

Agente di assicurazione

CASSAZIONE CIVILE, sez. III, 6 maggio 2003, n. 6874

Pres. Giustiniani - Rel. Durante - P.M. Velardi (conf.) - Corallo srl (avv.ti Braschi, Pagliari) c. Gasparotto Assicurazioni (avv.ti Desi, Guarini)

Assicurazione - Agente di assicurazione - Broker - Attività - Natura di impresa commerciale - Sussistenza - Conseguenze - Diritto all'indennità di avviamento in caso di cessazione della locazione immobiliare - Sussistenza (Art. 2229 c.c.; L.27 luglio 1978, n. 392; l. 28 novembre 1984, n. 792)

Il broker di assicurazioni svolge attività mediatizia in forma di impresa commerciale, sia pure connotata anche da profili intellettuali, e in caso di cessazione del rapporto di locazione relativo all'immobile adibito all'attività ha diritto all'indennità per la perdita dell'avviamento.

...*Omissis*...

Motivi della decisione

Con il primo motivo la società ricorrente denuncia «violazione, erronea e falsa applicazione della legge 28 novembre 1984, n. 792; violazione, erronea e falsa applicazione degli artt. 27, 34 e 35 della legge 27 luglio 1978, n. 392, e succ. mod. integr. e dell'art. 2229 c.c.; omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione circa un punto decisivo della controversia».

Il broker di assicurazioni - sostiene - non svolge e, comunque, a tenore di legge non deve svolgere un'attività di impresa, bensì di consulenza di stampo libero - professionale, come tale esclusa da quelle per le quali compete l'indennità di avviamento.

Già prima della L. 792/1984 il broker era un professionista che svolgeva attività di consulenza ed assistenza a favore dell'assicurando (Cass. 26 agosto 1998, n. 8467); la legge ha confermato questa caratteristica, ponendo in rilievo il ruolo di collaborazione con l'assicurando; ruolo che rappresenta il *prius* logico - giuridico dell'attività *lato sensu* mediatizia svolta in un secondo momento.

Dei due argomenti, con i quali la corte di merito ha supportato la conclusione che il broker svolge attività di impresa, il primo (nessuna norma della L. 792/1984 vieta al broker di procacciare clientela) non tiene conto del fatto che, se il procacciamento avviene nell'interesse del broker, la situazione non è dissimile da quella di qualsiasi altro professionista e, se avviene nell'interesse delle imprese di assicurazione, si pone in contrasto con la *ratio legis*; il secondo (le professioni intellettuali si caratterizzano per l'autonomia in materia di formazione degli albi e di disciplina) non considera che «l'art. 2229 c.c. non esaurisce il novero delle professioni intellettuali poiché queste, a loro volta, non si esauriscono nelle professioni cc.dd. protette».

Il broker svolge, quindi, attività libero - professionale di consulenza ed assistenza a favore dell'assicurando ed il rapporto è fondato sull'*intuitus personae*.

L'attività *lato sensu* mediatizia svolta in un secondo momento il mettere in contatto l'assicurando con l'assicuratore al fine di provocare la conclusione del contratto si innesta sulla pregressa attività di consulenza e non assume carattere individuante.

Pertanto, l'attività del broker non implica quel contatto indifferenziato con l'utenza che costituisce il presupposto per il riconoscimento dell'indennità di avviamento.

Con il secondo motivo la società ricorrente denuncia «violazione, erronea e falsa applicazione degli artt. 1 e 2 della legge 28 novembre 1984, n. 792, e dell'art. 3 della legge 7 febbraio 1979, n. 48, e succ. mod. ed integr.. Violazione dei principi generali. Omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione circa un punto decisivo della controversia».

Il richiamo legislativo alla mediazione sostiene - è improprio in quanto il broker non è imparziale, svolgendo attività di consulenza ed assistenza nella determinazione del contenuto del contratto esclusivamente a favore e nell'interesse dell'assicurando.

Inoltre dalle prove assunte (interrogatorio del legale rappresentante della Gasparotto e dichiarazione di Abbati Giorgia) è emerso che la Gasparotto ha svolto nell'immobile locato prevalentemente l'attività di agente di assicurazioni; attività che, consentita quando si innesta in una pregressa attività di broker, assume carattere di illiceità quando, come nella specie, rappresenti l'attività di gran lunga prevalente del broker, escludendo il diritto all'indennità di avviamento.

I motivi, che vanno esaminati congiuntamente per l'intima connessione, non possono ricevere accoglimento.

La figura del broker di assicurazioni ha trovato per la prima volta disciplina nella L. 792/1984, la quale all'art. 1 definisce «mediatore di assicurazione e riassicurazione, denominato anche broker, chi esercita professionalmente attività rivolta a mettere in diretta relazione con imprese di assicurazione e riassicurazione, alle quali non sia vincolato da impegni di sorta, soggetti che intenda-

no provvedere con la sua collaborazione alla copertura dei rischi, assistendoli nella determinazione del contenuto dei relativi contratti e collaborando eventualmente alla loro gestione ed esecuzione».

La definizione giustappone le due qualificazioni giuridiche prevalenti: quella di prestatore di opera intellettuale, sostenuta da parte della dottrina, e quella di mediatore, recepita da questa Corte nelle sentenze 12 novembre 1979, n. 5860; 29 maggio 1980, n. 3531; 21 ottobre 1980, n. 5676, e condivisa da altra parte della dottrina.

La legge, invece di ricomporre il dibattito sulla qualificazione giuridica del rapporto di brokeraggio, lo ha riaperto, sicché il contrasto manifestatosi anteriormente alla sua emanazione permane.

Secondo un orientamento dottrinale il contratto di brokeraggio va qualificato innominato misto ed è costituito dai contratti tipici della prestazione di opera intellettuale e della mediazione nell'accezione fiduciaria o unilaterale; secondo altro orientamento il momento della consulenza assume un'importanza tale che il contratto di brokeraggio deve essere qualificato attraverso lo schema del contratto di opera intellettuale e l'attività di intermediazione del broker, richiesta dal carattere bilaterale del rapporto assicurativo, ha carattere strumentale ed accessorio; altro orientamento ricomprende il brokeraggio nello schema mediatizio, riducendo l'attività di assistenza e consulenza ad un ruolo meramente subalterno; non manca un orientamento che qualifica il contratto di brokeraggio mediante lo schema del contratto di opera o di appalto a seconda che il broker sia o non sia piccola imprenditore.

Dopo l'entrata in vigore della L. 792/1984 questa Corte si è occupata specificamente della tematica del brokeraggio con la sentenza 26 agosto 1998, n. 8467, riferendosi la sentenza 5 giugno 1992, n. 6956, a rapporto esauritosi anteriormente.

La Corte ha considerato che la legge, pur definendo il broker come un mediatore, ne pone in rilievo il ruolo di collaborazione con l'assicurando alla copertura dei rischi e di assistenza del medesimo nella determinazione del contenuto dei relativi contratti, oltre che di collaborazione eventuale alla gestione ed esecuzione degli stessi, valorizzando il momento della consulenza ed as-

sistenza fornita all'assicurando, che nel complesso dell'attività di brokeraggio si colloca come *prius* logico ed indefettibile del successivo momento di intermediazione; momento che deve essere valutato nell'ottica della funzione sociale assolta nel settore dell'intermediazione assicurativa dal broker a livello di assistenza della parte debole al fine di realizzarne la tutela effettiva come corollario del generale principio di solidarietà sociale.

Nella qualificazione giuridica dell'attività del broker non si può prescindere dal disposto degli artt. 4 lett. f) e g), 5 lett. e) ed f), 8 L. 792/1984, dai quali risulta che per esercitare l'attività di broker è necessaria l'iscrizione all'albo professionale e questa si ottiene assicurandosi contro il rischio imprenditoriale mediante la stipula di polizza di assicurazione della responsabilità civile per negligenza o errori professionali e l'adesione al fondo di garanzia per risarcire gli assicurati e le imprese di assicurazione dei danni.

Ciò significa che nell'attività del broker è presente un rischio imprenditoriale da collegare all'aspetto mediatizio dell'attività.

La presenza del rischio imprenditoriale riconduce l'attività economica ausiliaria di quella assicurativa, organizzata ed esercitata dal broker, nell'ambito dell'impresa commerciale con conseguente prevalente rilievo del dato economico rispetto a quello del servizio prestato.

Non v'è dubbio che la complessiva attività del broker è connotata pure da profili di intellettualità, richiedendosi in chi la esercita specifiche ed approfondite conoscenze di economia, tecnica e diritto delle assicurazioni, ma l'esercizio di attività intellettuale è compatibile con quello di attività commerciale, solo che l'elemento organizzativo riveste carattere funzionale ed esterno, diversamente da quanto avviene nell'esercizio di attività intellettuali, nelle quali l'elemento organizzativo, se sussistente, ha carattere strumentale ed interno.

Concludendo, il broker di assicurazioni svolge attività mediatizia in forma di impresa commerciale, che denota connotati intellettuali, e in caso di cessazione del rapporto di locazione relativo all'immobile adibito all'attività ha diritto all'indennità per la perdita dell'avviamento.

...Omissis...

