

CONSUMERISMO ED EFFETTI DELLA NEOLINGUA NEL SETTORE IMMOBILIARE

| 20 Di Manolita Francesca

SOMMARIO: 1. *Mediazione contrattuale vs. storia e contro-storia dell'intermediazione immobiliare: la lente della giurisprudenza (Cass., 18 settembre 2020, n. 19565).* – 2. *Consumerismo, evoluzione della neolingua e superfetazione della giurisprudenza.* – 3. *Ritorno alla funzione del rischio nel contratto di mediazione.* – 4. *Assunzione del rischio dell'intermediario e provvigione.* – 5. *Mediazione e mandato: termini di qualificazione.* – 6. *Abusi terminologici e dimensione funzionale del contratto nella intermediazione immobiliare.*

ABSTRACT. *La sentenza Cass., 18 settembre 2020, n. 19565 fa da contrappunto a una narrazione delle vicende attuali dell'intermediazione immobiliare, questa minacciata dalla terminologia e dai rimedi del mercato dei beni di consumo. Il contributo ripercorre gli elementi fondanti il contratto di mediazione, nella sua dimensione codicistica, e le prassi invalse nella pratica del mercato immobiliare per aprire a soluzioni qualificatorie più aderenti alle esigenze di tutti i protagonisti del peculiare sistema.*

The Court of Cassation judgment, 18 September 2020, n. 19565 offers an opportunity for a story of the current events of real estate brokerage, threatened by the terminology and remedies of the consumer goods market. The contribution traces the elements of the brokerage business, in Civil Code, and the practices established in the real estate market to open to solutions closer to the needs of all the protagonists of the particular system.



1. Mediazione contrattuale vs. storia e contro-storia dell'intermediazione immobiliare: la lente della giurisprudenza (Cass., 18 settembre 2020, n. 19565).

La sentenza della Cassazione n. 19565 del 2020¹, in materia di mediazione contrattuale, racconta la piú classica storia dell'intermediazione immobiliare, una come tante², nella quale viene collegato il pagamento della provvigione all'esercizio del diritto di recesso da parte del soggetto intermediario. La Corte di Cassazione, nella specie, conclude che:

«la clausola contrattuale, che riconosce il diritto al compenso in via automatica, se svincolata dall'effettivo svolgimento dell'attività di ricerca dei terzi interessati all'affare e delle attività ad esse propedeutiche, conduce al risultato di costituire, a favore dell'agente immobiliare una rendita di posizione, andando ad incidere negativamente sull'equilibrio contrattuale nel rapporto tra professionista e consumatore espressamente previsto dall'art. 33 del Codice del Consumo».

La Corte ancora aggiunge:

«la valutazione in concreto dell'attività svolta impedisce che il diritto alla provvigione da parte del mediatore possa essere svincolato dallo svolgimento di qualsiasi controprestazione, determinando inevitabilmente non tanto uno squilibrio nelle prestazioni ma addirittura l'assenza della prestazione».

In conclusione, è centrale, secondo la Corte, il sindacato sull'equilibrio contrattuale «che costituisce uno dei cardini dell'operazione ermeneutica in materia di contratto concluso con il consumatore».

È sufficiente iniziare da quest'ultima affermazione per scorgere gli effetti della neolingua fondata sul sintagma professionista/consumatore e la sua capacità di erosione dei concetti. La Corte, infatti, assume come centrale il sindacato in ordine all'equilibrio delle prestazioni, reputato doveroso in materia di regolamenti consumeristici, e compie un salto logico: non ha memoria che nel contratto di mediazione la nascita del diritto alla provvigione è conseguente soltanto alla conclusione del contratto intermediario e che l'attività mediatrice è di per sé discrezionale.

È certamente incontestabile che, nel caso oggetto della controversia, la clausola contrattuale stabilisca

che il diritto di ciascuna parte di recedere anticipatamente dall'accordo sia legata alla «corresponsione, in favore dell'altra, di un corrispettivo pari all'1% del prezzo di vendita dell'immobile, stimato in complessivi Euro 410.000,00».

Tuttavia, la formulazione adottata rende evidente che si tratta di pagamento di una provvigione, rapportata com'è al valore commerciale dell'immobile anziché al corrispettivo dell'attività esercitata. La distanza tra provvigione e corrispettivo e la relativa ricaduta sulle discipline di interposizione soggettiva rende non centrata la notazione della suprema Corte, a proposito del disequilibrio tra prestazioni e ai conseguenti principi di diritto:

Secondo la Corte:

«La clausola che attribuisca al mediatore il diritto alla provvigione anche in caso di recesso da parte del venditore può presumersi vessatoria quando il compenso non trova giustificazione nella prestazione svolta dal mediatore. È compito del giudice di merito valutare se una qualche attività sia stata svolta dal mediatore attraverso le attività propedeutiche e necessarie per la ricerca di soggetti interessati all'acquisto del bene. Si presume vessatoria la clausola che consente al professionista di trattenere una somma di denaro versata dal consumatore se quest'ultimo non conclude il contratto o recede da esso, senza prevedere il diritto del consumatore di esigere dal professionista il doppio della somma corrisposta se è quest'ultimo a non concludere il contratto oppure a recedere».

La sensazione è quella di una forzatura del linguaggio, che elimina le distinzioni cognitive, omologa le parole ed esclude ogni articolazione delle discipline sottostanti, sino a conformare anche il riferimento oggettivo. Le parole sono ridotte all'osso e così ciò che esse disegnano nella funzione normativa e nelle ricadute economico-sociali: una sorta di *reverse discrimination* per operatori professionali³.

2. Consumerismo, evoluzione della neolingua e superfetazione della giurisprudenza.

³ V. le considerazioni di G. VETTORI, *Norme, dogmatica e sentenze: quid iuris?*, in *Pers. merc.*, 2017, p. 73 ss. dove è richiamata la necessità di una integrazione fra legge, dogmatica e sentenze richiede uno sforzo congiunto: «La legge deve costruire forme flessibili senza rincorrere i fatti con improbabili tipizzazioni. La scienza giuridica deve costruire concetti rigorosi e adatti ai tempi, le sentenze devono tendere alla ricerca del diritto 'qual è non quale si vorrebbe che fosse' e del rimedio effettivo per ogni situazione lesa. È inutile avanzare primazie e teorizzare metodi astratti. Occorre solo una maggiore responsabilità comune di fronte ad un delicato momento della nostra vita democratica».

¹ Cass., 18 settembre 2020, n. 19565, in *DeJure* online. Tra i primi commenti v. S. GRILLO, *Accertamento della vessatorietà della clausola nei contratti del consumatore: verso un sindacato esteso anche all'equilibrio economico?*, in *Contratti*, 2021, 417 ss., A. PURPURA, *La vessatorietà della provvigione del mediatore in caso di recesso del venditore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 317 ss.

² V. *infra* n. 14.

La Corte – si diceva – incarta l'intera vicenda nella disciplina consumeristica e così annacqua la distinzione tra tipologie di bisogni e relativi presidi nei singoli comparti di mercato.

È necessario un passo indietro. Già la letteratura economica e sociologica ha stigmatizzato l'involuzione del fenomeno economico-sociale consumeristico ben prima del recepimento giuridico⁴. È stata storicamente quasi immediata la constatazione circa il progressivo allontanamento dal miglioramento della qualità della vita, attraverso la raggiungibilità di beni quotidiani di benessere⁵. È noto che la prospettiva egualitaria delle politiche di accesso diffuso ai beni di consumo abbia mostrato ben presto la corda per trasformarsi in riproduzione sociale

⁴ V., tra gli altri, H. ARENDT, *Vita Activa. La condizione umana*, (1964), trad. it. di S. Finzi, Milano, 1988, p. 73 ss. sull'incidenza della statistica sul decisore politico; J. BAUDRILLARD, *La società dei consumi*, Bologna 1976, p. 55 ss.

⁵ Si tratta della costruzione economica alla base della grande standardizzazione dei processi produttivi, rappresentata dalla Ford T nera e che aprì alla via del consumo di massa, sul punto v. V. VALLI, *Ascesa e declino dell'economia americana*, in *Istituto Lombardo - Accademia di Scienze e Lettere - Rendiconti di Lettere*, 2018, p. 303 ss. v. anche ID., *The American Economy from Roosevelt to Trump*, London, 2018: «L'idea di Ford era di adottare i metodi tayloristici di produzione approntando in un nuovo gigantesco stabilimento un sistema di produzione in serie, con catene di montaggio, una grande divisione e parcellizzazione del lavoro, rigido controllo dei tempi e dei ritmi, etc. Il risultato sarebbe stato una straordinaria crescita della produttività del lavoro, che avrebbe consentito una forte riduzione dei costi unitari di produzione e dei prezzi di vendita delle automobili, allargando di molto la platea dei consumatori, e quindi la domanda di automobili. L'auto poteva quindi diventare un bene di consumo di massa, non riservato a pochi ricchi, come succedeva per i lussuosi modelli di auto precedenti, costruiti in maniera semi-artigianale, ma molto costosi». L'Autore aggiunge che si trattava del tempo di «inizio della società dei consumi opulenti, con tutte le sue distorsioni». Si parla in proposito di «modello fordista di sviluppo economico» capace di superare i confini nazionali e avere un impatto macroeconomico. Cfr. anche D. ACEMOGLU e J. ROBINSON, *Why Nations fail. The origins of power, prosperity and poverty*, New York, 2012, *passim*. Il termine fordismo si deve a A. GRAMSCI, *Americanismo e fordismo*, Torino, 1978 che ne analizzò gli effetti sulla alienazione dei lavoratori e sullo stato della qualità del lavoro. Cfr. sul punto le illuminanti notazioni di G. BARATTA, «Americanismo e Fordismo» *L'egemonia americana nel secolo ventesimo*, in F. FROSINI e G. LIGUORI (a cura di), *Le parole di Gramsci. Per un lessico dei Quaderni del Carcere*, Roma, 2004, p. 17 ss.

Eppure quel modello trova il suo precursore nel famoso Cartello *Phoebus*, noto per avere fissato la standardizzazione nella realizzazione delle lampadine, per omologarne la produzione ed evitare quella perfezione tecnica che aveva condotto alla sopravvivenza di una lampadina per 113 anni, esattamente come quella prodotta precedentemente al Cartello e ininterrottamente accesa nella caserma di Pompieri di Livermore (in Nordamerica). Il creatore della Ford T nera aveva avuto il suo primo impiego nella società di elettricità di Thomas Edison. Sugli effetti della normalizzazione degli interessi nell'epoca del consumerismo, sia consentito il rinvio a M. FRANCESCA, *Dalle ADR offline alle procedure di Online Dispute Resolution: statuti normativi e suggestioni di sistema*, in *Corti Salernitane*, 2015, p. 7 ss.

di simboli riconosciuti⁶. Lo scambio di valori codificati rilevanti per il loro valore simbolico ha lasciato sullo sfondo l'interesse primario di acquisto di un capo d'abbigliamento per ripararsi dal freddo o quello di un cellulare per esigenze mere di comunicazione. Siamo di fronte a disfunzioni simboliche di beni che producono nuove gerarchie sociali⁷.

