulla necessità che il mediatore realizzi un contatto diretto e personale con i contraenti dell'affare o almeno con un di essi cfr.: CASS. 4.2.2000, n. 1233, in *Foro it.*, 2000, I, 1602

secondo cui: « il
diritto alla provvigione spetta a chi abbia prestato effettivamente opera di mediazione e, cioè, abbia cooperato a mettere in relazione i soggetti del contratto principale; cooperazione che sicuramente non esplica chi si limita segnalare l'affare ad altri, il quale provveda poi a ricercare il contraente ed a stabilire il contatto tra le parti (...). Nell'ipotesi considerata fa difetto l'elemento centrale della fattispecie mediatizia costituito dalla "messa in relazione delle parti" e, cioè, l'intermediario non realizza un contatto diretto e personale con i contraenti dell'affare o almeno con uno di essi

»; CASS. 6.7.1999, n. 6956, in

Rep. Foro it

, 1999,

Mediazione

, 9; CASS. 11.5.1998, n. 4742, in

Rep. Foro it

, 1998,

Mediazione

, 11; CASS., 20.2. 1953, n. 397, in

Giust. civ

, 1953, 589; APP. ROMA, 3.5. 1961, in

Temi romana

, 1961, 513.

Sul diverso orientamento secondo cui il mediatore può limitarsi a svolgere una segnalazione o una semplice attività consistente nel ritrovamento o nell'indicazione dell'altro contraente cfr. fra le altre CASS. 16.12.2004, n. 23438, in *Guida al dir.*, 2005, 3, 74; CASS. 8.3.2002, n. 3438, in *Contratti*

, 2002, 815 e in

Arch. civ

, 2003, 8; CASS. 13.12.2000, n. 15751, in

Foro pad

, 2001, I, 63; CASS. 16.6.1986, n.4003, in

Arch. civ

, 1986, 723.

3. DIRITTO ALLA PROVVISORIE E CONSENSO DELLE PARTI ALL'ATTIVITÀ DI INTERMEDIAZIONE

Sull'interpretazione dell'art. 1755 cod civ., secondo cui per conseguire il diritto alla provvigione è necessario che l'attività di mediazione sia legata da un nesso di causalità alla conclusione dell'affare cfr. CASS. 2.8.2001, n. 10606, in *Mass. Giust. civ.* 2001; CASS. 6.9.2001, n. 11467, *ivi*, 2001; CASS. 21.11.2000, n. 15014, *ivi*, 2000; CASS. 25.2.2000, n. 2136 in

Mass.

Giur. it

, 2000; CASS. 11.5.1998, n. 4742, *ivi*, 1988; CASS. 6.10. 1998, n. 9904, in *Riv. not.*, 1999, 729.

Sull'obbligo di iscrizione al ruolo del c.d. mediatore atipico cfr. Cass. 5.9.2006, n. 19066, in *Contratti*, 2007, 323, con nota Vespasiani.

In merito al nesso di causalità esistente tra l'attività del mediatore e l'affare concluso, la Supr. Corte ha precisato che anche la semplice attività consistente nel reperimento e nell'indicazione dell'altro contraente, o la semplice segnalazione dell'affare, possano legittimare il diritto alla provvigione, a condizione che tali attività costituiscano il risultato utile di una ricerca fatta dal mediatore e poi valorizzata dalle parti: in tal senso CASS. 20.5.2002, n. 7253, *cit.*; CASS. 25.2. 2000, n. 2136, *cit.*; CASS. 13.12.2000, n. 15751, in *Foro pad.*, 2001, I, 63; CASS. 16.1.1997, n. 392, in *Foro it.*, 1997, I, 1864; CASS. 16.1.1996, n. 297, in *Arch. civ.*

, 1996, 870; CASS. 3.9.1991 n. 9350, in *Giust. civ.*

. 1992, I, 695. In senso contrario, cfr. CASS. 13 .8.1990, n. 8245, in *Giur. it.*, I, 12, 582, in cui si afferma che la semplice segnalazione di un acquirente o venditore non determina l'esistenza di un contratto di mediazione salvo che le, per le particolari difficoltà del settore, ciò rappresenti un idoneo contributo causale alla conclusione del contratto.