L'IMPRESA COMMERCIALE DEL BROKER

di Flavio Rocchio

Con questa sentenza i "brokers" (1) tornano a far

Nota:

(1) Scarseggiano le monografie sull'argomento, tra le quali le più recenti

sono quelle di Pedicini, *Il broker di assicurazioni*, Milano, 1998; Germini, *Intermediazione assicurativa: gli operatori e la vigilanza*, Padova, 1994. Molto analitico è il commento alla legge 792/1984 (istitutiva dell'albo dei brokers) coordinato da Partesotti, *Commentario*, in *Nuova leg. civ. comm.*, 1985, 734 ss.

parlare di sé sotto un profilo inedito, quello relativo alla natura di impresa commerciale dell'attività da loro esercitata.

Sin da quando questa figura è stata importata dai paesi anglosassoni (2) si è posto all'interprete il problema di identificarne la natura giuridica, nella necessità di distinguerla dalle fattispecie contigue dell'agente e del produttore di assicurazioni. Nella quasi totalità dei casi in cui è stata chiamata ad occuparsi dell'argomento, la giurisprudenza non ne ha fornito un inquadramento soddisfacente; né a tale compito, come vedremo, ha adempiuto efficacemente il legislatore nel momento in cui è andato a istituire l'albo dei «mediatori di assicurazione» con la legge del 28 novembre 1984, n. 792 (3).

Tanto la giurisprudenza quanto il legislatore tendono a vedere nel rapporto di brokeraggio una mera attività di mediazione (4), ma questa equiparazione non rende giustizia alla complessità del fenomeno.

Tralasciando, infatti, il caso statisticamente irrilevante in cui il broker si limiti a metter in contatto un soggetto assicurando e un'impresa assicuratrice, ipotesi incontestabilmente riconducibile alla mediazione codicistica, la fattispecie che affiora con maggiore frequenza nella prassi è quella di un broker in grado di fornire alla propria clientela servizi differenziati, finalizzati alla conclusione di un successivo contratto di assicurazione. Egli, fornito di una conoscenza specialistica nel campo delle assicurazioni, che va dalla disciplina legale della materia a quella di carattere pratico-economico di gestione del rischio, lungi dal porsi come mero tramite tra domanda e offerta nel settore in cui opera, è in grado di fornire ai suoi clienti tutti quei consigli che consentano loro di coprire il massimo rischio con la minima spesa. I suoi suggerimenti potranno riguardare l'opportunità stessa di stipulare una polizza di assicurazione; l'impresa con cui assicurarsi o riassicurarsi; i rischi da assicurare e le modalità per farlo (5). Considerato poi che si è diffuso l'uso (6) per cui il compenso per l'attività di consulenza a favore dell'assicurando grava sull'impresa di assicurazione mediante una percentuale sui premi riscossi, in modo tale che il diritto al corrispettivo sorga solo con la conclusione del contratto di assicurazione, spesso il broker assume anche l'incarico relativo alla gestione di questo contratto: a tal fine controlla, per il tempo di validità della polizza, che siano soddisfatti gli impegni assunti dalle parti contraenti, anticipando, all'occorrenza, il premio, e assiste le stesse nella fase eventuale della liquidazione dei sinistri (7).

È di tutta evidenza che una attività così articolata sia svilita dalla sua assimilazione alla mediazione, con la quale condivide, semmai, soltanto il momento marginale in cui il broker mette il cliente in contatto con la compagnia assicuratrice individuata: parlando semplicemente di mediazione si rischia di obliterare tutta la fase che precede la conclusione del contratto, che è

quella che sembra meglio caratterizzare la prestazione in esame.

La sentenza che si annota offre lo spunto per ritornare sul contratto di brokeraggio per tentare di superare gli equivoci che la promiscuità della fattispecie contribuisce a generare.

Il caso

Le sentenze fino ad oggi pronunciate in materia di brokeraggio hanno riguardato principalmente l'applicazione del regime di esclusiva previsto dall'accordo nazionale agenti (8), il valore di disdetta della comunicazione fatta dall'assicurato al broker (9), la configurabilità di un intervento del broker nel caso di trattativa privata indetta dalla Pubblica Amministrazione per l'individuazione dell'assicuratore (10), il diritto del broker all'indennità per l'incremento dell'avviamento (art. 1751 c.c.) (11), gli obblighi a carico di questi (12),

Note:

(2) Alpa e Forlino, voce *Broker*, in *Digesto comm.*, Torino, 1987, II, 361: «Il termine "broker di assicurazione" (*insurance broker*) è mutuato dall'esperienza di *common law* in cui è usato indifferentemente - come termine onnicomprensivo - per indicare genericamente qualsiasi tipo di operatore assicurativo-intermediario diverso dalla società e dall'agente di assicurazioni, laddove il solo termine *broker* indica in genere il mediatore, il sensale, l'intermediario o il commissionario». Per un'indagine storica complessiva sul brokeraggio assicurativo, Daveggia, *L'intermediazione assicurativa nel Medio Evo*, in *Assicurazioni*, 1985, I, 326 ss..

(3) La legge è pubblicata in questa *Rivista*, 1985, I, 11, con commento di A. Zimolo.

(4) Carraro, voce *Mediazione e mediatori*, in *Noviss. dig. it.*, X, Torino, 1964; Minasi, voce *Mediazione (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976, 403. Sulla qualificazione della mediazione come atto giuridico in senso stretto Carraro, *La mediazione*, Padova, 1960, 64; critico Sacco, *Il contratto*, Trattato Vassalli, Torino, 1975, 92; Carta, *Mediazione di contratto e non contratto di mediazione*, in *Foro it.*, 1947, I, 296.

(5) La particolarità dei servizi che il broker è in grado di fornire fa sì che le sue prestazioni vengano richieste soprattutto dalle grandi imprese industriali, mercantili e bancarie, che più del singolo soggetto hanno necessità di una gestione diversificata dei rischi (Cassandro, *Le gestioni assicuratrici*, nel *Trattato di ragioneria* diretto da Amaduzzi, VI, t. 2, Torino, 1968, 203).

(6) La dottrina concorda sull'esistenza di tale uso. Una delle prime riflessioni su di esso è opera di Partesotti, *Gli intermediari di assicurazione*, in *Assicurazioni*, 1971, I, 392; molto interessante è l'analisi di Casali, *Chi paga il broker?*, in *Dir. e pratica ass.*, 1986, 297.

(7) Bonilini, *Sulla qualificazione giuridica del rapporto di brokeraggio*, in *Giust. civ.*, 1980, I, 2163. Nello stesso senso la dottrina dominante, per cui vedi esaurientemente Giordano, *Il contratto «atipico» di brokeraggio*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, I, 759.

(8) Cass. 26 agosto 1998, n. 8467, in *Foro it.*, 1999, I, 608, con nota di Santoro.

(9) Cass. 5 giugno 1992, n. 6956, in *Foro it.*, 1994, I, 1548, con nota critica di Rossi.

(10) Trib. Torino 26 gennaio 2000, in *Giur. it.*, 2001, 783; App. Torino 5 novembre 1998, in *Giur. it.*, 1999, 1455, con nota adesiva di Scozia; Trib. Torino 10 gennaio 1997, in *Giur. it.*, 1998, 975, con nota critica di Scozia.

(11) Cass., 21 ottobre 1980, n. 5676, in *Foro it.*, 1981, I, 749, con nota di Carriero; in *Assicurazioni*, 1981, II, 155, con nota adesiva di Pizzigati.

(12) Cass., 12 novembre 1979, n. 5860, in *Foro it.*, 1981, I, 749, con nota di Carriero; in *Assicurazioni*, 1981, II, 154, con nota adesiva di Pizzigati.

e più in generale l'applicabilità della disciplina della mediazione (13) al contratto atipico di "brokeraggio".

Giammai, quindi, i giudici erano stati chiamati a decidere un caso del tipo che ci si accinge a descrivere, se cioè il broker eserciti una attività commerciale che gli dia diritto, in caso di cessazione del rapporto di locazione relativo all'immobile in cui esercitava la sua professione, all'indennità per la perdita di avviamento prevista dall'art. 34 della legge del 27 luglio 1978, n. 392.

In seguito alla convalida per finita locazione intimata dalla società Alfa r. l. alla Beta assicurazioni, questa conveniva la società locatrice chiedendone la condanna al pagamento dell'indennità di avviamento, sull'assunto che nell'immobile rilasciato ella aveva esercitato attività assicurativa, impresa ausiliaria qualificabile come commerciale sulla base dell'art. 2195, n. 5. La società Alfa convenuta resisteva deducendo che l'attività concretamente esercitata, quella di broker assicurativo, era da qualificarsi come professione intellettuale, la quale non dà diritto all'indennità invocata giusta la previsione dell'art. 35 della legge 392/78 (14).

