

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONE TERZA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. SPIRITO Angelo - Presidente

Dott. SCRIMA Antonietta - Consigliere

Dott. VINCENTI Enzo - rel. Consigliere

Dott. PELLECCIA Antonella - Consigliere

Dott. MOSCARINI Anna - Consigliere

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso 18090/2011 proposto da:

(OMISSIS), ((OMISSIS)), elettivamente domiciliata in (OMISSIS), presso lo studio dell'avvocato (OMISSIS), che la rappresenta e difende giusta procura speciale a margine del ricorso;

- ricorrente -

contro

(OMISSIS) S.R.L. ((OMISSIS)), in persona del suo Amministratore Unico p.t. (OMISSIS), elettivamente domiciliata in (OMISSIS), presso lo studio dell'avvocato (OMISSIS), che la rappresenta e difende giusta procura speciale a margine del controricorso;

- controricorrente -

avverso la sentenza n. 2007/2011 della CORTE D'APPELLO di ROMA, depositata il 05/05/2011;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 20/10/2016 dal Consigliere Dott. ENZO VINCENTI;

udito l'Avvocato (OMISSIS);

udito l'Avvocato (OMISSIS);

udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. DE RENZIS Luisa, che ha concluso per l'inammissibilita' o, in subordine, per il rigetto del ricorso.

FATTI DI CAUSA

1. - (OMISSIS) s.r.l. convenne in giudizio (OMISSIS) per sentirla condannare al pagamento della provvigione (del 3% sul prezzo di alienazione di Lire 2.700.000.000) inerente l'incarico conferitole, tramite il proprio procuratore, per la vendita dell'immobile di Via (OMISSIS) in favore dell'aspirante acquirente (OMISSIS).

Si difese la (OMISSIS) contestando sia l'invalidita' del contratto di mediazione per la vessatorietà delle clausole, sia perche' l'affare non si era concluso.

L'adito Tribunale di Roma respinse le domande attrici, escludendo, anzitutto, l'inadempimento della (OMISSIS) rispetto alle clausole di irrevocabilità, esclusiva e penale contenute nel contratto di mediazione, giacche' la prima proposta del (OMISSIS), in data 26 settembre 1998, era stata superata da altra proposta, del 6 ottobre 1998, condizionata al versamento di caparra di Lire 350.000.000 entro il 21 novembre 1998, la' dove, poi, rispetto alla seconda proposta del 20 novembre 1998 (con la quale la stessa (OMISSIS) evidenziava che per il compromesso doveva attendersi la cancellazione delle iscrizioni pregiudizievoli sull'immobile) era seguita una controproposta del (OMISSIS) (di accettazione della proroga sino al 31 marzo 1999), non essendosi, pero', avverata detta cancellazione, con conseguente cessazione delle trattative al 29 aprile 1999.

Il medesimo Tribunale respinse, poi, anche le pretese di rimborso spese e risarcimento danni in quanto sfordite di prova.

2. - Su impugnazione de (OMISSIS) s.r.l., la Corte d'appello di Roma, con sentenza resa pubblica il 5 maggio 2011, riformava la decisione di primo grado e condannava (OMISSIS) al pagamento, a titolo di provvigione in favore della società attrice, della somma di Euro 35.119,07.

La Corte territoriale riteneva essersi perfezionato tra la (OMISSIS) ed il (OMISSIS) un contratto preliminare di vendita a seguito dell'accettazione di quest'ultimo della controproposta del 6 ottobre 1998 e, dunque, in forza del vincolo obbligatorio da esso derivato, sorto anche il diritto alla provvigione de (OMISSIS) s.r.l. per l'avvenuta conclusione dell'affare.

3. - Ricorre avverso tale sentenza (OMISSIS) sulla base di sei motivi, illustrati da memoria.

Resiste con controricorso, illustrato da memoria, (OMISSIS) s.r.l..

