

Capitolo I
Le assicurazioni a presidio della legalità:
introduzione

Diana Cerini

SOMMARIO: 1. L'attività assicurativa nella società: un'evoluzione dalla conquista della liceità alla diffusione globale. – 2. L'assicurazione come presidio della legalità? – 3. Dalla legalità alle scelte etiche nelle assicurazioni. – 4. Il presidio della legalità a fronte del declino della distinzione tra “pubblico” e “privato”. – 5. Il *vulnus* alla legalità ad opera di fenomeni disonesti e corruttivi ed il (possibile) ruolo della componente assicurativa.

1. *L'attività assicurativa nella società: un'evoluzione dalla conquista della liceità alla diffusione globale*

Se è vero che l'attività assicurativa ha sempre avuto un'intima connessione con il tessuto economico e sociale e, sin dalle sue origini, è intervenuta per supportare i privati nei momenti di maggiore difficoltà, ossia ogniqualvolta un evento infausto ne turbasse i progetti al realizzarsi di un sinistro, la fase di trasferimento dei rischi di terzi sull'impresa assicuratrice e la gestione professionale di tali rischi (che ha coinciso con la nascita dell'assicurazione in senso moderno) le ha consentito, lungo l'arco dei suoi quasi sette secoli d'età (volendo fissare la data del 1343¹ per la prima polizza), di farsi reticolato, spesso occulto, delle dinamiche sociali più diversificate e di divenire condizione ineliminabile e motore dello sviluppo economico. Tale radicamento e la *vis expansiva* dell'assicurazione sono ben testimoniati dall'emissione di sempre nuove coperture pronte a fronteggiare ed assorbire rischi inediti e dalla loro diffusione in tutte le economie emergenti ed in transizione². È

¹ La data coincide con la prima polizza di cui si ha notizia: ad essere più precisi, si tratterebbe del 20 febbraio 1343, quando fu emessa la copertura per il trasporto di dieci balle di stoffa da Pisa verso la Sicilia. Lo riporta F. MELIS, *Origini e sviluppo delle assicurazioni in Italia (Secoli XIV-XVI)*, Roma, 1975.

² Sul ruolo sociale dell'assicurazione si vedano sin d'ora M. ALBERT, *Le rôle économique et so-*

altrettanto vero, però, che nel XXI secolo l'attività assicurativa ha compiuto un ulteriore scarto, assumendo connotati e funzioni che, ancora più marcatamente di quanto già avveniva in passato, la collocano tra gli strumenti di presidio della legalità e, più in generale, volti alla realizzazione di obiettivi sociali superiori, che vanno ben oltre il fine di ristorare il singolo per i danni subiti. Fare assicurazione oggi significa, infatti, assumere il ruolo di partner del pubblico sino, spesso, a sostituirsi ad alcune delle funzioni tradizionalmente svolte dal pubblico. L'accentuazione della vigilanza sul settore assicurativo testimonia apertamente questo ruolo dell'assicurazione nella società.

Come ed in che modo è avvenuta tale evoluzione? Soffermarsi sul percorso evolutivo dell'attività assicurativa, seppur in modo sintetico, è essenziale per comprendere come si sia giunti al momento attuale, nel quale i professionisti dell'assicurazione svolgono un ruolo di primo piano nell'affiancare i *policy makers* ed i regolatori nell'individuazione di soluzioni e strategie per il contrasto all'illegalità, tanto nel settore degli appalti e dei contratti pubblici quanto in altri settori organizzativo-economici. Per rispondere a tale fine, è utile ripercorrere alcune tappe evolutive della storia delle assicurazioni.

A tal proposito, si è già detto come l'attività assicurativa, da secoli presente nella storia europea³, consente il trasferimento del rischio a soggetti professionali (le imprese di assicurazione) al fine di realizzarne una corretta ed efficiente gestione per migliorare la vita degli individui e delle imprese. L'esigenza di sicurezza e di protezione che, come noto, gli economisti misurano in termini di "*risk aversion*" (o avversione al rischio)⁴ è inversamente proporzionale alla propensione ad assicurarsi; la combinazione tra tali due elementi è cruciale per l'espansione delle formule

cial de l'assurance, in F. EWALD-J.H. LORENZI (eds.), *Encyclopédie de l'assurance*, Paris, 1998, pp. 18-24; M. CLARKE, *Policies and perceptions of insurance*, Cambridge, 2005; sul ruolo attuale dell'assicurazione cfr. H. HEISS, *Insurance Contract Law Between Business Law and Consumer Protection*, in *General Reports of the XVIIIth Congress of the International Academy of Comparative Law/Rapports Généraux du XVIII^{ème} Congrès de l'Académie Internationale de Droit Comparé*, 2011, pp. 335-353; D. DRECHSLER-J.P. JUTTING, *Private Health Insurance in Low and Middle-Income Countries. Scope, Limitations, and Policy Responses*, paper a cura di OECD Development Centre "Le Seine St Germain", March 2005; J.P. PLATTEAU-D.UGARTE ONTIVEROS, *Understanding and information failures: lessons from a health microinsurance program in India*, ILO Research paper no. 29, 2014, *passim*; D. CERINI, *Micro in Macro: the role of private health insurance in BRICS*, in *Federalismi.it*, 2/2014.

³ L'Italia è, in particolare, culla del fenomeno assicurativo moderno. Per alcune letture in argomento cfr. A. LA TORRE, *L'assicurazione nella storia delle idee: l'assicurazione come risposta giuridica al bisogno economica di sicurezza: ieri e oggi*, II ed., Milano, 2000; G. FANELLI, *Le assicurazioni*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di A. Cicu-F. Messineo, vol. XXXVI, Milano, 1973, pp. 65-136; CAIZZI, *Assicurazione ed economia nell'età moderna*, in AA.VV., *L'assicurazione in Italia fino all'unità*, Milano, 1975.

⁴ D. KAHNEMAN-A. TVERSKY, *Prospect Theory: An Analysis of Decision Under Risk*, in *Econometrica*, vol. 47, n. 2, 1979, pp. 263-291.

di assicurazione volontaria. In mancanza di un obbligo di assicurarsi, infatti, la diffusione dell'assicurazione dipende dalla stretta interazione tra fattori percettivi, sociali, culturali ed emozionali oltre che tecnico-economici (relativi dunque al costo ed alla prestazione offerta) che inducono gli individui a scegliere la via assicurativa ed a preferirla alla non assicurazione ovvero all'autoassicurazione. Nel tempo, l'attività assicurativa che nacque proprio sulle fondamenta delle più risalenti soluzioni mutualistiche (a) è divenuta un partner essenziale dello Stato per realizzare obiettivi superindividuali e, non da ultimo, per essere essa stessa presidio della legalità in molti settori dell'economia e del mercato (b, c).

a) *La legittimazione dell'attività assicurativa privata e professionale*

L'assicurazione, così come essa si caratterizza in senso moderno, affonda le sue radici in quello spirito di "mutuo soccorso" avvertito sin dalle comunità più antiche, fondato su vincoli di tipo tribale o familiare. Nel medioevo si passò, poi, all'affermarsi delle c.d. *gilde*, in cui gli associati ponevano in comune i rischi di incendio e di naufragi. Un altro esempio è la *colonna* creata per fronteggiare i rischi nel trasporto marittimo.

