

CAPITOLO I

LA NATURA DEI RAPPORTI DI MEDIAZIONE

SOMMARIO: 1. Il dibattito sulla natura dei rapporti di mediazione: un'“anomalia” tutta italiana. – 2. Perimetro del problema ed anticipazione della prospettiva adottata. – 3. La mediazione al tempo dei codici di commercio. – 4. Dalla mediazione commerciale alla mediazione civile. – 5. Il dibattito sul ruolo del consenso nella mediazione: contratto a struttura bilaterale o trilaterale? – 6. La mediazione come contratto condizionato: critica. – 7. La mediazione nel codice civile. – 8. Alla ricerca di un vincolo obbligatorio, ovvero: le manifeste debolezze della dottrina maggioritaria. – 9. La reazione della dottrina minoritaria: la fuga verso le altre fonti di obbligazioni. – 10. La legge 39/1989: nuovi argomenti per la contrattualità? – 11. Un imprevedibile compromesso: la tesi della mediazione come fattispecie a «natura variabile». – 12. La svolta della giurisprudenza: la mediazione come attività giuridica non negoziale. – 13. Una nuova lettura: la mediazione come contratto ad «accordo aggravato». – 14. Impostazione dell'indagine.

1. IL DIBATTITO SULLA NATURA DEI RAPPORTI DI MEDIAZIONE: UN'“ANOMALIA” TUTTA ITALIANA

La letteratura italiana ha accordato al problema dell'identificazione della natura dei rapporti di mediazione uno spazio che prenderebbe di sorpresa uno studioso straniero.

Interrogato al riguardo, un giurista francese illustrerebbe che la mediazione trova scampoli di disciplina non nel *code civil* ma nel *code de commerce*, che si è occupato dei mediatori, *les courtiers*, al fine di individuare le condizioni in presenza delle quali questi soggetti sono ammessi ad esercitare il loro ufficio¹. Questa circostanza non ha, tuttavia, impedito alla trattatistica d'oltralpe di riconoscere nel *courtage* un contratto, e di dedicare a questo istituto alcune pagine

¹ Cfr. H.F. RIVIÈRE, *Répétitions écrites sur le code de commerce*, Paris, 1857, p. 135 ss., ove l'A. (p. 136) precisa che «le législateur a voulu que ce droit exclusif de l'entremise ne fût confié qu'à des personnes revêtues de la confiance du gouvernement et soumises à une police spéciale». In questo senso anche J.B. SIREY, *Code de commerce annoté*, Paris, 1820, p. 61 ss., nonché I. ALAUZET, *Commentaire du code de commerce et de la législation commerciale*, II, Paris, 1868, n. 656 ss. Quanto all'etimologia del termine *courtier*, racconta J.F. FOURNEL, *Code de commerce accompagné de notes et observations*, Paris, 1807, p. 56: «on disoit autrefois couretiers ou couratiers, parce que cette profession les tient dans une course continuelle pour remplir l'objet de leurs commissions».

usualmente inserite all'interno degli studi sul mandato ².

Che la mediazione sia un contratto è dato parimenti pacifico nel sistema tedesco: il § 652 BGB prevede, al riguardo, che «chi promette una provvigione in cambio dell'indicazione dell'occasione di concludere un contratto, o in cambio della mediazione di un contratto, è obbligato a corrisponderla soltanto se il contratto viene concluso in conseguenza dell'indicazione o della mediazione del mediatore» ³.

Un'ulteriore conferma, di respiro più che altro culturale, viene anche dal *Draft Common Frame of Reference* che, all'interno dell'ampia categoria dei *mandate contracts*, non manca di menzionare quei rapporti in cui una parte è incaricata «to take steps which are meant to lead to, or facilitate, the conclusion of a contract between the principal and a third party or the doing of another juridical act which would affect the legal position of the principal in relation to a third party» ⁴.

Ebbene, come si anticipava, con singolare disarmonia rispetto al quadro che si è tratteggiato, non solo la dottrina nazionale è tutt'oggi intenta a discutere se la mediazione sia un contratto o rientri, invece, tra quelle *variae causarum figurae* riconducibili alle altre fonti di obbligazioni ⁵, ma la giurisprudenza, attraverso una ben nota pronuncia della Suprema Corte ⁶, ha dichiaratamente invertito il proprio indiriz-

² Cfr. F. COLLART DUTILLEUL-P. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, Paris, 2015, n. 671; P. MALAURIE-L. AYNÉS-P.Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, Paris, 2014, n. 539; A. BÉNABENT, *Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, Paris, 2013, n. 909. È interessante segnalare che, pur essendo numerose le opere che studiano *le courtage* con particolare riferimento a taluni campi specifici (*assurance, transport, crédit immobilier, agence matrimoniale, travaux*), non constano, per quanto si è avuto modo di verificare, lavori monografici dedicati all'istituto in generale, con la sola eccezione della *thèse* di P. DEVESA, *L'opération de courtage*, Paris, 1993.

³ Cfr., tra gli altri, MÜNCHENER/ROTH (2017) § 652, Rn. 3; OECHSLER, *Vertragliche Schuldverhältnisse*, Tübingen, 2017, Rn. 1247; STAUDINGER/ARNOLD (2016) *Vorbem zu §§ 652 ff.*, Rn. 1; MEDICUS/LORENZ, *Schuldrecht II*, München, 2014, Rn. 896.

⁴ Deve, peraltro, segnalarsi che tale regola è stata introdotta soltanto nella versione finale del testo. Come si legge in C. VON BAR-H. BEALE-E. CLIVE-H. SCHULTE-NÖLKE, *Introduction, in Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition*, Munich, 2009, p. 22, «several changes have been made in the Chapter on mandate. These were made partly to make it more clear that the chapter applies not only to contracts for the conclusion of a contract for the principal but also to contracts, for example with estate agents or brokers of various kinds, for the negotiation or facilitation of a contract to be concluded by the principal and, given that scope, partly in the interests of more precise terminology. For example, an estate agent with authority to negotiate but not conclude a contract for the principal is more accurately described as an "agent" than as a "representative", which was the word used in the Interim Outline Edition».

⁵ Cfr. *infra* Cap. I, par. 9 e par. 11.

⁶ Cfr. Cass., 14 luglio 2009, n. 16382, in *Corriere giur.*, 2010, p. 206 ss., con nota di R.P. PUCE, *La mediazione è attività giuridica in senso stretto. Tutto il resto è mandato. Approdo discutibile e controverso*, nonché in *Contratti*, 2009, p. 1090, con nota di

zo, prima costante e uniforme, sposando apertamente una lettura non contrattuale degli artt. 1754 e ss. c.c.⁷.

Queste prime considerazioni introduttive mettono, a nostro avviso, ben in evidenza che uno studio sulla mediazione deve necessariamente muovere da qui: da un'indagine – cui questo primo capitolo è dedicato – che non può avere altro scopo se non quello di convincere, alternativamente, del perché l'ordinamento italiano rappresenta una singolare eccezione nel panorama europeo dei diritti codificati, o del perché le tesi a sostegno dell'"anomalia" italiana risultano non appropriate e vanno, di conseguenza, abbandonate.

2. PERIMETRO DEL PROBLEMA ED ANTICIPAZIONE DELLA PROSPETTIVA ADOTTATA

Al fine di consentire al lettore di cogliere al meglio la prospettiva che, ad esito di questa ricerca, riteniamo opportuno adottare, pare utile anticipare i passaggi cardine che svilupperemo in questo primo capitolo:

(i) nel vigore dei due codici di commercio dottrina e giurisprudenza hanno pacificamente ritenuto la mediazione un contratto⁸;

(ii) all'inizio del secolo scorso si è sviluppato tra i commercialisti un dibattito sul ruolo del consenso nella mediazione. Secondo un orientamento maggioritario, la mediazione è un contratto consensuale a struttura bilaterale che viene a concludersi nel momento in cui un aspirante contraente conferisce al mediatore un incarico. Secondo una tesi minoritaria, la mediazione è, invece, un contratto a struttura trilaterale che sorge e si perfeziona solo quando i due soggetti intermediati concludono l'affare per tramite dell'intervento del mediatore da loro comunemente incaricato⁹;

(iii) la constatazione secondo cui la configurazione della mediazione come negozio consensuale bilaterale darebbe luogo a un contratto improduttivo di effetti – in letteratura così come in giurisprudenza è pacifico che il conferimento dell'incarico non comporta la nascita di obbligazioni

F. TOSCHI VESPASIANI, *Mediazione tipica ed atipica e contratto di mandato*. La portata innovativa di questa sentenza è criticamente esposta *infra* Cap. I, par. 12.

