



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

Facoltà di Giurisprudenza

Umberto Izzo

LA «GIUSTIZIA» DEL BENEFICIO

Fra responsabilità civile
e welfare del danneggiato

2018



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

Facoltà di Giurisprudenza

COLLANA DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

21

2018

Al fine di garantire la qualità scientifica della Collana di cui fa parte, il presente volume è stato valutato e approvato da un *Referee* esterno alla Facoltà a seguito di una procedura che ha garantito trasparenza di criteri valutativi, autonomia dei giudizi, anonimato reciproco del *Referee* nei confronti di Autori e Curatori.

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© Copyright 2018
by Università degli Studi di Trento
Via Calepina 14 - 38122 Trento

ISBN 978-88-8443-800-3
ISSN 2421-7093

Libro in Open Access scaricabile gratuitamente dall'archivio IRIS - Anagrafe della ricerca (<https://iris.unitn.it/>) con Creative Commons Attribuzione-Non commerciale-Non opere derivate 3.0 Italia License.

Maggiori informazioni circa la licenza all'URL:
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/it/legalcode>

Il presente volume è pubblicato anche in versione cartacea per i tipi di Editoriale Scientifica - Napoli, con ISBN 978-88-9391-393-5.

Giugno 2018

Umberto Izzo

LA «GIUSTIZIA» DEL BENEFICIO

Fra responsabilità civile
e welfare del danneggiato

Università degli Studi di Trento 2018

INDICE

| | Pag. |
|--------------------|------|
| INTRODUZIONE | 1 |

CAPITOLO PRIMO

WELFARE DEL DANNEGGIATO E COORDINAMENTO FRA DANNO E BENEFICI: IL PUNTO DI PARTENZA DELL'INDAGINE

| | |
|--|-----------|
| <i>1. Alle origini di un possibile revirement dagli effetti sistemici</i> | <i>37</i> |
| <i>2. Il «frutto avvelenato» del diritto europeo: il rapporto fra responsabilità civile e sistemi di welfare nazionali nel coordinamento instaurato fra gli stati membri</i> | <i>55</i> |
| <i>3. La «rifondazione» della compensatio lucri cum damno, fra tecnica e politica (rinvio al quinto capitolo)</i> | <i>81</i> |

CAPITOLO SECONDO

IL COORDINAMENTO AFFIDATO A UN «LATINISMO DI RITORNO»

| | |
|---|------------|
| <i>1. Alle radici della compensatio lucri cum damno</i> | <i>85</i> |
| <i>2. La costruzione del «discorso» sulla compensatio nella responsabilità civile italiana del dopoguerra</i> | <i>107</i> |
| <i>3. In particolare, con riferimento al rapporto fra pensione e risarcimento</i> | <i>118</i> |

CAPITOLO TERZO

LA GRAMMATICA APPLICATIVA DELLA *COMPENSATIO LUCRI CUM DAMNO* NEI TANTI RIVOLI DELLA SICUREZZA SOCIALE ITALIANA: L'AMBIGUO RUOLO DELLA «OMOGENEITÀ DEL TITOLO»

| | |
|--|-----|
| 1. La centralità del «titolo» | 133 |
| 2. La pensione privilegiata del dipendente statale | 137 |
| 3. L'equo indennizzo del dipendente pubblico..... | 140 |
| 4. L'assicurazione sociale in tema di infortuni sul lavoro e il danno differenziale | 154 |
| 5. Altri benefici della sicurezza sociale connessi al rapporto di lavoro..... | 163 |
| 6. Pensione di reversibilità, pensioni e assegni di invalidità e di accompagnamento | 168 |
| 7. Il mare magnum degli speciali indennizzi o elargizioni, fra disastri e tragedie | 178 |
| 7.1. Le provvidenze «fuzzy» | 179 |
| 7.2. La legge 210/1992 | 183 |
| 7.3. Le vittime del terrorismo e della criminalità organizzata | 197 |
| 7.4. Le vittime del disastro di Ustica | 203 |
| 7.5. Vajont, Stava e altri disastri | 206 |
| 8. La grammatica applicativa della <i>compensatio lucri cum damno</i> «in action»: note di lettura | 214 |

CAPITOLO QUARTO

IL WELFARE PRIVATO CONTRO LE DISGRAZIE ACCIDENTALI: ASSICURAZIONE INFORTUNI E PRINCIPIO INDENNITARIO

| | |
|---|-----|
| 1. <i>«L'attacco alla cittadella» della compensatio lucri cum damno</i> | 217 |
| 2. <i>Il prequel in tema di surrogazione dell'assicuratore nell'assicurazione infortuni</i> | 218 |
| 3. <i>Il danno alla persona al tempo delle scelte codicistiche in tema di assicurazione</i> | 220 |
| 4. <i>Il dibattito sulla qualificazione giuridica del contratto di assicurazione contro le disgrazie invalidanti</i> | 232 |
| 5. <i>Il restatement delle S.U. del 2002 e le alchimie sulla causa del contratto</i> | 247 |
| 6. <i>Ripensare il restatement: l'assicurazione infortuni nel prisma della causa mercantile e del senso della commisurazione convenzionale del danno alla persona</i> | 251 |
| 7. <i>«Diritto vivente» contro «diritto vivente»: altri argomenti per lasciare all'autonomia privata l'assicurazione contro le disgrazie accidentali</i> | 268 |
| 8. <i>La compensatio lucri cum damno asservita al principio indennitario nell'ambito dell'assicurazione infortuni: ulteriori considerazioni critiche</i> | 274 |
| 9. <i>Le conseguenze pratiche dell'assoggettamento dell'assicurazione infortuni al principio indennitario</i> | 297 |

CAPITOLO QUINTO

IL PRINCIPIO INDENNITARIO NELLE ASSICURAZIONI SOCIALI FRA LEGGE E INTERPRETAZIONE GIURISPRUDENZIALE

| | |
|---|-----|
| <i>1. L'estensione della logica indennitaria alle assicurazioni sociali passa, dunque, attraverso la compensatio lucri cum damno?.....</i> | 305 |
| <i>1.1. L'eliminazione del «titolo» dalla grammatica applicativa della compensatio lucri cum damno</i> | 306 |
| <i>1.2. La compensatio lucri cum damno nei «silenzi» della nuda causalità.....</i> | 314 |
| <i>2. La surrogazione dell'ente pensionistico nel diritto risarcitorio del beneficiario della reversibilità.....</i> | 320 |
| <i>3. Pensione di reversibilità e causa dell'attribuzione patrimoniale</i> | 325 |
| <i>4. La compensatio lucri cum damno asservita alla surrogazione e l'ipostatizzazione del ruolo del c.d. «principio di indifferenza»: perché i conti non tornano.....</i> | 334 |

CAPITOLO SESTO

LA «GIUSTIZIA» DEL BENEFICIO: INDICAZIONI DAL DIRITTO PRIVATO EUROPEO E NON SOLO

| | |
|---|-----|
| <i>1. L'elemento giuridico del coordinamento fra danni e benefici: riscontri comparatistici.....</i> | 349 |
| <i>1.1. Germania</i> | 351 |
| <i>1.2. Olanda</i> | 357 |
| <i>1.3. Spagna</i> | 357 |
| <i>1.4. Gran Bretagna.....</i> | 359 |
| <i>1.5. Stati Uniti.....</i> | 369 |
| <i>1.6. Svezia</i> | 374 |
| <i>2. La soluzione accolta nei principi di diritto europeo della responsabilità civile: l'enfasi sulla finalità del beneficio</i> | 376 |
| <i>2.1. Principles of European Tort Law.....</i> | 376 |

INDICE

| | Pag. |
|---|------|
| 2.2. Draft Common Frame of Reference | 378 |
| 3. <i>La «giustizia» del beneficio: riflesso dell'ingiustizia del danno ed espressione della causa dell'attribuzione patrimoniale beneficiale</i> | 381 |
| INDICE DEI NOMI | 405 |

«What do you think the real University is?»

His notes, in response to this question, state the following:

The real University, he said, has no specific location. It owns no property, pays no salaries and receives no material dues. The real University is a state of mind. It is that great heritage of rational thought that has been brought down to us through the centuries and which does not exist at any specific location. It's a state of mind, which is regenerated throughout the centuries by a body of people who traditionally carry the title of professor, but even that title is not part of the real University. The real University is nothing less than the continuing body of reason itself.

In addition to this state of mind, «reason», there's a legal entity which is unfortunately called by the same name but which is quite another thing. This is a non-profit corporation, a branch of the state with a specific address. It owns property, is capable of paying salaries, of receiving money and of responding to legislative pressures in the process.

But this second university, the legal corporation, cannot teach, does not generate new knowledge or evaluate ideas. It is not the real University at all. It is just a church building, the setting, the location at which conditions have been made favorable for the real church to exist.

Confusion continually occurs in people who fail to see this difference, he said, and think that control of the church buildings implies control of the church. They see professors as employees of the second university who should abandon reason when told to and take orders with no backtalk, the same way employees do in other corporations.

*They see the second university but fail to see the first...**

* R.M. PIRSIG, *Zen and the Art of Motorcycle Maintenance*, New York, 1974, 140-41 (tondo aggiunto). Avevo voluto ricordare le idee di Fedro nella loro traduzione italiana, introducendo il mio primo lavoro monografico, e le avevo accompagnate a un messaggio di sincera (quanto ingenua) speranza. Non potevo immaginare cosa sarebbe accaduto nei quattordici anni successivi, e perché quella citazione si sarebbe resa nuovamente opportuna, questa volta in lingua originale e senza più soverchi auspici.

Ma, per tenere accesa la speranza, W.J. HANEGRAAF, *C'è una luce in fondo al tunnel? La qualità come risposta al neoliberismo e all'eccesso informativo*, in *ROARS*, 2017, in rete: <http://www.roars.it/online/ce-una-luce-in-fondo-al-tunnel-la-qualita-come-risposta-al-neoliberismo-e-alleccesso-informativo/>.

INTRODUZIONE

Il tema esplorato in questo studio non è dei più semplici.

Analizzare in che modo il diritto civile istituisce, delimita e ripartisce in concreto il trasferimento di ricchezze su cui i consociati possono contare, quando sperimentano le conseguenze di un evento che distrugge le risorse di cui essi potevano disporre prima che l'evento avvenisse, con l'insorgere di un bisogno destinato a trovare risposta sia in pretese compensative rivolte a quanti di quella distruzione debbano rispondere sul piano civile, che in istanze mutualistico-assistenziali dirette alla collettività cui ogni consociato appartiene, essendo tenuto a trasferire ad essa parte delle proprie ricchezze attraverso la contribuzione fiscale, implica, infatti, porsi una domanda ambiziosa e, come tale, non priva di rischi.

Ambiziosa, perché porsi un orizzonte d'indagine così vasto significa rivendicare al diritto privato la capacità di esercitare, attraverso tecniche, categorie di pensiero e interrogativi che appartengono alla tradizione scientifica e culturale del civilista, un compito di coordinamento apicale. Dal quale dipendono le modalità attraverso le quali una gamma assai cospicua di risorse che nel diritto contemporaneo possono essere mobilitate a vantaggio di chi subisce una perdita – per il momento definita nel modo assai lato col quale la si è appena descritta – vengono effettivamente impiegate, per determinare un risultato finale attraverso il quale è dato leggere, in una sintesi effettuale molto concreta, l'efficacia riconosciuta ad alcuni valori fondativi del patto istituito fra i singoli e fra costoro e la collettività nella quale essi si trovano a operare.

Rischiosa, perché una ricerca così ampia costringe a valicare molti confini disciplinari¹, non più perimetrati da un piano d'indagine attento

¹ Nella consapevolezza che dietro ogni confine disciplinare c'è sempre la rivendicazione di un'autonomia scientifica, che si dà quale fenomeno storicamente determinato, è stato osservato (G. PASCUZZI, *La creatività del giurista*, Bologna, 2013, 33) che

(...) le discipline si evolvono e i loro confini mutano. Si sovrappongono o si elidono. Le discipline sono sì campi del sapere. Ma esse sono anche gruppi so-

a contenersi nel territorio della responsabilità civile, ovvero in quella partizione del diritto privato tradizionalmente chiamata a gestire la distruzione di risorse inevitabile in qualsiasi comunità di consociati che abbia a cuore le libertà individuali, sia quando la distruzione di risorse rimediata dal danno discenda dall'incapacità di rispettare ambiti di esercizio della libertà concordati fra i consociati prima che la distruzione abbia luogo, sia quando, nell'impossibilità di accordi preventivi, la distruzione di risorse consegua, fatalmente, all'intersecarsi di esercizi di libertà unilaterali².

ciali (formati da cultori della disciplina) che condividono principi, valori, tassonomie, metodologie. I gruppi sociali disciplinari hanno interesse a difendere il proprio sapere. Soprattutto hanno interesse a trasmetterlo e a riprodurlo. Ed anche, o forse, soprattutto, a fissare, ampliare e difendere i confini della propria disciplina.

L'osservazione potrebbe, in effetti, portarsi oltre l'idea che l'aggregazione centripeta del gruppo nei confini della propria disciplina si dia in risposta a un interesse (qual esso sia: carriera, prestigio, pura affezione, volontà di potere). Anche perché oggi, almeno nell'università italiana, il pluralismo di questi possibili interessi trova sintesi (e/o velo) nelle forme impersonali dell'adempimento di obblighi e direttive aventi fonti nella legge e nella regolazione ministeriale di secondo livello che da essa discende, cui si deve il riconoscimento dei confini e delle micro istituzioni di nomina e legittimità governativa incaricate di sorvegliare questi *limes* con crescente rigore. Un problema, fra i tanti altri posti da questi confini, è che essi tendono a favorire le condizioni perché fra quanti vivono e sviluppano le proprie vedute scientifiche al loro interno si producano inesorabilmente, inconsciamente e sul lungo periodo, gli effetti delle tipiche dinamiche cognitive che presiedono alla «polarizzazione di gruppo», quel noto fenomeno in base al quale «[Q]uando persone che la pensano in modo simile discutono fra loro, costoro finiscono tipicamente per accettare una posizione più estrema di quella che sostenevano all'inizio della discussione» (così, C.R. SUNSTEIN, *Il diritto della paura*, trad. it., U. Izzo, Bologna, 2010, 137; e già, più estesamente, C.R. SUNSTEIN, *Why Societies Need Dissent*, Cambridge (Mass.), 2003, 111 ss.).

² La «società mista» – con la quale, celebrando i primi due secoli del diritto della nazione statunitense, è stato metaforicamente ritratto il modo di operare della responsabilità civile [ovviamente da G. CALABRESI, *La responsabilità civile come diritto di una società mista*, in *Politica del diritto*, 1978, 665, originalmente come *Tort Law: The Law of a Mixed Society*, in B. SCHWARTZ (ed.), *American Law: The Third Century. The Law Bicentennial Volume*, 1976, South Hackensack, N.J., 1976, 103 ss., e anche col medesimo titolo in 56 *Tex. L. Rev.* 519 (1978)], immaginando l'impossibilità e/o la non desiderabilità di mondi ideali nei quali le funzioni di compensazione e di prevenzione del costo degli incidenti siano svolte in forma accentrata e dirigista (attraverso regolazione

Collocato al centro di un sistema di regole che – se si accetta di osservare la realtà rimediale nella quale esso trova applicazione – oggi tende a darsi unitariamente, il danno veicolato dalla responsabilità civile extracontrattuale o contrattuale identifica il grande tema attorno al quale ruota la pretesa del civilista di rivendicare un ruolo privilegiato nell'elaborare una risposta sistematica al problema che questo studio si propone di esplorare.

Quando la distruzione di risorse assurge a perdita risarcibile, il concetto di danno istituisce la misura e il limite delle risorse che il dispositivo della responsabilità civile permette di trasferire *fra il debitore e il creditore* dell'obbligazione risarcitoria, in uno spostamento di ricchezza che presta coerenza alle logiche che in quel dispositivo coesistono. E questo è vero sia quando il risarcimento identifica l'effetto di un'obbligazione che istituisce dal nulla un trasferimento di ricchezza, sia quando il risarcimento mira a surrogarsi a un trasferimento di ricchezza che un programma contrattuale restato tale avrebbe dovuto realizzare.