La configurazione di una volontaria assunzione di rischi gravanti su soggetti estranei al "gruppo" di riferimento si ricollega, più da vicino, al c.d. *foenus nauticum*: in tale schema una persona mutuava una somma di denaro, a interesse elevato, ad un commerciante, il quale aveva poi l'obbligo di restituzione e da tale obbligo era esonerato solo nel caso in cui la nave o il carico andassero perduti per naufragio o per altra causa. Si era, pertanto, in presenza di mutuo unitamente ad una causa "assicurativa".

L'importanza del *foenus nauticum* è, quindi, rappresentata dal passaggio da un sistema basato sull'associazione di più soggetti esposti ad un medesimo rischio (da cui ebbe origine, in tempi successivi, la *mutua assicurazione*) ad un sistema di trasferimento del rischio su un terzo, ossia il *soggetto assicuratore*.

Se questi sono gli scenari offerti come metodo per fronteggiare il rischio, la nascita dell'assicurazione nell'accezione moderna si deve alla trasformazione dell'operazione di assunzione del rischio da accordo "isolato" a soluzione sistematica, nella quale si delinea la figura di colui che *professionalmente* assume i rischi a fronte del pagamento di un premio. Dalla diffusione di tale pratica deriva, altresì, la "contrattualizzazione" dello schema assicurativo, a ridosso del XIV secolo: è da tale periodo che gli storici del diritto riscontrano l'esistenza di veri e propri "usi assicurativi", in base ai quali le parti, di cui una era "solita" assumere il rischio in cambio del versamento di una somma di denaro chiamata *premio*, elaboravano un documento (*apodixia* = polizza) che veniva a rappresentare gli obblighi rispettivamente assunti. Sarà, infatti, dalla fusione delle caratteristiche di tali due modelli che prenderà vita l'assicurazione in senso moderno, in base alla quale l'assicuratore

assume una pluralità di rischi omogenei in modo da soddisfare il requisito della mutualità, seppur accompagnata, questa volta, dallo scopo lucrativo. Si trattò di un passaggio fondamentale perché a quel punto l'assunzione del rischio veniva a spogliarsi del vincolo della comunanza (rappresentato dallo scopo mutualistico) ovvero dello spirito di carità (che connotava le opere pie intrise della componente religioso-cristiana). Ed è ben noto come per un non breve periodo la stessa moralità, e legittimità, di tale operazione economica fu posta in dubbio. Ciò avvenne sia perché nel contempo anche lo Stato iniziò ad occuparsi delle sventure dei privati appropriandosi dell'idea di beneficenza, che divenne assistenza, sia perché al di fuori dell'esperienza della mutualità si ravvide una componente immorale nel fatto che, per fini lucrativi, si gestisse la (e si lucrasse sulla) sfortuna altrui. Fu così che l'affermarsi dell'assicurazione in senso moderno dovette destreggiarsi tra le maglie del divieto di scommessa e di usura sino a riconoscere la valenza socio-economica del "rischio contrattato"⁵.

Gli è che, in ogni caso, l'assicurazione si diffuse sempre più, sottraendo spazi prima occupati da quella forma di mutualità dalla quale aveva avuto origine (e che oggi, peraltro, appare in via di recupero). E proprio la diffusione delle pratiche assicurative su tutto il continente europeo, così come l'emersione di coperture per nuovi rischi ("rami") e la necessità di un rigore tecnico rafforzato per la gestione economica sottostante, posero ben presto l'urgenza di una regolamentazione dell'attività assicurativa: si ebbe, così, il passaggio dalla *lex mercatoria*, quale unica fonte eteronoma rispetto alla convenzione, a controlli e regole di fonte locale. L'affermarsi dello Stato moderno e la sua pretesa al monopolio del diritto ridusse ancor di più lo spazio della *lex mercatoria*, pur assorbendone molti contenuti. Tra le prime normative di riferimento si ricorda l'*Ordonnance de la Marine* del 1682, approvata in Francia ed avente ad oggetto la disciplina dell'assicurazione marittima, ritenuta essenziale per la sopravvivenza del commercio per mare⁶.

Le codificazioni italiane degli Stati preunitari seguirono prevalentemente la soluzione francese, evitando la configurazione di una autonoma disciplina per singoli rami assicurativi, ad eccezione delle assicurazioni dei rischi per mare. Fu solo con il codice di commercio del 1882 che si arrivò all'introduzione di indicazioni più puntuali riferite alle diverse categorie di rischio.

Questo rapido *excursus*⁷ conferma come con il passare dei secoli l'assicurazione

⁵ Presuntuoso sarebbe illustrare analiticamente in questa sede tali passaggi, che restano magistralmente esposti da LA TORRE, che sull'idea del "rischio contrattato" si sofferma ampiamente in *L'assicurazione nella storia delle idee*, cit., in particolare p. 40 ss.

⁶ L'interesse per l'assicurazione marittima rimase, peraltro, una costante preoccupazione del legislatore francese che mantenne una disciplina autonoma per l'assicurazione dei rischi del mare anche nella successiva legislazione speciale; l'esempio fu seguito in altri Stati, Italia compresa.

⁷ Si veda anche, volendo approfondire, E. DE SIMONE, *Breve storia delle Assicurazioni*, Milano,

ne, da strumento osteggiato, in quanto assimilato alla scommessa, sia stata riconosciuta come strumento non solo utile per i consociati, ma addirittura essenziale per la gestione dei rischi delle società moderne e contemporanee.

La dimensione assicurativa si è, peraltro, declinata per lungo periodo in una sfera prevalentemente privata; come sopra ricordato, anche le legislazioni europee in materia sono intervenute nel rapporto contrattuale assicurativo con prudenza e, a partire dalle codificazioni del XVIII e XIX secolo, al solo fine di meglio regolamentare la posizione delle parti.

b) *I secoli XX-XXI: nuovi rischi, nuove funzioni*

A partire dal XX Secolo e, in particolare, dalla seconda metà del Novecento, lo strumento assicurativo iniziò ad assumere un ruolo preponderante in un'ottica "ultra-privatistica". Ciò fu dovuto non solo all'emersione del fenomeno consumeristico che ha caratterizzato gli ultimi decenni del Secolo e che ha attratto gran parte della riflessione sulle dinamiche evolutive e disciplinanti l'assicurazione (tanto da farne un argomento privilegiato del diritto dei consumatori insieme all'analisi dei servizi finanziari di natura bancaria e creditizia) ma, anche, per il diverso ruolo che l'assicurazione è venuta via via a svolgere nella società su sollecitazione dello stesso regolatore pubblico.

Se è vero che, in ultima analisi, lo Stato resta, seppur in misura diversa nei diversi sistemi giuridici ed economici, *the ultimate risk taker*⁸ per una molteplicità di scenari, è altrettanto vero che le assicurazioni diventano fondamentali *partners* di quello stesso Stato nella gestione del rischio, nella realizzazione di programmi di *welfare* (dunque in chiave di assistenza e previdenza) ma anche nella prevenzione e nel funzionamento dei settori della responsabilità civile e delle dinamiche risarcitorie. Il Secolo XX vede, del resto, l'esplosione del numero delle assicurazioni obbligatorie⁹. La presenza, o l'assenza, della componente assicurativa – nonché la configurabilità di rischi *assicurabili* sul piano tecnico-attuariale – assume così, a sua volta, un ruolo determinante nell'orientare le scelte del legislatore nei settori della responsabilità civile così come nei modelli e nelle soluzioni previdenziali ed assistenziali.

