

LA PROVVISIOE DELL'AGENTE IMMOBILIARE

PIETRO GOBIO CASALI

1. Presupposti della provvigione. – 2. Le ipotesi di esenzione dal pagamento e la prova dell'attività del mediatore. – 3. Criteri di quantificazione del compenso. – 4. Clausole atipiche e natura sfuggente della mediazione.

1. Presupposti della provvigione.

L'art. 1755 c.c. stabilisce che il mediatore ha diritto alla provvigione quando l'affare si è concluso per effetto del suo intervento. Presupposto fondamentale per la maturazione della provvigione è dunque, in primo luogo, la conclusione di un affare, da intendersi quale operazione economica che costituisca un rapporto obbligatorio tra due parti ovvero abiliti ciascuna di esse ad agire per il rispetto del vincolo.

Viene pertanto considerato "affare" anche un semplice contratto preliminare, in quanto ex art. 2932 c.c. consente a ciascun contraente di agire in giudizio per ottenere la stipula di quello definitivo¹. Soluzione non applicabile a forme "embrionali" di contratto come la minuta che, rientrando ancora nella fase delle trattative tra le parti, non sono idonee a far nascere il diritto alla provvigione².

Nella prassi commerciale è frequente che una parte rilasci una proposta contrattuale (di compravendita o di locazione) all'agente immobiliare, affinché questi reperisca una controparte che la sottoscriva per accettazione; in tal caso il mediatore, oltre a ricevere l'incarico come tale, agisce anche come *nuncius* dell'intermediato³.

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

² Secondo l'interpretazione dominante il c.d. preliminare di preliminare non è sufficiente a far nascere il diritto alla provvigione, in quanto inidoneo a costituire un effetto vincolante per i contraenti: cfr. Cass., 2 aprile 2009, n. 8038, in *Giur. It.*, 2009, 2658, che sul punto costituisce – a quanto consta – il primo precedente di legittimità. D'altra parte Cass., 14 luglio 2004, n. 13067, in *Giust. Civ.*, 2004, I, 2576, ha ravvisato la conclusione dell'affare in una proposta d'acquisto (accettata dalla controparte) che indicava la data della stipula del preliminare davanti al notaio, affermando che ciò comportava una mera riproduzione di un preliminare già perfezionato. In concreto le differenze possono allora divenire sfumate: ad esempio Trib. Venezia, 30 agosto 2002, in *Foro It.*, 2002, I, 3469, ha stabilito che "non ha diritto alla provvigione chi abbia messo in contatto due soggetti in vista della conclusione di un contratto di compravendita, qualora il modulo contenente la proposta irrevocabile di acquisto, ancorché sottoscritto per accettazione dall'oblato, preveda che le parti debbano stipulare un contratto preliminare e successivamente il contratto definitivo, laddove il termine di efficacia della proposta sia spirato inutilmente, senza che si siano perfezionati né il preliminare, né il definitivo".

³ Per una efficace descrizione della sequenza tipica di formazione del contratto nella prassi immobiliare si veda BERNARDINI, *Proposte e preliminare di contratto nei modelli dei mediatori*, in *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, a cura di Galgano, I, Torino, 1995, 103 e segg.; TOSCHI VESPASIANI, *Le intese propedeutiche al contratto di vendita immobiliare, i preliminari e l'incidenza*

Ai fini della maturazione del compenso nessun rilievo hanno le vicende successive alla valida conclusione dell'accordo: in sostanza non è necessario che sia andato a buon fine. Pertanto le parti intermedie non possono esimersi dal pagamento invocando il recesso dal contratto, il suo scioglimento consensuale o la sua risoluzione⁴. Principio che si intuisce già dall'art. 1757 c.c. secondo cui, se il contratto è sottoposto a condizione risolutiva, il diritto alla provvigione non viene meno al verificarsi della condizione. Se però il contratto è nullo non si producono effetti, per cui il mediatore non matura alcun diritto anche se in effetti, finché il vizio rimane latente, le parti potrebbero darvi esecuzione.