La giurisprudenza ha precisato che l'attività del mediatore non deve necessariamente essere l'unico fattore determinate la conclusione dell'affare, essendo sufficiente un rapporto di causalità adeguata, ossia che l'attività svolta dal mediatore rientri nella serie di fattori ai quali sia ricollegabile la positiva conclusione delle trattative: CASS. 22.4.1986, n. 2814, in *Mass. Giust. civ.* 1986; CASS. 6.9.2001, n. 11467, *cit.*; CASS. 4.5.1982, n.2772, in *Arch.civ.*, 1982, 859.

Sulla nozione di affare, inteso come operazione di natura economica generatrice di obbligazioni, CASS. 11.5.2001, n. 6599, in *Mass. Giust. civ.* 2001; CASS. 18.5.2001, n. 6827, in *Danno e resp.*, 2001, 800;

CASS. 11.1.2001, n. 325, in *Contratti*

, 2001, 462, con nota di GUERINONI e in *Foro it*

, 2001, I, 1883; CASS. 23.2.1998, n. 3076 in *Corr. Giur*

, 1999, con nota di ROLFI, CASS. 21.5.1998, n. 5080, in *Mass. Giust. civ.* . 1998.

Con riferimento al momento della conclusione dell'affare, la Supr. Corte ha specificato che quest'ultimo può dirsi concluso, agli effetti della provvigione del mediatore, quando tra le parti si sia costituito un vincolo giuridico che abiliti ciascuna di esse per l'esecuzione del contratto; così anche la stipulazione di un preliminare è stata ritenuta sufficiente per il sorgere del diritto alla provvigione: in questi termini CASS. 22.3.2001, n. 4111, in *Corr. Giur.* 2001, 9, 1173, con nota di FORCHINO; CASS. 3.10.1997, n. 9676, in *Mass. Giust. civ.*

. 1997.

In merito all'identità tra l'affare concluso e quello intermediato, la giurisprudenza ha chiarito che tale identità deve essere stabilita tenendo conto della nozione di affare e avendo riguardo più all'aspetto economico dell'operazione che al profilo giuridico formale della stessa: CASS. 6.9.2001, n. 11467, cit. In senso contrario CASS. 6.5.1996, n. 4196, *Contratti*, 1997, 2, 156, con nota di BARBIERA, “

Identificazione dei contraenti e dell'affare concluso e diritto alla provvigione

”, in cui viene esclusa l'identità di affare relativamente ai contratti di compravendita e di *lease back*

, pur avendo essi identiche finalità, sotto il profilo della funzionalità aziendale, in quanto operazioni di smobilizzo. L'aspetto economico del recupero di liquidità per l'impresa non stato considerato prevalente rispetto alla differenza giuridica delle due fattispecie.

L'identità tra l'affare concluso e quello intermediato richiede una coincidenza o, quantomeno una continuità tra le parti che partecipano alle trattative e quelle che procedono alla stipulazione negoziale: CASS. 28.6.2001, n. 8850 in *Mass. Giust. civ.*, 2001; CASS. 7.6.1990, n. 5457, *ivi*, 1990; CASS. 27.5.1987, n. 4734, in

Giur. agr.it

. 1987, 549.

1. MEDIAZIONE E MANDATO

Sulle differenze tra mediazione e mandato individuate dalla Corte ed in particolare sull'onere del mediatore di mettere in relazione le parti e l'obbligo del mandatario di compiere atti giuridici cfr. CASS. 27.6.2002, n. 9380, in *Contratti*, 2002, 10, 1024 e *Arch. civ.*, 2003, 446; CASS. 18.2.1998, n. 1719, in

orr. giur

. 1999, 211, con nota di GIACOBBE;

In merito alla dicotomia tra attività materiale e attività giuridica, utilizzata dalla giurisprudenza per distinguere le due figure, cfr. CASS. 18.2.1998, n. 1719, cit.; CASS. 1.6.1998, n. 1630, in *Arch. civ*

., 1998, 539 e

Foro it

., 1999, I, 2662; CASS. 17.11.1997, n. 11389, in

Mass. Giust. civ

. 1997, 2139; CASS. 15.6.1988, n. 4082, in *Fallimento*, 1988, 1080.