In misura direttamente proporzionale al dilatarsi dell'area della risarcibilità del danno e al moltiplicarsi delle occasioni nelle quali il danno media i conflitti determinati dalle interazioni fra le sfere giuridiche dei privati (considerando che la sfera pubblica, caduti i filtri che la preservavano in un ancor recente passato, è oggi pienamente coinvolta in questa dinamica), la responsabilità civile gioca un ruolo quantitativamente sempre più rilevante nell'accompagnare trasferimenti di ricchezza giustificati secondo la logica complessa propria di questo macro-dispositivo giuridico.

amministrativa e sanzioni penali) o in forma decentrata e liberista (mercé un impossibile impiego totalizzante del contratto) – resta ancora oggi un modo incisivo per richiamare l'attenzione sul rilievo da attribuire al valore della libertà nella comprensione delle funzionalità assolute dalla responsabilità civile, descritta quale fenomeno unitariamente inteso nel suo modo di darsi sul piano contrattuale e non. Un valore di cui di norma non si tende a parlare abbastanza quando si riflette sul senso attribuibile alla sistematica (sul piano comparatistico universalmente) binaria, che affida al contratto e/o al torto il compito di istituire l'obbligazione risarcitoria, quali poli di un modo preciso e difficilmente sovvertibile di spiegare le ragioni che giustificano la risposta che l'ordinamento appresta al danno risarcibile, col sorgere di un'obbligazione risarcitoria conformata dalle logiche che, a seconda della sua fonte, ne puntellano la genesi, le modalità di accertamento e la consistenza quantitativa finale.

In linea di principio, il risarcimento del danno si dà in due modi. Quale effetto di un'obbligazione sorta per realizzare un trasferimento di ricchezza programmato fra le parti, attuativo di una funzione traslativa, nel cui ambito, tuttavia, assume un'importanza crescente, riconosciuta dalla giurisprudenza di legittimità alludendo alla categoria dei c.d. contratti di protezione – la circostanza che la prestazione sia funzionale all'obiettivo di tenere indenne la sfera giuridica del proprio interlocutore contrattuale. Ovvero, quale effetto di un'obbligazione istituita da conflitti interferenziali sorti al di fuori di preesistenti vincoli, volta a ripristinare l'allocazione di risorse esistente prima del conflitto³.

È, tuttavia, evidente che il privilegio cui si è alluso qualche rigo fa può essere rivendicato solo a patto di accettare la sfida di considerare il perimetro concettuale del danno in un contesto di regole più ampio e di norma meno familiare al cultore della responsabilità civile.

In questo più vasto orizzonte si può riflettere su ciò che le astratte partizioni disciplinari fanno fatica a fotografare in una visione d'insieme, ma che la realtà consegna nitidamente alla riflessione dell'interprete, restituendo i tratti di un fenomeno i cui contorni meritano una considerazione unitaria e interdisciplinare.

Perché la distruzione di risorse è suscettibile di attivare una gamma davvero ampia di meccanismi che a quest'ultima reagiscono, prevedendo trasferimenti di ricchezza mirati e variamente giustificati a vantaggio di chi ne sia colpito, che non s'informano necessariamente all'orizzonte di senso entro il quale si realizzano i trasferimenti mediati dalla responsabilità civile.

Con una scelta forse tacciabile di arbitrarietà e tuttavia meglio chiarita dalle considerazioni che seguono, l'insieme di questi meccanismi può essere riferito a un ideale ampio di welfare, per alludere così al fatto che, di fronte a una perdita, possono attivarsi dispositivi di ripianamento della ricchezza perduta che non condividono le ragioni istitutive della reazione che la responsabilità civile fa seguire a ciò che essa stes-

³ Su questa visione di sistema, che offre ragione delle logiche di fondo alle quali risponde lo spostamento di quanto è detto essere «danno» nella società, giustificando lo spostamento di ricchezza che a tale nozione si lega e che tale nozione permette di realizzare, molto chiaramente, M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, Milanofiori Assago, 2011, 7 e ss.

sa, in un'evoluzione incessantemente scandita dal lavoro dei suoi interpreti, giunge a considerare un danno risarcibile.

In un primo, assai lato, ordine d'idee, questi trasferimenti possono trovare giustificazione nel contratto di assicurazione, in due accezioni che vanno subito distinte.

Una tale giustificazione può, infatti, rinvenirsi nella dimensione tradizionale e originaria di questo dispositivo giuridico, classicamente esplorata al crocevia di studi privatistici e commercialistici attenti a erigere un sistema di regole dotato di grande sofisticazione e coerenza, che dialoga con l'idea civilistica del danno in una misura molto rilevante e, tuttavia, non totalizzante.

Vero è, infatti, che l'assicurazione ha identificato, fin dai suoi esordi nella modernità istituita dall'interazione fra capitali e mercati, uno strumento splendidamente duttile, la cui logica innovativa ha permesso (e continua a permettere) di elaborare risposte a una gamma crescente di bisogni incerti e futuri, incessantemente avvertiti e intercettati da quanti, attraverso questa vera e propria «tecnologia giuridica», sono messi in condizione di realizzare scambi che a quei bisogni s'ingegnano di anticipare una risposta.

La stessa giustificazione può rinvenirsi anche nella dimensione pubblicistica dell'assicurazione, almeno per come quest'ultima si è venuta caratterizzando nel tempo, realizzando (e rendendo possibile l'assolvimento di) una fondamentale funzione sociale, perseguendo la quale il funzionamento del dispositivo assicurativo (catturato dalla legislazione, che, nell'istituirne l'obbligatorietà, l'ha reso via via più distante dall'originario archetipo contrattuale)⁴ è divenuto oggetto di una tradizione di studi che nel corso del Novecento ha trovato il suo naturale e fecondo terreno di coltura nell'ambito del diritto del lavoro e della previdenza sociale.

⁴ Ricostruisce molto efficacemente questo passaggio, in una prospettiva storica che muove dalle prime forme di mutualità riscontrate nell'esperienza degli *èranoï* greci, A. LA TORRE, *L'assicurazione nella storia delle idee. La risposta giuridica al bisogno di sicurezza economica ieri e oggi*², Milano, 2000, 8 ss., spec. 19-23; e vedi dello stesso A., voce *Assicurazione (genesi ed evoluzione)*, in *Enc. dir., Annali*, I, Milano, 2007, 74, 76 ss., spec. 80.

In una seconda prospettiva, questi trasferimenti possono, invece, totalmente prescindere da una giustificazione riferibile a schemi assicurativi (quand'anche, come detto, essi siano riformulati nell'ambito di architetture giuridiche che trovano fondamento nella legge e non nel contratto).

È quanto accade quando la collettività reagisce alla distruzione di risorse che colpisce i consociati, contrastandone gli effetti col ricorso a proventi alimentati dalla fiscalità generale. Quando, cioè, l'archetipo mutualistico e il ricorso all'idea primordiale della condivisione del pericolo e della risposta collettiva alla sua realizzazione sono assorbiti e riproposti nella loro massima estensione possibile dalla sfera pubblica⁵, in nome di un ideale solidaristico che non ha mancato di essere elevato a valore esplicitamente posto a base dello stare (nel senso centripeto del trattenere) insieme, che la forma istituzionale assunta dalla nostra Repubblica mira a realizzare⁶.

⁵ Che il «risk sharing» identifichi uno dei principali obiettivi condivisi da qualsiasi modello di Welfare State è affermazione enfaticata nei manuali di economia, N. BARR, *Economics of the Welfare State*⁵, Oxford, 2012, 5.

⁶ In linea teorica, si può dire che il mercato (attraverso l'assicurazione) e la solidarietà collettiva (attraverso gli istituti che compongono il mosaico delle prestazioni che lo Stato sociale garantisce ai cittadini) siano destinati a marciare assieme nel garantire e sovvenzionare l'individuo di fronte alla perdita e allo stato di bisogno. Ma questo passo a due in una storia che è cominciata nel XIX secolo non significa che il mutare dell'orizzonte politico e tecnologico di riferimento non permetta di registrare improvvise accelerazioni di sistema che tendono a privilegiare il ricorso a un modello a scapito dell'altro. Pagine assai profonde su questa dinamica – riferite all'esperienza francese, la cui storia tradizionalmente si è costituita nel modello paradigmatico di una visione che costitutivamente affidava alla solidarietà nazionale e alla securizzazione attuata dallo Stato sociale il compito di farsi interprete della reazione di cui l'individuo va in cerca di fronte alla perdita, ma assai familiari anche al lettore italiano nella loro capacità di descrivere un processo che non ha mancato di mettersi in moto anche al di qua delle Alpi – sono state recentemente scritte da A. SUPIOT, *La gouvernance par les nombres. Cours au Collège de France (2012-2014)*, Paris, 2015, 242-249, non per caso nel quadro di una riflessione di più ampio respiro, ove l'Autore si interroga a tutto campo – nel tempo e fra le discipline – sugli effetti che il processo di computabilità quantitativa e calcolatoria propiziato dall'avvento della tecnologia digitale determina sul diritto e sul modo di pensare il diritto, al tempo in cui – come, recensendo l'opera, scrive J. LE GOFF, *Alain Supiot. La gouvernance par les nombres. Cours au Collège de France (2012-2014)* Fayard, 2015, in *Revue Projet*, 2015/6 (N° 349), 90, in rete: <https://www.cairn.info/>

Si danno in questa prospettiva strumenti attraverso i quali la collettività, in uno spirito di mutualità solidaristica, alimentata dalla contribuzione fiscale, determina politicamente le condizioni alle quali i consociati sono ammessi a reagire a uno stato di bisogno, fruendo di prestazioni il cui costo è assorbito dalla contribuzione fiscale cui i medesimi consociati sono assoggettati.

Viene così messa in campo una gamma disparata di dispositivi normativi aventi fonte nella legge statale o regionale, che nel suo eterogeneo prospettarsi appare idealmente riconducibile all'obiettivo di dare respiro concreto, in esito a una valutazione mediata in ultima analisi dalla discrezionalità politica, a un valore fondativo del patto che lega il singolo alla collettività. Quello della solidarietà⁷.

Lo stesso accade quando, colpito dalla distruzione di risorse, il cittadino riceve della collettività prestazioni destinate a soddisfare bisogni espressione di diritti primari, quali ad esempio (e principalmente) quello alla salute, in un assetto raggiunto al termine di una lunga e faticosa parabola, al cui esito, con una scelta lungamente ponderata dalla politi-

revue-projet-2015-6-page-90.htm –, «l'abstraction de chiffres et de nombres [est] devenu le langage dominant de l'agir politique».

⁷ Un valore che in una etimologia europea richiama istintivamente una concettualizzazione giunta alla nostra carta fondamentale dopo l'invocazione conosciuta durante l'*Assemblée nationale* da parte di Mirabeu e Danton, in un momento nel quale si traghettò stabilmente il senso originario che il termine possedeva nella cultura giuridica (quello di una obbligazione condivisa fra più condebitori), per declinarlo nella sfera pubblica. Valore che in un'altra fondamentale esperienza della modernità giuridica si ripropone nell'idea di «common good», quel sintagma proclamato da James Madison nel *Federalist* 71, osservando che «the people commonly INTEND the PUBLIC GOOD» (enfasi originale) e che lo stesso *founding father* aveva descritto, chiarendo che «the real welfare of the great body of the people, is the supreme object to be pursued; and that no form of government whatever has any other value than as it may be fitted for the attainment of this object», e che – ancora, se si vuole – la cultura popolare americana, come efficacemente ricorda R.B. REICH, *The Common Good*, New York, 2018, 38-39, seppe celebrare adeguatamente (in tempi non per caso coevi ai momenti fondativi della nostra cultura costituzionale) in una scena icastica che i più ricorderanno, quando George Bailey/James Stewart prende coscienza che può contare sui suoi vicini, i quali avevano sempre potuto contare su di lui, perché in fondo lui e loro si scoprono reciprocamente legati dal «common good», nei fotogrammi finali girati da Frank Capra in *It's a Wonderful Life* (1946).

ca, si è giunti a garantire efficacia pienamente pretensiva all'originaria contemplazione costituzionale di quel diritto, che tale pretensività non contemplava a rime obbligate.

L'operare della responsabilità civile e la circolazione del danno nella società, dunque, sul più ampio sfondo del fenomeno della distruzione di risorse e del reticolo di trasferimenti di risorse attivati per contrastare la perdita dopo che questa si è realizzata, dove, *accanto* agli esiti determinati dal diritto della r.c., si danno spostamenti di ricchezza che non obbediscono agli schemi e alle logiche su cui tradizionalmente si articola la risposta che ci s'ingegna di dare alla domanda «perché risarcire?».

È – per inciso – in questo «accanto» che trova ragion d'essere la scelta convenzionalmente impiegata nei sistemi di *common law* per definire il tema qui evocato alludendo icasticamente all'espressione «collateral benefits». Ovvero trasferimenti di risorse veicolati su binari che – solo metaforicamente – hanno origine causale nello stesso punto ideale da cui prende avvio lo spostamento del danno indotto dalla responsabilità civile, in una traiettoria destinata però a restare parallela e distinta fino all'unitario approdo finale nel patrimonio ove questi differenti trasferimenti di ricchezza pervengono, senza elidersi vicendevolmente, perché, nel darsi, essi si rivelano portatori di ragioni che rimangono distinte alla luce di una loro valutazione di taglio giuridico⁸.

Prima di scandire in maggior dettaglio il piano dell'indagine, è opportuno soffermarsi su alcuni temi di respiro generale che ne intersecheranno la linea di sviluppo.

⁸ I think the mental picture is this: here on one side is the accident *with its train of direct and natural consequences* happening in the ordinary course of events, and all these consequences are solely or predominantly caused by the accident: there on the other side is some completely collateral matter, outside the range of these consequences having the accident as one of its causes but, on a fair view, predominantly caused by some extraneous and independent cause.

Così Lord Pearson, in *Parry v. Cleaver* [1970] AC 1, 49, producendosi elegantemente in uno dei tanti tentativi (che nel corso di questo studio vedremo essere incapaci di uscire dal guscio della velletarietà) attraverso i quali da sempre si prova ad affidare all'argomentazione causale il compito di risolvere il problema giuridico posto dal fenomeno cui si allude nel testo.

Il primo di essi, che senza dubbio racchiude l'ontologia di ogni altro problema incrociato da questa ricerca, attiene alla inevitabile finitezza delle risorse che ciascuna società può mobilitare attraverso la contribuzione fiscale per reagire alla distruzione di risorse fatalmente indotta dalle interazioni di quanti in una società convivono.

A lungo questo «problema dei problemi» è stato declinato in un limite rimesso alla sovrana capacità di mediazione della discrezionalità politica.

Una possibilità di mediazione che, però, vede oggi ridimensionati i propri margini di operatività (e di sovranità) per effetto dell'inserimento del principio del pareggio di bilancio nel patto fondativo della società italiana.

Dopo la crisi mondiale deflagrata con l'implodere del sistema dei *subprime* nel 2007, l'orizzonte scandito dal tema della finitezza delle risorse è reso fosco e cupo dal persistere di una recessione economica che tende ormai a darsi quale condizione strutturale e non congiunturale dei fattori che determinano la possibilità di mobilitare ricchezza per contrastare la distruzione di risorse suscettibile di colpire i consociati.

Questo stato di cose produce effetti immediatamente tangibili quando la mobilitazione si realizza per effetto di dispositivi giuridici che reagiscono, in modo diretto ed esplicito, allo stato di bisogno del consociato. Il welfare in questo caso si restringe in modo schiettamente (e a volte: brutalmente) legislativo, con un'assunzione di responsabilità di tipo politico in capo a quanti operano la scelta (si pensi alla c.d. «Riforma Dini» del 1995 o alla «Riforma Fornero» del 2011, per stare all'ambito previdenziale).

Altri effetti, tuttavia, si manifestano, in forme meno immediatamente evidenti, quando lo spostamento di risorse è attivato da strumenti giuridici che giustificano il ripianamento delle risorse andate perdute nella forma di un danno risarcibile.

La crisi economica e le sue conseguenze, mentre non tardano a comprimere il raggio di azione degli interventi riconducibili, in senso lato, all'idea di welfare, immettono nuove domande nei ragionamenti

attraverso i quali la responsabilità civile si predispone a ripianare quanto si considera espressione di un danno risarcibile⁹.

⁹ Nel campionario delle ricette propugnabili attraverso la rilettura di una serie di istituti della responsabilità civile per reagire alla crisi – che nello Stato del Benessere contemporaneo è apparsa «sferzante come il vento che prende alla schiena» – e così tornare a proporre con urgenza una riflessione sulla possibilità di istituire un ordine giuridico capace di «correggere la distribuzione naturale della ricchezza secondo un ideale di giustizia, cioè secondo un migliore assetto di convivenza sociale» (così, evocando a effetto nel secondo virgolettato appena ricordato il F. CARNELUTTI – ancora tutto sommato giovanile – di *Appunti sulle obbligazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1915, I, 617, spec. 627), è stata di recente avanzata la proposta (M. BUSSANI, *La responsabilità civile al tempo della crisi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 567), espandendo su piani più ampi tracce già percorse [ID., *Faiblesse oblige*, in P. CENDON (a cura di), *Scritti in onore di Rodolfo Sacco. La comparazione alle soglie del 3° millennio*, II, Milano, 1994, 68 ss.], di aprire alla possibilità di discutere se nella liquidazione del danno – e in particolare del danno che dovrebbe fungere da livella, rispecchiando l'oggettività della condizione dell'uomo rispetto alla finitezza della sua parentesi esistenziale, e cioè il danno biologico – si possa concedere spazio a un criterio che, rimodulando il *quantum*, e persino l'*an* del risarcibile, guardi esplicitamente alle condizioni economiche dei danneggiati, con occhio, quindi, sistematicamente ed esplicitamente impegnato a scrutare la seducente (o chimerica) idea della giustizia del caso concreto [sulle orme di J. DERRIDA, *Diritto alla giustizia*, in J. DERRIDA, G. VATTIMO (a cura di), M. BUSSANI (cur.), *Diritto, giustizia e interpretazione*, Roma-Bari, 1998, 3, 17 ss., e già come *Force of Law: The «Mystical Foundation of Authority»*, in D. CORNELL, M. ROSENFELD, D.G. CARLSON (eds.), *Deconstruction and the Possibility of Justice*, New York-London, 1992, 3, 14 ss.].

