



n. 6 – 20 marzo 2023

Circolare Legale

Le recenti sentenze della Corte di Cassazione sul diritto alla provvigione

Il preliminare di preliminare non dà diritto alla provvigione

Con la recente decisione del 25/1/2023, n. 2269, la Cassazione è tornata ad occuparsi del cd. “preliminare di preliminare”, con espresso richiamo alla sentenza 6 marzo 2015, n. 4628 con la quale le Sezioni unite, risolvendo il contrasto sorto in seno alla giurisprudenza e alla dottrina, hanno chiarito che in presenza di contrattazione preliminare relativa a una compravendita immobiliare che sia scandita in due fasi, con la previsione della stipula di un contratto preliminare successiva alla conclusione di un primo accordo (ossia derivante dall’avvenuta conoscenza da parte del proponente dell’accettazione della proposta di acquisto da parte del venditore), il giudice di merito deve preliminarmente verificare se tale accordo costituisca già esso stesso un contratto preliminare valido e suscettibile di conseguire effetti ex artt. 1351 e 2932 c.c., ovvero anche soltanto l’obbligo di stipulare un successivo preliminare, ma con esclusione dell’esecuzione in forma specifica in caso di inadempimento, ex art. 2932 c.c..

Tale accordo, denominato “preliminare di preliminare”, con il quale i contraenti si obbligino alla successiva stipula di un altro contratto preliminare è produttivo di effetti, e quindi non è nullo, se dal contenuto della proposta di acquisto emerge chiaramente la configurabilità dell’interesse delle parti a una formazione progressiva del contratto basata sulla differenziazione dei contenuti negoziali (proposta di acquisto e successivo preliminare di compravendita) e sia identificabile la più ristretta area del regolamento di interessi coperta dal vincolo negoziale originato dal primo preliminare: il secondo preliminare, di più ampio contenuto negoziale, sarà, pertanto, redatto in conformità a quanto previsto dall’art. 1351 c.c., suscettibile di esecuzione in forma specifica, a norma dell’art. 2932 c.c., e integrato, con il meccanismo di cui all’art. 1374, dei contenuti rimasti in sospenso rispetto al preliminare di preliminare che lo precede, cosicché non potrà considerarsi ripetitivo dello stesso, rischiando, in tale ipotesi, di essere esso considerato nullo per mancanza di causa.

La causa del preliminare di preliminare va pertanto ricercata nella funzione, considerata meritevole di tutela da parte dell’ordinamento giuridico, ai sensi dell’art. 1322 c.c., di vincolare negozialmente le parti nel corso delle trattative, fissando punti fermi della successiva stipula del contratto preliminare e rinviando a tale momento e sede la fissazione di altri punti rilevanti. La necessità che sussista un interesse delle parti alla stipula del preliminare di preliminare risulta ribadita anche dalla giurisprudenza successiva (Cass. n. 26484 del 2019).



n. 6 – 20 marzo 2023

Circolare Legale

Per quanto sopra, secondo un recente orientamento, la Cassazione, con la sentenza 26/1/2023, n. 2385, ritenendo di conformarsi al precedente orientamento della stessa Corte (Cass., ord. n. 6815/2021; Cass. n. 7781 del 2020; conf. Cass. n. 30083/2019), ha stabilito che, al fine di riconoscere al mediatore il diritto alla provvigione, l'affare deve ritenersi concluso quando tra le parti poste in relazione dal mediatore medesimo si sia costituito un vincolo giuridico che abiliti ciascuna di esse ad agire per la esecuzione specifica del negozio, nelle forme di cui all'art. 2932 c.c., ovvero per il risarcimento del danno derivante dal mancato conseguimento del risultato utile del negozio programmato, ossia quando, dal contenuto letterale della proposta di acquisto, emerga chiaramente che le parti si siano sin da subito vincolate mediante la formulazione di un contratto preliminare di compravendita valido ed efficace.

È invece da escludere il diritto alla provvigione qualora tra le parti si sia costituito soltanto un vincolo idoneo a dare impulso alle successive articolazioni del procedimento di conclusione dell'affare, come nel caso in cui la proposta di acquisto si configuri come un "preliminare di preliminare".

Già la Cassazione, con l'ordinanza 11/3/2021, n. 6815, ha escluso il diritto alla provvigione qualora tra le parti non sia stato concluso un "affare" in senso economico-giuridico, ma si sia soltanto costituito un vincolo idoneo a regolare le successive articolazioni del procedimento formativo dello stesso, come nel caso in cui sia stato stipulato un patto di opzione, idoneo a vincolare una parte soltanto, ovvero un cosiddetto "preliminare di preliminare", costituente un contratto a effetti esclusivamente obbligatori, ma non assistito dall'esecuzione in forma specifica ex art. 2932 del codice civile in caso di inadempimento.

