

Dietro il velo della compensatio lucri cum damno: “tra false credenze e false speranze”



Dipartimento di: IMPRESA E MANAGEMENT

Cattedra: DIRITTO PRIVATO

DIETRO IL VELO DELLA COMPENSATIO LUCRI CUM DAMNO:
“tra false credenze e false speranze”

Tesi triennale

RELATORE CANDIDATO

Prof. Roberto Pardolesi

CANDIDATO

Giulia Di Paola

MATRICOLA. 204201

ANNO ACCADEMICO

2017/18

INDICE

INTRODUZIONE.....	5
CAPITOLO 1: Il “mito” della “<i>compensatio lucri cum damno</i>”	8
1.1 Le radici storiche	8
1.2 Caratteri essenziali della <i>compensatio lucri cum damno</i>	13
1.2.1 “il principio di indifferenza” o ex art. 1241 c.c.....	16
1.2.2 la responsabilità civile e la difficile definizione di danno.....	18
1.2.3 l’incremento patrimoniale (<i>id est</i> vantaggio economico).....	21
1.2.4 la necessaria correlazione tra vantaggio e causalità (unicità del titolo).....	23
1.2.5 ancora sul tema dell’“ <i>aliunde perceptum</i> “.....	25
1.3 Il ruolo della cdlc nella responsabilità civile italiana.....	27
1.4 Un focus sulla centralità del titolo	30
CAPITOLO 2 “Tra giurisprudenza e realtà applicativa “.....	31
2.1 Il codice assicurativo	31
2.1.1 il polimorfismo dell’assicurazione contro i danni.....	31
2.1.2 il danno alla persona nelle scelte codicistiche sull’assicurazione.....	34
2.2 Le tipologie di polizze assicurative	38
2.2.1 la natura giuridica delle polizze infortuni	39
2.2.2 rapporto tra principio indennitario e le polizze assicurative	41
2.2.3 in particolare: assicurazioni infortuni e indennizzo	42
2.2.4 l’assicurazione contro la responsabilità civile e il valore dell’assicurato.....	43
2.3 Il problema dell’automaticità della surrogazione.....	45
2.3.1 la surrogazione dell’assicuratore	46
2.4 La Corte di Cassazione	49
2.4.1 Cass. Ordd. n. 26 agosto 1985 n. 4550.....	50
2.4.2 Cass. Ordd. n.13 giugno 2014 n 13537 e Cass. Ordd. n. 20 aprile 2016 n 7774...51	51
2.4.3 Cass. Ordd. nn. 15534, 15535, 15536 e 15537 del 2017.....	53
2.5 Il diritto europeo tra <i>civil law</i> e <i>common law</i> : il difficile coordinamento.....	55

CAPITOLO 3: Analisi economica e presupposti problematici	60
3.1 “ <i>The Tort system</i> “nella prospettiva assicurativa	60
3.2 La relazione tra tort e first-party e assicurazioni sociali	61
3.2.1 le “ <i>collateral source rule</i> ” e la realtà assicurativa	63
3.3 I modelli di off-set e non-offset.....	65
3.3.1 primo modello.....	65
3.3.2 secondo modello.....	67
3.3.3 terzo modello.....	68
3.3.4 quanto modello.....	69
3.4 Il “Teorema della terza”	70
3.4.1 il teorema: versione debole.....	70
3.4.2 il teorema: versione forte.....	71
3.4.3 sul quesito e sulla risposta	72
3.5 Inefficienza economica delle soluzioni: le tre ragioni del dissenso	72
3.5.1 ibridismo contabile.....	73
3.5.2 indifferenza della prassi.....	73
3.5.3 la necessità di una visione più allargata	74
3.5.4 e ancora sul <i>second best</i>	75
3.5.5 Cassazione S.U. civili sentenza n. 12565 del 22 maggio 2018.....	76
 CONCLUSIONI.....	79
 BIBLIOGRAFIA.....	82

Dietro il velo della compensatio lucri cum damno: “tra false credenze e false speranze”

*A mia
Madre.*

INTRODUZIONE

Nella seconda metà del secolo scorso la dottrina dell'*Economic Analysis of law* ha inserito nell’ambito della responsabilità extracontrattuale la dinamica dei *cost-benefits*.

Oggetto di analisi dei *cost accidents* sono, da una parte le operazioni volte al trasferimento del “valore del danno” causato dall’illecito sulla sfera giuridica di un soggetto terzo rispetto a quella di colui che ha patito il danno, che configurano un costo per la società, dall’altro, l’insieme delle condotte illecite e delle conseguenze economiche negative che queste causano sia all’interno della sfera patrimoniale del danneggiato sia all’interno della complessità del sistema socio-economico.

I giurieconomisti denunciano soprattutto l’inefficienza dell’istituto della responsabilità civile e del corpus delle norme il tema dei “comportamenti preventivi” volti a minimizzare o internalizzare il costo sociale degli incidenti, in termini di prevenzione, danno e transazione.

Invero in un organismo come questo, contraddistinto da continui e profondi mutamenti se la norma giuridica e la sanzione contengono una qualche predisposizione di incentivi-disincentivi che si traducono in decurtazioni della sfera patrimoniale e personale del *tortfeasor* e del danneggiato, tale evoluzione non può che essere rappresentata da più parabole.

La *regola efficiente* di responsabilità civile guarda all’istituto dell’illecito quale strumento giuridico multiforme e poliforme. Tuttavia, conseguentemente all’espandersi delle teorie di *tort law*, la dottrina tedesca ha presentato una *diminutio* di tale istituto per il risarcimento dei danni alla persona, strumento di funzionamento

Dietro il velo della *compensatio lucri cum damno*: “tra false credenze e false speranze”

assimilabile a quello dell’assicurazione contro gli infortuni. È altresì vero che molti ordinamenti giuridici nazionali consolidano nelle relazioni sociali meccanismi di assicurazione obbligatoria, e soprattutto, del risarcimento del danno come conseguenza del nesso di causalità fra “fatto ed evento” portando in concreto alla realizzazione di sistemi di *social security* con il ruolo di garanzia collettiva, ripartendo l’onere della riparazione tra i soggetti su cui grava il costo dell’*accident*, tramite il meccanismo della *compensatio*.

All’interno del nostro ordimento la *compensatio lucri cum damno* è soggetta pressoché allo stesso tipo di analisi sebbene il gap che incorre tra l’effettiva operatività di tale istituto con le “versioni” che sono state adottate dagli altri ordinamenti nazionali europei e non è ancora di matrice giurisprudenziale.

Il problema che sembra non trovare mai soluzione riguarda in primo luogo la possibilità di ricondurre tale principio all’interno del diritto civile, e, in secondo luogo, la possibilità che questo si risolva in una regola unica piuttosto che con riguardo a fattispecie invocate dalla prassi.

Questo quesito ha visto nel passare degli anni un susseguirsi di diverse risposte date da altrettanti diversi nobili giuristi ed esponenti della dottrina, fino ad oggi, momento in cui le Sezioni Unite si sono esposte con una nuova sentenza n. 12565 del 22 maggio 2018. Le S.U. hanno affermato che l’istituto della *compensatio lucri cum damno* è riconosciuto dalla giurisprudenza di legittimità, ragione per cui ha:

“il proprio fondamento nell’idea del danno risarcibile quale risultato di una valutazione globale degli effetti prodotti dall’atto dannoso. Se l’atto dannoso porta, accanto al danno, un vantaggio, quest’ultimo deve essere calcolato in diminuzione dell’entità del risarcimento: infatti, il danno non deve essere fonte di lucro e la misura del risarcimento non deve superare quella dell’interesse leso o condurre a sua volta ad un arricchimento ingiustificato del danneggiato”.

Lo scopo di questo lavoro sarà dimostrare la travagliata storia della *compensatio lucri cum damno*, dalle sue origini mitizzate fino alla sua prassi applicativa costruendo un

Dietro il velo della compensatio lucri cum damno: “tra false credenze e false speranze”

quadro esplicativo e chiarificatore all'interno degli orientamenti giuridici internazionali e in particolar modo all'interno di quello italiano.

CAPITOLO 1:

IL “MITO” DELLA “*COMPENSATIO LUCRI CUM DAMNO*”

Platone sosteneva che il mito fosse il prodotto dell’attività intellettuale, mera apparenza della realtà e non realtà stessa. Attribuire al principio della *compensatio lucri cum damno* una natura mitologica forse può apparire come una tesi confutabile sotto molteplici aspetti, ma se è vero che i modelli operativi di tale istituto non sono che asintoti di una realtà, che, in principio, può essere solo ipotizzata, allora ci troviamo di fronte ad un’astrazione mentale che ha per fondamento una proiezione culturale attinente ad una forzata storicità quasi genetica, che viene auto-proiettata all’interno della nostra cultura ciclicamente.

1.1 Le radici storiche

Il successo e la circolazione di un’argomentazione giuridica può e deve essere associato ad una formula evocativa che sia di facile memorizzazione per l’uditore e l’interprete di modo che possa essere facile la sua comprensione e l’utilizzo, contribuendo così alla divulgazione dell’argomentazione associata all’espressione linguistica.

Questo risulta essere particolarmente evidente nel lessico giuridico moderno¹ che ha assistito ad importazione “occulta” di espressioni latine attraverso esperienze giuridiche globali che vanno a confermare la tesi per cui codesto non è un fenomeno sporadico nel sincretismo evolutivo ma un fatto dove la “*compensatio lucri cum damno*” rappresenta solo uno degli innumerevoli esempi dei cosiddetti “latinismi di ritorno”.²

¹ L’analisi del linguaggio della giurisprudenza in chiave lessicografica ha evidenziato come questo sia formato da un intreccio di vocaboli di matrice latino-tradizionale e da neologismi.

²IZZO, *La “giustizia” del beneficio. Fra responsabilità civile e welfare del danneggiato*, 2016

Dietro il velo della *compensatio lucri cum damno*: “tra false credenze e false speranze”

In una prospettiva meramente comparatistica deve intendersi come un’espressione latina, referente ad una regola o un principio ad essa associato, divenuta corrente presso la dottrina e, attraverso questa, alla giurisprudenza, dopo essere stata adottata dal vocabolario straniero ove era nata un’ associazione diretta tra significante e significato.³ In altre parole, il latinismo di ritorno si esplica nell’ illusoria convinzione del giurista italiano che *quella* formula latina e *quel* significato giuridico associato a cui ha imparato a riferirsi, appartenga da immemore tempo alla propria tradizione ignorando che quel latinismo è stato introdotto solo in tempi moderni, da qualche giurista straniero, per veicolare un messaggio che attribuisca un qualsivoglia prestigio alla sua intuizione coprendola di un’ aurea “mitologica”.⁴

Appartiene a tale categoria anche la clcd che attraverso un’analisi storico-comparatistica appare come il risultato di una presunzione semplice che assume particolare rilevanza poiché rende statiche dinamiche dissociative che attraverso gli anni hanno modificato il legame inscindibile fra regola giuridica e segno linguistico.

*“Per quanto è mia conoscenza la dottrina italiana e francese non si sono occupate di proposito della compensatio lucri cum damno. E mancano anche i presupposti giurisprudenziali (...).”*⁵

La precedentemente detta fa riferimento ad una delle prime manifestazioni esplicite del principio della *compensatio* nel diritto italiano moderno, risalente al 1916, data in cui l’avvocato F. Leone, curatore pratico della responsabilità civile, pubblicò il suo saggio dedicato alla “resurrezione” della suddetta regola, la quale non poteva non trovare legittimazione nella tradizione romanistica. È importante sottolineare come la sua opera non appartenesse né alla categoria di quelle risalenti allo studio del diritto romano né ad un’elaborazione di dati offertagli dai padri scrittori sicché, ancora una volta, il riferimento a questa appare come “una lezione gloriosa generativa della forma

³ ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987

⁴ SCHIAVONE, *Ius L’invenzione del diritto in occidente*, Roma-Bari, 2005, 22-23

⁵ LEONE, *Il Filangieri*, 1916 ss. E 365 ss.

Dietro il velo della *compensatio lucri cum damno*: “tra false credenze e false speranze”

moderna del diritto ma intrinsecamente incapace di storicizzare i propri contenuti tutta presa a costruire la durata oltre l’antico (..)”.

Il suo saggio non può essere classificato se non come mera comparazione tra dati, regole, concetti e argomentazioni di orientamenti giuridici stranieri presentati in contesti completamente disallineati rispetto alle fonti da cui erano tratti.

Così tra le massime applicative spicca la sentenza emanata dal tribunale di Bologna dove i giudici ben pensarono di offrire una risposta senza però aver in mente la soluzione sulla teorica della *compensatio*, principio di portata generale afferente la *law in action* dei tribunali di quegli anni, rilevato anche nelle due sentenze della Cassazione sabauda e in una sentenza fiorentina in tema di legittimità.

Nel XX secolo il suddetto principio è ormai entrato nel lessico della cultura giuridica italiana ed è importante sottolineare come, nonostante tale regola appartenga al bagaglio forense delle corti impegnate a classificare sempre nuove fattispecie, compensando, o meno, il danno a seconda del caso, la “*compensatio lucri cum damno*” non sarà mai menzionata come principio generale e non avrà mai una valenza giuridica definita. Dalla lettura della sentenza della Cassazione del 3/10/1902, Torino, risulta marcata la presunzione di determinazione del danno al momento del suo verificarsi e non al momento della sua liquidazione e che:

“(...) la misura dei diritti fra i diversi danneggiati vuol essere determinata con riguardo al momento in cui sorse il diritto e l’azione di risarcimento. Gli eventi posteriori, non possono menomamente alterare e variare quella proporzionalità dei diritti che si erano verificati e acquistati al momento del fatto dannoso.”

Circa cinquant’anni dopo il saggio di Leone, un illustre civilista effettuò un’attenta verifica delle valutazioni espresse da costui sulla base di un possente impegno metodologico volto ad accertare l’esistenza di un principio generale al quale i giureconsulti potessero far riferimento per risolvere le singole fattispecie su cui si

Dietro il velo della compensatio lucri cum damno: “tra false credenze e false speranze”

pronunciavano. Ed è così che sulla base delle conclusioni tratte da Lazzara⁶ si può affermare che i giuristi romani non possedevano nessun principio sistematico conosciuto:

“(...)i testi nei quali si accenna alla compensazione indicano concetti e situazioni così diversi tra loro da escludere ogni generalizzazione, ed in ogni caso risultano estranei alla problematica della compensatio lucri cum damno correttamente intesa (...)”

All’interno del diritto romano, l’istituto della clcd veniva riconosciuta solo se vantaggio e danno patrimoniale provenivano da una stessa azione del danneggiatore. La letteratura specialistica ha visto contrapporsi due grandi illustri tutelari del diritto romano italiano quali Biondo Biondi e Siro Solazzi i quali seppur concordano che all’interno del diritto romano giustinianeo la clcd fosse applicata come principio generale ad una serie di fattispecie a seguito della computazione del danno, presentano tesi totalmente opposte nell’individuazione di una regola applicata alla fattispecie nel segno della sottrazione , operazione aritmetica propiziata nell’invocazione della *compensatio*.

Biondi⁷ negò che la clcd sia esistita nella tradizione giuridica romana e Solazzi⁸ affermò che suddetto istituto risultava parzialmente noto alla giurisprudenza classica sicché i due romanisti mancarono completamente di costruire una valida archeologia che riconosca a suddetto principio la legittimazione *ab imis*, riscoperto dalla tradizione senza soluzioni di continuità e dunque vincolante all’interno dell’ordinamento contemporaneo.

Dalle loro osservazioni risulta essere plausibile che i giureconsulti romani non avessero progettato suddetto istituto per non farlo pervenire senza soluzioni di continuità applicativa all’interno degli ordinamenti moderni, sicché sul piano teorico come quello

⁶ LAZZARA, *Il problema dei vantaggi connessi con il fatto*

⁷ BIONDI, *La compensazione del diritto romano*, Cortona, 1927, 269 ss.

⁸ SOLAZZI, *La compensazione del diritto romano*, Napoli, 1950, 218 ss.

Dietro il velo della *compensatio lucri cum damno*: “tra false credenze e false speranze”

applicativo il concetto di danno in Italia, fino al trionfo culturale del *Differenztheorie*⁹, risulta essere vago e, come dimostrato dalle sentenze pubblicate dalla dottrina post-unitaria italiana, le sentenze pubblicate e le norme redatte non fanno riferimento alla *compensatio* come principio generale, eludendo il problema economico a questa sottostante.

Dalla ricognizione comparatistica di Leone risulta evidente che è con la dottrina germanica che nasce una definizione tecnica e teorica di danno, ancorata al concetto di patrimonio da cui prenderà vita da lì a poco, la contrapposizione fra *aestimatio rei* (concezione reale del danno) e *quanti interest* (danno inteso in senso patrimoniale). L’istituto della *Vorteilsausgleichung*, della compensazione dei vantaggi, artefice dell’idea che l’esito liquidatorio della vicenda risarcitoria debba rispecchiare un equilibrio compensativo fra documento e incremento inspirerà la dottrina civilistica italiana la quale in questo momento si distaccherà dalla meramente pratica francese, ed entrerà definitivamente a far parte del bagaglio culturale della responsabilità civile italiana. In quel clima di polimorfismo giurisprudenziale, Guido Tedeschi¹⁰ ipotizzò che il danno debba commisurarsi guardando al momento della liquidazione giudiziale, dove il calcolo risarcitorio avviene con estrema certezza, legittimando così una configurabilità teorica della *compensatio*.

Tale istituto successivamente fu legittimato anche in Spagna a seguito della traduzione del volume di Fisher del 1903 ad opera di Roces Suàrez il quale trovò un indiretto riscontro in una norma cardine del risarcimento del danno del *codigo civil*.

Il risultato evidente è che il latinismo di ritorno come accostamento fra espressione latina (del passato) e il senso che le si attribuisce (oggi), sia stato artificiosamente ideato in Germania e successivamente introiettato all’interno dell’ordinamento giuridico italiano, le cui radici furono alimentate dalla convinzione che tale istituto

⁹ Introdotta da F. Mommsen con la sua innovativa concezione di interesse, oggetto dell’obbligazione risarcitoria, definito come differenza tra l’ammontare del patrimonio attuale e quello che sarebbe stato se l’evento dannoso non si fosse verificato.

¹⁰ TEDESCHI, *Il danno e il momento della sua determinazione*, 1933

Dietro il velo della *compensatio lucri cum damno*: “tra false credenze e false speranze”

fosse un concetto metastorico, giunto ai contemporanei dalla tradizione giuridica romana. Tale convinzione fu brillantemente ripresa da Guarneri il quale definì il rapporto tra la dottrina italiana e il passato come un “fenomeno di autoproiezione” attraverso il quale:

“i giuristi italiani già alla fine dell’800 e poi nella prima metà del ‘900 hanno voluto spostare sul passato prossimo e remoto infatuazioni, aspirazioni, esigenze, strumenti, metodologie, dalla didattica allo studio dottrinale, dalla giurisprudenza alla prassi contrattuale, da essi posseduti, sul presupposto ora dichiarato, ora inconfessato della loro eternità e della loro capacità di essere applicati a qualsiasi esperienza”.¹¹

1.2 Caratteri essenziali della *compensatio lucri cum damno*

L’acceso dibattito preso in esame che riguarda l’attribuzione del costrutto giuridico della *compensatio lucri cum damno* così come radicato all’interno delle fonti del diritto romano, risalente a diverse *leges* che escludevano ogni tipo di elusione tra vantaggio e danno e, di contro, la sua più totale negazione, hanno condotto alla mancata costruzione di una archeologia di legittimità di tale istituto che ancora oggi risuona piena di incertezze, essendo per giunta, la sua nozione giuridica solo evincibile da talune disposizioni di legge e *mai* espressamente tradotta in una più generale norma da parte del legislatore.

Tale impossibilità di previsione ha portato ad un’individuazione nozionistica chiara e precisa di quasi libera interpretazione, dove la dottrina si è maggiormente concentrata sul tema attribuisce alla *compensatio* “un momento” nel quale si articola l’attività del giudice.