Sullo scenario altamente problematico sotteso al merito di questa proposta, si era a suo tempo osservato (in senso positivo e non normativo) – scorrendo del metodo tabellare ormai nazionale che presiede al risarcimento del danno alla persona in Italia – come, in una dimensione che già adesso non sarebbe impossibile misurare, questo esito, per certi versi, abbia già silenziosamente modo di realizzarsi sul piano macroeconomico, in dimensioni non legate a (e comunque non oggetto di esplicite) valutazioni giudiziali, ove si consideri la disparità del costo della vita affrontato dai danneggiati indistintamente risarciti dalle tabelle milanesi, quando il danneggiato abbia la ventura di condurre la propria esistenza in zone del paese che risentono delle divaricazioni di una nazione economicamente sempre più diseguale (U. IZZO, *Macroeconomia e funzioni della responsabilità civile nella commisurazione del danno non patrimoniale*, in *Danno e resp.*, 2011, 120, spec. 125).

Su un piano più generale, tuttavia, da simili proposte emerge nitidamente, come risposta alla mutata condizione economica della società entro cui si attivano i trasferimenti di ricchezza propiziati dalla responsabilità civile, la rivendicazione esplicita di un

Il tutto sullo sfondo di un interrogativo più ampio, che induce a recuperare alla riflessione svolta a valle di questi effetti l'idea di considerare in che direzione e misura essi possano modificare il modo di distribuire le risorse nella società. O, quantomeno, a non disinteressarsi di questi inevitabili esiti.

Queste riflessioni evocano un secondo tema destinato a essere attraversato nello sviluppo di questa ricerca.

L'Europa, infatti, non è solo l'entità che ha consigliato (e, secondo più di qualcuno, imposto) di scolpire nella Costituzione italiana i dettami scanditi nel c.d. *fiscal compact*¹⁰.

Il diritto europeo è stato – si può dire fin dai propri esordi – protagonista di una non agevole mediazione fra la volontà di promuovere e garantire la libertà di circolazione e stabilimento dei cittadini europei nell'ambito dello spazio non solo simbolicamente annesso all'idea della «cittadinanza europea»¹¹, e la rinuncia a far sì che al ricono-

bisogno di riportare la tecnica giuridica su un terreno aperto senza infingimenti alle sollecitazioni della politica, se non altro per far sì che di questa dimensione sociale del mestiere del giurista il gioco interpretativo possa tornare ad arricchirsi attraverso esercizi espliciti, purché – e qui sta il punto critico – adeguatamente sorvegliati.

¹⁰ Su cui, fra molti, M. FRANZINI, E. PAPARELLA, *Crisi economico-finanziaria, rigore fiscale e tutela dei diritti sociali. Protagonisti ed esiti di una tensione istituzionale*, in *Rivista delle Politiche sociali*, 2013, 3-4, 4 ss.

¹¹ Verifica, distinguendo fra una proiezione transnazionale e sovranazionale seguita al porsi del concetto, l'evoluzione conosciuta dopo la proclamazione e il riconoscimento di questa nozione nell'intitolazione della parte seconda del Trattato firmato a Roma il 25 marzo 1957 (negli artt. da 17 – ove la cittadinanza europea è solennemente istituita – a 23), C. PINELLI, voce *Cittadinanza europea*, in *Enc. dir., Annali*, I, Milano, 2007, 181 ss., in un'analisi dalla quale emerge apprezzamento per i risultati che la *civitas* continentale avrebbe permesso di conseguire nella dimensione transnazionale, con un giudizio, invece, sostanzialmente negativo sulla pregnanza che il concetto mostra di rivelare quando sia valutato nella sua dimensione sovranazionale, nell'ambito del rapporto che il cittadino intrattiene direttamente con le istituzioni europee (*ivi*, 199-200). Un quadro più analitico della cittadinanza europea, con riferimento alla mobilità dei lavoratori, è in S. GIUBBONI, G. ORLANDINI, *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione europea*, Bologna, 2009, 229 ss.; nonché nei saggi raccolti in E. TRIGGIANI (a cura di), *Le nuove frontiere della cittadinanza europea*, Bari, 2011. Ha incisivamente colto e descritto l'*embedded liberalism* nel solco del quale si è sviluppata la dialettica tra le istituzioni europee e i diritti sociali degli stati membri, S. GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*, Bologna, 2003, 44 ss.

scimento di questa «cittadinanza» potesse corrispondere, da parte di una compagine di Stati membri resasi progressivamente più folta, l'identificazione di un nucleo comune di scelte in materia di welfare.

Scelte suscettibili di tradursi tecnicamente in regole ispirate a meccanismi giuridici condivisi, tali da accompagnare chi fruisce della libertà di circolazione garantita nell'ambito dei paesi membri nell'esercizio dei diritti sociali goduti nel proprio Paese di origine, senza incontrare ostacoli o limitazioni dettate dalla circostanza di circolare o stabilirsi temporaneamente in un Paese membro ove il godimento di quei diritti risulti articolato diversamente.

Si può dire che fin da principio abbia prevalso una visione politica mirante ad attribuire all'Europa il compito di *governare tecnicamente le differenze* dei sistemi di welfare¹² (che, peraltro, negli anni nei quali quella visione maturava, apparivano in tumultuosa espansione in tutti i paesi membri), invece di istituire un progetto volto a *fare politicamente la differenza*, con l'edificazione di un sistema di welfare costruito attorno ad alcuni principi cardine condivisi, che avrebbe così avuto modo di espandersi consentendo l'esercizio di margini di autonomia nazionali, ma entro una cornice unitaria.

Sotto questo profilo, come si vedrà, la responsabilità civile – interpellata da vicende occasionate dalla circolazione dei cittadini europei attraverso i confini invisibili (senza sapere se, e fino a quando, questa invisibilità, già oggi sempre più revocata in dubbio, sarà in grado di perpetuarsi) degli Stati membri – può fungere da liquido di contrasto.

Per consentire di riscontrare le aporie determinate dalla circostanza che i diritti sociali hanno ricevuto una considerazione solo indiretta nel disegno di progressione istituzionale dell'unità europea¹³, nella fideisti-

¹² Così S. GIUBBONI, *Diritti e solidarietà in Europa*, Bologna, 2012, 31.

¹³ Esplicito in tal senso, A. SPADARO, *La crisi, i diritti sociali e le risposte dell'Europa*, in B. CARUSO, G. FONTANA (a cura di), *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea*, Bologna, 2015, 15, spec. 16-17:

i diritti sociali sono la vera e propria “cartina di tornasole” dell'imperfezione di questo così lungo processo di integrazione europea. Infatti, se l'Unione è stata in grado di operare un'ampia redistribuzione “territoriale” di aiuti finanziari (c.d. politiche di coesione sociale), più o meno bene gestiti da Stati e Regioni, essa però non è ancora riuscita a costruire un vero sistema di attribuzione “individuale” di diritti sociali. In particolare, “due” sono le prove eloquenti della ri-

ca convinzione iniziale che tale disegno potesse, presto o tardi, giungere a compimento, in una sorta d'ineluttabile auto-avveramento, attraverso il progressivo rafforzamento dei quattro diritti di libertà che dell'integrazione continentale costituiscono il vero «articolo 1», l'emblema originario e fondativo¹⁴.

La direzione impressa a questa ricerca lambisce, infine, un profilo sempre attuale della riflessione attorno alla consapevolezza critica che deve accompagnare il lavoro dell'interprete.

La professione di orgoglio che rivendica al diritto privato la capacità di offrire, attraverso la propria grammatica concettuale, un contributo di analisi fondamentale per dare soluzione al problema indagato in questo studio, non può essere disgiunta dall'attitudine a valutare con piglio realistico (o, se si vuole, smalzito) le possibilità dell'interpretazione.

Quest'ultima non è mai pura tecnica. Il gioco interpretativo può dare a vedere di agire sulle categorie o sui concetti ordinanti, per innovare in una dimensione ostentatamente tecnica, e giammai apertamente politica, il significato operativo che a questi ultimi si suole ricondurre.

Accontentarsi di questo primo, epidermico livello di analisi non deve, però, significare rinunciare, aprioristicamente, a portare in luce le domande fondamentali che contrappuntano il terreno su cui insistono la

cordata imperfezione e, quindi, della natura solo parzialmente compiuta e solidale dell'ordinamento UE: 1) l'adozione di una moneta unica senza una vera politica economico-finanziaria e fiscale comune (cosa che ha riverberi drammatici sulla "sostenibilità" per tutti proprio dei diritti sociali) e 2) il riconoscimento limitato dei diritti sociali stessi, per la presa di distanza – c.d. clausola di *opting out* – di alcuni Paesi: Regno Unito, Polonia, Repubblica Ceca (cfr. anche artt. 8, 9, 10, 11 e 12 Trattato UE e il Protocollo n. 30). Ciò ha portato spesso a una contrapposizione pericolosa e semplicistica fra due modelli entrambi inesistenti nella loro purezza: un'Europa dei mercati e un'Europa sociale.

¹⁴ Gli economisti amano riferire questa idea al concetto di neofunzionalismo di cui fu cantore specialmente E.B. HAAS, *The Uniting of Europe: Political, Social, and Economical Forces, 1950-1957*, Stanford, 1958, il quale, avendo in seguito sviluppato il cuore di questa idea in ID., *Beyond the Nation-State: Functionalism and International Organization*, Stanford, 1964, può a buon titolo essere annoverato fra gli *intellectual founding fathers* della globalizzazione, come del resto è diffusamente riconosciuto nella letteratura internazionale della scienza politica, G.J. RUGGIE, P.J. KATZENSTEIN, R.O. KEOHANE, P.C. SCHMITTER, *Transformations in World Politics: The Intellectual Contributions of Ernst B. Haas*, in 8 *Ann. Rev. Pol. Sci.* 271 (2005).

regola giuridica e il problema che quest'ultima sembra porre – solo tecnicamente, va da sé – a chi lo deve risolvere.

Mostrarsi consapevoli che le scelte dell'interprete sono suscettibili di determinare nella società esiti di ridislocazione delle risorse, non significa proporsi ingenuamente di sottomettere la tecnica alla politica, o meglio, a una delle tante, possibili visioni della politica.

Induce piuttosto a mostrare sensibilità per un altro tipo d'interrogativo, per chiedersi se il tipo di risposta che l'interprete può ingegnarsi a dare al problema tecnico, con gli inevitabili effetti redistributivi che ogni risposta reca con sé, sia suscettibile di trovare sedi istituzionali migliori per ponderare tali effetti in tutte le loro implicazioni.

Si tratta, in definitiva, dell'eterna riedizione del gioco fra tecnica e politica, e delle domande sul ruolo che l'interprete è chiamato ad assumere nel prendere consapevolmente parte a questo gioco.

Non è questo il luogo adatto per indagare a fondo le cause della rimozione del tema politico che si annida nel gioco interpretativo, rimozione che sembra diffusamente attuarsi nella dottrina giuridica (non solo civilistica, quindi) contemporanea.

Proviamo, però, a tornare sulle parole impiegate da uno storico impegnato a discorrere sul negozio giuridico, una categoria civilistica fondante che può a buon titolo annoverarsi fra i principali paradigmi dell'essere della «tecnica» nella riflessione civilistica del Novecento.

Epistemologia e politica (*una* epistemologia e *una* politica) fanno tutt'uno nel corpo storico del diritto moderno, come fanno tutt'uno, sia pure in un modo a un tempo più povero e più complesso nella sua "preistoria" romana. Questa combinazione non è mai solubile, a nessun livello di profondità, senza il rischio di stravolgimenti interpretativi assai gravi: o l'appiattimento del diritto tutto sul versante della politica (come solo *instrumentum regnii*, puro potere, puro inganno, o, come si dice male, pura "ideologia"), oscurandone quindi il suo reale (anche se *limitato*) valore scientifico, e il suo reale effetto di conoscenza; o la costruzione di un'immagine del diritto come *scienza separata*, in un rapporto tutto estrinseco con la politica (rischio tanto più ricorrente, quanto più i profili epistemologici del sapere giuridico sembrano farsi robusti nella cultura moderna, fino a render pensabile di separare fino in fondo il diritto come scienza dal suo uso "politico"). Le categorie del diritto privato moderno, guardate oggi dal punto in cui si apre la loro crisi, ci restituiscono invece i termini di una vicenda di un *sapere* che diviene

potere, di un'epistemologia che si costruisce e si rafforza combinandosi con una politica, con un'egemonia¹⁵.

Quarant'anni dopo si può tentare di mediare rispetto a questa visione, che non sembra affatto aver perso di attualità. La dimensione di un'insopprimibile (e necessaria) lotta è, da ultimo, messa in chiaro da chi osserva che:

[I]l carattere politico spiega la relatività delle soluzioni giuridiche, ed anche la loro genesi nell'umana e storica libertà. Non vi sono leggi di natura o abilità tecniche, che possono consigliare l'esatta soluzione di un problema normativo, la scelta di uno o l'altra regola. Il diritto non è mai neutrale; esso è rottura della neutralità e decisione di una regola. La libertà dell'uomo, che sia autore o partecipe della decisione normativa, può esprimersi con feconda pienezza: far valere un'ideologia o una concezione della vita, affacciare bisogni ed esigenze, condurre alla vittoria interessi materiali e spirituali. Questo è il senso profondo dei regimi liberali democratici, nei quali la lotta intorno al diritto è lotta politica, che lascia dietro di sé vincitori e vinti¹⁶.

È davvero una bella ammissione. Ma l'Autore appena evocato ha sempre tenuto a rivendicare al giurista una posizione ostentatamente neutrale rispetto a ciò che la tecnica del diritto permette di realizzare, come ribadito, dopo un dibattito ampiamente noto¹⁷, in una silloge più recente:

[N]on c'è "esperto" o "competente", che sia in grado di surrogarsi alla lotta politica e di determinare il contenuto delle norme giuridiche. Il tecnocrate o burocrate, il quale compia o suggerisca una certa scelta giuridica, fa, e non può non fare, la propria politica. (...) La *scelta degli scopi* appartiene alla politica; burocrati e tecnici possono soltanto soc-

¹⁵ Così, A. SCHIAVONE, *Forme e storia nella critica del negozio giuridico*, in C. SALVI (a cura di), *Categorie giuridiche e rapporti sociali. Il problema del negozio giuridico*, Milano, 1978, 269, spec. 271-72 (enfasi originale, nota omessa).

¹⁶ Così, N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, 185, e già ID., *Diritto e mercato*, in AA.VV., *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1999.

¹⁷ N. IRTI, E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, 2001.

correre nella scelta dei mezzi, ossia per stabilire la razionale coerenza di questi con quelli¹⁸.

Una prospettiva radicalmente diversa sul punto è proposta da un altro Autore¹⁹, che sottopone a critica il ruolo sociale del giurista, collocato per tradizione nell'ambito di una visione che vede la scienza giuridica autorappresentarsi quale custode del *ius*, dove l'idea del sociale tende sempre più a darsi sotto le indistinte effigi del *diritto vivente*. È maneggiando questo concetto, su cui nel corso dello studio si svolgeranno altre riflessioni, che i giuristi mirano ad accreditarsi come interpreti della società, per candidarsi a promotori del mutamento sociale nella veste, però, di una élite alternativa alla Politica, e perciò intesa a neutralizzare la Politica stessa.

Questo ruolo sociale sottoposto a critica è stato riassunto da Mario Barcellona nell'idea che in esso si possa concepire un «esterno al diritto», tale da incardinare la critica alla dottrina positivistica in questa sorta di fuori-diritto, che si ricava appunto nella sfera del «sociale». Così, si osserva in prospettiva storica:

[L]a fondazione del diritto nel sociale e l'assunzione della funzione giudiziaria a *medium* fra formule legali e "coscienza sociale" si ritrovano, dapprima, invocate da sinistra e da destra, e poi divengono lo strumento attraverso cui, soprattutto il nazismo, tenta di scardinare la struttura del vecchio Stato liberale²⁰.

In una dinamica avviatasi già durante il ventennio fascista, in Italia questo modo di intendere il sociale – osserva l'Autore – sublima nel dopoguerra in due paradigmi che rivendicano la propria alternatività rispetto alla tradizionale struttura dommatica: l'analisi economica del diritto e, soprattutto, il solidarismo giudiziale.

