

Milano, 26 marzo 2018

**OGGETTO: ATTESTATO PUBBLICAZIONI**

Con la presente si attesta che l'Avv. Ivan Libero Nocera ha pubblicato per la Rivista "*Immobili & proprietà*", edita da Ipsoa Gruppo Wolters Kluwer, i seguenti contributi:

- "Preliminare di vendita di un immobile abusivo", in "*Immobili & proprietà*", n. 10/2012;
- "Mediazione unilaterale in caso di mandato tra l'agente immobiliare e una parte", in "*Immobili & proprietà*", n. 11/2012;
- "Preliminare ad effetti anticipati: spunti per l'ipotesi di possesso ai fini dell'usucapione", in "*Immobili & proprietà*", n. 3/2013;
- "Efficacia del vincolo di destinazione immobiliare", in "*Immobili & proprietà*", n. 5/2013.

Cordiali saluti

Francesco CANTISANI  
Senior Publishing Manager  
Direzione Editoriale Area Legale  
Wolters Kluwer Italia s.r.l.



Mediazione

# Mediazione unilaterale in caso di mandato tra l'agente immobiliare e una parte

di **Ivan Libero Nocera** - Dottore di ricerca presso la Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa

L'attività giuridica, propria della mediazione tipica, di messa in relazione tra due o più parti in modo da facilitare la conclusione di un affare è incompatibile con un rapporto di mandato tra il mediatore e una delle parti: in tal caso il mediatore-mandatario avrà diritto a ricevere la provvigione solo dal mandante e se causa danni a terzi deve risarcire i danni secondo le regole della responsabilità extracontrattuale e non, come nella mediazione tipica secondo la responsabilità da "contatto sociale".

## La natura della mediazione: qualificazione contrattuale o "a-negoziale"?

La c.d. mediazione unilaterale, assai frequente nella prassi del commercio immobiliare, rappresenta una delle numerose variazioni dello schema tipico di cui all'art. 1754 cod. civ., il quale - per rispondere alle numerose istanze delle dinamiche mercantili - è stato notevolmente plasmato dall'autonomia privata sotto vari profili (1).

Analogamente a quanto si osserva in merito al contratto di fideiussione, all'enunciazione di una definizione del contratto di mediazione preferisce concentrarsi sulla figura del mediatore, individuandolo in colui che, caratterizzato dall'imparzialità, mette in contatto due parti, le quali concludono un affare economico per effetto del suo intervento, in ragione del quale il *proxeneta* acquista il diritto al conseguimento della provvigione (2).

Nello schema tipico della mediazione dunque il mediatore, senza essere legato da rapporti di collaborazione, di dipendenza o di rappresentanza con le parti contraenti, svolge l'attività di prestazione d'opera spontaneamente, in assenza di sollecitazioni da parte dei soggetti interessati, i quali peraltro conservano un'ampia facoltà di recesso fino a che l'affare non si sia perfezionato (3). È a tale attività, considerata socialmente utile dall'ordinamento, che il codice ritiene di dare tutela riconoscendo al *proxeneta* con l'art. 1755 il titolo al compenso provvigionale nei confronti di ciascuna delle parti che hanno concluso l'affare, nel caso in cui si individui una oggettiva efficienza causale dell'intervento del mediatore sul-

l'operazione economica: è dunque rintracciabile un nesso di reciproca interdipendenza tra il fatto rappresentato dalla conclusione dell'affare attraverso l'attività mediatrice, ed il sorgere del diritto alla provvigione (4). Elemento precipuo della mediazione risulta quindi la volontà del soggetto di prestare

### Note:

(1) Molto frequente è infatti l'apposizione di clausole che influiscono sull'esecuzione dell'incarico prevedendo l'irrevocabilità dell'intermediario o il rapporto di esclusiva (in merito cfr., Cass. 22 aprile 2009, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 4, 663; Cass. 28 marzo 1997, n. 2766, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, 485); ovvero le pattuizioni che incidono in senso derogatorio sull'obbligo di pagamento del corrispettivo dell'attività di intermediazione, quale ad esempio la c.d. clausola "franco provvigione o mediazione" o la clausola c.d. "di sovrapprezzo" (si veda sul punto Cass. 6 agosto 2004, n. 15161, in *Mass. Giur. it.*, 2004; Cass. 7 agosto 2002, n. 11911, in *Giust. civ.*, 2003, I, 2824).

(2) La tecnica di *drafting* legislativo che privilegia la definizione del soggetto si ravvisa soprattutto in relazione alle figure dell'imprenditore (art. 2082 cod. civ.), dell'imprenditore agricolo (art. 2035 cod. civ.), del lavoratore subordinato (art. 2094 cod. civ.); e del proprietario (art. 832 cod. civ.), benché nella disciplina dei contratti tipici il legislatore codicistico si focalizza sul contratto e non sul contraente ad eccezione appunto del mediatore e del fideiussore (art. 1936 cod. civ.).

(3) Si vedano in merito *ex multis* Cass. 9 febbraio 2000, n. 1447, in *Mass. Foro it.*, 2000, 154; Cass. 26 maggio 2000, n. 6959, in *Mass. Foro it.*, 2000, 649; Cass. 16 febbraio 1998, n. 1630, in *Foro it.*, 1999, I, 2662.

(4) Vale osservare che il codice nel definire all'art. 1754 l'attività del mediatore con la messa in relazione di due o più parti *minus dixit quam voluit*, laddove si è limitato a fornire una direzione teleologica del comportamento del mediatore, tuttavia appare palese come per la sussistenza dell'attività mediatrice sia essenziale l'idoneità, valutata *ex ante*, alla conclusione dell'affare, a prescindere dal suo effettivo perfezionamento.

l'attività materiale necessaria a procurare l'incontro delle parti allo scopo di raggiungere il risultato della conclusione dell'affare al quale il mediatore resta terzo.

Posta l'ascrivibilità dell'istituto *de quo* al paradigma consensualistico, in tale ambito la dottrina si divide ulteriormente in merito alla conformazione strutturale del contratto di mediazione. Infatti un orientamento minoritario sostiene che tale negozio debba inevitabilmente includere tutti i contraenti dell'affare, configurando dunque una morfologia trilaterale con l'inevitabile corollario del necessario consenso del *proxeneta* e di tutti i possibili contraenti dell'affare ai fini del perfezionamento del contratto di mediazione, il quale dunque assume la struttura di contratto plurilaterale (5).

La dottrina maggioritaria, tuttavia, sostiene la struttura bilaterale del contratto di mediazione in base alla riflessione per cui nulla osta a che l'incarico sia conferito da uno soltanto dei contraenti l'affare ovvero a che l'opera del mediatore sia richiesta unicamente da una delle parti (6). La soluzione della questione non è ovviamente neutra in merito alle conseguenze sul piano del momento perfezionativo del contratto: risultano infatti intuitivi i corollari che discendono sulle possibili vicende giuridiche in termini di formazione del consenso, giacché qualora si adotti la soluzione del contratto bilaterale, ciascun atto è perfetto in seguito al mero incontro delle volontà delle due parti, mentre nel caso di atto con pluralità di parti la conclusione si realizza con l'adesione dell'ultimo creditore all'accordo.