⁷ Riviste e repertori mostrano che la giurisprudenza di merito ha da subito condiviso la pronuncia del 2009. Esempio in questo senso T. Brindisi Ostuni, 14 ottobre 2010, in *Contratti*, 2011, p. 792 ss., con nota di I.L. NOCERA, *Mediazione unilaterale e rapporto di mandato: inquadramento strutturale e ipotesi esegetiche*, nonché in *Corr. merito*, 2011, p. 375, con nota di E. CALEVI, *Mediazione e rapporti affini*. Cfr. altresì T. Terni, 6 luglio 2010, *ined.*, nonché App. Genova, 16 marzo 2011, in *Nuova giur. ligure*, 2012, 2, p. 10.

⁸ Cfr. *infra* Cap. 1, par. 3 e par. 4.

⁹ Cfr. *infra* Cap. 1, par. 5.

attuali ed efficaci a carico del mediatore o dell'aspirante contraente – ha spinto la dottrina a chiamare in soccorso l'istituto della condizione;

(iv) la tesi della mediazione come contratto condizionato non raggiunge purtroppo il risultato auspicato e davvero non convince: se il pagamento della provvigione dipendesse dall'avveramento del fatto condizionante rappresentato dalla volontà dell'aspirante contraente di concludere l'affare, questi non sarebbe del tutto libero come, invece, da ogni parte si afferma. Il rifiuto di concludere l'affare, ove non accompagnato da giustificato motivo, potrebbe difatti aprire il campo ad un rimedio in forma specifica quale la finzione di avveramento¹⁰;

(v) la constatazione del fatto che il conferimento di un incarico non comporta la nascita di obbligazioni a carico delle parti¹¹ ha indotto la dottrina ad uscire dal terreno del contratto, persuasa dell'opportunità di poter meglio inquadrare la fattispecie in esame all'interno delle altre fonti di obbligazioni¹². La mediazione, tuttavia, non è riconducibile allo schema della promessa unilaterale, della gestione di affari altrui, dell'arricchimento senza causa o di una delle altre fonti di obbligazioni nascenti dalla legge ex art. 1173 c.c. In particolare, la tesi più di recente approdata in giurisprudenza, secondo cui la mediazione sarebbe un'attività giuridica non negoziale¹³, si pone in contrasto con una serie di dati che ne attestano, indiscutibilmente, la natura contrattuale¹⁴;

(vi) ed ecco, in ultimo, la prospettiva adottata. Il conferimento di un incarico di mediazione non comporta la nascita di vincoli di natura obbligatoria. Ciò significa che lo scambio dei consensi *non genera ancora un contratto*, e non – come, erroneamente, da più parti si afferma – che la mediazione *non è un contratto*. A nostro avviso, più precisamente, la mediazione è un contratto ad «accordo aggravato» che si perfeziona solo quando i soggetti intermediati concludono l'affare. Ed è solo in tale momento che, come vedremo, viene ad esistenza l'effetto obbligatorio del pagamento della provvigione¹⁵.

3. LA MEDIAZIONE AL TEMPO DEI CODICI DI COMMERCIO

Per meglio illustrare le ipotesi ricostruttive che la dottrina ha avanzato sulla natura della mediazione a partire dalla prima codificazio-

¹⁰ Cfr. *infra* Cap. 1, par. 6.

¹¹ Cfr. *infra* Cap. 1, par. 8.

¹² Cfr. *infra* Cap. 1, par. 9.

¹³ Cfr. *infra* Cap. 1, par. 12.

¹⁴ Cfr. *infra* Cap. 1, par. 7, par. 10 e par. 11.

¹⁵ Cfr. *infra* Cap. 1, par. 13.

ne¹⁶, si rende anzitutto necessario porre attenzione alla piattaforma normativa che ha costituito la base di queste elaborazioni.

Com'è noto, il codice civile del 1865 non conteneva alcuna disposizione in materia di mediazione, essendo questa considerata esclusivamente in sede di legislazione mercantile. Era, infatti, il codice di commercio del 1865 ad accogliere nel Libro Primo, sotto il Titolo III, un apposito capo dedicato alle figure «*Degli agenti di cambio e sensali*», composto di ben 35 articoli.

Nella relazione accompagnatoria del ministro Guardasigilli si legge che il legislatore italiano, superando l'esperienza del *code de commerce* e del codice di commercio albertino, ha voluto porre «da canto quella parte di esse disposizioni relative alle condizioni di ammissibilità ad esercitare l'ufficio di mediatore o sensale, le quali possono variare per nuove circostanze di tempo e per mutamenti economici, e trovare quindi sede più acconcia in regolamenti o leggi speciali»¹⁷. Tale impostazione – fortemente innovativa – ha condotto all'affermazione¹⁸, con la sola eccezione del «delicato ufficio» di agente di cambio, del principio di libera interposizione negli affari¹⁹; ha, inoltre, dato avvio ad un processo di modernizzazione della legislazione mercantile che, da contenitore dei requisiti soggettivi per la nomina a mediatore, è divenuta sede di identificazione di «diritti», «privilegi», «obblighi» e «pene»²⁰.

Se si presta attenzione alle disposizioni che regolano l'attività dei «sensali»²¹ – sono così denominati i soggetti a cui la legge riconosce il diritto di libera mediazione – è, però, di tutta evidenza che la disciplina privatistica introdotta dal codice di commercio del 1865 risulta ancora scarsa²², coincidendo, in buona sostanza, con una regola, contenuta nell'art. 66, secondo cui «i sensali che non sono pubblici mediatori, non hanno alcun diritto per la mediazione, e non hanno azione che a

¹⁶ Per una diffusa e preziosa panoramica storica si veda GOLDSCHMIDT, *Ursprünge des Mäklerrechts. Insbesondere: Sensal*, in ZHR, 1883, p. 115 ss., apparsa tradotta all'interno di U. GREGO, *Dei mediatori*, in Arch. civ., 1889, p. 1 ss.

¹⁷ Così *Relazione sul codice di commercio*, in *Codice di commercio del Regno d'Italia*, Firenze-Torino, 1866, pp. 8-9.

¹⁸ In questi termini si esprimeva già l'art. 3 della legge sabauda 8 agosto 1854, n. 85 (disposizioni relative agli agenti di cambio e sui sensali).

¹⁹ Cfr. gli artt. 33 («Niuno può essere agente di cambio o esercitarne l'ufficio senza la qualità di pubblico mediatore») e 34 («Nelle altre specie di mediazione l'ufficio di sensale può essere esercitato anche da colui che non è pubblico mediatore»).

²⁰ Cfr. nuovamente *Relazione sul codice di commercio*, cit., p. 9.

²¹ Di questi soggetti il codice (cfr. gli artt. 39, 40, 41 e 42) censisce le seguenti specie: sensale di merci, di assicurazioni, di noleggi di navi, di trasporti per terra e per acqua.

²² Lo stesso art. 34, c. 2, mette in guardia che «i sensali che non sono pubblici mediatori, non hanno i diritti e i doveri che la legge stabilisce per questi ultimi».

conseguire la mercede delle loro operazioni a norma degli accordi, o, in mancanza, in proporzione del tempo impiegato»²³.

La materia è stata oggetto di profonda rielaborazione in occasione dell'emanazione del successivo codice di commercio – quello del 1882 – nel quale il legislatore, eliminato ogni riferimento agli agenti di cambio²⁴, ha ritenuto di collocare le sole norme necessarie e sufficienti per regolare i rapporti (di mediazione) di diritto privato derivanti dall'interposizione dei liberi «sensali» – con l'occasione denominati «mediatori» – nei contratti commerciali²⁵.