¹⁸ Così, N. IRTI, *Tecno-diritto*, in AA.VV., *Studi in onore di Nicolò Lipari*, I, Milano, 2008, 1297, 1300-1, corsivo originale.

¹⁹ M. BARCELLONA, *L'idea del sociale nella teoria del diritto privato: il caso italiano (ma non solo)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, 717. In questa analisi assai densa sono sintetizzati in parte gli esiti di ID., *Diritto, sistema e senso. Lineamenti di una teoria*, Torino, 1996.

²⁰ M. BARCELLONA, *L'idea del sociale nella teoria del diritto privato*, cit., 718.

Ed è di quest'ultimo – quello che più sembra essersi mostrato capace di permeare di sé e di influenzare l'immaginario dei giudici dal secondo dopoguerra in poi²¹ – che Barcellona si occupa, lumeggiando in che modo esso abbia potuto incidere sulle categorie nei principali quadranti del diritto privato patrimoniale (proprietà, contratto e responsabilità civile), soprattutto ricorrendo alla tecnica delle clausole generali e della legislazione per principi, per mostrarsi così sintonico al compimento della visione solidaristica dello Stato sociale, che in quella fase storica si andava realizzando.

L'obiettivo «era l'assunzione del giudice (ma con esso della sua musa: la dottrina) a “voce dei deboli” ed a mediatore diretto dei conflitti sociali»²². Si ritrova così l'idea di «una larga, se non pressoché totale, permeabilità del linguaggio normativo a contenuti extra-normativi», accompagnata dall'immagine oracolare della giurisprudenza e della dottrina, in uno stile «giusliberistico» che sembra alla fine aver fatto breccia nell'immaginario di giudici e dottori²³.

L'A. ricollega questa immagine al perpetuarsi di una epistemologia giunta a noi dalla Pandettistica tedesca, che per prima aveva ricavato e istituito un doppio del (o un altro dal) diritto positivo, capace in qualche modo di precedere la legge, ergendosi a sua causa, e che quindi ne determinava il senso, permettendo al giurista di sentirsi depositario di questo senso, senza dare a vedere di esserne, in realtà, l'autore.

Quel che a un certo punto avviene è che su questo schema «l'idea del sociale» diventa il terreno di una nuova mediazione, nella quale la «società» e la sua «coscienza» rubano la scena al sistema concettuale.

²¹ Sebbene anche l'analisi economica del diritto, notoriamente introdotta da P. TRIMARCHI nel pensiero giuridico italiano con la pubblicazione di *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, trovi oggi ricezioni non episodiche nell'esperienza giurisprudenziale italiana, come ha teso ad evidenziare l'analisi di R. PARDOLESI, B. TASSONE, *I giudici e l'analisi economica del diritto privato*, Bologna, 2003; e ID., *I giudici e l'analisi economica del diritto due anni dopo*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2005, 579.

²² M. BARCELLONA, *L'idea del sociale nella teoria del diritto privato*, cit., 721.

²³ ID., 725.

Accade che

i giuristi cominciano a presentarsi come gli interpreti dell'una e dell'altra. Ma questa nuova mediazione espone la scienza giuridica a un duplice inconveniente: l'ebbrezza della creatività e la vertigine del potere²⁴.

Qui Barcellona sembra avvicinarsi molto a Irti, quando osserva che

questa parabola della scienza giuridica è anche la parabola della Modernità, [ove il diritto moderno ama essere rappresentato] come il grande tentativo di disattivare il conflitto (religioso, politico, economico, ecc.) e di rimuovere la politica attraverso la tecnica²⁵.

E che «il moderno diritto formale si dà come “mezzo per”, che obbedisce a una razionalità eminentemente strumentale».

Ma – e in questo passaggio matura il radicale distacco dalla visione tecno-giuridica irtiana – la rinuncia a un proprio fondamento rende la funzione del moderno diritto formale

astratta come la sua forma (= il diritto che non prescrive fini alla comunità, ma *offre a ciascuno dei suoi membri i mezzi per perseguire i fini che crede*). Questa impersonalità della forma e questa ateologia della funzione includono però un progetto di mondo, un ordine sociale: degradando le differenze (dei fini, dei soggetti, delle cose, ecc.) a contingenza rispetto al diritto, il sistema giuridico “vede” le relazioni del mondo per ciò che esse hanno di generale ed astraendo dalle diversità che presentano in concreto; e perciò stesso organizza i rapporti sociali come rapporti formali; sicché *il diritto è formale affinché il reale sia formale*²⁶.

Contro questa visione (o questo esito) Barcellona propone la necessità di ridefinire la funzione sociale del giurista, nel segno di una decisa critica a ogni dispositivo che tenda a «neutralizzare la politica». Si rivendica così al giurista, non già il ruolo d'interprete della società e dunque di sacerdote di una competenza giuridica che si rappresenta come alternativa alla politica, ma il compito di

²⁴ ID., 727.

²⁵ ID., 728.

²⁶ ID., 728, corsivo originale.

mostrare l'artificialità del senso sociale istituito e [dunque] la decidibilità sociale di un altro senso, (...) [con] il passaggio da una strategia di "socializzazione interpretativa" del diritto posto, ad una strategia di ricostituzione delle condizioni dell'autodeterminazione sociale consapevole del diritto, (...) [ove il giurista si propone] come moderno Prometeo che riporta il potere normativo dal cielo delle divinità giuridiche, ove lo si vorrebbe sequestrare, alla terra degli uomini, nelle loro mani²⁷.

Accettare questa sfida significa, allora, predisporre ad analizzare il tema che occupa l'agenda di questa ricerca anche con l'intento di mettere in discussione l'idea di una tecnica giuridica che sembra volersi ineluttabilmente auto-imporre o auto-avverare nel determinare l'assetto di un problema raggiunto – appunto tecnicamente – in via interpretativa, selezionando principi cui dare prevalenza in luogo di altri che pure mostrano di presidiare il campo nel segmento di esperienza giuridica nel quale è collocato il problema da risolvere. Ma il terreno dei principi è da sempre scivoloso per l'interprete che si proponga di costruire la soluzione del caso costruendo una razionalità argomentativa che muova dalla scelta di ipostatizzare il principio prescelto per dar corso al (e far sfoggio del) suo esercizio di razionalizzazione argomentativa²⁸.

Per scoprire, così facendo, fra le pieghe di assetti che appaiono consolidati attorno a principi e concetti sedimentatisi nel tempo scandito dai repertori, la possibilità di sottoporre a verifica il senso della legge e con esso, soprattutto, il senso dei dispositivi argomentativi e categoriali

²⁷ ID., 733.

²⁸ Ragionando intorno alla tecnica argomentativa dei giuristi in una fase storica cruciale nella storia del nostro Paese, per evidenziare come il rapporto fra regola ed eccezione si desse come strumento fondamentale per costruire l'unità del sistema giuridico e subordinare il futuro al passato nell'evoluzione del sistema, è stato osservato che

il riferimento ai principi, che apparentemente dovrebbe costituire un criterio sicuro per impedire al giudice nella risoluzione di un caso le proprie scelte, il proprio punto di vista, in realtà non può svolgere questa funzione perché i principi, gli interessi e i valori, nel nostro ordinamento, sono accolti tutti in modo reciprocamente condizionato; ciò naturalmente rinvia per la ricostruzione del sistema al giudice che, mediante le argomentazioni descritte, porrà questi principi in termini di regola ed eccezione.

Così, P. BARCELLONA, *Diritto privato e processo economico*², Napoli, 1977, 359.

che nel tempo sono stati creati per guidare l'applicazione della legge stessa.

Dispositivi che, all'occorrenza, possono rivelare di essere stati perpetuati e mantenuti in vita anche perché – in qualche misura – hanno avuto la ventura di essere eretti, epistemologicamente, a strumenti necessari, quasi posti, della tecnica padroneggiata dal giurista per venire a capo del problema, senza che la forma data a questi dispositivi abbia in seguito potuto sollecitare nuove interrogazioni sul significato del dispositivo utilizzato.

Quanto dire che ogni «*quid* che non esiste in *rerum natura*», per impiegare una fortunata espressione linguistica gorliana²⁹, può solo rimandare, ma non può sfuggire al momento della verifica del suo senso rispetto alla mutata realtà nella quale esso continua a essere impiegato.

Siamo, perciò, perennemente immersi in quella condizione che, al crepuscolo di una straordinaria vita da giurista, Tullio Ascarelli descriveva riflettendo sull'evoluzione storica del rapporto fra scienza giuridica e scienza economica:

[L]'elaborazione di una naturale legalità nell'ambito del diritto concorre nella concettuazione [*sic*] di un ordine economico naturale; la revisione delle preposizioni dell'economia finisce per riflettersi nello stesso concetto del diritto. In ambedue i campi, mi sembra, si viene superando l'idea di un "dato" per passare a un "costruito"; in ambedue i campi si viene abbandonando quella concezione di ordini naturali che persisteva anche negli indirizzi detti positivistici. (...) Da garanzia di un equilibrio economico considerato naturale, le regole vigenti in ogni momento passano ad essere considerate come elemento di una determinata struttura e lo sviluppo del diritto come un momento che, a sua volta, attiene alla storia dell'uomo, storicamente condizionato ma insieme operante e così concorrente nel determinare un equilibrio economico non più inteso come divinamente posto o naturalmente necessario. (...) *La disciplina giuridica non costituisce variabile "forma" di una costante sostanza, in una contrapposizione che presupporrebbe appunto una legalità economica naturale; costituisce essa stessa elemento della struttura econo-*

²⁹ G. GORLA, *Sulla cosiddetta causalità giuridica: «fatto dannoso e conseguenze»*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, I, 405, spec. 407.

*mica i cui difetti e procedimenti sono in funzione delle regole seguite nell'azione e viceversa*³⁰.

Del resto, Ascarelli stesso non professò sorpresa nel constatare come al diritto fosse di norma negata cittadinanza nell'ambito di trattazioni enciclopediche di taglio generale destinate a ripercorrere la storia della scienza.

Nel suo ultimo scritto – che il giurista romano terminò lavorando alacramente, ormai aggredito dal male, «nelle ultime ore in cui il lavoro si trasfigura ormai in puro senso di vita e responsabilità», con le parole toccanti di chi curò la pubblicazione postuma dello scritto – Egli osservò, in una prosa densa e priva di pause, rivelatrice dell'ansia di poter dire mentre il tempo a propria disposizione fugge:

La giurisprudenza non esiste fuori dal diritto, né questo esiste fuori dalla giurisprudenza, fuori da una interpretazione alla quale non può contrapporsi una “scienza”, interpretazione che così come la legislazione è opera di saggezza. Saggezza che, proprio perché tale, comporta sempre un rischio e si affida a una probabilità non come logica che permetta di scoprire una già posta verità, *ma come previsione di successi ed effetti, come calcolo di possibili effetti negativi o positivi rispetto a un fine desiderato; come, per riprendere il motto pascaliano, scommessa sul futuro e su un futuro che la nostra azione concorre a determinare*. Appunto su questo terreno è possibile una storia del pensiero giuridico. Non già come storia di una eterna disputa quasi fuori dal tempo che vedrebbe contrapporsi posizioni rivendicanti ciascuna la propria sempiterna eccellenza, ma come momento dello stesso sviluppo del *diritto che, nella sua storia, insieme sviluppa i criteri per il suo stesso sviluppo, elabora principi e orientamenti che sono espressione e strumento di determinati sviluppi, rispondono a determinate domande e perciò appunto non si contrappongono come vere o false affermazioni, ma concorrono come voci in un dialogo che non potrebbe intendersi fuori da tutte le sue voci*, dialogo che è quello stesso dello sviluppo giuridico e nel quale perciò ogni voce ha la sua giustificazione e nel quale ogni voce costitui-

³⁰ Così, T. ASCARELLI, *Ordinamento giuridico e realtà sociale*, in S. RODOTÀ (a cura di), *Il diritto privato nella società moderna*, Bologna, 1971, 77, spec. 80-81 (corsivo aggiunto), e già in T. ASCARELLI, *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959, 42-48.

sce un apporto indipendentemente dal quale non riuscirebbe intellegibile il momento posteriore³¹.

In tutto ciò non si può non convenire con Irti. La lotta appare ineliminabile. Con la precisazione, però, che il «sociale» – che senza dubbio è costantemente evocato dal tema attraversato da questa ricerca, ma che in fondo è difficile negare che sia sempre presente negli infiniti campi di applicazione del lavoro del giurista – finisce proprio per darsi nella possibilità di riuscire a svolgere un esercizio esplicito, e non più mascherato, di autodeterminazione sociale del diritto e di comprensione del senso che sta fra le sue regole, in un dialogo serrato e necessario con la tecnica. Tecnica che in molti casi può aver contribuito a fornire, appunto, quella che può rivelarsi la maschera da far cadere per proseguire con migliori e più acute consapevolezze la riflessione sulla soluzione da dare al problema indagato.

In questo senso la «socialità» può auspicabilmente cessare di essere una «professione verbale (...) che tiene luogo dei risultati effettivi»³², per diventare un modo consapevole di fare politica (o, incomparabilmente meglio: di «essere» politici), esplicitamente avvertito del valore dell'efficienza o della «razionalità pratica» delle soluzioni proposte.

Forse il tempo è venuto per proclamare che «il diritto è differente» senza nutrire il timore di riconoscere al giurista la capacità di esercitare un ruolo politico ed economico, che si dà proprio perché suscettibile di essere esercitato apertamente e consapevolmente, attraverso ciò che del giurista costituisce la vera essenza della «sua» diversità e il vero primato (metaforico) della «sua» tecnica: l'argomentazione.

³¹ Così, T. ASCARELLI, *Hobbes e Leibniz e la dommatica giuridica*, in T. HOBBS, *A dialogue between a philosopher and a student of the common law of England* – G.W. LEIBNIZ, *Specimen questionum philosophicarum ex iure collectarum, De Casibus perlexis, Doctrina condituum, De legum interpretatione*, Milano, 1960, 3, 67-68 (corsivo aggiunto); anche tradotto in Francia qualche anno dopo come T. ASCARELLI, *Hobbes et Leibniz et la dogmatique juridique* (trad. C. Ducoloux-Favard, pref. A. Tunc), in Hobbes, *A dialogue between a philosopher and a student of the common law of England* – Leibniz, *Specimen questionum philosophicarum ex iure collectarum, De Casibus perlexis, Doctrina condituum, De legum interpretatione*, Paris, 1966, 1, 67.

³² Nell'attualissimo monito di P. TRIMARCHI, *Il giurista nella società industriale*, *Riv. dir. civ.*, 1980, I, 42, spec. 48.

Questo, in definitiva, è uno degli auspici che accompagna l'avvio di questo studio.

Sospeso fra tecnica e politica, il gioco dell'interpretazione, e particolarmente in campi problematici quali quello qui indagato, mette plasticamente a nudo – nella prospettiva segnata da una fase storica ove la limitatezza delle risorse acuisce i conflitti interpersonali e moltiplica le domande collocate sull'asse che congiunge il pubblico al privato in un Paese nel quale lo «Stato sociale» rischia di diventare una formula evocante in prima battuta un fortunato gruppo musicale – l'antica alternativa, gravida di conseguenze, fra scelte regolative suscettive di essere responsabilmente assunte dai legislatori e prospettive di cambiamento coltivate dalle corti.

Ove le prime, almeno in teoria, possiedono la capacità di articolare le soluzioni prescelte con un livello di dettaglio, una tempistica e, in ultima analisi (se adeguatamente ponderate, valutando le conseguenze sistemiche di ogni innovazione apportata), un'efficacia assai diversa rispetto alle seconde, se è vero che la rimeditazione giurisprudenziale di concetti guida, che a cascata possono condizionare l'applicazione di interi settori di regole, è suscettibile di procedere – nell'esperienza diffusa e casistica affrontata dalle corti di merito e non di rado anche nella dialettica autoriflessiva che costantemente «vivifica» ciò che la giurisprudenza di legittimità decide di decidere – attraverso vie costitutivamente incerte e in ogni caso foriere di elevati costi di transazione, a scapito di chi voglia attendere il consolidarsi del cambiamento, anche solo per prenderne definitivamente atto e orientare di conseguenza le sue determinazioni nella vita reale.

Passando ora a esaminare più da vicino il piano d'indagine di questa ricerca, si entra nel vivo del problema fin qui solo tratteggiato in una partitura volutamente generale.

Nel nostro Paese le coordinate civilistiche che reggono il rapporto fra risarcimento del danno e attribuzioni patrimoniali che in dipendenza dell'evento sotteso alla perdita risarcibile possono contribuire a garantire il welfare del danneggiato, sono in larga misura affidate all'interpretazione di una regola che il civilista italiano ha imparato a problematiz-

zare richiamandosi all'espressione latina *compensatio lucri cum damno* (di seguito, *clcd*).

La regola discendente da questa interpretazione induce a escludere che il concetto di danno possa comprimersi, per considerare, in sottrazione nel computo del risarcibile, attribuzioni patrimoniali che appaiano giustificate da un «titolo» diverso da quello risarcitorio.