Tale ruolo si accentua nel XXI secolo. In buona sostanza, il ruolo "*pubblico*" degli assicuratori li vede innanzitutto come delegati ad essere presenti in una serie di situazioni nuove, come dimostra la crescita costante del numero delle assicurazioni obbligatorie e la diffusione di garanzie assicurativo-fideiussorie in settori inediti¹⁰.

2003. L'Autore presenta un'evoluzione degli schemi assicurativi soffermandosi in particolare sull'Italia, dove l'assicurazione nacque, e sull'Inghilterra, dove maggiormente si sviluppò.

⁸ D.A. MOSS, *When all else fails: the government as the ultimate risk manager*, London, 2002.

⁹ D. RUBIN (eds.), *Compulsory Liability Insurance in European Legal Systems*, Vienna, 2016.

¹⁰ Cfr. D. CERINI, *Assicurazione e garanzia del credito*, Milano, 2003.

c) *La solidarietà «per contratto» nell'assicurazione*

A fronte di tale *primer* assicurativo, ai medesimi soggetti che offrono assicurazione (ovvero che intermediario il servizio assicurativo) si chiede sempre più spesso di promuovere comportamenti virtuosi coadiuvando lo Stato nel raggiungimento di obiettivi superiori¹¹. Tutto ciò condivide la concezione ben più ampia, in base alla quale la realizzazione degli obiettivi di solidarietà sociale non può concretizzarsi senza il contributo e l'impegno delle imprese. In alcuni sistemi giuridici, questo approccio si è declinato sul piano giusprivatistico mediante l'elaborazione di teorie sulla funzione sociale del contratto che, come noto, si affiancano alla teoria della tradizione civilistica continentale sulla causa del negozio giuridico.

Pertanto, senza indugiare in questa sede su tali interessanti percorsi di analisi, basterà ricordare come l'idea di utilizzare l'assicurazione per realizzare obiettivi ultraprivatistici (quali la solidarietà) fosse in realtà presente già nel Codice Civile, dove le norme del contratto trovano una evidente connessione ai valori costituzionali¹². Sarà sufficiente in tal senso pensare a norme generali sul funzionamento dell'assicurazione.

Ad esempio, l'art. 1900, comma 3, c.c., prevede che l'assicuratore (nonostante ogni patto contrario) sia obbligato per i sinistri conseguenti ad atti del contraente, dell'assicurato o del beneficiario, compiuti per dovere di solidarietà umana o nella tutela degli interessi comuni dell'assicuratore. La norma è di particolare efficacia, sia perché è totalmente inderogabile sia perché menziona sinistri conseguenti a atti che possono essere realizzati tanto dal contraente, quanto da tutti i soggetti il cui comportamento assume rilevanza ai fini dell'efficacia ed operatività della copertura assicurativa.

In analogo senso va la disciplina sull'obbligo di salvataggio, prevista dall'art. 1914 c.c. In tal caso la richiesta rivolta all'assicurato è di provvedere a fare tutto quanto possibile per evitare o diminuire il danno, così da ridurre l'impatto negativo sulla collettività; motivo per cui l'assicuratore è chiamato a contribuire al ristoro delle spese anche oltre il massimale garantito dal contratto. L'individuazione di un obbligo *ex lege* si configura come dovere dell'assicuratore di contribuire alla redistribuzione del rischio del salvataggio, che l'assicuratore inserisce poi tra i costi dei sinistri.

¹¹ Si rinvia ancora a F. EWALD, *L'État providence*, cit.; M. CLARKE, *Policies and perceptions of insurance law in the Twentieth First Century*, Cambridge University Press, Clarendon Law Series, London, 2005, ISBN 978-0-19-927330-0; D. COHEN, *Les Infortunes de la prospérité*, Paris, 1994, p. 29; P. PICARD, *Marchés d'assurance et solidarité*, in *Risques*, n. 45, mars 2001; D. CERINI, *Prodotti e servizi assicurativi. Distribuzione e intermediazione*, Milano, 2003, in particolare Capitolo I.

¹² G. ALPA, *Solidarietà*, in *Nuova giur. comm.*, 1994, p. 370. Si veda, in particolare, l'articolata riflessione presentata nello studio monografico di R. CIPPITANI, *La solidarietà giuridica tra pubblico e privato*, Perugia, 2010, in particolare con riferimento alle tematiche assicurative qui riprese si rinvia a pp. 13 ss.

In entrambi i casi previsti dagli artt. 1900 e 1914 c.c. si affida all'assicuratore un carico economico che mira ad incentivare comportamenti socialmente utili, che traducono in azioni l'idea di solidarietà, pur tenendo conto della duplice dimensione – di contratto e d'impresa – che governa sul piano tecnico l'assicurazione.

2. *L'assicurazione come presidio della legalità?*

Uno dei settori più recenti ed interessanti per scandagliare la propensione ad un ruolo "pubblico" dell'attività realizzata dalle assicurazioni è l'ausilio che esse possono offrire nel garantire la legalità¹³, nelle sue diverse dimensioni e sfaccettature. La legalità, come ben noto, è concetto ampio e ricco di anfibologie. Alcune di esse impingono al senso profondo del rispetto della, e della soggezione alla, legge quale principio cardine degli ordinamenti moderni, sin dalle origini della *rule of law* in Inghilterra e da lì divenuto caposaldo valoriale, oltre che giuridico, della *Western Legal Tradition*; altre ricadute applicative della legalità si legano a problemi oggetto della convivenza e del quotidiano: dalla frustrazione della legalità derivano piaghe sociali ed economiche correlate a comportamenti fraudolenti individuali, quali fenomeni corruttivi, riciclaggio e mancato rispetto delle normative di tutela e sicurezza sul lavoro, supporto economico al terrorismo; ma l'elenco completo sarebbe assai più lungo. In tutti questi casi le assicurazioni possono avere un ruolo importante ponendo in essere strategie preventive e soluzioni contrattuali volte a premiare i comportamenti virtuosi e, di converso, a sanzionare i comportamenti illegali.

a) *Gli assicuratori parte attiva per la riduzione dei fenomeni illegali e fraudolenti in r.c.a. in quanto vittime dirette*

Quando si pensa alla relazione tra assicurazioni e legalità viene immediatamente in rilievo il binomio assicurazione-frode e, in particolare, il dramma sociale ed economico delle frodi in r.c.a. e nel settore sanitario, rispetto alle quali l'Italia vanta non invidiabili primati, sebbene il problema sia assolutamente globale. In questo contesto, gli operatori del settore assicurativo, ed in particolare le imprese, sono innanzitutto vittime dell'illegalità. I motivi che hanno storicamente offerto fondamento all'insinuarsi di operazioni fraudolente a danno degli assicuratori (e di riflesso alla massa degli assicurati onesti, sui quali si ripercuote il maggior costo del

¹³ Nella sua accezione letterale legalità indica l'essere conforme alla legge e a quanto è da questa prescritto. La dimensione di legalità viene poi declinata in modo polisemico ed in riferimento ai vari settori dell'ordinamento, a partire dalla identificazione storica del principio di legalità inteso come limite del potere assoluto sino ad assumere una pluralità di significati.

servizio assicurativo) sono da ricollegarsi solo in parte al fatto che l'assicurazione è una operazione economica a c.d. ciclo invertito, ossia nella quale l'assicuratore incassa il premio (il corrispettivo) prima dell'erogazione della controprestazione che appare agli occhi di molti assicurati solo eventuale (cioè subordinata al verificarsi di un sinistro): la coscienza comune, infatti, tiene in ben poco conto l'attività di gestione del rischio che fa diventare attuale la prestazione dell'assicuratore sin dal momento della stipula del contratto e la rende, per tale motivo, meno aleatoria in una sua parte, pur non mutandone la natura di contratto non commutativo. Accanto a questo dato pragmatico sussiste, però, un vero e proprio *gap* relazionale tra le assicurazioni e gli assicurati che li pone paradossalmente più spesso in contraddizione, in luogo di incentivarne la collaborazione nella migliore gestione del rischio, confermando come il capitale reputazionale degli operatori del comparto assicurativo e, più in generale, finanziario, sia sempre in bilico. Il che spiega, almeno in parte, il fatto che sussista una vera e propria «tolleranza sociale» verso la frode nel rapporto tra l'assicuratore ed il suo pubblico di assicurati¹⁴.