La probabile definizione che sembra accordare i più è così espressa:

¹¹ GUARNIERI, *L’interlocutore del giurista nell’esperienza italiana degli ultimi due secoli*, 1990

Dietro il velo della *compensatio lucri cum damno*: “tra false credenze e false speranze”

“come quel metodo di calcolo del danno risarcibile che si basa sulla presa in considerazione di eventuali vantaggi conseguiti dal danneggiato.”¹²

Prendendo in esame la definizione si evince dalle prime parole, “*metodo di calcolo*”, che la *compensatio* opera esclusivamente nel momento in cui l’*an* si sia già espresso, ovvero nel momento in cui è già stata attribuita, con avvenuto accertamento, la responsabilità civile della parte, dovendo poi esprimersi esclusivamente nel *quantum*, ovvero nel mero calcolo del danno risarcibile. È doveroso sottolineare, come risulta evidente dalla seconda parte del postulato, che l’espressione algebrica risultante ha come fattori il patrimonio giuridico del danneggiato difettato da quanto effettivamente gli è dovuto e da quel *vantaggio che* esso ha conseguito a seguito del verificarsi dell’illecito con lo scopo di evitare che l’evento comporti per il danneggiante un’occasione di locupletazione ottenendo tramite questo si verifichi un ingiustificato spostamento della ricchezza.

A tal proposito, una riflessione particolarmente eloquente è dovuta a Ferrari il quale afferma che:

“risulta assolutamente ininfluente che tale beneficio appartenesse al danneggiante (...) ed anzi meglio sarebbe se tale ipotesi risultasse esclusa al fine di non confondere il nostro istituto con l’arricchimento senza giusta causa, ove tipicamente all’arricchimento di un soggetto corrisponde l’impoverimento dell’altro”¹³

Di tale principio è possibile ricondurre ad unità i caratteri essenziali.

In principio il guadagno, conseguito dal danneggiato, che non derivi però da titolo diverso ed indipendente dal fatto generatore del danno.

¹² TEDESCO, *La compensatio lucri cum damno nel caso di pagamenti di indennità. Spunti per una nuova lettura sui rapporti con la surrogazione*, In *De iustitia.it*, 2017

¹³ FERRARI, *La compensatio lucri cum damno quale utile strumento di equa riparazione del danno*, 2008, pp. 48 e ss.

Dietro il velo della compensatio lucri cum damno: “tra false credenze e false speranze”

Secondo poi il vantaggio cagionato dall’illecito o dall’inadempimento sia inherente al medesimo bene o interesse lesi. Da cui risulta evidente che il binomio inscindibile danno-vantaggio deve riguardare esclusivamente il patrimonio, pena l’esclusione dell’ammissibilità dell’istituto.

A proposito di tale espressione è da notare come il vantaggio giuridicamente rilevante è denominato dall’utilità entrata all’interno della sfera giuridica del danneggiante la cui conseguenza risulta un aumento di quella patrimoniale o permissiva dell’esercizio di un diritto soggettivo che, nel corso della valutazione, siano stati oggetto di giudizio eventuale secondo equità, ed è proprio codesto requisito che ha dato luogo a criticità, inspirato alla materia della compensazione delle obbligazioni, secondo l’articolo 1243 c.c. che sottintende il principio di omogeneità.

Il richiamo a questo requisito, in forza dell’analogia *iuris* delle poste, risulta essere fuorviante in riferimento da un lato, alla compensazione tra debiti, dall’altro generando un punto di vista diametralmente opposto apparente come un falso problema poiché sia i danni patrimoniali sia quelli biologici necessitano di traduzione monetaria pertanto la negazione di compensazione appare incomprensibile.

Un ultimo focus riguarda appunto l’incremento patrimoniale ottenuto dal danneggiante come conseguenza immediata e diretta del comportamento illecito che cagiona il danno. Nel nesso di causalità che la *compensatio lucri cum damno* trova il suo fondamento applicativo poiché d’obbligo che il lucro da compensare al danno deve dipendere dall’atto illecito correlabile al nesso eziologico generatore del danno.

Allora è lecito domandarsi quanto effettivamente lo strumento del rapporto causale sia la radice di suddetto istituto rappresentando una chiave di volta o se invece più che alle cause bisogna riferirsi agli effetti che il vantaggio ha generato.

Dietro il velo della compensatio lucri cum damno: “tra false credenze e false speranze”

1.2.1 “Principio di indifferenza” o ex. Art. 1241 c.c.

“quando due persone sono obbligate l’una verso l’altra, i debiti si estinguono per le quantità corrispondenti.”

L art. 1241 c.c., norma di apertura della compensazione la presenta come mezzo di estinzione dell’obbligazione di carattere satisfattivo dell’interesse del creditore, potendo, in un primo momento, essere individuata come referente normativo della *compensatio*, rifiutando così il carattere proattivo di tale istituto. La condizione necessaria ai fini operativi posti in essere da tale articolo riguarda la reciprocità delle posizioni di debito nonché la loro inerenza a patrimoni distinti valida sia per la compensazione legale che per quella giudiziale.

Così se sul piano linguistico vi è una certa somiglianza tra i due istituti, su quello teorico vi sono delle differenze fondamentali.

La prima e più evidente attiene al fatto che la *compensatio lucri cum damno* non postula una reciprocità di debiti poiché l’obbligazione risarcitoria derivante dalla responsabilità civile del danneggiante nei confronti del danneggiato esonera da ogni obbligo colui che ha commesso il danno. Ciò conduce alla profonda *ratio* della *compensatio*, la quale come più volte anticipato riconduce all’arricchimento senza causa a danno di terzi, differenziandola totalmente, da quella della compensazione espressa all’art. 1241 c.c. (e seguenti) dove si fa fronte ad un principio di autotutela o ad una logica di economia di mezzi giuridici. Risulta evidente come anche sotto il profilo tecnico e logico c’è volontà di ricondurre l’operatività della *compensatio* alla medesima del titolo, si finisce per sconfinare in un contesto improbabile nel quale l’illecito provochi per sé una perdita e un guadagno senza l’intervento di nessun’altro fattore umano o giuridico sicché l’unica conessione plausibile di tale norma con la *compensatio* non è che puramente nominativo.

Richiamando alla memoria uno dei criteri fondamentali dell’operatività di tale istituto il calcolo di *quantum* sulla base di una visione globale del patrimonio del soggetto danneggiato che sia strettamente connesso al principio secondo cui non è concesso né

Dietro il velo della compensatio lucri cum damno: “tra false credenze e false speranze”

giustificato l’arricchimento senza causa, è ammissibile il riferimento al “Principio di indifferenza” (di derivazione tedesca) dal quale la *compensatio* risulta essere una mera applicazione a dir poco ortodossa.

Secondo tali precetti il risarcimento è determinato in maniera corretta nel suo ammontare se e solo se sono eliminabili tutte le conseguenze dannose derivanti dall’illecito, di modo che il soggetto che abbia subito il pregiudizio, possa ritenersi indifferente rispetto all’avvenuta commissione del fatto.

Quindi se ne deduce che il patrimonio del danneggiato deve considerarsi come se l’illecito non si fosse verificato, considerando sia gli effetti pregiudizievoli che quelli vantaggiosi. Sebbene sia innegabile la gemellarità dell’istituto alla *Differenztheorie* l’analisi comparativa dei due istituti passa per una improvvisa svolta .

La sanzionatoria dell’illecito risulta in disarmonia quasi totale con la nostra concezione del risarcimento del danno e del soggetto che è responsabile civilmente, in quanto il primo è assolutamente non punitivo, di conseguenza l’offensore non può essere considerato alla stregua di un reo.

La parola chiave della responsabilità civile è il danno ed è all’entità monetaria di questo che si deve mirare considerando adeguatamente tutte le risultanze *in bonam* e *in mala partem*. Procedendo all’*aestimatio* dei danni civili, si compie un’unica operazione di calcolo che risulta dal sottrarre dal valore attuale patrimonio della vittima *ante* sinistro il patrimonio *post* sinistro cosicché, qualora si riscontrasse un vantaggio, che sia causato dall’illecito, non si affermerà che per quel valore si sta compensando danno e lucro, ma che l’illecito non ha provocato danno. Da qui si giunge facilmente alla conclusione precedentemente analizzata: il superamento della *compensatio lucri cum damno* come regola da applicare dopo aver compensato il danno, al fine di evitare l’arricchimento, che prevedeva due differenti momenti di calcolo, liquidazione e compensazione.

Dietro il velo della compensatio lucri cum damno: “tra false credenze e false speranze”

1.2.2 La responsabilità civile e la difficile determinazione del danno

Generalmente intesa la responsabilità civile all'interno del nostro ordinamento giuridico è sorretta due pilastri: la responsabilità contrattuale e la responsabilità extra-contrattuale.

Riferendoci alla responsabilità contrattuale, artt. 1218 e ss. Codice civile, consegue all'inadempimento di un'obbligazione preesistente tra danneggiante e danneggiato che può scaturire da un contratto o da una delle fonti indicate all'art. 1173 c.c.. La responsabilità aquilana, invece, trova il suo fondamento in un fatto e non nell'adempimento di un'obbligazione preesistente come si evince chiaramente dall'art. 2043 c.c. che recita:

“qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altrui danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno”

Da cui, secondo interpretazione vigente, si evince: colui che lede una posizione giuridica soggettiva tutelata dall'ordinamento, è obbligato a risarcire le conseguenze negative derivate, siano esse di natura patrimoniale e non (art. 2059 c.c.).

La norma per la valutazione del danno in tema di responsabilità da illecito art. 2056 c.c. rinvia a quelle di responsabilità contrattuale, definite agli artt. 1223,1226,1227 c.c. differenziandosi nel tema del danno da illecito risarcito sia che esso sia prevedibile sia che non vi era la possibilità di prevederlo.

Nel diritto italiano vigente, il risarcimento del danno è un mezzo riparatorio del danno *ingiusto* e quindi si esclude ogni tipo di riferimento alla funzione punitiva, in quanto si privilegia la posizione del danneggiato in ossequio ai doveri di solidarietà Costituzionali. Gli elementi costitutivi del fatto illecito *ex art. 204 c.c.* si suddividono in elementi oggettivi: il fatto materiale, che comprende sia il comportamento umano sia l'evento dannoso di cui il soggetto deve rispondere. Il nesso di causalità tra il comportamento umano o l'evento dannoso e il danno *ingiusto*, e nello specifico un comportamento o fatto deve essere ritenuto causa giuridicamente rilevante sia quando

risulta essere causa sufficiente del danno sia nella *conditio sine qua non*, ovvero nella condizione in cui il danno non si sarebbe verificato se non si fosse tenuto quel comportamento o non si fosse verificato il fatto, sia secondo il criterio di causalità adeguata, cioè se sul giudizio di probabilità *ex ante* il danno è considerato conseguenza prevedibile, verosimile o normale di quel fatto secondo il criterio della regolarità statistica o causale. Da ultimo, il *damnum iniuria datum*, che consiste nella lesione di una situazione soggettiva meritevole di tutela il cosiddetto *damnum contra ius*, fatte alcuni eccezioni. Il danno, all’interno del nostro ordinamento giuridico, è classificabile in patrimoniale e non patrimoniale. Con riferimento al primo, esso si divide a sua volta in danno emergente, cioè nella diminuzione del patrimonio, e nel lucro cessante, ovvero il mancato guadagno. Il danno non patrimoniale¹⁴ è definito all’art. 2059 c.c., è subito da colui che ha perso beni non patrimoniali che non sono suscettibili di valutazione economica, anche se il giudice provvede poi alla sua determinazione in via equitativa *ex art. 1226 c.c.* Sebbene il calcolo e la sua traduzione monetaria per mano del giudice siano ampiamente disciplinati in una corposa guida pratica¹⁵ che ha la finalità di illustrare i metodi e le tecniche utilizzabili, la conoscenza della corretta quantificazione è senza dubbio utopica.

La quantificazione del danno richiede necessariamente la comparazione tra la realtà fattuale (cosa è successo) e quella controfattuale (cosa sarebbe successo se nulla si fosse verificato) assumendo le sembianze di una realtà ipotetica, cioè non riferendosi al fatto, ma al contro fatto ovvero ad un mero scenario ipotetico. Questo riguarda sia l’andamento ipotetico in senso stresso sia il comportamento del soggetto danneggiato nell’eventualità che tale illecito non si fosse verificato.

¹⁴ Il valore economico del danno non patrimoniale è quantificabile mediante le Tabelle del Tribunale di Milano. Queste asseriscono al danno biologico, ovvero come danno all’integrità psico-fisica del soggetto, una lesione grave o la perdita, o la perdita del rapporto parentale di colui che è vittima del danno medesimo.

¹⁵ COMMISSIONE EUROPEA, *Guida Pratica: quantificazione del danno nelle azioni di risarcimento fondate sulla violazione dell’articolo 101 o 102 del Trattato sul funzionamento dell’Unione Europea*.

Dietro il velo della compensatio lucri cum damno: “tra false credenze e false speranze”

L’incertezza ha una natura diversa a seconda che sia di natura fattuale, ovvero riguardante qualcosa che è esistito nella realtà, o che appartenga al campo della contro fattualità in quanto attinge ad un mondo meramente “fantastico”. Da questo deriva l’impossibilità di determinare con certezza la quantità con la necessità di riferirsi alle stime più attendibili basate su ipotesi e approssimazioni.

In questo modo il processo di quantificazione del danno, che altro non è che un modello, giudicato sulla base di elementi che ne sanciscono l’attendibilità. Il problema dunque non è tanto quello di escludere la validità a causa degli errori eventuali, che la semplificazione della realtà necessariamente comporta, ma piuttosto come riconoscere tali errori e limitarli. I tre criteri che si esprimono a seguito dei modelli della quantificazione del danno sono senza dubbio la validità delle ipotesi (non devono contraddirsi tra di loro) la ragionevolezza delle ipotesi (il rispetto delle conclusioni della teoria economica), la corrispondenza delle implicazioni delle ipotesi con fatti noti, ed infine la robustezza dei risultati, vale a dire che se le ipotesi cambiano i risultati raggiunti non sono radicalmente diversi. La funzione compensatoria è quindi un’approssimazione. I giudizi, quindi, sono di tipo relativo e riguardano in via preliminare i modelli proposti dalle parti e la ragionevolezza delle ipotesi in concomitanza alla robustezza dei risultati. La guida identifica poi dei metodi di analisi che sono classificati in base ad una scala di complessità crescente, come ad esempio metodi comparativi, *before and after*, *difference in difference* e strutturali; le tecniche, sono organizzate alla stregua dei metodi anch’essi di vario tipo come le presunzioni e l’analisi di regressioni.

Una riflessione importante su questi modelli, metodi e tecniche è che questi non hanno gerarchia assoluta e, non è corretto subordinare il soddisfacimento dell’ordine probatorio ad un certo metodo o tecnica, anche se non esiste un’equivalenza certa.

La definizione di danno implica dunque la consapevolezza che la conoscenza è impossibile se si mira alla certezza di stima; che la costruzione di modelli è basata sulla

Dietro il velo della compensatio lucri cum damno: “tra false credenze e false speranze”

ragionevolezza delle ipotesi non sulla loro veridicità e sulla robustezza dei risultati; l’individuazione procedure corrette nel processo di analisi.

A questo punto è evidente come la quantificazione del danno non può essere ricondotta ad un preconcetto piuttosto va determinato nell’ambito di una cornice più ampia che è la disciplina vigente nell’ordinamento giuridico. Tale concezione, brillantemente elaborata da A. Di Majo, segna il superamento della teoria differenziale e naturalistica.

1.2.3 L’incremento patrimoniale (*id est* vantaggio economico)

L’orientamento giurisprudenziale prevalente in tema di *compensatio lucri cum damno*, pur in assenza di un qualsivoglia riferimento normativo, ha applicato a tal principio nella fase di liquidazione del danno risarcibile il presupposto del pregiudizio ed incremento patrimoniale, *id est*, vantaggio economico che devono discendere dallo stesso evento. La tesi giurisprudenziale così si definisce:

“*per potersi algebricamente sommare tali valori, vantaggi e svantaggi debbono scaturire dal medesimo fatto, come matrice genetica autonoma e indipendente da altri rapporti (...)*”¹⁶

Da quest’ottica è evidente che elargizioni speciali o indennità connesse ad un evento, ma non derivanti direttamente e immediatamente da questo, non svolgono il compito di mitigare l’antigiuridicità del fatto dannoso, di conseguenza non assumono nessun rilievo nella commisurazione della giusta reazione a fronte alle conseguenze del danno. L’attuale dibattito, circa l’interpretazione contrastante della questione di applicabilità della *compensatio* nel caso in cui al danneggiato, oltre il risarcimento, consegua anche un’indennità o un indennizzo, in conseguenza del fatto illecito, sembra aver creato due fazioni contrapposte dove da un lato ci sono i sostenitori della cumulabilità, dall’altro coloro che ritengono che non può essere detratto quanto già percepito dal danneggiato a titolo diverso dall’atto illecito non stimando finalità risarcitorie. Ponendosi nella

¹⁶ Cfr., Cass., 30 luglio 1987, n. 6624, in Giust. Civ. Mass., 1987

Dietro il velo della *compensatio* luci cum damno: “tra false credenze e false speranze”

prospettiva di chi sostiene che la *compensatio* discenda in maniera quasi inevitabile dall’art. 1223 c.c. che cos’ recita.:

“il risarcimento del danno per l’inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne sia conseguenza immediata e diretta”

si evince come, ai fini dell’operatività del principio, il binomio danno-vantaggio è conseguenza *immediata e diretta* dell’illecito e gli effetti contrapposti di risarcimento e indennizzo (quest’ultimo riferito a qualunque speciale tipologia) percepiti dal danneggiato, siano effettivamente cumulabili in quanto sussumono a un diverso titolo, di conseguenza la loro intersezione risulta essere un insieme vuoto in quanto non appartengono entrambi all’insieme “risarcitorio”. Quindi secondo la teoria differenziale ogni qualvolta il danneggiato si trovasse nella posizione in cui il danno sarebbe risarcito integralmente dal danneggiante, in aggiunta all’indennizzo percepito, dal *quantum* calcolato per differenza dal patrimonio *ex ante* l’evento pregiudizievole e *ex post* illecito, si avrà una plusvalenza derivante dal vantaggio economico percepito e si assisterà ad un incremento patrimoniale.

Storicamente suddetto orientamento trova il suo fondamento nel trattato di A. De Cupis, il quale colloca la *compensatio* in determinate fattispecie presenti all’interno della responsabilità civile, con particolare riferimento alla sua funzione equitativa strettamente correlata. Difatti alla responsabilità civile è affidata, insieme ad altre, la funzione compensativa, dove lo scopo principale sarebbe quello di reintegrare il patrimonio del danneggiato integralmente, unito alla funzione preventiva, o deterrente, per evitare la reiterazione del fatto illecito. Di conseguenza, l’incremento patrimoniale, una volta che sia stato chiarificato il nesso eziologico, viene ricondotto anch’esso all’illecito come *conseguenza immediata e diretta*, da cui deriva la conclusione quasi immediata che la riduzione del danno risarcibile richiederebbe un “gratuito vantaggio”, mentre l’indennizzo ad esso correlato troverebbe, una giustificazione in un sacrificio precedentemente sostenuto, grazie al quale non troverebbe alcun tipo di spiegazione

lo scomputo della somma indennitaria al risarcimento dovuto se non come vantaggio nei confronti del danneggiante, tale da far venir meno la funzione deterrente della responsabilità civile.¹⁷

1.2.4 La necessaria correlazione tra vantaggio e causalità (unicità del titolo)

Il secondo corollario applicativo della *compensatio lucri cum damno* attiene al cosiddetto principio dell’unicità del titolo in base al quale con riferimento all’art. 1223 c.c., al vantaggio deve conseguire un rapporto di causalità diretto e immediato dell’evento pregiudizievole, in base al quale si evince con chiarezza l’esclusione della sola considerazione dell’istituto in caso di mera occasionalità necessaria. Va aggiunto che sudetto il *vulnus* trova il suo fondamento in un equivoco frutto di un’errata interpretazione da parte della dottrina tradizionale.