Nell'ipotesi in cui l'incarico al mediatore venga conferito da entrambe le parti implicate nell'affare ovvero nel caso in cui l'opera dell'intermediario venga accettata da entrambe, a sua volta coloro che propugnano la struttura bilaterale del contratto si dividono tra chi afferma la sussistenza di un unico contratto di mediazione vincolante tutti i contrapposti soggetti interessati all'affare ovvero con parte intermediata necessariamente plurisoggettiva espressione di un comune interesse consistente nella conclusione dell'accordo (7), e chi opina la configurazione di tanti differenti e distinti contratti di mediazione, quanti sono i contraenti dell'affare (8). Nell'ambito del panorama dottrinale e giurisprudenziale emerge tuttavia anche l'orientamento che riconosce alla mediazione una qualificazione non negoziale malgrado la sua collocazione sistematica nel titolo dedicato ai singoli contratti (9). Vale notare infatti come frequentemente non si ravvisi una volontà comune alle parti dell'affare di concludere un contratto per l'utilizzo dell'attività del mediatore,

con il relativo obbligo per entrambi alla corresponsione della provvigione, facendo difetto dunque la consapevolezza delle parti interessate, le quali traggono vantaggio dall'opera di mediazione quantunque non l'abbiano sollecitata o non ne siano coscienti: in questo senso riconoscere un contratto in tale fattispecie risulterebbe una mera *factio iuris*.

Appare rilevante osservare che nel caso in cui tra il *proxeneta* ed uno o più dei contraenti dell'affare non sia stato stipulato alcun accordo in ogni caso si produce in capo al soggetto intermediato l'obbligo di erogare la provvigione in quanto il rapporto di mediazione è il prodotto della messa in relazione di soggetti attraverso l'attività libera e volontaria del mediatore. Conseguentemente un eventuale successivo rifiuto della parte inizialmente non incaricante non sarebbe idoneo a rompere il nesso di causalità tra la conclusione dell'affare, effettuata in seguito direttamente tra le parti e l'opera mediatrice precedentemente esplicata.

La tesi a-negoziale si appoggia quindi sulla mancata definizione nel codice civile del contratto di mediazione, ritenuto indizio della volontà del legislatore

### Note:

(5) Sostengono la configurazione trilaterale Ferrara, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1962, 136; Giordano, *Elementi costitutivi del rapporto di mediazione*, in *Giur. compl. Cod. civ.*, 1945, 96; e nel vigore della normativa precedente si veda Bolaffio, *Dei mediatori*, in AA.VV., *Codice di commercio commentato*, Torino, 1937, 20; Id., *Diritto e pratica commerciali*, Roma, 1926, 274. La categoria del contratto plurilaterale non è scevra di incertezza, come osservano Belvedere, *La categoria contrattuale di cui agli artt. 1420, 1446, 1459 e 1466 cod. civ.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, 669, e Inzitari, *Riflessioni sul contratto plurilaterale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1973, 528; considerando anche la Relazione del Guardasigilli al Re nn. 68 e 69, ritengono sostanzialmente inconsistente la categoria del contratto plurilaterale, giustificando la sussistenza dell'art. 1420 cod. civ. e delle altre norme che lo regolano solo su un piano prettamente dogmatico, senza la presenza di alcuna esigenza normativa

(6) Ovvero ancora l'incarico sia conferito separatamente da ciascuna delle parti. Sostengono la configurazione bilaterale del contratto di mediazione Azzolina, *La mediazione, cit.*, 32; Stolfi, *Della mediazione*, Bologna, 1966, 16; Visalli, *La mediazione*, Padova, 1992, 132.

(7) Assumono tale posizione Cataudella, voce *Mediazione*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2000, 2; e meno recentemente Azzolina, *La mediazione, cit.*, 32; e Varelli, *La mediazione*, Napoli, 1953, 20. Sul concetto di parte soggettivamente complessa e la sua differenziazione dai contratti plurilaterali si veda in particolare Busnelli, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, Milano, 1974, 122, 280, 338; Id., voce *Obbligazioni soggettivamente complesse*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, 347; Caredda, *Le obbligazioni ad attuazione congiunta*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, I, 455; De Ferra, *Sulla contitolarità del rapporto obbligatorio*, Milano, 1967, 24.

(8) In tal senso cfr. Stolfi, *Della mediazione, cit.*, 16.

(9) *Ex pluribus* Carta, *Mediazione di contratto e non contratto di mediazione*, in *Foro it.*, 1947, I, 296; Catricalà, *La mediazione*, in *Tratt. Rescigno*, XII, Torino, 1985, 412.

di limitarsi a regolare un'attività, senza descrivere gli elementi negoziali quali ad esempio la causa tipica, assegnando bensì rilievo all'effettiva prestazione dell'opera mediatrice a prescindere da un accordo a monte.

Difetta inoltre nella disciplina codicistica la qualificazione della figura *de qua* come fattispecie produttiva di effetti, posto che è solo il successivo contratto stipulato tra due parti messe in relazione dall'intermediario a far sorgere il diritto alla provvigione. Ciò risponde ovviamente ad un'esigenza ampia di tutela dell'opera di intermediazione, derivante dal riconoscimento del suo valore sociale, in quanto essa non costituisce un'attività negoziale in quanto ben può accadere che il mediatore procuri di sua iniziativa le informazioni utili ai fini del perfezionamento dell'affare, tanto meno egli risponde per la mancata conclusione dello stesso (10).

Il su esposto orientamento trova inoltre giustificazione nel disposto di cui all'art. 1755 cod. civ. in cui il diritto alla provvigione assume le vesti di un'obbligazione legale e non contrattuale, dato che sorge dal semplice nesso eziologico tra l'opera mediatrice e la conclusione dell'affare, relegando l'ipotetico patto tra le parti a mero ruolo determinativo del *quantum* della provvigione, che deve essere corrisposta anche qualora il negozio perfezionato tra i contraenti risulti invalido.

La dottrina sostenitrice della posizione che non inquadra la mediazione nella categoria dei negozi giuridici è concorde nella qualificazione dell'incarico di mediazione, il quale senza assurgere ad una dichiarazione di volontà valente come proposta contrattuale, assume il ruolo di mera segnalazione finalizzata a rendere consapevole il mediatore dell'interesse a concludere un determinato affare, sollecitando quindi lo svolgimento della sua attività intermediatrice (11).