Orbene, laddove l'assicuratore è vittima diretta della frode assicurativa, con la quale l'assicurato o anche soggetti terzi (si pensi ai danneggiati nelle assicurazioni di responsabilità civile) aspirano a lucrare sull'indennizzo ovvero a simulare o modulare l'evento di danno al fine di ottenere una più alta prestazione risarcitoria o indennitaria, altrettanto diretto e mirato sarà l'impegno dell'assicuratore nel tentativo di arginare i fenomeni fraudolenti, il che certamente ha, poi, un riverbero positivo sull'intera collettività. Il settore della responsabilità civile per circolazione di autoveicoli è, in Italia, un terreno di elezione su questo fronte, poiché gli assicuratori, anche al fine di diminuire le frodi e l'entità dei sinistri dovuti a comportamenti contrari al rispetto delle norme di sicurezza delle strade, hanno via via saputo accogliere la domanda di prevenzione sino a promuovere su larga scala programmi educativi e di sensibilizzazione per la riduzione dei sinistri stradali¹⁵.

b) *Gli assicuratori promotori della legalità come missione sociale in altri settori*

L'attuale ricerca e le riflessioni che in questa sede si vanno a svolgere sono peraltro più direttamente dirette ad indagare un diverso scenario nel quale si delinea il binomio assicurazione-legalità e che può consentire agli assicuratori di contribuire

¹⁴ Tale tolleranza sociale alla frode assicurativa è stata oggetto di approfonditi studi sociologici ed economici; volendo porre la tematica su un piano meno drammatico, si noterà come la condivisione di una certa tolleranza alla frode assicurativa minore sia ben rappresentata anche dal fatto che in noti cartoons ritenuti specchio della famiglia media americana (*"The Simpsons"*) vi sono almeno tre episodi nei quali gli amati protagonisti operano ai danni degli assicuratori, con buona pace del pubblico dei loro *fans*.

¹⁵ Non si indugia oltre, in questa sede, sull'argomento che rappresenta un tema di cruciale importanza sul piano sociale ed economico e che è scandagliato da un'ampia letteratura scientifica e reportistica. Si rinvia, in merito, ai dati periodicamente diffusi dalla Fondazione Ania.

a ridurre i fenomeni di illegalità attraverso l'offerta di prodotti assicurativi o di garanzia: in questo quadro, che si snoda prevalentemente nel settore degli appalti pubblici e delle costruzioni, la componente assicurativa ha innanzitutto il ruolo che le è tipico, ossia l'offerta di prodotti e servizi assicurativo-finanziari, ma tale offerta può contribuire a promuovere prassi virtuose ed a ridurre gli spazi dell'illegalità. In altri termini, la proposta è di verificare se e come lo strumento assicurativo possa rappresentare un ausilio per direzionare al meglio le scelte degli operatori e per incentivare i comportamenti virtuosi¹⁶.

In merito, va osservato come già nel contesto internazionale e, in particolare, in Europa siano state adottate misure di contrasto all'illegalità, la quale a sua volta è sintomaticamente ricondotta alla corruzione, che pongono in risalto il ruolo attivo dell'assicurazione. Si pensi alle normative UE in tema di *compliance*, politiche di remunerazione e antiterrorismo. In tale contesto, va innanzitutto sottolineato come già all'interno dell'organizzazione e della gestione dell'impresa assicurativa si richieda il rispetto rigoroso delle normative di contrasto alla corruzione, attraverso le numerose norme – di carattere sia legislativo che regolamentare – relative alla *governance* interna nonché all'adozione di strumenti idonei a confermare pratiche virtuose per i soggetti apicali e per i dipendenti e collaboratori delle imprese e degli intermediari di assicurazione. Non v'è dubbio, infatti, che un corretto controllo interno ed uno standard adeguato da parte delle stesse imprese consenta, nel complesso, di meglio organizzare anche le attività con la clientela degli assicuratori e di far emergere connivenze e comportamenti illeciti. In quest'ottica si muovono le normative in materia di politiche di remunerazione (sul modello della c.d. "CRI IV") nonché in materia di *compliance*¹⁷ e responsabilità penale-amministrativa, anche in relazione agli obblighi ed alle responsabilità derivanti dalla legge 231/2001.

¹⁶ G. MANFREDI, *Brevi note su contratti pubblici e corruzione*, in *Urbanistica e appalti*, n. 772015, pp. 749 ss.

¹⁷ La «funzione di *compliance*» è riferita alla conformità del comportamento degli operatori a qualsiasi livello dell'impresa alle norme di legge e regolamentari ed ai provvedimenti delle autorità di vigilanza o alle norme regolamentari interne. Ciò al fine di evitare che eventuali violazioni possano condurre a sanzioni giudiziarie o amministrative con conseguenti danni patrimoniali o di reputazione. (art. 22, Reg. ISVAP 26 marzo 2008, come modificato). La funzione di *compliance* può essere svolta da una specifica unità organizzativa ovvero utilizzando risorse interne già esistenti; in ogni caso deve essere assicurata la separatezza della funzione da ogni altra operativa o di controllo (art. 23 Reg.). Essa è diretta da un «responsabile della funzione di *compliance*», nominato dall'organo gestionale, il quale deve possedere adeguati requisiti di professionalità, indipendenza ed autorevolezza; non deve dipendere gerarchicamente da alcun altro soggetto e deve relazionare almeno una volta l'anno all'organo gestionale (art. 24 Reg.).

Il Regolamento ISVAP ha il fine di imporre alle imprese di assicurazione un'organizzazione amministrativa e contabile ed un sistema di controlli interni proporzionali a dimensioni, caratteristiche e tipologia dei rischi assunti. Perciò maggiore è la dimensione dell'impresa e maggiori saranno i sistemi di controllo interni che garantiscono una perfetta funzionalità dell'impresa stessa. Si veda L. FARENZA, *Manuale di diritto delle Assicurazioni private*, IV ed., Torino, 2008, p. 38.

Le assicurazioni intervengono, altresì, nel presidiare, al di fuori dei vincoli e delle attività interne al proprio modello organizzativo-aziendale, la legalità. Di particolare rilievo, in questo senso, le azioni richieste alle imprese e agli intermediari assicurativi per il contrasto al riciclaggio ed al terrorismo¹⁸. In tale ambito, gli assicuratori sono tenuti ad esercitare funzioni di controllo sulla clientela, al fine di evitare che il rischio di comportamenti illegittimi si propaghi. In questo processo gli intermediari intervengono sia *nel loro interesse* (arginando fenomeni fraudolenti e corruttivi che in definitiva aumentano il costo della sinistrosità) sia quali partner del pubblico mediante gli obblighi di segnalazione e reportistica.