Accolta la domanda della Beta assicurazioni, la Alfa s.r.l. proponeva gravame, rigettato dalla Corte d'appello, sulla base di molteplici argomenti. Il giudice di seconda istanza qualificava innanzitutto come lecita l'attività del broker dopo la legge 792/1984 istitutiva del relativo albo; la distingueva da quella dell'agente e del produttore di assicurazione, perché nel caso del broker manca quel vincolo di collaborazione e di esclusiva che caratterizza questi due rapporti; affermava dunque che non è sufficiente che il legislatore qualifichi come «professione» una data attività perché questa venga ricondotta alla categoria della professioni intellettuali di cui all'art. 2229 c.c.; che a questi fini è piuttosto rilevante l'autonomia riconosciuta dalla legge in materia di formazione degli albi e di disciplina degli iscritti, assente per l'attività di brokeraggio che è assoggettata ai poteri di controllo esercitati ora dall'ISVAP ed un tempo dal ministero dell'industria; concludeva, quindi, che «l'attività di broker, come del resto quella di mediatore, non è soltanto professionale, ma anche imprenditoriale, di tal che non è sostenibile che il broker svolga un'attività di sola consulenza simile all'esercizio delle professioni intellettuali di cui all'art. 2229 c.c.».

Alle medesime conclusioni giunge la Corte di cassazione, argomentando sulla base dei risultati raggiunti da autorevole dottrina (15) e da alcuni suoi remoti precedenti (16). Il giudice di legittimità, dopo aver richiamato Cass. 8467/1998, che aveva qualificato il brokeraggio come un contratto misto, ne prende le distanze valorizzando alcuni indici emergenti dalla legge 792/1984. In particolare, secondo la Corte di nessun ausilio è la definizione legislativa, in quanto non prende parte in merito alle diverse ipotesi ricostruttive proposte in dottrina; l'attenzione deve concentrarsi piuttosto sull'elenco dei requisiti che la medesima legge ri-

chiede ai fini dell'iscrizione all'albo dei brokers. Infatti, dall'art. 4 lett. f) e g), 5 lett. e) e f), risulta che per esercitare l'attività di broker è necessaria l'iscrizione all'albo professionale, e questa si ottiene assicurandosi contro il rischio imprenditoriale mediante la stipula di polizza di assicurazione della responsabilità civile per negligenza o errori professionali e l'adesione al fondo di garanzia per risarcire gli assicurati e le imprese di assicurazione dei danni.

«Ciò significa - prosegue la Corte - che nell'attività del broker è presente un rischio imprenditoriale da collegare all'aspetto mediatizio dell'attività». La Cassazione non omette di considerare gli evidenti profili di intellettualità che connotano l'attività del broker, ma li ritiene meno qualificanti rispetto all'elemento organizzativo e imprenditoriale che, rispetto ad essi, ha un ruolo preponderante nell'esercizio della intermediazione finanziaria.

Pertanto la Cassazione, ritenendo che la Beta assicurazioni, in qualità di broker, eserciti una impresa di mediazione (commerciale ex art. 2195 n. 5), finisce per riconoscerle il diritto all'indennità.

Gli esiti del ragionamento della Cassazione sono pienamente condivisibili, non potendosi leggere se non nel carattere dell'imprenditorialità gli indici emergenti dalla legge 792/1984; più di un dubbio suscita, come detto, l'equiparazione del broker al mediatore, risultando questa qualificazione riduttiva e non rispondente al concreto atteggiarsi della fattispecie del brokeraggio nella realtà dei traffici.

Con la presente nota si cercherà pertanto di indagare se sia possibile - e come - salvare il carattere imprenditoriale dell'attività del broker senza transitare necessariamente per il suo inquadramento nella fattispecie mediatizia. Detto altrimenti, posto che il broker non è un mediatore, diventa per ciò solo un professionista intellettuale, come adombrato dalla Suprema Corte, o ne è comunque possibile una qualificazione che faccia salvo il carattere commerciale della sua attività (e il conseguente diritto all'indennità che qui viene in rilievo)?

Il broker come «mediatore di assicurazione»

La sentenza in commento, dunque, ripropone la tratizia identificazione delle due attività di broker e di

Note:

(13) Cass., 29 maggio 1980, n. 3531, in *Foro it.*, 1981, I, 749, con nota di Carriero; *Giust. civ.*, 1980, I, 2154, con nota critica di Bonilini; *Assicurazioni*, 1981, II, 154, con nota adesiva di Pizzigati.

(14) «Le disposizioni di cui all'articolo precedente (art. 34, l. 392/1978) non si applicano in caso di cessazione dei rapporti di locazione relativi ad immobili (...) destinati all'esercizio di attività professionali (...)».

(15) Alpa-Forlino, *Broker*, cit., 366 ss..

(16) Cass. 12 novembre 1979, n. 5860, cit.; Cass. 29 maggio 1980, n. 3531, cit.; Cass. 21 ottobre 1980, n. 5676, cit.

mediatore (17): tendenza, quella di sovrapporre queste due figure, da sempre latente in giurisprudenza, ma che ha ricevuto la definitiva consacrazione con tre sentenze pronunciate agli inizi degli anni ottanta: Cass. 5860/1979, 3531/1980, 5676/1980 (18), richiamate dalla sentenza in epigrafe a suffragio del proprio convincimento.

In realtà, la portata di queste sentenze è stata ampiamente sopravvalutata, nel senso che in nessuna di esse è stato espresso un principio di diritto che enunci a chiare lettere che il broker è quel mediatore che l'art. 1754 c.c. descrive come chi «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 rappresentanza»: la Suprema Corte definisce apoditticamente il broker un mediatore di assicurazioni, ma andando a leggere le motivazioni ci si accorge che il principio di diritto elaborato rivela opacità che a tutt'oggi sono ancora causa di fraintendimenti.

Nella sentenza 5860/1979 (19), infatti, la Cassazione affronta solo incidentalmente il problema della qualificazione giuridica del broker, come premessa di un ragionamento che la porta a non ritenere applicabile al brokeraggio la disciplina dell'agenzia, «senza che vi sia alcun raffronto fra agenzia e brokeraggio che consenta anche solo di desumere, dalla ratio della decisione, una distinzione tra agenzia e brokeraggio intesa come distinzione tra agenzia e mediazione e quindi una assimilazione (indiretta) tra brokeraggio e mediazione» (20).

Neppure nella sentenza 3531/1980 si può leggere, a chiare lettere, che il broker sia un mediatore. Tutt'altro. La Corte afferma che il broker non è un mediatore, bensì una figura atipica ex art. 1322 c.c., per la cui disciplina si applicano le regole dettate in materia di mediazione.

In questo modo la Cassazione procede ad una operazione più volte stigmatizzata in dottrina (21), quella di ricondurre l'area della atipicità in quella del tipo, mediante un meccanismo di pura sussunzione del contratto atipico in quello tipico più «vicino» dal punto di vista causale. In sostanza si «tipizza negativamente» per «tipizzare positivamente» (22): una volta esclusa l'assimilabilità al contratto di agenzia (23) o a quello di mandato (24), si riconduce il brokeraggio al tipo me-

Note:

(17) Su questa linea, ma in tempi non recenti, la dottrina prevalente, per cui vedi Partesotti, *Gli intermediari di assicurazione*, cit., I, 407; Rigolino Barberis, *I protagonisti dell'intermediazione assicurativa: agenti, produttori, brokers*, in *Dir. e pratica ass.*, 1985, 734; Volpe, *Le assicurazioni. Produzione e distribuzione*, Bologna, 1982; Pogliani, *Discorso breve sulla qualificazione del broker*, in *Dir. e pratica ass.* 1985, 723; Fanelli, *Considerazioni sulla disciplina del brokeraggio nell'assicurazione trasporti in occasione del disegno di legge n. 189 sull'esercizio della mediazione in assicurazione*, in *Giur. comm.*, 1981, I, 371; Scalfi, *L'intermediazione nell'assicurazione*, in *Resp. civ. e prev.*, 1984, 20; La Torre, *La disciplina giuridica dell'attività assicurativa*, Milano, 1987.

(18) Vedi note 6, 7, 8.

(19) «Infatti, autorevole e specializzata dottrina ha classificato il broker

(figura sconosciuta al legislatore italiano che non gli dedica alcuna norma speciale) tra i mediatori di assicurazione ed ha posto in risalto che tale particolare mediatore mette in relazione l'assicurato e l'assicuratore senza essere legato né all'una né all'altra parte da rapporti di collaborazione, di dipendenza e di rappresentanza, ed aggiunge che il mediatore di assicurazione si distingue dall'agente di assicurazione perché è indipendente e imparziale, mentre quest'ultimo è con l'assicuratore vincolato in modo stabile con un rapporto di collaborazione sia pure autonoma (rapporto di agenzia). Tale cennata imparzialità ed indipendenza (...) è la connotazione precipua del rapporto di brokeraggio» (Cass. 12 novembre 1979, n. 5860, cit.).

La citazione è tratta da Donati, *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, I, Milano, 1952, 530, ma in realtà l'autore distingue tra agenti e mediatori di assicurazione senza includere tra essi il broker.

(20) Alpa-Forlino, *Broker*, cit., 364: «Neppure a livello di obiter, inoltre, una tale assimilazione compare. Invero, nella cennata premessa alla propria argomentazione la Corte dapprima riporta adesivamente la definizione di broker data dal tribunale di Milano, che aveva reso la sentenza di primo grado, in sé estremamente neutra, e di seguito, con un (poco felice) intento esplicativo, riporta una citazione dottrinale, ove soltanto si qualifica il broker, *tout court*, come mediatore».