In questa seconda esperienza di codificazione la disciplina privatistica inizia a farsi più consistente²⁶. Il nuovo codice ha, infatti, previsto (i) che il mediatore è garante della verità dell'ultima sottoscrizione degli affari che tratta²⁷; (ii) che, anche quando è incaricato di un'operazione, non per questo è autorizzato a ricevere o fare pagamenti²⁸; (iii) che è responsabile dell'esecuzione del contratto ove non manifesti ad un contraente il nome dell'altro²⁹; (iv) che, infine, è anch'egli obbligato alla tenuta di alcuni libri di commercio, di cui deve fornire copia alle parti e, ove richiesto, all'autorità giudiziaria³⁰.

Oltre ad introdurre queste regole, il codice di commercio del 1882 ha soppresso il precedente art. 66 sostituendo a questo una diversa disposizione – l'art. 32 – che recita: «al mediatore non compete il diritto di mediazione, se l'affare non è stato concluso».

Per descrivere l'evoluzione di cui la mediazione è stata oggetto per tramite delle riforme che hanno innovato la legislazione mercantile, pare utile evocare una formula ben sperimentata dagli studiosi del diritto dei contratti: quella del passaggio «dallo *status* al contratto»³¹.

²³ Per converso, l'art. 57 recita: «i pubblici mediatori hanno diritto per le loro mediazioni alla mercede determinata da apposita tariffa. La tariffa è fatta dalla camera di commercio e in mancanza dal municipio, sentito il sindacato ove esiste, ed è approvata dal ministro di agricoltura e commercio».

²⁴ La cui disciplina è poi confluita nella legge 20 marzo 1913, n. 272 (ordinamento delle Borse di commercio, l'esercizio della mediazione e le tasse sui contratti di Borsa).

²⁵ Tale impostazione, inizialmente suggerita da una commissione di studio sull'ordinamento delle borse di commercio istituita nel 1872, è stata successivamente condivisa ed espressamente ribadita nella *Relazione del ministro Mancini al Senato*, edita in *Il codice di commercio del Regno d'Italia*, illustrato da E. Ottolenghi, Torino, 1883, p. 355 ss., in partic. p. 361.

²⁶ Lo conferma A. MANCA, *Della mediazione*, in *Codice civile. Commentario al libro delle obbligazioni*, II, diretto da M. D'Amelio ed E. Finzi, Firenze, 1947, p. 541.

²⁷ Cfr. l'art. 29.

²⁸ Cfr. l'art. 30.

²⁹ Cfr. l'art. 31.

³⁰ Cfr. gli artt. 33 e 34.

³¹ Cfr. S. MAINE, *Dallo "status" al contratto*, in *Il diritto privato nella società con-*

Mentre, con forte assonanza rispetto all'esperienza degli statuti delle città mercantili³², il legislatore francese del *code de commerce* dedicava ancora particolare attenzione alla *persona del mediatore*³³, i codici di commercio del 1865 e del 1882, una volta proclamato il principio di libera interposizione negli affari, si sono invece indirizzati a regolamentare il *contratto di mediazione*³⁴.

4. DALLA MEDIAZIONE COMMERCIALE ALLA MEDIAZIONE CIVILE

Di fronte al panorama normativo descritto, la dottrina si è anzitutto dovuta confrontare con un problema di non elementare soluzione³⁵: le regole che abbiamo menzionato trovano applicazione a condizione che l'affare realizzato integri, secondo la definizione offerta dalla legislazione mercantile (art. 3), un «atto di commercio»³⁶. Ebbene, cosa succede

temporanea, a cura di S. Rodotà, Bologna, 1971, p. 221. La formula è stata ripresa, tra gli altri, da E. ROPPO, *Il contratto*, Bologna, 1977, p. 25.

³² Vale, al riguardo, la pena trascrivere alcuni passi tratti da *Degli statuti civili della Serenissima Repubblica di Genova*, libri sei tradotti in volgare da Oratio Taccone, Genova, 1613, VI, 17: «Niuno possa esser eletto sensale, il quale non sia di buona fama; il quale non sappia scrivere, che non sia di età di trent'anni, e il quale non sia nato nella Città, ò Dominio, o il quale non havrà habitato con la sua famiglia nella detta Città per dieci anni almeno [...] L'eletto inanzi che sia ammesso ad esercitare, sia tenuto giurare, e promettere ne gli atti della corte de Padri del Commune, di essercitar bene, e fedelmente, e realmente il suo ufficio, e non commetter in quello alcuna frode, o inganno, e anco dar idonea sigortà di lire cinquecento [...] Siano tenuti i sensali havere, e tener un libro, nel quale debbino scrivere il medesimo giorno, o almeno il seguente, tutti i mercati, e negotij che havranno fatti, ò conchiusi [...] sotto pena di perder il salario».

³³ Ricostruita nei singoli passaggi la successione delle leggi emanate in materia, la *Relazione del ministro Mancini al Senato*, cit., p. 356, attesta (nota 2): «in Francia l'ufficio di mediatore ebbe quasi sempre il carattere del monopolio».

³⁴ Come ben osserva A. RAMELLA, *Teoria della mediazione in materia civile e commerciale*, Milano, 1904, pp. 2-3, «poiché soltanto chi aveva riportata la nomina ufficiale e prestato il giuramento poteva esercitare la professione di mediatore, così interessava sommamente sapere chi fosse in diritto di ritenersi tale e determinare il campo delle sue funzioni fuori delle quali l'atto di intermediazione non aveva giuridica rilevanza. Ma, proclamata la libertà della mediazione e il diritto di ogni persona di compiere atti d'intromissione, diventa necessaria la determinazione delle condizioni indispensabili perché il contratto raggiunga la sua esistenza e giuridica validità, in una parola dallo studio dei mediatori passare all'esame delle regole proprie del contratto di mediazione».

³⁵ Come ricorda U. AZZOLINA, *La mediazione*, in *Trattato di diritto civile italiano*, redatto sotto la direzione di F. Vassalli, VIII, 2, Torino, 1955, p. 8, «la mancanza totale di qualsiasi regolamento della mediazione dal punto di vista civile» ha inizialmente occasionato «incertezza per l'applicazione alla materia civile delle norme commerciali, e soprattutto difficoltà fraposte, per mancanza di basi testuali, ad una costruzione unitaria dell'istituto».

³⁶ Sul punto si veda, tra gli altri, C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, I, Milano, 1922, n. 29 ss.

se l'intermediazione è svolta in ambito personale o familiare³⁷, nella stipulazione di contratti tra artisti e direttori di teatro³⁸, o, ancora, in occasione di una compravendita immobiliare messa in atto per finalità diverse dalla speculazione commerciale³⁹?

Facendo leva sull'art. 1103 del codice civile del 1865 – secondo cui «le regole particolari a certi contratti civili sono stabilite nei titoli relativi a ciascuno di essi e quelle proprie delle contrattazioni commerciali nel codice di commercio» – e sull'art. 3, c. 2, delle relative disposizioni preliminari [corrispondente all'odierno art. 12, c. 2, delle disposizioni sulla legge in generale], gli interpreti hanno, per così dire, anticipato l'unificazione dei due rami del diritto privato⁴⁰, estendendo alla materia civile la disciplina della mediazione commerciale⁴¹.

Siffatta operazione ha permesso alla letteratura di approfondire a tutto tondo l'istituto, mettendo in campo ipotesi ricostruttive in cui – occorre anticiparlo – mai sono stati avanzati dubbi sulla natura contrattuale della mediazione⁴²: era questo, d'altronde, il presupposto principe che aveva legittimato la ricerca di uno statuto di regole comuni per la mediazione civile e commerciale ricavando, come detto, la disciplina della prima per mezzo di un'applicazione analogica delle disposizioni presenti nel codice di commercio.

³⁷ Come afferma lo stesso C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, cit., n. 91, sono «essenzialmente civili» tutti gli atti che regolano rapporti di famiglia.

³⁸ Il ricorso a mediatori civili per la scelta degli artisti è prassi che trova conferma in G. MAGRI, *Scritture teatrali*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Aggiornamento *****, Torino, 2010, pp. 894-895.

³⁹ Per quest'ultima ipotesi, cfr. A. RAMELLA, *Teoria della mediazione in materia civile e commerciale*, cit., p. 9.