Sin qui gli adempimenti e le attività richieste si attengono ad un piano strettamente giuridico e vincolante, ossia volto ad individuare precisi obblighi e modalità di intervento delle imprese e degli intermediari assicurativi italiani e stranieri.

L'importanza della dimensione reputazionale ed economica del rispetto della legalità da parte degli operatori assicurativi è, a sua volta, ben testimoniato anche dal fatto che cresce il numero di imprese ed intermediari del comparto che ottengono la certificazione del rating di legalità, nato come strumento del tutto convenzionale e di valore privato e che ha assunto, per effetto delle più recenti normative, anche un ruolo pubblicistico¹⁹.

3. Legalità e scelte etiche nelle assicurazioni

Nella società contemporanea le imprese e gli intermediari assicurativi sono chiamati ad avere un ruolo attivo nell'affermazione di principi etici la cui macro-cornice è offerta e ben rappresentata dalla c.d. *responsabilità sociale d'impresa* (CRS): con tale locuzione, come noto, si individua l'impegno del mondo imprenditoriale per la realizzazione di obiettivi etico-sociali; la dimensione etica dell'attività d'impresa, priva di una componente cogente e vincolante (priva, cioè, del c.d. *Enforcement side*) si inserisce nel contesto del valore reputazionale dell'impresa, ma tende ad essere sempre più correlata a precisi comportamenti che, in definitiva, possono avere un ri-

¹⁸ Per una approfondita analisi in materia di antiriciclaggio cfr. R. RAZZANTE, *La regolamentazione antiriciclaggio in Italia*, II ed., Torino, 2015.

¹⁹ La fonte normativa è rappresentata dal decreto c.d. "Cresci Italia", come strumento di promozione della legalità e di comportamenti etici da parte delle imprese, che si riproponeva di incidere soprattutto in relazione alle imprese ed agli operatori in edilizia, smaltimento rifiuti, costruzioni, trasporto merci e persone. Il quadro si è poi completato con il D.L. 20 febbraio 2014, n. 57 – Regolamento concernente l'individuazione delle modalità in base alle quali si tiene conto del rating di legalità attribuito alle imprese ai fini della concessione di finanziamenti da parte delle pubbliche amministrazioni e di accesso al credito bancario, ai sensi dell'art. 5 *ter*, comma 1, del D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n. 27, e dal Provvedimento dell'AGCM del 4 dicembre 2014.

verbero giusciviltico, sia in relazione alle conseguenze del loro operato (o alla mancata adozione di specifiche azioni positive) sia in relazione al dovere di trasparenza ed informativa verso la propria clientela rispetto agli standard etici e comportamentali seguiti.

In buona sostanza, sebbene la dimensione etica si collochi, ad oggi, sul piano della mera *responsibility*, privo di una forza cogente esterna, si assiste sempre più ad uno slittamento verso una vera e propria *liability*, censurabile anche sul piano giuridico. Su questa differenza si è poggiata l'intero sviluppo della responsabilità sociale delle imprese, che fa riferimento all'importanza dei doveri etici ed al ruolo del capitale e del valore reputazionale. Tale responsabilità sociale delle imprese e degli operatori economici, nel contesto europeo e soprattutto alla luce della Comunicazione della Commissione, doc. COM 2011/681, è definita come "*preoccupazione e attenzione delle imprese oltre i loro obblighi derivanti dalla legge*": tale forma di responsabilità "attenuata" è stata intesa prevalentemente con riferimento alle tematiche ambientaliste, di correttezza nei confronti dei lavoratori, e così via: insomma una definizione non lontana, secondo alcuni, dalla previsione dell'art. 41 della Costituzione italiana. Va detto, però, come assai spesso si tenda a trasformare la responsabilità sociale in responsabilità giuridica giustiziabile. L'"oltre" previsto dalla lettera della citata Comunicazione è palesemente adombrato.

Ciò porta a riflettere sul fatto che anche le imprese e gli intermediari di assicurazione siano chiamati a denunciare, ed enunciare, le proprie scelte etiche e ad assumere un ruolo sempre più attivo nella società. Il che appare del tutto coerente con i processi più profondi che caratterizzano molte delle più attuali prospettive evolutive del mercato.

Si può, infatti, constatare che il trentennio che va dalla metà degli anni '70 agli anni '90 (in Italia) fu fortemente influenzato dalla componente gius-economica, che vide ritornare il diritto ad occuparsi dell'economia, come scienza sociale sulla scorta degli insegnamenti veicolati dal Realismo giuridico nordamericano. La deviazione successiva, anche grazie alle indicazioni provenienti dalla *behavioural economics*, ha corretto il tiro dell'analisi e ha reintrodotta il ruolo della componente etica.

Del resto, fu una dottrina illustre a sottolineare come, in realtà, la componente etica di cui oggi si discute abbia solo mutato forma rispetto ai principi già consolidati e presenti nella lettura della c.d. Costituzione Economica, così come nell'attribuzione di funzioni superiori del diritto privato, oltre che del diritto pubblico. È ben noto come, nel quadro dell'elaborazione della teoria del contratto sociale, si deve ritenere che la Costituzione Economica abbia portato, o meramente incorporato, alla identificazione delle regole fondanti alle quali deve sottostare l'impresa, processo nel quale si è identificata una rilettura della convivenza delle imprese nelle economie moderne²⁰. D'altro canto non è difficile comprendere come la stessa

²⁰ Come noto, la nozione di costituzione economica, così come elaborata dalla cultura gius-publi-

idea della costituzione economica, che emerge dalla nostra Carta Costituzionale, facendo leva sugli artt. 42 e 44, consenta di ancorare immediatamente l'esercizio dell'attività d'impresa al rispetto dei valori superiori.

Tali nozioni generali sono da collegarsi ad una *vocatio* da parte del legislatore che, in varie forme e con differenti formule, si rivolge agli operatori economici per veicolare scelte etiche.

Anche in ambito assicurativo, infatti, la dimensione etica ha assunto sempre maggiore rilevanza. La stessa regolamentazione ha introdotto riferimenti diretti²¹.

Lo "screening etico" in relazione all'assicurazione è molto ampio e le domande che si possono porre agli assicuratori sono molte: quali sinistri pagare in termini di priorità ed in assenza di regole procedurali? Quali soggetti escludere dalla copertura? Sino a che punto alzare il livello di premio per contrastare il *moral hazard*?

Alcune di queste domande trovano risposta nelle normative. Ad esempio, nel settore della r.c.a., non è legittimo in Italia, ma anche in altri Paesi, alzare il livello del premio, e dunque del guadagno, oltre certe soglie così da inibire l'accesso alla copertura obbligatoria.

La normativa nel settore delle assicurazioni per la persona (in particolare nel quadro della c.d. *health insurance*), esclude che si possa esercitare il recesso a danno dell'assicurato in determinate situazioni che, pur giustificate astrattamente sul piano della dinamica contrattuale dei pari, appaiono distoniche con una equità sostanziale o addirittura con un approccio valoriale ai temi contrattuali, come ben posto in luce dal c.d. *social justice approach*. Ad esempio, si prevede che decorso un certo numero di anni dalla stipulazione, l'assicuratore non possa esercitare il recesso dal contratto malattia e infortuni. Ancora, si possono effettuare certe "discriminazioni", dunque distinguere e selezionare certi rischi, ma non altre (si veda in particolare l'impossibilità di escludere certe patologie *ex lege* 69/2006).