Osservando la regolamentazione del codice relativa alla mediazione si nota come essa appaia compatibile sia con una configurazione della fattispecie contrattuale, sia con una non negoziale, posto che nella pratica si riscontrano entrambi i modelli (12). Tale orientamento intermedio appare preferibile in quanto dal disposto codicistico parrebbe che il legislatore abbia voluto tratteggiare una cornice normativa, precisando gli elementi essenziali, di un'attività che può originare indifferentemente da un fatto o da un negozio (13).

Il fenomeno della mediazione consiste infatti in una mera attività materiale esteriormente riconoscibile, originata dalla volontà dei soggetti ovvero posta in essere in difetto di un apposito titolo e non tempe-

stivamente rifiutata da parte dei destinatari, la quale è individuata dalla legge come fonte del rapporto obbligatorio nel cui ambito sorge il diritto di credito alla provvigione. Vale precisare, che se le parti non sono state messe in grado di conoscere l'opera di intermediazione posta in essere dal mediatore, e la abbiano pertanto ignorata incolpevolmente non essendo state messe in condizione di valutare l'opportunità o meno di avvalersi della relativa prestazione e di soggiacere ai conseguenti oneri, il rapporto di mediazione e il conseguente diritto alla provvigione non si configurano benché le parti abbiano perfezionato l'affare grazie all'attività del *proxeneta* (14).

La mediazione dunque può essere prodotta da un incarico senza che questo si riveli come un elemento imprescindibile, dato che la stessa fattispecie codicistica si dimostra ambigua non individuando nel contratto una prestazione principale a carico del mediatore (15): in tal modo si permette di assicurare una migliore tutela del mediatore, al quale viene riconosciuta l'attività ancorché svolta in esecuzione di un accordo invalido.

### La mediazione atipica unilaterale e la differenza con il mandato

Si è detto che sostanzialmente le due principali teorie sulla qualificazione della natura della mediazione si dividono sul fondamento del rapporto mediatore,

#### Note:

(10) Si vedano sul punto Cass. 25 ottobre 1991, n. 11384, in *Giur. it.*, 1992, 1, 1059; e più recentemente, Cass. 22 ottobre 2010, n. 21737, *Red. Giust. civ. Mass.*, 2010, 10; Cass. 14 luglio 2009, n. 16382, in *Vita not.*, 2009, 3, 1446.

(11) In merito si rinvia alle osservazioni di Cataudella, voce *Mediazione*, *cit.*, 60.

(12) In tal senso si veda *ex multis* Campobasso, *Diritto commerciale*, III, Torino, 1992, 95; Vassalli, *La mediazione*, Padova, 1992, 325; Luminoso, *La mediazione*, *cit.*, 36. Tale posizione ha trovato anche il sostegno di alcune decisioni di legittimità quali Cass. 1° giugno 2000, n. 7273, in *Corr. giur.*, 2000, 1610, con nota di Forchino.

(13) Si veda in merito Luminoso, *La mediazione*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, XXXI, t. III, Milano, 1993, 55; e meno recentemente Minervini, *Mandato, commissione, spedizione, agenzia, mediazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1948, 668; Manca, *Della mediazione*, in AA.VV., *Commentario al codice civile*, a cura di D'Amelio-Finzi, II, Firenze, 1947, 539. Cfr. in giurisprudenza Cass. 14 aprile 2005, n. 7759, in *Giust. civ.*, 2006, I, 920; Cass. 17 novembre 1994, n. 9743, in *Giust. civ. mass.*, 1994, 11.

(14) È la fattispecie trattata da Cass. 13 maggio 1980, n. 3154, in *Giust. civ. Mass.*, 1980, 5, in cui il mediatore ha fatto sorgere con il proprio comportamento un incolpevole affidamento in capo alle parti, o ha potuto ingenerare in esse una falsa rappresentazione della qualità in cui egli si è interposto durante le trattative relative alla conclusione dell'affare.

(15) Cfr. Cagnasso, Cottino, *Contratti commerciali*, in *Tratt. Cottino*, IX, Padova, 2000, 193.

individuato dall'una nell'incarico conferito dalle parti al *proxeneta* e dalla sua accettazione, dall'altra nell'obbiettivo messa in relazione delle medesime parti ad opera del mediatore per mezzo di un'attività di fatto priva di effetti giuridici fino a quanto non si concluda l'affare oggetto della mediazione. Vale osservare che assumendo il punto di vista di ciascuna delle suddette tesi si qualifica la fattispecie in cui non sussistono i presupposti ritenuti legali per la nascita del rapporto come atipica.

Numerosa giurisprudenza di legittimità ha indicato come mediazione c.d. atipica quella figura fondata su un contratto sinallagmatico con riguardo unicamente ad una delle parti interessate, la quale intenzionata a concludere un affare, affida l'incarico al mediatore di ricercare un soggetto interessato ad accettare le condizioni richieste (16). Tale configurazione, pacificamente ammessa, giacché è riconosciuto come non sia indispensabile il coinvolgimento all'operazione di tutte le potenziali parti dell'affare (17), pone tuttavia dei dubbi sulla sua sussumibilità allo schema astratto disciplinato dal codice agli artt. 1754 ss., in quanto si colloca addirittura oltre la distinzione tra tipicità e atipicità nell'ambito del contratto di mediazione (18), integrando bensì un negozio di mandato come riconosciuto da una recente pronuncia della Suprema Corte (19). Non è infatti peregrina l'ipotesi per cui la mediazione possa derivare da un incarico di mandato ovvero da un contratto di natura fiduciaria in cui il mandatario assume l'obbligo giuridico di curare l'esecuzione dell'attività mediatizia (20).

Appare opportuno rammentare che, benché nella pratica sovente la linea di demarcazione sia sempre più sottile, i contratti di mediazione e mandato individuano i propri elementi differenziali nel profilo strutturale e nella natura dell'attività posta in essere rispettivamente dal mediatore e dal mandatario (21). In primo luogo nel contratto di mandato il mandatario acquisisce il diritto a ricevere il compenso a prescindere dalla effettiva conclusione dell'affare oggetto della mediazione, avendo l'obbligo giuridico di curare l'esecuzione dell'incarico (22), mentre in capo al mediatore vi è solamente l'onere di mettere in relazione i contraenti per cui, come si è detto, il diritto di pretendere la provvigione è subordinato al perfezionamento dell'affare, inteso in generale come operazione economica compiuta attraverso un rapporto giuridicamente vincolante che si risolve in una utilità patrimoniale (23). Come tale la prestazione del mediatore integra un'obbligazione di risultato sebbene sia evidente come in tal modo seguendo il quadro normativo rappresentato

### Note:

(16) Sulla mediazione unilaterale si vedano Cass. 5 settembre 2006, n. 19066, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, 716; Cass. 18 marzo 2005, n. 5952, in *Giust. civ.*, 2005, I, 2626; Cass. 1° giugno 2000, n. 7273, in *Corr. giur.*, 2000, 1610, con nota di Forchino; Cass. 17 novembre 1997, n. 11389, in *Mass. Foro it.*, 1997. Esaminano in particolare la fattispecie di mediazione unilaterale tra gli altri Bruno, *Mediazione atipica*, in *Contratti*, 2003, 799; Lanotte, *Mediazione e procacciamento di affari, mediazione atipica*, in *Foro it.*, I, 2003, 1098; Giacobbe, *Il contratto di mediazione e la giurisprudenza, tra spunti ricostruttivi e dubbi applicativi*, in *Giust. civ.*, 2003, I, 419; Luminoso, Zuddas, *La mediazione. Il contratto di agenzia*, in AA.VV., *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Buonocore, 3, IX, 2005, 128; Rosetti, *Mediazione atipica*, in *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, XVI, *Il diritto privato nella giurisprudenza*, a cura di Cendon, Torino, 2004; Perfetti, *La mediazione. Profili sistematici ed applicativi*, Milano, 1996, 273.