Sul criterio discrezionale basato sull'agire per conto altrui, tipico del mandatario, in antitesi con la mediazione dove il mediatore è terzo rispetto alle parti intermedie e all'affare concluso v.

CASS. 1.6.2000, in *Corr. giur.*, 2000, 12, 1610, con nota di FORCHINO, “*Mediazione atipica con clausola di esclusiva di rinuncia a revocare l'incarico prima della scadenza del termine di efficacia del contratto*

”.

Per il prevalente indirizzo giurisprudenziale, la differenza tra mediazione e mandato è data dal fatto che nel mandato, chi accetta l'incarico volto alla conclusione di un affare, è tenuto all'obbligo di curarne l'esecuzione ed acquista il diritto al compenso indipendentemente dal

risultato raggiunto, a tale obbligo non è invece tenuto il mediatore, il quale ha solo l'onere di mettere in relazione le parti intermedie, appianarne le divergenze e farle pervenire alla conclusione dell'affare, alla quale è subordinato il diritto al compenso, v. CASS. 24.6.1993, n. 7008, in *Mass. Giust. civ.*, 1993, 1079; CASS. 14.6.1988, n. 4032, in *Arch. civ.* 1988, 1174; CASS. 14.2.1984, n.1750, in

Mass.

Giust. civ

., 1984; CASS. 20.5.1980, N.3531, in

Foro it

., 1981, I, 750, con nota di CARRIERO.

Sull'imparzialità del mediatore, 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, v. CASS. 9.2.2000, n. 1447, in

Mass.

Giur. it

; CASS. 26.5.2000, n. 6959,

Mass. Giur. It.

2000; CASS. 24.6.1993, n. 7008, cit.; CASS. 25.2.1987, n. 1995, in

Mass.

Giust. civ.

1997.

Per il principio, richiamato dalla Corte, secondo cui l'imparzialità non viene meno in presenza di un incarico unilateralmente conferito al mediatore da una sola delle parti si rinvia a IGINO, *R assegna di giurisprudenza sulla mediazione*

, in

Quadrimestre

, 1987, 514.

IV. La dottrina

1.

NATURA GIURIDICA DEL RAPPORTO DI MEDIAZIONE

Tra gli autori che sostengono la tesi negoziale della mediazione cfr. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*

, Vallardi, 1934, 341 ss.; BOLAFFIO,

Dei mediatori

, in

Il Codice commentato

, Utet, II, 1937, p. 1 ss.; MESSINEO,

Manuale di diritto civile e commerciale

, V, Giuffrè, 1958, p. 73 ss.; MINERVINI,

Mandato, commissione, spedizione, agenzia, mediazione

, in

Riv. trim. dir. e proc. civ

., 1948, 668 ss.; STOLFI,

Della Mediazione

, nel

Commentario Scialoja-Branca

, Zanichelli-Foro it., 1966,

sub

art. 1754, 3 ss.; AZZOLINA,

La mediazione

, nel

Trattato Vassalli

, VIII, 2, Utet, 1957, 38 ss.; GALGANO,

La mediazione

, in

Diritto civile e commerciale,

Le Obbligazioni e i contratti, Cedam, 1990, 100; DI CHIO,

La mediazione

, nel

Trattato dir. comm. e dir. pubb. econ

., diretto da GALGANO, XVI, Cedam, 1991, 558 ss.; ID.,

Mediazione e mediatori

, nel

Digesto

,

Disc. priv. sez. comm

., vol. IX, Utet, 1993, 375-377.