(21) Sui contratti atipici vedi Sacco, *Autonomia contrattuale e tipi*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1966, II, 785; De Nova, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974; Costanza, *Il contratto atipico*, Milano, 1981; AA. VV., *Tipicità e atipicità nei contratti*, Milano; Lanzillo, *Regole del mercato e congruità dello scambio contrattuale*, in *Contr. impr.*, 1985, 309; Beduschi, *A proposito di tipicità e atipicità dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, I, 351.

(22) Così Sacco, *Autonomia contrattuale e tipi*, cit., 785.

(23) «(...) Deve dirsi che il predetto rapporto di collaborazione relativo non già a singoli sporadici affari, come sarebbe stato logico se si fosse trattato di brokeraggio, ma a tutti gli affari che la compagnia avrebbe ritenuto convenienti nell'ambito dei rami esercitati ed in relazione ad una durata indeterminata nel tempo; la designazione specifica della zona; la stabilità dell'incarico, tanto che era prevista la disdetta con termine espressamente determinato, tutto ciò dimostra che si è del tutto fuori dallo schema del broker ed il Tribunale di Milano ha fatto bene ad escludere tale rapporto ed a ritenere sussistente quello di agenzia» (Cass. 12 novembre 1979, n. 5860, in *Assicurazioni*, cit., 161). Nello stesso senso Cass., 26 agosto 1998, n. 8467, cit.; Cass., 5 giugno 1992, n. 6956, cit.; Cass., 21 ottobre 1980, n. 6576, cit.. Questa è anche l'opinione della dottrina prevalente (Ippolito, *Il professionista di assicurazione denominato anche «broker»*, in *Assicurazioni*, 1989, I, 124; Pogliani, *Processo del lavoro: «off limits» per il «broker»*, in *Resp. civ.*, 1987, 677; Bonilini, *Commentario a cura di Partesotti*, cit., sub art. 4, 734; Id., *Sulla qualificazione giuridica del rapporto di brokeraggio*, cit., 2162; Pizzigati, *Profili giuridici del broker d'assicurazione*, in *Assicurazioni*, 1981, II, 156). L'Autore che più degli altri tenta un approccio critico al concetto di «imparzialità», che secondo giurisprudenza e dottrina maggioritarie varrebbe a distinguere il broker dall'agente è Rossi, in nota a Cass., 5 giugno 1992, n. 6956, cit..

(24) «Ma il conferimento di un tale incarico (di mediazione da parte di uno dei contraenti, n. d. r.), come si è già detto, non «snatura» la successiva attività svolta dal broker nel senso di non consentirne più il suo inquadramento nello schema della mediazione (...). Nel mandato, infatti, il mandatario si obbliga a compiere uno o più atti per conto del mandante (art. 1703 c.c.), esplicando, all'uopo, la diligenza del buon padre di famiglia (art. 1710); per contro, il mandante si obbliga, fra l'altro, a corrispondergli il compenso per l'opera svolta (art. 1720) indipendentemente (salvo espresso patto contrario) dal buon esito dell'affare - sempre che l'inesecuzione non sia dipesa da causa imputabile al mandatario - di modo che quest'ultimo, per ricevere il compenso, deve solo provare di aver svolto l'incarico. Nell'incarico allo svolgimento della mediazione, invece, il diritto alla provvigione spetta, per esplicita previsione di legge (art. 1955), solo se «l'affare è concluso»; di modo che la semplice assunzione di un'iniziativa da parte di uno dei soggetti interessati alla conclusione dell'affare predetto non crea, di per sé, alcun obbligo giuridico per il mediatore» (Cass., 29 maggio 1980, n. 3531, in *Assicurazioni*, cit., 174).

Contra, pur non riferendosi a identica fattispecie, in Trib. Genova, 10 settembre 1981, in *Assicurazioni*, 1982, II, 2, 126.

diazione, considerando il contratto atipico come un contratto tipico al quale le parti hanno aggiunto una o più clausole (25).

Appare pertanto una forzatura il ritenere che la Cassazione abbia qualificato il broker come un mediatore ex art. 1754 c.c.: se così fosse stato, non avrebbe avuto bisogno di richiamare l'art. 1322 c.c. Semplicemente, ha invocato la disciplina che il codice riserva a questo "contratto" per colmare le inevitabili lacune della regolamentazione pattizia del contratto atipico di brokeraggio.

La stessa tecnica di «tipizzazione negativa» la Cassazione utilizza nella sentenza 5676 del 1980. Trattandosi di verificare l'applicabilità analogica al broker delle norme sul contratto di agenzia, la Corte esclude qualsiasi contatto tra i due rapporti, citando a sostegno Cass. 5860/1979 che aveva appunto negato al broker la qualifica di agente, ma senza identificarlo con un mediatore.

Il valore di precedente delle tre sentenze appena esaminate, così come richiamato dalla decisione in commento, è dunque più che dubbio.

Dubbi ancor maggiori suscita il tentativo, percorso dalle medesime sentenze sulla scorta delle sollecitazioni dottrinali, di ipotizzare l'esistenza nel nostro ordinamento della cosiddetta «mediazione unilaterale». Invero la giurisprudenza, anche in tempi recenti (26), non ha nascosto un certo imbarazzo rispetto alla qualificazione del broker come mediatore puro e semplice, mancando nel broker quella indipendenza nei confronti di entrambe le parti con cui l'art. 1754 c.c. definisce il mediatore.

Come visto al momento in cui si è data una approssimativa descrizione della prestazione del broker, infatti, normalmente questi riceve l'incarico dall'assicurando, nei confronti del quale non può quindi dirsi che manchino quei legami di collaborazione, dipendenza o rappresentanza che costituiscono lo specifico della mediazione (27). Di questo dato ha tenuto conto anche Cass. 3531/1980, nel momento in cui ha ipotizzato, sulla scorta della dottrina specialistica, accanto alla mediazione tipica una mediazione atipica, cosiddetta «unilaterale» (28) o «fiduciaria» (29), che si realizza tutte le volte che un soggetto operi soprattutto nell'interesse di una delle parti dell'affare mediato, come avviene nel caso del broker che non si limiti a mettere in contatto le due parti se non dopo aver svolto opera di consulenza nei confronti dell'assicurando (30).

In questo caso, il necessario carattere dell'indipendenza del mediatore sarebbe recuperabile a posteriori (31), nella fase di esecuzione del contratto e al momento di pretendere la provvigione, nel senso che il mediatore, pur avendo operato su incarico di una delle parti, potrà pretendere la provvigione da entrambe qualora abbia agito in maniera imparziale (32).

In realtà, affermare che nella mediazione «unilaterale» l'imparzialità sarebbe presupposto non già della

mediazione, ma della pretesa al compenso nei confronti delle parti del contratto, è inconferente. In tanto si può parlare di mediazione, in quanto l'imparzialità riguarda la fase della contrattazione, e non quella esecutiva: il codice, infatti, prevedendo all'art. 1761 che il mediatore possa essere incaricato da una delle parti di rappresentarla negli atti relativi all'esecuzione del contratto concluso con il suo intervento, prevede come tipica tanto l'ipotesi di un mediatore imparziale nella fase esecutiva, quanto quella di un mediatore parziale nella stessa fase, esprimendo pertanto un giudizio di indifferenza in merito al comportamento del mediatore dopo la conclusione del contratto (33).

Assimilare il broker al mediatore, come finisce per fare la sentenza che si annota, è dunque un'operazione non soddisfacente: sia perché la giurisprudenza alla cui autorità ci si è riferiti non è in grado, correttamente interpretata, di sostenere tale equiparazione; sia perché il ricorso alla figura della mediazione «unilaterale» si è dimostrato essere privo di un valido supporto normativo; sia alla luce della considerazione (34) per cui ridurre il broker a un semplice mediatore significherebbe porre

Note:

(25) Giordano, *Il contratto «atipico» di brokeraggio*, cit., 773.

(26) Cass., 26 agosto 1998, n. 8467, in *Foro. it.*, 1999, I, 614.

(27) Minasi, voce *Mediazione (diritto privato)*, cit., 40. Ritengono che l'imparzialità sia elemento necessario della fattispecie Carraro, *mediazione e mediatore*, cit., 476; Rotondi, *Contratto di agenzia, ausiliari dipendenti dell'impresa e mediazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1961, I, 241. Contra Partesotti, *Gli intermediari di assicurazione*, cit., 409.

(28) Si badi: non si vuol dire che è sufficiente che l'incarico venga conferito da una delle parti per rendere la mediazione unilaterale e quindi atipica, anche perché il conferimento unilaterale è l'ipotesi più diffusa nella prassi; si parla qui di «mediatore unilaterale» piuttosto nel senso di «parziale», in quanto tutela - se non in via esclusiva, quantomeno preponderante - gli interessi di una delle parti.

(29) Carraro, *Mediazione e mediatore*, cit., 478.