(17) In tal senso cfr. *ex multis* Luminoso, *Diritto civile*, III, 518, Milano, 2009; Toschi Vespasiani, *Mediazione tipica ed atipica e contratto di mandato*, cit., 1093; Mirabelli, *Dei singoli contratti (artt. 1470-1765)*, in *Comm. Codice civ.*, Torino, IV, 3, III, Torino, 1991, 657; Minasi, voce *Mediatore (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976, 40.

(18) Tale classificazione risulterebbe peraltro alquanto priva di utilità qualora fosse inidonea a differenziare tra le ipotesi di atipicità in cui sia derogata ad esempio la struttura della mediazione sotto il profilo della formazione dell'accordo (quali i casi di mediazione a favore di terzo), e le fattispecie di apposizione di clausole atipiche a contratti di mediazione tipici. Si veda in merito Toschi Vespasiani, *Anche il «mediatore atipico» è obbligato ad iscriversi al ruolo degli agenti in affari di mediazione*, in *Contratti*, 2006, 287; Bruno, *Mediazione atipica*, *ivi*, 2003, 799; Della Chiesa, *Mediazione unilaterale ed imparzialità dell'intermediario*, *ivi*, 2008, 472.

(19) Cass. 14 luglio 2009, n. 16382, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 11, 2281 con nota di Sesti, ed in *Arch. Locazioni*, 2010, 2, 152, con nota di Chiarini.

(20) La giurisprudenza ha infatti riconosciuto la compatibilità della mediazione con la sussistenza di un particolare rapporto contrattuale non implicante il conferimento di una procura al mediatore ed uno dei contraenti, come sostiene Cass. 22 giugno 2007, n. 14582, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 6.

(21) Sul rapporto tra mediazione e altri contratti, si veda Cistaro, *Il contratto di mediazione*, in AA. VV., *I contratti di distribuzione*, a cura di Cassano, Milano, 2006, 403; Giacobbe, *Sulla differenza tra mandato e mediazione: dubbi in merito ad un orientamento consolidato*, in *Contratti*, 1998, I, 213; Cassanello, *Mediazione, agenzia e procacciamento di affari: analogie e differenze*, in *Giust. civ.*, 1993, I, 3013; Di Chio, *La mediazione*, AA.VV., *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, diretto da Galgano, XVI, Padova, 1991, 583; Jemolo, *Mandato, mediazione, rapporto innominato*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, II, 108.

(22) Facendo riferimento ad una tradizionale distinzione, si osserva come l'obbligazione del mandatario integri infatti una obbligazione di mezzi e non di risultato. Si veda sul punto Battelli, *Sulla differenza tra mandato e mediazione*, in *Contratti*, 2005, 780; Guerinoni, *Mediazione: differenze dal mandato e diritto alla provvigione*, in *Dir. e prat. soc.*, 2001, 7, 72. In giurisprudenza cfr. in merito Cass. 7 aprile 2005, n. 7251, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 4; Cass. 24 giugno 1993, n. 7008, in *Giust. civ.*, 1993, 1079, per cui si può dedurre che il mandatario è sempre libero di recedere dal contratto qualora ritenga che la sua attività non sia sufficientemente retribuita.

(23) In argomento cfr. *ex multis* Cass. 21 luglio 2004, n. 13590, in *Contratti*, 2005, 569 con nota di Giammarino; Cass. 21 luglio 2004, n. 13590, in *Contratti*, 2005, 569. In dottrina si vedano De Giorgi, *Mediazione: diritto alla provvigione e conferimento dell'incarico a tempo*, in *Corr. giur.*, 2009, 1504; Maccarrone, *Due contratti a confronto: mandato e mediazione*, in *Contratti*, 2009, 701; Vissalli, *La mediazione*, Padova, 1992, 265; Varelli, *La mediazione*, Napoli, 1953, 77; Marini, *La mediazione*, ne *Il Codice civile - Commentario*, diretto da Schlesinger, artt. 1754-1765, Milano, 1992, 47.

dal codice e dalla legge 3 febbraio 1989, n. 39 si lascia priva di remunerazione l'attività del mediatore qualora all'esito di un'opera di consulenza, perizia, tentativi di composizione delle posizioni, una delle parti decida anche ingiustificatamente di non concludere più l'affare (24).

Inoltre, mentre il mandatario è tenuto ad attenersi alle istruzioni ricevute dal mandante al quale deve rimettere quanto ha ricevuto a causa dell'incarico, il mediatore è caratterizzato dall'assenza di rapporti di collaborazione, dipendenza e rappresentanza riferibile al *dominus* (salvo che nella fase esecutiva), peculiarità che sussiste anche qualora il conferimento dell'incarico sia avvenuto da parte di una sola delle parti e il compenso sia corrisposto da un solo contraente (25). Un'ulteriore differenziazione si ricava dalla tipologia dell'attività svolta da chi accetta l'incarico laddove nel caso questi sia mandatario compie atti giuridici per conto del mandante e eventualmente anche in suo nome, al contrario in ipotesi di mediazione l'attività da cooperazione giuridica diventa di cooperazione materiale essendo finalizzata ad avvicinare le posizioni di due o più parti, appiandone le divergenze allo scopo di concludere un affare (26).

Indipendentemente dal *nomen iuris* indicato dalle parti sui moduli prestampati, l'autonomia privata può dunque utilizzare un ampio spettro di negozi *latu sensu* mediatori. Infatti, occorre evidenziare che la stretta osservanza del solco codicistico, prevede la facoltà di recesso della parte incaricante, la facoltà di accettazione della proposta di acquisto raggiunta tramite il mediatore, il diritto alla provvigione derivante dal rapporto eziologico (pur non diretto o esclusivo) tra l'attività del mediatore e la conclusione dell'affare.

