



Dott.

Antonino De Silvestri

Magistrato

Gare Assicurative ed Enti Pubblici: Normative di Legge, sue Interpretazioni ed Applicazioni

L'argomento che mi è stato proposto appare senz'altro di estremo interesse perché, da un lato, si riconnette al sempre crescente bisogno assicurativo della P.A., e, dall'altro, pone delicati problemi interpretativi riconducibili sia all'esistenza di nuovi schemi contrattuali assai diversi da quelli tradizionalmente proposti dalla legislazione codicistica che alle stesse modalità di azione degli Enti Pubblici, sempre più propensi ad avvalersi di strumenti privatistici per il raggiungimento dei loro scopi.

Quanto al primo aspetto non può non rilevarsi la necessità, per le PP.AA., di far fronte al *risk management* connesso all'esigenza di tutela dall'ampio ventaglio dei possibili oneri risarcitori correlati alle molteplici attività svolte nei vari settori dell'economia e del sociale, e tale bisogno di assicurarsi si traduce anzi in un preciso dovere di natura costituzionale riconducibile all'art. 97 Cost. che, come noto, vincola la loro attività al rispetto dei principi di efficienza e di buon andamento.

Il secondo profilo, più complesso, attiene innanzi tutto ai vincoli di contrattazione tra pubblico e privato posti dalle normative nazionali e comunitarie.

Dovendo le PP.AA. tendenzialmente avvalersi del personale di cui dispongono per l'espletamento dei propri compiti istituzionali è evidente che, anche per la stipulazione di polizze assicurative, esse non dovrebbero in linea di principio ricorrere all'ausilio di consulenti esterni. Ove pertanto disponessero negli organici di un soggetto esperto in materia assicurativa ovvero decidessero comunque, per la semplicità o ritenuta tale delle coperture, di rivolgersi direttamente al mercato assicurativo, le stesse non potrebbero in tal caso esimersi dall'ottemperare ai disposti delle normative nazionali e comunitarie sui contratti ad evidenza pubblica.

In Italia manca una legge organica sull'appalto di servizi anche se esiste, com'è noto, la direttiva comunitaria n. 50/92 che, essendo dettagliata e, quindi, direttamente applicabile, potrebbe di per sé ritenersi senz'altro immessa nel nostro ordinamento. E' parimenti noto, in ogni caso, che tale direttiva è stata recepita da uno specifico provvedimento interno, il DLGS n. 157/95 come modificato dal successivo DLGS n. 65/2000, ed è dunque questo il contesto normativo a cui occorrerà fare riferimento.

Il Decreto Legislativo, che trova applicazione solo per i servizi espressamente previsti, tra cui appunto quelli assicurativi, si riferisce sostanzialmente a tutti gli Enti Pubblici (anche se, a cagione della non esaustiva indicazione legislativa, sono sorti in concreto problemi a livello interpretativo tra cui, ricordo, quello relativo all'Ente Fiera di Milano), sempre che gli appalti siano ricompresi nelle soglie previste di 130.000 o 200.000 di diritti speciali di prelievo.

Nel caso in cui non si dovessero raggiungere le soglie fissate, troveranno comunque applicazione sia le disposizioni in materia di contabilità di stato che l'art. 192 del DLGS 18/2/2000, il Testo Unico sull'ordinamento degli enti locali.

Estrapolando in maniera sintetica il significato di tutto il contesto normativo citato, che peraltro ha formato oggetto di altre relazioni, può dunque concludersi che, fatti salvi alcuni contratti di scarsa rilevanza (i cosiddetti contratti di economato) le PP.AA. dovranno perciò bandire sempre gare. Il ricorso alla trattativa privata o procedura negoziata, come viene definita dalla direttiva comunitaria, trova infatti spazio applicativo solo in quei casi in cui la imminente e improvvisa scopertura non consente di sopportare le lungaggini della procedura ad evidenza pubblica.

L'esperienza insegna, però, che le PP.AA., a cagione delle difficoltà di individuazione delle specifiche esigenze di copertura e della riconosciuta vischiosità del relativo mercato, sempre con minor frequenza si inducono a gestire direttamente la fase di scelta delle compagnie contraenti, preferendo invece ricorrere al broker, figura professionale ovviamente privata che sembra offrire spunti problematici perché, in quanto tale, viene ad inserirsi nei meccanismi procedurali delle PP.AA. che sono, al contrario, di indiscutibile natura pubblica.

