

## **Nota alla sentenza n. 3986/2013 del Tribunale Civile di Catania, sez. III**

**Autore:** Silvia Tribulato

**In:** Giurisprudenza commentata

La sentenza n. 3986/2013 del Tribunale di Catania esamina un aspetto interessante del rapporto di mediazione - rapporto sul quale sono già stati versati fiumi di inchiostro - risolvendo una questione di carattere temporale che non sembra sia stata finora affrontata in giurisprudenza.

Si riassume brevemente la vicenda per una migliore comprensione.

Un soggetto intende vendere un appartamento e, come avviene di consueto, affida l'incarico di trovare un potenziale compratore ad altro soggetto che svolge l'attività di mediatore. Il mediatore individua un compratore, le parti si incontrano e raggiungono un accordo. Venditore e compratore pagano un acconto (sulla somma dovuta da ciascuna parte, pari al 3% del prezzo di vendita) al mediatore, che sarà presente al momento della stipula del preliminare.

Successivamente, venditrice e acquirente stipuleranno il contratto definitivo, ma entrambe si rifiuteranno di pagare al mediatore la restante somma di denaro dovuta per la mediazione.

A questo punto il mediatore si rivolge al Giudice e chiede che venditrice ed acquirente dell'immobile vengano condannati al pagamento delle somme ancora dovute.

La vicenda è simile a molte controversie che impegnano con frequenza l'attività dei Tribunali. Tuttavia, se ne discosta perché il mediatore (come le parti scopriranno solo dopo avere pagato l'acconto) non risulta

iscritto all'albo dei mediatori ab initio, ma solo in un secondo momento, dopo la stipula del preliminare e prima del definitivo.

Giova incidentalmente osservare che la vicenda si è svolta tra maggio ed ottobre 2008, ovvero quando la L n. 39/1989 prescriveva l'obbligo di iscrizione all'albo dei mediatori, applicabile alla fattispecie "ratione temporis". In particolare, la legge prevedeva all'art. 2 che "1. Presso ciascuna camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura è istituito un ruolo degli agenti di affari in mediazione, nel quale devono iscriversi coloro che svolgono o intendono svolgere l'attività di mediazione, anche se esercitata in modo discontinuo o occasionale." Il Decreto 21 dicembre 1990 n. 452 ha poi disposto che il ruolo di cui all'art 2 fosse distinto nelle seguenti sezioni: a) agenti immobiliari; b) agenti merceologici; c) agenti con mandato a titolo oneroso; d) agenti in servizi vari.

L'iscrizione nel ruolo abilita all'esercizio dell'attività di mediazione su tutto il territorio della Repubblica e per ottenerla sono richiesti dalla legge determinati requisiti. Successivamente, il D. Lgs. 26 marzo 2010 n. 59 - Attuazione della direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno - entrato in vigore l'8 maggio 2010 ha modificato la normativa preesistente, prevedendo all'art. 73 la soppressione del ruolo degli agenti d'affari in mediazione e disponendo che le attività disciplinate dalla la L n. 39/1989 siano soggette a dichiarazione di inizio di attività, da presentare alla Camera di commercio per il tramite dello sportello unico del comune competente per territorio, corredata delle autocertificazioni e delle certificazioni attestanti il possesso dei requisiti. La Camera di commercio, verificato il possesso dei requisiti abilitanti all'esercizio dell'attività professionale, iscrive i relativi dati nel registro delle imprese, se l'attività è svolta in forma di impresa, oppure nel repertorio delle notizie economiche e amministrative (REA). È altresì previsto che, ad ogni effetto di legge, i richiami al ruolo contenuti nella legge 3 febbraio 1989 n. 39 si intendano riferiti alle iscrizioni nel registro delle imprese o nel repertorio delle notizie economiche e amministrative (REA).