Già nel 1976 si affermava che «L'ordine della produzione si accorda per non far sorgere e per non soddisfare che i bisogni ad esso adeguati. Nell'ordine della crescita secondo questa logica, non ci sono, non ci possono essere, dei bisogni au-

⁶ V. le considerazioni di F. PILUSO, *Forma e segno in Jean Baudrillard. Deriva di una prospettiva semiotica*, in E. DE CONCILIIIS, E. SCHIRÒ e D. ANGELUCCI (a cura di), *Reinventare il reale. Jean Baudrillard (2007-2017). Lo Sguardo - rivista di filosofia*, 1, 2017, p. 55 ss.

⁷ Il c.d. «scambio simbolico» consente di allargare la classica dicotomia marxiana tra valore di scambio e valore d'uso, cui si aggiunge il nuovo concetto di valore-segno: J. BAUDRILLARD, *Lo scambio simbolico e la morte*, Milano, 1984, *passim*; T. MARCI, *Della teoria in Jean Baudrillard*, in E. DE CONCILIIIS, E. SCHIRÒ e D. ANGELUCCI (a cura di), *Reinventare il reale*, cit., p. 29 ss. V. anche F. CARMAGNOLA, *Baudrillard e il simbolico*, in E. DE CONCILIIIS (a cura di), *Jean Baudrillard, o la dissimulazione del reale*, Milano-Udine, 2009, p. 97 ss., e M. COSTA, *Baudrillard e l'annichilimento della cosa*, *ivi*, p. 115 ss.

A proposito del rapporto tra valore d'uso e di scambio nel passaggio tra il Diciannovesimo e il Ventesimo secolo e della sua incidenza sul controllo degli atti di autonomia privata v. R. DI RAIMO, *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, Napoli, 2003, p. 33 s.

Le evoluzioni del sistema consumeristico sono ben articolate nell'interessante costruzione di S. BUDELLI, *La nuova disuguaglianza nel mercato consumeristico*, in E. CATERINI, L. DI NELLA, A. FLAMINI, L. MEZZASOMA e S. POLIDORI (a cura di), *Scritti in onore di Vito Rizzo*, Napoli, 2017, p. 215 ss.

Le disquisizioni intorno alla necessità di tutelare un consumatore disarmato di fronte alla grande produzione sono state segnate dapprima dalle teorie economiche sulle asimmetrie informative e ancora da quelle neo-istituzionali: v. F. RISCHKOWSKY e T. DÖRING, *Consumer Policy in a Market Economy: Considerations from the Perspective of the Economics of Information, the New Institutional Economics as well as Behavioural Economics*, in *Journal of Consumer Policy*, 31 (2008), p. 285 ss.; più recente è invece l'economia comportamentale, oggi nota come *Behavioral Law and Economics* e sulla quale si rinvia a J. TIROLE, *Rational irrationality: some economics of self-management*, in *European Economic Review*, (2002) 46, p. 633 ss.; G. LOEWENSTEIN, *Emotions in economic theory and economic behavior*, in *American Economic Review. Papers & Proceedings*, (2000) 90, p. 426 ss.; A. GIFFORD JR, *Emotion and self-control*, in *Journal of Economic Behavior & Organization*, (2002) 49, p. 113 ss. V. anche l'analisi di A. ZOPPINI, *Le domande che ci propone l'economia comportamentale ovvero il crepuscolo del «buon padre di famiglia»*, in G. ROJAS ELGUETA e N. VARDI (a cura di), *Oltre il soggetto razionale Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato*, Roma, 2014, p. 11 ss.

Più recente è invece il nuovo punto di osservazione che muove dalla sostenibilità del mercato per graduare e discutere gli attuali sistemi di protezione del consumatore: cfr. D. IMBRUGLIA, *Mercato unico sostenibile e diritto dei consumatori*, in *Pers. merc.*, 2021, p. 495 ss.

tonomi, non ci sono che i bisogni della crescita [...] poiché il sistema non produce che per i propri bisogni, si trincerava sempre più sistematicamente dietro l'alibi dei bisogni individuali»⁸.

Diversa è la situazione nel mercato immobiliare⁹. Il concetto del valore segno, proprio della nuova società dei consumi, resta, qui, sullo sfondo. Resta invece prevalente il valore d'uso teso alla soddisfazione di esigenze innanzitutto primarie degli individui e della famiglia¹⁰: l'interesse speculativo o di

⁸ J. BAUDRILLARD, *La società dei consumi*, Bologna, 1976, p. 55. Analogamente e sempre nel 1976, Sidney Lumet, con l'opera cinematografica *Quinto potere*, offriva una mirabile denuncia satirica della nuova persuasione prodotta dalla televisione e ne anteedeva la caratterizzazione più incisiva: la creazione di una realtà parallela, capace di incidere sui modelli comportamentali sociali ed economici.

⁹ U. MATTEI, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Il risparmio immobiliare privato. Bene comune certezza*, Roma, 2013, p. 9 ss.; spec. p. 10, qui si rileva che «L'analisi dei dati evidenzia, infatti, una netta propensione della famiglie italiane nei confronti delle attività reali a discapito di quelle finanziarie, come dimostrano anche i numeri relativi alle passività finanziarie, dove il 41% è costituito da mutui per l'acquisto di un'abitazione. Evidentemente, l'investimento immobiliare veicola un'idea di stabilità economica, resiste alla crisi economica e rappresenta una realtà particolarmente solida, da tutelare per promuovere la ripresa e costruire stabilità finanziaria».

¹⁰ V. U. MATTEI, *op. ult. cit.*, p. 12 ss., spec. pp. 16 e 17, il quale offre una ricognizione illuminata dei dati relativi al risparmio immobiliare negli anni successivi alla bolla economica e osserva che «circa seicentomila persone in Italia nel 2009 erano in cerca di un'abitazione e nello stesso tempo i prezzi degli alloggi e i canoni di locazione sono diventati particolarmente insostenibili. Nel 2010, la situazione è certamente migliorata, ma molte famiglie italiane hanno dichiarato di non riuscire a risparmiare, senza dimenticare che, tra queste, diverse presentano risparmi negativi». Il medesimo A. soggiunge che «I dati del Bollettino della Banca d'Italia pubblicato il 13 dicembre 2012 consentono un aggiornamento del quadro economico di riferimento; nel primo semestre del 2012, la ricchezza netta delle famiglie italiane è ulteriormente diminuita, con una flessione negativa in termini reali, anche considerato l'andamento dei prezzi. La distribuzione della ricchezza rivela una concentrazione in poche famiglie, mentre la gran parte detiene un livello modesto o nullo di ricchezza; in questa cornice, alla fine del 2011, la ricchezza in abitazione era pari, in media, a circa 200.000 euro per famiglia, con una diminuzione rispetto all'anno precedente pari all'1,4% e una contrazione, per il primo semestre del 2012, pari allo 0,7%, con una diminuzione del prezzo degli immobili stimata attorno all'1%».

Dati rilevanti arrivano dal Sondaggio congiunturale sul mercato delle abitazioni in Italia – ottobre 2016, n. 60, in Supplementi al Bollettino Statistico - Indagini campionarie. Qui si rileva che «La quota di agenzie che ha venduto almeno un'abitazione è lievemente aumentata rispetto alla rilevazione precedente (al 72,9 per cento dal 71,3). Il saldo tra la quota di agenzie che riportano un aumento del numero dei potenziali acquirenti e quella delle agenzie che segnalano una diminuzione è salito a 4,6 punti percentuali, da 1,7 nell'indagine precedente, avvicinandosi ai valori di un anno prima (6,1 punti)». Quanto agli incarichi a vendere, secondo la stima di Banca d'Italia, definita attraverso le agenzie immobiliari, «Il saldo tra le risposte di aumento e di diminuzione delle giacenze di incarichi a vendere è rimasto sui livelli della precedente rilevazione (a 0,7 da 1,4

riconoscibilità propria dell'appartenenza a gruppi è, in termini numerici, ancora ininfluenza sul piano del funzionamento.

La medesima produzione degli uni e degli altri beni ha caratteristiche profondamente diverse: mentre un settore economico è caratterizzato dalla produzione di beni ripetibili, che poggiano sulle economie di scala della grande produzione e spesso nulla aggiungono in termini di fattore-lavoro, l'altro si avvale di competenze trasversali, di ampie fasce di lavoratori (tra le altre, costruzioni e progettazione).

La storia recente della bolla economica immobiliare ad apertura del secondo millennio ha fornito una chiara rappresentazione della sovrapposizione tra politiche di mercato governate da altrettante razionalità¹¹: quando cioè i presidi propri di un merca-

punti percentuali); quello delle risposte relative ai nuovi mandati è invece diminuito, scendendo su valori lievemente negativi (-1,3 da 5,7 punti percentuali), a fronte del 61,9 per cento dei giudizi di stabilità. Le principali cause di cessazione dell'incarico rimangono legate al divario tra prezzi offerti e domandati, anche se la quota di chi segnala proposte di acquisto a prezzi ritenuti troppo bassi per il venditore si è ridotta al 55,3 per cento (dal 68,8 della precedente indagine); la percentuale di chi segnala che i prezzi richiesti sono ritenuti eccessivamente elevati dai potenziali acquirenti è rimasta pressoché stabile (al 52,7 per cento). Anche la quota di agenzie che riconducono la decadenza dell'incarico alla difficoltà degli acquirenti di ottenere un mutuo è risultata sostanzialmente stazionaria rispetto al trimestre precedente, su valori storicamente bassi (21,7 per cento; 27,8 un anno prima)».

Meno interessanti, ai fini della presente ricerca sono i dati raccolti nel 2020 dal medesimo Bollettino di Banca d'Italia, i quali, in piena pandemia, insistono sulla qualità della ricerca immobiliare (abitazioni prevalentemente indipendenti e di maggiore quadratura). Si aggiunge, tuttavia, che «Le cause prevalenti di cessazione dell'incarico restano le offerte di acquisto ritenute troppo basse dal venditore (57,8 per cento da 51,9) e la mancanza di proposte di acquisto, a causa di prezzi giudicati troppo elevati dai compratori (53,3 per cento degli operatori da 47,7 della scorsa rilevazione). Rimane contenuta la quota di coloro che segnalano difficoltà nel reperimento del mutuo (26,2 per cento)» (Sondaggio congiunturale sul mercato delle abitazioni in Italia, 20 ottobre 2020).