L'autonomia privata può invece deviare dallo schema tipico con l'apposizione di clausole atipiche quali ad esempio il patto di esclusiva o l'irrevocabilità dell'incarico di vendita (27), che danno luogo all'impropria quanto ossimorica definizione di "mediazione atipica" (28). La latitudine dell'autonomia può spingersi ad adoperare uno schema causale che si colloca oltre la struttura tipica della mediazione, di cui conserva solo il *nomen iuris*, sfociando in altri tipi contrattuali, quali il contratto di mandato, o di procacciamento d'affari o di agenzia, ovvero in negozi aventi natura complessa quali quello innominato misto di mediazione e mandato, oppure ancora misto di mandato e locazione d'opera, alla cui costituzione e disciplina concorrono plurimi e distinti schemi negoziali che si fondono in ragione dell'unitarietà della causa (29). Qualora una fattispecie do-

vesse in concreto qualificarsi come uno dei suddetti tipi negoziali o contratti innominati, la conseguenza giuridica non potrà che essere l'applicazione della disciplina relativa e l'abbandono del regime essenziale della mediazione codicistica.

## Il requisito dell'imparzialità del mediatore rispetto alle parti e la mediazione unilaterale

Sebbene larga parte della dottrina riduca l'imparzialità a modalità di concreta esecuzione dell'attività da parte del mediatore, posto che difetta nella disciplina codicistica un esplicito dovere di imparzialità

### Note:

(24) La disciplina codicistica consente infatti al soggetto che si avvale della mediazione di accettare o meno la proposta di acquisto avanzata dal mediatore dopo che questi l'ha messo in relazione con una controparte interessata, anche qualora quest'ultimo abbia offerto di concludere l'acquisto alle condizioni pretese dal soggetto proponente. In tal caso al mediatore residua solamente il diritto al rimborso delle spese. Si rinvia in merito alle interessanti osservazioni di Toschi Vespasiani, *Mediazione tipica ed atipica e contratto di mandato*, cit., 1095.

(25) Sulla valenza del requisito dell'imparzialità ai fini della configurazione della mediazione si veda *infra*.

(26) Si veda in merito tra gli altri Giacobbe, *Sulla differenza tra mandato e mediazione dubbi in merito ad un orientamento consolidato*, cit., 213; Guerinoni, *Mediazione: differenze dal mandato e diritto alla provvigione*, in *Dir. e pratica soc.*, 2001, 72; Di Chio, *Mediazione e mediatori*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. comm., IX, Torino, 1994, 56. In giurisprudenza ribadiscono le suddette distinzioni *ex pluribus* Cass. 30 settembre 2008, n. 24333, in *Giust. civ. Mass.*, 2008, 9, 1048; Cass. 7 aprile 2005, n. 7251, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 4; Cass. 1° giugno 2000, n. 7273, in *Corr. giur.*, 2000, 1610, con nota di Forchino; Cass. 18 febbraio 1998, n. 1719, *ivi*, 1998, 366.

(27) Tra le altre frequenti clausole atipiche si annovera anche il rinnovo automatico dell'incarico di vendita salva disdetta, l'obbligo di corrispondere la provvigione in seguito alla mera individuazione di un'offerta corrispondente ai desiderata del soggetto incaricante indipendentemente dal successivo perfezionamento dell'affare; l'irrevocabilità dell'intermediario ovvero il rapporto di esclusiva.

(28) Tale espressione, utilizzata in tutti i casi in cui non si rispettino le prescrizioni del codice civile, si ritrova sovente nelle decisioni giurisprudenziali tra le quali si veda Cass. 7 aprile 2009, n. 8374, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 4, 591; Cass. 11 dicembre 2002, n. 17628, in *Mass. Giur. it.*, 2002; Trib. Firenze 4 febbraio 2003, *Foro tosc.*, 2003, 7. Come osserva acutamente Toschi Vespasiani, *Mediazione tipica ed atipica e contratto di mandato*, cit., 1096, l'etichetta "mediazione atipica" «è indiscriminatamente utilizzata come una sorta di contenitore vuoto utile a contenere tutte le pattuizioni che spostano il rapporto tra mediatore e controparti al di fuori dall'area propria della mediazione codicistica», del resto non è possibile individuare un *tertium genus* tra la mediazione e un contratto atipico.

(29) Per un'analisi puntuale si veda AA.VV., *I contratti di distribuzione*, a cura di Cassano, Milano, 2006, *passim*, ed in giurisprudenza Cass. 16 febbraio 1993, n. 1916, in *Giur. comm.*, 1994, II, 787, con nota di Delli Priscoli, *I contratti di distribuzione come categoria unitaria*.

(30), secondo la giurisprudenza maggioritaria l'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, rappresenta una caratteristica precipua connotante il contratto di mediazione (31). Essa racchiude infatti i divieti previsti dall'art. 1754 cod. civ. di dipendenza, collaborazione e rappresentanza, sottolineando la dovuta neutralità del mediatore rispetto agli opposti centri di interesse dei contraenti intermediati.

L'indipendenza rispetto alle parti a favore delle quali il soggetto esplica l'attività di *proxeneta* varrebbe a differenziare la figura della mediazione dagli altri negozi affini.

In primo luogo, si afferma la distinzione con il procacciamento di affari, laddove il procacciatore collabora occasionalmente con il proponente dal quale soltanto può pretendere la provvigione. Inoltre, si evidenzia la differenza con l'agenzia, in cui l'agente è vincolato da uno stabile rapporto con una delle parti dell'affare, nel cui esclusivo interesse agisce stabilmente quale ausiliario per la promozione e la conclusione di contratti, limitandosi a procurare clienti in una zona determinata (egli quindi matura il diritto alla provvigione da parte del solo committente). Infine, come si è visto, la mediazione si distanzia dal mandato, nel quale il mandatario assume l'obbligo del compimento degli atti giuridici necessari per l'espletamento dell'incarico e matura il diritto al compenso a prescindere dal risultato conseguito (32).

Peraltro, poiché le normali dinamiche del mercato immobiliare vedono frequentemente l'interessato venditore affidare l'incarico al mediatore al fine di individuare un potenziale acquirente, nell'ipotesi di mediazione c.d. unilaterale il mediatore agirebbe non esclusivamente nel proprio interesse, in quanto avrà tutto il vantaggio a far spuntare al venditore un prezzo elevato giacché la provvigione sarebbe calcolata in una quota percentuale del valore dell'affare. In caso quindi di incarico conferito da parte di un solo soggetto l'interesse dell'intermediario si rivela ontologicamente incompatibile con la definizione di cui all'art. 1754 cod. civ. per cui il mediatore mette in relazione due o più parti, componendone le divergenze, per la conclusione di un affare, senza essere legato ad alcuna di esse da rapporti di collaborazione, di dipendenza o di rappresentanza.