(30) Su questa ricostruzione, poi, non viene ad incidere l'uso di far gravare il compenso spettante al broker sulla compagnia assicuratrice, perché questa può agevolmente rifarsi sugli assicurati aumentando la tariffa del premio (Bonilini, *Commentario* a cura di Partesotti, cit., 755).

(31) «In altri termini, comunque voglia configurarsi la mediazione e, correlativamente, si ritenga che sia un onere o un obbligo quello dell'imparzialità, è certo che in entrambe le ipotesi il "dovere" di imparzialità acquista rilevanza solo *ex post*, nel senso che, in via generale, il mediatore non potrà pretendere la provvigione da entrambi i soggetti, qualora la sua attività non sarà risultata imparziale. L'imparzialità, in definitiva, è un presupposto necessario non della mediazione, bensì della pretesa di provvigione nei confronti delle due parti» (Cass. 3531/1980, in *Assicurazioni*, cit., 175).

Nello stesso senso, in dottrina, Bonilini, *Sulla qualificazione giuridica del rapporto di brokeraggio*, cit., 2167.

(32) Così anche Pret. Monza, 19 dicembre 1986, in *Giur. it.*, 1989, I, 2, 338; Cass., 12 novembre 1981, n. 5982, in *Mass. Giust. civ.*, 1981, fasc. 11; Cass., 29 aprile 1949, n. 1064, in *Rep. Foro. it.*, 1949, voce *Mediazione*, 23. In dottrina vedi Lenzi, *Sulle differenze tra mediazione e figure affini e sul dovere di imparzialità del mediatore*, in *Giur. it.*, 1983, I, 1, 820.

(33) Rossi, in nota a Cass., 5 giugno 1992, n. 6956, cit., 1550.

(34) Vedi la breve premessa di apertura della presente nota.

nel nulla la sua attività più caratterizzante, quella cioè di consulenza e assistenza (35).

Il contratto misto di brokeraggio

Alla luce delle difficoltà cui si va incontro qualificando il broker come un semplice mediatore, parte della dottrina (36) ha preso da subito le distanze dall'orientamento che si andava consolidando nella giurisprudenza della Cassazione con le tre sentenze sopra esaminate. Nel tentativo di restituire pregnanza al momento anteriore alla stipula del contratto di assicurazione, si è visto - e si continua a vedere - nel broker un professionista intellettuale *ex art. 2229 c.c.*, concentrando l'attenzione sulla prestazione di consulenza svolta nei confronti dell'assicurando, considerata un *prius* logico-temporale indefettibile della successiva fase di contrattazione.

Molteplici gli argomenti citati a sostegno di questa ricostruzione. Innanzitutto si fa leva sulla posizione di imparzialità, ritenuta imprescindibile nella mediazione e assente nell'attività del broker; quindi su una lettura riduttiva dell'art. 2229 c.c. dedicato alle prestazioni intellettuali, nel senso che l'«intellettualità» andrebbe letta come «non manualità», in modo tale che la suddetta norma avrebbe ad oggetto tutte le prestazioni diverse da quelle meramente materiali (quindi anche tutte attività del terziario e i cosiddetti «servizi avanzati» per l'industria).

Il contrasto tra la tesi della mediazione e quella della prestazione intellettuale non è stato sopito neppure dalla legge 28 novembre 1984, n. 792, la quale, piuttosto che qualificare l'attività del broker in un senso o nell'altro, giustappone le proposte provenienti da dottrina e giurisprudenza senza chiarirle (37).

Recita infatti l'art. 1 che è «mediatore di assicurazione, denominato anche broker, chi esercita professionalmente un'attività rivolta a mettere in diretta relazione con imprese di assicurazione e riassicurazione, alle quali non sia vincolato da impegni di sorta, soggetti che intendano provvedere con la sua collaborazione alla copertura dei rischi, assistendoli nella determinazione del contenuto dei relativi contratti e collaborando eventualmente alla loro gestione ed esecuzione».

Come si vede, il riferimento ai «mediatori di assicurazione» sembra dar ragione a quella parte della dottrina (38) e della giurisprudenza (39) che riconducono il rapporto di brokeraggio all'area della mediazione; ma quando poi il legislatore parla di collaborazione e assistenza, dimostra di aver preso in considerazione anche i suggerimenti della dottrina che avvicina il broker al prestatore d'opera intellettuale. La legge dunque, come nota correttamente la decisione in esame, «invece di ricomporre il dibattito sulla qualificazione giuridica del broker, lo ha riaperto, sicché il contrasto manifestatosi anteriormente alla sua emanazione permane» (40).

Questa definizione non è stata però del tutto infruttuosa. La sua ambiguità ha stimolato ulteriori fer-

menti in dottrina (41), che hanno portato alla elaborazione della teoria della natura mista del contratto di brokeraggio. Avendo il legislatore considerato come coesenziali le due prestazioni, quella d'opera intellettuale nei confronti dell'assicurando e quella di mediazione a vantaggio di entrambe le parti, il contratto di brokeraggio sarebbe misto in quanto frutto della combinazione di questi due schemi contrattuali.

Come è noto, i contratti misti (42) sono contratti in cui figurano elementi di tipi contrattuali diversi. In questo senso, è chiara la differenza rispetto ai contratti collegati, in cui ciascuno mantiene la propria autonomia e l'unificazione avviene soltanto sul piano economico: al contrario, il contratto misto è un contratto

Note:

(35) Se si accedesse a quella dottrina per cui, sulla base dell'art. 1759 c.c., non si può porre a carico del mediatore un particolare obbligo di accertamento delle circostanze relative all'affare (Mirabelli, *Dei singoli contratti*, Torino, 1991, 670-671; Cataudella, voce *Mediazione*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, XIX, 7), si avrebbe un ulteriore argomento: la disciplina della mediazione sarebbe incompatibile con la volontà delle parti, visto che l'assicurando si rivolge al broker proprio perché questi svolga accertamenti accurati e precisi, mentre l'art. 1759 c.c. prevede che il mediatore non debba accettare alcunché. Va però detto che questa dottrina deve fare i conti con gli obblighi di informazione che la giurisprudenza più recente pone in capo al mediatore, coordinando il disposto dell'art. 1759 c.c. con i principi ricavabili dagli artt. 1175-1176-1375 c.c. (Cass., 26 maggio 1999, n. 5107, in questa *Rivista*, 1999, 12, 1497, con nota adesiva di Mariconda).

(36) Tricoli, *Broker si traduce in mediatore o prestatore d'opera intellettuale?*, in questa *Rivista*, 1985, 2, 199; Ippolito, *Il professionista di assicurazioni denominato anche broker*, cit., 124; Giuffrida, *Profili problematici del brokeraggio*, in *Giust. civ.*, 1991, II, 36.

(37) Alpa-Forlino, *Broker*, cit., 366.

(38) Il riferimento più vicino sembra essere quello di Partesotti, *Gli intermediari di assicurazione*, cit., 412: «Assumiamo una definizione generalissima di broker come colui che, su incarico di una persona desiderosa di stipulare un contratto di assicurazione, provvede a trovare una compagnia disposta a concludere il contratto alle condizioni di massima indicate dal cliente».

(39) Ci si riferisce ancora a Cass. 5860/1979, Cass. 3531/1980 e Cass. 5676/1980 su cui ci si è a lungo soffermati nel paragrafo precedente.

(40) Cass. 6874/2003 in commento.

(41) Bonilini, *Sulla qualificazione giuridica del rapporto di brokeraggio*, cit., 2167; Id., *Commentario* a cura di Partesotti, cit., 750. Su questa linea si è attestata parte della giurisprudenza di merito (App. Milano, 25 marzo 1997, in *Giur. it.*, 1998, 974; Trib. Torino, 26 gennaio 2000, in *Giur. it.*, 2001, 783), ma soprattutto Cass., 26 agosto 1998, n. 8467, cit. («Un'attività composita in cui si rintracciano elementi che, sul piano giuridico, possono dirsi propri di diverse figure contrattuali ma che si presta a vedere isolati due momenti caratteristici, vale a dire quello della consulenza ed assistenza fornita all'assicurando e quello *lato sensu* mediatizio, il primo dei quali, però, si colloca, nel complesso dell'attività predetta, come *prius* logico ed indefettibile del secondo»), citata a sostegno dalla sentenza in commento, ma in definitiva discostandosi nei risultati.

(42) De Gennaro, *I contratti misti*, Padova, 1934; Cataudella, *La donazione mista*, Milano, 1970; Sacco, *Obbligazioni e contratti*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, X, Torino, 1982, 441 ss.; Di Sabato, *Unità e pluralità di negozi*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, 423; Distaso, *I contratti in generale*, in *Giur. sist. civ. e comm.*, fondata da Bigiavi, Torino, II, 1980, 1081; Radice, *La disciplina applicabile al contratto misto a donazione*, in *Contratti*, 2000, 656; Costanza, *Contratti atipici: validità, elasticità del tipo, disciplina applicabile*, in questa *Rivista*, 1992, 8, 895.

unico, con un'unica causa in cui convergono elementi di tipi diversi.

Il problema maggiore che suscitano i contratti misti è quello della individuazione della disciplina applicabile. Due sono i criteri astrattamente utilizzabili: il criterio della combinazione (43) e quello dell'assorbimento (o prevalenza) (44).