¹¹ V. M. BARCELLONA, *L'interventismo europeo e la sovranità del mercato: discipline del contratto e i diritti fondamentali*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, p. 329, spec. p. 342, secondo il quale «proprio a partire da questa focalizzazione dell'ordine economico sullo scambio e dall'antropologia che ad essa è sottesa che si colgono i limiti della strategia ordoliberal. Innanzitutto, la focalizzazione dell'ordine economico sullo scambio e sulle condizioni soggettive dei suoi protagonisti oscura il quadro macroeconomico, che alimenta il mercato e nel quale operano i suoi dispositivi. Questa focalizzazione, infatti, giunge a vedere il mercato delle merci e i 'professionisti' e 'consumatori' che in esso si confrontano. Ma non riesce a distinguere le merci per quel che di specifico possono avere e le condizioni macroeconomiche del loro mercato».

Sul punto già P. PERLINGIERI, *La tutela del "contraente debole" nelle negoziazioni immobiliari. Traccia di un possibile convegno*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, p. 746 ss. e in ID., *Il diritto dei contratti tra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Na-



to vengono estesi a colmare bisogni di altra natura. Ha dimostrato inoltre quanto era evidente ai meno sprovveduti: scelte di intervento errate sul mercato immobiliare determinano una contrazione della domanda e un effetto di stagnazione generale¹², influenzano la capacità di reddito del fattore lavoro e colpiscono, infine, anche l'acquisto di beni non essenziali.

Se il mercato immobiliare resta una forma di ricchezza centrale nei sistemi economici, la disciplina mediatrice ne costituisce da sempre un tassello significativo, là dove già la sola quantificazione del prezzo del bene si presenta come un elemento tecnico, la cui individuazione necessita di una serie di informazioni di carattere professionale e gestorio¹³.

poli, 2003, p. 319 ss., il quale in occasione della novella al codice relativa alla trascrizione del contratto preliminare (art. 2645 bis, c.c.) esortava a una riflessione circa una «presunzione di debolezza in ragione dei ruoli, rispettivamente, di venditore e di acquirente: entrambi sono parimenti esposti alla maggiore forza economica o, più semplicemente, alla maggiore scaltrezza dell'altro contraente». V. anche la brillante analisi di A. QUARTA, *Il sistema di governo del risparmio immobiliare italiano*, in U. MATTEI, (a cura di), *Il risparmio immobiliare*, cit., p. 19 ss.

Sul governo della razionalità nei rapporti economici e sulla critica dell'asimmetria informativa come strumento di precomprensione normativa v. F. DENOZZA, *Mercato, razionalità degli agenti e disciplina dei contratti*, in G. GITTI, M. MAUGERI e M. NOTARI (a cura di), *I contratti per l'impresa*, cit., p. 77 ss.; contra V. ROPPO, *I paradigmi di comportamento del consumatore, del contraente debole e del contraente professionale nella disciplina del contratto*, in G. ROJAS ELGUETA e N. VARDI (a cura di), *Oltre il soggetto razionale*, cit., p. 25 ss., spec. p. 37 ss.

Su razionalità e regolazione, sia consentito infine il rinvio a M. FRANCESCA, "Uno studio in rosso". *Sicurezza, sistemi e alterità artificiali*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2021, p. 54 ss.

¹² Il Bollettino del 2016 di Banca d'Italia, a proposito della modalità di finanziamento degli acquisti, riferisce che «La quota di acquisti finanziati con mutuo ipotecario è salita a 80,2 per cento (da 77,1 dell'indagine precedente), con andamenti analoghi nelle principali macroaree eccetto che nel Mezzogiorno, dove si è stabilizzata al 71,9 per cento (67,9 nelle aree non urbane). Anche il rapporto tra prestito e valore dell'immobile è aumentato (al 74,7 per cento, dal 73,1), il livello più elevato dall'inizio della serie nel 2009» (Sondaggio congiunturale sul mercato delle abitazioni in Italia – ottobre 2016, n. 60, in Supplementi al Bollettino Statistico – Indagini campionarie). L'aumento consistente del finanziamento dimostra a contrario l'assenza di un risparmio rilevante in termini di liquidità delle famiglie, che subisce come unica forma di stabilizzazione l'acquisto di un immobile. Il dato consente anche di concludere che è ormai pressoché inesistente la possibilità di recuperare le somme necessarie all'acquisto di un immobile attraverso operazioni di disinvestimento per ricchezze immobiliari analoghe o attraverso il risparmio personale.

¹³ Ne è dimostrazione la metodologia seguita da Banca d'Italia a proposito dei Sondaggi congiunturali sul mercato delle abitazioni in Italia, Supplementi al Bollettino Statistico – Indagini campionarie, là dove l'analisi si avvale del supporto delle agenzie di intermediazione immobiliare per tracciare lo stato della ricchezza immobiliare in Italia.

È allora quanto meno necessario provare a riaprire i cassetti della memoria e ritrovare i caratteri fondanti la disciplina mediatrice.

3. Ritorno alla funzione del rischio nel contratto di mediazione.

Nei termini sopra indicati, l'immagine ormai sfocata della funzione del contratto di mediazione merita senz'altro una ricostruzione nei suoi termini essenziali¹⁴.

¹⁴ M. FRANCESCA, *Rischio e funzione della mediazione*, Napoli, 2005, p. 143 ss. La vicenda mediatrice presenta una articolata e tradizionale trattazione che trova sintesi nelle tesi sulla natura legale o negoziale del vincolo e rispetto alle quali si rinvia di séguito ai maggiori esponenti: sulla natura legale della mediazione cfr., L. CARRARO, *La mediazione*, Padova, 1960, p. 7 ss.; A. CATAUDELLA, *Note sulla natura giuridica della mediazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1978, 1, p. 379 ss.; ID., *Mediazione*, in *Enc. giur.* Treccani, XIX, Roma, 1990, p. 3 ss.; A. CATRICALÀ, *La mediazione*, in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, 12, Torino, 1985, p. 409 ss.; A. LUMINOSO, *La mediazione*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, Milano, 1993, p. 43 ss.; ID., *La mediazione*, in *Tratt. dir. comm.* Buonocore, Torino, 2005, p. 42 ss., ma già in questo senso E. FINZI, *Le disposizioni preliminari del codice di commercio nel progetto della commissione reale*, in *Riv. dir. comm.*, 1928, 1, p. 407 ss. Propendono, invece, per la natura negoziale della fattispecie: G. MINERVINI, *Mandato, commissione, spedizione, agenzia, mediazione (Rassegna di giurisprudenza)*, in *Riv. trim.*, 1948, p. 668; F. FERRARA JR., *Gli imprenditori e le società*, 4^a ed., Milano, 1962, p. 136 s.; M. STOLFI, *Della mediazione*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1966, p. 15 ss.; G. DI CHIO, *La mediazione*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.* Galgano, Padova, 1991, p. 558 ss.; ID., *Mediazione e mediatori*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. comm., Torino, 1993, p. 383 s.; A. MARINI, *La mediazione*, in *Cod. civ. Commentario Schlesinger*, Milano, 1992, p. 28 ss. La tesi della contrattualità della mediazione ha radici storiche lontane: in proposito v. C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, I, Torino, 1902, p. 230; L. BOLAFFIO, *Disposizioni generali degli atti di commercio. Dei commercianti. Dei libri di commercio*, in *Cod. comm. commentato* Bolaffio e Vivante, Torino, 1922, p. 367.

La questione di collocazione binaria del contratto di mediazione (legale vs. negoziale) è stata ripercorsa da E. GIACOBBE, *Il contratto di mediazione e la giurisprudenza, tra spunti ricostruttivi e dubbi applicativi (nota a: Cass., 2 aprile 2002, n. 4635)*, in *Giust. civ.*, 2003, p. 419 ss. e in *Dejure* online. La giurisprudenza ha superato la questione con l'adozione della categoria della c.d. mediazione atipica, che spesso sfocia nella qualificazione del mandato, prevalentemente argomentando sulla ricorrenza o meno dell'imparzialità del mediatore cfr. R.P. PUCE, *La mediazione è attività giuridica in senso stretto. Tutto il resto è mandato. Approdo discutibile e controverso (nota a Cass., sez. III, 14 luglio 2009, n. 16382)*, in *Corr. giur.*, 2010, p. 210, cui si rinvia anche per l'ampia bibliografia. V. altresì F. CERRI, *Mediazione immobiliare e buona fede: lo strano caso del diritto alla provvigione anche se la vendita non si conclude*, nota a Cass. civ., Sez. VI-2, ord. 18 settembre 2017, n. 21575, in *Corr. giur.*, 2018, p. 1520 ss.; M. BARELA, *Mediazione, mediazione "atipica" unilaterale e mandato*, in *Giur. it.*, 2017, p. 1831 ss.; V. BRECCIAROLI, *Diritto alla provvigione del mediatore immobiliare*, in *Imm. propr.*, 2017, p. 296 ss.; F. BOCCHINI, *La c.d.*

Da un lato le parti, avvalendosi dell'attività intermediatrice, trasferiscono sull'intermediario il rischio del cattivo esito della fase delle trattative. Rischio che assume, invece, il mediatore e che emerge dal legame conclusione dell'affare-provvigione, come stabilito dall'art. 1755 c.c.¹⁵.

Dall'altro, il mediatore è estraneo al rapporto intermediato: il suo interesse ha riguardo alla sola provvigione e soltanto in funzione di questa alla conclusione dell'affare. Il medesimo, nell'offrire la propria prestazione, assume su se stesso il rischio della mancata conclusione dell'affare e, dunque, del mancato maturarsi della provvigione.

La finalità per le parti è chiara: esternalizzare la prima parte del procedimento formativo e non sopportare i c.dd. costi di transazione¹⁶, necessari alla fase di contatto. In un sistema autosufficiente, dove le parti provocano esse stesse l'incontro, esse sono tenute altresì a colmare vuoti informativi¹⁷, in funzione della valutazione in senso ampio dell'affare che intendono concludere¹⁸.

mediazione atipica nel mercato immobiliare, in *Contr. impr.*, 2021, 400 ss.

Sulla mediazione atipica si è espressa, in funzione dell'applicazione della disciplina stabilita dapprima dalla l. n. 39 del 1989 e, in tempi più recenti, da quella ricavabile dal d.lg., n. 59 del 2010 (c.d. decreto Bersani *bis*), Cass., Sez. un., 2 agosto 2017, n. 19161, in *Dejure* online.

¹⁵ F. CARNELUTTI, *La prestazione del rischio nella mediazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, 1, p. 19 ss., spec. p. 24 s.; si rinvia ampiamente a M. FRANCESCA, *Rischio*, cit., p. 87 ss. e ivi ampia bibliografia. Sul punto anche E. GIACOBBE, *Il contratto*, cit., p. 419 ss.

¹⁶ R.H. COASE, *The Nature of the Firm*, in *Economica*, 4, 1937, p. 386 ss.; O.E. WILLIAMSON, *Le istituzioni economiche del capitalismo*, Milano, 1987, p. 563 ss.; R. COOTER, U. MATTEI, P.G. MONATERI, R. PARDOLESI e T. ULEN, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile, I. Fondamenti*, Bologna, 2006, p. 151 ss.

¹⁷ Vuoto informativo o anche razionalità limitata, nozione quest'ultima che «riconosce i limiti della facoltà conoscitiva» (O.E. WILLIAMSON, *op. ult. cit.*, p. 125 ss.).