⁴⁰ Dando così seguito a quell'invito ad «affrettare la fusione del diritto privato in un Codice unico» espresso da Cesare Vivante nella sua celebre prolusione bolognese del 1888, poi pubblicata ad *Introduzione* del proprio *Trattato di diritto commerciale*, ove l'A. non manca di definire anacronistica l'«artificiosa separazione» tra diritto civile e commerciale, separazione a cui «l'unità essenziale della vita economica» non manca di ribellarsi.

⁴¹ Cfr. L. BOLAFFIO, *Dei mediatori*, in *Il codice di commercio commentato*, coordinato da L. Bolaffio e C. Vivante, II, Torino, 1923, n. 163.

⁴² Fa eccezione il solo U. GREGO, *Dei mediatori*, in *Arch. giur.*, 1890, p. 146, secondo cui la mediazione sarebbe da avvicinare alla *negotiorum gestio*. Motiva, al riguardo, l'A.: «come solo allorquando l'affare sia stato ben amministrato, cioè la *negotiorum gestio* sia stata *utilis*, incombono all'interessato delle obbligazioni verso il gestore, così solo nel caso che l'intromissione sia stata utile, cioè abbia condotto alla conclusione del contratto, il mediatore ha, come tale, diritto al compenso».

5. IL DIBATTITO SUL RUOLO DEL CONSENSO NELLA MEDIAZIONE: CONTRATTO A STRUTTURA BILATERALE O TRILATERALE?

Nel vigore dei codici di commercio, come abbiamo osservato, la dottrina muoveva da un punto fermo: la mediazione è un contratto. Era, tuttavia, sufficiente calarsi nell'analisi di alcuni profili di carattere generale – in particolare: formazione ed effetti del contratto di mediazione – per veder scontrarsi ricostruzioni antitetiche.

Ripercorrere le ragioni del dibattito sviluppatosi in letteratura all'inizio del secolo scorso è, a nostro avviso, esercizio estremamente utile per meglio mettere a fuoco, e poi tentare di risolvere, i problemi interpretativi emersi nel più recente passato.

Secondo un primo e maggioritario orientamento, la mediazione è un contratto consensuale a struttura bilaterale che viene a concludersi tra un aspirante contraente e un mediatore: il primo dà incarico, per iscritto o (più sovente) verbalmente, al secondo di promuovere la conclusione di un affare, e quest'ultimo accetta⁴³. Dal contratto nascono, per il mediatore, l'obbligazione di ricercare un controinteressato e, per chi conferisce l'incarico, l'obbligazione di pagare la provvigione, ove l'affare si concluda per effetto dell'attività mediatizia.

È di tutta evidenza che la conclusione dell'affare e, per conseguenza, la maturazione della provvigione necessitano del consenso anche di un secondo contraente; ma – si afferma – il fatto che il mediatore ottenga apposto incarico anche dalla controparte con cui è in trattative costituisce circostanza accidentale che non influisce in modo alcuno sul procedimento di formazione del contratto di mediazione⁴⁴. Tanto è vero che, ove si verifichi quella particolare ipotesi per cui, onde facilitare la composizione delle rispettive volontà, anche il secondo contraente dia incarico a quel mediatore, i contratti di mediazione saranno due e vincoleranno mediatore e clienti in modo del tutto indipendente⁴⁵.

Questa ricostruzione è stata censurata, in particolare, da chi⁴⁶ ha osservato che la tesi del contratto bilaterale costringe ad affermare che, in virtù di conferimento e accettazione dell'incarico, l'aspirante contraente assume l'obbligazione di concludere l'affare, e il mediatore l'obbligazione di ricercare una controparte fintanto che non riesca a portare a termine il proprio ufficio.

⁴³ Cfr. C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, cit., n. 216, ove l'A. precisa che il contratto di mediazione ha carattere «accessorio» rispetto al contratto che è oggetto di promozione da parte del mediatore che riveste, invece, carattere «principale».

⁴⁴ Così C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, cit., n. 216, che, a conferma della propria affermazione, ricorda il caso in cui il soggetto con il quale il mediatore incaricato entra in contatto dichiara di voler trattare «franco provvigione».

⁴⁵ Così, nuovamente, C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, cit., n. 216.

⁴⁶ Cfr. L. BOLAFFIO, *Ancora del rapporto di mediazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1913, I, p. 2.

L'analisi della realtà mostra, però, che contraente e mediatore, anche dopo che si è perfezionato l'incarico, conservano la libera e piena padronanza della loro sfera giuridica essendo assente qualsivoglia vincolo⁴⁷: il mediatore può assumere l'iniziativa e mettere in contatto le parti, ma anche disinteressarsi di ciò senza per questo dover motivare la propria condotta; del pari, l'aspirante contraente può svolgere un ruolo attivo nella ricerca dell'intesa, così come lasciar cadere le trattative, andando in ogni caso esente dall'onere di dover giustificare al mediatore il proprio comportamento o il proprio rifiuto.

La constatazione secondo cui la configurazione della mediazione come negozio consensuale bilaterale darebbe luogo a un contratto improduttivo di effetti giuridici⁴⁸ ha spinto, dunque, la dottrina a elaborare una diversa teoria: il fatto che le parti non assumono vincoli obbligatori, se non quando l'affare viene a concludersi, sta a significare che il contratto di mediazione si perfeziona solo quando il mediatore, dando seguito all'incarico ricevuto, trova una controparte e, svolta tra i due interessati quell'attività di intermediazione in cui consiste la propria prestazione, riesce ad avvicinare le posizioni dei soggetti in trattativa sino a condurli al perfezionamento dell'operazione economica⁴⁹.

Posto che l'intesa è raggiunta nel solo momento in cui viene manifestata la volontà non di colui che ha dato incarico al mediatore ma di tutti i soggetti in campo, è stato affermato che la mediazione è un contratto a struttura trilaterale che sorge e si perfeziona contestualmente alla conclusione dell'affare⁵⁰.

La circolazione di questa ricostruzione ha suscitato numerose reazioni da parte dei sostenitori della teoria della mediazione come contratto bilaterale i quali hanno, da una parte, contestato la tesi della struttura trilaterale e, dall'altra, colto l'occasione per illustrare più in profondità il loro pensiero.

⁴⁷ Ricorda L. BOLAFFIO, *Ancora del rapporto di mediazione*, cit., p. 5: «si esclude da tutti che le parti, autorizzando il mediatore a spiegare la sua attività per farle concludere l'affare, perdano la signoria del medesimo. Esse rimangono libere, liberrime, di concluderlo o no».

⁴⁸ Provocatoriamente, L. BOLAFFIO, *Ancora del rapporto di mediazione*, cit., p. 3, si chiede: «può esistere un contratto improduttivo di vincolo giuridico per l'uno e l'altro contraente, dacché, come dicemmo, le parti possono rifiutarsi di concludere l'affare principale, e, dal canto suo, il mediatore può interrompere le sue pratiche per farlo concludere, purché e quelle e questo operino senza frode?».

⁴⁹ Secondo L. BOLAFFIO, *Ancora del rapporto di mediazione*, cit., p. 7, più precisamente, «il rapporto di mediazione sorge al momento in cui le parti, aventi opposti interessi, si accordano di trattare a mezzo del mediatore, e questi è autorizzato da esse ad avvicinarle per ottenere la conclusione dell'affare, o da lui iniziato, o per la cui conclusione è stata richiesta la sua opera; – a tale scopo egli vende o presta ai futuri contraenti l'opera sua di intermediario imparziale; – per legge, egli non ha diritto a compenso se non raggiunge il risultato per cui fu autorizzato o chiesto il suo intervento: la conclusione dell'affare».

⁵⁰ Sul punto, cfr. L. BOLAFFIO, *Dei mediatori*, cit., n. 161-bis.

La teoria del contratto trilaterale è stata attaccata – e con buona ragione – osservando che tale tesi impone che entrambi i contraenti si avvalgano dello stesso mediatore⁵¹: ma è sufficiente immaginare che uno di questi rifiuti l'intervento del mediatore, o che abbia incaricato una persona di propria fiducia, per constatare che una simile elaborazione risulta viziata da incongruenze non sanabili⁵².

6. LA MEDIAZIONE COME CONTRATTO CONDIZIONATO: CRITICA

Nel riproporre e precisare la tesi della bilateralità, la dottrina maggioritaria si è divisa in due filoni di pensiero.