La causa e' pervenuta all'udienza odierna a seguito di rinvio disposto in attesa della decisione delle Sezioni Unite in ordine al contrasto giurisprudenziale sulla questione della validita' del cd. "preliminare di preliminare".

In prossimita' della presente udienza entrambe le parti hanno depositato ulteriore memoria.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. - Preliminarmente, va disattesa l'eccezione di inammissibilità del ricorso nel suo complesso, ai sensi dell'articolo 360 bis c.p.c., come tale genericamente dedotta, senza alcun aggancio puntuale alle diversificate ragioni di denuncia della sentenza impugnata veicolate dai motivi.

2. - Con il primo mezzo e' denunciata, ai sensi dell'articolo 360 c.p.c., comma 1, n. 4, violazione dell'articolo 2909 c.c., e articolo 112 c.p.c..

La Corte territoriale avrebbe errato nell'individuazione del thema decidendum proposto dall'appellante, che non era quello relativo alla conclusione o meno dell'affare tra le parti - essendo pacifico che l'affare non si fosse concluso (accertamento non fatto oggetto di impugnazione e, dunque, coperto da giudicato interno) -, bensì se il mediatore avesse o meno diritto al compenso nel caso di accertamento della colpevolezza della ricorrente in ordine a tale mancata conclusione.

Sicché il giudice di appello, violando l'anzidetto giudicato, avrebbe pronunciato extra ed ultra petitum, statuendo che tra le parti era stato concluso un "preliminare di preliminare".

2.1. - Il motivo è infondato.

Come risulta dall'atto di appello (al quale questa Corte ha accesso per la natura processuale del vizio denunciato), la sentenza di primo grado è stata impugnata anche in riferimento alla ritenuta erronea mancata individuazione di un accordo già intervenuto tra le parti, indicato come sussistente non solo in quello ("ultimo accordo sottoscritto") derivante dall'incontro delle volontà consacrate nelle missive del 20 e del 23 novembre 1999 (rectius: 1998), ma anche, e soprattutto, nella ipotizzata unitarietà del rapporto tra la (OMISSIS) ed il (OMISSIS), a partire dalla prima proposta del 26 settembre 1998, con successione di "varie proposte ed accettazioni" (cfr. rispettivamente §§ 2 e 3 dell'atto di gravame (OMISSIS)).

Sicché, al giudice di secondo grado è stato devoluto anche il tema decisorio sulla formazione di un rapporto contrattuale tra le parti della compravendita, con conseguente insussistenza di un giudicato interno sul mancato perfezionamento di un accordo tra le parti medesime.

3. - Con il secondo mezzo è dedotto vizio di illogica e contraddittoria motivazione ai sensi dell'articolo 360 c.p.c., comma 1, n. 5, nonché prospettata, ai sensi dell'articolo 360 c.p.c., comma 1, n. 3, violazione e falsa applicazione degli articoli 1759 e 1326 c.c..

Il giudice di appello avrebbe ritenuto, da un lato, superata e non vincolante la proposta di acquisto del (OMISSIS) in data 26 settembre 1998, per, poi, affermare - in modo del tutto illogico e contraddittorio, con conseguente violazione delle norme indicate in rubrica - che proprio tale proposta era stata la "base delle trattative circa l'identificazione dell'oggetto del contratto e dei correlativi impegni".

4. - Con il terzo mezzo è prospettata, ai sensi dell'articolo 360 c.p.c., comma 1, n. 3, violazione articolo 1326 c.c., nonché, ex articolo 360 c.p.c., comma 1, n. 5, "motivazione illogica e contraddittoria". La Corte territoriale avrebbe errato a ritenere vincolante la proposta del 6 ottobre 1998, nonostante che la stessa non contenesse gli elementi indispensabili dei dati della venditrice e dell'acquirente, né potendo questi dati essere comunque desunti dalla prima proposta del 26 settembre, neppure richiamata dalla anzidetta seconda proposta.