¹⁸ V. O.E. WILLIAMSON, *op. ult. cit.*, p. 93 s., a proposito della distinzione tra costi di transazione *ex ante* e quelli *ex post*. Così tra i primi rientrano, appunto, i «costi da sostenere per delinearne, contrattare e salvaguardare un accordo».

Sul punto v. da ultimo Cass., 12 marzo 2021, n.7029 in *Dejure* online, che raccoglie la posizione consolidata della giurisprudenza di merito e secondo la quale: «Il diritto del mediatore alla provvigione sorge, in definitiva, tutte le volte in cui la conclusione dell'affare sia in rapporto causale con l'attività intermediatrice, non occorrendo un nesso eziologico diretto ed esclusivo tra l'attività del mediatore e la conclusione dell'affare, poiché è sufficiente che il mediatore – pur in assenza di un suo intervento in tutte le fasi della trattativa ed anche in presenza di un processo di formazione della volontà delle parti complesso ed articolato nel tempo – abbia messo in relazione le stesse, così da realizzare l'antecedente indispensabile per pervenire alla conclusione del contratto, secondo i principi della causalità adeguata (Cass. n. 869 del 2018; conf. Cass. n. 25851 del 2014)».

Le variabili proprie dei costi da contatto sono distinguibili in due aree.

a) Costi materiali di contatto, che rientrano nell'obbligo di rimborso spese stabilito dall'art. 1756 c.c., che consente al mediatore il recupero di una quota dei costi complessivi preliminari relativi alla transazione;

b) rendimento negativo provocato dalla mancata conclusione dell'affare.

Proprio quest'ultimo è centrale nella dinamica interpositoria e saggiabile nel trasferimento del rischio connesso a quella parte dei costi transattivi costituita dalla c.d. rendita negativa¹⁹. La relativa perdita accompagna il cattivo esito dell'affare ed è esclusa soltanto dalla conclusione dell'affare e dalla connessa maturazione del diritto alla provvigione.

4. Assunzione del rischio dell'intermediario e provvigione.

La scelta del termine provvigione nella lettera dell'art. 1755 c.c. marca la distanza tra attività parimenti interpositive e denota il profilo di rischio proprio dell'attività mediatoria.

Il termine provvigione etimologicamente indica l'antiveggenza ovvero la prescienza, intesa quest'ultima come facoltà di conoscere ciò che accadrà. In questo senso, esso esprime la probabilità dell'evento cui è collegata e che si assume appunto come incerto²⁰. Il parametro oggettivo della sua quantificazione è infatti il valore complessivo dell'operazione economica conclusa²¹, in luogo della prestazione soggettiva.

¹⁹ Termine quest'ultimo con il quale si quantifica il mancato guadagno relativo ad una più vantaggiosa destinazione alternativa dello sforzo profuso. La citata teoria è stata sviluppata con riferimento alla c.d., rendita fondiaria e risale a D. RICARDO, *Principles of Political Economy and Taxation*, 1817, *passim* successivamente essa è stata estesa a tutti i fattori di produzione e definita più ampiamente con la locuzione 'rendita economica'.

²⁰ Il diritto romano è intriso della riferita distinzione, sul punto v. M. BRUTTI, *Mediazione (storia)*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976, p. 22 a proposito della procedura di *aestimatio* dei magistrati romani che appunto avevano il compito di definire il *licitum honorarium proxenatarum modus*. Sul punto v. anche V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, Napoli, 1965, p. 102 ss.; J.H. MICHEL, *Gratuité en droit romain*, Bruxelles, 1962, p. 168 ss.

²¹ La nozione di 'affare' alla conclusione del quale è legata la provvigione è stata dapprima intesa come operazione economica complessa. Per tutti, in dottrina, v. l'articolata ricostruzione offerta da A. MARINI, *La mediazione*, cit., p. 93 ss. In giurisprudenza, v. Cass., 20 ottobre 2004, n. 20549, in *Dir. giust.*, 2005, p. 69 ss.; Cass., 16 dicembre 1987, n. 9348, in *Arch. civ.*, 1988, p. 413 ss. Più attuale è la prospettiva che guarda all'affare in relazione all'idoneità a costituire un vincolo economico-giuridico, che consenta a ciascuna parte di agire ex art. 2932 c.c. ovvero per il risarcimento del danno. Ciò è escluso allor-



Altre regole di computo sono invece presenti per l'attività del mandatario. Il parametro, in questo caso, è tutt'altro che oggettivo e assume come riferimento l'utilità percepita dal creditore e quella ceduta dall'intermediario. Il corrispettivo, cioè, rappresenta l'espressione in termini di valore dell'attribuzione del mandatario, tenuto conto, altresì, dell'interesse creditorio all'esecuzione della prestazione.

Al fondo vi è il catalogo degli interessi rilevanti e che segnano la funzione contrattuale.

Nel mandato, la determinazione del corrispettivo dipende da una valutazione degli interessi delle singole parti contrattuali e resi cooperativi già dalla regolamentazione, in vista di un risultato reciprocamente vantaggioso. Pertanto, la sua valutazione in concreto non può non tener conto del vantaggio percepito dal creditore e del valore economico della prestazione eseguita e dovuta da contratto.

L'attività del mediatore in sé non è invece in via immediata oggetto di valutazione in termini economici. Il suo rilievo non è, cioè, autonomo, ma dipende dalla stima positiva dell'affare e dalla scelta in ordine alla sua conclusione. Così, anche il vantaggio per l'intermediario non trova realizzazione immediata nello svolgimento dell'attività interpositiva, ma, ancora una volta, soltanto in quello della valutazione positiva dell'affare e della sua conclusione.

È necessario un ritorno alle regole, alla memoria del codice civile e trascurata nel linguaggio della sentenza. L'art. 1755, comma 1, dispone che la provvigione è dovuta al mediatore «se l'affare è concluso per effetto del suo intervento». L'art. 1758 c.c. sancisce, poi, che là dove «l'affare sia concluso per l'intervento di più mediatori, ciascuno di essi ha diritto a una quota della provvigione».

Il legislatore lega il diritto alla provvigione allo svolgimento di una concreta attività di interposizione e alla conclusione del negozio e non alla conclusione in sé del contratto di mediazione²².

quando il vincolo sia esclusivamente funzionale a regolare le successive articolazioni del procedimento formativo. Sul punto v. Trib. Milano, 15 aprile 2021, n. 3065, in *Dejure* online; Cass., 11 marzo 2021, n. 6815, in *Dejure* online.

²² V., tra le più recenti, Cass., 12 marzo 2021, n. 7029, in *Dejure* online, secondo la quale, ai fini della configurabilità del rapporto di mediazione, «non è necessaria l'esistenza di un preventivo conferimento di incarico per la ricerca di un acquirente o di un venditore, ma è sufficiente che la parte abbia accettato l'attività del mediatore avvantaggiandosi (Cass. n. 11656 del 2018; Cass. n. 25851 del 2014). Il rapporto di mediazione, inteso come interposizione neutrale tra due o più persone per agevolare la conclusione di un determinato affare, non postula, infatti, necessariamente un preventivo accordo delle parti sulla persona del mediatore, ma è configurabile pure in relazione ad una materiale attività intermediatrice che i contraenti accettano anche soltanto tacitamente, utilizzandone i risultati ai fini della stipula

La questione è di fondo e trova misura nella discrezionalità del mediatore nell'esecuzione della prestazione. Tanto che le richiamate disposizioni stabiliscono che là dove vi sia attività di intermediazione segue altresì la nascita del diritto alla provvigione, sempre nell'ipotesi di esito positivo dell'operazione proposta alle parti.

Il contenuto dell'attività mediaticia si colloca nell'area strumentale alla conclusione dell'atto e definita con il termine 'trattative': la cura del futuro affare intermediato si sostanzia nella individuazione delle parti che abbiano un interesse speculare, nella composizione dei possibili elementi di conflitto e, ancora, nella raccolta di informazioni utili alla valutazione dell'affare. La cooperazione in ragione dello scambio di utilità è, in fin dei conti, spostata nella fase conclusiva del segmento dell'intero procedimento relativo all'operazione economica.

Queste ragioni spiegano altresì la circostanza che la remunerazione della prestazione del mediatore sia legata al contratto intermediato e quindi alle vicende di un rapporto esterno, seppure collegato, al negozio di mediazione in senso stretto²³.

Il *pendant* economico, riecheggiato dalle citate norme del codice civile, è l'azzardo morale²⁴: quando cioè una delle parti entra in possesso di determinate informazioni a séguito dell'esecuzione del contratto. I produttori dell'atto possiedono inizialmente le stesse informazioni, ma, in sede esecutiva, una delle due non può controllare direttamente o in modo pieno l'azione dell'agente, se non per il tramite del risultato. Il *pay-off*, in questi casi, dipende appunto da valori esterni più o meno favorevoli, come il risultato dell'azione. Da qui la necessità di parametrare il valore dell'azione a quello dell'affare, in luogo dell'attività eseguita, e la dipendenza del compenso dalla valutazione positiva dell'evento

del contratto: sicché, ove il rapporto di mediazione sia sorto per incarico di una delle parti, ma abbia avuto poi l'acquiescenza dell'altra, quest'ultima resta del pari vincolata verso il mediatore (Cass. n. 21737 del 2010)».

²³ V., E. GIACOBBE, *Il contratto*, cit., p. 419 ss. che discorre della posizione del mediatore, rispetto a quella dei soggetti intermediati, «tipicamente «squilibrata», nel senso che le sue pretese di carattere patrimoniale nei confronti di detti soggetti non dipendono dal corretto adempimento della propria prestazione, né a questa si commisurano nell'*an* e nel *quantum*: ai sensi dell'art. 1755 c.c. il mediatore ha diritto alla provvigione da ciascuna delle parti se l'affare è concluso per effetto del suo intervento».

²⁴ L'accezione qui adottata è con riferimento al rapporto principale-agente, v. P.K. DUTTA e R. RADNER, *Moral hazard*, in R.J. AUMANN e S. HART (a cura di), *Handbook of Game Theory with Economic Applications*, 2, North Holland, 1994 p. 869 ss., spec. p. 871; una delle applicazioni più rilevanti spiega la struttura del capitale nell'impresa M. JENSEN e W.H. MECKLING, *Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure*, in *Journal of Financial Economics*, 1976, 3, p. 4.

esterno (nel caso della mediazione, dall'affare proposto).

5. Mediazione e mandato: termini di qualificazione.

Nella prassi si è assistito al proliferare di contratti nei quali l'autonomia della provvigione dalla conclusione del contratto intermediato risulta disattesa²⁵. La compressione del potere di valutazione delle parti intermedie, con riferimento all'affare proposto, non è, in genere, bilanciato dall'introduzione di misure di controllo, tese a garantire la correttezza del rapporto attività interpositiva-interesse dell'intermediato.