In base al criterio della combinazione al contratto si applicano congiuntamente le discipline di entrambi i tipi contrattuali; nel caso del brokeraggio si dovranno pertanto applicare congiuntamente le norme dettate in materia di contratto d'opera professionale e quelle in materia di mediazione.

Assorbimento significa invece applicazione della disciplina del tipo prevalente, rivelandosi pertanto necessaria un'ulteriore indagine volta alla individuazione del contratto la cui causa è più «forte» (45): di conseguenza si applicherà alternativamente la disciplina dettata agli artt. 2229 ss. o agli artt. 1754 ss.

Tuttavia anche la tesi del contratto misto non si dimostra soddisfacente. Il criterio della combinazione porta infatti a conflitti di disciplina ogni qualvolta lo stesso aspetto è regolato in termini incompatibili negli schemi tipici di riferimento (46).

Restando nell'ambito del brokeraggio, si pensi a come conciliare in capo al broker l'obbligo che gli grava in qualità di mediatore di comunicare all'impresa assicuratrice tutte le circostanze utili circa la sicurezza dell'affare, con l'obbligo del segreto sulle informazioni relative all'assicurando che gli deriva dall'essere fiduciario di quest'ultimo.

Difficile da risolvere è anche il problema della distribuzione del rischio economico dell'operazione, solo in parte risolto dalla esistenza dell'uso per cui è l'assicuratore a corrispondere il compenso al broker. Se nella mediazione il rischio è infatti a carico del mediatore, che percepirà la provvigione solo in caso di stipulazione del contratto, invece nella prestazione d'opera intellettuale il rischio grava esclusivamente sul cliente, che sarà tenuto a pagare il compenso anche se la prestazione del professionista, per quanto diligente, non abbia procurato il risultato desiderato (47).

Un'altra ipotesi di conflitto di disciplina si pone poi proprio nel caso di cui si è occupata la sentenza in epigrafe: anche qui la contestuale applicazione delle norme sulla mediazione e di quelle sul contratto d'opera intellettuale risulta impossibile - e la Cassazione ne tiene conto, nel momento in cui prende implicitamente le distanze da Cass. 8467/1998, che aveva appunto definito il brokeraggio un contratto misto - poiché mentre per il mediatore è configurabile l'esercizio di una impresa commerciale che dà diritto all'indennità da finita locazione, per il professionista intellettuale vale l'esatto contrario.

Quanto all'applicazione del criterio dell'assorbimento, la migliore dottrina ha già avuto modo di sottolineare che la sua applicazione ad un contratto misto

non fa altro che costringere l'autonomia privata entro le strette maglie della tipicità, nel senso che il risultato finale cui si perviene con l'adozione di un simile criterio è sempre quello della riduzione a un tipo (48): e infatti la giurisprudenza assimila il broker alternativamente ad un mediatore, per quanto atipico, o ad un prestatore d'opera intellettuale, a seconda che ritenga prevalente l'uno o l'altro tipo contrattuale. In questo modo si arriva, a ben vedere, agli stessi risultati cui pervengono la dottrina e la giurisprudenza che, come sopra visto, affermano senza mezzi termini che il broker o è mediatore o è professionista intellettuale senza transitare per la categoria del contratto misto.

Quanto all'assimilazione del broker al mediatore atipico, non si possono che richiamare le critiche sopra esposte: l'indispensabilità del requisito dell'imparzialità fa sì che nel nostro ordinamento non possa trovare spazio una mediazione unilaterale o fiduciaria; senza considerare che la riconduzione del brokeraggio ad una mediazione atipica non concluderebbe l'indagine, dovendosi a questo punto ulteriormente individuare la disciplina da applicare a questa mediazione sconosciuta al codice.

L'assimilazione del broker al prestatore d'opera in-

Note:

(43) De Gennaro, *I contratti misti*, cit., 112; Cataudella, *La donazione mista*, cit., 37; Giorgianni, *Negozi giuridici collegati*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1937, 290; Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1969, 402.

(44) «Per accertare la natura giuridica di un negozio complesso, nel quale siano commisti e combinati elementi dell'appalto ed altri della vendita, occorre seguire il criterio della prevalenza tra le prestazioni pattuite ed il negozio deve essere assoggettato alla disciplina unitaria dell'uno o dell'altro contratto sulla base della prevalenza degli elementi che concorrono a costituirlo: il fattore decisivo per stabilire tale prevalenza è l'interesse dei contraenti» (Cass., 9 gennaio 1997, n. 99, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1998, I, 17, con nota di Avolio).

(45) La giurisprudenza afferma con orientamento costante che il criterio da seguire nell'interpretazione di un negozio giuridico complesso è quello della prevalenza fra le prestazioni pattuite, e che tale prevalenza è data dall'interesse che ha mosso le parti. In questo senso Cass. 24 luglio 2000, in *Contratti*, 2001, 118, con nota di Timpano; Cass. 29 maggio 1998, n. 5322, in *Giur. it.*, 1999, 249; Cass. 9 gennaio 1997, n. 99, cit.; Cass. 19 aprile 1997, n. 3395, in *Riv. not.*, 1998, 245; Cass. 24 gennaio 1992, n. 811, in *Giust. civ.*, 1993, I, 1305; Cass. 26 aprile 1984, n. 2626, in *Giur. it.*, 1985, I, 1, 500.

La preferenza che la giurisprudenza accorda al criterio dell'assorbimento va ricondotta alla sopra ricordata mentalità tipizzante dei giudici che, in materia contrattuale, fanno di tutto per ricondurre ogni fattispecie a un tipo legale (De Nova, *Il tipo contrattuale*, cit., 21).

(46) Giordano, *Il contratto «atipico» di brokeraggio*, cit., 770; Radice, *La disciplina applicabile al contratto misto a donazione*, cit., 656; Roppo, *Il contratto*, Milano, 2001, 428.

(47) Secondo l'interpretazione tradizionale, il prestatore d'opera intellettuale si obbliga semplicemente a tenere un determinato comportamento, a compiere cioè una serie di atti orientati alla realizzazione di un risultato sperato dal cliente, senza però potersi concludere che, secondo l'insegnamento tradizionale, possa essere ritenuto responsabile qualora questo risultato non venga raggiunto o non lo sia nella forma prevista. Per la parzialità di questa descrizione, vedi *infra*.

(48) Sacco, *Autonomia contrattuale e tipi*, cit., 793; Id., *Obbligazioni e contratti*, cit., 442; De Nova, *Il tipo contrattuale*, cit., 21.

telle, invece, è la via che tra le due soddisfa maggiormente, ma lascia comunque delle riserve perché, come condivisibilmente sottolineato dalla sentenza in commento, gli indici che emergono dalla legge 792/84 e dalla disciplina codicistica delle prestazioni intellettuali vanno in tutt'altra direzione.

La prestazione di servizi del broker

Esiste dunque una corrente dottrinale e giurisprudenziale in forza della quale il broker sarebbe un professionista intellettuale. Si è detto anche che allo stesso risultato si può arrivare sia riconducendo il brokeraggio direttamente al tipo contratto d'opera intellettuale, sia considerandolo un contratto misto in cui prevalga la causa della prestazione intellettuale. Non resta che vedere se questa posizione sia sostenibile, e in caso di risposta negativa cercare nuove soluzioni per qualificare l'attività del broker.

I sostenitori della tesi della professione intellettuale fanno leva essenzialmente su due argomenti: innanzitutto l'introduzione - ad opera della legge 792/1984 - dell'albo dei brokers (49), ritenuta tipica manifestazione dell'intellettualità della professione; inoltre, il requisito della stipula di una polizza di assicurazione della responsabilità civile per negligenze od errori «professionali» ai fini dell'iscrizione all'albo, nonché il meccanismo sanzionatorio di cui all'art. 9 della stessa legge - in cui la tipologia delle sanzioni disciplinari e i criteri di valutazione dell'illecito sono quelli tipici delle libere professioni intellettuali - si ritengono argomenti ulteriori a sostegno della tesi.

Può innanzitutto dirsi che l'argomento dell'albo non è fondante (50). Da un lato, infatti, riservandosi la legge il compito di determinare per quali professioni intellettuali è necessaria l'iscrizione in appositi albi o elenchi (art. 2229), ne deriva che per legge vi possono ben essere professioni intellettuali sprovviste del relativo albo; dall'altro, come giustamente rilevato dai giudici di secondo grado, l'esistenza dell'albo non è di per sé indizio sufficiente per desumerne il carattere intellettuale di un'attività, quando manca l'autonomia del presunto ordine professionale nella formazione dell'albo e nell'irrogazione delle sanzioni. E i brokers, non a caso, sono soggetti al controllo dell'ISVAP.

Ma anche a non voler considerare tutto ciò, pare dirimente sottolineare la natura tendenzialmente «bifronte» che può avere l'introduzione di un albo per una professione (51): può infatti leggersi come un segno di benevolenza legislativa verso la chiusura corporativa di chi la esercita, o come un'esigenza di garanzia di serietà professionale che lo Stato sente di dover assicurare ai potenziali fruitori delle loro prestazioni.