Nella prassi commerciale si riscontra sovente l'ipotesi su menzionata in cui il mediatore, su incarico unilaterale, oltre alle attività di pubblicità, di composizione delle differenti posizioni delle parti e di ge-

stione della negoziazione, è chiamato anche a curare la fase del perfezionamento del contratto, assumendo dunque la veste di mandatario del soggetto intermediato. Questa ipotesi non è trascurata dalla disciplina sulla mediazione laddove la legge n. 39/1989 richiama gli "agenti muniti di mandato a titolo oneroso" che esercitano la loro attività anche in maniera occasionale tra coloro cui impone l'onere di iscriversi al ruolo, al pari dei mediatori *strictu sensu* intesi. La posizione di tali soggetti non può certamente combaciare con la figura tecnica di mandatario giacché altrimenti si vieterebbe ai singoli di affidare la gestione dei propri affari includendo l'incarico di stipulare in nome loro dei contratti a soggetti non iscritti al ruolo (33), conseguentemente sono identificabili con i c.d. mediatori unilaterali ovvero con i procacciatori d'affari che operano, raccogliendo proposte di contratto ovvero ordinazioni presso terzi, per conto e su incarico di una parte sola, nei confronti della quale maturano il diritto al pagamento (34).

Bisogna tuttavia sottolineare come le due figure, il mediatore unilaterale e il procacciatore d'affari, non sono accomunabili in quanto l'attività del primo è pur sempre finalizzata a favorire le transazioni allo scopo di concludere il contratto, avvalendosi di

### Note:

(30) La disciplina codicistica prescrive infatti all'art. 1759 cod. civ. solamente di rispettare il dovere di informazione, compatibile con l'esercizio dell'attività intermediatrice unicamente a favore di una delle parti intermedie. In tal senso Luminoso, *La mediazione*, cit., 74; Guidotti, *La mediazione*, cit., 936; Cataudella, *La mediazione*, cit., 379; Della Chiesa, *Mediazione unilaterale ed imparzialità dell'intermediario*, cit., 472.

(31) Cfr. sul punto *ex multis* Cass. 16 dicembre 2005, n. 27729, in *Giust. civ.*, 2006, 6, 1194; Cass. 16 luglio 2002, n. 10286, in *Foro it.*, 2003, I, 1186; Cass. 26 maggio 2000, n. 6959, in *Mass. Foro it.*, 2000, 649. Per una disamina meno recente della giurisprudenza in tema si veda Lenzi, *Sulle differenze tra mediazione e figure affini e sul dovere di imparzialità del mediatore*, in *Giur. it.*, 1983, I, 819. In dottrina riconoscono l'essenzialità della mediazione Giordano, *Struttura essenziale della mediazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1957, 214; Favara, *Mediazione, mandato e imparzialità del mediatore*, in *Riv. giur. edil.*, 1963, I, 1244.

(32) Molto esplicitiva in merito alle differenze fra mediazione e i contratti di mandato, agenzia e procacciamento d'affari, è la decisione di cui App. Torino 16 gennaio 2004, in *Giur. merito*, 2004, 2005, secondo la quale il mediatore si caratterizza per la sua posizione di imparzialità rispetto alle figure affini.

(33) Si vedano in merito le considerazioni di Zaccaria, *La mediazione*, Padova, 1992, 31.

(34) Si ricorda in proposito, come sostenuto da numerose decisioni (su tutte Cass. 16 luglio 2002, n. 10286, in *Foro it.*, 2003, I, 1186), che il procacciamento di affari costituisce una figura atipica, i cui connotati, effetti e compatibilità, vanno individuati di volta in volta, con riguardo alla singola fattispecie, occorre avere riguardo, in materia, al concreto atteggiarsi del rapporto, e in particolare alla natura dell'attività svolta e agli accordi concretamente intercorsi con la parte che non abbia conferito l'incarico.

mezzi propri e proprie strategie di negoziazione, mentre il secondo non assume alcun incarico, tantomeno quello di comporre le divergenze tra le parti, limitandosi a pubblicizzare il contratto con i servizi o prodotti offerti dal proponente (35).

Alle suddette fattispecie però non si applica la disciplina prevista dal codice per la mediazione tipica in quanto permane l'assenza dell'elemento dell'imparzialità, come si è detto necessario per la costituzione del negozio di cui all'art. 1754 cod. civ., considerando l'essenziale rapporto di collaborazione connotante il procacciatore di affari, anche senza carattere di stabilità, nei confronti di colui nel cui esclusivo interesse agisce (36).

### **Responsabilità del mediatore tipico e dell'intermediario con mandato a vendere**

Come detto dall'analisi dei moduli prestampati utilizzati dagli agenti del settore dell'intermediazione immobiliare si riscontra che generalmente il *proxeneta* oltre all'attività di stretta mediazione compie anche uno o più atti giuridici per conto di una delle parti (37). Tali incarichi ulteriori possono mantenersi entro il perimetro della disciplina codicistica della mediazione ove il mediatore rappresenti uno degli interessati negli atti inerenti l'esecuzione del contratto perfezionato in seguito alla sua intermediazione, come prescrive l'art. 1761 cod. civ., oppure esulare dai confini dello schema tipico qualora l'agente immobiliare sia incaricato di redigere proposte di acquisto o di vendita, oppure di concludere un contratto di vendita, cumulando dunque il ruolo di mediatore e mandatario.

Anche qualora non si riconoscesse al requisito dell'imparzialità del mediatore un valore essenziale e costitutivo ai fini dell'integrazione del contratto di mediazione se gli interessati conferiscono il potere di rintracciare un possibile acquirente e compiere l'atto giuridico di stipulare il contratto di vendita in nome e per conto degli aspiranti venditori: in tal caso l'attività di intermediazione immobiliare configura dunque un vero e proprio contratto di mandato connesso a quello di mediazione, il quale risulterà assoggettato alla disciplina di cui agli artt. 1703 ss. cod. civ. In tal caso non si ritiene infatti di poter individuare un contratto di mediazione con un patto accessorio di mandato di vendita posta l'estraneità della stipula di un contratto all'attività di mediazione, e altresì l'incompatibilità della natura giuridica degli atti compiuti dal mandatario con la natura materiale dell'attività del mediatore e con il suo contenuto essenziale.

Inevitabili risultano i corollari in punto di responsa-

bilità in capo all'agente immobiliare laddove assuma l'incarico di mandatario di una delle parti, conseguenze che si rivelano palesemente divergenti dall'ipotesi di mediatore tipico.

Infatti, nella fattispecie tratteggiata dagli artt. 1754 ss. cod. civ. il soggetto esercente l'attività di mediazione, pone un'attività giuridica in senso stretto quale fonte atipica di obbligazioni, e risulta gravato dall'obbligo di comportarsi secondo diligenza qualificata ai sensi dell'art. 1176, cpv., cod. civ., nei confronti di tutte le parti messe in contatto ai fini della conclusione dell'affare, che include ogni operazione di tipo economico-giuridico. Tale obbligo si specifica nel dovere di informare le parti delle circostanze di cui lui è a conoscenza o da lui conoscibili, con riferimento alla valutazione e la sicurezza dell'affare, come specificato dall'art. 1759 cod. civ.