La regola per cui la *compensatio* richiede necessariamente la medesimezza della condotta, come elemento essenziale dell’illecito, venne applicata in un passato ormai remoto, sempre più tralatiziamente, sicché intorno al 1950 si intercorse in una metonimia, con la conclusione che si finì così di indicare una parte per il tutto. In questo modo il principio della *medesimezza della condotta* divenne un sinonimo della *medesimezza della fonte* sia nel lucro che nel danno. Ed è evidente a questo punto che una cosa è dire che quest’ultimo binomio, ai fini del risarcimento, deve essere ricondotto ad un’unica condotta del danneggiante, altro è dire che tra di loro vi debba essere necessariamente un nesso causale. Si assiste quindi ad una deviazione di principi dell’ordinamento tradizionale, difatti, accettare l’operatività della *compensatio* solo nel caso in cui lucro e danno discendano dalla stessa causa della condotta illecita significa non accettare l’operatività nel caso in cui la vittima abbia ottenuto il suddetto vantaggio economico ad opera di un contratto o sacrificio precedentemente sostenuto portando avanti una tesi secondo cui l’illecito costituirebbe solo una mera occasione del lucro, e

¹⁷ Il Tribunale di Roma, per la prima volta in una sentenza del 8 gennaio 2003, è contravvenuta al precedente applicando la “teoria dello scomputo” fra indennizzo percepito e risarcimento del danno.

Dietro il velo della *compensatio lucri cum damno*: “tra false credenze e false speranze”

non la causa di esso, rendendo inapplicabile l’istituto. Ad onor del vero questa rappresenta un’incoerente deduzione a fronte dei presupposti storici, da cui è desunta, ed è incoerente con la nozione di causalità stessa e con i principi generali della responsabilità civile.

Sicché nel pronunciarsi, la Suprema Corte, asserisce al principio per cui può avversi *compensati* rispetto ad una qualunque manifestazione di esternalità positive, *se e solo se* vi è unicità del titolo e del nesso eziologico. Ad evidenza di ciò, la Suprema Corte con sentenza del 4/06/1985, n. 3315 affermò che:

“occorre che il pregiudizio e l’incremento patrimoniale discendano entrambi con rapporto diretto e immediato dallo stesso fatto illecito in modo da elidersi reciprocamente con effetti contrapposti del medesimo evento (...).”

A prescindere dall’esito del giudizio, bisogna analizzare se la *doctrine* del nesso causale debba influenzare e assumere un ruolo così sostanziale nelle decisioni (si veda anche la sentenza Cass., sez. III, 4 febbraio 1993, n. 1384).

Riguardo poi al secondo elemento, dell’unicità del titolo, si veda come la Cassazione ha brillantemente applicato codesto principio all’interno della sentenza Cass., 22 dicembre 1987, n. 9538, nel quale risulta evidente che si tratta di un caso tipico di *collateral benefits* riportato all’interno della *compensatio* attraverso un artificioso processo referente nuovamente al nesso causale.

Un’ideal-tipo della situazione in cui la *doctrine* trova applicabilità al suddetto istituto, con riguardo all’unicità del fatto dannoso e lucrativo, unicità del titolo e unicità del nesso eziologico è senza dubbio la sentenza del Trib. Sup. Acque Pubbl. 7 ottobre 1965, n. 18.

In conclusione è opportuno sottolineare come la giurisprudenza tende ad applicare il principio della *compensatio* solo se i tali fondamenti risultano evidenti e chiaramente soddisfatti, sicché come evidenziò Ambanelli:

Dietro il velo della *compensatio lucri cum damno*: “tra false credenze e false speranze”

“se comprende, dunque, come tanto raramente se ne riscontri, in concreto, l’applicazione, essendo necessario un nesso eziologico che postula la derivazione del beneficio e del danno direttamente dallo stesso atto lesivo; si è ben lungi da una semplice concatenazione causale di tipo naturalistico. Il vantaggio non deve essere occasione dell’illecito, ma deve essere da questo prodotto (..).”¹⁸

1.2.5 Ancora sul tema dell’*aliunde perceptum*”

Prima di introdurre il tema *dell’aliunde perceptum*, occorre svolgere un’analisi comparata tra l’art. 1227 c.c. il quale recita:

“se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa o l’entità delle conseguenze che ne sono derivate. Il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l’ordinaria diligenza.”

e l’art. 30 c.p.a. secondo cui il giudice amministrativo, nel determinare il risarcimento del danno, valuta tutte le circostanze del fatto e il comportamento complessivo delle parti, e con riferimento al 1227 c.c., esclude il risarcimento a danni che si sarebbero potuti evitare usando l’ordinaria diligenza. Tale analisi conduce, con un artificioso meccanismo, nuovamente alla *compensatio lucri cum damno* dove i soggetti incaricati di definire l’ammontare dovuto hanno il dovere di considerare anche, per prescrizione di legge e in tutte le circostanze del fatto, le conseguenze vantaggiose che si sono prodotte.

La giurisprudenza amministrativa ha accolto nelle proprie aule l’istituto della *compensatio*, in particolare, in relazione al risarcimento del danno da mancata aggiudicazione e alla conseguente determinazione dell’*aliunde perceptum* quale causa di limitazione della richiesta dei danni.

¹⁸ Ambanelli, 1994, 486.

Dietro il velo della compensatio lucri cum damno: “tra false credenze e false speranze”

Il Consiglio di Stato ha precisato che il risarcimento dell’intero danno da lucro cessante, commisurato all’intera quantità di utile non percepito dall’impresa, pur senza che essa avesse svolto ulteriori attività professionali, comporta che nulla è dovuto in riferimento ad ulteriori lucri cessanti, al fine di evitare locupletazioni.

La Cassazione civile, sez. lav., 8/09/2016, n. 17776, in materia di licenziamento illegittimo, ha precisato che il datore di lavoro che contesti la richiesta risarcitoria pervenutagli dal lavoratore ingiustamente licenziato, è onerato a presentare, secondo presunzione semplice, la prova dell’*aliunde perceptum* a sottrazione delle retribuzioni dovute. Quest’ultima poi, in applicazione del principio della *compensatio*, si fonda sulla relazione di equità senza considerare i *collateral benefits* derivino da medesimo fatto illecito. Sicché in questi casi l’illecito viene considerato alla stregua di una mera occasione di guadagno, trovando la sua origine in un *contractu* stipulato dal lavoratore. Interessante è la lettura che il Consiglio di Stato con, sez. VI, con la sentenza del 10/12/2015, n. 5611 ha dato all’*aliunde perceptum*, qualificandola come un fatto impeditivo del diritto del risarcimento del danno ove l’onere di tale prova al danneggiante, in mancanza della quale, nessuna detrazione avrà luogo il riconoscimento di mancato guadagno. Da qui la conclusione che la *compensatio lucri cum damno* non può essere rilevata d’ufficio ma è affidata al danneggiante con valore probatorio da presentare in giudizio. Il risarcimento del danno mira esclusivamente a ricondurre la sfera giuridica del danneggiato alla condizione precedente all’illecito neutralizzando gli effetti immediati e diretti del danneggiante.

Appare opportuno, a questo punto, analizzare un’ultima sentenza emessa dall’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, n. 02 del 2017, che in relazione alla tematica dell’*aliunde perceptum vel percipiendum* dell’impresa che abbia fatto domanda di risarcimento del danno derivante dalla mancata aggiudicazione dell’appalto pubblico, dalla quale risulta la più evidente declinazione della *compensatio* nel diritto amministrativo.

Dietro il velo della *compensatio lucri cum damno*: “tra false credenze e false speranze”

1.3 Il ruolo della *compensatio lucri cum damno* nella società civile italiana

La *compensatio lucri cum damno* viene riconosciuta come principio in Italia a partire dal 1916, importato dalla Germania, dove la dottrina teutonica aveva affermato quale regola di applicazione dell'accertamento del danno il *Differenzmethode*, ancora oggi riscontrabile all'interno dell'art. 249 del BGB:

“chi è obbligato al risarcimento del danno deve reintegrare lo stato che sarebbe sussistito se non vi fosse verificata la circostanza che obbliga al risarcimento”

I giuristi tedeschi, mossi dall'esigenza di mettere appunto una moderna nozione di danno strettamente correlata a quella di patrimonio, avendo già considerato i benefici che possono verificarsi in concomitanza di un fatto produttivo di un danno risarcibile, vale a dire quando il danno sia considerato nel contesto del patrimonio del danneggiato e quando la sua liquidazione avvenga con riguardo al tempo in cui viene giudizialmente effettuata, trovarono approdo nel suddetto latinismo. In tal contesto, F. Mommsen si dichiarò a favore dello scomputo dei vantaggi procurati dalla condotta lesiva, asserendo alla funzione prettamente riparatoria del danno e sostenendo il divieto di arricchimento indebito, sicché egli non mancò di far risuonare la *compensatio lucri cum damno* dottrina vigente, ponendo le basi alla teoria differenziale del danno.

Come conseguenza il giudice tedesco avrebbe da quel momento agito per via interpretativa e su base casistica. È evidente come in questo contesto, non solo in Germania ma anche in Italia si assistette ad una vera e proprio rottura culturale nella civilistica italiana, iniziata agli arbori del 1900.

L'interprete italiano accolse con grande entusiasmo, e quasi per osmosi, nel discorso civilistico suddetto latinismo di ritorno, su cui anche i fautori del *reveriment* si soffermarono arricchendo le loro tesi con alcune puntualizzazioni di natura classica che non collimano con l'analisi storica dell'istituto.

A cavallo tra le due guerre che il latinismo acquisisce la sua importanza all'interno delle trattazioni dottrinali, continuando il suo percorso anche dopo il 1942 seppur privo

di agganci codicistici diretti confermando il carattere di generalità del principio. Fu proprio l’illustre lavoro portato avanti da D. Mandrioli e G. Osti, nella stesura della Relazione al Re al IV libro del codice civile a riservare al nuovo principio introdotto nell’ordinamento la metonimia dei caratteri essenziali di questo con l’art. 1223 c.c. e alla nuova stesura del 1227 c.c., con la quale il danno si quantificava anche in proporzione alla colpa del danneggiato. Ebbene, fu proprio in tema di locazione che si richiamò esplicitamente tale principio quando la cosa perita dall’incendio risultò assicurata dal locatore, perché era evidente che, in mancanza di suddetto richiamo, il collegamento non si sarebbe potuto desumere da un principio generale tale da rendere autoevidente all’interprete che quest’ultimo avrebbe esplicato i suoi effetti di modo che la responsabilità del conduttore, e non il danno provocato da quest’ultimo, fosse limitato e che il danno effettivo non fosse corrispondere da un indennizzo adeguato. Pertanto chi analizzò l’art. 1589 c.c., in ossequio alla correlazione logica dell’aggettivazione e del principio, concepì l’indennizzo come somma di denaro entrata all’interno del patrimonio del danneggiato con la diretta conseguenza di limitazione di responsabilità e non di quantificazione del danno, ed è del tutto evidente nei testi di coloro che si occuparono di pubblicare i risultati dell’analisi delle prime manifestazioni esplicite nella giurisprudenza italiana, con particolare riferimento a R. Sconamiglio e A. De Cupis¹⁹. Fu all’interno del Foro Italiano, nel 1971 che la *compensatio lucri cum damno* si trascrisse per la prima volta, a lemma come sottoinsieme classificatorio della voce “Danni Civili”.

Due i soggetti che portarono con i loro scritti pionieristici alla cristallizzazione e diffusione delle fondamenta applicative della *compensatio*, i quali diedero inizio al principio routinario che avrebbe invaso i tribunali italiani.

R. Scognamiglio²⁰ fu il primo a collocare nel titolo di uno scritto un riferimento esplicito al latinismo. Egli in primo luogo negava che l’interprete avesse dovuto risolvere il problema evocato dal latinismo adoperando tecniche diverse per accettare

¹⁹ DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, 1980

²⁰ SCOGNAMIGLIO, *In tema di “compensatio lucri cum damno”*

Dietro il velo della compensatio lucri cum damno: “tra false credenze e false speranze”

e quantificare il danno. In secondo luogo, osservò di lasciare al concetto di danno-interesse la decifrazione di come e quando attribuire rilievo commisurativo al vantaggio.

Da qui discende la concezione per cui il danno-interesse può essere considerato la base ontologica del latinismo. L’interprete è chiamato solo a verificare, tramite un test unitario, il segno del vantaggio, avvalendosi del criterio causale, per indicare come risarcibili le poste dannose. Da ciò discende che l’accertamento causale deve svolgersi nell’alveo eziologico del medesimo e non nel fatto unitariamente inteso suscettibile di determinare più illeciti distinti; e così anche i benefici che discendano da quest’ultimo non meramente occasionati ed entrati a far parte, cronologicamente all’illecito, nel patrimonio del danneggiato. I giudici catanesi affermarono che il danno morale fosse imprescindibile di assorbimento nell’arricchimento seguito alla successione dovuta alla perdita della figlia, sicché vennero alla conclusione che:

“l’autore del fatto dannoso è sempre obbligato al risarcimento del danno non patrimoniale, anche se il fatto abbia cagionato un vantaggio patrimoniale al soggetto leso”.

P. Cossa elaborò così una massima, in ossequio al *decisum*, nella quale affermò che danno e lucro possono annullarsi vicendevolmente se appaiono come:

“entità omogenee, dipendenti dal medesimo fatto illecito”

furbamente dividendo *omogenee* e *dipendenti* ingannando i più che, leggendo frettolosamente tale massima, avrebbero ritenuto i due requisiti operativi distinti, espressione di logiche concettuali differenti.

1.4 Un focus sulla centralità del titolo

L’evoluzione storica della costruzione monumentale della *compensatio lucri cum damno*, eretto per negare il connubio tra risarcimento e beneficio, entrambi istituti della sicurezza sociale, e per porre in evidenza la necessità di un ripristino del patrimonio del danneggiato evitando che vi sia un indebito arricchimento²¹, evidenzia come la giurisprudenza abbia incontrato non pochi problemi nel ripercorrere la grammatica applicativa del suddetto latinismo. Questo appare tanto più chiaro se analizzando gli innumerevoli richiami a tale istituto essi sono quasi sempre di tipo non lineare e divergente, e come conseguenza un’evoluzione sistematica appare improbabile. Tuttavia la voglia di ridefinire con sistematicità il tema della *compensatio*, alla stregua di quello che è stato definito il “frutto avvelenato della legislazione europea”²² in aggiunta alla sicurezza sociale, sembra essere stata imposta dalla necessità di fornire un’interpretazione coerente al presupposto che l’Unione Europea pone per fornire una visione unanime del *welfare* riservato ai cittadini degli Stati membri. Negli eterogenei quadranti, la giurisprudenza italiana è stata impegnata soprattutto con il titolo del *lucrum*, in un contesto dove il beneficio collaterale è considerato a detrazione del danno, all’interno della ancora confusa interpretazione del primo presupposto di questa grammatica, ovvero la sottile linea di confine tra la dicotomia causa-occasione.

²¹ TRIMARCHI, *L’arricchimento senza causa*. Con riferimento alla giusta causa dell’attribuzione patrimoniale, volta all’accertamento della giustificazione idonea dell’arricchimento.

²² IZZO, *La “giustizia” del beneficio. Fra responsabilità civile e welfare del danneggiato*, 2016

CAPITOLO 2:

“TRA GIURISPRUDENZA E REALTÀ APPLICATIVA “

2.1 Il codice assicurativo

L'enigma del diritto assicurativo si presenta ai coraggiosi che ne indagano le novelle, soltanto un'apparente unitarietà fenomenologica. Innanzi a tale difficoltà di abdicazione dogmatica, è proprio l'assicuratore della responsabilità civile a dimostrare sia la prova inconfutabile della frammentazione del modello codicistico di riferimento, ma anche di come, negli anni, lo strumento assicurativo ha enfatizzato funzioni di tutela dell'interesse dei consociati alla sicurezza, verso la tutela di quei rischi che oggi più che mai necessitano di essere “assicurati” sistematicamente. La materia assicurativa è condizionata dalla prassi che, sin dall'entrata in vigore del Codice Civile, ha cercato di ricondurre, sistematicamente allo schema negoziale di partenza, modelli contrattuali che rispondevano alle esigenze espresse dai tempi.

2.1.1 Il polimorfismo dell'assicurazione contro i danni

Il tentativo di ricondurre l'elemento assicurativo ad un inquadramento sistematico è parso un azzardo sin dalla nascita del codice civile.

L. Mossa aveva dimostrato come il legislatore non aveva dato chiare indicazioni circa la natura di un contratto che: “*è discussa all'origine e sarà discussa in ogni tempo*”.

Principio cardine è l'art. 1882 c.c. esplica:

“*l'assicurazione è il contratto col quale l'assicuratore, verso pagamento di un premio, si obbliga a rivalere l'assicurato, entro i limiti convenuti, del danno ad esso prodotto*

Dietro il velo della compensatio luci cum damno: “tra false credenze e false speranze”

da un sinistro, ovvero a pagare un capitale o una rendita al verificarsi di un evento attinente alla vita umana. “

La novella narra di come in principio l’attività assicurativa si riconduceva a due sole macro categorie di rami: assicurazione contro i danni, focalizzata sulla nozione di sinistro e presidiata dal principio indennitario e, l’assicurazione sulla vita, informata da finalità sostanzialmente previdenziali.

Risulta evidente già dalla definizione del legislatore del 1942, come il tentativo di ricondurre ad unità la nozione, la causa e l’oggetto del contratto assicurativo sia impossibile in quanto si articola in sottotipi distinti tra loro anche sotto il profilo finalistico.

Il ramo danni poi è stato suddiviso in ben 18 tipologie di contratti²³, a loro volta divise in sottocategorie riferenti alla prassi o alle esigenze del mercato, ispirate a differenti principi. Hazan e Taurini osservarono che:

“indagare il contratto di assicurazione significa, procedere senza pretese di assoluzza dogmatica, ossequiando, al contrario, un metodo di analisi improntato a quella massima flessibilità che impone di privilegiare le diverse esperienze negoziali ricavate dalla prassi rispetto ad un modello astratto ormai insufficiente alla bisogna”²⁴

Sebbene questi elaborarono la loro proposta metodologica risulti al passo con la società contemporanea, le decisioni prese dalla S. C. asseriscono ad una visione di contratto assicurativo contro danni coerente con la logica indennitaria.

Infatti l’area più significativa di codesto ramo è costituita dall’assicurazione della responsabilità civile, nella quale si delineano figure contrattuali tra loro diversificate,

²³ Il codice delle assicurazioni nell’art. 2 comma 3 sancisce i rischi rientranti nei rami danni: infortuni; malattia; corpi di veicoli terrestri; corpi di veicoli ferroviari; corpi di veicoli aerei; corpi di veicoli marittimi, lacustri, fluviali; merci trasportate, incendio ed elementi naturali; altri danni ai beni; responsabilità civile autoveicoli terrestri; responsabilità civile aeromobili; responsabilità civile veicoli marittimi, lacustri e fluviali; responsabilità civile generale; credito; cauzione; perdite pecuniarie di vario genere; tutela legale; assistenza.

²⁴ HAZAN-TAURINI, *Assicurazione private*, Milano-fiori Assago, 2015 e 2016

con riferimento alla prassi, in funzione di una particolare responsabilità di volta in volta considerata, oltre alle norme tecniche non codificate, contraddittorie e di difficile interpretazione, consolidatesi negli anni e caratterizzate da scambi simbiotici tra polizze assicurative non omogenee tra loro. Si pensi all’art. 1917 c.c. nel quale sono confluite archetipi consolidati negli usi²⁵, ed ai *claim made*, negozi atipici nati dall’approccio atomistico applicato della giurisprudenza. Il polimorfismo assicurativo e la sua idiosincrasia ad una collocazione sistematica, tra concezioni unitarie e pluralistiche, hanno condotto al tentativo di una ricostruzione teorica incentrata sulla connotazione indennitaria o sull’unitarietà dell’organizzazione ad impresa su cui si trasferisce il rischio, o ancora, sul “bisogno eventuale”, la cui soddisfazione è intrinseca al rapporto assicurativo e alla funzione di neutralizzazione del rischio, tipica del contratto.