5. - Con il quarto mezzo è denunciata, ai sensi dell'articolo 360 c.p.c., comma 1, n. 3, violazione degli articoli 1325 e 1346 c.c., e articoli 115 e 116 c.p.c., nonché, ex articolo 360 c.p.c., comma 1, n. 5 "illogica motivazione".

La Corte territoriale avrebbe errato a ritenere esistente "un impegno delle parti a stipulare un preliminare di un preliminare", non evidenziato affatto dai documenti acquisiti in giudizio.

Peraltro, il giudice di appello avrebbe erroneamente ravvisato la conclusione di un preliminare in assenza di identificazione degli elementi essenziali del contratto, tra cui l'oggetto della compravendita.

5.1. - I motivi dal secondo al quarto, da scrutinarsi congiuntamente, non possono trovare accoglimento.

Nel ragionamento decisorio della Corte di appello - rispetto al quale il controllo di logicita' rimesso al giudice della legittimita', ai sensi dell'articolo 360 c.p.c., comma 1, n. 5, (nella formulazione, applicabile *ratione temporis* al presente giudizio, antecedente alla novella legislativa del 2012) non ne implica una revisione tramite l'apprezzamento dei fatti e delle prove, riservato esclusivamente al giudice del merito (tra le tante: Cass., 7 gennaio 2014, n. 91) - non e' dato ravvisare affatto quell'insanabile contrasto tra le argomentazioni adottate, tale da non consentire l'identificazione del procedimento logico-giuridico posto a base della decisione e che soltanto potrebbe condurre ad un vizio della motivazione censurabile in questa sede (tra le molte: Cass., 11 luglio 2007, n. 15489).

Il giudice di secondo grado, mantenendosi nell'alveo dei poteri ad esso riservati ai fini dell'interpretazione negoziale (ossia in quell'attivita' di accertamento della volonta' delle parti che si risolve in un'indagine di fatto: Cass., 14 luglio 2016, n. 14355), ha operato (cfr., segnatamente, pp. 3-5 della sentenza impugnata) una valutazione del tutto intelligibile delle emergenze probatorie sulle trattative intercorse tra le parti per la vendita dell'immobile di proprieta' della (OMISSIS), escludendo raggiunto l'accordo sulla prima proposta " (OMISSIS)" del 26 settembre 1998, ma ritenendo questa come "base delle trattative circa l'identificazione dell'oggetto del contratto e dei correlativi impegni", tale da consentire di ritenere raggiunto l'accordo - definito "preliminare di preliminare" (essendosi il (OMISSIS) impegnato ad acquistare l'immobile messo in vendita dalla (OMISSIS), tramite il proprio procuratore, in base all'incarico conferito alla (OMISSIS) il 31 ottobre 1997, "in cui era prevista la redazione formale di un contratto preliminare") - con la controproposta "Squitieri" del 6 ottobre 1998 (non avendo natura di "nuova proposta" lo spostamento del termine per la stipula del preliminare recata dalle lettere inter partes del novembre 1998); con cio' esprimendo un plausibile apprezzamento di fatto sulle modalita' di formazione progressiva dell'accordo, ritenuto, infine, raggiunto.

Tale esito ermeneutico, conseguito dalla Corte territoriale in forza delle complessive risultanze processuali, non puo', del resto, essere censurato in base alla lettura che la parte ricorrente fornisce delle medesime risultanze, giungendo ad un diverso esito ad essa piu' favorevole, ma in tal modo surrogandosi, inammissibilmente, ai poteri riservati esclusivamente al giudice del merito. E cio' tanto piu' considerando che la medesima ricorrente non si duole della violazione delle regole ermeneutiche stabilite dall'articolo 1362 c.c. e ss., ma postula errori giuridici (sulla applicazione delle norme in tema di conclusione del contratto, di identificazione degli elementi di esso e della sua natura, nonche', conseguentemente, di diritto alla provvigione del mediatore), i quali - alla luce dell'accertamento operato dalla Corte di appello (che rappresenta il solo ed esclusivo tramite del giudizio di sussunzione rispetto alle norme evocate in ricorso) - non sono affatto ravvisabili.