Secondo una prima linea interpretativa, la mediazione è un contratto sottoposto alla condizione unilaterale sospensiva del verificarsi dell'evento «conclusione dell'affare»⁵³. Il mediatore sarebbe, quindi, obbligato a promuovere la contrattazione e assumerebbe su di sé il rischio che, rinvenuta una controparte interessata, il soggetto che ha fornito l'incarico cambi idea o lasci cadere la trattativa⁵⁴. Per contro, l'aspirante contraente non potrebbe dirsi gravato di alcuna obbligazione, essendo libero di concludere o meno l'affare, fermo nel primo caso il maturare del diritto alla provvigione a favore del mediatore.

L'affermazione secondo cui il mediatore sarebbe obbligato a ricercare una controparte non ha avuto particolare seguito; l'opposta convinzione per cui, a ben vedere, neppure questo soggetto soggiace a un vincolo obbligatorio, quantomeno attuale, ha spinto la dottrina a elaborare una diversa teoria: quella della mediazione come contratto sottoposto a condizione bilaterale⁵⁵.

Questa seconda linea di pensiero ha ricevuto il sostegno di molti autori, ma anche severe critiche.

⁵¹ A commento della prospettiva appena richiamata, afferma F. CARNELUTTI, *La prestazione del rischio nella mediazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, I, p. 22: «ma così la realtà è vista a rovescio!».

⁵² Sul punto si veda M. STOLFI, *Della mediazione*, in M. STOLFI-A. FIORENTINO-P. D'ONOFRIO-M. FRAGALI, *Delle obbligazioni, Art. 1754-1812*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1970, p. 17.

⁵³ Cfr. F. CARNELUTTI, *La prestazione del rischio nella mediazione*, cit., p. 19.

⁵⁴ Afferma F. CARNELUTTI, *La prestazione del rischio nella mediazione*, cit., p. 23, che la mediazione «è una sottospecie di *contratto di lavoro* [...] il contratto di lavoro può essere costruito essenzialmente in due modi: o nel senso che il *rischio del lavoro*, cioè l'eventuale differenza tra costo e rendimento del lavoro, incomba al debitore, o nel senso che incomba al creditore. Nel primo caso il lavoratore non riceve la mercede in ragione del lavoro prestato ma in ragione del risultato conseguito; nel secondo la riceve non in ragione del risultato ma in ragione del lavoro». Nella mediazione (p. 25) «il mediatore lavora a proprio rischio»: è lui che «*corre l'alea*».

⁵⁵ Cfr. C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, cit., n. 216.

Uno dei problemi che ha impegnato la dottrina è che la conclusione dell'affare è evento rispetto al quale l'ultima e definitiva parola spetta al contraente che ha dato incarico al mediatore: ciò potrebbe far supporre che la condizione sospensiva a cui il contratto è sottoposto abbia natura meramente potestativa e, come tale, sia nulla⁵⁶.

Per respingere questa contestazione, evidentemente idonea a scardinare la tesi maggioritaria nelle sue fondamenta, è stato osservato che il potere decisionale della parte che ha conferito l'incarico non può dirsi arbitrario, dipendendo anche da parametri esterni quali, in particolare, esistenza e consistenza dell'offerta del terzo: la condizione, dunque, non sarebbe meramente potestativa, ma mista⁵⁷.

La critica più stringente – che si condivide e che non ammette replica – consiste nel fatto che la tesi della mediazione come negozio condizionato non lascia, come invece si vorrebbe, l'aspirante contraente del tutto libero di stipulare l'affare che il mediatore abbia segnalato. Il rifiuto di concludere il contratto che non sia accompagnato da un giustificato motivo potrebbe, difatti, permettere di azionare il rimedio della finzione di avveramento⁵⁸, facendo con ciò ritenere adempiuta la condizione a favore del mediatore⁵⁹.

Per ovviare a ciò, alcuni autori, con la dichiarata finalità di escludere la portata applicativa della sezione che il codice civile del 1865 dedicava alle obbligazioni condizionali, hanno proposto una lettura, per così dire, più radicale affermando che nella mediazione sono presenti «*condictiones juris*, inerenti di diritto al contratto e non inserite dalla volontà dei contraenti»⁶⁰.

A mettere ulteriormente in crisi le basi della teoria del contratto condizionato sarà, di lì a breve, l'intervento di altri autori le cui argomentazioni possono essere così sintetizzate: l'idea secondo cui l'obbligazione del cliente è sottoposta a una condizione sospensiva, come abbiamo visto, non è tecnicamente sostenibile; la tesi non può, inoltre, essere condivisa allorché assume l'esistenza di un'obbligazione di attivarsi a carico del mediatore che, a seconda dei filoni

⁵⁶ Il codice civile del 1865 già prevedeva all'art. 1162 che «è nulla l'obbligazione contratta sotto una condizione che la fa dipendere dalla mera volontà di colui che si è obbligato».

⁵⁷ Così F. CARNELUTTI, *La prestazione del rischio nella mediazione*, cit., p. 20; contra L. BOLAFFIO, *Tratti caratteristici della mediazione*, in *Studi in onore di V. Scialoja*, II, Milano, 1905, p. 6-7, che controbatte che «nessuno è tenuto a lavorare per conto altrui nella semplice attesa del compenso per un risultato, il quale, più che dai suoi sforzi, dipende dalla volontà di chi promette il compenso».

⁵⁸ Il codice civile del 1865 già prevedeva all'art. 1169 che «la condizione si ha per adempita, quando lo stesso debitore obbligato sotto condizione ne abbia impedito l'adempimento».

⁵⁹ Cfr., sul punto, L. BOLAFFIO, *Ancora del rapporto di mediazione*, cit., p. 6.

⁶⁰ Il riferimento è a C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, cit., n. 220.

interpretativi, viene qualificata come attuale ed efficace, o come condizionata⁶¹.

Mentre, infatti, da un punto di vista economico, il mediatore può dirsi spinto a mettere in campo tutti i propri sforzi⁶² – matura d'altronde la provvigione solo se l'affare viene a esistenza –, da un punto di vista giuridico, egli non assume alcuna obbligazione ed è libero di svolgere o non svolgere la propria opera intermediatrice. Con il che ogni ricostruzione della mediazione che affermi «la contrattualità iniziale» del rapporto «si appalesa non aderente alla realtà» ed è, come tale, da abbandonare⁶³.

7. LA MEDIAZIONE NEL CODICE CIVILE

Tra il 1865 e il 1942, come osservavamo, si discuteva se l'istituto in esame fosse da qualificare come rapporto giuridico a struttura bilaterale o trilaterale; il dibattito non toccava, però, il profilo della natura della fattispecie ritenuta pacificamente contrattuale⁶⁴.

È opportuno segnalare che le difficoltà in cui la letteratura è venuta a trovarsi nel ricostruire, da una parte, le conseguenze giuridiche dell'incarico e, dall'altra, il momento di conclusione del contratto di mediazione hanno indotto taluni autori a vagliare soluzioni diverse da quelle sin qui ripercorse: sono, così, state avanzate la tesi secondo cui la mediazione sarebbe un contratto unilaterale⁶⁵, e quella secondo cui l'istituto andrebbe collocato nel campo delle promesse unilaterali⁶⁶. Si è trattato – occorre precisarlo – di riflessioni rimaste del tutto minoritarie e, comunque, pur sempre fedeli alla lettura negoziale della mediazione⁶⁷.

⁶¹ Cfr. M. Pozzi, *Mediazione e mediatore*, in *Nuovo Digesto italiano*, VIII, Torino, 1939, p. 398.

⁶² Celebre l'affermazione di C. Vivante, *Trattato di diritto commerciale*, cit., n. 220, secondo cui «il commercio non sente il bisogno di alcuna coazione, perché può contare sull'alacrità del mediatore, eccitata dalla speranza della provvigione».

⁶³ Così M. Pozzi, *Mediazione e mediatore*, cit., p. 398.

⁶⁴ Come anticipavamo, l'unica eccezione al riguardo era rappresentata dalla tesi di U. Grego, *Dei mediatori*, cit., p. 146.