Essendo tutti voi operatori del settore conoscete bene il problema a cui alludo, quello della asserita illegittimità della *clausola-broker* di cui ha parlato l'Avv. Morganti. Risale ad ormai 6 anni fa la famosa, direi famigerata sentenza 13/10/95 del TAR Friuli che si è appunto pronunciata in tal senso, ed a questa hanno fatto seguito, per quanto io ne sappia, altre due sentenze, una, recentissima, del 26/3/2001 emanata dal TAR Trento ed un'altra, che ho saputo informalmente essere stata pronunciata in questi giorni dal TAR Piemonte.

A fronte di queste sentenze, diciamo così fuori dal coro, è però doveroso segnalare che la stragrande maggioranza dei TT.AA.RR. (per tutte cito, veramente notevole per dovizia e chiarezza di argomentazioni la sentenza 31/10/2001 del TAR Puglia) nonché, ed è quello che più conta, lo stesso Consiglio di Stato si sono schierati in senso completamente opposto.

Nella sentenza 15/11/2000 il Consiglio di Stato, nell'esaminare il caso del ricorso di una P.A. alla trattativa privata considerato peraltro, come già accennato, assolutamente legittimo in pendenza di una scopertura imminente, ha al tempo stesso ritenuto del tutto ammissibile l'intervento del broker non avendo nella specie ravvisato abdicazione alcuna di pubbliche funzioni essendosi la vicenda interamente svolta in ambito privatistico.

Ancor più interessante è la precedente sentenza del 24/2/2000, perché in essa la massima giurisdizione amministrativa ha concluso, con ampia motivazione, per la assoluta legittimità della *clausola-broker* facendo giustizia degli argomenti *ex adverso* usati riconoscendo, in particolare, l'onerosità del contratto di *brokering*, descrivendo puntual-

mente il meccanismo di traslazione dei costi dall'assicuratore all'assicurato a tutti voi ben noto.

Occorre a questo punto scendere un po' più nel dettaglio per esaminare quelli che, a mio avviso, possono ritenersi i due aspetti che hanno portato ad affermare la presunta incompatibilità tra il broker e la P.A..

Ho già accennato, sotto il primo profilo, come le PP.AA. sempre più frequentemente si avvalgano di strumenti di diritto privato per la cura istituzionale degli interessi di cui sono affidatarie, ed in questi casi nessuno ha mai dubitato della loro piena capacità. Si finirebbe perciò con il limitare la loro autonomia negoziale ove si ritenesse che ad esse, *iure privatorum*, fosse precluso il ricorso all'ausilio del *broker*. Che le amministrazioni non possano delegare funzioni pubbliche è ovvio ma, analizzando attentamente l'intera vicenda ci si avvede, ancora, in concreto, non si verifichi in nessun momento delega alcuna perché nella fase conclusiva della gara, il *broker* non svolge alcuna funzione, nel senso che il *dominus* del procedimento resta pur sempre l'Ente Pubblico, a cui solo compete l'aggiudicazione della gara.

Più articolato è il secondo aspetto, che va ad impingere nell'annosa e irrisolta questione del contratto di *brokering*.

E' noto, al proposito, come le opinioni siano assolutamente discordanti, sia a livello di dottrina che di giurisprudenza, né tantomeno sembrano essersi assestati su una qualche linea comune gli specialisti degli studi professionali a cui i *brokers* si sono espressamente rivolti: basti pensare che mentre Lucio Valerio Moscarini propende per la *locatio operis*, Anna Moscarini punta invece sulla mediazione. Come a dire ... non si è d'accordo nemmeno in famiglia.

In dottrina le varie opinioni si muovono, sostanzialmente, se pur con diverse sfumature interne appunto sulla mediazione, sulla *locatio operis* e sul contratto misto, mentre in giurisprudenza non può dirsi consolidato un preciso orientamento, anche perché sono stati dedotti nelle relative controversie aspetti diversi del contratto di *brokering*, pur dovendosi osservare che di recente la Cassazione, inserendosi nel filone già aperto da una notissima sentenza del Tribunale di Torino del 10/01/97, con la pronuncia 26/8/98 n. 8467,

ha finito con il ricondurre tutte le attività del broker nell'ambito della mediazione.

Farei un atto di presunzione se ritenessi di essere conclusivo ed esaustivo sulla materia: mi limiterò perciò su alcune osservazioni che mi auguro possano apportare ulteriori contributi alla discussione.

