

Allegato n. 2 alla Circolare FIMAA prot. n. 534 del l'8/10/09 avente ad oggetto:

FIMAA INFORMA. Circolare informativa FIMAA - ottobre 2009
Materia Giuridica: “Mediazione tipica e mediazione atipica: i nuovi profili di responsabilità delineati dalla pronuncia della Cassazione civile 14.07.2009 n. 16382 ”

**LA “CONFUSIONE” DELLA SUPREMA CORTE
IN TEMA DI MEDIAZIONE**

“Mediazione tipica e mediazione atipica: i nuovi profili di responsabilità delineati dalla pronuncia della Cassazione civile 14.07.2009 n. 16382 ”

Premessa sull’attività di mediazione:

Come noto il codice civile non fornisce una definizione del “contratto di mediazione”, ma fornisce la definizione di mediatore, inteso come *“colui che mette in relazione due o più parti per la conclusione di un affare, senza essere legato ad alcuna di esse da rapporti di collaborazione, di dipendenza o di rappresentanza”* (art. 1754 c.c.).

Il mediatore risulta pertanto colui che favorisce o agevola, da una posizione di indipendenza rispetto alle parti, la conclusione di un affare tra le stesse. All’esito positivo della condotta del mediatore consegue l’obbligo per il soggetto o i soggetti intermediati di corrispondergli un compenso, denominato provvigione.

Il caso:

La fattispecie sottoposta al vaglio della Suprema Corte può così essere sinteticamente riassunta:

Tizio, anche in nome e per conto di altri comproprietari, conferisce ad un’agenzia immobiliare l’incarico di ricercare un acquirente per un determinato immobile.

L’agenzia immobiliare reperisce il potenziale acquirente Caio il quale sottoscrive la proposta di acquisto, accettata da Tizio anche per conto degli altri comproprietari.

Successivamente il notaio, a seguito delle visure effettuate, rileva che l’immobile era riportato nel N.C.E.U. con due diversi numeri di partita, uno dei quali risultava intestato per 1/8 a Sempronio, deceduto da anni e del quale non erano reperibili gli eredi.

A quel punto Caio rinuncia all'acquisto della proprietà e ottiene la restituzione della caparra versata da Tizio.

Richiede anche la restituzione della provvigione versata all'agenzia ricevendo da quest'ultima un rifiuto.

Da lì l'inizio della causa per ottenere la restituzione del corrispettivo versato, oltre al risarcimento dei danni.

La sentenza in esame.

La Suprema Corte, nella motivazione della sentenza in commento, introduce importanti novità in materia di qualificazione del rapporto tra agente immobiliare e cliente, giungendo a sostenere una tesi assolutamente innovativa, e di sicuro effetto (dirompente).

Partendo dal presupposto, oramai consolidato, dell'esistenza di una mediazione c.d. tipica contrapposta ad una mediazione cd. "atipica", giunge a identificare la prima nell'ipotesi di assenza assoluta di ogni incarico all'agente immobiliare da parte dei soggetti intermediati. Il mediatore quindi si interporrebbe tra gli stessi di propria iniziativa, senza essere indotto a ciò da nessuno dei contraenti, attraverso un'attività caratterizzata dall'assoluta autonomia ed indipendenza rispetto a qualsiasi incarico ricevuto dalle parti intermedie.

Tale attività, secondo i giudici di legittimità, sarebbe quella disciplinata dal nostro codice civile, all'art. 1754 e ss., e quindi rappresenterebbe la mediazione tipica, proprio perché espressamente disciplinata.

Laddove invece, e diversamente, l'agente immobiliare avesse ricevuto un incarico da una delle parti intermedie, nella fattispecie in esame il venditore, non si ricadrebbe più nell'ipotesi della mediazione tipica, ma in quella della mediazione atipica, assimilabile come disciplina, secondo i giudici della suprema corte, al contratto di mandato.

In altre parole tutte le volte in cui il mediatore agisca non sulla base di un motu proprio, ma per incarico (scritto o verbale) di uno dei contraenti, non potrebbe essere applicata al relativo rapporto la disciplina prevista dagli articoli 1754 e ss del codice civile, ma troverebbero applicazione le norme sul mandato, ovvero quelle contemplate dagli artt. 1703 e seguenti del codice civile, con tutte le debite conseguenze.

Così ragionando la Corte Suprema è giunta, in tema di responsabilità del mediatore nell'ipotesi di mediazione tipica, alla seguenti conclusioni:

l'agente immobiliare che abbia agito in assenza di un incarico ha l'obbligo di comunicare: "l'eventuale stato di insolvenza di una delle parti, l'esistenza di iscrizioni o pignoramenti sul bene oggetto della conclusione dell'affare, la sussistenza di circostanze in base alle quali le parti avrebbero concluso il contratto con un diverso contenuto, l'esistenza di prelazioni ed opzioni".

Ed ancora: “in caso di contenzioso tra il mediatore stesso e le parti, deriva sia che è il primo che deve dimostrare di aver fatto tutto il possibile, in base alla richiamata diligenza *ex art. 1176 c.c.*, comma 2, nell'adempimento degli obblighi di correttezza ed informazione a suo carico (mentre spetta alle seconde fornire prova esclusivamente dell'avvenuto contatto ai fini della conclusione dell'affare), sia che il termine di prescrizione per far valere in giudizio detta responsabilità del mediatore è quello ordinario decennale (e non quello quinquennale della responsabilità *ex art. 2043 c.c.*.”