6. - Con il quinto mezzo e' dedotta, ai sensi dell'articolo 360 c.p.c., comma 1, n. 3, violazione e falsa applicazione degli articoli 1482, 2932, 1326 e 1759 c.c..

La Corte territoriale avrebbe errato a ritenere il (OMISSIS) in grado di chiedere il risarcimento del danno per la mancata cancellazione delle ipoteche sull'immobile nel termine del 31 marzo 1999, in quanto tale termine non era mai stato pattuito tra le parti.

Inoltre, nella specie si era in presenza non gia' di un contratto preliminare, ma di semplice puntazione e, dunque, non era esperibile il rimedio dell'articolo 2932 c.c., ne' sorto il diritto alla provvigione del mediatore.

In ogni caso, anche se in ipotesi fosse stato concluso inter partes un contratto "preliminare di preliminare", questo non avrebbe alcun effetto vincolante (e sarebbe affetto da nullità, secondo la stessa giurisprudenza di legittimità: Cass. n. 8038 del 2009) e, dunque, non sarebbe sorto alcun diritto alla provvigione in capo a La (OMISSIS) s.r.l..

6.1. - Il motivo è in parte inammissibile e in parte infondato.

6.1.1. - È inammissibile la parte dove censura il profilo concernente l'inesistenza di un contratto preliminare in luogo di mere puntualizzazioni, giacché - anche al di là del rilievo che è carente la denuncia di violazione delle regole di esegesi contrattuale e che, comunque, trattasi di indagine di fatto riservata al giudice del merito - la Corte territoriale non ha assunto esser stato concluso un contratto preliminare (per il quale esperire i rimedi ex articolo 2932 c.c.), bensì la diversa figura di un "preliminare di preliminare".

È del pari inammissibile ove è censurato l'affermato inadempimento della (OMISSIS) per la mancata cancellazione delle ipoteche gravanti sull'immobile nel termine del 31 marzo 1999, trattandosi, anche in questo caso, di accertamento in fatto riservato soltanto al giudice del merito e non denunciabile in questa sede attraverso una diversa e più favorevole lettura fornita dalla parte ricorrente delle stesse risultanze probatorie valutate, plausibilmente (come nella specie), dal giudice del merito.

6.1.2. - È infondato la parte dove censura la configurabilità in iure di un valido contratto preliminare di preliminare.

A tal riguardo occorre dare continuità all'orientamento espresso dalle Sezioni Unite di questa Corte con la sentenza n. 4628 del 6 marzo 2015, che, nel comporre il contrasto di giurisprudenza sul punto, ha enunciato il principio di diritto così massimato: "La stipulazione di un contratto preliminare di preliminare (nella specie, relativo ad una compravendita immobiliare), ossia di un accordo in virtù del quale le parti si obbligano a concludere un successivo contratto che preveda anche solamente effetti obbligatori (e con l'esclusione dell'esecuzione in forma specifica in caso di inadempimento) è valido ed efficace, e dunque non è nullo per difetto di causa, ove sia configurabile un interesse delle parti, meritevole di tutela, ad una formazione progressiva del contratto, fondata su una differenziazione dei contenuti negoziali, e sia identificabile la più ristretta area del regolamento di interessi coperta dal vincolo negoziale originato dal primo preliminare. La violazione di tale accordo, in quanto contraria a buona fede, è idonea a fondare, per la mancata conclusione del contratto stipulando, una responsabilità contrattuale da inadempimento di una obbligazione specifica sorta nella fase precontrattuale".