Qualora nessun affare venga concluso, in linea di principio spetta al mediatore il solo rimborso delle spese sostenute per conto del soggetto che lo ha incaricato (art. 1756 c.c.). Di frequente, tuttavia, i modelli contrattuali degli agenti immobiliari contemplano una penale – o il pagamento della stessa provvigione - a carico della parte che, dopo aver conferito loro un incarico in esclusiva, rifiuta di concludere l'affare avente le caratteristiche concordate⁵.

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

Il compenso spetta solo nei casi in cui l'intermediario ha avuto un ruolo determinante, tanto che l'affare non si sarebbe concluso senza la sua opera. Peraltro secondo la giurisprudenza non è necessario che l'intervento del mediatore costituisca la causa esclusiva, potendo sussistere altre concause concorrenti⁶. Ad esempio si ritiene sufficiente la semplice segnalazione dell'affare ovvero la semplice presentazione dei due potenziali contraenti, senza la necessità che l'intervento del mediatore copra tutte le fasi delle trattative sino all'accordo definitivo.

L'ultimo presupposto è costituito dall'iscrizione del mediatore nel ruolo istituito presso la Camera di Commercio, requisito divenuto indispensabile a seguito della Legge n. 39/1989 anche

dell'agente immobiliare nella formazione del consenso traslativo, in *Giur. It.*, 2005, 732 e segg.

⁴ Cfr. Cass., 22 marzo 2001, n. 4111, in *Contratti*, 2001, 458. In dottrina cfr. MARINI, *La mediazione*, in *Comm. Cod. Civ.*, a cura di Schlesinger, Milano, 1992, 98.

⁵ Ex art. 33 lett. f) del Codice del Consumo si presume vessatoria la clausola che ha l'effetto di "imporre al consumatore, in caso di inadempimento o di ritardo nell'adempimento, il pagamento di una somma di denaro a titolo di risarcimento, clausola penale o altro titolo equivalente d'importo manifestamente eccessivo". Trib. Milano, 29 marzo 2002, in *Foro It.*, 2002, I, 2826, ha quindi respinto la richiesta del mediatore che agiva sulla base di un incarico che prevedeva il pagamento della provvigione in caso di mancata adesione alla proposta d'acquisto da parte del cliente. In quest'ottica si veda di recente Cass., 3 novembre 2010, n. 22357. D'altra parte è vero però la Cassazione ritiene legittimo il patto con cui si riconosce al mediatore la provvigione indipendentemente dalla conclusione dell'affare, a fronte dell'attività svolta: cfr. Cass., 15 maggio 2002, n. 7067, in *Giust. Civ.*, 2003, I, 409.

⁶ Così ad esempio Cass., 8 marzo 2002, n. 3438, in *Giust. Civ.*, 2003, I, 410.

per coloro che svolgono l'attività solo occasionalmente⁷. Il ruolo è distinto in tre sezioni: una per gli agenti immobiliari, una per gli agenti merceologici ed una – di dubbio inquadramento - per “gli agenti muniti di mandato a titolo oneroso”. Secondo la legge chi non è iscritto, oltre ad essere soggetto a sanzioni amministrative e penali per l'esercizio abusivo della professione, non ha diritto alla provvigione ed è anzi tenuto a restituirla qualora sia stata corrisposta (art. 8).

Di recente l'art. 73 D. Lgs. n. 59/2010 ha soppresso il ruolo dei mediatori, ma in proposito la Cassazione ha precisato che la norma non ha abrogato l'intera Legge n. 39/1989, per cui anche per i rapporti sorti successivamente alla soppressione del ruolo hanno diritto alla provvigione solo i mediatori iscritti.⁸

2. Le ipotesi di esenzione dal pagamento e la prova dell'attività del mediatore.

Se quelli sin qui descritti sono i presupposti per la maturazione della provvigione, va precisato che - secondo l'orientamento dominante - vi sono casi in cui la loro sussistenza non impedisce alla parte intermediata di sottrarsi al relativo pagamento. Trattasi dell'ipotesi in cui una parte ha ignorato incolpevolmente l'intervento del mediatore, perché ad esempio questi ha dissimulato la sua qualità, o gli ha preventivamente dichiarato di non accettare alcuna interposizione⁹.