Ritornando alla vicenda esaminata in sentenza, la venditrice convenuta in giudizio è stata dichiarata contumace; l'acquirente costituitosi ha eccepito la nullità del contratto di mediazione, per la mancata iscrizione, al momento del conferimento dell'incarico, al ruolo di agente di affari, chiedendo in riconvenzionale la condanna del mediatore alla restituzione della somma pagata a titolo di acconto. Nel

corso del giudizio, mediatore e acquirente raggiungevano un accordo stragiudiziale e quest'ultimo veniva dal giudice estromesso.

In assenza di prova scritta del conferimento dell'incarico di mediazione da parte della venditrice-contumace, il Giudice ha osservato che l'acquirente aveva ammesso in comparsa di risposta l'esistenza dell'attività di mediazione svolta dall'attore, circostanza questa a sé sfavorevole che poteva avere il valore di confessione giudiziale e che, nei confronti dell'altro convenuto, per Cassazione pacifica sul punto, può essere liberamente apprezzata nel processo assieme ad altri elementi di prova. A questo punto il Giudice, valorizzando altri elementi disponibili (quali ad esempio la dichiarazione del teste che ha confermato la presenza dell'attore al momento della stipula del preliminare) ha ritenuto provata l'attività svolta dal mediatore.

Al riconoscimento del diritto del mediatore alla provvigione è di ostacolo l'art. 6 della L. 39/89, secondo il quale "hanno diritto alla provvigione soltanto coloro che sono iscritti nei ruoli", infatti il mediatore non vi era iscritto al momento del conferimento dell'incarico.

La fattispecie in esame è riconducibile non alla mediazione tipica, bensì a quella che, per l'indirizzo interpretativo compiutamente analizzato dalla Cassazione con la sentenza 14 luglio 2009, n. 16382 della Sezione III civile[1], è definita mediazione atipica, stante comunque la riconducibilità dell'accordo atipico alla categoria della mediazione - fondata su un contratto a prestazioni corrispettive, con riguardo anche ad una soltanto delle parti interessate (cd. mediazione unilaterale).

La Cassazione, da ultimo con la sentenza n. 15473/2011[2] richiamata dal Giudice, ha da tempo chiarito che, anche in caso di esercizio cd atipico dell'attività di mediazione, - ed in particolare all'ipotesi disciplinata dall'art. 2 comma 4 della legge n. 39/1989 (dove peraltro è chiaramente prescritto che l'iscrizione al ruolo deve essere richiesta anche se l'attività viene esercitata in modo occasionale o discontinuo, da coloro che svolgono, su mandato a titolo oneroso, attività per la conclusione di affari relativi ad immobili od aziende) è richiesta l'iscrizione nell'albo degli agenti di affari in mediazione, con la conseguenza che il suo svolgimento, in difetto di tale condizione, esclude, ai sensi dell'art. 6 della stessa

legge, il diritto alla provvigione.

È pertanto pacifico che la L. n. 39 del 1989 vada applicata alla mediazione atipica in esame.

Occorre altresì verificare se la violazione dell'obbligo di iscrizione all'albo comporti solo la conseguenza che il mediatore non abbia diritto alla provvigione, oppure da ciò derivi la nullità dell'intero contratto, come prospettata dal convenuto in giudizio.

L'art. 1418, 1° comma, c.c. relativo alle cause di nullità del contratto stabilisce che il contratto è nullo per contrarietà a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente. La legge sulla disciplina della professione di mediatore prevede che "hanno diritto alla provvigione soltanto coloro che sono iscritti nei ruoli", ne deriva che, anche se non previsto *expressis verbis*, la pattuizione sul compenso del mediatore non iscritto all'albo sarà nulla (cd nullità virtuale) per contrasto con la riferita disposizione che è certamente una norma imperativa, in quanto posta a tutela dell'interesse generale alla regolamentazione delle professioni, con funzione di tutela del pubblico affidamento e di certezza legale.