A fronte del polimorfismo assicurativo però, il collante che unisce, seppur in modo trasversale le fattispecie contrattuali riconducibili all’art. 1882 c.c., è proprio il rischio, quale presupposto essenziale dell’esistenza del contratto assicurativo e, non di meno, del suo trasferimento all’assicuratore dietro corrispettivo. Tale presupposizione è deducibile dall’art. 1 c.a.p. ove il legislatore ha chiarificato il rischio quale oggetto stesso della realtà assicurativa come “*assunzione e gestione dei rischi effettuata dall’impresa di assicurazione*”. Ed invero, la funzione propria di tale istituto risiederebbe nel trasferimento del rischio all’impresa assicuratrice di modo questa lo ammortizzi attraverso le tecniche assicurative della gestione mutualistica e della gestione su base statistica di posizioni di rischio omogenee. Il tentativo di ricondurre a unicità oggetto e causa del contratto è però basato su un’errata interpretazione in quanto non è il rischio ad essere trasferito, bensì il peso delle conseguenze economiche del suo eventuale verificarsi, da cui risulterebbe essere solo l’assicurato l’unico soggetto su cui ricade la responsabilità di prevenire, attraverso attività di *risk management*, il pericolo della verificazione.

²⁵ si pensi al “patto di gestione della lite” che sebbene fosse stato già connaturato alla definizione normativa, si è poi specificato nella prassi.

2.1.2 Il danno alla persona nelle scelte codistiche sull’assicurazione

Come in precedenza dimostrato, l’impianto del codice assicurativo nega un trattamento “privilegiato” del contratto di assicurazione contro gli infortuni non mortali, rinviando al giudizio dell’interprete il compito di individuare la disciplina applicabile a seguito del verificarsi di fattispecie derivanti dalla prassi. Tale scelta risale al 1942 e sono opportune almeno a due differenti spiegazioni. Si pensi che la negazione di una legislazione separata del contratto di assicurazione contro gli infortuni non mortali può essere facilmente giustificata dalla mancanza di una concezione commerciale che il “ramo infortuni” assume, riconducibile agli anni del boom economico. La seconda risulta evidente nel momento in cui si fa riferimento all’art. 1882 c.c., nel quale il legislatore ha sottolineato l’obbligo dell’assicuratore di “*rivalere l’assicurato, entro i limiti convenuti, del danno ad esso prodotto da un sinistro*” ponendo al centro il danno prima ancora che l’assicurazione contro questo. È importante sottolineare che il danno concepito all’epoca in cui il codice prendeva forma, era di tipo prettamente patrimoniale, ed una diversa proiezione era concepibile solo se strettamente correlata all’ideale punitivo perseguito dalla sanzione penale. Il riconoscimento del danno non patrimoniale, e di conseguenza del valore della persona e l’abbandono di una concezione punitiva, erano riconducibili solo al valore assicurabile conseguente al pregiudizio personale provato da colui che ha subito un infortunio non mortale.

Alla luce di queste considerazioni può apparire paradossale la sentenza della Cass. civ., 11 giugno 2014, n. 13233, la quale asserisce all’idea che il “ramo infortuni” sia ascrivibile all’assicurazione sulla vita, e la tesi per cui l’indennizzo non sia paramento di un valore effettivo e reale, ma piuttosto pattuito dalle parti in quanto “*opinione che riteneva ripugnante al diritto ed alla morale attribuire un valore al corpo dell’uomo*”. Da cui l’opinione ripugnante, qualora non si fosse esplicata, avrebbe ricondotto l’assicurazione contro gli infortuni non mortali a quella contro i danni, con l’immediato

Dietro il velo della compensatio luci cum damno: “tra false credenze e false speranze”

effetto di applicazione della logica indennitaria e di tutte le tecniche applicative che da questa scaturiscono.

Le sentenze risalenti a quegli anni ritenevano ammissibile la surrogazione dell’assicuratore nell’assicurazione contro gli infortuni, in quanto l’interpretazione prevalente della disgrazia accidentale non poteva essere ricondotta alla logica indennitaria tipica dell’assicurazione contro i danni.

Nella realtà, la Società assicuratrice, a cui è dovuto il pagamento di somme di denaro a seguito di un infortunio o disgrazia accidentale, nel calcolo del rischio comprende ogni tipo di infortunio sia esso scaturito da cause naturali o violente, sia dovuto a cause relative ad un “fatto dell’uomo” o ancora da cause colpose di terzi. Su quest’ultimo punto, è meritevole di attenzione il fatto che:

“nel determinare l’ammontare dei premi da imporre all’assicurato in corrispettivo dei rischi assunti, abbia tenuto presente l’entità del rischio che in forza del contratto veniva ad addossarsi, com’è altresì evidente che nei calcoli di probabilità da esso seguiti, l’entità del rischio siasi prospettata in tutta la sua estensione.”

Come immediata conseguenza di questo preceitto si ha che avendo già l’assicurato scontato il danno antecedentemente dietro pagamento dei premi, il patrimonio dell’assicuratore non potrà mai essere intaccato o diminuito a seguito del verificarsi di un evento riconducibile a terzi.

La proiezione assicurativa risulta evidente all’interno dell’art. 1905 c.c. da cui logicamente si deduce che il valore della persona è ricompreso in una concezione di danno: “sofferto dall’assicurato in conseguenza del sinistro”, in concomitanza dalla sua capacità reddituale dalla quale risulta imprescindibile, riscontrabile anche dagli artt. da 1094 a 1918 c.c.. Difatti da suddette norme emerge la nozione di “cosa assicurata”, la quale non può corrispondere ad una “persona” mancando un’evidente definizione del senso associabile ad un ordine consapevole e sistematico.

Dietro il velo della compensatio luci cum damno: “tra false credenze e false speranze”

La dottrina nel formulare la teoria dei beni, e il legislatore stesso, come evidenzia M. Barcellona, difettano di una definizione generale di beni e di cosa, cosicché risulta errato affidare suddetto compito all’art. 810 c.c.. La “cosa” si pone come *medium* della relazione simbolica tra oggetto del diritto e concetto di bene, la relazione simbolica comunemente intesa come qualificazione formale di una situazione utile per il soggetto referente al momento di tutela da parte dell’ordinamento giuridico, a fine di lasciar libero godimento della stessa a colui che ha il diritto di esercitare la sua situazione soggettiva, imponendo il riferimento che le disposizioni di queste sono imprescindibili dai rapporti fra i soggetti che vanno anch’essi considerati. Sicché alla “cosa” viene attribuito il presupposto della patrimonialità.

D. La Rocca ha osservato che:

“diritto ed economia si sono (...) contesi e reciprocamente delegati la definizione di bene: come in un gioco di specchi, un bene è in senso giuridico in quanto ha un mercato; ma un bene ha un mercato in quanto è giuridicamente suscettibile di appropriazione, può circolare liberamente solo previo consenso dell'avente diritto.”

Bisogna chiedersi quali siano le ragioni per cui l’ordinamento disciplina i comportamenti che hanno a che fare o che interferiscono con siffatta entità perché è da questo che nascono le ragioni formali dell’attribuzione di patrimonialità. Sicché la patrimonialità non conosce la sua espressione se non nella sua scambiabilità, nel quale dal mercato si evince il suo valore determinato dalla somma variabile di preferenze e utilità individuali. Altresì è vero che la funzione conservativa della cosa corporale/persona ha visto la possibilità di essere espressa anche attraverso una tutela non patrimoniale del creditore di una prestazione contrattuale.

Resta però evidente come l’oggettività del mercato, a cui è affidato il compito di stima e misura della cosa, priva del meccanismo tabellare, lasciando alla somma di denaro il ristoro del valore dell’integrità psico-fisica.

Dietro il velo della compensatio luci cum damno: “tra false credenze e false speranze”

La disciplina codicistica dell’assicurazione non prevede normative che regolino la natura non patrimoniale del danno se non qualora questo non raggiunga la massima intensità con la perdita della vita della persona, se viene colpita da disgrazia accidentale può perdere solo la capacità di produrre reddito. Tale disciplina trascurava il processo storico della nuova concezione del “danno”, legata ai valori sociali e personalistici così come dimostrato dall’adeguamento del codice nella Carta del 1948. Mentre l’esperienza francese sottolineava come fondamentale il momento della scelta ordinatrice della disciplina assicurativa per orientare le discipline future.

Il dibattito degli anni sessanta in materia di qualificazione giuridica del contratto di assicurazione contro le disgrazie invalidanti, risente del mancato ordine iniziale e si sviluppa lungo due tesi. I fautori della prima tesi ritenevano che, nella disciplina assicurativa contro le disgrazie accidentali non mortali, fosse necessario ipotizzare un ideale *tertium genus* che evidenziasse la natura particolare del bene esposto al rischio poiché questo non è né cosa né vita per far sì che l’interprete potesse individuare, di volta in volta, le regole applicabili a questo rifacendosi ai codici nella parte che si rivelasse la più esatta per risolvere il problema specifico.

Così come specificato da A. Donati che riferisce al Foro Romano i risultati della conferenza delle imprese assicurative italiane dell’ottobre del 1961, che riscosse ampi consensi.

Mentre la prima tesi si basava sulla concettualizzazione del *tertium genus*, del tutto contrapposta fu la seconda tesi basata sulla *summa divisio* codicistica, dove si enunciava la convinzione che il principio indennitario dovesse annettere e tenere unito a se anche la natura non patrimoniale del rischio così come considerato nell’assicurazione contro le disgrazie accidentali non mortali, perché, secondo il parere dei legislatori, era l’unico modo per non far scadere il contratto di assicurazione in uno strumento di arricchimento illecito. La polarizzazione delle due tesi aveva matrice dai due diversi punti di vista da cui venivano formulate: nella prima tesi veniva sottolineata un’autonomia negoziale che concedesse alle corti di intervenire gradualmente fino ad

Dietro il velo della compensatio lucri cum damno: “tra false credenze e false speranze”

arrivare ad infossare dei punti fermi che avrebbero regolato lo sviluppo negoziale; nella seconda tesi si cerca di far divenire il dogma stesso uno strumento contro atti fraudolenti e non accidentali che avessero bisogno di risarcimento.

Come già detto nel 1942 non era stata resa autonoma la categoria normativa perché nella codificazione della nozione di danno la persona non era considerata al livello della concettualizzazione e nel corso del tempo, fino al 2002 la giurisprudenza di legittimità si è, con più o meno consapevolezza, basata sulla teoria del *tertium genus* attingendo alle regole dell’assicurazione contro i danni e a quelle contro la vita, a seconda che l’una o l’altra fossero più idonee a risolvere i problemi specifici posti. Tuttavia rimaneva la preoccupazione sottolineata dalla seconda tesi rispetto al fomentare il *moral hazard* degli assicurati, dove venne frapposta la possibilità di assicurare la responsabilità civile.

2.2 Le tipologie di polizze assicurative

La differenza tra assicurazioni danni e quelle sulla vita risiede, da un punto di vista dogmatico, nella constatazione che le prime hanno come riferimento la nozione di sinistro, e che quindi sono presidiate dal principio indennitario, le seconde sono animate da finalità previdenziali. Con riguardo alle prime e in particolare a suddetto principio, la S.C. vieta la cumulabilità tra indennizzo e risarcimento, con la *ratio* di escludere che la garanzia assicurativa e il trasferimento del rischio da parte dell’assicurato verso l’assicuratore possa costituire una fonte di lucro per il primo come ribadito dall’art. 1905 comma 2, c.c..

Da un punto di vista tecnico, appare del tutto evidente che mentre per l’assicurazione contro i danni il bene assicurato è una cosa materiale, soggetta ad una predeterminabile valutazione economica, mentre nell’assicurazione contro gli infortuni e le disgrazie accidentali, oggetto di monetizzazione è “il corpo umano nella sua interezza e nelle sue singole componenti”, sicché eticamente parlando, è inaccettabile un contratto d’indennità come strumento riparatore del danno.

2.2.1 La natura giuridica delle polizze infortuni

Con la sentenza della Cass., n. 13233/2014 è stata implicitamente confermata la duplice natura delle polizze infortuni: ramo danni, nella stragrande maggioranza dei casi, ramo vita, in caso di infortunio mortale, riscontrando non poche problematiche relative all'applicazione del principio indennitario nelle cause infortuni con riferimento al danno alla persona.

La duplicità del rischio implica una diversificazione della disciplina del contratto, sottoposto ad una natura mista in cui la normativa si ravvisa all'interno dell'assicurazione contro i danni.²⁶

La peculiarità del contratto di assicurazione privata contro gli infortuni è attinente alla complessità del rischio coperto, comprensivo sia di quello produttivo di inabilità temporanea o di invalidità permanente, sia di infortunio mortale dal rimborso spese infortunio e di malattia. È interessante notare che, con riferimento al cumulo, mentre nel caso di infortunio con postumi invalidanti questo è vietato, nel caso di morte è permessa la somma dei titoli indennitari e risarcitori.

La sentenza poi si è scontrata contro la prassi assicurativa imponendo una visione totalmente divergente da questa, abituata a inquadrare all'interno dell'assicurazione sulla vita anche le assicurazioni private contro infortuni, sia mortali che invalidanti, allineandosi all'orientamento giurisprudenziale in voga sino al 2002. Tale decisione, ancora una volta, riconduce alla difficoltà di effettuare una corrispondenza tra il valore dell'assicurato e quello reale, subordinato al verificarsi dell'evento, al fine dell'applicazione della regola dell'assicurazione parziale contenuta all'interno dell'art. 1970 c.c., il quale stabilisce che:

²⁶ Nel caso in cui la disciplina debba ricondursi a un infortunio che abbia causato inabilità, invalidità o spese mediche.

Dietro il velo della compensatio lucri cum damno: “tra false credenze e false speranze”

“se l’assicurazione copre solo una parte del valore che la cosa assicurata aveva nel tempo del sinistro, l’assicuratore risponde dei danni in proporzione della parte suddetta a meno che non sia diversamente convenuto”.

Ciò ha portato le polizze assicurative ad introdurre all’interno dei loro contratti la cosiddetta clausola di rinuncia al diritto di assicurazione di cui all’art. 1916 c.c., in favore all’assicurato o agli aventi diritto, al fine di rendere possibile il cumulo di risarcimento ed indennizzo.

La Cassazione, con la precedente sentenza, si è ben riguardata dal rendere possibile la validità di suddetta clausola affermando:

“se fosse consentito all’assicurato pretendere il risarcimento dopo essere già stato indennizzato dall’assicuratore, l’adempimento da parte del responsabile della propria obbligazione aquilana diventerebbe sine causa e costituirebbe una sorta di condanna privata”

e ancora che il cumulo condurrebbe all’incentivazione di litigiosità e illecite simulazioni in quanto costituirebbe un interesse positivo per il danneggiato.

Il terzo motivo presentato, sicuramente il più considerevole, afferma che rendendo possibile la somma di indennizzo e risarcimento, il contratto assicurativo finirebbe con essere una fonte di lucro per l’assicurato e ne violerebbe il fondamento causale costituito proprio dal principio indennitario.

Alla luce di codeste argomentazioni, vi sono state notevoli divergenze intellettuali chi concorda con una visione più tradizionale del diritto e di chi, invece, afferma che sia la giurisdizione stessa che deve adattarsi alla prassi assicurativa più comune. L’argomento ha suscitato un acceso dibattito, nel quale, ad esempio, autori come M. Rossetti²⁷ si schieravano dalla parte della Cassazione, affermando che l’assicurazione si fonderebbe, ammettendo tale clausola, su un rischio artificiosamente determinato; contrari autori come Hassan, il quale evidenzia come l’esclusione di tale clausola

²⁷ ROSSETTI, *Il diritto delle assicurazioni*, II, *Le assicurazioni contro i danni*, Padova, 2012

Dietro il velo della compensatio lucri cum damno: “tra false credenze e false speranze”

sarebbe un fattore positivo esclusivamente per il responsabile civile dal momento che così facendo si renderebbe possibile alle assicurazioni solo il recupero delle somme pagate, non giovando nessuna utilità al danneggiato.

2.2.2 Rapporto tra principio indennitario e polizze assicurative

Caratteristica dell’assicurazione contro i danni è la natura indennitaria che prevede il reintegro del patrimonio dell’assicurato con un indennizzo limitato al danno subito in conseguenza di un sinistro. L’art. 1905 c.c. recita:

“l’assicuratore è tenuto a risarcire, nei modi e nei limiti stabiliti dal contratto, il danno sofferto all’assicurato in conseguenza del sinistro”

e ancora il 1908 c.c.:

“nell’accertare il danno non si può attribuire alle cose perite o danneggiate un valore superiore a quello che avevano al tempo del sinistro (..)”

e in conclusione il 1909 c.c.:

“l’assicurazione per una somma che eccede il valore reale della cosa assicurata non è valida (..)”

Va notato che, mentre nelle polizze dei rami danni il valore è determinato o determinabile; nell’assicurazione contro gli infortuni l’ente da assicurare è la vita, che è evidente non poter essere oggetto di scambio, e che quindi il suo valore del danno possibile non è quantificabile *ex ante* come neppure quello del danno concreto *ex post*. Tanto più è vero se si prende in considerazione che l’assicurazione e l’assicurato individuano il capitale in maniera libera, in base alla capacità di spesa di quest’ultimo, nello specifico al reddito lordo annuo moltiplicato per dei coefficienti stabiliti da norme interne alle imprese di natura tecnico-assicurativa.

Il principio indennitario quindi, ha valenza endoassicurativa tra le parti, con valenza di ordine pubblico che impedisce la degenerazione della causa dell’indennizzo, ovvero la

Dietro il velo della compensatio lucri cum damno: “tra false credenze e false speranze”

speculazione da parte dell’assicurato verso una minore natura preventiva, inoltre che un’estensione dell’indennizzo costituirebbe motivo di provocazione all’ordine pubblico.

2.2.3 In particolare: assicurazione infortuni e indennizzo:

L’assicuratore si obbliga al pagamento di una certa somma all’assicurato dietro corresponsione di un premio a seguito di una lesione dovuta a causa fortuita, violenta ed esterna che ne determini invalidità permanente o temporanea, con funzione indennitaria, oppure a un terzo in causa di morte con funzione previdenziale.

Il rapporto tra assicurazione contro infortuni invalidanti o mortali fu disciplinato dalle sezioni unite con sentenza n. 5119 del 10/04/2002. Le sezioni unite evidenziano come gli art. 1882 c.c. e 1916 c.c., nel definire il primo assicurazione contro i danni alle cose e alle persone, e il secondo il diritto alla surrogazione dell’assicuratore, fanno riferimento al principio indennitario.

L’infortunio è un evento produttivo di un danno per l’assicurato, sia biologico che patrimoniale sicché la libera predeterminazione dell’indennizzo stimato nel suo valore grazie al consenso offertogli dall’art. 1908 c.c., non esclude il carattere indennitario, inoltre, sebbene di più difficile determinazione, il danno alla persona è valutabile sotto il profilo patrimoniale.

Va detto con riferimento all’art 1916 c.c. va detto che è stato oggetto di discussione se l’estensione della surroga alle disgrazie accidentali sia un collegamento tra le polizze infortuni e il principio indennitario o se questa disposizione fa riferimento ad un’assicurazione non appartenente al ramo danni. Difatti tale ultimo orientamento evidenzia come la misura dell’indennizzo nelle assicurazioni contro gli infortuni sia ancorata a criteri soggettivi ed oggettivi che rendono difficile all’assicuratore indagare circa la corrispondenza fra il valore dell’assicurato e quello del danno.