Per l'orientamento che nega natura contrattuale alla mediazione cfr. CARRARO, *La mediazione*

seconda ed., Cedam, 1960, 1 e ss.; CARTA,

Mediazione di contratto e non contratto di mediazione

, in

Foro it

. 1947, I, 296 ss.; MIRABELLI,

Promessa unilaterale di mediazione

, in

Riv. dir. comm

., 1953, II, 165 ss. (il quale ha poi mutato avviso); DE ROBERTO,

Recesso, frode e mediazione

, in

Foro it

., 1968, I, 3082 ss; FERRI,
Manuale di diritto commerciale
, settima ed., Utet, 1988, 987 ss.; MINASI, voce «Mediazione (dir. priv.)», in
Enc. Giur. Treccani
, XXVI, Ed. Enc. It., 1976, 33 ss.; CATAUDELLA,
Note sulla natura giuridica della mediazione
, in
Riv. dir. comm
, 1978, I, 361 ss.; CATRICALÀ,
La mediazione
, in
Trattato di diritto privato
, diretto da RESCIGNO, IV, Utet, 1985, 403; LEVI,
Il diritto del mediatore (alla provvigione) nei contratti preliminari condizionali
, in
Riv. dir. comm
, 1981, I, p. 45 ss.

Per una ricostruzione completa delle teorie relative alla natura giuridica della mediazione cfr. LUMINOSO, *La mediazione*, nel Trattato Cicu-Messineo-Schlesinger, seconda ed., Giuffrè, 2006, 44 ss. in cui l'Autore analizza, oltre alle due tradizionali teorie, un terzo orientamento secondo cui «la mediazione ha natura variabile, nel senso che, a seconda dei casi, può dar vita o ad un contratto o ad una fattispecie non negoziale». Le tesi riconducibili a questo terzo orientamento non sono omogenee tra loro: «Per taluni infatti in mancanza di accordo contrattuale sarebbe da configurare, in perfetta alternativa, un rapporto fondato sull'attività di mediazione; per altri, in difetto di incarico o comunque di accordo, si avrebbe un rapporto contrattuale di fatto; per altri ancora, invece, la mediazione disciplinata dal codice darebbe vita ad una figura negoziale e costituirebbe la regola, pur non potendosi disconoscere – in difetto di contratto – una mediazione non negoziale; altro autore, all'opposto, ha individuato nella disciplina legislativa una figura non contrattuale – si che la mediazione tipica consisterebbe in un atto giuridico in senso stretto – ammettendo tuttavia che le parti possano dar vita ad un contratto di mediazione quando vogliano derogare alla disciplina codicistica».

In merito alla configurazione della mediazione come «contratto di fatto» o contratto costituito «mediante esecuzione» v. SACCO, *Il contratto*, nel Trattato di diritto civile, diretto da SACCO, I, Utet, 1993, 127 ss.

In dottrina hanno sostenuto la tesi della mediazione come fattispecie negoziale o, alternativamente, non negoziale, TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Cedam, 2004, 831; MIRABELLI, *Dei*

singoli contratti
, nel
Commentario al codice civile
, Libro IV, 3, Utet, 1991, 657; COTTINO,
Diritto commerciale

, II, Cedam, 1978, 431, il quale osserva che le fattispecie non negoziali sono quelle più tradizionali ed ormai rare, mentre le ipotesi contrattuali rappresentano le forme più evolute e caratteristiche della intermediazione professionale; MINASI,
op.cit

., 38.

LUMINOSO, *op. cit.* 48 ss., rileva che la soluzione del problema della natura della mediazione varia necessariamente in funzione delle diverse concezioni adottate in tema di negozio giuridico e, soprattutto in funzione dei requisiti che si considerino essenziali per la configurazione della fattispecie mediatizia. Oltre alla messa in relazione della parti, l'Autore considera elementi minimi della fattispecie, da un lato, la consapevolezza da parte dell'interessato o degli interessati (all'affare), dell'intervento del mediatore e della sua veste di intermediario, dall'altro la mancanza di idonea *prohibitio* da parte degli interessati.