La negazione del diritto alla provvigione, nel caso di scrittura di puntuazione o di preliminare di preliminare, verrebbe supportata, nella specie, dal rilievo che nell'atto di conferimento dell'incarico di mediazione sia contenuta una clausola che colleghi espressamente tale diritto alla stipula del contratto preliminare ("tale somma vi sarà integralmente pagata contestualmente alla sottoscrizione del contratto preliminare").

Tale indirizzo della Cassazione non appare però escludere che il mediatore, in presenza di una proposta di acquisto qualificabile come "preliminare di preliminare", abbia determinato con il suo intervento «la conclusione di un contratto già perfezionato là dove contenga l'indicazione dei suoi elementi essenziali e risulti che le parti abbiano voluto vincolarsi definitivamente anche in base al loro comportamento successivo, inteso a dare esecuzione all'accordo risultante da detta minuta, sempreché tale comportamento sia univoco e non consenta una diversa interpretazione» (cfr. Cass, ord. n. 13610/2020) e, quindi, possa far valere il proprio diritto alla provvigione laddove, nell'impegno al pagamento della provvigione da parte del proponente, espressamente preveda che tale diritto al compenso maturi nel momento in cui la proposta sia stata accettata (sia nel caso



n. 6 – 20 marzo 2023

Circolare Legale

si tratti di un preliminare di preliminare sia nel caso in cui si pervenga alla conclusione di un contratto preliminare) (in tal senso, Corte d'Appello di Roma, sez. IV civ., 23 gennaio 2020, n. 544).

La sola messa in relazione delle parti non è presupposto idoneo al sorgere del diritto alla provvigione

Sempre al fine del sorgere del diritto alla provvigione ex art. 1755, comma 1 c.c., con la sentenza 2/2/2023, n. 3165, la Cassazione afferma che è necessario che la conclusione dell'affare sia effetto causato adeguatamente dal suo intervento, senza che il mettere in relazione delle parti tra di loro ad opera del mediatore sia sufficiente di per sé a conferire all'intervento di questi il carattere di adeguatezza, né che l'intervento di un secondo mediatore sia sufficiente di per sé a privare ex post l'opera del primo mediatore di tale qualità di adeguatezza.

Per la Suprema Corte, la questione di diritto è la seguente: al fine di considerare che la conclusione dell'affare sia l'effetto dell'intervento del mediatore, è sufficiente o meno che questi abbia messo in relazione le parti e così abbia posto l'antecedente indispensabile per pervenire alla conclusione del contratto? La tesi non può incontrare consenso, poiché altrettanto univoco, in quanto direttamente desumibile dalla disciplina legislativa, è che la messa «in relazione di due o più parti per la conclusione di un affare» (art. 1754 c.c.) non è elemento sufficiente, di per sé, a far ritenere che l'affare sia «concluso per effetto» dell'intervento del mediatore (art. 1755 c.c.). Ciò si ricava dalla interdipendente distinzione di ruolo e di portata normativa tra l'art. 1754 c.c. e l'art. 1755, comma 1 c.c.

3

In sé considerato, l'art. 1754 c.c. si limita a definire la figura del mediatore 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». Considerato invece nella sua relazione con l'art. 1755, comma 1 c.c., l'art. 1754 c.c. consegue una portata normativa ulteriore in quanto diretta a negare che la semplice messa in relazione delle parti sia requisito idoneo, di per sé, a far reputare l'affare concluso per effetto dell'intervento del mediatore.

Sostiene inoltre la Cassazione che ci si persuade di ciò già se si pensa al circolo essenzialmente vizioso in cui si risolverebbe l'art. 1755, comma 1 c.c., ove fosse riscritto alla luce della tesi criticata. La riscrittura suonerebbe così: «colui che mette in relazione due o più parti per la conclusione di un affare ha diritto alla provvigione [...], se l'affare è concluso per effetto della semplice messa in relazione delle parti».

In altre parole, due e distinte sono le domande: (a) chi è il mediatore (art. 1754 c.c.); b) che cosa deve fare il mediatore per avere diritto alla provvigione (art. 1755, comma 1 c.c.). Non si può rispondere alla seconda domanda, evocando più o meno sic et simpliciter la risposta alla prima,



n. 6 – 20 marzo 2023

Circolare Legale

altrimenti il senso normativo dell'art. 1755, comma 1, c.c. si appiattirebbe su quello dell'art. 1754 c.c..

In altri termini, va escluso che il diritto del mediatore sorga solo perché questi abbia messo in relazione le parti e così abbia posto l'antecedente indispensabile per pervenire alla conclusione del contratto, secondo i principi della causalità adeguata, quand'anche egli non intervenga poi in ogni fase della trattativa e il processo di formazione della volontà negoziale delle parti sia complesso e articolato nel tempo, in quanto di per sé, la semplice messa in relazione delle parti ad opera del mediatore non è sufficiente ad integrare l'efficienza causale adeguata secondo quanto previsto dal citato art. 1755, comma 1, c.c., come autorevolmente sostenuto dalla Suprema Corte.

Dott. Michele Pizzullo
Consulente legale FIMAA