In questi casi si tende a privilegiare la libertà dei contraenti di scegliere se avvalersi o meno di un mediatore, senza tuttavia dimenticare che tali ipotesi non possono essere invocate fraudolentemente al solo fine di evitare il versamento del corrispettivo. Sarà infatti arduo per la parte sottrarsi all'esborso qualora sia stata consapevole della presenza del sensale, ovvero abbia omesso di comunicargli tempestivamente l'opposizione al suo intervento o, ancora, abbia in concreto sfruttato i risultati della sua opera (concludendo il contratto proprio con il soggetto indicatogli).

⁷ A seguito dell'introduzione dell'onere di contestazione ex art. 115 c.p.c., in giudizio il mediatore avrà semplicemente l'onere di allegare l'iscrizione al ruolo; sarà il convenuto a dover eventualmente contestare la circostanza. In precedenza però alcune pronunce sembravano sancire in ogni caso l'obbligo del mediatore di provare l'iscrizione: cfr. sul punto Cass. 27 aprile 2010, n. 10062, in *Giur. It.*, 2011, 614; Cass., 8 febbraio 2008, n. 3127, *ivi*, 2008, 2188.

⁸ Cass., 8 luglio 2010, n. 16147, la quale osserva che secondo il citato art. 73 “i richiami al ruolo contenuti nella legge 3 febbraio 1989, n. 89, si intendono riferiti alle iscrizioni previste dal presente articolo nel registro delle imprese o nel repertorio delle notizie economiche e amministrative (REA)”.

⁹ Cfr. Cass., 15 marzo 2007, n. 6004, in *Giur. It.*, 2008, 85; Cass., 15 giugno 2001, n. 8136, in *Giust. Civ.*, 2002, I, 2880; Trib. Torino, 26 gennaio 2000, in *Giur. It.*, 2001, 783. In dottrina si veda LUMINOSO, *La mediazione*, in *Tratt. Dir. Civ. e Comm.*, a cura di Cicu e Messineo, Milano, 1993, 32 e segg.; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, 2009, 1192.

In ogni caso non costituirà una circostanza esimente l'assenza di un formale incarico all'intermediario, posto che risulta sufficiente l'accettazione anche implicita della sua attività, per fatti concludenti.

Proprio perché il rapporto di mediazione non richiede necessariamente, egli potrà provare il proprio intervento anche tramite testimoni¹⁰. Ma sarà lui a dover provare di aver svolto un'opera decisiva per la conclusione dell'affare, secondo i principi generali in tema di distribuzione dell'onere probatorio (art. 2697 c.c.)¹¹.

Ricordiamo che, ai sensi dell'art. 35 comma 22 D.L. n. 223/2006 poi convertito nella Legge n. 248/2006, all'atto della cessione di un immobile ciascuna delle parti ha l'obbligo di dichiarare se si è avvalsa dell'opera di un mediatore e, in caso affermativo, l'ammontare della relativa spesa e le modalità di pagamento. Questa dichiarazione nasce da intenti antievasivi del legislatore, ma può avere notevoli riflessi circa la prova del diritto alla provvigione.

3. Criteri di quantificazione del compenso.

Venendo ora ai criteri utilizzati per la quantificazione del compenso, l'art. 1755 c.c. precisa che la misura della provvigione e la proporzione in cui questa deve gravare su ciascuna delle parti - in mancanza di patto, di tariffe professionali o di usi - sono determinate dal giudice secondo equità. La norma va integrata dall'art. 6 della citata Legge n. 39/1989, secondo cui, in mancanza di accordo, la misura e la proporzione della provvigione sono determinate dalle giunte camerali.