Il mediatore è tenuto a possedere tutte le cognizioni tecniche richieste dal mercato, per cui l'obbligo di informazione comprenderà anche il dovere di comunicare al contraente l'eventuale stato di insolvenza di una delle parti (la cui omissione comporta la sanzione prevista dall'art. 1764, comma 3, cod. civ.), l'esistenza di iscrizioni pregiudizievoli o pignoramenti sul bene oggetto della conclusione dell'affare, la sussistenza di circostanze in base alle quali le parti avrebbero concluso il contratto con un diverso contenuto, la sussistenza di precedenti vincoli, derivanti da patti di prelazione o contratti di opzione, a favore di soggetti terzi, e, in negativo, il divieto di fornire informazioni mendaci, informazioni su circostanze delle quali non si abbia riscontro (38).

L'attività di mediazione produce delle obbligazioni a carico dei soggetti coinvolti, in virtù della categoria di fonti enucleata dall'art. 1173 con la formula

#### **Note:**

(35) Inoltre si ricorda come il mediatore esaurisce il suo compito dopo che ha concluso l'affare per il quale gli era stato conferito l'incarico, mentre il procacciatore di affari assume un incarico stabile volto alla conclusione di tanti affari analoghi che rispondono in conformità alle stesse condizioni generali.

(36) Sul punto cfr. Cass., 25 maggio 2010, n. 12694, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, 5, 804; Cass. 24 febbraio 2009, n. 4422, in *Guida al dir.*, 2009, 13, 75; Cass. 19 agosto 2003, n. 12106, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 7-8.

(37) In tal senso cfr. Luminoso, *La mediazione, cit.*, 186; Perfetti, *La mediazione, cit.*, 83; Di Chio, *Mediazione e mediatori, cit.*, 394.

(38) Si veda in argomento Cass. 14 luglio 2009, n. 16382, cit.; Cass., 24 ottobre 2003, n. 16009, in *Contratti*, 2004, 251, con nota di Venezia, *Il diritto al compenso ed i limiti della responsabilità del mediatore ex art. 1759 cod. civ.*; Cass. 15 maggio 2001, n. 6714, in *Danno e resp.*, 2001, 794, con nota di Carbone; Cass. 22 marzo 2001, n. 4126, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, 552; Cass. 17 maggio 1999, n. 4791, in *Vita not.*, 1999, 817; Cass., 27 maggio 1993, n. 5938, in *Giust. civ. Mass.*, 1993, 932.



«ogni atto o fatto idoneo a produrre obbligazioni in conformità dell'ordinamento giuridico», in quanto pur non essendo necessariamente qualificabile come un negozio giuridico nondimeno da luogo ad un rapporto di tipo contrattuale di fatto.

Dall'analisi complessiva della figura del mediatore ex art. 1754 cod. civ., il quale come detto è professionalmente qualificato dati i peculiari requisiti formali ed abilitativi richiesti dalla legge, emerge come frequentemente egli non sia legato con la parte intermediata da un precedente contratto, e tuttavia, in forza del rapporto concretamente intercorrente di messa in relazione di due o più parti, è tenuto all'esecuzione in favore del cliente di prestazioni proprie di una relazione di tipo contrattuale (39). L'attività di mediazione svolta impone dunque al mediatore di rispettare obblighi ulteriori rispetto al mero principio del *neminem laedere*, ovvero i c.d. obblighi di protezione preesistenti all'illecito ed al danno stesso, volti a salvaguardare la tutela di interessi manifestati in occasione del contatto sociale con gli utenti-consumatori, i quali pongono particolare affidamento nel mediatore proprio per i suoi specifici requisiti professionali (40).

Quindi in virtù del rapporto contrattuale di fatto o da "contatto sociale" che si instaura tra il mediatore e le parti, fonte riconducibile alla terza parte della tripartizione dell'art. 1173 cod. civ., si configura in capo al *proxeneta* un'obbligazione senza prestazione improntata ai doveri di diligenza che permeano la sua professione, il cui inadempimento dà luogo ad una responsabilità contrattuale per *culpa in non faciendo* (41). Da tale qualificazione in termini di responsabilità discende che in caso di mediatore ex art. 1754 cod. civ. ricadrà in capo a quest'ultimo l'onere della prova, oltre di non aver agito in posizione di mandatario (qualora tale qualità non sia pacifica), altresì di aver adempiuto agli obblighi di correttezza e di informazione secondo il parametro di diligenza ai sensi dell'art. 1176, cpv., cod. civ., residuando alle parti intermedie di dimostrare il mero contatto ai fini della conclusione dell'affare quale fatto costitutivo della pretesa (42).

Bisogna tuttavia sottolineare come non vi siano ostacoli alla configurazione di una responsabilità aquiliana che agevolerebbe il mediatore con riferimento al termine prescrizione dimezzato rispetto all'ordinario termine decennale della responsabilità contrattuale.

Qualora il mediatore riceva un incarico a vendere, è indubbia la qualificazione contrattuale dell'operazione, la cui causa concreta comprende, a fronte di un corrispettivo sospensivamente condizionato al-

l'accettazione della proposta, l'individuazione di un contraente per la stipula di un negozio di compravendita o locazione, oltre alle attività collaterali (di assistenza nella negoziazione ovvero di pubblicità dell'offerta): si integra dunque un contratto di mandato (43). Poiché il mediatore agisce come manda-

### Note:

(39) Secondo la tesi di Lipari, *Rapporti di cortesia, rapporti di fatto, rapporti di fiducia*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1968, 433, in tal caso si produrrebbe un vero e proprio vincolo contrattuale sottoposto alla disciplina ordinaria. Si segnala come la connessione tra contratto e scambio proposta-accettazione sia oramai superata grazie all'apporto di Stella Richter, *Contributo allo studio dei rapporti di fatto nel diritto privato*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1977, 190; Roppo, *Contratti standard*, Milano, 1989, 166. In particolare Sacco, *Il contratto*, in *Tratt. Vassalli*, VI, 2, Torino, 1975, 86, sostiene che nelle fattispecie di contratto di fatto, quali la mediazione, difetta il consenso bilaterale, non il contratto, che sussisterebbe comunque.

(40) Numerose risultano le ipotesi in cui si riscontrano gli obblighi di protezione: la responsabilità dell'insegnante dipendente dell'istituto scolastico nei confronti dell'allievo (cfr. Cass., Sez. Un., 27 giugno 2002, n. 9346, in *Resp. civ. e prev.*, 2002, con nota di Facci); la responsabilità del medico dipendente dal servizio sanitario o di struttura ospedaliera nei confronti del paziente (Cass. 22 gennaio 1999, n. 589, in *Foro it.*, 1999, I, 3332, con nota di Di Ciommo); ovvero la responsabilità della banca negoziatrice per aver consentito l'incasso di assegno bancario non trasferibile a persona diversa dal beneficiario del titolo (Cass., Sez. Un., 26 giugno 2007, n. 14712, in *Corr. giur.*, 2007, 1706, con nota di di Majo, *Contratto e torto: la responsabilità per il pagamento di assegni non trasferibili*).