L'esclusione del rischio dalla posizione mediatoria, connessa ad una valutazione degli interessi emergenti dalla regolamentazione del caso concreto, consiglierebbe l'applicazione della disciplina prevista per il negozio di mandato; dove la diversa modulazione di diritti ed obblighi delle parti consente di meglio temperare gli interessi riferibili a ciascuna posizione. Si pensi, in questo senso, alla disciplina della revoca e ai limiti posti allo stesso potere nei casi di emersione di un interesse rilevante all'adempimento del mandatario (art. 1723 c.c., comma 2; art. 1725 c.c.). Si pensi, ancora, al potere di controllo garantito al mandante in ragione della titolarità dell'interesse gerito e dell'assunzione del rischio connesso all'operazione affidata alla cura altrui (artt. 1712 e 1713 c.c.).

Le richiamate prassi spostano l'asse dalla disciplina della mediazione ispirata a maggiore libertà: in quest'ultima all'intermediato non è riconosciuto né un potere di esazione né un potere di controllo in sede esecutiva della prestazione e gli è riconosciuta invece una libera valutazione conclusiva dell'affare proposto²⁶. Ancora, in ragione dell'assunzione del rischio l'intermediario mantiene la piena libertà in ordine alla esecuzione dell'attività di mediazione. Per questi motivi la disciplina definisce minime regole di condotta dell'intermediario in relazione all'esecuzione del rapporto e risulta con ciò perfettamente equilibrata (obblighi informativi e responsabilità del mediatore *ex art. 1759 c.c.*²⁷ e obblighi

del mediatore professionale *ex art. 1760 c.c.*). Essa conserva i tratti essenziali dello svolgimento di un'attività di gestione nell'interesse altrui e dell'assunzione integrale del rischio relativo al risultato della medesima attività.

Alla lettura codicistica, si affiancano le ipotesi contemplate nella prassi, tra le quali la ricorrente 'proposta' contrattuale vincolante fatta sottoscrivere dal mediatore alle parti intermedie e l'autonomia della provvigione dalla conclusione dell'affare.

È di immediata evidenza, che in entrambe le ipotesi siamo all'esterno del confine della mediazione²⁸. Discutibile si presenta innanzitutto la qualificazione dei suddetti atti quali proposte, attesa l'indeterminatezza del destinatario della dichiarazione, escluso che si possa trattare della fattispecie prevista dall'art. 1762 c.c. a proposito di contraente non nominato. In quest'ultimo caso, infatti, il mediatore risponderebbe dell'esecuzione del contratto. Oltre, comunque, le perplessità destate da una simile prospettiva, sul piano funzionale una qualificazione in termini di atto formativo esprimerebbe lo sconfinamento dell'attività del mediatore dalla fase preparatoria a quella formativa in senso stretto²⁹. Il che se da un lato corrisponde senz'altro all'intenzione del mediatore che così riduce il proprio rischio, dall'altro sacrifica l'interesse delle parti a una libera valutazione dell'affare. Se, dunque, la qualificazione di tali atti avvenisse nelle forme di proposta e accettazione, essi concluderebbero la fattispecie decisamente al di fuori dei confini propri della mediazione, imponendo, con ciò, una complessiva rideterminazione e, diremmo, un deciso riequilibrio, di diritti ed obblighi delle parti³⁰.

247 ss.; F. TOSCHI VESPASIANI, *La responsabilità del mediatore immobiliare: gli incerti confini dell'obbligo di informazione*, in *Contratti*, 2004, p. 1160 ss. spec. p. 1162, là dove avverte che «dal punto di vista pratico, può benissimo verificarsi un danno perché l'affare non è andato in porto si pensi ad esempio ad altre occasioni perdute dai contraenti, od alle maggiori spese affrontate per la prosecuzione inutile delle trattative. Per concludere, quindi, l'obbligo di comunicazione riguarda le circostanze in riferimento alle quali le parti si determinano a concludere l'affare, a concluderlo a determinate condizioni o con determinate clausole, oppure a non concluderlo affatto». Sul punto v. altresì V. SANGIOVANNI, *La responsabilità del mediatore immobiliare*, in *Imm. propr.*, 2021, p. 425 ss.

²⁸ Esprime perplessità sul punto anche E. GIACOBBE, *Il contratto*, cit., p. 419 ss. secondo la quale l'orientamento possibilista «sembra non aver sufficientemente ponderato il peso che, nell'ambito dell'individuazione del tipo di mediazione, il legame tra provvigione e conclusione dell'affare riveste».

²⁹ Sul punto, tra gli altri, v. A. LUMINOSO, *La mediazione*, cit., p. 147 s.,

³⁰ In questo senso si discorre di responsabilità da "contatto sociale", v. Cass., 14 luglio 2009, n. 16382, sez. con nota di A. SESTI, *Responsabilità aquiliana del mediatore-mandatario nei confronti del soggetto promissario acquirente del bene*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 2286 ss.

²⁵ V. *retro* nota 14

²⁶ Da ultimo vedi la ricostruzione di A. MATTACE GIULIANO, *La mediazione atipica: il punto dopo la pronuncia delle Sezioni Unite*, in *giustiziacivile.com*, 2019, per le ricostruzioni precedenti si rinvia a M. FRANCESCA, *Rischio*, cit., p. 65 ss.

²⁷ A proposito dell'obbligo di informazione del mediatore stabilito dall'art. 1759 c.c. v. A. MORA, *Obblighi e responsabilità del mediatore: in particolare la responsabilità per violazione dell'art. 1759 c.c.*, in *Resp. civ. e prev.*, 1999, p. 373 s.; E. GUERINONI, *Mediazione e obbligo di corretta informazione*, nota a Cass. 26 maggio 1999, n. 5107, in *Contratti*, 2000, p.



Quanto all'autonomia della provvigione, la sua rilevanza è evidente nella sentenza richiamata in apice. Dalle notazioni sopra esposte, è già escludibile che il contratto analizzato dalla Cassazione dia corso a una mediazione in senso proprio. È chiaro che il mediatore abbia voluto, in questo caso, tutelare la propria posizione attraverso la garanzia del pagamento della provvigione, anche in caso di recesso non motivato del contraente intermediato. È altrettanto chiaro, dalla ricostruzione della Corte, che le parti abbiano agito sul mercato promuovendo l'attività interpositiva in più direzioni, al fine di spuntare il miglior prezzo di mercato³¹.

Escluso dunque che il corrispettivo, in caso di c.d. recesso, possa essere qualificato come provvigione e tanto meno come clausola penale³² che vincoli la libertà delle parti nella determinazione dell'affare, non resta che inquadrare il fenomeno oltre le parole: un mandato a titolo oneroso³³ allo svolgimento dell'attività interpositiva, dove è evidente l'interesse dell'intermediario a che il corrispettivo sia legato alla prestazione eseguita in luogo della conclusione dell'affare. In questo caso, più che di recesso³⁴, si tratta di revoca. Essa è dunque ammissibile nella limitata circostanza della giusta causa, atteso che nella conclusione del contratto le parti si sono vincolate, l'una esprimendo l'interesse allo svolgimento dell'attività di intermediazione e l'altra allo svolgimento di un'attività per conto altrui.

³¹ Cass. 18 settembre 2020, n. 19565, cit., dove tra i «Fatti di causa» si rileva che con «comunicazione del 15.02.2011, R.S. e C.M. recedevano dal contratto, ritenendo che la stima del prezzo di vendita fosse incongruo ed inferiore di circa Euro 30.000.00 rispetto a quello effettuato da altre due agenzie immobiliari». Secondo la ricostruzione della Corte, il contratto non è stato concluso fuori dai locali commerciali e resta, dunque, fuori dall'operatività del diritto di recesso previsto dall'art. 64, d.lg. n. 206 del 2005. Ciò nondimeno, le parti hanno successivamente contattato altre agenzie immobiliari al fine di valutare la stima già accettata nella conclusione del primo contratto di mediazione e, con buona probabilità, al fine di procedere alla conclusione dell'affare per il tramite di altri mediatori.

³² Sul punto v. anche l'interessante ricostruzione di M.N. BUGETTI, *Il giudizio di vessatorietà della multa penitenziale prevista per il recesso del consumatore dal contratto di mediazione atipica*, in *Contr. impr.*, 2021 p. 422 ss.

³³ In questo senso Cass., 14 luglio 2009, n. 16382, cit. Nel senso dell'applicazione della disciplina della vessatorietà alla clausola penale Cass., 3 novembre 2010, n. 22357, in *Dejure online*; Trib. Torino, 28 maggio 2007, con nota di M.C. DI PROFIO, *Previsione di clausola penale tra tutela dell'autonomia contrattuale e protezione del contraente debole*, in *Giur. merito*, 2008, p. 1872 ss.

³⁴ Dubita dell'operatività del recesso nel rapporto mediatizio E. GIACOBBE, *Il contratto*, cit., p. 419 ss.

6. Abusi terminologici e dimensione funzionale del contratto nella intermediazione immobiliare.

Tutt'altra conclusione è rintracciabile nelle linee dell'attività d'impresa e, nella specie, della commissione. L'art. 1734 c.c. stabilisce che «Il committente può revocare l'ordine di concludere l'affare fino a che il commissionario non l'abbia concluso. In tal caso spetta al commissionario una parte della provvigione, che si determina tenendo conto delle spese sostenute e dell'opera prestata». È una subspecie di mandato in ragione della specificità del suo oggetto e vede, analogamente alla mediazione, la presenza della provvigione (art. 1733 c.c.), misurata secondo gli usi propri dell'affare. Siamo in presenza di strumenti dell'attività di impresa, tanto che il commissionario è parte diretta del procedimento formativo rispetto ai terzi: il suo intervento è dunque collocabile a metà strada tra quello proprio del mandato e quello della mediazione.