È la validità ed efficacia del preliminare di preliminare inter partes riconosciuta dalla Corte di appello (che ha evidenziato i passaggi della formazione progressiva del vincolo e la differenziazione dei contenuti negoziali) - tale, dunque, da assumere un siffatto negozio come suscettibile di soddisfare un interesse delle parti meritevole di tutela e' stata contestata dalla ricorrente soltanto sotto il profilo (come visto, infondato; la parte dove, poi, non è consentito introdurre con la memoria ex articolo 378 c.p.c. profili di doglianza che non siano già stati veicolati con il ricorso) della non configurabilità giuridica della figura negoziale in esame, alla stregua di indirizzo giurisprudenziale superato dal più recente arresto delle Sezioni Unite.

Sicché (e salvo quanto sarà oggetto di scrutinio con il sesto motivo), la Corte territoriale ha correttamente annesso, in iure, al ravvisato accordo "preliminare di preliminare" la possibilità di insorgenza del diritto alla provvigione da parte del mediatore siccome conseguente non alla conclusione del negozio giuridico, ma dell'affare, inteso come qualsiasi operazione di natura

economica generatrice di un rapporto obbligatorio tra le parti, di un atto cioè in virtù del quale sia costituito un vincolo che dia diritto di agire per l'adempimento dei patti stipulati o, in difetto, per il risarcimento del danno (tra le altre, Cass., 19 ottobre 2007, n. 22000).

E in siffatti termini si è già espressa questa Corte, assumendo che la conclusione dell'affare, quale fonte del diritto del mediatore alla provvigione, è il compimento dell'atto che dà all'intermediato il diritto di agire per l'adempimento o il risarcimento, sicché anche una proposta di acquisto integrante "preliminare di preliminare" può far sorgere il diritto alla provvigione (Cass., 30 novembre 2015, n. 24397).

7. - Con il sesto mezzo è prospettata, ai sensi dell'articolo 360 c.p.c., comma 1, n. 3, "violazione e mancata applicazione" degli articoli 1469 bis e 1469 ter c.c., Decreto Legislativo n. 206 del 2005, articolo 33, e della direttiva del Consiglio 5 aprile 1993-93/13 CEE.

La ricorrente sostiene, e argomenta al riguardo, che le clausole contenute nel contratto di mediazione siano vessatorie (sotto vari profili; pure per difetto di prova sulla specifica trattativa con il consumatore in ordine alla clausola di cui all'articolo 2 del contratto, relativa al compenso del mediatore), anche alla luce della normativa comunitaria, e che tale vizio sia rilevabile d'ufficio dal giudice.

7.1. - Il motivo è fondato per quanto di ragione.

7.1.1. - Esso, nella sostanza, denuncia non solo la violazione delle norme in tema di vessatorietà delle clausole inserite nel contratto di mediazione del 31 ottobre 1997, ma anche il fatto che il giudice di appello non abbia rilevato d'ufficio la nullità contrattuale derivante dal predetto vizio.

Ed è sotto tale ultimo specifico profilo che il motivo merita accoglimento, restando assorbita l'ulteriore doglianza, la quale, del resto, presuppone a monte non solo una delibazione in iure, ma anche una indagine di fatto da parte del giudice del merito che non è stata effettuata e che non può essere rimessa a questa Corte di legittimità.

7.1.2. - Come affermato dalle Sezioni Unite con le coeve sentenze n. 26242 e n. 26243 del 12 dicembre 2014, "la rilevabilità officiosa delle nullità negoziali deve estendersi anche a quelle cosiddette di protezione, da configurarsi, alla stregua delle indicazioni provenienti dalla Corte di giustizia, come una species del più ampio genus rappresentato dalle prime, tutelando le stesse interessi e valori fondamentali - quali il corretto funzionamento del mercato (articolo 41 Cost.) e l'uguaglianza almeno formale tra contraenti forti e deboli (articolo 3 Cost.) - che trascendono quelli del singolo" (peraltro, il principio della rilevabilità officiosa della nullità di protezione è stato recentemente ribadito in un caso di unilaterale predisposizione di clausola non oggetto di specifica contrattazione tra le parti: Cass., 26 luglio 2016, n. 15408).