Altre dimensioni dell'etica nell'esercizio dell'attività assicurativa sono meno evidenti e si legano alla c.d. *social responsibility* di cui si discorreva più sopra.

cistica tedesca a ridosso del primo conflitto mondiale, è poi stata recuperata ed arricchita di altri significati. In particolare, per costituzione economica si intende anche l'insieme di istituti che fanno parte del diritto pur non appartenendo alla costituzione scritta, e che ne realizzano il contenuto. Ne tratta magistralmente, ricostruendo le nozioni che, in successione storica, hanno dato corpo al concetto di costituzione economica, S. CASSESE nella sua *Introduzione al testo La nuova costituzione economica*, a cura di S. Cassese, Bari, rist. aggiornata 2013; A. VENN DICEY, *Diritto e opinione pubblica nell'Inghilterra del XIX secolo*, l'opera riedita *The Law of the Constitution*, Elibron Classics, 2000 nonché ID., *Lectures on the relation between law and public opinion in England during the nineteenth Century*, 2nd Edition, 1914, laddove si propone la ricerca di un equilibrio tra il fondamento normativo del rapporto tra stato ed economia, con uno spirito pubblico che correli l'attività e dello Stato e delle imprese all'opinione pubblica stessa.

²¹ Come è stato da più voci affermato, la finanza, è di per sé uno strumento privo di connotazione morale. Però essa può essere orientata in funzione degli obiettivi che intende perseguire chi opera nel mondo della finanza a titolo professionale e chi investe. Di gran lunga lo strumento ad oggi più utilizzato risulta comunque essere quello dei fondi comuni di investimento.

Senza entrare in dettaglio, si può altresì considerare il peso sempre maggiore assunto dagli investimenti etici da parte delle imprese di assicurazione (“*Socially oriented investments*” o SRI), che trovano un riferimento diretto nei *Principles for Responsible Investment* (PRI), iniziativa nata sotto gli auspici dell’Organizzazione delle Nazioni Unite e che ha raccolto l’adesione di numerose compagnie italiane, con il coordinamento Ania. Del resto, se investire eticamente, ad oggi, non rappresenta un dovere per le compagnie, poiché la legislazione si limita a prevedere obblighi informativi laddove l’impresa spenda la componente etica (si veda, in merito, quanto previsto dal Reg. IVASS 35/2010 rispetto agli obblighi di contenuto della nota informativa), i dati dimostrano, però, un crescente interesse della clientela per gli enti che realizzano investimenti etici, con un accresciuto valore reputazionale delle imprese più eticamente orientate.

Pur in assenza di precisi vincoli posti dall’ordinamento, che si limita semmai a sanzionare comportamenti illegittimi e illegali, ma non ad imporre comportamenti intrinseci di componenti etiche specifiche (che verrebbero dunque a svuotarsi della loro stessa essenza), l’importanza di un approccio trasparente, da parte delle imprese, sul tema delle politiche e delle scelte *socially oriented* è chiaramente percepita dal legislatore che ha in molti casi imposto precisi doveri di informativa ai clienti al fine di garantire la *disclosure* delle politiche di investimento²².

Orbene, tra legalità ed etica non vi è coincidenza: tuttavia, un’impresa orientata al proprio interno a garantire, anche mediante idonee procedure di controllo, il rispetto dei *fiduciary duty* verso gli investitori e la clientela, a cui si è promesso di agire secondo un comportamento *socially oriented*, saprà senza dubbio selezionare a sua volta gli enti e le società da garantire, evitando l’assunzione di rischi laddove vi sia un forte pericolo di commistione con fenomeni illegali.

4. *Il presidio della legalità a fronte del declino della distinzione tra “pubblico” e “privato”*

Il ruolo che i privati possono assumere nell’affermare la legalità fa immediatamente emergere quello che è stato definito come un progressivo declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato, tema che assume ampio spazio nel dibattito dottrinale più attuale e che, in concreto, si traduce spesso in quello che è stato definito un congedo *dal* – ovvero *del* – diritto pubblico, giocando un ruolo cruciale anche in relazione alla discussione in materia di appalti, legalità e ruolo delle assicurazioni.

²² Si veda, in merito, quanto previsto dal già citato Reg. IVASS 35/2010 che disciplina gli obblighi di informativa ai clienti, nonché dal Reg. 36/2011 relativo alle politiche di investimento.

Innanzitutto la fragilità della distinzione tra pubblico e privato deriva dal disordine che vede coinvolti i livelli di esercizio del potere pubblicistico, sia nella sua dimensione nazionale sia nella sua dimensione sovranazionale²³.

In questo quadro occorre domandarsi se la legalità è un problema privato o pubblico. Dal punto di vista economico non vi sono dubbi che i costi dell'illegalità sono enormi per il mercato e per la qualità di vita dei cittadini.

Ciò nonostante, non v'è dubbio che lo Stato abbia ceduto gradualmente il passo ad altri enti, formanti e momenti regolatori anche rispetto al controllo sull'illegalità. Tale processo si è realizzato in misura prioritaria con il venir meno della sovranità legislativa nazionale. La globalizzazione, intesa come fenomeno di mutamento degli input regolatori, ha avuto anch'essa il suo ruolo. Tuttavia, oltre a questi fattori esogeni anche nelle dinamiche nazionali si sono colti evidenti mutamenti del potere e della volontà regolatoria, che ha delegato sempre maggiore spazio ai privati, allocando su di essi i rischi dell'illegalità e delegando le funzioni sanzionatorie anche attraverso metodi "indiretti".

Un primo e banale esempio è la censura dell'illegalità attraverso l'uso «allargato» dello strumento della responsabilità.

Ovviamente non ci si riferisce tanto al quadro penale, che ontologicamente deve salvaguardare i valori dell'ordinamento consolidati in ordine pubblico e tutela dei diritti fondamentali: la sanzione penale tradizionalmente giunge ad abbracciare la funzione punitiva e quella di deterrenza generale. Semmai, si allude al fatto che l'assunzione di funzioni ultraprivatistiche è sempre più presente anche nel contesto delle controversie giusciviltistiche. Il riferimento va innanzitutto all'apertura verso una funzione puramente sanzionatoria del risarcimento e più in generale al recupero della rilevanza dell'elemento soggettivo nel contesto della determinazione del danno.

5. Il vulnus alla legalità ad opera di fenomeni disonesti e corruttivi ed il (possibile) ruolo della componente assicurativa

Pensando alla dimensione della illegalità nel contesto italiano, il primo proble-

²³ L. MANNORI-B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Bari, 2001; sulla distinzione pubblico-privato v. BOBBIO, *Pubblico-Privato (voce)*; di particolare spessore, per una visione a tutto tondo, le relazioni del Convegno SIRD di Trento, 2015, i cui Atti sono in corso di pubblicazione. Nel settore degli appalti la tensione tra ciò che è «pubblica» e ciò che è «privata» è evidente: l'organismo europeo degli appalti offre una definizione generica di diritto pubblico per eludere la presenza di soggetti identificati come privati che tuttavia sono, di diritto pubblico a tutti gli effetti. In altri casi la distinzione è modulata da un ente sovranazionale, per il fine specifico di estendere il controllo sugli affidamenti di commesse pubbliche, per allargare il "mercato" al fine di presidiare la concorrenza tra operatori europei.

ma è la corruzione²⁴. La corruzione è un fenomeno seriale, strutturato, corrosivo e come tale paradossalmente prevedibile: comporta un rischio e come tale può essere gestito e limitato con strategie integrate. Se è nota la retrodatazione del fenomeno corruttivo²⁵, è altrettanto noto come il peso della corruzione non si limiti a falsare la concorrenza e le regole del mercato e degli affidamenti pubblici e privati; la corruzione porta con sé, in forma ancillare, una serie di violazioni alle norme che consentono di sottrarre risorse al corretto operare delle imprese per dirottarle nelle casse, o nelle tasche, di soggetti criminali. Risorse che il più delle volte sono attinte da quanto potrebbe e dovrebbe essere destinato a impieghi cruciali, quali la contribuzione previdenziale ed assistenziale dei lavoratori, l'utilizzo di sistemi di sicurezza adeguati, l'investimento utile alla riduzione dell'impatto ambientale, e così via. In altri termini, è a tutti evidente che la corruzione non si riduce ad un fenomeno criminogeno economico ma è veicolo per la realizzazione di un modello distorto di impresa e di gestione della cosa pubblica²⁶.