⁶⁵ Parrebbe questa la tesi di C. Tumei, *Del contratto di mediazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1923, I, p. 141, quando afferma che «definiremo dunque il contratto di mediazione come quel contratto dove una parte promette all'altra un certo compenso per il caso che questa riesca a farle concludere un determinato affare, riservandosi la facoltà di revocare la promessa, quando che sia, e senza obbligo veruno di risarcimenti e di indennizzi».

⁶⁶ In questo senso M. Pozzi, *Mediazione e mediatore*, cit., p. 399.

⁶⁷ Sull'interferenza, in chiave negoziale, tra «area del contratto» e «area delle promesse», si rinvia alle riflessioni di AND. D'ANGELO, *Le promesse unilaterali. Artt. 1987-1991, in Il codice civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1996, p. 145 ss.

È in questo panorama – un panorama caratterizzato da una ferma e tendenzialmente incontrastata adesione all'orientamento della contrattualità – che è stato promulgato l'attuale codice civile.

Al momento di unificare i due rami del diritto privato, la disciplina della mediazione – assente dal codice civile del 1865 – è stata inserita all'interno del Titolo III del Libro *Delle Obbligazioni*, vale a dire tra i contratti tipici. La scelta della collocazione, ponendosi perfettamente in linea con la storia dell'istituto, pare di per sé idonea a chiudere ogni spazio a quelle pur timide ricostruzioni alternative cui si è fatto cenno.

Nella relazione del ministro Guardasigilli non compare alcuna considerazione in merito al profilo della natura dell'istituto⁶⁸, ma tale circostanza è superata dal fatto che, anche a voler prescindere dalle opinioni dottrinali sopra ricordate, la constatazione secondo cui la mediazione è un contratto ben può dirsi implicita al sistema, oltre che in forza dell'argomento della *sedes materiae*⁶⁹, alla luce del tenore delle relazioni di accompagnamento ai progetti di riforma del codice di commercio che hanno preceduto il testo del 1942⁷⁰.

Contrariamente a queste numerose e concordanti argomentazioni, alcuni autori hanno, tuttavia, iniziato a porre in discussione la natura contrattuale della mediazione, mettendo in risalto due profili.

Il primo è che l'art. 1754 c.c., con una tecnica apparentemente anomala riprodotta nel solo art. 1936 c.c. in materia di fideiussione⁷¹, definisce il soggetto, il «mediatore», e non, come di regola avviene, il tipo, «il contratto di mediazione». Questo dato – nella logica della prospettiva in esame – metterebbe in luce la circostanza secondo cui il legislatore, non essendo stato in grado di sciogliere la riserva tra natura contrattuale o non contrattuale dell'istituto, avrebbe voluto inserire una spia attraverso cui segnalare alla dottrina che il problema è rimasto irrisolto⁷².

⁶⁸ Cfr. *Codice civile. Relazione del Ministro Guardasigilli*, Roma, 1943, n. 724 ss.

⁶⁹ Sul valore a fini interpretativi desunto dalla «collocazione nel “sistema” del diritto», cfr. R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano, 2011, p. 296 ss., in partic. p. 298.

⁷⁰ Cfr., in particolare, *Codice di commercio*, II, *Relazione sul progetto*, Roma, 1925, p. 43, ove, a commento del titolo «dei mediatori», si legge: «le innovazioni del progetto rispetto al codice vigente [ndr, codice di commercio del 1882] consistono in una più precisa definizione degli obblighi professionali dei mediatori (art. 78) e in una semplificazione del libro giornale [...] restano, tuttavia, raccolte sotto questo stesso capo per ragioni di connessione pratica, anche le norme regolatrici del contratto di mediazione, alle quali viene data una formulazione più completa e più corretta di quella del codice vigente».

⁷¹ E che nel caso della fideiussione «ha un'appagante motivazione nel regime dell'obbligazione fideiussoria, di cui è indifferente la fonte legale o convenzionale; perciò, pur regolando l'istituto nell'ambito del contratto, il codice ha preferito una definizione del soggetto»: così P. RESCIGNO, *Note a margine dell'ultima legge sulla mediazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1991, I, p. 243.

⁷² È questo il pensiero di L. CARRARO, *La mediazione*, Padova, 1960, p. 32, a dire

A nostro avviso, la tesi, di per sé già debole perché non supportata da argomenti di pregio né da riscontro alcuno nei lavori preparatori, non può essere condivisa.

Per cogliere il senso del riferimento al «mediatore», così confutando l'opinione menzionata, è sufficiente ricordare che il codice di commercio francese del 1807, mostrando una chiara preferenza per una disciplina costruita intorno ai soggetti⁷³, disciplina(va), nell'ambito del Libro Primo «*Du commerce en général*», *les courtiers*.

Un ulteriore passo indietro nel tempo mostra che l'impostazione che vuole che sia regolato non il «contratto di mediazione» ma la figura del «mediatore» trovava giustificazione nella rilevanza non meramente privatistica propria dell'ufficio di mediatore nei secoli che precedono le grandi codificazioni; tale fattore, come abbiamo visto⁷⁴, ha comportato che il diritto disciplinasse, in particolare, requisiti personali di accesso e modalità di nomina di tali soggetti.

Risulti, o meno, convincente quella lettura secondo la quale il riferimento al mediatore e non alla mediazione sarebbe da cogliere nell'«affrettata fusione» nel codice civile della materia commerciale⁷⁵, rimane, a nostro avviso, evidente che la ragione per cui l'art. 1754 c.c. offre una definizione del soggetto e non del tipo va letta sul piano storico ed è da ricollegare a quel lento processo di emersione della disciplina del contratto di mediazione di cui abbiamo dato conto nei paragrafi precedenti.

Come anticipavamo, esiste anche un secondo profilo, questo, invero, serio e problematico: la teoria della mediazione come contratto consensuale – lo stiamo per vedere – presenta delle falle, e proprio non convince.

del quale «il problema della natura giuridica della mediazione fu di proposito lasciato legislativamente insoluto. Se così non fosse non si spiegherebbe perché, proprio in tema di mediazione, il testo legislativo eviti non solo la qualifica di contratto, ma anche ogni riferimento dal quale si possa indirettamente desumere la necessità di un contratto». Più moderato il giudizio di altri autori, che riferiscono di probabili «incertezze sullo schema propriamente contrattuale della figura»: così A. BELVEDERE, *Il problema delle definizioni nel codice civile*, in *Scritti giuridici*, Padova, 2016, p. 85.

⁷³ Tra gli otto titoli di cui si compone il primo libro spiccano, in tal senso, le rubriche relative a «*commerçants*», «*sociétés*», «*agens-de-change et courtiers*», e «*commissionnaires*».

⁷⁴ Cfr. *supra* alla nota 32.

⁷⁵ L'argomento della repentina unificazione del diritto privato non va sopravvalutato: cfr., in questo senso, A. CATADELLA, *Mediazione*, in *Enc. giur. Treccani*, XIX, Roma, 1990, *ad vocem*, p. 1. Per le ragioni illustrate, non può, dunque, prestarsi adesione alla tesi avanzata da L. CARRARO, *La mediazione*, cit., pp. 32-33, secondo cui «se si considera la rapidità con cui fu successivamente attuata l'unificazione legislativa del diritto privato [...] si deve riconoscere che dall'inserimento della mediazione fra i contratti non si può desumere alcuna indicazione decisiva per la natura giuridica della stessa».

8. ALLA RICERCA DI UN VINCOLO OBBLIGATORIO, OVVERO: LE MANIFESTE DEBOLEZZE DELLA DOTTRINA MAGGIORITARIA

Se la mediazione è un contratto che, in linea allo schema generale di cui all'art. 1326 c.c., si conclude attraverso lo scambio di proposta + accettazione, è razionale attendersi che il perfezionarsi dell'incarico generi la nascita di effetti obbligatori. Il nocciolo duro del problema sta proprio qui: l'investitura del mediatore è fonte di obbligazioni⁷⁶? E se sì, di quali?

Muovendo da questa prospettiva, la dottrina è andata affermando la tesi per cui la mediazione è un contratto unilaterale⁷⁷ che produce effetti esclusivamente nei confronti di colui che dà incarico al mediatore⁷⁸.