L’assicurazione contro gli infortuni postula tre tipi di copertura rispettivamente: la prima rispetto a spese di cura conseguenti all’infortunio per erogazione dell’assistenza attraverso strutture convenzionate o rimborso spese mediche; la seconda rispetto alla perdita di guadagno, eventualmente attraverso riferimenti alla retribuzione, derivanti dall’infortunio; in ultimo, la copertura rispetto alla perdita della capacità di svolgere un qualsiasi lavoro. A tutto ciò va aggiunta una somma calcolata in funzione della gravità dell’infortunio in rapporto al capitale assicurato senza riferimenti alla tipologia di danno. L’integrità del risarcimento per il danno patrimoniale, dunque, asserisce alla regola per cui la somma dovuta va calcolata in modo da corrispondere alla perdita economica subita, calcolata come somma di diminuzione di patrimonio e mancato guadagno. La lesione da capacità lavorativa generica costituisce un danno patrimoniale, e si sostanzia: *“in quanto lesione di un’attitudine o di un modo di essere del soggetto, in una menomazione dell’integrità psico-fisica riconducibile a danno biologico”* Cass. 25/08/14 n. 18161. Essendo un danno patrimoniale attiene anche alla futura perdita di chance, derivante dalla diminuzione della diminuzione della capacità lavorativa generica.

2.2.4 L’assicurazione contro la responsabilità civile e il valore dell’assicurato

Nell’assicurazione della responsabilità civile, l’assicuratore tiene indenne l’assicurato di quanto da questi è dovuto a pagare in seguito del danno a terzi, se civilmente responsabile. Anche in questo caso non è possibile determinare *ex ante* il valore del bene danneggiabile, oggetto dell’assicurazione, rappresentato dal patrimonio o dalla salute altrui.

La differenza con l’assicurazione infortuni si identifica proprio nei diversi criteri di liquidazione. Infatti, mentre nelle prime vi è un capitale predeterminato pari ad un multiplo della retribuzione o scelto in modo libero tra un ventaglio di formule; nelle seconde, l’assicuratore fissa dei massimali (limiti di risarcimento) in base ai quali viene determinato il premio, con riguardo all’attività svolta dall’assicurato, preso come

Dietro il velo della compensatio luci cum damno: “tra false credenze e false speranze”

misura del rischio, la frequenza con la quale questa viene svolta, utilizzando parametri quali la retribuzione, il fatturato, il numero dei dipendenti ecc., tenendo conto anche dei criteri risarcitorii stabiliti dalle leggi o dalla giurisprudenza.

Il massimale e l’attività sono le due varabili su cui viene costruito il tasso tecnico applicato al valore del parametro di riferimento.

Il premio viene così conteggiato applicando il tasso al parametro variabile scelto con il quale si misura l’alea.

Tornando alla natura di questa tipologia di polizza, la società mira a tutelare il patrimonio dell’assicurato, oggetto dell’assicurazione, in quanto potrebbe subire un danno a seguito del sinistro e della lesione subita dal terzo al patrimonio o alla salute, il cui danneggiamento determina l’entità del danno.

Il contratto di assicurazione della responsabilità civile ha dunque lo scopo di risarcire il danno prodotto al patrimonio dell’assicurato a seguito dell’impedimento di esercitare il suo diritto sulla cosa a causa del sinistro, ma anche il danneggiato delle perdite monetarie che potrebbe subire a seguito del danno arrecato al terzo.

In tal senso la regola proporzionale, prevista dall’art. 1907 c.c., può dirsi non esercitabile per questa tipologia di polizze, in quanto manca una diretta corrispondenza tra valore del bene assicurato e premio, il quale va conteggiato su un valore che non attiene al rischio assicurato per almeno tre differenti motivazioni. La prima afferma che il bene esposto al rischio è indeterminato o interminabile *ex ante* in quanto attiene alla salute o al patrimonio del terzo danneggiato. La seconda è che l’assicurato risponde al danno con responsabilità illimitata che implica il coinvolgimento dell’intero suo patrimonio e non limitatamente ad un valore certo. La terza motivazione per cui l’attività o il fatto dell’assicurato non sono solo strumentali al sinistro.

Questa visione del premio nell’assicurazione contro la responsabilità civile rappresenta un ulteriore elemento di differenziazione rispetto all’assicurazione ramo danni dove, invece, questo risulta essere proporzionale al valore della cosa esposta al rischio.

2.3 Il problema dell’automaticità della surrogazione

L’esclusione dell’automaticità della surrogazione, sostenuta dai più autorevoli, è riconducibile al solo fatto dell’avvenuta corresponsione dell’indennità.

Secondo tale tesi perché si possa parlare di surrogazione è necessario che l’assicuratore comunichi al terzo responsabile la propria intenzione a surrogarsi nei diritti spettanti al danneggiato.

E. Grossi²⁸ evidenziò brillantemente le molteplici ragioni a seguito di suddetta esclusione dove, in primo luogo, vi è l’esigenza di evitare l’inerzia dell’assicuratore che potrebbero condurre all’ipotesi in cui il responsabile si sottragga alle conseguenze del suo illecito; si cerca poi evitare il pericolo che in forza di suddetto meccanismo, l’assicuratore agisca nei confronti del terzo responsabile, che, in ipotesi, si sia assicurato con la medesima società.

L’automaticità della surrogazione potrebbe portare alla situazione per cui il terzo responsabile paghi al danneggiato, non essendo giunto a conoscenza del pagamento dell’indennità, e che possa quindi invocare nei confronti dell’assicurazione il meccanismo liberatorio del *solvens* in buona fede previsto all’art. 1189 c.c. L’assicuratore sarebbe costretto ad agire in ripetizione nei confronti dell’assicurato, determinando una concatenazione di eventi che porterebbero solo alla complicazione dei rapporti tra gli attori coinvolti.

In questa prospettiva la Cassazione nel 2014 ha proposto un ampliamento della base operativa della *compensatio lucri cum damno* sulle stesse ragioni che l’hanno spinta ad accogliere la non automaticità della surrogazione. Il problema fondamentale non è tanto una volta che l’assicuratore abbia espresso al terzo la propria volontà di surrogarsi, quanto piuttosto nel caso in cui egli non abbia ancora preso una posizione nel momento della pronuncia del giudice e della quantificazione del risarcimento,

²⁸ GROSSI, *Surrogazione dell’assicuratore*, in *diritto.it*

Dietro il velo della *compensatio lucri cum damno*: “tra false credenze e false speranze”

esercitando così il diritto potestativo che comporta una modificazione soggettiva dell’obbligazione risarcitoria.

Orbene, con riferimento ai presupposti sembra che la tesi minoritaria sia espressione una logica maggiore. Innanzitutto il rischio che il responsabile si sottragga alle conseguenze del proprio operato in ragione dell’inerzia dell’assicuratore è ravvisabile anche nell’inerzia del danneggiato, che disponendo di capacità economiche minori potrebbe anche accettare solo l’indennità percepita.

Invero neppure l’esigenza che l’assicuratore sia costretto ad agire in via di surrogazione verso il proprio cliente è esente da critiche in quanto l’ipotesi di partenza del tutto eventuale e insita all’interno dell’attività di impresa. In terzo luogo non vi è la necessità alla ripetizione dell’indebito in capo all’assicuratore, come previsto dal meccanismo liberatorio di cui all’art. 1189 c.c., e anche nei confronti dell’assicurato al quale sia stato corrisposto indennizzo e risarcimento.

L’errata presupposizione, manca di un elemento cardine vale a dire che ogni pretesa avanzata dal danneggiato per il ristoro del proprio debito sarebbe da riferirsi all’assicurazione stessa per effetto della surroga, che si vedrebbe sicuramente rifiutata la richiesta del primo da parte del giudice per difetto di titolarità attiva della situazione azionata.

Difatti sembra dimostrata come la tesi della non automaticità della surrogazione sembra incorrere in una moltiplicazione dei tempi processuali mentre quella che accetta suddetta automaticità sembra dimezzarli.

Il tentativo della Cassazione di ampliare l’operatività della *compensatio* si svolge così prettamente su un piano civile e sull’analisi dei presupposti a cui essa è ricondotta.

2.3.1 La surrogazione dell’assicuratore

Sin dai tempi passati il dibattito tra ammissibilità e non ammissibilità della surrogazione si congiunge con l’alternativa tra *compensatio lucri cum damno* e cumulo

Dietro il velo della compensatio lucri cum damno: “tra false credenze e false speranze”

tra indennizzo e risarcimento, diverbio che la giurisprudenza ha portato avanti che ancora oggi non si è concluso in un'univoca soluzione poiché entrambe sussistono ancora come indipendenti l'una dall'altra.

La surrogazione opera come un meccanismo che previene l'impoverimento del danneggiato a causa dell'ammontare del risarcimento, sempre che questi non abbia già risarcito il pregiudizio, situazione nella quale il responsabile civile si potrebbe trovare a pagare un duplice importo: uno all'assicuratore e l'altro al danneggiato.

Di quest'ultima questione si sono avvalsi coloro che escludono la *compensatio* e ritengono preclusa l'azione surrogatoria in favore del cumulo tra risarcimento e indennizzo. Di contro, nel caso in cui il risarcimento venisse ridotto per opera di tale istituto, il responsabile dovrebbe corrispondere solo la parte dei danni referenti all'indennità e la restante parte spetterebbe all'assicuratore che agisce in via di surrogazione, evitando in questo modo l'impoverimento del danneggiante.

L'istituto della surrogazione fa riferimento al *genus* dell'art. 1202 c.c.:

“il debitore che prende a mutuo una somma di denaro o un'altra cosa fungibile al fine di pagare il debito, può surrogare il mutante nei diritti del creditore, anche senza il consenso di questo. La surrogazione ha effetto quando concorrono le seguenti condizioni: 1) che il mutuo e la quietanza risultino da un contratto avente data certa; 2) che nell'atto di mutuo sia indicata espressamente la specifica distinzione della somma mutata; 3) che nella quietanza si menzioni la dichiarazione del debitore circa la provenienza della somma impiegata nel pagamento. (..)”

e dall'art. 1203 c.c. che definisce le fattispecie nelle quali ha luogo la surrogazione. Occorre ora mettere in evidenza due aspetti logico-giuridici: in primis che l'avvenuto risarcimento del danneggiato ad opera del responsabile esclude la possibilità di surrogazione se precedente al pagamento dell'indennità, la corresponsione dell'indennità modifica l'attivo dell'obbligazione risarcitoria, sicché l'assicuratore sarà il danneggiato e non il danneggiante stesso, in quanto l'erogatore dell'indennizzo ha il diritto di far valere la stessa pretesa. L'idea è che la surrogazione possa operare solo se

Dietro il velo della *compensatio lucri cum damno*: “tra false credenze e false speranze”

la pretesa del danneggiato nei confronti del responsabile sia non estinta, nel quale appare chiara la logica dell’indennità, quella di evitare che il danneggiato patisca il pregiudizio, ottenendone il ristoro in tempi rapidi.

Con riferimento al secondo aspetto il punto centrale è nel pagamento dell’indennizzo, dove l’assicuratore diviene l’unico creditore nei confronti del responsabile.

La Cassazione si è così espressa: quando avviene la riscossione dell’indennizzo da parte dell’assicurato, si elide il so credito risarcitorio nei confronti del danneggiante, che si estingue e non può essere né più preteso né azionato. Si è dimostrato indirettamente come l’applicazione di una tecnica di quantificazione come la *compensatio lucri cum damno* risulta applicabile ai soli giudizi che vedono contrapposti danneggiato e responsabile.

La facoltà offerta dall’art. 1916 c.c. di potersi surrogare è lasciata alla decisione dell’assicurazione se intraprendere o meno l’azione risarcitoria e ottenere il pagamento dei danni. Seguendo questo ragionamento, risarcimento e surrogazione vanno posti su due piani diametralmente opposti. Invero se prima del pagamento dell’indennità avviene il risarcimento non c’è questione di surrogazione; al contrario se avviene il pagamento dell’indennità la pretesa risarcitoria resta esclusivamente in capo all’assicuratore, attraverso la surrogazione.

Tale ricostruzione mentale, però, può essere contrastante con la prassi nella quale il danneggiato oltre all’indennità agisca in giudizio per ottenere anche il risarcimento. Riassumendo le due ipotesi proposte: se l’assicuratore paga l’indennità al danneggiato che non ha ancora agito in giudizio allora non vi è *compensatio*; se il pagamento dell’indennità implica la surrogazione dell’assicuratore come parte attiva del debito allora la domanda risarcitoria verrà rigettata dal giudice per difetto della titolarità del diritto.

Questo scenario prevede che l’assicuratore paghi l’indennità al danneggiato che ha già agito in giudizio nei confronti del responsabile, ancora la *compensatio* non opera, la surrogazione va in atto e si procede in giudizio ai sensi dell’art 111 c.p.c. poiché viene

Dietro il velo della *compensatio lucri cum damno*: “tra false credenze e false speranze”

registrata una successione a titolo particolare. Al fianco di questi scenari se ne può prospettare un terzo che esclude la dipendenza tra *compensatio* e azione di surrogazione. Il danneggiato ottiene il risarcimento del danno patito in precedenza al pagamento dell’indennità da parte dell’assicuratore. Anche in questo caso non vi è *compensatio* in quanto non vi è nessun lucro che il giudice è chiamato a considerare in sede di quantificazione del risarcimento. Nel caso in cui l’assicuratore pagasse comunque l’indennità si verrebbe a causare un arricchimento del danneggiato e un impoverimento delle altre due parti coinvolte. Ora, l’assicuratore non può surrogarsi nei confronti del danneggiato se le ragioni sono già soddisfatte, e allo stesso modo non può considerarsi la ragione del danneggiato come arricchimento ingiustificato in quanto il risarcimento afferisce all’art. 2043 c.c. e l’indennizzo trova giustificazione nel pagamento dei premi e nella volontà di legge di assistere le vittime di determinati fatti pregiudizievoli.

Questo rappresenta una violazione del principio d’integralità del risarcimento che non può essere una fonte di lucro. Considerando ora la rinuncia della surrogazione, va detto che questa non ha effetto estintivo del credito risarcitorio con il pagamento, tale rinuncia non si conclude che nella disposizione, per l’assicuratore, di un diritto futuro.

2.4 La Corte di Cassazione

La Corte di Cassazione ha emanato, nel corso degli anni, un certo numero di ordinanze, a volte contrastanti, in tema di *compensatio lucri cum damno*. Di seguito sono riportate le più significative che hanno visto diretta espressione della configurabilità tra suddetto istituto e l’indennizzo assicurativo a seguito del danno causato dall’illecito.

Le problematiche esposte dalla Cassazione riguardano il coordinamento tra ingiustizia distributiva e l’etica che sottointesa nel fatto illecito, in cui prevale la funzione riparatoria e il principio di deterrenza divenuto strutturale.

2.4.1 Cass. Ordd. n. 26 Agosto 1985 n. 4550

L’analisi economica del diritto permette di comprendere gli effetti delle norme sul comportamento degli individui, nonché di analizzare i costi dei diversi assetti giuridici, riguardanti il concetto di bene collettivo. Essa trova la sua applicazione più concreta all’interno dello studio dei processi, inquadrati in un’ottica utilitaristica poiché entrano in gioco diversi soggetti con il compito di assumere diverse decisioni, tra le quali il danneggiato che mira ad ottenere il massimo risarcimento e il danneggiante che ambisce ad ottenere tali pretese al minimo costo. Entrambe le tipologie di analisi economica, positiva o normativa, operano come critica dell’elaborazione giurisprudenziale e come un’esatta individuazione delle funzioni svolte dagli istituti con il compito di servire da “*strumento di amministrazione professionale delle “parole” della legge*”.

All’interno del nostro ordinamento, l’analisi economica si è soffermata prettamente sul processo amministrativo il quale sembra essere campo applicativo dell’EAL, dove l’oggetto dello studio è la responsabilità extracontrattuale che prende le mosse dalla tutela risarcitoria. Infatti le più rappresentative decisioni che fanno capo ai principi EAL sono da ricondursi all’illecito aquiliano con riferimento alla sentenza della Corte di Cassazione, Sez. III civile, sentenza del 26 agosto 1985, n. 4550. La sentenza prevedeva che:

“Il datore di lavoro ha diritto ad ottenere dal terzo, che con il proprio comportamento colposo abbia causato l’invalidità temporanea di un dipendente del primo, il risarcimento del danno conseguente al pagamento della retribuzione in assenza di controprestazione; non gli compete, il ristoro per quanto abbia versato a titolo di contributi previdenziali ad assicurativi obbligatori. (1)”

L’interrogativo che si poneva la Corte risiedeva dunque nel decidere chi tra l’assicuratore, *first-party*, nonché datore di lavoro e la compagnia assicurativa del danneggiante, avesse potuto meglio corrispondere il danno causato all’integrità fisica

Dietro il velo della compensatio lucri cum damno: “tra false credenze e false speranze”

del dipendente e chi ,di conseguenza ,fosse meglio predisposto nella gestione di suddetto rischio.

La risposta della Corte avviene per negazione e fa riferimento alla logica dello scambio-retribuzione, la quale prevede tra l’altro, che vi sia un giusto equilibrio tra le prestazioni e nella gestione dei rischi. In ossequio al suddetto principio, è da escludere la possibilità che sia affidata al datore di lavoro la responsabilità dell’illecito in quanto, in questo caso, l’infortunio o la malattia del lavoratore sono causate da un comportamento colposo di un terzo, ed è quindi costui destinato a pagare i costi del danno provocato.

Tale sentenza, spicca per la sua importanza non solo perché per la prima volta riconosce il “datore di lavoro” come tale, ma soprattutto perché, sebbene la Corte era ancora priva di tutta quella consapevolezza di analisi economica, giunge ad una conclusione, dando un precedente importante vale a dire che proprio il fautore dell’illecito a dover risarcire il danno da lui provocato, rigettando il possibile verificarsi del cosiddetto “effetto di scoraggiamento” secondo cui i potenziali danneggianti potrebbero adottare comportamenti non proprio volti alla prevenzione in quanto consapevoli che l’azione risarcitoria potrebbe venir meno.

2.4.2 Cass. Ordd. n.13 giugno 2014 n. 13537 e Cass. Ordd. n. 20 aprile 2016 n 7774

L’ordinanza della S.C. in esame, in data 13/06/2014 n. 13537, si inserisce appieno del dibattito giurisprudenziale e dottrinario circa la possibilità di sottrarre al risarcimento del danno causato dall’illecito gli emolumenti versati al danneggiato da assicuratori privati, oggetto della tanto discussa ordinanza della Cassazione n. 13233 del 11/06/2014, o sociali, oggetto di codesta ordinanza, in applicazione dell’istituto della *compensatio lucri cum damno*.

La sentenza in esame è stata poi completata dalla Cass. 20/04/2016 n. 7774, la quale trattando gli stessi temi, conclude il discorso con riferimento, questa volta, agli enti di

Dietro il velo della *compensatio lucri cum damno*: “tra false credenze e false speranze”

previdenza. In entrambe le ordinanze citate, la Cassazione, dunque, si pone a favore della *compensatio* e non manca di esporre le motivazioni per cui vi deve essere compensazione tra le somme ricevute dal danneggiato a titolo di risarcimento e quelle, invece, percepite a titolo di pensione di reversibilità dai familiari del deceduto.

La Corte afferma che negare la possibilità di compensazione tra il pregiudizio patrimoniale da morte del coniunto e pensione di invalidità è contro le regole applicative in tema di legittimità comunemente diffuse tra la giurisprudenza in tema di responsabilità civile.

Rivela anche alcune peculiarità che giustificano tali affermazioni, tra le quali il riferimento ad una nozione di causalità che non si riferisce al diritto vigente che privilegia la *conditio sine qua non*; nonché priverebbe l'assicurazione sociale o l'ente previdenziale della possibilità di esercitare l'azione di surrogazione, con la conseguenza che tale esternalità negativa creatasi finirebbe per danneggiare gli stessi e di riflesso l'intera collettività, per di più senza giusta causa.