Ed ultimo, ma non ultimo, la Corte arriva a sostenere che “è evidente che l'attore che agisce per ottenere la provvigione di una mediazione da lui effettuata ha l'onere di dimostrare di non aver agito in posizione di mandatario di una delle parti”.

Qualora invece l'agente immobiliare abbia agito sulla base di un incarico, il relativo rapporto ricadrebbe nella disciplina del mandato e quindi, in primis, la provvigione sarebbe dovuta soltanto da colui che gli abbia conferito l'incarico e la relativa responsabilità avrebbe natura contrattuale nei confronti del conferente l'incarico e natura extracontrattuale nei confronti del terzo eventualmente danneggiato dal comportamento colposo dell'agente immobiliare.

Conclusioni

Con la sentenza 14 luglio 2009 n. 16382 la Suprema Corte di Cassazione ha riscritto l'inquadramento giuridico dell'attività di mediazione, rompendo tutti i precedenti schemi, qualificando in maniera diversa i due istituti della mediazione tipica e della mediazione atipica, già assimilati da tempo dalla stessa giurisprudenza dei giudici di legittimità.

Con la novella i giudici supremi hanno mantenuto quindi la distinzione tra mediazione tipica e mediazione atipica, ma ne hanno completamente mutato i presupposti.

La mediazione tipica sarebbe quella riconducibile alla disciplina dettata dagli artt. 1754 e ss. cod civ. e sarebbe ravvisabile laddove l'attività del mediatore sia posta in essere in assenza completa di vincoli ed incarichi, in posizione di imparzialità, e quindi di propria esclusiva iniziativa.

La mediazione atipica sussisterebbe invece tutte le volte in cui il mediatore venga incaricato da una delle parti, attraverso ad esempio la sottoscrizione di uno dei modelli contrattuali in uso presso le agenzie immobiliari.

Tale attività sarebbe assimilabile al contratto di mandato, *ex art. 1703 c.c.*, in quanto in presenza di uno specifico incarico di una delle parte verrebbe meno il requisito essenziale dell'indipendenza del mediatore.

Ritiene infatti la Corte che l'oggetto dell'incarico, le sue modalità e l'aspetto retributivo siano elementi tali da ricondurre lo stesso ad un vero e proprio mandato, sorgendo quindi il diritto alla retribuzione solo nei confronti del mandante, *ex art. 1709 e 1720 c.c.*

Al contrario il mediatore, qualora non assuma gli obblighi tipici previsti dalla figura del mandato, ma ponga in relazione le parti al fine di concludere un valido contratto senza

essere stato incarico da alcuna delle stesse, potrebbe vantare il diritto a ricevere il compenso nei confronti di entrambe le parti.

Stabilito ciò, è evidente che la diversità tra le due figure abbia come conseguenza anche un diverso regime di responsabilità.

Se in passato si riteneva che il mediatore rispondesse a titolo di responsabilità extracontrattuale e tale responsabilità veniva individuata nel dovere di informazione verso le parti unicamente per le circostanze dallo stesso conosciute, la pronuncia in esame ridetermina i profili di responsabilità del mediatore assimilandoli alla figura della responsabilità da contatto sociale. Tale figura, di recente creazione giurisprudenziale in forza della sentenza delle sezioni unite della Cassazione n. 577/2008, delinea una responsabilità contrattuale anche a prescindere dall'esistenza di un esplicito accordo, ma solo sulla base della messa in relazione tra consumatore e professionista.

Il dovere di diligenza quindi viene notevolmente innalzato: sul mediatore graverà un obbligo di informazione non più circoscritto ai soli fatti conosciuti, ma a tutti quelli necessari al buon fine delle trattative (Cass. n.6389 del 8-2-2001). Il mediatore immobiliare dovrà, pertanto, sempre comunicare alle parti l'eventuale stato di insolvenza di una di esse, l'esistenza di iscrizioni o pignoramenti sul bene oggetto dell'affare, la presenza di prelazioni, opzioni o qualsivoglia ulteriore circostanza di fatto o diritto a sua conoscenza ostativa dell'affare.

Rilevanti le conseguenze circa l'onere della prova in caso di contenziosi, che divengono particolarmente pesanti per il mediatore, in quanto questi sarà tenuto a dimostrare la correttezza e diligenza del suo comportamento, mentre al cliente spetterà solo la dimostrazione dell'avvenuto "contatto" ai fini della conclusione dell'affare finito male.

Qualora, invece, il mediatore agisca in forza di un mandato, egli risponderà a titolo di responsabilità contrattuale nei confronti del proprio mandante e, nel caso di comportamento illecito, a titolo di responsabilità extracontrattuale ex art. 2043 c.c. nei confronti del soggetto destinatario della sua attività che, in quanto estraneo al rapporto contrattuale, assume la qualifica di terzo.

Conseguenza della differenziazione di tali regimi si ha anche nell'applicazione del termine di prescrizione, che sarà di 10 anni per l'ipotesi di responsabilità contrattuale, anziché dei 5 anni previsti dall'art. 2043 c.c. in tema di responsabilità extracontrattuale.

Da tutto quanto sopra esposto, stanti le rilevanti conseguenze che deriverebbero dall'applicazione dei principi sanciti nella sentenza in esame, pare necessario attendere ulteriori pronunce per verificare se alla stessa si uniformeranno le successive decisioni o se resterà una voce isolata.

In ogni caso appare più che opportuno tenere conto che le decisioni dei Giudici di merito e di Corte stanno sempre più orientandosi verso l'attribuzione al mediatore di una maggiore responsabilità nella gestione dell'affare trattato e che le motivazioni della Corte, pur se in alcune parti contraddittorie, inducono ad attente riflessioni per il futuro dell'attività.