Secondo un primo orientamento, il cliente sarebbe soggetto a un'obbligazione alternativa, con facoltà di scelta a proprio favore, ricavabile dalla combinazione degli artt. 1755 e 1756 c.c.: il vincolo sarebbe, nello specifico, rappresentato dall'obbligazione di rifondere al mediatore le spese affrontate, o di pagare la provvigione convenuta⁷⁹.

Per giustificare questa ricostruzione, si è affermato che il legislatore del 1942, rovesciando il criterio previsto dal codice di commercio del 1882, avrebbe introdotto all'art. 1756 c.c. una regola in forza della quale il mediatore ha diritto al rimborso delle spese sostenute, laddove l'affare non si concluda⁸⁰. La lettura proposta, tuttavia, non è per nulla convincente.

⁷⁶ Scrive M. Pozzi, *Mediazione e mediatore*, cit., p. 398: «è esatto pertanto dire che il mediatore accetta l'incarico? La parte dà veramente un incarico? Tra parte e mediatore intercorre veramente un contratto? Le opinioni sono le più disparate e ciò dimostra quanto abbia faticato i giuristi lo studio della natura giuridica del rapporto intercedente tra il mediatore e le parti contraenti».

⁷⁷ «*Entgeltlicher, einseitig verpflichtender Vertrag*» (contratto unilaterale a titolo oneroso) è la classificazione che compare nell'ordinamento tedesco; cfr., tra gli altri, OECHSLER, *Vertragliche Schuldverhältnisse*, cit., Rn. 1247; STAUDINGER/ARNOLD (2016) *Vorbem zu §§ 652 ff.*, Rn. 1; MEDICUS/LORENZ, *Schuldrecht II*, München, 2014, Rn. 896. Cfr., da ultimo, MÜNCHENER/ROTH (2017) § 652, Rn. 3, ove si legge: «*vielmehr wird nach § 652 Abs. 1 S. 1 nur der andere Teil (Kunde) aus dem Vertrag verpflichtet. Diese Verpflichtung steht jedoch unter der Voraussetzung, dass der von dem Kunden erwünschte Vertrag durch die Bemühungen des Maklers zustande gekommen ist*».

⁷⁸ Secondo U. AZZOLINA, *La mediazione*, cit., p. 29, non è lecito dubitarsi che l'investitura del mediatore non identifichi un contratto perché «se così non fosse le pattuizioni fra intermediario e mediatore darebbero vita, come scrive argutamente il VIVANTE, a una sorta di diritti e di doveri pensili, cioè campati in aria, che non si saprebbe davvero a quale istituto ricollegare in tutti i casi nei quali l'attività di mediazione non raggiunge lo scopo che si prefigge».

⁷⁹ Cfr. U. AZZOLINA, *La mediazione*, cit., p. 28 ss.

⁸⁰ Afferma U. AZZOLINA, *La mediazione*, cit., p. 29, che mentre il diritto anteriore «escludeva la ripetibilità delle spese sostenute dal mediatore, salvo l'eventuale patto in senso contrario, il diritto attuale stabilisce che l'intermediario è sempre tenuto, in via di massima, alla rifusione delle spese sostenute dal mediatore da lui incaricato, e ciò nonostante la mancata conclusione dell'affare».

I progetti di modifica del codice di commercio del 1882, come noto, sono rimasti tali e non si sono evoluti in una nuova esperienza di codificazione; l'esame di questi testi permette, tuttavia, di scoprire che era aperta opinione dei gruppi di studio che hanno preso parte ai tavoli di riforma che l'art. 32 – secondo cui «al mediatore non compete il diritto di mediazione, se l'affare non è concluso» – fosse una disposizione «monca»⁸¹. Per rimediare a ciò, venne proposto di completare la disciplina con regole relative (i) al caso in cui il contratto concluso contenga una condizione, (ii) all'ipotesi in cui le parti decidano di sciogliere per mutuo dissenso l'affare già perfezionato, nonché (iii) al profilo delle spese. Prevedeva, a quest'ultimo riguardo, l'art. 81 del progetto di codice di commercio del 1925 che «salvo accordi contrari, non è dovuto al mediatore alcun rimborso di spese»⁸².

A nostro avviso, non è corretto affermare che il codice attuale – che, con formula ben più ampia, recita: «salvo patti o usi contrari, il mediatore ha diritto al rimborso delle spese nei confronti della persona per incarico della quale sono state eseguite anche se l'affare non è stato concluso» – abbia invertito la regola dapprima sviluppata in dottrina⁸³ e poi recepita nel menzionato progetto. Come si evince dal chiaro tenore testuale dell'art. 1756 c.c., il diritto al rimborso delle *spese* nasce da un apposito *incarico* in virtù del quale queste sono state *eseguite*, incarico che è, dunque, conferito in via autonoma e non va confuso con quello avente ad oggetto la richiesta di attività mediatizia⁸⁴. La tesi dell'obbligazione alternativa, in definitiva, non regge.

La lettura della mediazione come contratto unilaterale è stata supportata anche da altri autori che hanno singolarmente affermato che sarebbe poco opportuno prestare eccessiva attenzione al profilo dell'identificazione degli effetti obbligatori. Secondo questo orientamento, lo scambio dei consensi sull'incarico genera obbligazioni – il cliente, in particolare, assume il vincolo di pagare la provvigione, in caso di conclusione dell'affare – ma tali obbligazioni possono essere travolte in un qualunque momento successivo, dovendosi ritenere che i contraenti di un contratto di mediazione vantino un diritto di recesso *ad nutum*⁸⁵.

⁸¹ Così *Codice di commercio*, II, *Relazione sul progetto*, cit., p. 43.

⁸² Cfr. *Codice di commercio*, I, *Progetto*, Roma, 1925.

⁸³ Cfr., sul punto, C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, cit., n. 236, che offre l'esempio del rimborso delle spese fatte per «incarichi che eccedono l'opera del mediatore, quali, ad es., la pesatura, la misura, il trasporto delle merci».

⁸⁴ In questo senso anche *Codice civile. Relazione del Ministro Guardasigilli*, cit., n. 725, ove si precisa: «quanto al rimborso delle spese, l'art. 1756 lo riconosce dovuto solo allorché le spese sono state sostenute dal mediatore in base ad incarico di una delle parti, che ne sopporta, da sola, le conseguenze».

⁸⁵ Così M. STOLFI, *Della mediazione*, cit., p. 19 ss., che poco oltre (prova a) giustifica(re) la propria (assai discutibile) affermazione osservando (p. 20) «che ognuno deve essere lasciato libero di vincolarsi se vuole e deve essere lasciato quindi libero di non vincolarsi se non vuole».

Tale circostanza – è stato precisato – non autorizza a mettere in dubbio la natura di contratto della mediazione; rende, però, evidente che si tratta di un rapporto con «vincolo contrattuale al possibile attenuato»⁸⁶. Dal contratto il cliente può, infatti, liberamente recedere, posto che la conclusione dell'affare dipende dal suo «esclusivo arbitrio» e che il conferimento dell'incarico «non implica obbligo di concludere necessariamente il futuro contratto»⁸⁷.

L'impianto esegetico rimarrebbe, peraltro, stabile anche ove ci si convincesse della natura bilaterale del vincolo. La lettera dell'art. 1754 c.c. «dice che il mediatore “mette in relazione”, non che si obbliga a mettere in relazione i due futuri contraenti»⁸⁸: sarebbe questo – secondo la (poco convincente) prospettiva in esame – riscontro sufficiente ed idoneo per concludere che pure il mediatore vanta un diritto di recesso liberamente esercitabile.

Anche questa ricostruzione si dimostra estremamente debole: anzitutto perché nel capo della mediazione di diritto di recesso proprio non v'è traccia. Ma soprattutto perché, ove ci si volesse ancorare al fatto che la facoltà di sciogliere unilateralmente il contratto è caratteristica comune ai contratti che prevedono l'esecuzione di opere o servizi, ne andrebbe comunque esclusa la gratuità⁸⁹.

Prima di svolgere ulteriori riflessioni, si rende necessaria un'ultima verifica volta ad appurare se tra le altre disposizioni che il codice dedica alla mediazione ve ne sia almeno una che attesti l'esistenza di vincoli di natura obbligatoria che possano dirsi attuali già al momento del conferimento dell'incarico.