Riferendosi poi ai principi cardine del nostro ordinamento, non poteva che alludere al principio di indifferenza, desunto dall'art. 1223 c.c., secondo cui il risarcimento deve includere sia la perdita che il mancato guadagno senza che vi sia un arricchimento né impoverimento del danneggiato ma anche agli artt. 1909 e 1910 c.c., i quali traendo giustificazione dall'applicazione del principio indennitario, escludono il cumulo. E ancora con un riferimento al *ex art. 1224 c.c. comma 1*, dove viene definito che nelle obbligazioni pecuniarie, gli interessi legali sono dovuti dal giorno della mora “*anche se il creditore non prova di aver sofferto il danno*” il che indica come qualsiasi deroga al principio indennitario deve essere fatta in modo espresso. Sicché diretta conseguenza di tali asserzioni è che il danneggiato non può trovarsi in una situazione economica migliore della differenza economica indotta dall'illecito. Con riguardo alla pensione di reversibilità prevista dal R.D.L. 14 aprile 1939 n. 636, art. 13, erogata dall' Inps al coniuge dell'assicurato deceduto, con la finalità di preservare dal disagio economico i coniugi del *de cuius* in quanto non più abile nel produrre reddito all'interno del

Dietro il velo della *compensatio lucri cum damno*: “tra false credenze e false speranze”

nucleo familiare, la Cassazione giunge alla conclusione che il precettore della pensione non patisce danno patrimoniale fino all’ammontare della pensione stessa, essendo essa calcolata come differenza tra le utilità godute dal danneggiato *ex ante* e *ex post* l’accadimento.

Sicché se non si considerasse l’intervento dell’ente previdenziale o dell’assicurazione sociale, si assisterebbe ad un accrescimento del patrimonio dei familiari in conseguenza al decesso. La scelta della non cumulabilità è asserente anche a quanto la Corte aveva già esposto in precedenza, ovvero all’interno della sentenza Cass. 15 aprile 1999, n.3806 dove la questione fu analizzata con un ragionamento sillogistico²⁹, con premesse riferite al fatto che il beneficio erogato dall’assicuratore sociale o ente previdenziale attenua il danno subito dai familiari e l’erogazione elide parte del danno subito, di conseguenza è inesistente il danno patrimoniale per la parte elisa, quindi la *compensatio lucri cum damno* resta inapplicabile in quanto essa esiste nel momento in cui sorge il danno, ma se questi si è estinto non ha ragion d’essere.

In conclusione va annoverato che presupposto essenziale della *compensatio* è la causalità, per cui danno e lucro devono scaturire entrambi in modo immediato e diretto dallo stesso fatto illecito, ma essendo il risarcimento del danno ai congiunti derivato dall’illecito e, *secundum legem* l’emolumento previdenziale o assicurativo, il principio sopraindicato non può applicarsi.

2.4.3 Cass. Ordd. nn. 15534, 15535, 15536 e 15537 del 2017

La terza sezione civile, con l’emanazione di questi quattro provvedimenti, richiede l’intervento nomofilattico delle Sezioni Unite. La prima, Cass. Ord. n. 15534/17, sviluppa il suo discorso prendendo le mosse dalla tragedia di Ustica, interrogandosi se dal computo del pregiudizio sofferto dalla compagnia area titolare del veicolo

²⁹ Cfr. Cass. 15 aprile 1998, n. 3806, *Foro.it*, Rep. 1998, voce *Danni civili*.

Dietro il velo della *compensatio lucri cum damno*: “tra false credenze e false speranze”

abbattuto, vada eliso ciò che questa ha ottenuto a titolo di indennizzo dalla compagnia assicurativa *ex contractu*.

La seconda Cass. Ord. n. 15535/17, in tema di benefici previdenziali o assistenziali, attiene allo scomputo della rendita vitalizia, riconosciuta dall’Inail, a seguito dell’infortunio del lavoratore subordinato.

La terza di queste, Cass. Ord. n. 15536/17 fa riferimento alla sottrazione della pensione di reversibilità, accordata dall’Inps al coniuge della vittima, all’ammontare del danno risarcibile.

L’ultima Cass. Ord. n. 15537/17 tratta della detraibilità del valore dell’indennità di accompagnamento erogata dall’Inps al minore danneggiato da un ritardo durante un parto cesareo. La Terza sezione civile hanno rimesso al Primo Presidente, per l’assegnazione alle S.U., alcune problematiche, che presentate nella sua interessa asseriscono alla questione se debba tenersi conto del vantaggio che la vittima ha percepito come emolumenti versatigli da assicuatori privati, sociali o enti di previdenza, o da terzi in virtù di atti lesivi nei confronti del danneggiato.

Le problematiche oggetto di contrasto coinvolgono anche l’intervento del giudice e la sua operatività.

Ai fini del calcolo si decide per la contrapposizione se il giudice debba sottrarre dal patrimonio della vittima anteriore al sinistro, quello residuale, non ricorrendo prima alla liquidazione e poi alla *compensatio* e se, quando a seguito del verificarsi dell’evento che ha portato alla vittima benefici economici, il cui risultato diretto o mediato sia quello di attenuare il pregiudizio, il giudice debba considerare suddetto presupposto di attribuzione ai fini della stima del danno, escludendone la parte ristorata.

La seconda discussione attiene ad una problematica già familiare alla Corte, ossia se il risarcimento del danno patrimoniale del coniuge del *de cuius* va liquidato detraendo dal credito il valore capitalizzato della pensione di reversibilità erogata dall’ente

Dietro il velo della compensatio lucri cum damno: “tra false credenze e false speranze”

previdenziale e attribuita al superstite, di cui all’art. 1 della l. n. 508/1988 o alla l. n. 222/1984 comma 1. È evidente che con l’emanazione delle ordinanze in questione, l’impostazione metodologica della Cassazione, ha tentato di dare ordine e una soluzione seppure con uno sforzo ricognitivo volto al pregresso.

2.5 Il diritto europeo tra *civil law* e *common law*: il difficile coordinamento

L’Europa dal 1958 a oggi di fronte alle evidenti differenze dei paesi membri in tema di sicurezza sociale e l’impossibilità di costruire un consenso politico uniforme attorno ai principi e regole condivise di tali diritto, ha dovuto adottare un compromesso per raggiungere una soluzione di scelte politiche ponderate unitariamente, dove il funzionamento della responsabilità civile e della sicurezza sociale operano congiuntamente a fronte degli eventi dannosi che coinvolgono i cittadini.

Così l’art. 52 del Regolamento del Consiglio 25 settembre 1985, n.3, prevedeva che per la sua sicurezza sociale dei lavoratori migranti, prevedeva che qualora il danno fosse subito all’interno del territorio di un altro Stato, il diritto alla surrogazione dell’istituzione assistenziale doveva essere riconosciuto da ogni Stato membro, prevedendo che l’applicazione di tale norma dovesse essere poi regolata da convegni bilaterali. Tale provvedimento però risultava essere in contrasto con il diritto privatistico e fu necessario un chiarimento reso dalla CGCE che risultò decisivo in quanto affermata che:

“l’istituzione non può esigere dal terzo responsabile il pagamento di somme diverse da quelle spettanti alla vittima dal danno e dai suoi congiunti. Questo pagamento è governato dalle regole della legge nazionale che disciplina il diritto al risarcimento del danno. L’art. 52 non è inteso a modificare il sistema della responsabilità extracontrattuale, che deve rimanere soggetto esclusivamente al diritto nazionali degli Stati membri”.

Dietro il velo della compensatio luci cum damno: “tra false credenze e false speranze”

Con questo nuovo strumento si posero le basi per rafforzare la sicurezza sociale europea, nonché l’idea che fosse opportuno rispettare le caratteristiche della legislazione nazionale in materia di sicurezza e occuparsi esclusivamente dell’elaborazione di un sistema di coordinamento al fine di garantire una parità di trattamento comune agli Stati.

Le conseguenze di quanto illustrato si ebbero all’interno del giudizio risarcitorio e, ovviamente, nella compensazione con l’affermazione della responsabilità civile del responsabile del fatto illecito, dalla quale scaturisce anche la prestazione assistenziale nel paese di provenienza del danneggiato.

Gli sviluppi del diritto comparato tra gli Stati, portarono all’analisi dell’art. 93 del Regolamento 1408/1971 a seguito di una controversia sorta tra un ente previdenziale tedesco e un assicuratore danese. La Corte obbligò quella danese ad ammettere l’azione promossa dell’ente tedesco, sebbene la sua legge escludeva la surrogazione dell’ente erogatore di prestazioni di sicurezza sociale in tema di danni risarcitori dell’assistito. Secondo i giudici europei la logica sottostante all’imposizione risiedeva:

*“nell’equa contropartita dell’estensione degli obblighi di tali enti all’interno della comunità e configura una norma di conflitto che impone al giudice nazionale, adito con un’azione per risarcimento danni promossa nei confronti del responsabile del danno, di applicare il diritto dello stato membro dell’ente debitore non soltanto per accertare se quest’ultimo sia subentrato legalmente nei diritti della vittima o se sia titolare del diritto di esperire un’azione direttamente nei confronti del terzo responsabile, ma anche per determinare la natura e l’entità dei crediti in cui l’ente debitore è subentrato o che esso può far valere direttamente nei confronti del terzo”*³⁰.

Tale norma fu richiamata anche dal *Langericht* di Treveri che interrogò i giudici europei per risolvere la questione a quale diritto fosse tenuto a riferirsi e se, prima di

³⁰ Corte giust. Ce, 2 giugno 1994, n. 428, causa C-428/92

Dietro il velo della compensatio lucri cum damno: “tra false credenze e false speranze”

procedere alla surrogazione, avesse dovuto preliminarmente accettare nel merito i diritti dei congiunti della vittima.

La Corte rispose con un percorso a due stadi : dapprima la Corte nazionale avrebbe dovuto riferirsi alla legislazione vigente in tema di diritto al risarcimento della vittima del paese dove la controversia fosse avvenuta , dopo aver verificato la surrogazione prevista dalla legislazione nazionale dell’ente assistenziale nei confronti dei diritti che la vittima o i suoi aventi causa potevano vantare, e l’estensione di questi, la Corte avrebbe potuto esaminare la surrogazione restando impregiudicata la piena autonomia con la quale quella nazionale, a seguito della domanda risarcitoria, avrebbe potuto interpretare la legislazione straniera. Con il susseguirsi di questi eventi, ogni questione risalente alla norma di conflitto che mirava al coordinamento europeo fra diritto alla sicurezza sociale e responsabilità civile negli stati membri fu risolto con l’introduzione di un meccanismo lineare con cui il giudice nazionale avrebbe dovuto compiere la valutazione. Difatti costui avrebbe dovuto verificare la consistenza del diritto risarcitorio vantato dalla vittima, sia nell’*an* che nel *quantum* con riferimento alla propria legislazione interna ,accertare che il diritto surrogazione vantato dall’ente fosse riconosciuto all’interno del diritto nazionale e verificare la corrispondenza di importo richiesto e liquidabile, verificare che l’importo riconosciuto per surrogazione fosse corrisposto e trovasse capienza nel risarcimento liquidabile al danneggiato, azionato dall’ente, dare vita alla surrogazione, eventualmente riducendo l’importo liquidato a favore dell’ente, se il *quantum* del diritto surrogato fosse risultato incapiente, di modo che ad ognuno spettasse, dalla suddivisione aritmetica del risarcimento liquidatorio, la sua parte.

Ora limitarsi a dire che le somme assoggettate a surrogazione dell’assicuratore debbano essere valutate dal giudice con riguardo alla capienza di quelle reclamabili dall’ente pagatore straniero, equivale a occultare, tramite la valutazione effettuata dal giudicante, la funzione dell’attribuzione patrimoniale che è insita nel sistema di sicurezza sociale, e mira a mettere in primo piano la scelta politica del legislatore del Paese membro. Inoltre va ad alimentare la contrapposizione tra la situazione nella quale l’attenzione

Dietro il velo della compensatio luci cum damno: “tra false credenze e false speranze”

dell’ente erogatore nel recupero delle somme versate dalla propria assistenza sociale, e i diritti stessi attribuibili al dispositivo risarcitorio, nella constatazione che la traduzione in denaro di questi è in funzione dell’ordimento predisposto alla valutazione.

Alla luce della nascita dell’Unione Europea fu adottato il regolamento (CE) n. 883/2004 in tema di sicurezza sociale, che all’art. 85 asserisce nuovamente al meccanismo della norma di conflitto.

In rispetto a tale regolamento, con riferimento al nostro ordinamento giuridico, la S.C., ove avrebbe riscontrato problematiche, avrebbe dovuto chiedere un responso interpretativo alla CGUE, *ex art. 267, par. 3, TFUE*, in forza di un chiarimento univoco se il test sulla capienza della surrogazione rispetto al credito risarcitorio, debba essere condotto solo sul danno espressa dall’erogatore dell’ente pagatore, e quindi alla sua funzione, fermo restando la questione delle condizioni di applicabilità della normativa europea che è estranea a istituti e concetti della responsabilità civile.

In tema si surrogazione poi, la S.C. dovette asserire alla volontà del diritto uniforme, di porsi in condizione di neutralità, in osservanza delle caratteristiche proprie delle legislazioni nazionali di sicurezza sociale. Ad esempio all’interno della normativa tedesca, è previsto che il giudice possa anche ridurre o azzerare il diritto trasferito per surrogazione all’ente, a seguito del ristoro dell’illecito da parte del danneggiante verso colui che gli si presenta come creditore, prima ancora che l’ente abbia potuto erogare le sue prestazioni a beneficio del danneggiato.

Con riguardo a questa problematica, la legge tedesca impone, con un taglio pragmatico, che ove tale pagamento sia avvenuto in buona fede, mantiene la sua efficacia e può essere opposto all’ente pagatore; se invece è sopravvenuta mala fede, e il pagamento sia stato effettuato nella consapevolezza della surrogazione, l’ente pagatore ha la libertà di scegliere tra due coobbligati solidali, il responsabile del danno e il beneficiario risarcito.

Dietro il velo della *compensatio lucri cum damno*: “tra false credenze e false speranze”

L’analisi storica di partenza permette di concludere come, a livello europeo, vi sia un’inadeguatezza di soluzioni tecniche volte a definire il coordinamento tra gli stati membri nel rapporto tra tutela risarcitoria e prestazioni degli stati sociali.

L’istituto della *compensatio lucri cum damno*, di cui tanto si è discusso, non è estraneo al *common law* che ha elaborato la teoria delle *collateral source-rule* in virtù delle quali:

“the compensation given to an injured party from a third party should not be considered in assessing the damages to be paid by the party who inflicted the injury”

J. Fleming fa riferimento a tale “stranezza” dell’ordinamento giuridico americano, che afferma che nel calcolo dei danni causati da un illecito, al danneggiante non è consentito sottrarre i benefici ricevuti da altre sources, anche se ha parzialmente o integralmente ristorato la sua perdita. Il danneggiato può quindi auspicare ad una “situazione d’oro” percependo sia il beneficio collaterale sia il risarcimento.

Anche all’interno di tale ordinamento, vi sono delle posizioni contrastanti tra chi asserisce che il danneggiato non debba ottenere una duplicazione del ristoro con indennizzo e risarcimento, affermando che:

“the collateral source will reduce damage awards without denying plaintiff full recovery of their damages”;

e chi invece sostiene che:

“it is preferable for the victim than for the wrongdoer to profit from the victim’s prudence (as buying health insurance) or good fortune (in having some other collateral source available)”.

Risulta evidente quindi che non vi è solo un dilemma al livello di coordinamento tra gli stati membri che si è propagato nel tempo, ma anche tra *civil law* e *common law* che anche se sovrapposti, presentano comunque risoluzioni contrastanti.

L’analisi di *common law* verrà meglio spigata nel prossimo capitolo.

CAPITOLO 3:

ANALISI ECONOMICA E PRESUPPOSTI PROBLEMATICI

Già nella metà del secolo scorso, il dibattito circa la *loss distribution* come tema centrale della responsabilità civile si presentava molto acceso.

Celebri autori come J. Fleming, C. Gregory e J. Traynor affermavano la necessità di asserire alle imprese una maggior responsabilità poiché si trovavano nella posizione migliore per coprire i costi derivanti dalle perdite associate alla loro attività, assicurandosi indirettamente contro le lesioni fisiche riportate dai lavoratori e, direttamente, agendo sul livello dei prezzi.

Analizzando suddetto preceitto alla luce degli eventi accaduti sino ad oggi, appare chiaro che il tentativo di porre al centro della tort law la *loss distribution* non fu che mera illusione accademica. Difatti, le assicurazioni private e la previdenza sociale sono cresciute esponenzialmente e alle imprese risulta meno ovvio assicurarsi contro il rischio di illecito civile.

Le regole di responsabilità civile si risolvono nelle scelte conseguenti alla migliore allocazione dei costi che conseguono alla violazione delle norme, sicché ci troviamo di fronte ad un vero e proprio meccanismo sociale, di traslazione dei costi degli incidenti, ancora prima che giuridico.

3.1 “*The Tort system* “nella prospettiva assicurativa

Generalmente si guarda al *Tort system* come centro di illeciti e di danni, in cui le assicurazioni privano e gli enti previdenziali non sono considerati che attori minori.

I contratti di quest’ultimi non vengono nemmeno presi in considerazione dai burocratici della sicurezza sociale finché non vengono a mostrarsi gli effetti al seguito del verificarsi un evento generatore di danno.

Dietro il velo della compensatio lucri cum damno: “tra false credenze e false speranze”

Diretta conseguenza è che si tende a sopravvalutare l’importanza dell’illecito, riferendosi a questo principalmente come metodo di deterrenza e come fonte di compensazione, tralasciando gli altri metodi compensazione per lesioni personali.

Si dovrebbe guardare, quindi, tale sistema come parte integrante di uno più ampio che accoglie tutti le metodologie a cui risponde il costo totale diretto di quasi 233 bilioni di dollari l’anno. Di questi sono una parte è attribuibile ai costi dei danni causati da illeciti corrispondenti circa a 80 bilioni di dollari per anno.

La teoria della giustizia correttiva richiede un premio monetario che va commisurato in proporzione alla perdita effettiva e futura subita dal danneggiato, sia economica che morale. Per ottimizzare l’applicazione di questa, il sistema deve sforzarsi di minacciare di imporre la responsabilità al danneggiante, il quale dovrà provvedere ai costi che la sua negligenza ha causato. Importante è sottolineare come, in ossequio all’interpretazione che la giurisprudenza americana ha dato di questa regola, il tribunale che giudica prende in considerazione non tanto il guadagno tra querelante e convenuto, ma tra il danneggiante e assicurazione, di qualunque tipo si tratti, deve assumersi la responsabilità di compensazione. Si è convenuto che tale ruolo spetti alla seconda, a titolo di surroga. Da cui abbiamo riprova dell’ipotesi originale cioè che non vi sia alcuna distinzione nell’applicazione della “collateral source rule” tra contratto ed illecito.

3.2 La relazione tra tort e first-party e assicurazioni sociali

Il trattamento delle *collateral source* nella prospettiva dell’illecito ai fini della deterrenza è ottimale quando queste sono ignorate nella determinazione dell’ammontare del danno per il quale il danneggiante è imputato. Tuttavia, al responsabile dell’illecito non vengono attribuiti tutti i costi sociali. Infatti dei quattro modelli solo uno proclama l’azione di deterrenza al netto delle assicurazioni.

Dietro il velo della compensatio lucri cum damno: “tra false credenze e false speranze”

Il modello di *first-party insurance*, per cui il danneggiato è chiamato a provvedere alle dovute coperture assicurative, causa però qualche inconveniente, come la mancanza di un’adeguata diffusione sociale atta a renderla accettabile e preferibile ad un’assicurazione *tout court*.

Nonostante le problematiche, tale tipo di copertura assicurativa è quella preminente sia in Italia che negli Stati Uniti, ma non è stata priva di critiche, come ad esempio quella più celebre portata avanti da g. Calabresi. Come l’autore evidenzia, questo sistema *fisrt-party* prevede dei premi calcolati in rapporto al reddito e all’aspettativa di vita dell’assicurato per quanto riguarda l’assicurazione alla circolazione automobilistica³¹, e in relazione al reddito e all’aspettativa di vita del danneggiato, calcolato come aspettativa media, in relazione alla responsabilità per danni causati ad altri.

Per ciò che concerne l’assicurazione di responsabilità civili, una delle più recenti critiche è stata svolta da G. Priest, che individua la crisi del sistema assicurativo legata ad un eccesso di responsabilità civile, da una parte con elevati risarcimenti, e dall’altra proprio evolversi di tale modello assicurativo in conseguenza all’espandersi di questa, il che ha portato, tra le tante, un aumento dei costi, perché la *third-party insurance* è meno conveniente rispetto a quella dei danni a persona. Difatti in quest’ultima, l’assicurato non è obbligato a risarcire il danno morale in quanto non attinente alla capacità di reddito, mentre nell’assicurazione della responsabilità civile viene incluso, ed anzi assume un ruolo preminente nel risarcimento del danno a carico del responsabile.