Per la determinazione del compenso sussiste dunque una gerarchia di fonti, al vertice della quale sta la volontà delle parti, libere di fissarne l'ammontare come meglio credono. Tale libertà viene tradizionalmente intesa in maniera ampia: ad esempio si ritiene compatibile con lo schema legale anche la provvigione commisurata al c.d. supero, ossia alla differenza tra il prezzo dell'affare preventivamente fissato dal contraente ed il prezzo superiore che l'intermediario riesce a spuntare¹². Ciò nonostante questa pratica venga talvolta stigmatizzata dalle associazioni dei consumatori e dalle stesse associazioni di categoria.

¹⁰ E ciò anche se l'oggetto della sua attività riguardi un contratto di vendita immobiliare, come tale soggetto a forma scritta *ad substantiam*: Cass., 5 ottobre 1983, n. 5795. Il mediatore, in quanto terzo, può provare per testi anche l'esistenza del contratto concluso grazie al suo intervento: Cass., 16 giugno 1992, n. 7400.

¹¹ Cfr. Cass., 15 marzo 2007, n. 6004, *cit.*; Secondo Cass., 11 giugno 1999, n. 5760, la prova del nesso causale "non può tuttavia essere fornita semplicemente dimostrando la successione cronologica tra attività del mediatore e conclusione dell'affare, in base al paralogismo post hoc, ergo propter hoc". Ciò non toglie che l'intermediario si possa giovare di elementi indiziari ai sensi degli artt. 2729 c.c. e segg.

¹² Cfr. Cass., 7 agosto 2002, n. 11911, in *Giust. Civ.*, 2003, I, 2824.

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

Presso gli enti camerali delle varie province esiste una raccolta degli usi, che viene periodicamente aggiornata. Seguendo un criterio ricorrente essi indicano quale provvigione una percentuale del valore complessivo dell'affare¹³.

In particolare, nel settore dell'intermediazione immobiliare gli usi provinciali prevedono una percentuale del prezzo di vendita – che si aggira di solito tra il 2% e il 3% - nel caso di compravendita di immobili o aziende; per la locazione prevedono invece una somma pari ad una mensilità del canone o ad una percentuale sullo stesso.

Secondo l'Autorità Antitrust costituiscono un'intesa restrittiva della concorrenza le regole disciplinari, riportate in alcuni codici delle associazioni di agenti immobiliari (FIAIP etc.), che prevedono il divieto per gli associati di praticare prezzi inferiori a quelli stabiliti dagli usi¹⁴. Come dire che il principio della libera pattuizione della provvigione rimane insuperabile, senza che si possano invocare gli usi per difendere interessi corporativi che danneggerebbero i consumatori.

La provvigione grava su entrambi i contraenti intermediati (1755 c.c.), di solito in maniera paritaria¹⁵, senza però che essi siano obbligati in solido nei confronti del mediatore. Peraltro nell'esercizio della loro libertà negoziale le parti possono concordare proporzioni diverse (es. 3% a carico del venditore, 1% a carico dell'acquirente) ovvero stabilire che il relativo onere sia a carico di una parte soltanto (c.d. clausola franco mediazione). Nondimeno, queste deviazioni dallo schema legale sono opponibili al sensale solo qualora siano state da questi accettate¹⁶.

Qualora vi sia l'intervento concorrente di più mediatori, ciascuno di essi ha diritto ad una quota della provvigione (art. 1758 c.c.); e l'entità della quota va stabilita in base all'entità e all'importanza dell'opera di ciascuno¹⁷.

¹³ Cass., 26 maggio 1999, n. 5108, in *Giur. it.*, 2000, 1620, precisa che il valore corrisponde al prezzo effettivamente pagato.

¹⁴ Garante concorr. Mercato, 25 marzo 2004, n. 13035, in *Giust. Civ.*, 2004, I, 2157.

¹⁵ Solitamente gli usi prevedono la stessa percentuale a carico di ciascuna delle parti. Qualche volta sono previste però percentuali diverse: gli usi raccolti dalla Camera di commercio di Milano, ad esempio, per la “mediazione con prestazione di servizi” prevedono il 5% dal venditore e il 3% dal compratore nella vendita di immobili sino ad € 155.000,00.