L'Autore, tuttavia, esclude che la riconoscibilità dell'intervento mediatizio da parte degli interessati, e la conseguente possibilità di rifiuto di tale intervento, comportino una configurazione negoziale della mediazione.

1.

L'UTILE MESSA IN CONTATTO DELLA PARTI QUALE ELEMENTO RILEVANTE ED AUTONOMO RISPETTO ALLA CONCLUSIONE DELL'AFFARE

La messa in relazione della parti, considerata dalla dottrina quale elemento centrale della fattispecie mediatizia, è stata oggetto di un'interpretazione estensiva, cfr. sul punto CARRARO, *op. cit.*, 23; MARINI, *La mediazione*, nel *Commentario Schlesinger*, Giuffrè, 1992, *sub*

art. 1754, 44 ss; CATAUDELLA, voce «Mediazione», in *Enc. giur. Treccani*, XIX, Ed. Enc. it., 1990, 3.

Con riguardo alla possibilità che la messa in contatto consista in una semplice segnalazione o nel ritrovamento e indicazione dell'altro contraente v. AZZOLINA, *op.cit.*, 17; STOLFI, *op.cit.*, 4; CATAUDELLA, voce «Mediazione», cit. p. 3 (il quale ammette tale possibilità solo nel caso in cui la segnalazione consenta una diretta presa di contatto).

Alcuni autori sostengono che l'attività di messa in contatto possa intervenire anche successivamente all'incontro delle parti – le quali potrebbero avere già iniziato le trattative – al fine di appianarne le divergenze o i contrasti oppure di superare le difficoltà insorte, cfr. CARRARO, *op.cit.*, 23; AZZOLINA, *op. cit.*, p. 21, STOLFI, *op. cit.*, 4; MARINI, *op. cit.*, 100; CATAUDELLA, voce «Mediazione», cit., p. 3. Di contrario avviso: CATRICALÀ,

op. cit

.. 414; TRABUCCHI,

Recensione

a Visalli, in

Riv. dir. civ

., 1992, I, 444.

Sulla necessità di una diretta presa di contatto tra il mediatore e almeno uno dei possibili

contraenti dell'affare v. LUMINISO, *op. cit.* 25 ss.; CARRARO, *op. cit.*, 131; CATRICALÀ, *op. cit.* 424; AZZOLINA, *op. cit.* 55.

1.

DIRITTO ALLA PROVVISORIE E CONSENSO DELLE PARTI ALL'ATTIVITÀ DI INTERMEDIAZIONE

Per un approfondimento del principio affermato dalla Corte secondo cui il rapporto di mediazione ed il relativo diritto alla provvigione non possono sorgere qualora le parti, pur avendo concluso l'affare grazie all'attività del mediatore, non siano state messe in grado di conoscere l'opera di intermediazione svolta dallo stesso v. GIORDANO, *Struttura essenziale della mediazione*, in

Riv. dir. comm.

, 1957, I, 214; AZZOLINA, *op. cit.* 56; STOLFI, *op. cit.*

, 19; VISALLI,

Natura giuridica della mediazione

, in

Foro it.

, 1961; ID.,

La mediazione

, Giuffrè, 1992, p. 172; MARINI, *op. cit.*, 36; CASTIGLIA,

Promesse unilaterali atipiche

, in

Riv. dir. comm.

, 1983, I, 383.

Per una interpretazione dell'art. 1755 cod. civ. in merito al nesso causale tra conclusione dell'affare e l'opera svolta dal mediatore cfr. AZZOLINA, *La mediazione, op. cit.*, 151 ss.

BALDASSARI,

contratti di distribuzione

, in

I contratti del commercio dell'industria e del mercato

, in

Trattato

, diretto da GALGANO, Cedam, 3, 1995, 2122; CARRARO, in voce «Mediazione» in

Noviss. Digesto it.