Questa consolidata interpretazione è stata oggetto, tuttavia, di un articolato ripensamento critico nell'ambito di un orientamento recentemente emerso in seno alla giurisprudenza di legittimità, determinando l'insorgenza di un «contrasto» (e nel corso della trattazione si spiegheranno le ragioni di queste virgolette) che in un primo tempo è stato sottoposto infruttuosamente al vaglio delle Sezioni Unite della Cassazione, ma su cui a breve si attendono decisivi (e in qualche misura, temporaneamente definitivi) sviluppi ad opera dei massimi consessi della giurisdizione civile e amministrativa³³.

³³ Di questo contrasto avremo partitamente modo di discuterne in modo approfondito le contrapposte argomentazioni, ma è utile prospettare subito al lettore, in uno schema oltremodo essenziale, le tappe che scandiscono la dinamica giurisprudenziale che sorregge questo tentativo di rileggere la soluzione data al problema oggetto di questo studio. Tutto ha origine con Sez. Un. civ., 10 aprile 2002, n. 5119, in *Resp. civ. prev.*, 2002, 687, con la quale si prende risolutamente partito sulla dibattuta struttura causale del contratto di assicurazione contro le disgrazie accidentali (art. 1916 c.c.). Con Cass. civ., 11 giugno 2014, n. 13233, in *Foro it.*, 2014, I, 2064, questo sottotipo contrattuale dell'assicurazione viene assoggettato al principio indennitario, dichiarando la necessità di defalcare dal danno risarcibile dal danneggiante, l'indennità assicurativa che il danneggiante abbia conseguito per effetto della sua scelta di assicurarsi. Due giorni dopo, Cass. civ., 13 giugno 2014, n. 13537, in *Foro it.*, 2014, I, 2470, ridisegna l'impianto concettuale della *clcd* vigente nel diritto italiano, per sottrarre dal risarcimento del danno gli emolumenti versati al danneggiato da assicuratori privati o sociali, o da enti di previdenza, imponendo il defalco della pensione di reversibilità dal danno risarcibile in caso di perdita del sostentamento economico goduta in vita del proprio coniuge. Si crea così un contrasto con 60 anni di giurisprudenza di legittimità che questo esito negava. Contrasto che viene sottoposto alle S.U. da Cass. civ., 4 marzo 2015, n. 4447 (ord.), in *Foro it.*, 2015, I, 1204, non senza che – nell'attesa della decisione – Cass., 20 aprile 2016, n. 7774, in *Rep. Foro it.*, 2016, voce *Danni civili*, n. 191, affermi l'opportunità di defalcare il danno patrimoniale, chiesto da un lavoratore all'assicuratore del responsabile dell'illecito, dell'importo dell'indennità di accompagnamento e assistenza erogate al danneggiato in forza dell'art. 5 della l. 12 giugno 1984, n. 222, e di altre disposizioni assistenziali della Regione Lombardia applicate nel caso specifico.

Muovendo dal caso che ha fornito occasione per sollevare il contrasto, il *primo capitolo* introduce il problema posto dal coordinamento fra danno e benefici nel più ampio scenario del welfare del danneggiato. Nel far ciò, esso verifica i limiti palesati dal congegno attraverso il quale il diritto europeo ha fin qui provato a comporre l'inconciliabilità delle diverse scelte attraverso le quali le legislazioni istitutive degli apparati di welfare nei paesi membri stabiliscono se le risorse mobilitate a vantaggio dei propri cittadini debbano essere coordinate con quanto ad essi può pervenire in forma di danno risarcibile.

Il *secondo capitolo* rilegge il percorso storico che ha fatto sì che l'interpretazione del problema della *clcd* – il cui radicamento nella riflessione dottrinarica italiana dei primi del Novecento si deve anche alla circostanza che il tema si desse in quel dibattito problematizzandosi attraverso una formula veicolata da un «latinismo di ritorno» – abbia assunto un ruolo chiave per definire i termini di questo coordinamento.

Tuttavia, per motivi processuali, Sez. un., 30 giugno 2016, n. 13372, in *Foro it.*, 2016, I, 2716, respinge questo primo cimento. Al che la terza sezione della Cassazione non si perde d'animo e un anno dopo deposita in rapida successione quattro ordinanze di remissione che, sostanzialmente, ripropongono i quesiti e le argomentazioni inavase nella precedente pronuncia delle S.U. Così, Cass. civ., ord. 22 giugno 2017, n. 15534, in *Foro it.*, 2017, I, 2242, con breve annotazione di R. PARDOLESI, chiede al supremo consenso di nomofilachia di verificare se dal computo del pregiudizio sofferto dalla compagnia aerea proprietaria del velivolo abbattuto nella tragedia di Ustica vada defalcato l'indennizzo assicurativo ricevuto dalla società attrice per la perdita dell'aeroplano. Cass. civ., ord. 22 giugno 2017, n. 15535, chiede di poter ammettere lo scomputo della rendita vitalizia riconosciuta dall'Inail a seguito di infortunio in itinere patito da lavoratore subordinato. Cass. civ., ord. 22 giugno 2017, n. 15536, mira a sottrarre dall'ammontare del danno risarcibile l'importo della pensione di reversibilità erogata dall'Inps al coniuge della vittima. Cass. civ., ord. 22 giugno 2017, n. 15537, sostiene la detraibilità del valore dell'indennità di accompagnamento erogata dall'Inps al minore danneggiato da un tardivo parto cesareo. Di poco antecedente, e mostrando di condividere il nuovo corso impresso alla *clcd* dalla terza sezione della Cassazione, Consiglio di Stato, ord. 6 giugno 2017, n. 2719, chiede di sottrarre dall'ammontare dei danni risarcibili al pubblico dipendente vittima di un illecito l'importo dell'equo indennizzo per causa di servizio erogato in conseguenza di quel fatto. La risposta al quesito da parte dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato è stata resa (Cons. Stato, Ad. Plen., 23 febbraio 2018, n. 1, in <https://www.giustizia-amministrativa.it>), e di essa si darà conto a tempo debito.

Dopo aver verificato come la veste linguistica di questa formula non impedisca di collocare le scaturigini del problema nella Modernità giuridica e più precisamente nella riflessione svolta attorno al concetto di danno dalla pandettistica tedesca, l'analisi ricostruisce le fondamenta concettuali e il significato operativo assunto da questo latinismo nella civilistica italiana del primo dopoguerra.

Il *terzo capitolo* sottopone a verifica come la regola operativa fondata sulla formula *clcd*, abbia mostrato di gestire, in un'assai vasta ed eterogenea gamma di applicazioni giurisprudenziali succedutesi nell'arco di ben più di mezzo secolo, il rapporto fra risarcimento del danno e attribuzioni patrimoniali riconducibili a un ideale ampio di sicurezza sociale.

L'analisi svela come in questo processo di applicazione della *clcd* la giurisprudenza non di rado abbia manifestato incertezze e aporie, determinate, in ultima analisi, dalla circostanza che, in assenza di criteri di verifica dotati di un più solido e meditato fondamento concettuale, l'indagine sul «titolo» del beneficio non permette all'interprete di operare su un registro argomentativo nel quale si rendano chiaramente intelligibili le ragioni più profonde che inducono a stabilire quando e, soprattutto, *perché* il beneficio collaterale pervenuto al danneggiato sia effettivamente destinato a ridimensionare l'area della risarcibilità.

Nel *quarto capitolo* l'indagine si sposta a considerare se un importante dispositivo contrattuale che, per effetto di una scelta previdenziale privata, può contribuire a determinare il welfare di quanti siano colpiti da una perdita a seguito di una disgrazia accidentale debba, o non, essere assoggettato alla logica della responsabilità civile e induca a considerare sistematicamente l'indennizzo nel computo del danno risarcibile.

Quando la disgrazia accidentale che colpisce l'assicurato ha la ventura di produrre conseguenze che la responsabilità civile permette di canalizzare su un responsabile, ci si domanda se l'indennizzo assicurativo, oggetto di una libera scelta previdenziale che induce il privato a investire risorse per cautelarsi da una perdita riguardante la propria persona, venga in considerazione quale beneficio collaterale al danno ricevuto, o quale oggetto del possibile diritto di surrogazione da parte dell'assicuratore.

Tecnicamente, l'interrogativo, più che involgere un ragionamento connesso all'interpretazione della *clcd*, prospetta la necessità di indagare a fondo la causa del contratto che istituisce questa copertura assicurativa.

Tuttavia, come si avrà modo di verificare, la soluzione del problema è suscettibile di produrre effetti assai rilevanti e sistemici nel più ampio orizzonte d'indagine scrutato da questo studio.

Perché è dall'analisi critica delle ragioni che si valorizzano (in base alla vocazione espansiva riconosciuta al principio indennitario operante nell'ambito dell'assicurazione contro i danni, e attraverso una rilettura della causa del contratto di assicurazione contro le disgrazie accidentali con esiti invalidanti) per ravvedere la necessità di assoggettare a surrogazione dell'assicuratore l'indennizzo corrisposto all'assicurato in conseguenza del verificarsi della disgrazia, che può ricavarsi conferma, o non, delle ragioni che inducono ad attribuire fondamento all'idea più generale che il computo del danno debba sistematicamente prendere in considerazione il beneficio collaterale che perviene al danneggiato in forma di welfare (privato, come nel caso dell'assicurazione contro gli infortuni, o pubblico, come accade per una vasta congerie di attribuzioni patrimoniali identificanti prestazioni erogate dallo Stato sociale).

E, infatti, nel *quinto capitolo* la verifica prosegue, analizzando in che modo l'idea di asseverare la surrogazione dell'assicuratore privato – quante volte la prestazione assicurativa dovuta in conseguenza di una disgrazia accidentale che colpisca l'assicurato sia ritenuta coerente al dispositivo risarcitorio che trasferisce il costo della disgrazia accidentale a chi ne debba rispondere sul piano civile – possa essere oggetto di riproposizione nel diverso scenario delle assicurazioni sociali.

In particolare questo passaggio è oggetto di approfondimento con riferimento all'idea che la *clcd* possa essere impiegata per escludere che dal computo del risarcimento spettante a quanti perdano il sostentamento assicurato loro dalla vittima di un illecito siano detratti i benefici conseguiti dai medesimi soggetti in conseguenza della reversibilità del trattamento pensionistico maturato dal congiunto scomparso.

Nel tirare le fila dell'indagine, il *sesto capitolo* mette a frutto l'esito della confutazione critica delle argomentazioni impiegate dai fautori del

revirement istitutivo del contrasto su cui i supremi organi di nomofilia sono chiamati a dire l'ultima parola.

Lo fa prospettando una lettura alternativa del problema posto a base del modo di interpretare la *clcd*. Invece di sopprimere l'opportunità di valutare la consistenza del «titolo» assegnabile al beneficio, come vorrebbe l'opinione giurisprudenziale fautrice del *revirement*, la proposta invita l'interprete a porre in una nuova luce questo momento di valutazione, collocandolo su un crinale di analisi parzialmente diverso da quello, per molti versi inappagante, nel quale è stato collocato dagli anni Cinquanta in poi.

Muovendo dalla considerazione del modo in cui altre esperienze giuridiche che contribuiscono ad arricchire l'ambito della riflessione dottrinale intorno alle soluzioni riflesse nei caratteri comuni del diritto privato europeo gestiscono l'interrogativo che la *clcd* sottopone all'interprete italiano, viene così avanzata una proposta.

Considerare in termini più espliciti, assoggettando la verifica necessariamente casistica, richiesta per venire a capo di ogni situazione di potenziale *clcd*, a un indice interpretativo orientato a verificare in senso normativo la rilevanza *giuridica* che il beneficio assume quando se ne debba valutare la defalcabilità dal danno risarcibile.

L'operazione sembra possibile ove, scrutando il beneficio, se ne ravveda la conformità a un canone di «giustizia», che nell'ordinamento italiano trova un referente speculare nel concetto dell'ingiustizia che deve connotare il danno per renderne possibile la risarcibilità, e che, in una misura a un tempo più sfumata e più generale, ma sempre presente sullo sfondo del problema, assorbe e consolida l'idea che ogni trasferimento di ricchezza realizzato in seno all'ordinamento debba esibire la «giusta causa» che sorregge il compiersi del trasferimento, consentendo di valutare – in questo senso tecnico, atto a mettere nella giusta luce la *finalità* del beneficio – la giustizia, ovvero la giustificazione dell'approdo finale di quel trasferimento.

Se, in esito a questa domanda, si rivela «giusto», il beneficio non può consentire di defalcare le voci del computo dannoso che gli sono riferite nell'ambito di una valutazione condotta per verificare la consistenza di un danno dichiarato risarcibile perché, appunto, qualificato «ingiusto».

In una più ampia prospettiva, non limitata al settore della responsabilità istitutiva dell'obbligazione risarcitoria, il canone della «giustizia» del beneficio si mostra consonante col principio generale in nome del quale si esige che, nel proprio prospettarsi, ogni trasferimento di ricchezza sia assistito da una causa che giustifichi e renda in tal guisa *giusto* lo spostamento.

Uno spostamento di ricchezza giusto perché dotato di una causa autonoma che giustifica l'attribuzione patrimoniale può, quindi, essere messo a confronto con la struttura del rapporto obbligatorio cui accede l'istanza risarcitoria (rapporto che è istituito dall'illecito, oppure che si dà ancor prima che l'obbligazione inadempita venga ad assumere i contorni di un danno suscettibile di traslare in termini monetari – misurandone la consistenza – quella obbligazione nel patrimonio del debitore).

Per far sì che, al ricorrere di un beneficio giusto (perché, appunto, giustificato da una causa che non appare stingere – o non appare identificarsi – nei motivi che inducono a risarcire proprio *quel* danno, proprio rendendo responsabile *quel* tipo o quella classe di convenuti, in ragione di *quel tipo* di vicenda dannosa), il defalco di quel beneficio non debba essere sancito.

Questa esigenza di «giustizia», nel senso appena precisato, lungi dall'essere annichilita portando sugli scudi una visione puramente causale del rapporto fra danno e beneficio, trova modo di rifrangersi in negativo dal dispositivo dell'ingiustizia del danno in ambito extracontrattuale, mentre, quando il danno sia espressione di un adempimento mancato o inesatto, può recuperare il suo fondamento nella logica della buona fede che illumina il rapporto obbligatorio fino a quando, nel darsi dell'inadempimento, l'obbligazione del debitore abbia modo di trasformarsi nell'obbligo risarcitorio.

La soluzione – oltre a garantire una migliore e più esplicita ponderazione degli elementi di giudizio che, nell'apprezzare la perdita meritevole di risarcimento, presidiano la valutazione sull'opportunità di dar rilievo al beneficio del caso – permette di schivare le molte insidie sottese alla pretesa di assegnare al beneficio una rilevanza puramente causale nel computare l'estensione del danno.

La conseguenza è far sì che l'erogatore del beneficio possa recuperare dal terzo in via di surrogazione il costo sostenuto per il beneficio (intanto quando la surrogazione sia ammessa dalla legge, e comunque quando il pagamento sia avvenuto prima che il terzo danneggiante abbia soddisfatto il suo debito risarcitorio), oppure possa esercitarne la ripetizione nei confronti del beneficiario dell'emolumento (quando il pagamento avvenga dopo che il terzo danneggiante abbia soddisfatto il suo debito risarcitorio), ma solo – e qui sta il punto – quando si accerti che il beneficio non è giusto nel senso che si è anticipato.

Quando, cioè, la causa dell'attribuzione patrimoniale veicolata dal beneficio mostri di non condividere una finalità indennitaria, per rivelarsi fondata, invece, su altri schemi di giustificazione. Che possono rinvenirsi nel contratto, nel caso dell'assicurazione contro le disgrazie accidentali (come invece non accade in caso di assicurazione contro i danni alle cose), o nella solidarietà dello Stato mutualistico dettata da ragioni che vanno indagate in concreto in ragione dei multiformi contesti in cui tale solidarietà muove l'intervento collettivo, nelle variegate ipotesi degli innumerevoli benefici e provvidenze che la mano pubblica riconosce ai cittadini nel momento del bisogno e della perdita, sempre che la legge abbia ommesso di considerare esplicitamente – con una formula normativa deputata a chiarire che la corresponsione del beneficio surroga lo Stato pagatore nei diritti promuovibili dal beneficiario nei confronti del responsabile – l'ipotesi che la perdita legittimante al beneficio possa anche, all'occorrenza, assumere i tratti di un danno risarcibile.

L'esito di questa opzione ricostruttiva del problema, tutta giocata all'interno della «tecnica» civilistica, prospetta un sicuro «beneficio collaterale», di cui tener conto avendo a mente quanto detto a proposito dell'ambiguo gioco fra tecnica e politica che, in forma esplicita o implicita, accompagna ogni esercizio interpretativo.