¹⁶ G. FERRI, *Diritto commerciale*, Torino, 1976, 892, osserva che, se il mediatore non ha accettato la clausola franco mediazione, può chiedere la provvigione anche alla parte che in base a contratto ne dovrebbe essere esente, salvo poi il diritto di questa al rimborso nei confronti dell'altra.

¹⁷ Cfr. Cass., 8 ottobre 1974, n. 2657. Sul punto v. Trib. Roma, 22 luglio 2010, in *Giur. It.*, 2011, 116.

Quando la mediazione è svolta su incarico di una sola parte (c.d. mediazione unilaterale) e l'altra ignora l'intervento dell'intermediario o vi si oppone preventivamente, il diritto alla provvigione dovrebbe sorgere solo nei confronti del proprio cliente¹⁸.

Può essere rilevante determinare il luogo al quale riferirsi per stabilire l'ammontare della provvigione: infatti la percentuale fissata dagli usi locali non è identica per tutte le province. In tempi remoti la Corte di Cassazione ha privilegiato il criterio per cui occorre considerare il luogo in cui si è costituito il rapporto mediatizio; taluno ritiene invece decisivo il luogo in cui è avvenuta la messa in relazione o in cui si è concluso l'affare¹⁹.

4. Clausole atipiche e natura sfuggente della mediazione.

Anche in quest'ultimo caso, come per molti aspetti dell'attività del mediatore, non vi sono opinioni concordi. Il punto è che la mediazione - seppur disciplinata dal codice civile e dalla legge - presenta spesso una casistica difficilmente inquadrabile nella normativa, anche perché di frequente le parti stipulano patti atipici che deformano i caratteri classici della fattispecie.

Si pensi anzitutto al patto di esclusiva, che impone all'intermediario di non concludere l'affare autonomamente né per mezzo di altri mediatori; o alla clausola che impone il pagamento della provvigione anche in caso di mancata conclusione dell'affare, ciò che, come si è accennato, potrebbe essere in contrasto con la normativa sui consumatori²⁰.

Si rifletta, ancora, sul fatto che nella pratica è a volte difficile distinguere tra mediazione e mandato, quando l'intermediario agisce su incarico di una parte, o tra mediatore e figure affini, quale il procacciatore d'affari²¹. Se è vero ad esempio che il mediatore, a differenza del mandatario, non ha l'obbligo di eseguire l'incarico e non viene retribuito se l'affare non si conclude, si ammette che possa svolgere la propria attività sulla base di un vero e proprio contratto di mandato²².

¹⁸ Così GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, 2, Padova, 2004, 143; CAGNASSO - COTTINO, *Contratti commerciali*, in *Tratt. Dir. Comm.*, diretto da Cottino, IX, Padova, 2000, 206; LUMINOSO, *op. cit.*, 111 e segg. Cass., 22 ottobre 2010, n. 21737, precisa che "ove il rapporto sia sorto per incarico di una delle parti, ma abbia avuto poi l'acquiescenza dell'altra, quest'ultima resta del pari vincolata verso il mediatore, onde un eventuale successivo suo rifiuto non sarebbe in grado di interrompere il nesso di causalità tra la conclusione dell'affare e l'opera mediatrice".

¹⁹ Cfr. sul punto A. CATRICALA', *La mediazione*, in *Tratt. Dir. Priv.*, diretto da Rescigno, XII, 4, Torino, 2006, 119; FERRARA - CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 2006, 138 (nota 2), ove ulteriori riferimenti.

²⁰ Secondo la giurisprudenza le parti possono rendere atipica la mediazione, stabilendo ad esempio il diritto al compenso pure in caso di revoca anticipata dell'incarico o di conclusione dell'affare tramite altro operatore: cfr. Cass., 22 aprile 2009, n. 9547, in *Giur. It.*, 2009, 2637.

²¹ Sulla distinzione tra le varie figure si veda LUMINOSO, *op. cit.*, 155 e segg.

²² Così recentemente Cass., 14 luglio 2009, n. 16382, in *Giur. It.*, 2010, 61, la quale precisa che in tal caso può chiedersi la provvigione solo a chi ha conferito l'incarico.