Ritengo innanzitutto inutile e contraddittorio parlare di contratto atipico a fronte di una legge che si occupa specificamente della materia, perché così si compie in sostanza un atto di omessa interpretazione, e nella stessa ottica deve essere riguardata l'opinione di chi vede nel contratto una mediazione atipica. Per altro verso faccio osservare come, in realtà, la legge non disciplini affatto il contratto di *brokeraggio* quanto, piuttosto, l'attività del *broker*, circostanza questa che ha finito con il lasciare ampi spazi all'elaborazione dottrinale nonostante il disposto di una legge specifica. Non penso, in ogni caso, che possa essere fagocitato il preciso dato normativo che ci offre la legge n. 792/94, posto che nella stessa il broker di assicurazione o di riassicurazione è espressamente qualificato come *mediatore*.

Credo, ancora, di dover sottoporre alla vostra riflessione un'osservazione di carattere generale che attiene non tanto al merito della questione, quanto all'approccio metodologico che deve essere usato se si vogliono nell'affrontare correttamente le problematiche interpretative delle leggi speciali quali quella in esame.

Natalino Irti ha qualificato quella che stiamo vivendo da ormai oltre un trentennio come l'*età della decodificazione* in cui il codice civile, a fronte della sempre più incidente ed abbondante legislazione speciale, ha perso la sua funzione di norma base e di macrosistema che conteneva in sé la chiave di risoluzione di tutte le problematiche civilistiche per lasciare invece spazio a tanti microsistemi quanti sono le leggi speciali.

Occorre dunque ribaltare completamente il rapporto che solitamente viene posto tra la legge n. 792 ed il codice civile, e riguardare la prima come un microsistema rispondente a logiche proprie non necessariamente coincidente con quelle del secondo, da ritenersi solo il macrosistema di riferimento generale.

A questo punto dobbiamo riprendere il discorso sul *broker* per domandarci chi esso sia, visto che la legge speciale punta sulla sua figu-

ra professionale e non sui contratti dallo stesso conclusi?

E' un mediatore, privo di vincoli con le compagnie di assicurazione e riassicurazione, incaricato dall'assicurando per fornirgli opera di assistenza e collaborazione nella ricerca delle coperture assicurative più idonee e per metterlo in contatto con le compagnie medesime. Il *broker* è dunque, per espressa previsione legislativa, un *mediatore*: si tratta ora di vedere quali siano i suoi tratti specializzanti rispetto alle previsioni degli artt. 1754 ss. del codice civile e se esso operi *sempre e comunque* come tale.

Quanto ai tratti specializzanti e alla compatibilità degli stessi con lo schema generale della mediazione, si può risalire addirittura ad una lontana sentenza del 1981 della Cassazione per arrivare alla conclusione che l'indipendenza da entrambe le parti rileva solo ai fini della remunerazione, ma non anche per la sussistenza della figura contrattuale. Quanto alla presunta gratuità, solo un esame superficiale può indurre a concludere che il contratto di *brokering* non sia oneroso. Anche in questo caso soccorrono le norme di riferimento del codice civile, nella specie l'art. 1752 c.c., che rinvia agli usi la determinazione delle provvigioni del mediatore, ed è evidente che per il pagamento della provvigione del *broker* mediante il noto meccanismo della traslazione si può senz'altro parlare di uso consolidato. Dal codice civile apprendiamo, ancora, che al *mediatore* il compenso spetta solo ad affare concluso, ed anche tale dato è del tutto compatibile con quello che avviene nella realtà di mercato.

Il *broker* è dunque un *mediatore* che conclude contratti di mediazione che non presentano sostanziali discrasie con lo schema codicistico della mediazione: altro problema è, lo si ripete, se lo stesso agisca solo ed esclusivamente con tale strumento contrattuale.

Un altro argomento che ha fuorviato i TTAA.RR. è quello secondo cui i *brokers*, operando con la P.A., contravverrebbero al divieto di vincoli giuridici ed economici con le compagnie aggiudicatariе di cui all'art. 1 della legge professionale in quanto prassi insegna che gli stessi, in effetti, sono soliti stipulare con le compagnie delle lettere di intesa. A ben vedere però, tali lettere hanno l'esclusiva finalità di predeterminare le even-

tuali condizioni contrattuali che si andranno a stipulare, e non creano nessun tipo di vincolo tra il *broker* e la compagnia assicuratrice né, tantomeno, alcun conflitto di interesse. Ne è riprova la circostanza che, se il *broker* non fosse indipendente dalle compagnie, non potrebbe che essere legato alle stesse da un rapporto di para subordinazione, con conseguente competenza del giudice del lavoro a risolvere le relative controversie: prassi insegna, però, che a nessuno è mai venuto in mente di rivolgersi al giudice specializzato.

Altra questione sostanzialmente irrisolta, essendo direttamente riconducibile a quella più generale della natura del contratto di *brokering*, l'altra della unitarietà o meno di tale negozio.