Far sì che, ove lo si ritenga socialmente necessario, spetti alla responsabilità politica, e non alla responsabilità civile, o più specificatamente all'interpretazione delle idee e dei concetti che accompagnano il trasferimento del danno in seno alla società per il tramite di questo dispositivo giuridico, l'opportunità di prevedere in via legislativa l'attribuzione di diritti di surrogazione o rivalsa, tesi a consentire – se si rav-

vede la necessità politica di una tale scelta – all'erogatore del beneficio la possibilità di recuperare le risorse impiegate per garantire prestazioni che, altrimenti, non hanno la finalità di assorbire il danno, ma che riposano su ragioni che dall'idea giuridica di danno prescindono, per trovare fondamento ultimo in alcuni dei valori fondamentali attraverso i quali s'istituisce e si consolida l'appartenenza dei cittadini alla società nella quale essi operano³⁴.

³⁴ L'idea della responsabilità politica può evocare d'istinto molti «appelli al cielo», solitamente rivolti all'indirizzo di una «entità legislativa» eletta a ingenua via di fuga di una riflessione giuridica debole, che non ha di meglio da opporre alla sua incapacità di fare i conti fino in fondo con il problema di volta in volta indagato.

Il sintagma «responsabilità politica» si evoca quindi consapevolmente, assumendosi fino in fondo un tal rischio, per confidare che la lettura delle pagine qui introdotte possa indurre a comprendere le ragioni che hanno indotto a correrlo. Questa fase introduttiva dello studio può allora servire a chiarire perché, e con quali riferimenti intellettuali, si è evocata l'idea che possa spettare alla politica assumersi la *responsabilità* di una scelta dalla quale dipende un effetto redistributivo, che, ritratto dalla visuale di chi è alle prese col puzzle del debito pubblico, ha – in una prospettiva appunto politica – tutte le caratteristiche per rendersi indistinguibile dagli effetti di una manovra inserita in una legge di stabilità di fine d'anno.

Nel noto e illuminante saggio *Riflessioni sulla responsabilità politica. Responsabilità, libertà visione dell'uomo*, in R. ORECCHIA (a cura di), *La responsabilità politica. Diritto e tempo* (Atti del XIII Congresso nazionale della Società Italiana di Filosofia giuridica e politica. Pavia-Salice Terme, 28-31 maggio 1981), Milano, 1982, 43 ss. (su cui da ultimo S. SALARDI, *La responsabilità nel mondo moderno: eccezione o regola?*, in P. BORSELLINO, S. SALARDI, M. SAPORITI (a cura di), *L'eredità di Uberto Scarpelli*, Torino, 2014, 153) Uberto Scarpelli accettò, senza celare un misto di perplessità e ritrosia iniziale, l'insidioso e sfuggente compito di analizzare la responsabilità politica, nel quadro di una riflessione che colloca la trattazione del tema in una sistematica della responsabilità intesa quale concetto generale, dove la responsabilità politica è esplorata in seno alla più ampia categoria della responsabilità giuridica, per poi distinguere i concetti compresi in questa categoria in base alle diverse configurazioni che in essi assumono il *dovere* di comportamento e la *valutazione* del comportamento, nonché il *riferimento* (nel caso della responsabilità politica) e l'*imputazione* (nel caso della responsabilità giuridica strettamente intesa) e, infine, la *conseguenza* (termine impiegato consapevolmente, nella difficoltà di ascrivere alla responsabilità politica il significato riferito nel linguaggio comune e specialistico al termine «sanzione»).

Svolte queste puntualizzazioni, la riflessione di Scarpelli viene a collocarsi nel contesto di una rilevata e sapientemente dimostrata crisi (o trasformazione) del concetto più generale della responsabilità, occorsa nel trascorrere alla Modernità, sia con riferimento

all'idea che l'uomo responsabile è «colui che non agisce a caso, o per moto spontaneo, ma tenendo presente un quadro di doveri e di conseguenze negative della trasgressione dei doveri» (*ivi*, 51), sia con riferimento al sottoinsieme della responsabilità morale (*ivi*, 60),

nella quale i comportamenti si presentano e sono spiegati quali momenti di concatenazioni causali secondo leggi necessarie, nelle connessioni scoperte rilevate dalle scienze comportamentistiche oppure dalle connessioni nascoste rivelate dalla scienza psicoanalitica,

sia nella responsabilità giuridica e, segnatamente, in quella penale (*ivi*, 68),

dove al criterio dell'imputazione di una conseguenza, oggetto di valutazione negativa, in dipendenza di un comportamento, oggetto di valutazione negativa, riferibile a un individuo indeterminato e determinante, e pertanto genitore e padrone della propria azione, si sostituisce il criterio della difesa sociale, che richiede l'intervento sull'individuo quando e perché questo risulta socialmente pericoloso,

e infine in quella civile, ove, richiamando le presunzioni di colpa e il rischio d'impresa (*ivi*, 71),

le condizioni per parlare di responsabilità nel senso proprio da noi stabilito sono venute del tutto meno: o manipolare il concetto, od ammettere francamente il passaggio da un sistema di responsabilità ad un sistema di imputazione di danni su principi e schemi differenti.

Tutto ciò concorre a far comprendere il modo nel quale Scarpelli imposta l'analisi della responsabilità politica, ove si rende necessario distinguere fra una possibile sistemazione di questa tipologia di responsabilità in una sfera interna al diritto, in «quei significati in cui la nostra espressione designa relazioni o strutture, riconoscibili in ordinamenti positivi», ovvero in una sfera nella quale, invece, si danno «relazioni o strutture reperibili in universi di discorso e di esperienza differenti dagli ordinamenti giuridici positivi, anche se in qualche modo correlati a ordinamenti giuridici positivi» (*ivi*, 72-73).

Se, quanto alla prima di queste sistemazioni, si delinea una responsabilità politica «istituzionale», tutta interna all'organicismo istituito dal diritto pubblico, che nelle parole dell'A. spazia dalla disapprovazione, alla rimozione, al «taglio della testa» del titolare dell'organo, interessa qui particolarmente il modo in cui viene a rappresentarsi questa responsabilità (ancora detta giuridica) di fronte al dispositivo nel quale tale titolarità è oggetto di attribuzione e ri-attribuzione tramite procedimenti di nomina e di elezione.

Scarpelli chiarisce il concetto rifacendosi a James Madison, che nel *Federalist* 73, sotto lo pseudonimo di Publius, scrisse:

I add, as a SIXTH defect the want, in some important cases, of a due responsibility in the government to the people, arising from that frequency of elections

which in other cases produces this responsibility. This remark will, perhaps, appear not only new, but paradoxical. It must nevertheless be acknowledged, when explained, to be as undeniable as it is important. Responsibility, in order to be reasonable, must be limited to objects within the power of the responsible party, and in order to be effectual, must relate to operations of that power, of which a ready and proper judgment can be formed by the constituents.

L'idea della responsabilità politica nell'ambito del giuridico che, però, Scarpelli promuove – dubitando che nella dinamica della conferma elettorale possa darsi un effettivo «segno istituzionale del valore negativo attribuito alla conseguenza (...) [perché] per qualificare una mancata ri-nomina o ri-elezione come conseguenza di valore negativo occorre andare del tutto fuori dall'ordinamento giuridico» (*ivi*, 76) – è proprio quella del «taglio della testa», nella quale la responsabilità politica, in premessa, «involge una sovrapposizione del potere politico dell'organo controllante sul potere politico dell'organo controllato» (*ivi*, 78).

Una prima esigenza fondante, perché in tale dinamica possa darsi una responsabilità politica in senso moderno, è individuata da Scarpelli nella *libertà politica*, che si dà solo garantendo piena effettività alla separazione dei poteri predicata da Montesquieu (*ivi*, 82-83):

per riconciliarsi veramente con la responsabilità politica dell'esecutivo di fronte al corpo legislativo, e con l'estrazione di ministri dallo stesso corpo legislativo, il pensiero liberale avrà bisogno di recuperare la sicurezza, in cui consiste la libertà, attraverso l'identificazione di un potere garante del gioco, dei limiti e degli equilibri dei distinti poteri.

La seconda, non meno fondamentale, esigenza è data dalla *competenza*, richiamata evocando la Commissione di legislazione idealizzata da Stuart Mill, ove, nel farsi della legge, il momento dell'intelligenza è separato dal momento della volontà: posta l'incapacità di governo dell'assemblea rappresentativa, «suo dovere non è già svolgere in proprio il lavoro della legislazione e dell'amministrazione, bensì ottenere che il lavoro venga fatto, stabilendo a chi od a qual tipo di persone debba essere affidato e poi concedendo o rifiutando la sanzione nazionale» (*ivi*, 84).

La filosofia giuridica liberale di Scarpelli, costretta, dall'oggetto della sua riflessione, a farsi necessariamente filosofia politica, perviene, dunque, a fondare l'esercizio della responsabilità politica su quattro pilastri:

il potere dal popolo, formato di individui legati dal contratto sociale; il pensiero alla libertà come sicurezza; la cura per la competenza e l'efficienza nelle attività di governo, non disgiunte da un severo controllo popolare per il tramite dell'assemblea rappresentativa.

L'epilogo della riflessione del filosofo vicentino è cupamente segnato dalla necessità di verificare la sistematica smentita di tali presupposti nell'Italia affacciata – al tempo in cui Egli scriveva – sui pur gioiosi e spensierati anni Ottanta. E qui il pensiero dell'allievo di Bobbio deve essere affrancato da ogni tentativo di sintesi, per essere con-

In tempi segnati dalla consapevolezza che lo stato dell'economia, in Italia come in molti paesi del mondo occidentale, tende a ridurre strutturalmente la disponibilità di risorse impiegabili per venire incontro alle prestazioni dello Stato sociale, l'effetto finale di questo modo di vedere il problema, almeno per l'interprete incline a non disinteressarsi al verso nel quale i dispositivi giuridici finiscono per distribuire i costi determinati dalla distruzione di risorse nella società, si darebbe nella scelta, esplicitamente rimessa alla *responsabilità della politica*³⁵, di stabilire se il costo della crisi (o, per essere più precisi: se l'effetto di una strutturale riduzione della disponibilità di risorse) debba, all'occorrenza, essere sopportato da quanti, per effetto di una condotta illecita, rispondono della distruzione di risorse o se, invece, tali effetti debbano essere assorbiti da quanti la distruzione la subiscono.

densato nel suo valore a un tempo profetico e attuale in due segmenti, che meritano piena e integrale riproposizione (*ivi*, 85 e 95).

Non c'è bisogno di guardare lontano nel mondo contemporaneo per renderci conto della crisi profonda che attraversa nel nostro tempo la responsabilità anche nella specie della responsabilità politica, di cui abbiamo inteso la giustificazione: una crisi che in Italia sembra ormai giunta alla fase della liquidazione fallimentare, affidata a mediocri e non responsabili curatori del fallimento. Parlando di crisi della responsabilità politica mi riferisco primariamente alla disfunzione delle strutture che, figurando tuttavia nell'ordinamento giuridico, più non assolvono le funzioni per cui sono disegnate: il crollo viene dopo, quando le termiti della sfiducia e del disincanto hanno ben bene corroso le travature di sostegno delle istituzioni libere e democratiche.

Il nostro modello serve (...) a ricordarci che sullo sfondo di questa problematica sta il problema filosofico fondamentale della visione dell'uomo. Se la responsabilità politica è in crisi, non possiamo illuderci che si tratti di una crisi specifica, risolubile con rimedi specifici, per esempio di ingegneria costituzionale. A me, almeno, è parso di vedere, ed ho cercato di mostrare, (...) come, infine, la crisi generale della responsabilità abbia radice nella crisi di una visione dell'uomo: l'uomo contrassegnato, nell'ordine necessario della natura, dal segno eccezionale della libertà.

³⁵ Anche convenendo con N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, che il Parlamento sia «ormai soltanto il luogo di una rappresentazione in cui copioni sono scritti altrove» (*ivi*, 289) e che il Parlamento abbia perso il suo ruolo centrale «come sede di un procedimento razionale di persuasione» (*ivi*, 290), l'assunzione formale della responsabilità politica (nel senso esplorato da Scarpelli) continua a restare un dato necessario per accompagnare il compimento di scelte allocative cruciali per la collettività, quali sono quelle che vengono implicate dal tema oggetto di questa ricerca.

Si tratta di una scelta gravida d'implicazioni, per chi rifletta sulla circostanza che solo nel primo degli scenari implicati in questa scelta si dà la possibilità di rendere partecipe di un'inedita funzione sociale un meccanismo privatistico ormai ubiquo come l'assicurazione contro la responsabilità civile.

Utilizzare uno strumentario capace di leggere e valorizzare le scelte giuridiche poste alla base della corresponsione del beneficio, per sancire la non defalcabilità di quest'ultimo quando queste scelte superino il vaglio di una valutazione giuridica non appiattita sotto le vaghe e inappaganti insegne della pura causalità, avrebbe un effetto virtuoso. Perché impedirebbe al responsabile del danno di giovare subito del beneficio, per delegare il riequilibrio della situazione al contestuale avvio di un incerto meccanismo pan-surrogatorio, foriero di incalcolabili costi di transazione.

Restando là dove è attribuito, salvo che la politica non abbia cura di stabilire (come pure in certe occasioni ha mostrato di saper fare) che il beneficio è espressamente attribuito in una logica surrogatoria, il danno – nella sua integralità – sarebbe in grado di tornare nel circolo redistributivo attraverso la mediazione dell'assicurazione della responsabilità civile.

In tal modo questo strumento negoziale, che oggi è sempre più spesso reso obbligatorio, potrebbe continuare a far operare a fini redistributivi i collaudati schemi attraverso i quali esso declina le virtù della «legge dei grandi numeri», senza implicare un aumento dei costi terziari degli incidenti e, soprattutto, senza implicare scelte allocative implicite nell'operare tale distribuzione.

Si potrebbero così continuare a diffondere (nel senso di una distribuzione davvero capillare) in una società scambievolmente composta da «responsabili» e «danneggiati», i costi aggregati sottesi all'esigenza di non privare la «persona» dell'opportunità di fruire di risorse attraverso le quali fronteggiare quanto segue al momento in cui l'inflizione di una perdita può scompaginare assetti di vita, con effetti che possono portarsi ben oltre i confini segnati dalla contabilità causale della teoria differenziale, in circostanze nelle quali – naturalmente – appaia *giusto*, nel senso tecnico già precisato, revocare validità a questi confini ideali.

In un periodo storico nel quale lo stato dell'economia moltiplica a dismisura difficoltà e bisogni reali (senza poter confidare troppo che ci si stia intrattenendo solo un po' più del dovuto sull'inevitabile curva negativa di un ciclo economico), questo esito non sarebbe un risultato da poco.

Sono molto grato a quattro maestri con cui ho avuto il piacere e il privilegio di dialogare a più riprese nel corso della stesura di questo libro: Mario Barcellona, Roberto Pardolesi, Cesare Salvi e Pietro Trimarchi.

E dedico questo libro a Guido d'Ambrosio. L'Amico che mi manca sempre, con cui di queste idee e di tantissime altre cose avrei voluto continuare a discutere.

Trento-Bari, 14 Maggio 2018

CAPITOLO PRIMO

WELFARE DEL DANNEGGIATO E COORDINAMENTO FRA DANNO E BENEFICI: IL PUNTO DI PARTENZA DELL'INDAGINE

SOMMARIO: 1. *Alle origini di un possibile revirement dagli effetti sistemici.* 2. *Il «frutto avvelenato» del diritto europeo: il rapporto fra responsabilità civile e sistemi di welfare nazionali nel coordinamento instaurato fra gli stati membri.* 3. *La «rifondazione» della compensatio lucri cum damno, fra tecnica e politica (rinvio al quinto capitolo).*

1. Alle origini di un possibile revirement dagli effetti sistemici

Uno spettro si aggira per i ruoli della nostra giurisprudenza di legittimità. Ad averlo evocato, come si vedrà nel corso del segmento iniziale di questa ricerca, è l'insorgere, in tempi recenti, di un contrasto di vedute sull'interpretazione del principio della *clcd*, che, pur avendo avuto occasione di giungere alla cognizione diretta del massimo consesso della giurisprudenza di legittimità, è restato sospeso nel limbo di un problema processuale, che ha indotto i nove giudici del collegio a rinviare la soluzione del problema¹.

Lo spettro – aleggiante in un contrasto che non ha mancato di essere riproposto nel giro di un anno da ben quattro ordinanze di rimessione alle S.U. depositate nel giugno 2017 dalla III sezione della Cassazione, di poco anticipate da un'ordinanza della IV Sezione del Consiglio di Stato che della medesima questione ha investito l'adunanza plenaria del supremo organo della giurisdizione amministrativa² – sta nella consa-

¹ Di tale sentenza daremo conto nel secondo paragrafo di questo capitolo, non prima di aver dato conto della complessa vicenda che l'ha propiziata.