Gli studi svolti a livello mondiale che misurano il livello di corruzione, sia reale che percepito, hanno evidenziato come l'Italia si collochi ai primi posti tra i Paesi industrializzati²⁷.

Si comprende dunque come al di là dell'approntamento, nei vari paesi ed in Italia in particolare, di norme dedicate al contrasto alla corruzione che implicano poteri di controllo e sanzionatori da parte del pubblico, la posizione dei privati ed il loro ruolo attivo, sia per la censura culturale sia per l'approntamento di strategie con-

²⁴ P. CALAMANDREI, *Non c'è libertà senza legalità*, Bari, ried. 2013; R. CANTONE, *Il male italiano. Liberarsi dalla corruzione per cambiare il paese*, Milano, 2015.

²⁵ È stato acutamente osservato che, nel settore degli appalti, il problema dell'illegalità e della corruzione sono antichi oltre che universali. La massiva presenza di tali fenomeni è sicuramente influenzata da dinamiche culturali ma non è ineliminabile. Un esempio interessante viene dalla disciplina in materia di diritto delle acque della Repubblica di Venezia e dalle forme di contrasto alla corruzione che erano state in quel contesto ideate ed applicate (ne offre una analisi il volume G. BARBIERI-F. GIAVAZZI, *Corruzione a norma di legge. La lobby delle grandi opere che affonda l'Italia*, 2014); si vedano anche T.G. CONLEY-F.DECAROLIS, *Collusion in Average Bid Auctions*, ed. Mimeo, 2011; G. PIGA-S. TREUMER, (eds.) *The applied law and economics of public procurement*, Oxon, UK, 2013; S. WILLIAMS-ELEGBE, *Fighting corruption in public procurement. A comparative analysis of disqualification or debarment measures*. Per una ricognizione interdisciplinare, cfr. S.H. ALATAS, *The sociology of corruption: the nature, function, causes and prevention of corruption*, Singapore, 1968.

²⁶ G.M. RACCA, *La prevenzione ed il contrasto alla corruzione nei contratti pubblici*, in MATTARELLA-PELLISSERO, (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e prescrizione della corruzione*, Torino, 2013, pp. 125 ss.; G. MANFREDI, *Brevi note su contratti pubblici e corruzione*, in *Urbanistica e appalti*, 7/2015, p. 749. B.G. MATTARELLA, *Le regole dell'onestà. Etica, politica, amministrazione*, Bologna, 2007.

²⁷ La corruzione ha una storia risalente, sebbene vi siano contrasti sulla qualificazione di attività illecite nei tempi antichi; su questo tema si vedano le valutazioni di E. NARDUCCI, *Processi ai politici nella Roma antica*, Bari, 1995, pp. 88 ss. e di P. MIELI, *Storia della corruzione politica dal 3000 a.C. alla rivoluzione francese*, Milano, 1987.

giunte tra pubblico e privato, è essenziale per “fare sistema”, togliendo spazi operativi ai soggetti che operano nel mercato con comportamenti criminosi.

Da questo punto di vista, l'importanza delle certificazioni di legalità per coloro che operano con la P.A. ha un ruolo chiave in quanto legge senza soluzione di continuità una serie di parametri comportamentali ed organizzativi delle imprese: tali parametri possono avere un ruolo in fase di assunzione dei rischi e di determinazione dei costi di copertura.

Una ulteriore forma di controllo interessa gli assicuratori e gli intermediari in quanto imprenditori e operatori economici e riguarda i rischi di corruzione interna, ovvero di corruzione del personale pubblico da parte dei soggetti apicali dell'impresa assicuratrice. È però evidente che un'impresa o un intermediario che adotta efficaci sistemi di controllo interno dispone anche di migliori strumenti per il controllo dei propri clienti; in altre parole l'assicuratore può evitare che il *bad risk* e si propaghi²⁸.

Sotto altro profilo, la posizione delle imprese e degli intermediari di assicurazione a presidio della legalità è posta in primo piano nel quadro dei contratti pubblici e degli appalti, interessati da una cronica ed inaccettabile percentuale di fenomeni antigiuridici.

La centralità della componente assicurativa era già ben delineata nella Legge Merloni e, di poi, nel D.Lgs. 163/2006 – Codice dei contratti, ed è stata confermata nel recente D.Lgs. 50/2016 – Codice degli appalti e delle concessioni. In questo quadro emerge innanzitutto come l'emissione di coperture assicurative sia una componente primaria per consentire la tutela delle pubbliche amministrazioni appaltanti e concessionarie contro rischi di danno ma anche contro eventi patologici che si verificano nel funzionamento della fase che precede l'aggiudicazione delle commesse così come nella fase successiva e di esecuzione.

È bene chiarire che l'attenzione per il servizio assicurativo va rivolta a due diversi segmenti di operatività, poiché il mondo assicurativo può essere coinvolto nel settore degli appalti e dei contratti pubblici in due modi principali. Innanzitutto le imprese e gli intermediari di assicurazione possono essere partecipanti diretti alle gare e dunque sono sottoposti in tale veste a procedimenti di selezione per l'affidamento di servizi assicurativi. Tale settore, inizialmente sottratto alla procedura di evidenza pubblica in ragione della sua ritenuta specialità, è stato sostanzialmente modificato a partire dal recepimento della dir. 92/50/CE che ha sottoposto l'assicurazione alle medesime procedure di affidamento ed aggiudicazione degli altri

²⁸ Ad esempio se un assicuratore assicura con certa facilità i *bad risks* è perché, molto probabilmente, il controllo assuntivo e i rapporti con i soggetti apicali nonché con soggetti esterni risultano non correttamente impostati.

A questo proposito è particolarmente importante sottolineare il ruolo delle cosiddette *right to audit clauses*.

servizi. In un secondo scenario, le imprese e gli intermediari assicurativi sono coinvolti come partners di società partecipanti alle gare: in tal caso gli operatori assicurativi offrono ovvero intermediano le garanzie di responsabilità nonché le garanzie fideiussorie richieste ai partecipanti alle gare ed alle procedure ad evidenza pubblica. Entrambi questi fronti saranno più oltre oggetto di approfondita analisi. Per il momento, va innanzitutto chiarito come la materia sia attualmente in evoluzione, per effetto dell'approvazione della riforma del codice degli appalti che si lega anche al recepimento delle più recenti direttive europee approvate nel 2014. Al fine di non lasciare decorrere i termini utili al recepimento ed alla luce della urgenza di dare un incentivo anche normativo al settore degli appalti pubblici, che ha anch'esso risentito della crisi economica, il testo di nuovo codice è stato elaborato in via preliminare in tempi particolarmente ristretti, con l'ulteriore opzione per l'attuazione della delega, entro il 18 aprile 2016. Termine che è stato perfettamente rispettato.