Con riferimento a quest’ultima problematica è opportuno rilevare che nell’ordinamento italiano *ex art. 2059 c.c.*, come in quello tedesco al § 253 BGB, il danno morale non

³¹ in ossequio a tale imposizione, il peso maggiore è attribuito ai poveri, ai giovani e agli anziani, i quali pagherebbero un premio più elevato per la ridotta aspettativa di vita o per via del basso reddito. I poveri e gli anziani, nella scelta tra i vari massimali del sistema di r.c.a., consente di approssimare il premio al danno atteso del singolo automobilista, senza inserirlo all’interno di una generica classe; ai meno abbienti sarà associato un massimale più basso per pagare una somma inferiore.

assume così tanta rilevanza, in quanto viene frapposto una limitazione che riguarda il *quantum* risarcitorio. Quanto all'avvento dei sistemi di sicurezza sociale non deve comportare la scomparsa della responsabilità civile, posto che il meccanismo applicativo è inversamente proporzionale, non possono nascondersi però né un deficit di capacità deterrente né un'incapacità a garantire un ristoro effettivo e integrativo dei danni, calcolati su base standardizzata e forfettaria, che penalizza in modo evidente la *social security*.

3.2.1 Le “*collateral source rule*” e la realtà assicurativa

Il tema ricorrente della letteratura di *tort law* è sicuramente attinente alla *collateral source rule*, che allo stesso modo della *compensatio lucri cum damno*, si pone la questione se nel risarcimento corrisposto al danneggiato, il danno dovrebbe considerarsi nella sua interezza, escludendo dal *quantum* quanto corrisposto in passato o nell'immediato futuro dalle compagnie assicurative, o se l'ammontare dei benefici offerti dalle “source” dovrebbe essere compensato dall'ammontare del premio al fine di evitare la duplicazione del risarcimento.

A questo punto di analisi, porre la questione in questo modo appare semplificativo. Applicando la *collateral source rule* non necessariamente il danneggiato assisterà a questa duplicazione, in quanto un altro artificio entra in gioco ovvero la surrogazione³². Operante per legge o per contratto, sia le assicurazioni private che gli enti di provvidenza sociali prevedono tale meccanismo, prevedendo il trasferimento della *policyholder's* o *beneficiary's right* del rimborso contro il terzo. Sebbene il diritto alla surroga può essere rivendicato con un'azione diretta contro il danneggiante, il metodo di applicazione convenzionale risulta quello della rivalsa contro il danneggiato una volta terminato il processo per illecito.

³² La surrogazione può essere definita come quel meccanismo da cui scaturiscono le modificazioni soggettive nel lato attivo. Secondo tale istituto, vi è il subingresso di un terzo che si sostituisce nel diritto del creditore verso un debitore, mediante il pagamento di un debito da parte del terzo stesso.

Dietro il velo della compensatio lucri cum damno: “tra false credenze e false speranze”

K. Abraham, spiega come, attraverso ciò che lui chiama “*subrogation reimbursement*”, al danneggiato non viene poi dato un duplice risarcimento analizzando tre fattori che in pratica evitano tale approccio.

Il primo fattore ha come base la constatazione che non sempre gli assicuratori sono nella posizione di verificare l’illecito riportato dai loro assicurati, così da essere nella posizione di rivendicare il loro diritto di “*subrogation reimbursement*”, quando c’è un recupero dell’illecito a seguito dell’adempimento delle prestazioni assicurative.

Il secondo fattore è determinato da un metodo amministrativamente semplice di dividere e isolare la giusta quota dovuta all’assicuratore da una “torta” incompleta è necessario al fine di automatizzare il processo di *reimbursement* e renderlo possibile. Il terzo ed ultimo fattore riguarda il sistema affinché sia efficiente ed efficace dovrebbe anche consentire future *subrogation reimbursement*. Difatti il danneggiato sebbene abbia ricevuto il risarcimento per l’illecito, potrebbe ricorrere ad altre perdite *out-of-pocket*, e l’assicurazione che paga tali benefici collaterali dovrebbe ricevere il “*subrogation reimbursement*” dal danneggiato stesso, perché costui ha già ottenuto il risarcimento per suddette perdite, ma essendo l’ammontare di determinato pagamento determinato su conteggio delle perdite con il passare del tempo potrebbe essere di difficile determinazione con la conclusione che si avrebbe un incremento dei costi spropositato.

È molto probabile poi che gli assicuratori preferiscano ottenere la “*subrogation reimbursement*” al momento in cui il danno da illecito si è verificato piuttosto che nel futuro; quindi per una serie di ragioni risulta evidente che il diritto di surrogazione esercitabile dalle assicurazioni in teoria e la surrogazione *in action* sono ben differenti, e talvolta, si concreta anche nella sostanza.

Dietro il velo della compensatio lucri cum damno: “tra false credenze e false speranze”

3.3 I modelli di offset e non-offset

La giurisprudenza in tema di Tort law ha dato due disposizioni generali per affrontare le *collateral source*.

L’impostazione tradizionale, risalente alla “collateral source rule” o *non-offset theory*, sostiene che al danneggiante è dovuto il pagamento per il ristoro del patrimonio del danneggiato anche se questi abbia percepito un qualsiasi beneficio dalle collateral source. *subrogation reimbursement* è consentito al fine di evitare la duplicazione del risarcimento. Di contro, il modello di *offset* consente al danneggiante un credito nei confronti del danneggiato.

La questione quindi attiene solo al fatto di stabilire chi sia il “*primary cost bearer*”, il danneggiante o la sua compagnia assicurativa o l’assicurazione del danneggiato. Se vi è compensazione, siamo nella situazione in cui le *loss-based source insurance* sono le *primary cost bearer*, e viceversa.

Questi approcci, sono solo la base da cui si diramano altri modelli applicabili nella realtà, che evidentemente hanno un differente impatto sulle *loss distribution*.

3.3.1 Il primo modello

Il primo modello: *Non-offset without Collateral Reimbursement*.

Questo modello rispecchia la prassi delle polizze infortuni non mortali, e consiste nel precludere la possibilità di non cumulo attraverso la *collateral source rule* e anche la *subrogation reimbursement* proveniente da assicurazioni *first-party* e sociali.

Questa metodologia, sebbene ancora arreca i danni dell’illecito al danneggiante o alla sua assicurazione, riconosce che la metodologia di recupero di suddetti costi non sono che parziali, e anche il surplus che deriverebbe dai benefici da una polizza assicurativa non può essere integrale.

Dietro il velo della compensatio lucri cum damno: “tra false credenze e false speranze”

Infatti il risarcimento del danno è spesso una sotto-compensazione a causa del sistema di tassa contingente, che impone al danneggiato di recuperare meno di quanto integralmente gli spetti per la diminuzione del suo patrimonio.

Così la maggior parte dei danneggiati, vedrà una sotto-compensazione di tutte le sue *out-of-pocket losses*, anche prima di pagare qualsiasi *subrogation reimbursement*, sicché si troverà in debito con la sua assicurazione per la vita o per infortuni non mortali. Sebbene circa il 90% dei risarcimenti da illecito vengono pagati la possibilità dell’”eccesso” di monetizzazione ricevuta dal danneggiato dalle *collateral sources*, che non viene rilevata a causa del deficit di *subrogation reimbursement*, tale somma, in aggregato, è destinata alla copertura delle spese legali. Il risultato è che le vie della sotto-compensazione sono due: il danneggiato riceve solo un parziale delle perdite da lui subite a causa dell’illecito; il danneggiato riceve un rimborso totale per le perdite da lui subite a cui dovrà, però, sottrarre la parte destinata alla sua assicurazione. Esistono tre obiezioni in tema di distribuzione che vengono portate avanti da questo modello.

La prima osservazione è che tale modello favorirebbe i danneggianti che hanno causato il danno. Difatti, la *subrogation reimbursement* è un mezzo per contenere i livelli di premio o i costi di assicurazione o previdenza sociale, e negarla avvantaggerebbe la minoranza dei danneggianti, a scapito della maggioranza le cui perdite non derivano da illeciti, aumentando i loro costi di assicurazione che risulterebbe una violazione del principio indennitario. Inoltre l’assicurazione di responsabilità civile è molto costosa, e coloro i quali pagano i premi vorrebbero piuttosto impiegare quel denaro per un’assicurazione *first-party*.

In secondo luogo, negare la *subrogation reimbursement*, significa dare priorità ad una perdita intangibile piuttosto che garantire quella per le *out-of-pocket losses*, che significa “privare” i danneggiati di parte dei loro danni. Difatti, con i premi assicurativi, le vittime potenziali di danni causati da illecito, pagherebbero la loro assicurazione per trattenere “tutto” il danno da loro sofferto.

Dietro il velo della compensatio luci cum damno: “tra false credenze e false speranze”

Da ultimo, *no-reimbursement rule* porterebbe gli assicurati a pagare un premio aggiuntivo per il recupero delle loro perdite nette nel caso che essi siano compensati in toto a seguito dell’illecito subito, il che, dal punto di vista assicurativo, farebbe salire il premio per “compensare” la perdita di reddito che questi subirebbero.

Tutto ciò costituirebbe un gioco d’azzardo per colui che subisce il danno perché, nell’eventualità che l’evento si verificasse assisterebbe ad un guadagno finanziario netto.

3.3.2 Il secondo modello

Il secondo modello: *Non-offset with Collateral Reimbursement Subject to a Make-whole Constraint*.

Questo è una variante del modello di *collateral source rule* in cui le *collateral source* non hanno diritto ad un rimborso fino a quando la vittima non è stata pienamente compensata. Tipicamente, il prerequisito per la *subrogation reimbursement* è che la vittima sia stata risarcita sia per il danno sofferto sia per la perdita intangibile. Questo tipo di approccio detto vincolo *make-whole* preclude il rimborso nella maggior parte dei casi.

Al contrario se la compensazione per il danno subito viene esclusa dal calcolo del *make-whole*, quest’ultimo provvederà a stabilire il *gap filler*, fornendo la compensazione per la parte che l’assicurazione *first-party* non è riuscita a colmare. Quest’approccio esclude la sovra-compensazione per le *out-of-pocket losses* e privilegia invece la distribuzione delle perdite tramite la responsabilità civile. Inoltre, dal punto di vista amministrativo, il vincolo dal *make-whole* su *subrogation reimbursement* può essere cruciale in quanto si concentra sul determinare se il danneggiato l’abbia o meno conseguito.

Questo tipo di approccio viene indicato all’interno del nostro ordinamento giuridico all’art. 142, comma 4, del codice delle assicurazioni private:

Dietro il velo della compensatio lucri cum damno: “tra false credenze e false speranze”

“in ogni caso l’ente gestore dell’assicurazione sociale non può esercitare l’azione surrogatoria con pregiudizio del diritto dell’assistito al risarcimento dei danni alla persona non altrimenti risarciti”.

Questo articolo dopo aver visto ridursi la portata della sua applicazione nel corso della storia, resta comunque in vigore con un’interpretazione del tutto nuova, ovvero che l’integrità del risarcimento del danno alla persona limitando tuttavia che questo si trasformi in una fonte di lucro.

3.3.3 Il terzo modello

Il terzo modello: *Non-offset with Off-the-Top Collateral Reimbursement*.

Secondo questo modello il danneggiato ha diritto al pieno risarcimento ma le *collateral sources* hanno diritto a surrogarsi per le erogazioni eseguite, anche se ciò comporta una limitazione al risarcimento. Possiamo riferirci così all’assicurazione *first-party* riducendo anche il costo dei premi. Vi è ancora qualche costo amministrativo correlato al *subrogation reimbursement*, ma è certamente inferiore rispetto al *make-whole*.

Infatti, sotto questo tipo di approccio *off-the-top* il rimborso è sempre una somma specifica: quella pagata dall’assicuratore per nome o per conto dell’assicurato.

Tale modello, preserva la deterrenza come tutti i precedenti ma canalizza molte più risorse attraverso il sistema di assicurazione *first-party* o sociale, attraverso un “sacrificio” del danneggiato, tollerando la sotto-compensazione contro un maggior controllo delle *loss distribution* attraverso metodi più redditizi. Nel nostro ordinamento, tale metodo può riferirsi all’art. 142 comma 2 e 3, cod. assic. Priv:

“prima di provvedere alla liquidazione del danno, l’impresa di assicurazione è tenuta a richiedere al danneggiato una dichiarazione attestante che lo stesso non ha diritto ad alcuna prestazione da parte di istituti che gestiscono assicurazioni sociali obbligatorie. Ove il danneggiato dichiari di aver diritto a tali prestazioni, l’impresa di

Dietro il velo della compensatio luci cum damno: “tra false credenze e false speranze”

assicurazione è tenuta a darne comunicazione al competente ente di assicurazione sociale e potrà procedere alla liquidazione del danno solo previo accantonamento di una somma idonea a coprire il credito dell'ente per le prestazioni erogate o da erogare.

Trascorsi quarantacinque giorni dalla comunicazione di cui al comma 2 senza che l'ente di assicurazione sociale abbia dichiarato di volersi surrogare nei diritti del danneggiato, l'impresa di assicurazione potrà disporre la liquidazione definitiva in favore del danneggiato. L'ente di assicurazione sociale ha diritto di ripetere dal danneggiato le somme corrispondenti agli oneri sostenuti se il comportamento del danneggiato abbia pregiudicato l'azione di surrogazione”.

Tale articolo costituisce una specificazione della surrogazione ordinaria *ex art. 1916 c.c.*, anche se in dottrina e in giurisprudenza si sono registrati diversi orientamenti.

3.3.4 Il quarto modello

Il quarto modello: *Offset with No Collateral Reimbursement*. Questa tipologia di modello prevede la riduzione del risarcimento da parte del danneggiante in vista di un indennizzo pagato o pagabile dall'assicurazione *first-party* o da quelle sociali, sacrificando la deterrenza ma, allo stesso, modo eliminando il rischio di duplicazione del pagamento. Il danneggiato riceve quindi solo la differenza tra il *quantum* totale del suo danno da illecito e quanto ha ricevuto a titolo di indennizzo.

Seguendo questo ragionamento il *gap-filler* sarebbe la responsabilità civile, e le assicurazioni *first-party* o sociali non hanno il diritto a *subrogation reimbursement*. Da ciò si evince che la responsabilità civile non è che una fonte di compensazione secondaria, il che equivale a dire che questa non è che un meccanismo di assicurazione inefficiente.

È opportuno sottolineare come facendo della responsabilità civile il *gap filler*, sotto questa approccio vi è un'imposta regressiva del reddito di alcune forme di

Dietro il velo della *compensatio lucri cum damno*: “tra false credenze e false speranze”

responsabilità a questa legate, il risultato è che il premio di assicurazione non si andrà tanto a vedere il reddito dell’assicurato *de facto*, i più ricchi richiederanno un’assicurazione di responsabilità civile maggiore nel premio proporzionata alla potenziale perdita che subirebbero.

3.4 Il teorema della terza³³

Il teorema della terza si pone in proseguito del Teorema di Fermat e del Teorema di Coase. Questo prescinde dal discorso sulla *compensatio lucri cum damno*, la quale non è che una parte del problema non la soluzione.

Il problema a cui si indirizza è quello del rapporto tra la responsabilità civile e l’assicurazione *first-party* e sociale. Il teorema ha due versioni ed entrambe si fondano su dei presupposti logico-sistematici di base detratte dalle quattro ordinanze della Cassazione di cui si è discusso in precedenza.

Il primo è la computazione del pregiudizio esistente all’atto della liquidazione, nodo centrale.

Il secondo concerne l’esistenza di vantaggi che siano pervenuti o che debbano ancora pervenire in quanto causati dal fatto illecito e che vanno ad arricchire la sfera giuridica del soggetto leso.

Infine la regolarità causale, attribuibile all’art. 40 del codice penale, impossibilità di percezione del vantaggio senza l’illecito.

3.4.1 Il teorema: versione debole

La consistenza di codesto teorema proposto in versione debole prende piede dall’ordinanza del Consiglio di Stato, nonché da Cass. Ord. 15534/2017 par. 5.11 e

³³ R. Pardolesi, *Cumulo e non. Sul difficile rapporto fra risarcimento e indennizzo assicurativo*, in incontro Corte di Cassazione 31/01/2018

Dietro il velo della compensatio lucri cum damno: “tra false credenze e false speranze”

Cass. Ord. 15537/2017 par. 5.4.3, nelle quali si riscontra il motivo principale di tale discussione. Pertanto si riscontra la seguente posizione: quando il vantaggio è conseguenza dell’illecito, ed è da questo causato, secondo un criterio di regolarità causale, seguendo la logica dell’art 40 c.p., questo rimuove pro quota o in toto il danno. Ciò risponde alla preoccupazione sollevata dalla Cass. n. 1548/2014 che il danno sia eliso dall’elargizione benevolente di un terzo. In questo modo si giunge alla prima enunciazione del teorema della terza in versione debole il che riscrive l’art. 2043 c.c. nel modo seguente:

“qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altrui danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno, sempre che non vi debba provvedere altri per preesistente obbligo di legge o contrattuale.”

3.4.2 Il teorema: versione forte

Il teorema della terza in versione forte parte dal presupposto che se le conseguenze del fatto illecito sono state eliminate dall’intervento dell’assicuratore privato o sociale, o da qualsiasi ente pubblico o privato, allora il pagamento effettuato da tali soggetti, con valore di scopo, ovvero con l’effetto di eliminare le conseguenze dannose, andranno a detrazione del credito risarcitorio. Da ciò deriva l’immediata deduzione che l’*aliunde perceptum* elide il danno in toto.

La formulazione della responsabilità extracontrattuale diviene quindi:

“qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altrui danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno, sempre che non vi provveda altri”.

Dietro il velo della compensatio lucri cum damno: “tra false credenze e false speranze”

3.4.3 Sul quesito e sulla risposta

Il quesito posto viene in modo abbastanza semplicistico e riguarda tale considerazione: se nella liquidazione del danno da illecito debba tenersi conto delle previdenze erogate da un privato o sociale o ancora da un terzo in detrazione.

La risposta auspicata dalla Sezione terza e dal Consiglio di Stato è sempre positiva, salvo qualche margine che risponde alla prassi, da cui è doveroso un riscontro anche nella *collateral source rule*.

3.5 Inefficienza economica delle soluzioni: le tre ragioni del dissenso

Definiti i termini del problema e analizzata la risposta a cui si è giunti, si può riscontrare una situazione di inefficienza economica per almeno tre diverse ragioni.

La prima è presentata dal conseguente riduzionismo della impostazione bipolare, verso un assetto monotonico. Volendo accettare tale impostazione, fondata sul principio della integralità della riparazione e la contrapposizione tra principio di indifferenza e quello di deterrenza, senza considerare problematiche di *underenforcement* che sono strutturali della responsabilità civile, cioè questa si preoccupi che i soggetti attivi nel mercato attivino le precauzioni che siano giustificate dai costi.

Alla luce di ciò si può auspicare che tutto ciò sia accettabile alla luce della giustizia correttiva o nel senso della compensazione? Se così fosse anche il Teorema della terza appare inaccettabile.

Il secondo motivo è l'ibridismo contabile mentre il terzo è l'indifferenza rispetto alla prassi.

3.5.1 Ibridismo contabile

La trappola dell’ibridismo contabile sta nel prendere a riferimento il pregiudizio esistente al momento della liquidazione, che è il primo dei tre pilastri del Teorema della terza.

Secondo tale principio, si fotografa in modo bilancistico uno stato patrimoniale in un certo momento storico, come determinato da azioni risalenti a vario titolo collegate al pregiudizio inflitto dall’autore dell’illecito. Così considerato, andiamo oltre all’erogazione della providenza benevolente di un terzo perché dovremmo considerare e ridurre qualsiasi eventuale provento della vittima che non sia connesso causalmente all’illecito, così come le contribuzioni “compassionevoli” che costituiscono solo un obbligo morale di rendere la somma, le vincite, o ancora i pagamenti rappresentano prestiti impliciti e che sottintendono che vi sia un obbligo quasi giuridico di rendere la prestazione.