Il fatto che il mediatore abbia un rapporto privilegiato con una delle parti crea un attrito con la stessa definizione generale di cui all'art. 1754 c.c., secondo la quale il mediatore non è legato ad alcuna delle parti "da rapporti di collaborazione, dipendenza o rappresentanza"²³. Bisogna tuttavia prendere atto che nella pratica solitamente l'agente immobiliare agisce su incarico unilaterale, tanto che l'imparzialità non dovrebbe costituire un elemento essenziale, risolvendosi solo nell'obbligo di far conoscere le circostanze a lui note che possono influire sulla conclusione dell'affare (art. 1759 c.c.)²⁴.

Si consideri inoltre che ancora oggi è controverso se la mediazione abbia natura contrattuale o meno: se tragga origine da un accordo – esplicito o implicito – tra le parti o se sia fondata sul semplice fatto della interposizione del mediatore tra due potenziali contraenti²⁵. Con la conseguenza che è la stessa ambigua natura giuridica della mediazione a provocare "a cascata" dubbi e controversie circa la spettanza o meno del compenso.

D'altro canto la frequenza del contenzioso è alimentata dal fatto che, nei casi in cui manca un incarico formale all'agente immobiliare, risulta spesso sfuggente la prova della sua intromissione nell'affare e soprattutto quella del nesso causale tra la sua attività e la conclusione del contratto. Tanto più che nella pratica ricorrono molteplici modalità di "messa in relazione" delle parti: da quella più trasparente della personale presentazione dei possibili contraenti, a quella più sfumata dell'aiuto a superare divergenze per la conclusione dell'affare²⁶. E più l'intervento del sensale diviene evanescente, più la dimostrazione dell'efficacia del suo intervento si fa ardua, dovendo egli provare di aver apportato un *quid novi*.

Non è poi infrequente che le parti sostituiscano altri a sé per la stipulazione del contratto o che concludano un negozio diverso da quello originariamente sollecitato al mediatore, ciò che genera ulteriori dubbi, risolti dalla giurisprudenza nel senso che tali circostanze non fanno venire meno il diritto alla provvigione qualora permanga il rapporto di causalità tra l'opera del sensale e la conclusione dell'affare²⁷.

²³ Secondo MARINI, *op. cit.*, 27, sarebbe allora intrinsecamente contraddittorio il concetto di mediazione atipica, dovendosi ricorrere a schemi diversi dalla mediazione in caso di carenza di un elemento caratterizzante il tipo legale.

²⁴ Così CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, III, Torino, 1992, 97, ove ulteriori riferimenti. In effetti la legge non menziona il requisito dell'imparzialità e, anche se la giurisprudenza la indica spesso come requisito tipico, non è ben chiaro in che cosa essa dovrebbe consistere: cfr. CATRICALA', *op. cit.*, 112 e segg.

²⁵ Per la tesi contrattuale v. ad esempio FERRARA – CORSI, *op. cit.*, 134; Per la tesi opposta v. ad esempio A. CATRICALA', *op. cit.*, 96 e segg. CAGNASSO - COTTINO, *op. cit.*, 192 e segg., rilevano giustamente la difficoltà di approdare ad una soluzione interpretativa soddisfacente.

²⁶ Cfr. LUMINOSO, *op. cit.*, 16-17.

²⁷ Cfr. ad esempio Cass., 7 ottobre 2004, n. 20549, *Giur. It.*, 2005, 1824; Cass., 25 ottobre 2002, n. 15104, *ivi*, 2003, 1348.

In definitiva ancora oggi la mediazione, per quanto risalente nel tempo, appare controversa e le soluzioni interpretative della dottrina e della giurisprudenza non possono dirsi pacifiche; tanto che pure negli anni più recenti sono numerose le pronunce della Suprema Corte sulla provvigione dell'agente immobiliare. Ma probabilmente ciò deriva da una ambiguità per così dire ontologica della fattispecie, che nemmeno il codice civile ha osato definire, limitandosi a delineare la figura del mediatore senza prendere posizione sulla natura dell'istituto.