² Si vedano le ordinanze citate *supra*, nella Introduzione del volume. Delle tesi proposte unitariamente dalle quattro ordinanze della Terza sezione della Cassazione civile, e sostanzialmente riprese, pur se con un diverso percorso motivazionale nell'ordinanza

pevolezza che fugare il fantasma non implicherà solo definire un problema assai rilevante nella prassi forense ed assicurativa che accompagna il dispiegarsi degli effetti della responsabilità civile nel nostro paese.

In una prospettiva più ampia e di sistema, infatti, la composizione del conflitto è destinata a fissare un punto fermo nelle geometrie su cui si gioca il rapporto attraverso il quale il nostro ordinamento definisce il coordinamento tra i trasferimenti di ricchezza attuati secondo le logiche che appartengono a questo dispositivo giuridico e una gamma assai ampia ed eterogenea di trasferimenti di ricchezza operati per il tramite di altri dispositivi giuridici, che non condividono le logiche che innervano la responsabilità civile.

Questi dispositivi, come si avrà modo di verificare nel corso dello studio, possono avere natura pubblica o privata, trovano fondamento nella legge o nel contratto, e si esprimono in sistemi di regole che nella loro articolazione tecnica sembrano impossibili da ricondurre a una radice comune, che non sia quella di condividere in senso lato la finalità di reagire a un bisogno che, per effetto di una perdita, si rende giuridicamente rilevante.

Tuttavia, nel loro insieme, essi contribuiscono a definire il livello di welfare, pubblico e privato, di cui i consociati possono godere quando

del Consiglio di Stato, poi ulteriormente elaborato nella decisione dell'Adunanza Plenaria che ha dato risposta al dubbio sollecitato, daremo conto nel corso dell'analisi, posto che ciascuna di queste ordinanze, pur riproponendo un fraseggio unitario in larga parte coincidente, affronta il tema della *clcd* da un angolo visuale diverso, essendo in ciascuna ordinanza evocata una fattispecie specifica che dà luogo al problema. Pertanto di Cass. civ., ord. 22 giugno 2017, n. 15534 (ove il beneficio è identificato dall'indennizzo discendente da un'assicurazione contro i danni cui si applica il principio indennitario), Cass. civ., ord. 22 giugno 2017, n. 15536 (ove il beneficio assomma a una pensione di reversibilità), Cass. civ., ord. 22 giugno 2017, n. 15537 (ove il beneficio è un'indennità di accompagnamento erogata dall'Inps) e Consiglio di Stato, ord. 6 giugno 2017, n. 2719, che da ultimo ha trovato una risposta nel segno della defalcabilità in Consiglio di Stato, Ad. Plen., 23 febbraio 2018, n. 1 (ove il beneficio s'identifica nell'equo indennizzo per causa di servizio erogato al pubblico dipendente) parleremo nei segmenti della trattazione ove i problemi posti dalla detraibilità di ciascuno di tali benefici vengono approfonditi in modo sistematico.

un evento avverso determina la distruzione di risorse su cui essi potevano contare prima che l'evento si realizzasse.

Attivando, in ciascun caso, flussi di ricchezza che finiscono per pervenire – per ragioni che sul piano giuridico possono apparire irrelate ed eterogenee, essendo suscettibili di trovare un fattore comune solo per la circostanza di *non* condividere una giustificazione ispirata agli schemi della responsabilità civile – a quanti sopportano una situazione negativa che, nel suo fattuale prospettarsi, rende giuridicamente rilevante la pretesa a riceverli nelle logiche accolte dai diversi dispositivi volta per volta in gioco.

La domanda di fondo che occorre porsi è, allora, riformulabile in altri termini, col chiedersi se e quando le giustificazioni che reggono in questi casi la reazione alla situazione negativa, alla perdita secca non (ancora) vestita giuridicamente da altro che dal contingente bisogno, debbano rendersi partecipi del diverso ordine di giustificazioni che movimentano la traslazione di risorse sorvegliata dalla responsabilità civile, quando questo dispositivo giuridico perviene a definire risarcibile una perdita, che così assurge a un danno perimetrato dai consueti canoni dell'art. 1223 c.c. (e dell'art. 2059 c.c., in un significato che, però, questa norma oggi impone di rinvenire altrove, seguendo le più recenti geometrie che assistono il riconoscimento del danno non connotato dal crisma della patrimonialità)³.

Le Sezioni unite nel 2015 sono state investite – con un esito interlocutorio che, come detto, ha lasciato solo temporaneamente sospesa la questione fino a quando la questione è stata riproposta al supremo consesso di legittimità dalla quaterna di ordinanze della terza sezione del giugno 2017 – del contrasto venutosi a determinare nella recente giurisprudenza della corte di legittimità in merito all'interpretazione del principio della c.d. *compensatio lucri cum damno* nell'ambito del risarcimento conseguente a responsabilità civile, in relazione ad una vicenda nella quale viene in gioco la possibilità di limitare il danno dei congiunti della vittima primaria di un fatto illecito, per tener conto di quanto a questi ultimi abbia erogato l'assicuratore sociale o l'ente previdenziale,

³ Fin d'ora, per la profondità dell'indagine effettuata, si segnala l'itinerario di ricerca percorso, andando al cuore di questo tema cruciale del diritto privato, da D. LA ROCCA, *Diritti e denaro. Il valore della patrimonialità*, Milano, 2006.

il quale, nei limiti di quanto erogato, dovrebbe così essere ammesso a esercitare l'azione di surrogazione nei confronti del responsabile del danno⁴.

Tre anni dopo, lo spettro della *clcd* torna a riunire il massimo consenso, che questa volta è stato preceduto dalla risposta che al medesimo problema ha dato l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato⁵.

La soluzione del contrasto impatta uno schema risarcitorio suscettibile di manifestarsi ogni anno serialmente nelle aule dei tribunali italiani, con numeri verosimilmente connotati da almeno tre zeri, oltre a riguardare un profilo di diritto di cui sono immediatamente percepibili gli effetti sistemici.

Quel che può esser qui rilevato, nell'impossibilità di monitorare gli effetti che il contrasto sta concretamente determinando sul contenzioso pendente sui ruoli delle cancellerie dei giudici di merito della Penisola, è che la stessa Corte di legittimità si è sentita autorizzata a fermare le macchine, nell'attesa (rimasta in seguito tradita) di ricevere indicazioni dalla pronuncia richiesta alle Sezioni Unite con l'ordinanza del marzo 2015⁶.

⁴ Cass. civ., 4 marzo 2015, n. 4447 (ord.), in *Foro it.*, 2015, I, 1204, con annotazione di R. PARDOLESI, anche annotata da C. CERRI, *Applicabilità della compensatio lucri cum damno: l'ultima parola spetta alle Sezioni Unite*, in *Danno e resp.*, 2015, 1023-1028; G. GRASSELLI, *La portata del principio della compensatio lucri cum damno al vaglio delle Sezioni Unite*, *ivi*, 1167-1170; C. PALMENTOLA, *La cumulabilità fra risarcimento e trattamento previdenziale: il contrasto va alle sez. un.*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, 846. Per una scelta espositiva si avrà modo di illustrare i termini del contrasto individuato da questa ordinanza nel paragrafo seguente.

⁵ Ci si riferisce sempre alle ordinanze citate *supra*, alla nota 34, cui *adde* Cons. Stato, Ad. Plen., 23 febbraio 2018, n. 1, cit.

⁶ Così, infatti, lo stop cautelativamente autoimposti – *en attendant (en vain)* le S.U. – da Cass. civ., 11 settembre 2015, n. 18006 (ord.), in *www.leggiditalia.it*, ove la terza sezione era alle prese con la necessità di decidere se vada detratto dall'importo spettante al danneggiato il valore della rendita vitalizia che l'INAIL aveva preso a corrispondergli, avendo qualificato l'incidente stradale occorsogli come infortunio sul lavoro in itinere; ovvero in termini più precisi, se dall'ammontare del risarcimento del danno patrimoniale conseguente a fatto illecito, debbano escludersi le prestazioni erogate dall'assicuratore sociale o dall'ente previdenziale, con particolare riferimento al problema del danno differenziale, e segnatamente con riferimento al se possa condannarsi un lavoratore danneggiato, che abbia ricevuto in forma di rendita dall'INAIL l'in-

Considerata la vastissima latitudine applicativa del problema, a essere messo in forse è un assai cospicuo spostamento cumulativo di ricchezza che, da quando lo Stato sociale ha mosso i primi passi nella Penisola⁷, si realizza tacitamente nella società italiana per il tramite di due istituti giuridici la cui operatività è rimasta fermamente distinta (almeno fino a tempi assai recenti).

Da un lato la responsabilità civile, che, per esempio, dopo il decesso della vittima primaria di un illecito garantisce il risarcimento del danno patrimoniale sofferto da quanti perdono il sostentamento economico assicurato loro in vita dal congiunto che non è più, in uno con le altre conseguenze, patrimoniali e non, patite per la perdita del proprio caro.

Dall'altro la legislazione in materia sicurezza sociale, ovvero in tema di assicurazioni sociali e trattamenti previdenziali⁸, nel cui vastissi-

dennizzo di cui al d.P.R. n. 1124/1965, a restituire all'assicuratore del danneggiante le somme da quest'ultimo ricevute da detto assicuratore nella misura corrispondente all'importo dell'indennizzo erogatogli dall'INAIL, superando il rilievo, mosso dal danneggiato condannato a tale restituzione, che l'art. 10 di quel d.P.R., dettato a tutela degli infortuni sul lavoro, operi solo nei rapporti tra datore di lavoro e lavoratore danneggiato, mentre nella specie la corte territoriale aveva già decurtato da quanto dovuto dal terzo estraneo responsabile del sinistro al danneggiato l'importo da questi percepito dall'INAIL, senza peraltro che in giudizio fosse stata fornita la prova dell'effettivo esercizio del regresso da parte dell'INAIL nei confronti del terzo responsabile.

⁷ Per una ricostruzione dell'evoluzione dell'assistenza sociale dall'Italia postunitaria fino alle riforme del primo decennio del millennio, I. MADAMA, *Le politiche di assistenza sociale*, Bologna, 2010, 61-131.

⁸ Che in passato si è proposto di accorpare, con l'impiego dell'espressione «legislazione sociale», L.R. LEVI SANDRI, *Istituzioni di legislazione sociale*, Milano, 1966; G. ROBERTI, *Legislazione sociale. Teoria generale*, Padova, 1978. Il ricorrente, ambivalente impiego in letteratura delle espressioni «previdenza sociale», «assistenza sociale» e «sicurezza sociale» suggerisce di prestare attenzione al senso di una prima distinzione di carattere assai generale su cui converrà tornare a tempo debito. In prima approssimazione, infatti, e con la consapevolezza di lambire un terreno nel quale un tratto di penna del legislatore può sconvolgere assetti consolidati, per previdenza sociale può intendersi un'azione volta a tutelare i lavoratori, contemplante, su base mutualistico-assicurativa, una qualche forma di partecipazione da parte di questi ultimi al finanziamento dei benefici che riceveranno; per assistenza sociale un'azione che lo Stato finanzia con la fiscalità generale e che trova causa nello stato di bisogno degli assistiti; per sicurezza sociale una nozione più ampia e comprensiva delle prime due, nella quale si colloca una gamma disparata di interventi, attuati erogando un servizio pubblico, attraverso i quali lo

mo ambito è stata istituita, attraverso un percorso normativo stratificatosi nel tempo, anche la c.d. pensione di reversibilità⁹, che assicura un trattamento economico a specifiche categorie di congiunti alla morte del titolare di una posizione previdenziale, anche quando l'*exitus* vada ascritto a un evento di cui qualcuno sia chiamato a rispondere civilmente.

Stato risponde ai bisogni della collettività, conferendo ai destinatari di tali misure un diritto al beneficio in questione.

Su questo tema la letteratura è vastissima e stratificata nel tempo: per ora, in luogo di molti altri, alcuni contributi fondamentali come M. CINELLI, voce *Sicurezza sociale*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1990, 499; P. RESCIGNO, *Libertà dal bisogno ed esperienze del diritto*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 1988, I, 7, ora in ID., *Persona e comunità. Saggi di diritto privato, III (1988-1999)*, Padova, 1999, 515; G.G. BALANDI, *Per una definizione del diritto della sicurezza sociale*, in *Politica del diritto*, 1984, 555; E. CATALDI, *Della insicurezza terminologica e concettuale di «sicurezza sociale»*, in *Riv. dir. lav.*, 1965, I, 27; M. PERSIANI, *Il sistema giuridico della previdenza sociale*, Padova, 1960; F. SANTORO PASSARELLI, *Rischio e bisogno nella previdenza sociale*, Milano, 1948, e poi in ID., *Saggi di diritto civile*, II, Napoli, 1961, 1151.

La prospettiva costituzionale, messa a fuoco dall'art. 38 Cost., induce a fermare l'attenzione sul compito assunto dallo Stato di realizzare la libertà dal bisogno di tutti i cittadini, compito cui la sicurezza sociale riconduce le sue varie manifestazioni, per tutti, M. PERSIANI, *Considerazioni sulle motivazioni ideologiche dell'assistenza e della previdenza sociale e sulla loro evoluzione dovuta all'idea della sicurezza sociale*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 1973, 419; ID., Sub art. 38, in AA.VV., *Art. 35-40. Rapporti economici*, Tomo I, *Commentario della Costituzione Scialoja-Branca*, Bologna, 1979, 232.

Idealmente contrapposta a questa impostazione l'intrigante visione di chi aveva sostenuto una concezione unitaria dell'assistenza e della previdenza di cui all'art. 38 Cost., muovendo, però, dal presupposto che fosse la potenziale qualità di lavoratori, idealmente propria di tutti i cittadini in base all'art. 4 Cost., a spiegare l'ambito di operatività assegnabile all'art. 38 Cost., in quanto «l'assistenza spetta non perché si lavora, ma all'opposto perché non si riesce a prestare lavoro per ragioni indipendenti dalla propria volontà», così G. GUARINO, *Brevi osservazioni in tema di Costituzione e previdenza sociale (art. 38, 3, 117 Cost.)*, in *Riv. it. prev. soc.*, 1955, 691, 695.

⁹ Previsto dall'art. 13, r.d.l. 14 aprile 1939, n. 636, recante «Modificazioni delle disposizioni sulle assicurazioni obbligatorie per l'invalidità e la vecchiaia, per la tubercolosi e per la disoccupazione involontaria, e sostituzione dell'assicurazione per la maternità con l'assicurazione obbligatoria per la nuzialità e la natalità». Per un affresco storico a tutto tondo di un'epoca storicamente fondativa per le assicurazioni sociali in Italia, nel quale sono storicamente contestualizzati i prodotti normativi del periodo, C. GIORGI, *La previdenza del regime. Storia dell'Inps durante il fascismo*, Bologna, 2004.

Ma gli spostamenti di ricchezza che pervengono a quanti possono avere motivo di essere attori in responsabilità civile non si esauriscono nella pensione di reversibilità. Nel III e nel IV capitolo di questo studio li analizzeremo partitamente nella loro caleidoscopica ubiquità ordinamentale.

Lo strumento che – tecnicamente – ha impedito che alle nostre latitudini si accogliesse una considerazione coordinata degli effetti patrimoniali prodotti, in conseguenza del medesimo evento mortale, da questi diversi meccanismi giuridici, è un dispositivo argomentativo che almeno quattro generazioni di civilisti italiani (se si è ancora stipulativamente d'accordo nel ritenere che le generazioni si succedano ogni quarto di secolo) hanno imparato a maneggiare, evocando – in un rapporto nel quale il fascino dell'ambiguità convive con le visioni sistematiche e le difficoltà interpretative di chi cerca di definirlo – lo strumentario concettuale associato a un latinismo di ritorno¹⁰.

Piaccia, o non, è in nome della *compensatio lucri cum damno* (nel prosiegua, come già nell'introduzione: *clcd*) che nel nostro ordinamento sono state distillate soluzioni miranti a far sì che l'esito liquidatorio di una vicenda risarcitoria si mostri sensibile all'esigenza di rispecchiare un equilibrio compensativo fra le poste patrimoniali negative determinate da un evento ascrivibile a responsabilità civile e le poste positive eventualmente entrate nel patrimonio del danneggiato in dipendenza di quel medesimo evento.

Nell'arco di un dibattito dottrinario che in Italia si protrae da poco più di un secolo, alcuni hanno elevato il latinismo a principio generale del diritto civile¹¹. Altri l'hanno negato, degradando la formula a mero

¹⁰ Il punto sarà estensivamente affrontato nel secondo capitolo.