La prima chiave di lettura è certamente da risolversi alla previsione degli albi per le professioni liberali classiche, come quelle dei medici, avvocati, notai: siamo nel campo delle *operae liberales* della tradizione, alle quali si riferisce la normativa di speciale privilegio det-

tata agli artt. 2229 ss. soprattutto in materia di responsabilità (art. 2236 c.c.) e di compenso (art. 2233 c.c.). Queste stesse disposizioni non possono invece essere indiscriminatamente estese a qualsiasi professione per la quale il legislatore abbia previsto un albo, nel caso in cui questa previsione sia stata dettata più da esigenze di fede pubblica che non di tutela della categoria: il che è per l'appunto quel che è avvenuto per i brokers (52).

Va insomma riletta la posizione di quegli autori che interpretano l'intellettualità di cui all'art. 2229 c.c. semplicemente come non manualità, in modo da estendere l'ambito di questa norma oltre le professioni protette, fino a ricomprendervi tutto il settore del cosiddetto «terziario» nel quale va di diritto iscritta la prestazione del broker.

Si vuole cioè dire che il broker, non potendosi considerare un professionista intellettuale per i rilievi appena esposti, sarà piuttosto da considerare un prestatore di servizi: nella forma del contratto d'opera (art. 2222 c.c.) nel caso non sia imprenditore - o sia un imprenditore «piccolo» - o in quella dell'appalto (art. 1655 c.c.) in caso contrario (53).

Che del resto il broker non eserciti una professione intellettuale può ulteriormente desumersi dal fatto che

Note:

(49) È interessante notare l'importanza riservata da Partesotti all'introduzione dell'albo. L'Autore, infatti, nel commento alla circolare del Ministero dell'Industria 3 febbraio 1985, n. 502 (*La posizione dei produttori liberi di assicurazione dopo la legge istitutiva dell'albo dei brokers*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1986, 572) qualifica il broker come professionista intellettuale, quando in passato l'aveva definito mediatore (*Gli intermediari di assicurazione*, cit.).

(50) Schiano di Pepe, *Brokeraggio assicurativo, intermediazione, impresa di servizi*, in *Assicurazioni*, 1987, 1, 332: «L'iscrizione in determinati albi o ruoli in questo caso, come già prima nel caso degli agenti di assicurazione (l. 7 febbraio 1979, n. 48), costituisce un requisito per il lecito esercizio di una attività e non una trasfigurazione della stessa (...)».

(51) Bin, *Per un adeguamento della disciplina giuridica alla realtà economica*, cit., 543: «Non bisogna infatti trascurare la tendenza, bifronte ed ambivalente (garanzia di serietà professionale *versus* chiusura corporativa), ma sicura ed irreversibile, dello Stato ad intervenire disciplinando un numero sempre crescente di attività «professionali». Tale tendenza fa sì che la sfera delle c.d. professioni «protette» venga oggi ampliandosi notevolmente: rendendo palese quanto sarebbe assurda e distorsiva l'idea di un'applicazione delle norme di cui agli artt. 2229 ss. codice civile anche solo a tutti i «servizi» corrispondenti a lavori «intellettuali» che in quella sfera rientrano».

(52) Si legga del resto quanto sostiene Bonilini, *Commentario* a cura di Partesotti, cit., 743, che pure è il maggiore sostenitore della tesi della prestazione intellettuale: «In definitiva, l'istituzione di questo nuovo albo appare convincente dal momento che la restrizione apportata all'esercizio dell'autonomia privata non si giustifica solamente nel disegno di protezione della categoria; al contrario, l'iscrizione nello stesso albo tende al fine, comune a tutte le iscrizioni agli albi, di certezza critica volto a tutelare la fede pubblica. Anche con l'accertamento della preparazione tecnica degli aspiranti all'iscrizione si può proteggere la categoria degli assicurandi; la legge in commento (792/1984, n.d.r.) è dichiaratamente volta alla loro protezione».

(53) Bin, *Broker di assicurazione*, in *Contr. e impr.*, 1985, 538; Id., *Brokers: per un adeguamento della disciplina giuridica alla realtà economica*, in questa *Rivista*, 1985, 5, 543; Schiano di Pepe, *Brokeraggio assicurativo, intermediazione, impresa di servizi*, cit., 320.

la sua attività comporta un rischio imprenditoriale, dato incompatibile con la disciplina degli artt. 2229 ss. c.c.

Anche la sentenza che si annota, infatti, nell'escludere il carattere intellettuale dell'attività del broker sottolinea come la presenza di un rischio imprenditoriale possa desumersi da molteplici indici: l'art. 4 lett. f) e l'art. 5 lett. g) della legge 792/1984 richiedono infatti, per ottenere l'iscrizione nell'albo, che il broker o la società di brokeraggio deve «avere aderito al fondo di garanzia costituito nell'ambito del Ministero dell'industria, del commercio e dell'artigianato per risarcire gli assicurati e le imprese di assicurazione dei danni derivanti dalla propria attività e non garantiti dalla polizza di cui alla successiva lett. g) dell'art. 4 (n.d.r.)...»; ai medesimi fini l'art. 4 lett. g) e l'art. 5 lett. f) stabiliscono che il broker o la società di brokeraggio devono «avere stipulato con almeno cinque imprese, non appartenenti allo stesso gruppo finanziario, in coassicurazione, una polizza di assicurazione della responsabilità civile per negligenza od errori professionali...» (54).

Ma se è vero che è lo stesso legislatore a registrare tale rischio imprenditoriale, diventa allora insostenibile la tesi dell'assimilazione del broker al professionista intellettuale. Non che si voglia negare l'esistenza di profili di intellettualità nella sua prestazione, «richiedendosi in chi la esercita specifiche ed approfondite conoscenze di economia, tecnica e diritto delle assicurazioni, ma l'esercizio di attività intellettuale è compatibile con quello di attività commerciale, solo che l'elemento organizzativo riveste carattere funzionale ed esterno, diversamente da quanto avviene nell'esercizio delle attività intellettuali, nelle quali l'elemento organizzativo, se sussistente, ha carattere strumentale e interno» (55).

Conclusioni

Riportando quanto sin qui detto al caso in esame, la sentenza della Suprema Corte risulta pienamente condivisibile nel momento in cui nega che il broker abbia natura di libero professionista: questi esercita effettivamente una impresa commerciale che gli dà diritto, in caso di cessazione del rapporto di locazione relativo all'immobile adibito all'attività, all'indennità per la perdita dell'avviamento (art. 34 legge 392/1978).

Non altrettanto condivisibile è la conseguenza che se ne fa discendere in maniera necessitata, ovvero sia che l'oggetto di questa impresa commerciale sia l'esercizio di una semplice attività di mediazione.

Si è detto, infatti, che la prestazione del broker presenta caratteristiche inconciliabili con il rapporto di mediazione descritto dal codice (innanzitutto per quanto riguarda il requisito dell'imparzialità), e si è proposto di ricondurla piuttosto nelle fattispecie della prestazione di servizi (nella forma del contratto d'opera o dell'appalto), il che consentirebbe di salvaguardare la natura commerciale dell'impresa del broker senza restare imbrigliati nelle strette maglie della mediazione.

Questa affermazione merita qualche ulteriore preci-

sazione, soprattutto al fine di sottolineare gli indubbi profili di intellettualità della professione di cui ci si occupa.

L'interpretazione che si è proposta consente infatti di ricondurre il contratto di brokeraggio nell'area di quelle prestazioni professionali intellettuali che la giurisprudenza ha già qualificato come imprese di produzione di servizi, consentendo di superare la tradizionale e (ritenuta) invalicabile distinzione tra prestazione d'opera intellettuale e appalto. Si pensi al contratto di pubblicità (56), a quello stipulato con un'agenzia turistica per l'organizzazione di un viaggio organizzato (57), ai contratti di *engineering* (58).

Soprattutto la giurisprudenza formatasi su questi ultimi consente forse di dare la collocazione più soddisfacente alle varie fasi in cui si articola la prestazione del broker.

In particolare, sulla scorta delle suggestioni dottrinali la giurisprudenza è arrivata a distinguere un contratto di *consulting engineering* (che ha ad oggetto la semplice elaborazione del progetto), uno di *commercial engineering* (in cui ci si impegna anche a controllare l'esecuzione e spesso l'amministrazione delle opere progettate), e infine un contratto di *engineering clé en main* (che comporta la semplice esecuzione di un progetto da altri predisposto).

Nel tentativo di tipizzare non già il contratto di brokeraggio tout court, ma le singole prestazioni (59) che in astratto può assumere un qualsiasi «mediatore di assicurazioni», tanto per utilizzare l'atecnica definizione legislativa, potrebbe allora dirsi che: 1 - quando si impegna semplicemente a prestare una consulenza, probabilmente il «mediatore» va considerato un professionista intellettuale, con tutte le conseguenze che ne derivano

Note:

(54) Alpa-Forlino, *Broker*, cit., 367.

(55) Cass. 6874/2003 in commento. Il riferimento immediato è a Alpa-Forlino, *Broker*, cit., 367-8, il quale a sua volta si riferisce a Cardani, *L'accertamento dell'idoneità professionale dei mediatori di assicurazione alla luce della legge n. 792/1984 del D.M. 26-7-1985*, in *Dir. e pratica ass.*, 1986, 451 ss., nonché a Casanova, *Impresa e azienda*, Torino, 1970.