Questo spiegherebbe la svolta determinata dall'inserimento della categoria dei c.dd. «agenti muniti di mandato a titolo oneroso», ad opera dell'art. 2 della l. n. 39 del 1989 (attualmente regolata dal d.lg. n. 59 del 2010, n. 5, (c.d. decreto Bersani *bis*). Un tentativo di spostare, in un'ottica di mercato, una disciplina contrattuale legata fino ad allora all'occasionalità e alla non necessaria professionalità degli intermediari³⁵. L'ultima evoluzione

³⁵ Sul punto v. Cass., Sez. un., 2 agosto 2017, n. 19161, cit. che ritorna sulla separazione tra «mediazione tipica» e «mediazione atipica» (v. *retro* nota 12) e ne analizza le ripercussioni in funzione della categoria dei mediatori professionali (come introdotta dall'art. 2 della l. n. 39/89 e attualmente regolata dal d.lg. n. 59 del 2010, n. 5, c.d. decreto Bersani *bis*). In questo senso, la Suprema Corte rileva come «che le suddette opzioni ermeneutiche non sono facilmente risolvibili in termini di scelta tra l'una e l'altra in quanto tendono a soddisfare finalità diverse, parimenti apprezzabili: il più risalente indirizzo appare sostanzialmente diretto a preservare la stretta interpretazione del dato normativo, al non dichiarato ma evidente fine di non lasciar senza compenso un'attività che pur sempre è stata svolta, quanto meno a beneficio del preponente; il più recente approdo interpretativo tende invece ad attrarre nell'orbita della mediazione tipica anche figure ad essa eccentriche, per combattere la piaga dell'abusivismo, soprattutto da parte di persone moralmente e professionalmente inidonee (vedi segnatamente Cass. n. 13184 del 2007)». La Corte, dopo avere specificato che la nuova previsione normativa lascia in piedi la previsione contenuta nella l. n. 39 del 1989, conclude che, tra le teorie sul tavolo, il Collegio ritiene di privilegiare la soluzione secondo cui «le medesime ragioni che sottostanno alla previsione dell'obbligo di iscrizione del mediatore e alla configurazione di detta iscrizione quale condizione del diritto alla provvigione, debbano trovare applicazione anche nelle ipotesi di mediazione atipica, e quindi anche in quella del procacciatore d'affari, valorizzando il nucleo essenziale delle prestazioni svolte da mediatore e procacciatore d'affari, che consiste nello svolgimento dell'attività di mediazione. Si evidenzia, in questa prospettiva, il fatto che il codice qualifica come mediatore anche colui che ha

verso un modello di mercato che già scorgeva l'essenzialità di una figura promotrice degli scambi in un mercato divenuto più complesso per confini territoriali e per rinnovate esigenze degli attori³⁶. Un mercato, insomma, che non era oramai prevalentemente legato a esigenze abitative primarie.

Sebbene la dottrina dell'epoca abbia adottato un'interpretazione atecnica della disposizione, al fine di contemperare i suoi effetti con il requisito strutturale dell'indipendenza del mediatore, il risultato di quella operazione è oggi chiaramente visibile. Lo scenario del mercato immobiliare era già mutato e se ne scorgevano i primi effetti con le agenzie immobiliari. Il linguaggio di persuasione del diritto nel varo alla nuova economia invitava a una maggiore sicurezza delle negoziazioni, assicurando l'onerosità del mandato a prescindere dalla conclusione dell'operazione economica e così producendo l'effetto ambientale di ripetizione e strutturazione di categorie di mediatori professionali.

Farebbe a questo punto *pendant* il richiamo alla vessatorietà della clausola che consente il pagamento della provvigione anche in caso di mancata conclusione dell'affare³⁷. Tuttavia, la riferita clausola

ricevuto l'incarico di promuovere la conclusione dell'affare da una sola delle due parti (art. 1756 c.c.) ovvero colui che ha avuto l'incarico da una delle due parti di rappresentarla negli atti relativi all'esecuzione del contratto concluso con il suo intervento (art. 1761 c.c.). Il conferimento di un mandato – che si presume oneroso – non colloca l'attività svolta dall'incaricato al di fuori del perimetro della mediazione, sempre che, ovviamente, l'incarico abbia ad oggetto la ricerca di un acquirente di un bene che il preponente intende alienare (Cass., n. 16147 del 2010; Cass., n. 19066 del 1996)».

³⁶ Cass., 14 luglio 2009, n. 16382, cit., interviene anche sulla diligenza attesa dal mediatore, il quale deve possedere le cognizioni tecniche necessarie attese dal professionista che opera all'interno di uno specifico mercato.

³⁷ Con riferimento alla applicazione della disciplina delle clausole vessatorie ai contratti di mediazione v. Cass., 3 novembre 2010, n. 22357, cit., nella quale si affrontano più stadi di argomentazione:

1) «Se, dunque, il conferente l'incarico rifiuti (anche se ingiustificatamente) di concludere l'affare col terzo indicato dal mediatore e che abbia fatto un'offerta coincidente con le aspettative del conferente, la previsione dell'obbligo di corrispondere comunque un compenso all'intermediario può avere causa nella remunerazione dell'attività da quello posta in essere nella ricerca di un interessato. Ma se il compenso sia previsto in misura identica (o vicina) a quella stabilita per l'ipotesi di conclusione dell'affare, si pone il problema di stabilire se, in relazione al caso di mancata conclusione dell'affare per scelta di chi ha conferito l'incarico, vi sia squilibrio fra i diritti e gli obblighi delle parti (art. 1469 *bis* c.c., comma 1; ora art. 33, comma 1, del codice del consumo), giacché solo con la conclusione dell'affare il preponente realizza il suo interesse e poiché il rifiuto da parte sua di concluderlo non integra comunque un inadempimento.

Il giudice dovrà dunque stabilire se la clausola sia vessatoria, considerando che l'art. 1469 *ter* c.c., comma 3, (ora, art. 34, comma 3, del citato codice del consumo) esclude bensì che la valutazione della vessatorietà possa concernere l'oggetto del contratto e l'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi,

racconta male una contro-storia composta dall'utilizzo di uno schema contrattuale consueto e riconoscibile e dall'interesse dell'intermediario a trattenere un compenso capace di coprire i costi di una gestione d'impresa della mediazione immobiliare³⁸.

purchè tuttavia "tali elementi siano individuati in modo chiaro e comprensibile": nel patto intercorso tra preponente e mediatore deve dunque essere chiarito che, in caso di mancata conclusione dell'affare per oggettivamente ingiustificato rifiuto del preponente, il compenso al mediatore sarà dovuto per l'attività sino a quel momento esplicata. Se tanto non sia chiaro, l'adeguatezza del corrispettivo per l'ipotesi di mancata conclusione dell'affare dovrà essere apprezzata dal giudice, che potrà concludere nel senso del significativo squilibrio delle prestazioni e dunque per l'inefficacia della clausola *ex art. 1469 quinquies* c.c., comma 1, (o per la sua nullità *ex art. 36*, comma 1, del codice del consumo), segnatamente se il diritto al compenso per il caso di mancata conclusione dell'affare sia fissato in misura indipendente dal tempo per il quale l'attività del mediatore s'è protratta prima del rifiuto del preponente».

2) «Va soggiunto che se, invece, il rifiuto di concludere il contratto da parte di chi abbia conferito l'incarico tragga origine dalla sussistenza, originaria o sopravvenuta, di circostanze ostative alla conclusione stessa, di cui la stessa parte abbia omesso di informare il mediatore al momento del patto o cui abbia dato causa successivamente, sarebbe allora configurabile una sua responsabilità per violazione dei doveri di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c. In casi siffatti, la previsione dell'obbligo di pagare comunque la provvigione o somma equivalente integrerebbe una clausola penale e sarebbe dunque soggetta al diverso apprezzamento di cui all'art. 1469 *bis* c.c., comma 2, n. 6, (ora art. 33, comma 2, lett. *f*, del codice del consumo), concernente la presunzione di vessatorietà delle clausole che, in caso di inadempimento, prevedano il pagamento di una somma manifestamente eccessiva».

In senso contrario, tra le altre, v. Trib. Bari, 22 settembre 2008, in *Obbl. contr.*, 2009, p. 1011, con nota di G. Schiavone.

³⁸ V. ad esempio Il Servizio "Venduto Garantito" (di séguito Servizio) è offerto da Homepal RE srl, dove all'art. 2 è stabilito che «Il Servizio consiste in: - Pubblicazione dell'annuncio di vendita nella Piattaforma Homepal per un anno; - Servizio Fotografico professionale; - Redazione o revisione del testo dell'annuncio in ottica Search Engine Optimization; - Ottimizzazione della visibilità dell'annuncio attraverso: Web Push, che permetterà all'annuncio di comparire in testa e più frequentemente rispetto agli altri annunci; Ripubblicazione presso altri siti dell'annuncio stesso (a titolo esemplificativo Immobiliare.it, Bakeca, Casa.it, etc); Invio delle informazioni dell'immobile ad investitori immobiliari (a titolo esemplificativo: società immobiliari, investitori privati, etc.); Assistenza continuativa e dedicata nella gestione degli appuntamenti e delle eventuali offerte o Assistenza nella predisposizione della documentazione contrattualistica per la formalizzazione degli accordi vincolanti.

Decorsi 45 giorni dalla pubblicazione dell'annuncio o dalla sua revisione (nel caso in cui fosse già stato già pubblicato in precedenza nella Piattaforma Homepal), il Cliente potrà richiedere in qualsiasi momento la restituzione del costo previsto nell'articolo 3, a condizione che l'immobile non sia stato venduto, secondo le modalità previste nell'articolo 4.

Nel caso in cui il cliente dovesse vendere il proprio immobile prima dello scadere dei 45 giorni, per proprio conto o tramite soggetti terzi (sempre che il potenziale acquirente non abbia richiesto appuntamento tramite la Piattaforma Homepal), il cliente potrà ugualmente chiedere il rimborso della cifra, al net-



Se tanto è, allora la clausola sposta la qualificazione del contratto verso il mandato a titolo oneroso e, nella nuova qualificazione, consente un riequilibrio delle prestazioni in relazione all'interesse rappresentato contrattualmente dalle parti. Così, nel caso di c.d. recesso anticipato dell'intermediato (*recitius*: revoca senza giusta causa), l'importo dovuto dovrebbe tenere conto del rimborso delle spese, del compenso, nonché del risarcimento del danno che deve essere commisurato alla lesione dell'interesse del mandatario alla conservazione del rapporto (1723 e 1223 c.c.).

L'introduzione della qualificazione di vessatorietà, con relativa nullità della clausola, produce invece un ridimensionamento del funzionamento del mercato, con un eccessivo spostamento di tutela tra attori di un mercato decisamente peculiare. Ciò con buona pace dell'esigenza di certezza di un'attività che ormai assume i chiari contorni dell'attività di impresa organizzata in modo professionale.

La proporzione tra diritti e obblighi delle parti che la Corte persegue ha all'attivo una pluralità di modelli di intervento, ma non tutti intercambiabili nel funzionamento dello stesso mercato³⁹.

La differenza tra la tutela apprestata dal codice civile e modellata sugli interessi che conformano ciascuna disciplina e quella consumeristica è sostanziale⁴⁰: la seconda offre un rimedio fisso con prospettive deterrenti, potenzialmente produttive di un fermo di sistema, almeno per il lato professionale. Il non detto del linguaggio normativo consumeristico è la sicurezza delle contrattazioni, nella declinazione di produzione di fiducia⁴¹ nell'accesso a un

to dell'importo di € 345 che sarà trattenuto a titolo di rimborso per l'attività svolta da Homepal RE nel periodo».

³⁹ Tra le soluzioni prospettabili che la Corte non valuta, vi è la riconduzione a proporzione della clausola penale ex art. 1384 c.c., v. P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, p. 443 ss., spec. p. 450 ss.