All'interprete occorre verificare se, accertata la nullità della pattuizione sul compenso, questa debba estendersi all'intero contratto, ovvero le sanzioni che ha previsto il legislatore esauriscano la reazione dell'ordinamento alla violazione, come suggerisce l'espressione "salvo che la legge disponga diversamente". Così risulterà caducato l'intero contratto nel caso in cui l'interprete riscontri un radicale contrasto tra il negozio giuridico e l'ordinamento, altrimenti la nullità sarà soltanto parziale e colpirà la specifica clausola contraria alla legge, con possibilità di sopravvivenza del contratto, nel rispetto del principio di conservazione dell'atto, che ispira anche gli artt. 1419 e 1420 c.c.. Sul piano processuale, ai sensi del 1° comma dell'art. 1419 c.c., la parte che ha interesse alla caducazione dell'intero contratto dovrà allegare e provare che il contratto non si sarebbe concluso in assenza del precetto nullo. Sembrerebbe che il legislatore abbia voluto con questa norma imporre all'interprete di ricostruire l'ipotetica volontà delle parti; questa è opzione ermeneutica oggi superata dalla migliore dottrina che ritiene che la distinzione non vada fatta con criteri di tipo psicologico, ma di carattere oggettivo, vale a dire che il giudice deve fare un confronto tra l'assetto di interessi al

momento della conclusione del contratto e l'effettivo assetto di interessi che si crea espungendo la clausola nulla dal contratto: se vi è compatibilità la nullità sarà solo parziale, altrimenti la nullità sarà totale.

Alla luce di queste osservazioni, la sanzione della nullità totale del contratto di mediazione risulta decisamente eccessiva rispetto all'interesse perseguito dalla norma violata, che è quello di disciplinare l'esercizio dell'attività professionale e non di condannare l'operazione nel suo complesso.

La Cassazione, con sentenza 27 giugno 2002, n. 9380[3], ha osservato che "Dalla mancata iscrizione non può farsi discendere la nullità del contratto di mediazione perché la violazione di una norma imperativa, ancorché sanzionata penalmente, non dà luogo necessariamente alla nullità del contratto, dato che l'art. 1418 c.c., con l'inciso "salvo che la legge disponga diversamente", impone all'interprete di accertare se il legislatore, anche in caso di inosservanza del precetto, abbia del pari consentito la validità del negozio, predisponendo un meccanismo idoneo a realizzare gli effetti voluti dalla norma. Pertanto, il contratto di mediazione, in assenza di iscrizione nell'albo professionale, non è viziato di nullità ai sensi dell'art. 1418 c.c. comportando quella violazione non l'invalidità del negozio bensì la non insorgenza del diritto alla provvigione e l'applicazione (art. 8) della sanzione amministrativa del pagamento, di una somma di denaro, ovvero, in caso di recidiva, l'applicazione della pena prevista per l'esercizio abusivo della professione".

Dunque, ancorché il mediatore non sia iscritto all'albo, non è invalido l'intero negozio di mediazione. Inoltre, come chiarito dalla Corte di Cassazione, sez. III, 10/05/2011 n. 10205[4], a norma dell'art. 8, comma 1, l. 3 febbraio 1989 n. 39, chiunque eserciti l'attività di mediazione senza essere iscritto al ruolo è tenuto, oltre al pagamento della relativa sanzione amministrativa, anche alla restituzione alle parti contraenti delle provvigioni percepite; tale espressa previsione esclude la possibilità di agire nei confronti dei contraenti, ai sensi dell'art. 2033 c.c., a titolo di indebito oggettivo, perché, mentre quest'ultimo trova il proprio fondamento giuridico nell'assenza di causa dell'attribuzione patrimoniale effettuata, l'obbligo di restituzione del compenso previsto dal citato art. 8 costituisce una sorta di sanzione per lo svolgimento dell'attività senza previa iscrizione all'albo.

L'art. 1755 c.c. prevede che il mediatore abbia diritto alla provvigione da ciascuna delle parti, se l'affare è concluso per effetto del suo intervento. Il termine "affare" utilizzato dal legislatore è volutamente generico, dovendosi adattare ad una varietà di situazioni.