, X, 1964, 482 (il quale piuttosto che di nesso di causalità preferisce parlare di nesso di utilità)

Id.
La mediazione
, Cedam, 1960, 247 ss.; CATAUDELLA, voce «Mediazione», in
Enc. giur. Treccani,
cit. 3; LUMINOSO,
La mediazione
, nel
Trattato Cicu-Messineo-Schlesinger
, 2006, cit. 96 ss.; MARINI,
op. cit.
. 100; STOLFI,
op. cit.
., 22.
Con riferimento alla nozione di affare cfr. CARRARO, *La mediazione*, Cedam, cit. 258;
AZZOLINA, *op. cit.*, 137
ss.; STOLFI,
op. cit.
., 28; MARINI,
op. cit.
. 47.
Per l'identità tra affare concluso e affare intermediato v. LUMINOSO, *op. ult. cit.*, 99;
CARRARO, *op. cit.* op
. 251; MINERVINI,
Mandato
, ecc.
cit.
., 673.

1.

MEDIAZIONE E MANDATO

La dottrina ha fornito notevoli spunti a favore della soluzione seguita dalla Corte secondo cui la differenza tra mandato e mediazione risiede nel fatto che, a differenza del mandatario che ha l'obbligo di svolgere una determinata attività giuridica, il mediatore ha un semplice in onere mettere in relazione le parti. In merito alla libertà di agire del mediatore, in contrapposizione con l'obbligo incombente sul mandatario v. DE TILLA, *Sui criteri per individuare il contratto di mediazione*, in *Giust. civ.* 1993, I, 765;
DI CHIO, *Medi*
azione e mediatori

, cit, 399 (l'Autore ritiene che "l'eventuale obbligazione a carico del mediatore di far concludere l'affare tra le parti intermedie sia in contrasto con la struttura stessa del contratto di mediazione"); PUGLIESE,

Questioni in materia di mediazione

, in

Foro it

., 1936; STOLFI,

op. cit

., 8.

Sulla dicotomia tra attività materiale ed attività giuridica, che la dottrina ha elaborato per distinguere le due fattispecie, individuando il mediatore nell'ambito della cooperazione materiale ed il mandatario nell'ambito della cooperazione giuridica v. MINERVINI, *Il mandato, la commissione, la spedizione*

, in

Trattato di diritto civile

, diretto da VASSALLI, VIII, 1, Utet, 1957, 10 ss.; CARRARO,

op. cit.,

85; AZZOLINA

op. cit

. 179; STOLFI,

op.cit

., 9; LUMINOSO,

Mandato, commissione e spedizione,

nel

Trattato Cicu-Messineo

, continuato da Mengoni, XXXII, Giuffrè, 1984, 119; MARINI,

op. cit

. 73; CATAUDELLA, voce «Mediazione»,

op.

cit

., 6; GRAZIADEI, voce «Mandato», nel

Digesto

,

Disc. priv. sez. civ

., vol. XI, Utet, 1991, 157; CARNEVALI voce «Mandato», in

Enc. giur. Treccani

, XIX, Ed. Enc.it., 1990, 2; DOMINEDÒ, voce «Mandato», nel

Noviss. Digesto it

., Utet, X, 1957, 116.

Sull'imparzialità del mediatore, intesa come necessaria terzietà dello stesso rispetto alle parti e all'affare intermediato, v. MARINI, *La mediazione, op. cit.* 55 ss.; LUMINOSO, *La mediazione*

, nel

Trattato Cicu-Messineo

, XXXI, 1, Giuffrè, 1993, 87 ss.; MINERVINI,

Recensione

a Luigi Carraro,

La mediazione

, in

Riv. trim. proc. civ

., 1953, 839; VISALLI,

La mediazione

, Giuffrè, 1992, 42.

Sull'insussistenza del dovere di imparzialità del mediatore, cfr. CATRICALÀ, *op.cit.*, 422-423,