La riforma della disciplina legislativa in materia di appalti e contratti pubblici è stata, infatti, realizzata con il D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50. Senza entrare nel dettaglio delle nuove norme, che richiederebbero un ampio ed articolato commento, basterà sottolineare come il nuovo Codice degli appalti contenga importanti novelle che incidono significativamente su tematiche interne di primo rilievo al fine di raggiungere una maggiore efficienza anche attraverso la via auspicata della semplificazione delle norme e delle procedure, da un lato, e del rispetto della legalità nell'affidamento di incarichi e commesse. Dall'altro la riforma conferma il ruolo chiave assunto dalle coperture assicurative e fideiussorie che accompagnano, sin dalla fase genetica, la vita ed il percorso di realizzazione di un appalto pubblico.

Alla luce di quanto sopra, nello studio che segue sono riportati analisi ed approfondimenti (talora proposte di approfondimento) di settori economici e operativi rispetto ai quali l'assicurazione svolge, o può svolgere, un ruolo privilegiato nel presidio della legalità. In particolare, sono state isolate ed analizzate alcune interferenze potenzialmente virtuose: le assicurazioni negli appalti pubblici (capitolo II), con particolare attenzione al fenomeno delle garanzie assicurativo-fideiussorie; l'audit è stata poi estesa alla componente assicurativa nel quadro di operatività del D.Lgs. 122/2005 in materia di immobili da costruire e per la tutela degli acquirenti (cap. III); nonché alle assicurazioni in relazione al cambiamento climatico ed alla gestione dei rischi catastrofali connessi (capitolo IV).

Capitolo II

Assicurazioni, appalti, legalità

Parte Prima

Le assicurazioni negli appalti

Diana Cerini

SOMMARIO: 1. Le normative europee in materia di appalti e l'impatto sulle assicurazioni. – 2. Appalti pubblici ed assicurazioni in altre esperienze giuridiche: cenni. – 2.1. Francia. – 2.2. Regno Unito. – 3. Il recepimento in Italia delle direttive europee 2014 e la riforma ad opera del D.Lgs. 50/2016. – 3.1. Le ragioni di una riforma. – 3.2. Criticità e proposte. – 4. L'appalto di servizi assicurativi e l'individuazione degli assicuratori e degli intermediari nei contratti con le PP.AA. – 5. Le assicurazioni per le imprese partecipanti alle gare: il *packaging* assicurativo nel Codice degli Appalti. – 6. Individuazione e «gradimento» delle compagnie che offrono garanzie fideiussorie in favore delle imprese partecipanti agli appalti. – 7. Le polizze fideiussorie nel Codice degli Appalti. – 7.1. Introduzione. – 7.2. Garanzia fideiussoria e «criticità» nella qualificazione. – 8. Le garanzie «rafforzate» per gli appalti di lavori: dalla garanzia globale di esecuzione alla garanzia per la risoluzione. – 8.1. L'originario impianto dell'art. 129 del Codice dei Contratti: garanzia di esecuzione, garanzia postuma decennale e garanzia globale di esecuzione (*performance bond*). – 8.2. Le soluzioni proposte dal nuovo art. 104 per l'esecuzione di lavori di particolare valore: la garanzia di adempimento. – 8.3. La garanzia di risoluzione o «extra costo»: oggetto e natura. – 9. Il ruolo di prevenzione dell'assicurazione: curriculum delle imprese, certificazione di legalità e possibili impatti sull'assicurazione. – 10. La copertura della sanzione.

1. *Le normative europee in materia di appalti e l'impatto sulle assicurazioni*

Prima di esaminare il quadro di diritto interno relativo agli appalti pubblici e, dunque, ad un settore nevralgico dell'economia nazionale e nel quale la componente assicurativa gioca un ruolo fondamentale, è utile dar cenno dell'influenza del diritto europeo che, seppur con forti resistenze ad opera degli Stati membri, ha assunto negli ultimi tre decenni il ruolo di formante preminente.

Non v'è dubbio, infatti, che la legislazione europea abbia fatto da traino alle no-

vità di diritto interno (come avvenuto del resto anche in virtù del recente recepimento delle direttive nn. 23, 24 e 25 del 2014) ed abbia al tempo stesso rappresentato la cartina di tornasole alla luce della quale le stesse norme nazionali preesistenti hanno dovuto essere rilette¹.

Ciò deriva dal fatto che la dimensione delle commesse pubbliche riveste un ruolo essenziale, seppur con peso diverso di stato in stato, nei Paesi europei e, dunque, nell'economia dell'Unione. Da qui l'interesse della Comunità prima, e dell'Unione Europea, poi, a porre in essere legislazioni dirette a circoscrivere le differenze tra le normative locali in materia; tali interventi sono stati visti inizialmente con sospetto alla luce della particolare ingerenza nelle dinamiche interne degli Stati membri, proprio in quanto afferenti a segmenti economici direttamente correlati alle Pubbliche Amministrazioni, espressione a loro volta della supremazia di ciascun singolo Stato. Ciò nonostante lo spazio affidato al diritto di fonte europea si è venuto allargando anche nel quadro degli appalti e sono venute via via ad essere superate le retrosie dei Paesi membri, sino a consentire interventi armonizzatori a livello sovranazionale. La regolamentazione europea in materia di appalti ha potuto intervenire con il fine precipuo di incrementare la competitività e la libera circolazione dei servizi e dei beni, dunque nel quadro delle libertà fondamentali previste dai Trattati.

La disciplina ha avuto, storicamente, tre principali aree di intervento funzionali alle finalità dianzi ricordare, e che possono essere così riassunte. Innanzitutto, il fine di garantire la pubblicità degli appalti su scala sovranazionale per consentire alle imprese di tutti gli Stati membri di avere la possibilità di presentare offerte; in secondo luogo, l'introduzione del divieto di applicare soluzioni e tecniche che si potessero rivelare in definitiva discriminatorie nei confronti dei potenziali servizi offerti in virtù della nazionalità degli operatori economici interessati a fornire tale offerta; infine, l'applicazione di criteri obiettivi ed il più possibile uniformi nelle procedure di gara e di aggiudicazione. Per garantire quest'ultimo principio, in particolare, si è previsto che le procedure pubbliche siano improntate ad alcuni sottocriteri: a) le gare debbono essere in via generale aperte, in casi limitati ristrette (cioè rivolte solo a determinati candidati) e, solo in via eccezionale, è possibile giungere all'affidamento con procedure negoziate; b) le parti interessate possano essere escluse dalla partecipazione o dalla selezione finale solo sulla base di criteri qualitativi predeterminati ed indifferenti rispetto alla nazionalità; c) gli appalti possano essere conferiti unicamente in base ad una combinazione di criteri economici e tecnici.

Per realizzare gli obiettivi strategici primari sono stati necessari ripetuti interventi. Una prima generazione di direttive (dir. 71/305/CEE per gli appalti di lavori

¹ In argomento cfr. F. DECAROLIS-C. GIORGIANTONIO, *Appalti pubblici e federalismo: riparto di competenze e vincoli comunitari nell'affidamento dei lavori pubblici in Italia*, Primo Rapporto sulla Finanza Pubblica, a cura della Fondazione Rosselli, Torino, 2012, pp. 323-370.