(56) Cass., 16 marzo 1988, n. 2474, in *Giust. civ.*, 1988, I, 1704.

(57) Cass., 4 giugno 1991, n. 6306, in *Foro it.*, 1991, I, 3060, con nota di Pardolesi.

(58) Cass., 20 febbraio 1985, n. 566, in questa *Rivista*, 1985, 5, 518, con nota di Carbone, *Le società di engineering hanno piena cittadinanza nel sistema giuridico italiano*; Cass., 6 dicembre 1986, n. 7265, in *Foro it.*, 1987, 1125, pubblicata insieme a App. Milano, 21 maggio 1985, con nota di Mantione.

(59) La proposta di tipizzare non già il contratto concreto, ma le concrete prestazioni assunte dal broker viene da Giordano, *Il contratto atipico di brokeraggio*, cit., 778: «Più corretto sarebbe pertanto individuare la disciplina applicabile alla singola prestazione concreta derivandola (non per "conformità") ma per analogia dal tipo legale in cui detta prestazione è caratterizzante, attraverso un procedimento di tipizzazione delle prestazioni. A tal fine però il criterio per la scelta della disciplina applicabile al contratto concreto non può che essere quello della affinità fra la funzione che ogni singola prestazione assume nel contratto concreto (di brokeraggio) e la funzione che quella stessa prestazione ha nel contratto tipico più vicino».

in termini di regime attenuato della responsabilità (art. 2236 c.c.), ma senza che gli possa essere riconosciuta l'indennità per la perdita dell'avviamento (artt. 34 e 35 legge 392/1978); 2 - nel caso in cui si obblighi anche a ricercare l'impresa di assicurazioni che meglio risponda al piano di gestione dei rischi da egli stesso elaborato, assistendo le parti anche nella stipulazione del contratto (si obblighi cioè a dare esecuzione al parere prestato), dovrebbe rientrarsi in pieno nella descrizione del broker fatta dall'art. 1 legge 792/1984, e questo «servizio» potrebbe essere l'oggetto di un contratto d'opera o di un appalto, come già detto (e gli spetterebbe l'indennità per la perdita dell'avviamento, esercitando attività commerciale); 3 - l'assunzione, infine, del compito di gestire polizze già stipulate, dovrebbe invece restare al di fuori del brokeraggio vero e proprio, per configurarsi come un normale rapporto di mandato, in genere con rappresentanza.

Alla luce della riconduzione del brokeraggio nell'ambito della prestazione di servizi, possono risolversi anche gli ulteriori problemi normalmente prospettati in dottrina.

Il metro di valutazione dell'inadempimento del broker sarà, a questo punto, quello dell'ordinaria diligenza (art. 1176 c.c.), senza il privilegio della limitazione della responsabilità del professionista ai casi di dolo o colpa grave (art. 2236 c.c.): va comunque detto che sotto questo profilo le differenze tra professionisti intellettuali e «materiali» vanno sdrammatizzate, se da un alto si tiene conto dell'orientamento giurisprudenziale (60) che fa carico al professionista di provare l'esistenza dei problemi tecnici di speciale difficoltà cui è subordinata l'attenuazione di responsabilità di cui all'art. 2236 c.c., restando altrimenti la responsabilità del prestatore d'opera intellettuale regolata dall'art. 1176 c.c.; e dall'altro dell'opinione che sta lentamente affiorando tra i giudici (61) di considerare anche le obbligazioni a un *facere* specifico assunte da un avvocato come obbligazioni di risultato, ulteriore motivo di attenuazione delle differenze rispetto alle tradizionali prestazioni (di risultato, appunto) che si ritiene discendano da un appalto di servizi (62).

Quanto invece al dovere di buona fede (art. 1337 c.c.) che incombe sul broker nelle trattative, va recisamente scartata - in quanto incompatibile col ruolo di consulente fiduciario della parte assicuranda - la possibilità di applicare l'art. 1759 c.c. (63) dettato con riferimento alla mediazione (64).

Piuttosto, mentre nei confronti del suo cliente risponderà di eventuali inadempimenti contrattuali, eventualmente legate alla stipulazione di una polizza sconveniente, nei confronti dell'impresa assicuratrice sono configurabili due ipotesi: 1 - il broker è rappresentante del suo cliente, e allora l'eventuale reticenza del broker (i cui stati soggettivi saranno quelli rilevanti ex art. 1391 c.c.) (65) produrrà effetti nella sfera dell'assicurando con le conseguenze di cui agli artt. 1892-1893

c.c. (66); 2 - in mancanza di procura il broker sarà da considerarsi un terzo, il cui raggio, se conosciuto dall'assicurando, potrà portare all'annullamento del contratto (art. 1439, comma 2, c.c.) o al risarcimento del danno qualora le parti lo avrebbero semplicemente concluso a condizioni diverse (art. 2043 c.c.) (67).

Note:

(60) Rossi, *Obblighi di informazione e responsabilità del broker*, in *Foro it.*, 1993, I, 577. In giurisprudenza vedi per tutte Cass., 14 novembre 2003, n. 16023, in *Danno e resp.*, 2003, 256 ss., con nota di Fabrizio-Salvatore.

(61) Cass., 14 novembre 2002, n. 16023, cit.; Cass. 14 agosto 1997, n. 7618, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1998, I, 894, con nota di Martini. La dottrina è invece già arrivata da tempo a questa conclusione (Musolino, *La responsabilità civile del professionista e la distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi con particolare riguardo all'ingegnere e all'architetto*, in *Riv. trim. app.*, 1989, 735).

(62) Più in generale, sulla necessità di riconsiderare la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato, vedi il classico lavoro di Mengoni, *Obbligazioni di «risultato» e obbligazioni di «mezzi»*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, 185 ss., 280 ss., 366 ss..

(63) Sull'opportunità di integrare gli obblighi imposti da questa norma alla luce della clausola generale della correttezza (art. 1175-1375 c.c.), vedi Mariconda, *Gli obblighi di informazione del mediatore*, in questa *Rivista*, 1999, 12, 1498.

(64) «Il mediatore deve comunicare alle parti le circostanze a lui note, relative alla valutazione e alla sicurezza dell'affare, che possono influire sulla valutazione di esso» (art. 1759 c.c.). La tesi della inapplicabilità al broker dell'art. 1759 è stata inizialmente sostenuta da Lombardo, *Considerazioni sulla posizione giuridica del broker in Italia*, in *Dir. e pratica ass.*, 1971, 518, secondo il quale il broker risponderà verso la compagnia di assicurazione entro il limite della buona fede stabilito in generale dall'art. 1375 c.c. e quindi, in pratica, basterà che il broker partecipi all'impresa assicuratrice il vincolo che lo lega all'assicurando per venire esonerato dall'obbligo di comunicazione previsto dall'art. 1759 c.c.. Nello stesso senso Bin, *Per un adeguamento della disciplina giuridica alla realtà economica*, cit., 544.

Anche due sentenze di merito evitano di ricollegare la responsabilità del broker all'art. 1759 c.c.: App. Bologna, 18 luglio 1992, in *Foro it.*, 1993, I, 577; Trib. Milano, 17 luglio 1989, in *Foro it. Rep.*, voce *Mediazione*, n. 11.

(65) Trabucchi, voce *Dolo*, in *Noviss. dig. it.*, 152: «Per contraente, secondo la dottrina dominante, anche come autore del raggio, deve intendersi colui che presta la propria attività di volere per la formazione del consenso: e quindi nel caso di contratto rappresentativo sarà causa di annullamento il dolo che provenga dal rappresentante».

(66) Che, come è noto, derogando alla disciplina generale dei contratti prevedono un potere di agire per l'annullamento o un diritto di recesso in capo all'assicuratore a seconda che le inesattezze o le reticenze siano o meno state frutto di dolo o colpa grave.

Per una ricostruzione giurisprudenziale dell'operatività degli artt. 1892 e 1893 c.c., vedi Cass., 19 maggio 1989, n. 2396, in questa *Rivista*, 1989, 9, 979, con nota di Anelli.

Per una proposta di inquadramento dogmatico, Visintini, *La reticenza nel contratto di assicurazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, I, 423; Grisi, *L'omessa o inesatta informazione precontrattuale nella disciplina del contratto di assicurazione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1990, 767.

(67) Bin, *Per un adeguamento della disciplina giuridica alla realtà economica*, cit., 544, sostiene che le norme di cui agli artt. 1892 e 1893 c.c. vadano applicate anche in caso di mancanza di procura, «sia per una doverosa interpretazione estensiva (o analogica) dell'art. 1391 c.c., sia per la concomitante influenza del principio ricavabile dall'art. 1228 Codice civile». Vedi anche Bin, *Informazione e contratto di assicurazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, 727; Visintini, *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, 1972, 285 ss.

In giurisprudenza, vedi Cass. 18 luglio 2002, n. 10403, in *Danno e resp.*, 2003, 537, in materia di responsabilità civile delle società di revisione.