Difatti questa verrebbe ridotta ad una compensazione atecnica, il che in ogni caso prevede che vi sia correlazione tra le esternalità positive e negative. E tal metodo di compensazione non potrebbe che attenere alla rilevazione del pregiudizio come “fatto”. In ogni caso il danno richiede di determinare un’entità che si basa sul riscontro si quanto servirebbe per rintegrare l’assetto inciso dall’illecito, ovvero torniamo alla formulazione economica la quale prevede di riportare il danneggiato sulla curva di indifferenza in cui si sarebbe trovato se il danno non fosse avvenuto.

3.5.2 Indifferenza della prassi

Per quanto attiene, invece, all’indifferenza della prassi, vi è un’altra semplificazione perché l’assicurazione infortuni ha adottato la clausola di rinuncia al diritto di surrogazione *ex art. 1916 c.c.*, che altro non è che una promessa al cumulo e viene anche presentata come *driver* commerciale. E la questione principale, quindi, è che tale

Dietro il velo della compensatio lucri cum damno: “tra false credenze e false speranze”

clausola vada ricondotta all'interno della polizza anche alle assicurazioni ramo vita, causando una difficile applicazione del principio indennitario.

Il ripristino dell'equilibrio triangolare, quando si rapporta l'assicurazione della responsabilità civile e l'indennizzo da assicurazione, pone un problema di operatività eventuale della surrogazione, perché questa si incarica di allineare le situazioni, di evitare duplicazioni e di salvaguardare la deterrenza.

La responsabilità civile ha una pluralità di funzioni ma ne la sanzione ne la deterrenza hanno funzione punitiva.

Il divieto di cumulo sconvolge l'equilibrio contrattuale e premia l'autore dell'illecito nel nostro ordinamento, questo invece è stato mitigato dalla riforma di *Tort Law* nordamericana.

3.5.3 La necessità di una visione più allargata

Il Teorema della Terza riduce l'impostazione bipolare ad un approccio monotono della compensazione *ueber alles* che non passa attraverso una visione globale, dove vi sono coordinate di sistema stabilenti una funzione di distribuzione e di distribuzione dei costi grazie al quale viene esplicata la logica di costi e rischi, cioè alla *loss distribution* di Calabresi e la sua riflessione sulla *tort law*.

Il quadro complessivo più allargato sta nell'affermazione che la responsabilità civile è solo una componente di un più esteso sistema di ristoro degli infortuni e malattie, che conta solo per il 10% delle risorse totali impiegate e per il 7% dei benefici erogati, però costa più della metà di quanto richiede per operare.

Andare contro questo tipo di parcellizzazione permette di guardare al vero problema, ovvero stabilire chi sia il *primary cost bearer*, cioè colui che ha l'onere di riparare, e chi il *gap filler*.

Dietro il velo della compensatio lucri cum damno: “tra false credenze e false speranze”

3.5.4 E ancora sul *second best*

Tornando ai modelli è opportuno analizzare quale sia la morale interlocutoria portata avanti da questi.

Per quanto riguarda l’ultimo preso in considerazione , il modello di *offset*, si assiste ad un sacrificio di deterrenza con lo scopo di garantire alle assicurazioni privati o sociali che siano la *loss-distributional priority*.

Quanto invece ai modelli di *non-offset*, *questi* salvaguardano la deterrenza ma al contempo prevedono la sovra-compensazione da cumulo, in aggiunta di elevati costi amministrativi, nonché la scelta di fare della responsabilità civile la fonte di primaria di compensazione, dalla quale solo un modello è esente.

Le opzioni presentate risultano comunque insoddisfacenti. Allo stesso tempo vi è la necessità di una scelta, e questa non può che esprimere la “contaminazione”.

Negli Stati Uniti si è optato per *non-offset* con surrogazione volontaria piena che, preserva la deterrenza, ma propizia la vendita della responsabilità civile in cambio di una maggiore copertura assicurativa. Questa differisce dalla soluzione italiana dell’art. 1916 c.c. che prevede la surrogazione imposta *ex lege*.

Quindi la *compensatio lucri cum damno* non è che un minor danno. Il quadro proposto dal Teorema della Terza conduce necessariamente a soluzioni di *second best* prevedendo una soluzione che è la migliore seppur non più efficiente.

E’ necessario richiedere l’intervento di correttivi che sono altri errori ma che auspicano a salvaguardare la deterrenza attraverso la previsione di sanzioni pecuniarie a carico del danneggiante e a favore dello Stato.

Dal punto di vista del preidente che si assicura, ci sarebbe bisogno di restituire i premi versati nella previsione del cumulo negato, il versamento risulta *sine causa* perché nel momento in cui viene riscontrato il rischio si perde la continuità della polizza; in una prospettiva di mercato poi la soluzione impone di scontare *ex ante* impossibilità di cumulo attraverso la correzione dei premi assicurativi.

3.5.5 Cassazione S.U. civili n. 12565 del 22 maggio 2018

La Cassazione S.U. civili con sentenza n. 12565 del 22 maggio 2018 si sono espresse “definitamente” sulla questione che affligge l’ordinamento giuridico italiano sin dal 27 giugno 1980, anno in cui avvenne l’abbattimento dell’aereo nei cieli di Ustica. Già il Tribunale di Roma, il 26 novembre 2003 si era espresso a favore della pretesa risarcitoria condannando il Ministero dell’interno, della difesa e dei trasporti in solido.

La lunga e travagliata vicenda ha posto le basi per la nascita di un contrasto protrattosi sino allo scorso mese. Infatti da un lato vi erano coloro i quali sostenevano:

“indennità assicurativa e risarcimento del danno sono cumulabili se l’assicuratore non esercita la surrogazione: poiché la surrogazione ai sensi dell’art. 1916 c.c. non è un effetto automatico del pagamento dell’indennità, ma una facoltà il cui esercizio dipende dall’assicuratore, qualora costui non si avvalga di tale facoltà, il danneggiato può agire per il risarcimento del danno nei confronti del terzo responsabile senza che questi, estraneo al rapporto di assicurazione, possa opporgli l’avvenuta riscossione dell’indennità assicurativa”.

Secondo tale tesi è da escludere qualsiasi esenzione di pagamento nei confronti del danneggiante anche se è avvenuta la “*ricostruzione del depauperamento occorso al danneggiato*”³⁴ e la non espressa azione di surroga.³⁵

La seconda fazione prende le mosse da ciò che hanno affermato le S.U. ovvero che, l’indennità assicurativa quanto il risarcimento del danno, permettono il ristoro del patrimonio del danneggiato, con la diretta conseguenza che queste non possono cumularsi.

³⁴ *Il cumulo del risarcimento del risarcimento assicurazione-responsabile e compensatio lucri cum damno. Le SS.UU., in professionegiurista.it, 24 maggio 2018*

³⁵ difatti, il rapporto assicuratore-danneggiato è di tipo contrattuale, sicché l’indennizzo percepito, a seguito del verificarsi dell’illecito, deriva dalla sottoscrizione del secondo alla polizza e dal pagamento del premio.

Dietro il velo della *compensatio lucri cum damno*: “tra false credenze e false speranze”

La conclusione è che tanto l’assicuratore quanto il danneggiante possono rifiutarsi di erogare l’indennizzo in caso in cui il danneggiato abbia ottenuto il risarcimento e, il risarcimento, nel caso in cui costui abbia ottenuto un indennizzo.

Con la sentenza in questione la Cassazione S.U. civili è giunta ad una decisione che privilegia la seconda tesi, ponendo un limite al risarcimento, di modo che non costituisca un arricchimento a favore del danneggiato. Ha specificato poi che l’applicazione della *compensatio* deve essere correlata ad una attenta analisi della fattispecie giuridica, sicché questa non può operare di diritto.³⁶

Il criterio sottostante alla decisione di operatività si riferisce all’analisi circa la ragione giustificatrice dell’attribuzione patrimoniale entrata nel patrimonio del danneggiato:

“la determinazione del vantaggio computabile richiede che il vantaggio sia causalmente giustificato in funzione di rimozione dell’effetto dannoso dell’illecito: sicché in tanto le prestazioni del terzo incidono sul danno in quanto siano erogate in funzione di risarcimento del pregiudizio subito dal danneggiato”.

Per quanto concerne l’assicurazione contro i danni si sono soffermati prevalentemente sul carattere sussidiario di questa e alla sua stretta relazione con il rischio derivante dall’incertezza del risarcimento *ex ante*.

Nel caso in cui l’assicurazione non eserciti l’azione di surroga è stato negato qualsiasi diritto di rivalsa, oltre al risarcimento, del danneggiato nei confronti dell’autore dell’illecito.

Le S.U. nel prendere tale decisione hanno fatto riferimento anche ad altri ordimenti europei.

La sentenza, in conclusione, riporta un principio di diritto:

il danno da fatto illecito deve essere liquidato sottraendo dall’ammontare del danno risarcibile l’importo dell’indennità assicurativa derivante da assicurazione contro i

³⁶ Gli indennizzi infatti non sono solo referenti agli enti assicurativi, ma possono anche derivare da norme di legge per utilità sociale.

Dietro il velo della compensatio lucri cum damno: “tra false credenze e false speranze”

danni che il danneggiato-assicurato abbia riscosso in conseguenza di quel fatto illecito”.

La sentenza è stata accompagnata da altre due in parallelo, rispettivamente la n. 12564 del 22/05/2018 in tema di pensioni accordate dall’Inps al coniuge sopravvissuto e la n. 12566 del 22/05/2018 che ha disciplinato gli indennizzi erogati dall’INAIL per i lavoratori infortunati in itinere.

CONCLUSIONI

La *compensatio lucri cum damno* presenta problemi sin dal momento in cui si cerca di definirla. Nella dottrina si ravvisano opinioni divergenti che negano l'esistenza stessa di tale istituto all'interno del nostro ordinamento giuridico. Alcune ne ammettono la compensazione di lucro e danno non in ossequio ad un principio di portata generale; altre ancora che ravvisano essa sia deducibile dal nostro diritto civile.

All'interno poi dell'ordinamento tradizionale abbiamo una diversa linea interpretativa che ha dato vita a quattro vulnera da parte dei giudici di nomofilachia. Il primo *vulnus* dell'orientamento tralatizio è di tipo logico, perché presupporre che la medesimezza del binomio lucro-danno va ad inficiare direttamente l'operatività di fatto di tale istituto, finendo per disapplicarlo.

Difatti lucro e danno non costituiscono un credito e un debito autonomi per genesi e contenuto, del cosiddetto “lucro” derivante dal fatto illecito, l'azione da compiere è di indagare “semplicemente” se risponde o meno al requisito di cui *ex art. 1223 c.c.* Il secondo *vulnus* è di tipo dogmatico. Ribadisce la Cassazione che una cosa è affermare che danno e lucro derivino dalla condotta del danneggiante causante l'illecito, altro è asserire che debbano scaturire dalla stessa causa.

Corollario di questo è il terzo *vulnus* dal quale si deduce *che* negare l'operatività della *compensatio* non quando danno e lucro derivino da causa immediata e diretta dalla condotta del danneggiante, comporta la mancata operatività anche nei casi in cui il danneggiato, in conseguenza al fatto illecito, abbia ottenuto un vantaggio patrimoniale *ex lege* o *ex contractu*. Quindi nel caso in cui il fatto illecito costituirebbe una mera “occasione” del lucro e non la causa di questo.

Dietro il velo della *compensatio lucri cum damno*: “tra false credenze e false speranze”

Concludendo si può affermare che l’ordinamento tradizionale nega la *compensatio* tra danno e i benefici erogati alla vittima dall’assicurazione privata o sociale, o dall’ente previdenziale, abrogando l’azione di surrogazione di fatto, così che una volta che il danneggiante paghi alla vittima quanto dovuto per il danno causato dall’illecito, l’ente previdenziale o assicurativo non potrà pretendere il ristoro delle somme pagate al danneggiato.

Sulla scorta dell’iter motivazionale, i giudici di legittimità hanno enunciato il seguente quesito:

“se nella liquidazione del danno debba tenersi conto del vantaggio che la vittima abbia comunque ottenuto in conseguenza al fatto illecito, ad esempio percependo emolumenti versatigli da assicuatori privati, da assicuatori sociali, da enti di previdenza, ovvero da terzi, ma comunque in virtù di atti indipendenti dalla volontà del danneggiante”.

che equivale a dire, se la *compensatio lucri cum damno* possa operare come regola del diritto civile o soltanto in determinate fattispecie, questione su cui si è concentrata la risposta delle Sezioni Unite.

Lo scopo di questo lavoro è stato quello di offrire una “big picture” circa l’istituto della *compensatio lucri cum damno* che dalle sue origini “attribuite” al diritto romano, entra nel nostro ordinamento giuridico a seguito di tribolate vicende che, hanno visto intrecciarsi giurisprudenze di molteplici Stati europei e nord-americani, le quali terminano oggi, 22/05/2018, con la sentenza emessa dalla Cassazione S.U. n. 12565.

Orbene, alla luce di questi accadimenti e della risposta che ci è stata fornita dalla Cassazione, è doveroso obiettare che l’applicazione dell’istituto della *compensatio* porta inevitabilmente un “vantaggio” per il danneggiante, il quale vedrà diminuito, se non annullato, il risarcimento a seguito dell’erogazione dell’indennizzo da parte dell’assicurazione nei confronti del soggetto leso per il ristoro del danno subito. Allora c’è da supporre quale sia, in questo caso, la motivazione profonda di tale

Dietro il velo della *compensatio lucri cum damno*: “tra false credenze e false speranze”

soluzione che, a mio avviso, risulta essere così radicale a causa della costatazione che non si sta più analizzando solo un problema di tutela del diritto nei confronti di un soggetto o di un altro, ma si va ad integrare a tale “superficiale” lettura un’altra questione, questa volta di carattere economico.

La mia analisi è certamente riferibile agli effetti che la *compensatio lucri cum damno* provocherebbe se si applicasse in toto, la motivazione di “indebito arricchimento” risulterebbe priva di fondamento, in quanto il surplus di patrimonio del danneggiato che si verrebbe a quantificare, a seguito del cumulo di risarcimento e indennizzo, non sarebbe diverso da quello, in diminuzione questa volta, che otterrebbe il danneggiato derivante dalla non erogazione del risarcimento di un illecito che lui ha commesso e per il quale può restare anche impunito.

La precisazione dell’obbligatorietà dell’analisi delle singole fattispecie annulla la valenza della “grande” e tanto attesa soluzione. Allo stesso modo le due sentenze parallele poi, la n. 12564 e 12566, non fanno che avvalorare questa tesi in quanto la Cassazione si è riguardata dal porre suddetto istituto come principio di portata generale che potesse in qualche modo modificare il 2043 c.c., limitandosi solo ad introdurre dei principi di diritto e a vietare la *compensatio* per i danni alla persona.

In conclusione lascio ai destinatari di questo mio lavoro la scelta di attribuire la tutela del diritto al danneggiante o al danneggiato e, allo stesso modo, di riflettere se è al primo o al secondo che si dovrebbe “giustificare il vantaggio”.

D’altronde la libertà di espressione è protetta dalla Costituzione art. 21, così per non dimenticare:

“*Tutti hanno il diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione. (..)*”.

BIBLIOGRAFIA

Cassazione civile, 19 agosto 2003, n. 12124, in *Foro.it*, 2004, I, 43

SCHIAVONE, *Ius L'invenzione del diritto in Occidente*, Roma-Bari, 2005, 22-23

LEONE, *Il Filangieri*, 1916, 176 ss. E 365 ss.

LEONE, *Nesso causale fra colpa e danno*, *Riv. dir. civ.*, 1913, 577

LEONE, *Compensatio*, *cit. 34 e 36*, estratto

Trib. Bologna, 23 gennaio 1879, *Rep. Foro.it*, 1879, voce *Responsabilità civile*

Cass. Torino, 30 marzo 1910, *Rep. Foro.it*, 1910, voce *Responsabilità civile*

BIONDI, *La compensazione del diritto romano*, Cortona, 1927, 269 ss.

SOLAZZI, *La compensazione del diritto romano*, Napoli, 1950, 218 ss.

PETTI, *Il risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale alla persona*, Torino, 1999, 423

LAZZARA, *Il problema dei vantaggi connessi con il fatto*

ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987

GUARNIERI, *L'interlocutore del giurista nell'esperienza italiana degli ultimi due secoli*, 1990

FERRINI, *Danni*, *Enc.giur.it*, Milano, 1911

DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, 1980

PACCHIONI, *L'art. 185 del codice penale e il risarcimento dei danni penali arrecati con fatto illecito penale e civile*, 1931

TEDESCHI, *Il danno e il momento della sua determinazione*, 1933

Cassazione civ., 28 febbraio 1934, in *Rep. Foro.it*, 1934

GIUSANA, *Il concetto di danno giuridico*, Milano, 1944

PATTI, *Il codice civile tedesco*, Milano 2005

SCOGNAMIGLIO, *In tema di “compensatio lucri cum damno”*,

BARCELLONA, *Inattuazione dello scambio e sviluppo capitalistico*, 1980

Dietro il velo della compensatio lucri cum damno: “tra false credenze e false speranze”

LUGATO, *Assicurazioni sociali e diritto internazionale privato*, Milano, 1994

Cassazione civile, 13233/2014

Sezioni Unite civ., 10 aprile 2002, n. 5119

Cassazione, Ord. n. 15534/2014, in *Foro.it*, 2014

Cassazione, Ord. n. 15535/2014, in *Foro.it*, 2014

Cassazione Ord. n. 15536/2014, in *Foro.it*, 2014

Cassazione Ord. n. 15537/2014, in *Foro.it*, 2014

Cassazione Ord. n. 13233, 11 giugno 2014, in *Foro.it*, 2014

Cassazione Ord. n. 7774, 20 aprile 2016, in *Foro.it*, voce *le banche dati*

Cassazione Ord. n. 2915, 9 settembre 1968, in *Foro.it*, voce Assicurazione (*contratto*)

TEDESCO, *La compensatio lucri cum damno nel caso di pagamento di indennità. Spunti per una nuova lettura sui rapporti con la surrogazione*, in *De iustitia.it*, 2017

SANTISE, *Aliunde perceptum e compensatio lucri cum damno*, in *iurispudentia.it*, 2018

MOLINARO, *L'ubiquità della compensatio lucri cum damno*, in *Salvisjuribus.it*, 2018

MONASTERI, GIANTI, CINELLI, *Danno e risarcimento*, Torino, 2013

CENDON, *Commentario al codice civile*, Torino, 2009

ZOLLO, *La compensatio lucri cum damno: un conflitto sotterraneo fra tutela del danneggiato e funzione del risarcimento*, Consiglio di Stato, n.2719, in *ilCaso.it*, 2017

SCUOLA SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA, *Risarcimento del danno e tecniche di liquidazione nel giudizio civile e nel giudizio amministrativo*, Rep. 11 ottobre 2016

ZORZIT, HAZAN *Responsabilità sanitaria e assicurazione*, Torino, 2012

SAITTA, *Appunti preliminari per un'analisi economica del processo amministrativo*, Rep. 28 settembre 2006

BIANCA, *La funzione della responsabilità civile*, Roma, 2017

PACILEO, *L'approccio alle obbligazioni legali*, in *comparazionedirittocivile.it*

Dietro il velo della compensatio lucri cum damno: “tra false credenze e false speranze”

ABRAHAM, *Twenty-first-century insurance and loss distribution in tort law*, in *cambridge.org*, 2018

PARDOLESI, *Cumulo e non. Sul difficile rapporto fra risarcimento e indennizzo assicurativo*, in incontro Corte di Cassazione 31 gennaio 2018

IZZO, *La “giustizia” del beneficio. Fra responsabilità civile e welfare del danneggiato*, 2016

Il cumulo del risarcimento del risarcimento assicurazione-responsabile e compensatio lucri cum damno. Le SS.UU., in *professionegiurista.it*, 24 maggio 2018

Dietro il velo della compensatio lucri cum damno: “tra false credenze e false speranze”