Con la precisazione (espressa dalle citate sentenze del 2014) che il rilievo officioso delle nullità di protezione opera in funzione del solo interesse del contraente debole, ovvero del soggetto legittimato a proporre l'azione di nullità, in tal modo evitando che la controparte possa, se vi abbia interesse, sollecitare i poteri officiosi del giudice per un interesse suo proprio, destinato a rimanere fuori dall'orbita della tutela.

7.1.3. - Nelle stesse richiamate pronunce delle Sezioni Unite si è, altresì, enunciato il principio per cui, "nel giudizio di appello ed in quello di cassazione, il giudice, in caso di mancata rilevazione officiosa, in primo grado, di una nullità contrattuale, ha sempre facoltà di procedere ad un siffatto rilievo".

Un siffatto principio va coordinato con l'indirizzo, consolidato, per cui le questioni esaminabili di ufficio, che, invece, abbiano formato oggetto nel corso del giudizio di merito di una specifica domanda od eccezione, non possono piu' essere riproposte nei gradi successivi del giudizio, sia pure sotto il profilo della sollecitazione dell'organo giudicante ad esercitare il proprio potere di rilevazione ex officio, qualora la decisione o l'omessa decisione di tali questioni da parte del giudice non abbia formato oggetto di specifica impugnazione, ostandovi un giudicato interno che il giudice dei gradi successivi deve in ogni caso rilevare (Cass., 4 marzo 1998, n. 2388; Cass., 26 giugno 2006, n. 14755; Cass., 10 gennaio 2014, n. 440, in riferimento al giudizio di appello).

Nella specie, tuttavia, l'eccezione sulla vessatorietà delle clausole contrattuali, proposta dalla (OMISSIS) in primo grado, e' rimasta del tutto assorbita nella pronuncia di rigetto della domanda de (OMISSIS) s.r.l., non potendo, dunque, neppure farsi questione di omessa pronuncia sull'eccezione suscettibile di impugnazione dalla parte totalmente vittoriosa.

Ne' puo' trovare applicazione nella specie il principio per cui quest'ultima parte e' tenuta comunque a riproporre le "eccezioni" rimaste assorbite nel giudizio di primo grado nel giudizio di appello e cio' al fine di evitare la presunzione di rinuncia di cui all'articolo 346 c.p.c., (tra le altre, Cass., 26 novembre 2010, n. 24021), giacche' esso attiene alle eccezioni, in senso stretto, riservate alla parte (come tali rinunciabili) e non riguarda le questioni - come nella specie - che dal giudice possono essere sollevate d'ufficio (tra le altre, Cass., 20 aprile 1968, n. 1202).

Dunque, ha errato la Corte di appello a non rilevare d'ufficio la questione della nullità del contratto di mediazione per la (asserita) presenza di clausole vessatorie.

8. - Vanno, quindi, rigettati i primi cinque motivi del ricorso ed accolto il sesto nei termini innanzi precisati.

La sentenza impugnata deve essere cassata in relazione al motivo accolto e la causa rinviata alla Corte di appello di Roma, in diversa composizione, la quale, alla luce dei principi enunciati al § 7.1. (e relativi sottoparagrafi), dovra' pronunciarsi sulla questione della nullità del contratto di mediazione inter partes in ragione della (asserita) presenza di clausole vessatorie.

Il giudice del rinvio provvedera' anche alla regolamentazione delle spese del presente giudizio di legittimità'.

P.Q.M.

LA CORTE rigetta i primi cinque motivi del ricorso ed accoglie il sesto motivo nei termini precisati in motivazione;

cassa la sentenza impugnata in relazione al motivo accolto e rinvia la causa alla Corte di appello di Roma, in diversa composizione, anche per le spese del presente giudizio di legittimità'.