Per Cassazione civile sez. III, sentenza 06.09.2001 n. 11467[5] "per affare ai sensi dell'art. 1754 c.c. si deve intendere qualsiasi operazione di contenuto economico che si risolva in utilità di carattere patrimoniale". La corrente interpretazione del primo comma dell'art. 1755 c.c. è nel senso che non qualsiasi attività di mediazione dia diritto alla provvigione, ma solo quella legata da nesso di causalità alla conclusione dell'affare.

In mancanza di uno specifico accordo tra le parti che individui con esattezza il momento in cui possa dirsi concluso l'affare e sorga quindi il diritto alla provvigione, occorre capire se l'affare si sia concluso con la stipulazione del contratto preliminare o con il definitivo.

Il Giudice ha ritenuto che "Se il diritto alla provvigione sorge solo con la conclusione dell'affare, e se l'iscrizione al ruolo è indispensabile non per la validità della mediazione ma per la insorgenza del diritto al compenso, è agevole concludere nel senso che tale compenso sia dovuto, a condizione che l'iscrizione sia avvenuta prima della conclusione dell'affare".

Il Giudice dunque, nella sequenza contratto preliminare - contratto definitivo, ha individuato il momento conclusivo dell'affare nella stesura del contratto definitivo, riconoscendo per ragioni di giustizia sostanziale il diritto del mediatore alla provvigione, onde ricompensarlo per un'attività effettivamente svolta.

Orientamento giurisprudenziale consolidato della Cassazione ritiene che l'affare possa dirsi concluso con la stipula del contratto preliminare, anticipando a tale momento il diritto per il mediatore a percepire il compenso. A ben vedere nella maggior parte delle vicende sulle quali si è espressa la Cassazione si

poneva un problema di interruzione del nesso causale richiesto dal legislatore tra l'attività svolta dal mediatore e la conclusione dell'affare, in altri termini era controverso se l'affare concluso con il definitivo coincidesse o meno con l'operazione economica originariamente intermediata e rappresentata nel preliminare.

Per la Cassazione è illogico (rectius ingiusto) negare che il mediatore abbia assunto ruolo causale solo perché l'assetto di interessi cristallizzato con il contratto definitivo si presenti differente per le caratteristiche soggettive (successivo recesso di una delle parti originarie e contratto definitivamente concluso con altro soggetto in

Cassazione civile, sez. III, sentenza 21.05.2010 n. 12527)[6], economiche (come la modifica del prezzo finale), per la struttura giuridica data all'accordo (come in Cassazione civile, sez. III, 02/11/2010, n. 22273[7], che ha stabilito che il mediatore ha diritto al pagamento della provvigione anche quando il contratto preliminare di vendita immobiliare non è sottoposto ad alcuna condizione, ma successivamente le parti decidano concordemente di modificare i termini nell'accordo o di sottoporre lo stesso a condizione sospensiva) ovvero ancora per la stessa validità dell'accordo preliminare (come in Cassazione, 18/5/01 n. 6827[8] che ha stabilito che anche un contratto preliminare di vendita di cosa altrui deve essere considerato atto conclusivo dell'affare, in quanto tale tipo di contratto non è né nullo né annullabile, importando solo l'obbligo a carico del venditore di acquistare dal proprietario il bene per trasmetterlo al compratore che ne diviene proprietario nel momento in cui il venditore ne consegue la proprietà).

[1] In Giust. civ. Mass. 2009, 7-8, 1089. e in Resp. civ. e prev. 2009, 11, 2281 (nota SESTI)

[2] In  
Giust. civ. Mass. 2011, 9, 1203

[3] In Giust. civ. Mass. 2002, 1115

[4]In

Giust. civ. 2012, 7-8, 1821 (nota FIORILLO)

[5]In

Giust. civ. Mass. 2001, 1649

[6] In Giust. civ. Mass. 2010, 5, 797e in *Il civilista* 2012, 2, 32 (nota BORDOLLI)

[7] In Giust. civ. Mass. 2010, 11, 1398

[8] In *Foro padano* 2001, I, 492 e in *Dir. e prat. soc.* 2002, 2, 88

<https://www.diritto.it/nota-alla-sentenza-n-39862013-del-tribunale-civile-di-catania-sez-iii/>