Il TAR Puglia, nella già citata sentenza del 31/10/2000, particolarmente motivata sul punto, ha scomposto l'attività del broker in tre fasi, ravvisando nella prima, antecedente, una *locatio operis*, in quella centrale un'attività di mediazione, ed in quella successiva un contratto di mandato.

Altre decisioni, tra cui la già citata Cassazione 26/8/98, ritengono invece che pur dovendosi ravvisare nel brokeraggio un'attività composta in cui si rintracciano elementi astrattamente riconducibili a diversi schemi contrattuali, concludono però per l'unitarietà della figura, ricomprendendo l'attività di consulenza e di assistenza nel complesso di attività di mediazione come *prius* logico ed indefettibile di questa.

Tale ultima questione apre la strada ad un altro problema, anch'esso sostanzialmente irrisolto, quello della possibilità per la P.A. di stipulare con il broker un contratto di mera consulenza non inquadrabile nel contratto di brokeraggio, con le relative conseguenze in tema di spettanza circa il pagamento del compenso. La risposta a tale ultimo quesito consente di chiarire definitivamente il mio pensiero sull'intera questione del contratto di *brokering*.

Ho già osservato come la legge n. 792 non abbia in realtà tipizzato lo schema oggettivo del contratto in esame, quanto la figura soggettiva del broker, di cui ha puntualmente descritto le varie fasi dell'attività professionale secondo sequenze ben note in *common law* nel cui ambito la stessa è nata. Più che risolvere astratti problemi di inquadramento, la legge

si è dunque preoccupata di descrivere l'attività del *broker* cristallizzandone le varie attività di mediazione, consulenza e assistenza senza spiegare affatto come queste si combinino tra loro e ciò ha comportato la conseguenza, assai discutibile sia sotto il profilo logico che giuridico, che ogni attività negoziale svolta da un *broker* sia ricondotta ad un indefinito contratto di brokeraggio, come se allo stesso fossero precluse attività sussumibili in altri tipi negoziali, quali appunto l'attività di mera consulenza o di gestione.

La conclusione, meritevole sicuramente di ulteriori approfondimenti, è che nell'attività del *broker* non possono individuarsi schemi d'azione univoci e che pertanto, in caso di controversia, deve ritenersi assolutamente decisiva l'interpretazione della volontà contrattuale trattandosi di materia completamente rimessa all'autonomia delle parti, che dovranno pertanto curarsi di manifestare il loro volere nel modo più chiaro possibile in fase di stipula. Certo è, in ogni caso, che ove per effetto dell'intervento del *broker* le PP.AA. finiscano con lo stipulare contratti di assicurazione, alle prestazioni svolte dal professionista non potrà mai essere negata, per le considerazioni svolte in precedenza, la qualifica di attività di mediazione con tutte le conseguenze riconducibili a tale tipo negoziale.

Chiarito dunque la non univocità delle prestazioni professionali del *broker* e la riconducibilità delle stesse, *normalmente* ma non *esclusivamente*, allo schema della mediazione, nonché la assoluta compatibilità tra queste e l'azione della P.A., resta solo da risolvere un'ultima questione, che risente apertamente delle ormai note incertezze di qualificazione sul contratto di brokeraggio.

Ci si chiede, infatti, e tra gli stessi consulenti appositamente officiati non si registra certo uniformità di vedute, se il ricorso all'opera del *broker* debba essere soggetto all'evidenza pubblica, oppure se le PP.AA. possano scegliere ad *libitum* il professionista. Lucio Valerio Moscarini, ad esempio, sul presupposto che il broker sia un locatore d'opera, non dissimile come tale da un avvocato, ritiene che la prevalenza dell'aspetto fiduciario consenta alla P.A. la massima ed insindacabile libertà di scelta mentre il Cammelli, muovendo dalla considerazione che l'attività del *broker* è funzionale alla stipulazione di contratti assicurativi, ritie-

ne invece che una tale conclusione sia autorizzata solo se gli stessi non raggiungono le soglie comunitarie, dovendosi in caso contrario ricorrere necessariamente alla gara.

La giurisprudenza sembra invece incline a ritenere comunque la necessità della gara, ed al proposito segnalo il già citato Consiglio di Stato del 24/02/2000, che si è pronunciato in tal senso facendo rilevare come, dovendosi considerare il *broker* un imprenditore, le prestazioni dallo stesso svolte integrino perciò un appalto di servizi, circostanza questa che consentirebbe di ricomprendere la fattispecie in esame nella testuale previsione normativa di cui al DLGS n. 157/95.