⁴⁰ Sul punto v., *ex multis*, E. CAPOBIANCO, *Globalizzazione, mercato, contratto*, in *Pers. merc.*, 2017, p. 11 ss.; ID., *La tutela del contrattante consumidor en el derecho italo-europeo*, ivi, p. 49 ss., che già avvertiva come «L'esigenza di regolamentare il contratto e il mercato, apparentemente ostativa della libertà degli operatori, serve, in tal modo, a favorire una libertà di contratto nella quale non vi siano abusi e prevaricazioni. Per questo, nel momento in cui il mercato racchiude ambiti qualitativamente diversi, assumono altresì rilievo ai fini dell'equilibrio contrattuale le clausole generali di equità, correttezza, buona fede che finiscono inevitabilmente per recuperare all'interno del contratto quella funzione di "riequilibrio" non solo delle posizioni dei contraenti fra di loro, ma anche di queste, unitariamente intese, rispetto alle modalità di funzionamento del settore economico entro il quale il contratto si colloca».

⁴¹ N. LUHMANN, *La fiducia* (trad. it. di L. Burgazzoli), Bologna, 2002, *passim*; R. DE GIORGI, *Evoluzione della fiducia e periferie dell'accadere*, in ID., *Temî di filosofia del diritto*, Lecce,

determinato mercato. Le discipline relative al diritto di recesso, alla garanzia dei beni di consumo e alle clausole vessatorie rispondono a una logica promozionale del medesimo mercato⁴², attraverso la garanzia apprestata ai contraenti circa la rivedibilità delle scelte di consumo e l'eliminazione della clausola produttiva di una sperequazione di diritti e obblighi. Il numero complessivo dei contratti conclusi per beni di consumo consente la sopravvivenza di un'attività imprenditoriale. Anzi, in questo caso, il costo di transazione rappresenta una leva al moltiplicarsi degli affari: più l'utente si sente sicuro, maggiore è la fiducia nel mercato e maggiore è il numero di scambi prodotti, capace di sopportare anche i costi di instabilità contrattuale introdotti dalle discipline consumeristiche.

Dalla sicurezza, nel suo sostituto funzionale (fiducia)⁴³ si ritorna, nel sistema immobiliare, alla tradizionale certezza delle contrattazioni. Il sistema disegnato dal codice, infatti, meglio risponde alle esigenze di funzionamento di un comparto più

2006, p. 26 ss.; M. FRANCESCA, *“Uno studio in rosso”*, cit., p. 56 ss.

⁴² «La teoria moderna del contratto è in larghissima parte incentrata sulla tutela di un contraente economicamente debole, rispetto ad un contraente economicamente forte [...], sicché null'altro, in definitiva, si direbbe possa trasparire da una visione riduzionistica dell'autonomia privata»: così C. MIGNONE, *Identità della persona e potere di disposizione*, Napoli, 2014, p. 227 ss., il quale coglie in questa visione il rischio «di tagliare fuori, metodicamente, l'interesse meritevole a partecipare in condizioni di eguaglianza al sistema economico di soddisfazione dei bisogni nel quadro della piena e libera realizzazione di sé e del proprio progetto di vita». Rendono plasticamente il concetto le pagine di M. BARCELONA, *L'interventismo europeo*, cit., spec. p. 339 e p. 342 ss.: «[a]l di là dell'apparenza, dunque, il segno di questo nuovo interventismo europeo è tale che gli si può riconoscere il senso reale di aver ripristinato la sovranità del mercato», ciò innanzitutto «sul piano della ri-economicizzazione di quanto il *Welfare State* aveva de-economicizzato» (ossia sottratto al mercato) attraverso la creazione di rapporti che, «per i soggetti (servizi, ecc.) o per la provvista (imprese in mano pubblica, ecc.), fuoriuscivano dalla logica economica». Quest'emancipazione dell'economia «si dà, per l'appunto, attraverso la “purificazione” del diritto dalle interferenze con cui la “misura” politica aveva insidiato la sua autoreferenzialità nell'epoca del *Welfare State*». La dinamica «che presiede a queste “soluzioni interne” dell'accresciuta complessità dei sistemi sociali vale anche a farne comprendere i limiti»: su tutti, il limite derivante dal fatto di «vedere il mercato delle merci e i “professionisti” e “consumatori” che in esso si confrontano» senza però riuscire a «distinguere le merci per quel che di specifico possono avere».

⁴³ V. le riflessioni in M. FRANCESCA, *“Uno studio in rosso”*, cit., p. 54 ss.; EAD., *Dalle ADR offline*, cit., p. 7 ss. V. anche le digressioni di S. POLIDORI, *Situazioni esistenziali, beni e diritti: dal negozio a contenuto non patrimoniale al mercato dei segni distintivi della personalità*, in *Annali SISDiC*, 2020, p. 227 ss., a proposito del ruolo della fiducia nel mercato, quand'anche ad oggetto siano situazioni esistenziali, in particolare a proposito del rapporto tra messaggio pubblicitario e clausola morale.

complesso e, nell'economia del quale, ciascuna parte contrattuale necessita di certezze. La non sostituibilità dei beni, accompagnata dall'investimento professionale del mediatore immobiliare, in un mercato tutt'altro che seriale, richiede soluzioni adeguate al caso concreto, capace di tutelare tutte le parti in gioco.

L'opera di astrazione perseguita invece dalla Corte è talmente forte da tralasciare l'analisi del caso concreto, dei suoi contenuti formali e sostanziali e la possibile opera ermeneutica del giurista, l'unica idonea a scongiurare l'effetto di sistema di un presunto disequilibrio⁴⁴. Il postulato bisogno di protezione del consumatore, anche quando rinuncia arbitrariamente a un servizio richiesto e contrattualmente voluto⁴⁵, è chiaramente una scelta che riecheggia normative di favore per soggetti reputati deboli e che apre a un *laissez-faire* consumeristico, poco adeguato al contesto di riferimento. Quando cioè i costi di transazione non rappresentano una leva finanziaria, ma un mero costo da coprire in vista della messa in circolazione di una ricchezza con peculiarità tali da non avere la forza numerica della ripetibilità. Non è sicuramente un caso che, in momenti

di crisi economica, il primo mercato colpito da stagnazione sia quello immobiliare, tanto da rendere necessarie politiche di sostegno all'acquisto sia contrattuali sia finanziarie⁴⁶.

È chiaro che il passaggio dal rischio del mediatore agli agenti muniti di mandato è il frutto di una trasposizione dall'atto di commercio occasionale a una gestione d'impresa dell'attività di intermediazione immobiliare, tuttavia la risposta non può prescindere dalla qualificazione dell'attività interpositiva e dall'applicazione delle connesse discipline in materia di compensi e provvigioni. Soltanto attraverso la qualificazione dell'attività⁴⁷ è possibile leggere la vicenda nel corretto segno: la carenza dell'assunzione del rischio dell'intermediario sul piano funzionale sposta la qualificazione della fattispecie concreta verso il mandato a titolo oneroso. In questo caso, alla revoca senza giusta causa consegue un risarcimento del danno nei termini dell'art. 1725 c.c., senza perseguire articolate costruzioni e decostruzioni di tipo nominalistico e senza soggiacere all'effetto manipolativo delle parole⁴⁸.

⁴⁴ V. R. PARDOLESI, *Clausole abusive (nei contratti dei consumatori): una direttiva abusata?*, in *Foro it.*, 1994, V., c. 149, il quale ammoniva anzitempo dal rischio di una analisi contestualizzata delle clausole e ricordava che «ciò che è abusivo ad un prezzo può essere perfettamente equo a un altro»; v. anche G. PERLINGIERI, *Funzione notarile e clausole vessatorie. A margine dell'art. 28, l. 16 febbraio 1913*, n. 89, in *Rass. dir. civ.*, 2006, p. 804 ss., spec. p. 858, secondo il quale «una clausola gravosa per il consumatore può perdere la sua vessatorietà qualora risulti 'compensata' da un particolare vantaggio, normativo od economico, offertogli».

⁴⁵ Sul punto v. F. LONGOBUCCO, *Circolazione dei diritti e frode negoziale ai terzi*, in G. PERLINGIERI e E. CAPOBIANCO (a cura di), *Atti del Convegno ADP, Circolazione e teoria dei beni, Lecce, 21 e 22 marzo 2019*, in corso di pubblicazione, per il quale si iscrive nella categoria del contratto in frode al terzo, anche «l'ipotesi della c.d. frode al mediatore, ossia quel comportamento o quell'insieme di iniziative poste in essere dai clienti del mediatore con il proposito malizioso di negargli il compenso, cioè di eludere la corresponsione della provvigione, anche quando l'affare sia stato validamente concluso per effetto dell'opera dell'intermediario. Non è raro che le parti, infatti, messe in relazione dal mediatore, revochino l'incarico allo stesso, simulando l'abbandono dell'affare che, successivamente, concludono tra di loro, oppure proseguendo da sole le trattative. L'ipotesi di frode più frequente si realizza quando, indipendentemente dall'esercizio della facoltà di recesso, viene negata e posta in discussione, nei suoi elementi soggettivi e oggettivi, la conclusione dell'affare. Opportunamente, in tali evenienze, la giurisprudenza attribuisce egualmente il diritto alla provvigione del mediatore, riconoscendosi che lo stesso, in quanto terzo rispetto al contratto concluso per effetto del suo intervento, è ammesso a provare con testimoni l'esistenza del contratto, come fatto storico, al solo fine di domandare la corresponsione della provvigione, ancorché si verta in tema di negozio soggetto alla forma scritta *ad substantiam*». In proposito, cfr. Cass., 16 giugno 1992, n. 7400, in *Rep. Foro it.*, 1992, *Mediazione*, n. 15.

⁴⁶ V. le considerazioni di D. POLETTI, *L'acquisto "progressivo" della proprietà abitativa tra autonomia privata, tecnica legislativa e controllo giudiziale*, in E. NAVARRETTA (a cura di), *Effettività e Drittwirkung nelle discipline di settore. Diritti civili, diritti sociali, diritto al cibo e alla sicurezza alimentare*, II, Torino, 2017, p. 109 ss.

⁴⁷ Si rinvia alle questioni relative all'interpretazione del contratto e al rilievo della causa concreta, v., *ex multis*, la recente ricostruzione proposta da C. SCOGNAMIGLIO, *La causa concreta: una proposta dottrinale di successo*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, p. 588 ss. e ivi ampia bibliografia.

⁴⁸ Un esempio nella prospettiva indicata è offerto proprio da Cass., 18 settembre 2020, n. 19565, cit., lì dove si assume che «l'accertamento sulla vessatorietà della clausola costituisce, invece, un dovere officioso del giudice, tenuto a rilevare, anche d'ufficio la nullità di una clausola che, nel contratto concluso tra il consumatore ed il professionista, determina, a carico del consumatore, un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto», sebbene ammetta che l'equilibrio economico delle prestazioni sia vietato dall'art. 34 comma 2 del Codice del Consumo.