Il pensiero corre all'art. 1759 c.c. Recita il primo comma che «il mediatore deve comunicare alle parti le circostanze a lui note, relative alla valutazione e alla sicurezza dell'affare, che possono influire sulla conclusione di esso». Prosegue il secondo comma, affermando che «il mediatore risponde dell'autenticità della sottoscrizione delle scritture e dell'ultima girata dei titoli trasmessi per il suo tramite».

Il punto è questo: si può, forse, ritenere che queste disposizioni, nel regolare la fase che intercorre tra conferimento dell'incarico e conclusione dell'affare, identifichino delle obbligazioni e rivelino, in particolare, la spia di quella contrattualità che la dottrina va cercando⁹⁰?

⁸⁶ È questo un passaggio di C. TUMEDEI, *Del contratto di mediazione*, cit., p. 137, sovente ripreso dalla letteratura successiva.

⁸⁷ Cfr. M. STOLFI, *Della mediazione*, cit., p. 21.

⁸⁸ Così, ancora, M. STOLFI, *Della mediazione*, cit., p. 21.

⁸⁹ Il diritto di sciogliere unilateralmente il contratto previsto, ad esempio, dagli artt. 1671 (appalto), 1734 (commissione), 1738 (spedizione) e 2227 c.c. (contratto d'opera) rientra, infatti, a pieno titolo tra i «recessi di pentimento» (così, V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2011, pp. 521-522), e genera un'obbligazione di indennizzo a favore della controparte. In questi termini, cfr. altresì L. CARRARO, *La mediazione*, cit., p. 117.

⁹⁰ È questa l'opinione di M. STOLFI, *Della mediazione*, cit., p. 19, secondo cui il

Nessun dubbio sul fatto che i due doveri di informare e di accertare l'autenticità della sottoscrizione rappresentano l'oggetto di obbligazioni attuali; il fatto è che la loro fonte, a nostro avviso, non è contrattuale, derivando queste dalla legge e non dal conferimento dell'incarico che non vincola le parti.

Così come, nella fase delle trattative, le parti, ai sensi dell'art. 1337 c.c., devono comportarsi secondo buona fede, la medesima regola di condotta deve pure ispirare il mediatore⁹¹; posto che quest'ultimo è parte non del contratto principale che viene ad instaurarsi, ma del rapporto di mediazione che a questo è accessorio, il legislatore, conscio che il mediatore è più interessato a far concludere l'operazione che a tutelare gli interessi dei contraenti⁹², si è, forse per questo, persuaso a precisare quel dovere di correttezza introducendo l'art. 1759 c.c. – disposizione che, tuttavia, non può dirsi esaurire il campo di applicazione della clausola generale di buona fede⁹³.

In conclusione: attraverso il conferimento dell'incarico, le parti non assumono vincoli di natura obbligatoria e rimangono del tutto libere, da una parte, di svolgere attività mediatizia e, dall'altra, di concludere gli affari che il mediatore segnali al cliente. Si verificano senza dubbio degli effetti giuridici preliminari⁹⁴ – quali, tra tutti, la messa in relazione delle parti ad opera del mediatore – ma questi ultimi non fuoriescono ancora dalla fase di formazione della fattispecie.

Lo scambio dei consensi non è, dunque, sufficiente per dirsi perfezionato un contratto.

tenore dell'art. 1759 c.c. rappresenta uno degli indici idonei a dimostrare «che una serie di diritti ed obblighi fra le parti preesiste alla conclusione del contratto principale».

⁹¹ Ha, per contro, sostenuto «l'inapplicabilità» al contratto di mediazione «della responsabilità precontrattuale» del cliente, Cass., 24 maggio 2002, n. 7630, in *Notariato*, 2003, p. 38, con nota di P. BINELLI, *Fondamento e limiti del diritto del mediatore alla provvigione*, secondo cui «se [...] il soggetto, che ha dato l'incarico di mediazione, ha la facoltà di recedere "ad nutum" dal proseguire in questo suo intento, e non solo per una giusta causa, non è concepibile nei suoi confronti una responsabilità ex art. 1337 c.c. nei confronti del mediatore»; secondo questa pronuncia, neppure sarebbe «concepibile detta responsabilità precontrattuale, a norma dell'art. 1338 c.c., per non avere il primo comunicato al mediatore una causa di invalidità del contratto oggetto dell'attività di mediazione. Infatti [...] dette cause di invalidità non attengono al contratto di mediazione in questione, ma al diverso contratto, oggetto di mediazione, per cui il mediatore non può invocarle, ex art. 1338 c.c., in quanto non riguardano il contratto di cui egli è parte, ma il futuro contratto in cui sono parti i soggetti da lui messi in relazione».

⁹² Sono parole di C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, cit., n. 198.

⁹³ Sull'irriducibilità del precetto di buona fede «ad alcune ipotesi tipiche di comportamento», si veda AND. D'ANGELO, *La buona fede*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, XIII, *Il contratto in generale*, IV**, Torino, 2004, p. 302 ss.

⁹⁴ In questo senso, utile rileggere D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, p. 10.

9. LA REAZIONE DELLA DOTTRINA MINORITARIA: LA FUGA VERSO LE ALTRE FONTI DI OBBLIGAZIONI

Una volta verificato che l'incarico al mediatore non rappresenta ancora un contratto, la dottrina, anziché intensificare i propri sforzi sul profilo della formazione dell'accordo, ha preferito muoversi in una direzione del tutto diversa, persuasa dell'opportunità di poter meglio inquadrare la fattispecie in esame all'interno delle altre fonti di obbligazioni.

È così, anzitutto, tornata alla luce quell'opinione che, sotto il codice di commercio, aveva affermato che la mediazione è riconducibile allo schema della promessa unilaterale⁹⁵.

Per contrastare tale prospettiva è stato osservato che le promesse unilaterali rispondono ad un principio di tipicità che le confina, in buona sostanza, alle promesse al pubblico⁹⁶. Tale affermazione non è, però, convincente. Com'è stato dimostrato, se si abbandona ogni «separatismo concettuale tra contratto e promessa unilaterale»⁹⁷, emerge con chiarezza che la disposizione di cui all'art. 1987 c.c. rappresenta non tanto (o, comunque, non solo) uno strumento di concessione della «sanzione dell'obbligatorietà», ma (soprattutto) uno specifico «procedimento di formazione del vincolo», corrispondente a quello contemplato dall'art. 1334 c.c., che fa sì che esistano dichiarazioni unilaterali idonee a produrre effetti obbligatori, senza che sia necessario attendere, in base al tenore dell'art. 1333 c.c., il decorso del termine richiesto dalla natura degli affari o dagli usi⁹⁸.

La critica da sollevare, a nostro avviso, è un'altra. La promessa unilaterale obbliga il dichiarante indipendentemente dall'accettazione e dal rifiuto del destinatario, sin dal momento in cui perviene a sua conoscenza. L'obiezione consiste, allora, nell'osservare che, a prescindere dal fatto che si assuma che chi promette è il mediatore o, come sembra più conveniente, l'aspirante contraente, la teoria della promessa unilaterale si scontra con la riconosciuta discrezionalità dell'attività del mediatore e con la manifesta libertà del cliente di concludere o ignorare l'affare segnalato.

⁹⁵ Così G. CASTIGLIA, *Promesse unilaterali atipiche*, in *Riv. dir. comm.*, 1983, I, p. 382.

⁹⁶ Cfr. già G. MIRABELLI, *Promessa unilaterale e mediazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1953, II, p. 180.

⁹⁷ Così AND. D'ANGELO, *Le promesse unilaterali. Artt. 1987-1991*, cit., p. 110.

⁹⁸ È questa la convincente ricostruzione offerta da AND. D'ANGELO, *Le promesse unilaterali. Artt. 1987-1991*, cit., p. 101 ss., secondo cui (p. 104) «il problema ermeneutico che è suscitato dalla rilevata incompletezza dell'enunciato dell'art. 1987 [...] si risolve sempre con il medesimo risultato interpretativo sia integrando l'enunciato con l'argomento di coerenza con gli artt. 1333 e 1334, sia integrandolo con la parte di regola implicita nella nozione giuridica di promessa unilaterale conforme alla tradizione dogmatica che precedette ed accompagnò la preparazione e approvazione del codice».