(41) Si veda in proposito Castronovo, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Le ragioni del diritto, Milano, 1995, 151. Si veda in giurisprudenza, Cass. 22 gennaio 1999 n. 589, in *Foro it.*, 1999, I, 3332, con note di Di Ciommo e La Notte; Cass. 19 aprile 2006, n. 9085, in *Il civilista*, 2010, 2, 86; Cass. 29 settembre 2004, n. 19564, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 4. Fondamentali in argomento le riflessioni di Busnelli, *Itinerari europei nella terra di nessuno tra contratto e fatto illecito: la responsabilità da informazioni inesatte*, in *Contr. e impr.*, 1991, 539; Roppo, *Il contatto sociale e i rapporti contrattuali di fatto*, in *Casi e questioni di diritto privato*, a cura di Bessone; Sacco, *Il contratto di fatto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di Rescigno, X, 1995, 54.

(42) Secondo il dettato delle Sez. Un., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Corr. giur.*, 2001, 1565, con nota di Mariconda, in *Contratti*, 2002, 113, con nota di Carnevali, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, I, 349, con nota di Meoli.

(43) La concezione della causa in concreto comporta un'indagine sulla reale volontà dei contraenti, focalizzandosi sulla concreta modificazione che si produce nella sfera giuridica dei contraenti. La Cass., 8 maggio 2006, n. 10490, in *Corr. giur.*, 2006, 1718, con nota di Rolfi, considera infatti la causa «funzione individuale del singolo, specifico contratto posto in essere, a prescindere dal relativo stereotipo astratto, seguendo un iter evolutivo del concetto di funzione economico-sociale del negozio che, muovendo dalla cristallizzazione normativa dei vari tipi contrattuali, si volga infine a cogliere l'uso che di ciascuno di essi hanno inteso compiere i contraenti adottando quella determinata, specifica (a suo modo unica) convenzione negoziale». Si veda in merito anche Cass. 26 gennaio 1995, n. 975 in *Contratti*, 1995, 362, con nota di Ambrosoli. Per una puntuale analisi cfr. Breccia, *Causa*, in *Tratt. Bessone, Il contratto in generale*, III, Torino, 1999, 66; Navarretta, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000, 212, Rolli, *Causa in astratto e causa in concreto*, Padova, 2008.

tario (con o senza rappresentanza), il compimento della specifica attività negoziale di attivarsi per la conclusione dell'affare degrada da mera facoltà ad obbligo giuridico, con l'ovvio corollario di integrare la responsabilità extracontrattuale, in solido con il mandante ai sensi dell'art. 2055 cod. civ., in ipotesi di condotta illecita nei confronti del terzo destinatario della sua attività, estraneo al rapporto contrattuale fra mediatore-mandatario e mandante (44). Nella fattispecie di mandato, invece, il diritto a ricevere il compenso spetta, a prescindere dal risultato raggiunto, di norma unicamente nei confronti del mandante rispetto al quale il mandatario è contrattualmente vincolato, per quanto previsto dagli artt. 1709 e 1720 cod. civ. Il mandatario è, poi, tenuto all'osservanza delle norme sui contratti di consumo, tra cui il dovere di informazione e la disciplina delle clausole vessatorie, previste dal D.Lgs. n. 206 del 2005, ove ne ricorrano i presupposti soggettivi, tranne in tema di onere della prova e prescrizione i quali rimangono soggetti all'applicazione della disciplina generale dei contratti, e fatti salvi altresì i vincoli di imparzialità fissati per la mediazione tipica.

### Conclusioni

Occorre dunque adottare approccio apodittico e pragmatico senza affermare una rigida categorizzazione contrattuale o non contrattuale dell'istituto della mediazione, per isolarne gli elementi precipui, per poi indagare, al di là del *nomen iuris* utilizzato, l'ambito di inquadramento giuridico della fattispecie nella mediazione codicistica ovvero nel negozio di mandato.

Infatti, la figura del mediatore è tale solo se l'attività che pone in essere in maniera riconoscibile e imparziale, effettivo sostrato dell'istituto, è causalmente idonea a determinare la conclusione dell'affare, indipendentemente dalla fonte delle obbligazioni.

Di conseguenza, quando una parte intenzionata a perfezionare un affare incarichi un soggetto di eseguire tutte quelle attività necessarie al fine di individuare un potenziale contraente, si configura non un negozio atipico definito come mediazione unilaterale, bensì un vero e proprio contratto di mandato. Connotato necessario e distintivo dell'attività della figura del mediatore tipico si rivela essere l'imparzialità, per cui il mediatore deve compiere la propria attività di intermediazione in modo autonomo, senza essere legato alle parti da alcun vincolo di mandato o di altro tipo.

L'elemento sostanziale dell'attività di mediazione, che si realizza mettendo in relazione due o più parti per il perfezionamento di un affare, se posta in essere

senza un apposito titolo negoziale integra un atto in senso stretto, consequenziale all'adempimento di un obbligo riconducibile ad ogni fatto o atto idoneo a produrre obbligazioni conformemente all'ordinamento; qualora invece sia svolta sulla base di un rapporto negoziale si configura un contratto di mandato. Da tale distinzione derivano due importanti conseguenze. In primo luogo, l'agente-mandatario che accetta l'incarico assume l'obbligo giuridico di curarne l'esecuzione ed acquista il diritto al compenso indipendentemente dal risultato conseguito; al contrario in capo al mediatore tipico, caratterizzato dall'imparzialità tra i due contraenti, vi è unicamente l'onere di metterli in relazione, acquistando diritto al compenso solo se l'affare è concluso. Inoltre, se il mandatario cagiona danni ai terzi risponde del risarcimento dei danni secondo la disciplina di cui all'art. 2043 cod. civ., mentre in analogo caso in ipotesi di mediatore ai sensi dell'art. 1754 cod. civ., in alternativa alla responsabilità aquiliana, a carico dell'agente si applicano le norme sulla responsabilità contrattuale in virtù del "contatto sociale" che si crea tra le parti ed il mediatore professionale che in qualità di operatore specializzato dovrà osservare la diligenza qualificata richiesta dall'art. 1176, cpv., cod. civ. (45).

---

#### Note:

(44) Si veda in merito alla responsabilità aquiliana nel mandato Cass. 27 novembre 2002, n. 16740, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, 2058.

(45) Sottolineano tale aspetto Cass. 23 marzo 2001, n. 4126, in *Contratti*, 2001, 885, con nota di Radice.