Sulla medesima linea Cass., 3 novembre 2010, cit., che nel richiamare testualmente l'orientamento già presente in Cass. n. 7067 del 2002, a proposito della collegabilità del compenso del mediatore a un fatto ulteriore, quale l'attività di organizzazione necessaria per la messa in relazione, soggiunge che «Il giudice dovrà dunque stabilire se la clausola sia vessatoria, considerando che l'art. 1469 *ter* c.c., comma 3, (ora, art. 34, comma 3, del citato codice del consumo) esclude bensì che la valutazione della vessatorietà possa concernere l'oggetto del contratto e l'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi, purché tuttavia "tali elementi siano individuati in modo chiaro e comprensibile": nel patto intercorso tra proponente e mediatore deve dunque essere chiarito che, in caso di mancata conclusione dell'affare per oggettivamente ingiustificato rifiuto del proponente, il compenso al mediatore sarà dovuto per l'attività sino a quel momento esplicata. Se tanto non sia chiaro, l'adeguatezza del corrispettivo per l'ipotesi di mancata conclusione dell'affare dovrà essere apprezzata dal giudice, che potrà concludere nel senso del significativo squilibrio delle prestazioni e dunque per



Anziché procedere per assimilazioni e per richiami di istituti non conferenti, è necessario tornare alla qualificazione dei rapporti economici⁴⁹. Ciò consente sia di non escludere la disciplina propria delle clausole vessatorie, per la quota dei significativi squilibri che coinvolgono il contratto tra professionista e consumatore nell'ordine dell'equilibrio normativo del contratto, sia di lasciare alle parti la pesatura economica delle prestazioni reciproche e l'azionabilità delle relative tutele contrattuali⁵⁰. Il

l'inefficacia della clausola *ex art. 1469 quinques c.c.*, comma 1, (o per la sua nullità *ex art. 36*, comma 1, del codice del consumo), segnatamente se il diritto al compenso per il caso di mancata conclusione dell'affare sia fissato in misura indipendente dal tempo per il quale l'attività del mediatore s'è protratta prima del rifiuto del preponente». La mescolanza è evidente: si ammette il pagamento della provvigione legata all'attività espletata, senza rinunciare alla qualificazione del contratto come mediazione. È evidente altrettanto che l'effetto sia quello di introdurre una misura di proporzione tra prestazione e compenso in un contratto che ne è ontologicamente privo.

⁴⁹ G. PERLINGIERI, *Profili applicativi nel diritto civile*, Napoli, 2015, spec. p. 117 ss.; ID., *Il «giusto rimedio» nel processo civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, p. 3 ss.; S. POLIDORI, *Ragionevolezza, proporzionalità, «giusto rimedio»: le tendenze evolutive e un'occasione mancata (dalla Cassazione)*, in G. PERLINGIERI e A. FACHECHI (a cura di), *L'operatività dei principi di ragionevolezza e proporzionalità in dottrina e giurisprudenza*, Napoli, 2017, p. 907 ss., spec. p. 913, che rammenta: «non tutto ciò che è proporzionato risulta altresì ragionevole».

⁵⁰ Si tratta al fondo di perseguire la medesima logica equilibratrice dei rapporti perseguita con le nullità selettive nell'area dell'intermediazione finanziaria. L'intervento di Cass., Sez. un., 4 novembre 2019, n. 28314, n. 28314, in *Contratti*, 2020, p. 11, precisa che la nullità del contratto quadro non può dirsi incondizionata e «deve essere modulata e conformata dal principio di buona fede [...] per evitare che l'esercizio dell'azione in sede giurisdizionale possa produrre effetti distorsivi ed estranei alla ratio riequilibratrice in funzione della quale lo strumento di tutela è stato introdotto». Sul punto v. le notazioni di G. VETTORI, *Nullità selettive e «riequilibrio effettivo»*. *L'evoluzione della buona fede*, in *Pers. merc.*, 2019, p. 21 ss., spec. p. 24 s., secondo il quale «Dalla sentenza emerge con chiarezza che è sempre possibile un rimedio risarcitorio (ai sensi dell'art. 1337 c.c.) quando «il contratto concluso sia valido e tuttavia risulti pregiudizievole per la parte rimasta vittima del comportamento scorretto». Con ciò si vuol ribadire due aspetti fondamentali. La «risarcibilità del danno da scorrettezza» in «funzione correttiva dell'equilibrio economico risultante dal contratto» è «compatibile con il principio di certezza e stabilità dei fatti giuridici», perché validità e responsabilità «operano su piani diversi e non possono entrare in contraddizione». Le prime regole concernono la struttura e dunque gli «effetti del titolo rilevante per l'ordinamento e per i terzi»; stabiliscono, insomma, la validità e l'efficacia immediata e prevalente di un acquisto compiuto nel rispetto della legge di circolazione. Le seconde, ai soli fini risarcitori, valutano un comportamento in mala fede dell'acquirente. Tale giudizio non incide sul controllo strutturale dell'atto di autonomia o sulla conformazione della proprietà ed è coerente con il sistema e il diritto vivente affermato dalle Sezioni Unite della Cassazione». V., *ex multis*, T. FEBBRAJO, *Uso selettivo della nullità di protezione tra buona fede e principi rimediali di effettività, proporzionalità e dissuasività*, in

tutto senza richiami a una postulata azionabilità *ad nutum* del diritto di recesso nel contratto di mediazione, che chiaramente sconta una sovrapposizione di piani:

a) il richiamo alla disciplina consumeristica, senza averne tuttavia le medesime caratteristiche temporali, che garantiscono la stabilità del vincolo successiva alla decorrenza del termine;

b) la qualificazione del rapporto di mediazione come contratto di durata.

La soluzione *sub a)* dipende dal modello formativo del contratto (a distanza, fuori dai locali commerciali ecc.), che può investire il contratto di mediazione se concluso a distanza, come qualsiasi altro contratto di prestazione di servizi. La soluzione *sub b)* non valuta, invece, che aggiungere un esercizio libero del diritto di recesso al contratto di mediazione, del quale è già effetto proprio la libertà dell'intermediario di non accettare la conclusione dell'affare, provoca un chiaro squilibrio del rapporto normato.

È un dato acquisito che i tempi moderni del diritto siano segnati dal progressivo ingombro della materia consumeristica e dalla altrettanto progressiva riscrittura dei nuovi soggetti e predicati del sistema economico⁵¹. Provoca tuttavia disagio rilevare che lo strumentario consumeristico, originariamente regolatorio del mercato, abbia assunto i connotati di una neolingua, capace di omologare vicende contrattuali sotto l'egida della sua disciplina⁵². Il risul-

Pers. merc., 2021, p. 345 ss.; S. PAGLIANTINI, *Un giro d'orizzonte sulle nullità del terzo millennio*, ivi, 2021, p. 31 ss. Tuttavia rileva gli effetti delle misure protettive sul funzionamento degli istituti, C. ROBUSTELLA, *Forma di protezione e nullità selettiva nei contratti del mercato finanziario*, Torino, 2020, p. 173 ss., spec. p. 176 e s., per la quale «Non si può, in conclusione, non tenere in debito conto che l'attribuzione esclusiva a una delle parti della facoltà di far valere la nullità del contratto non può incidere in alcun modo anche sulla fonte dell'obbligazione restitutiva di quanto ricevuto sine causa, poiché quest'ultima opera su un piano distinto dal precedente, ponendo, a buon diritto, considerarsi espressione di un principio di ordine pubblico, appunto perché fondato su un principio di ragionevolezza e equità che non può, ad avviso di chi scrive, disapplicarsi per ragioni «protettive» di uno dei contraenti, ancorché ritenuto parte debole del rapporto».

⁵¹ V. le considerazioni di G. VETTORI, *Oltre il consumatore*, in *Obbl. contr.*, 2011, p. 86 ss., spec. p. 88, il quale rammenta che «la complessità attribuisce all'interprete poteri e responsabilità nuovi. Si tratta solo di non smarrirsi nel dubbio e di non rifugiarsi nell'astrazione per impegnarsi nella definizione di nuove tecniche di attuazione e concretizzazione dei principi». V. anche ID., *Il contratto senza numeri e senza aggettivi. Oltre il consumatore e l'impresa debole*, in *Contr. impr.*, 2012, p. 1190 ss.

⁵² Diversamente, una prospettiva di valore prospettico è rintracciabile in una isolata posizione della giurisprudenza di legittimità, v. Cass., 8 luglio 2020, n. 14257, in *Dejure* online, estensore M. Gorgoni, che in materia di contratti turistici richiama l'orientamento più recente teso «ad individuare una misura di ragionevolezza cui devono attenersi le misure consumeristiche,

tato rischia di essere il *caos* cui è contrapponibile soltanto un processo di de-estinzione del linguaggio e un ritorno alla funzione correttiva del sistema normativo, tenuto conto che ogni evento perturbativo non può essere eliminato o ridotto e impone di «riguardare piuttosto lo stato in cui il sistema viene portato [...] che non quello inconoscibile in cui si trovava prima di essere perturbato»⁵³.

onde non sbilanciare la tutela del consumatore, favorendone gli abusi, (cfr., ad esempio, Corte di Giustizia, causa C-412/06, causa C-489/07, causa C-511/08)». In particolare, nel caso di specie, si lamentava «un pregiudizio informativo solo nominale e che, non potendo addurre una parzialità informativa che avesse davvero inciso sul suo consenso, non risultava affatto realmente pregiudicato». Infine la Corte ritorna sulla necessità di non «anteporre formalisticamente il c.d. dogma consumeristico che vuole il consumatore in una situazione di presunzione assoluta di debolezza, sempre e comunque meritevole di protezione» e privilegia la «soluzione ispirata evidentemente al principio di autoresponsabilità del consumatore, correggendo le conseguenze che sarebbero derivate dall'applicazione dello *strictum ius*».

⁵³ E. MAJORANA, *Il valore delle leggi statistiche nella Fisica e nelle Scienze sociali*, in *arxiv.org*. Nella prefazione della versione editata da Erasmo Recami si narra che «Il presente articolo fu scritto da Ettore Majorana, in maniera parzialmente didascalica, per una rivista di sociologia; rinunciando poi a pubblicarlo (ed, anzi, cestinandolo). Esso ha visto la luce postumo, per interessamento di Giovanni Gentile jr., (inventore delle “parastatistiche” e grande amico di Ettore, sulla rivista *Scientia*, vol. 36, fascicolo del Febbraio-Marzo del 1942, pp. 58-66. Dopo di allora, non è stato più ripubblicato in lingua italiana fino agli inizi del 2006, quando ne abbiamo reso note varie riduzioni su differenti quotidiani italiani e sulla rivista “Fisica in Medicina”. Non si sa quando fu scritto: forse nel 1930, dato che si fa riferimento alla meccanica quantistica *standard*, senza accenni alle critiche sorte negli anni trenta. Però il tema centrale di questo scritto era ancora vivo nell’animo del Nostro nel 1934: infatti, il 27.07.34 (su carta listata a lutto, dato che quell’anno era mancato suo padre), il Majorana scriverà a Giovannino Gentile di attendersi che presto sarà generalmente compreso che la scienza ha cessato di essere una giustificazione per il volgare materialismo».