¹¹ P. COGLIOLO, voce *Danno*, in *Digesto*, IX, Torino, 1926, 23, spec. 26; e, più di recente, lasciando trasparire la considerazione riservata al principio fin dal titolo assegnato al proprio studio, M. FERRARI, *La compensatio lucri cum damno come strumento di equa riparazione del danno*, Milano, 2008, 149, che più di recente ribadisce la volontà di rilanciare l'operatività dell'utile principio in EAD., *La compensatio lucri cum damno: è il confine mobile del risarcimento del danno?*, in B. INZITARI (a cura di), *Valutazione del danno e strumenti risarcitori*, Torino, 2016, 995 e ss. Discorre di «un principio di antica origine, spesso richiamato da dottrina e giurisprudenza, anche se nessuna norma del codice civile espressamente lo prevede», G. FACCI, *Il risarcimento*

artificio retorico¹². A molti l'espressione latina è parsa una formula evocante una domanda mal posta, che in realtà designa un aspetto costitutivo della moderna nozione di danno, e che fatalmente trova sistemazione nell'ambito dell'interpretazione che di quest'ultima ci s'ingegna di offrire¹³.

del danno extracontrattuale, in M. FRANZONI (a cura di), *Le obbligazioni da fatto illecito*, Torino, 2004, 485, 499.

¹² In particolare, fin d'ora, C. LAZZARA, *Il problema dei vantaggi connessi con il fatto illecito. La c.d. compensatio lucri cum damno*, in AA.VV., *Studi in onore di Gaetano Zingali*, III, Milano, 1965, 413; seguito da G. GALLIZIOLI, *Note critiche in tema di compensatio lucri cum damno*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, II, 332, spec. 346; cui adde, più di recente, V. COLONNA, *Vajont: ultimo atto*, commento a Cass. civ., 19 giugno 1996, n. 5650, in *Danno resp.*, 1996, 698, spec. 710.

¹³ Di recente presenta il tema, declassando esplicitamente la *clcd* da principio generale a istituto di creazione giurisprudenziale, la cui logica appare subordinata al superiore principio dell'integrale riparazione del danno desumibile dall'art. 1223 c.c., G. VISINTINI, *Cos'è la responsabilità civile. Fondamenti della disciplina dei fatti illeciti e dell'inadempimento contrattuale*², Napoli, 2014, 285. E già G. VISINTINI, L. CABELLA PISU, *Inadempimento delle obbligazioni*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato dir. priv.*, IX, Torino, 1999, 207, 263, «l'art. 1223 viene usato impropriamente come se traducesse regole (...) per accreditare, in mancanza di espressa previsione legislativa, l'istituto c.d. della *compensatio lucri cum damno*». Più equilibrato il giudizio di C. SALVI, *La responsabilità civile*², Milano, 2005, 251, per il quale la regola «ha una sua pratica utilità, se rettamente intesa come derivazione del principio generale della riparazione integrale come compensazione economica delle perdite subite dal danneggiato». Nello stesso senso, sostanzialmente, S. PATTI, *Danno patrimoniale*, in F. BUSNELLI, S. PATTI, *Danno e responsabilità civile*³, Torino, 3, spec. 35 ss. Omette riferimenti alla formula latina, preferendo parlare di compensazione del lucro con il danno, «principio riconosciuto in giurisprudenza come regola vigente in tema di risarcimento», C.M. BIANCA, *Diritto civile*², V, *La responsabilità*, Milano, 2012, 167, che in passato non aveva mancato di sottolineare come per comprendere adeguatamente l'operare del principio si rivelasse centrale indagare «l'elemento causale-giustificativo dell'attribuzione patrimoniale» recata dal beneficio invocato in sottrazione dal danno, ID., *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario al codice civile Scialoja-Branca*, sub art. 1223, Bologna-Roma, 1967, 266 e s. Nello stesso senso, G. GIUSTI, voce *Compensatio lucri cum damno*, in *Digesto civ.*, agg. 2011, Torino, 190, che pure offre una felice sintesi aggiornata delle vicende che sotto l'etichetta della *clcd* sono state affrontate nel diritto italiano.

Perviene a ritenere la *clcd* un principio ormai privo di potenzialità operative, M. FRANZONI, *Il danno al patrimonio*, Milano, 1996, 159; sulla cui conclusione sem-

brano convergere anche A. PINORI, E. CORRADI, *Il principio della riparazione integrale dei danni*, in G. VISINTINI (a cura di), *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, Milano, 1999, 41, 65. Aderisce a queste perplessità G. SMORTO, *Il danno da inadempimento*, Padova, 2005, 98. Affermando che il principio «si giustifica in forza delle stesse regole che orientano la causalità giuridica», ne riferisce la *ratio* all'esigenza della riparazione integrale del danno, non senza rilevare la difficoltà di individuare fattispecie nelle quali il principio sia stato retamente invocato, D. POLETTI, *Le regole di (de)limitazione del danno risarcibile*, in N. LIPARI, P. RESCIGNO (diretto da), *La responsabilità e il danno*, vol. IV/III, *Diritto civile*, Milano, 2009, 335. E da ultimo anche M. FRANZONI, *Compensatio lucri cum damno*, in *Danno e resp.*, 2017, 6, spec. 7, intravede nella causalità giuridica la chiave di volta per comprendere il principio:

il fondamento della *compensatio lucri cum damno* va ravvisato nell'art. 1223 c.c., secondo il quale il risarcimento deve comprendere sia la perdita subita, sia il mancato guadagno, nulla di più. In altri termini costituisce una semplificazione della tecnica della causalità giuridica.

Riferendosi all'operatività della regola nell'ambito contrattuale, ne spiega la ragione d'essere con la necessità di allineare il danno alla somma algebrica delle poste negative e positive che modificano il patrimonio del creditore dell'obbligazione contrattuale inadempita, P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010, 188, per poi indicare quale condizione legittimante la *clcd* la circostanza «che il lucro trovi nell'inadempimento una condizione necessaria e non costituisca il risultato di decisioni economiche che il creditore avrebbe potuto assumere ugualmente, o la contropartita di prestazioni o meriti del creditore, o di rischi da lui assunti». Riproponendo tale impostazione, lo stesso Autore ritiene inoltre necessario «che il lucro non sia la contropartita di una prestazione del danneggiato» (ID., *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Milano, 2017, 604).

Preferisce parlare di una *doctrine* per la soluzione del problema della *clcd* limitata alla tutela extracontrattuale, identificando i (soli) casi nei quali questa dottrina sarebbe retamente adoperata, e cioè quando

di fronte alla distruzione di una risorsa della vittima, colui che l'ha causata, se ricorrono gli estremi della protezione extracontrattuale, deve internalizzare i costi della sua azione. [Perché] [e]gli non può dedurre da tali costi quanto deriva alla vittima da decisioni allocative che egli stesso le ha imposte [*sic*], proprio perché esse non possono rappresentare una utilità per la vittima in termini di realizzazione delle sue preferenze

P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, 3, *Trattato di diritto civile* (diretto da R. SACCO), Torino, 1998, 351 (note omesse), e già nello stesso senso, ID., *Gli usi e la ratio della compensatio lucri cum damno: è possibile trovare un senso?*, in *Quadrimestre*, 1990, 377, 392, e ora, in termini invariati, P.G. MONATERI, D. GIANTI, L. SILIQUINI CINELLI, *Danno e risarcimento*, Torino, 2013, 261.

Vi è dunque un'assai intrigante dimensione tecnica del problema che questo studio intende affrontare, che si associa al tema della *clcd*, il quale a sua volta è condizionato, fin dalla nascita, da dinamiche interpretative che hanno radici storico-comparatistiche ben precise.

A ridosso di questa dimensione che appare tutta tecnica (e anzi: tecnica *par excellence*, essendo in questo caso, in assenza di precisi ancoraggi normativi, delimitata solo dai confini propri della capacità di persuasione logico-sistematica dell'interprete)¹⁴, la vicenda sul cui sfondo si colloca questa riflessione non tarda però a svelare la sua dimensione politica, che, rimbalzando da un problema che il diritto europeo chiede di risolvere, finisce per riguardare, in ultima analisi, la tensione fra le idee neoliberiste portate in esponente dal diritto privato europeo e gli assetti interpretativi che il diritto privato italiano nel dopoguerra ha ri-

Al termine di un pregevole approfondimento monografico del tema esplorato in questa ricerca, la recente analisi di E. BELLISARIO, *Il problema della compensatio lucri cum damno*, Milano, 2018 – sposando una prospettiva che ritiene «ideologica» l'opportunità di interrogarsi sul se la definizione del tema sottostante l'applicazione della *clcd* debba competere alle corti o al legislatore (salvo di lì a poco rivendicare apertamente la maggiore competenza e professionalità delle prime), mentre assume che la giusta postura interpretativa nella soluzione del problema sia quella di combinare l'idea «tecnica» che alla r.c. spetti esclusivamente di risarcire, con una sensibilità «teleologico-funzionale» che orienti verso il bilanciamento degli interessi coinvolti (*ivi*, 122-124) –, dopo aver verificato come le formule causali non bastino a fornire all'interprete una bussola per decifrare quando la percezione di un beneficio permetta di defalcare in misura corrispondente il risarcibile, avverte condivisibilmente la necessità di individuare, oltre al nesso causale, «un criterio ulteriore al fine di selezionare i vantaggi rilevanti da quelli che tali non sono» (*ivi*, 143), identificandolo nella necessità di dare, volta per volta nelle diverse fattispecie in cui il problema ha modo di porsi, una corretta lettura della causa giuridica del beneficio, da intendersi come «scopo, funzione, giustificazione sostanziale (e non meramente formale) dello stesso», al fine di escludere l'applicazione dell'art. 1223 c.c. al beneficio, quando quest'ultimo, così interpellato, mostri di non possedere una funzione risarcitoria (*ivi*, 146-147).

¹⁴ A proposito della perdurante fortuna del «principio» in discorso non s'era mancato di osservare, avviando il percorso di studio che in questo volume giunge a compimento, che, in mancanza di definizioni fatte proprie dal legislatore, «la *compensatio* arride all'interprete, perché gli concede ampi margini di manovra argomentativa per formulare ipotesi ricostruttive», U. IZZO, *La compensatio lucri cum damno come latinità di ritorno*, in *Resp. civ. prev.*, 2012, 1738, spec. 1745.

cevuto e consolidato sulla spinta dei valori sociali e degli assetti solidaristici promossi dalla Costituzione repubblicana¹⁵.

Il tema s'iscrive a pieno titolo nella riflessione sulla funzione sociale del diritto privato¹⁶.

¹⁵ Fin d'ora da tenere presenti in questa prospettiva i temi di fondo con cui di recente ha chiamato a fare i conti C. SALVI, *Capitalismo e diritto civile, Itinerari giuridici dal Code civil ai Trattati europei*, Bologna, 2015, *passim* e spec. 157 ss. Osserva in proposito l'A. (*ivi*, 195-96):

[L]'introduzione nella Carta fondamentale del principio del pareggio di bilancio e dei vincoli imposti dalla normativa europea potrebbe formalizzare un nuovo parametro di valutazione del rapporto fra tutela dei diritti sociali e costi pubblici: intanto i diritti possono essere garantiti, in quanto il costo non alteri «l'equilibrio fra le entrate e le spese» del bilancio dello Stato.

Per una ricostruzione del tema su cui s'innesta l'innovazione in discorso, C. COLAPIETRO, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, Padova, 1996. Più di recente, esamina la «giustiziabilità» costituzionale degli interventi legislativi in materia finanziaria alla luce del principio di pareggio di bilancio A. RAUTI, *Il welfare «oltre» la spesa pubblica*, in B. CARUSO, G. FONTANA (a cura di), *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea*, cit., 271, spec. 281 ss. Ma in proposito, in un sussulto volto a ridefinire in senso politico il delicato rapporto costituzionale fra diritto ed economia, nel dar credito alla categoria della «incomprimibilità» (da esplorare anche alla luce della più nota attitudine dei diritti a esser definiti inviolabili), la recente Corte cost. 19 dicembre 2016, n. 275, per la quale:

[N]on può nemmeno essere condiviso l'argomento secondo cui, ove la disposizione impugnata non contenesse il limite delle somme iscritte in bilancio, la norma violerebbe l'art. 81 Cost. per carenza di copertura finanziaria. A parte il fatto che, una volta normativamente identificato, il nucleo invalicabile di garanzie minime per rendere effettivo il diritto allo studio e all'educazione degli alunni disabili non può essere finanziariamente condizionato in termini assoluti e generali, è di tutta evidenza che la pretesa violazione dell'art. 81 Cost. è frutto di una visione non corretta del concetto di equilibrio del bilancio, sia con riguardo alla Regione che alla Provincia cofinanziatrice. È la garanzia dei diritti incomprimibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione.

¹⁶ Nell'introdurre una recente riflessione collettiva dedicata alla funzione sociale del diritto privato si è tenuto a sottolineare che:

“la funzione sociale nel diritto privato” [...] sembra meritare ampiamente la riflessione affidata al nostro incontro, con l'obiettivo di comprendere e ricostruire, in modo più consapevole grazie all'analisi storica del pensiero e della cultura giuridica, il contesto in cui lo studioso è chiamato, sul piano tecnico ma ancor prima culturale, a operare senza isolarsi nel suo ambito disciplinare – ancor

Ad esso è sotteso un conflitto di natura distributiva, quindi, che, a margine delle ricette ideologiche propugnabili, appare sempre più condizionato dal punto di non ritorno di ogni visione alternativa dei problemi del mondo¹⁷: la finitezza delle risorse disponibili e l'urgenza di affrontare le conseguenze che tale questione cruciale produce, quando, nella dimensione collettiva espressa dall'andamento delle finanze statali¹⁸, essa trova espressione nelle proporzioni raggiunte dal debito pub-

peggio, se l'isolamento fosse quello dello specifico settore – ma, al contrario, tentando di raccordare la realtà giuridica con la dimensione del sociale.

Così F. MACARIO, *Le ragioni di un incontro*, in F. MACARIO, M.N. MILETTI (a cura di), *La funzione sociale nel diritto privato tra XX e XXI secolo* – Atti dell'incontro di studio Roma, 9 ottobre 2015, Roma, 2017, 6, spec. 8.

Va da sé che a questa visione del tema non deve essere precluso aggiungere la possibilità di raccordare l'indagine tecnica con una visione politica dei temi che ragionare intorno alla dimensione del sociale del diritto induce ad affrontare, come chiarito nell'introduzione di questo volume.

¹⁷ Acute osservazioni sull'arretramento delle possibilità concesse alla politica per gestire il problema, nell'ambito di una riflessione sullo Stato sociale giocata sul rapporto fra la categoria della contingenza e la presa d'atto della frantumazione delle basi su cui il welfare pubblico aveva potuto storicamente svilupparsi, ovvero le sovranità nazionali e il vincolo territoriale del sistema imprenditoriale fondato sulla fabbrica fordista, in M. BARCELLONA, *Tra impero e popolo, Lo stato morente e la sinistra perduta*, Roma, 2017, 53-113, il quale finalizza la sua analisi al ripristino in politica di un «pensiero lungo», che «restituisca la contingenza alla sua temporalità e riprenda ad analizzare il senso di quel che accade, a scrutare verso dove conduce, e a interrogarsi su quel che si può fare per stare un po' meglio nel tempo che verrà» (*ivi*, 106).

¹⁸ Nell'Italia che sfiorava la piena occupazione si scriveva:

[U]na spesa pubblica intesa alla piena occupazione ed all'equa distribuzione del reddito nazionale può determinare un accrescimento del reddito nazionale tale che il rapporto fra la spesa pubblica e reddito nazionale non aumenti. Quando, infatti, in una frazione (quella che esprime la pressione finanziaria) aumenta il numeratore (spesa pubblica), non è detto che il valore della frazione debba necessariamente aumentare; può anche rimanere invariato o addirittura diminuire. E ciò si ha quando – per effetto del processo di moltiplicazione della spesa pubblica – l'aumento del reddito nazionale è proporzionalmente maggiore.

Così, A. AMATO, *Espansione e limiti della spesa pubblica*, in AA.VV., *Studi in onore di Gaetano Zingali*, I, Milano, 1965, 1, 10.

Di contro, si metteva (oggi possiamo constatarlo: vanamente) in guardia da quella specie di «eutanasia dell'economia capitalistica» che avrebbe corso il rischio di prodursi, ove lo Stato avesse creato contrappesi al risparmio con spese pubbliche prevalente-

blico, chiedendone sempre più drammaticamente conto a Stati e cittadini contribuenti¹⁹.

Il problema si propone ciclicamente, in una dinamica nella quale il contenuto di ogni diritto sociale e la sua pregnanza operativa non può fare a meno di definirsi in relazione alle risorse che in un dato momento

mente improduttive, laddove «non si tratterebbe soltanto dell'aumento della spesa pubblica, ma dell'aumento più che proporzionale rispetto al reddito e, per di più, con un orientamento prevalentemente improduttivo della spesa pubblica» (ivi, 24).

In tempi a noi più vicini, ma ormai sufficientemente distanti per potersi fare un'idea ragionata di come quelle esortazioni, che pure in buona misura hanno finito per far breccia e impiantarsi nelle agende dei governi susseguiti negli ultimi lustri, hanno realizzato l'esito sperato, si scrisse:

[O]ggi abbiamo una situazione della finanza pubblica che soffoca lo sviluppo, spiazza le imprese, impoverisce e non arricchisce il paese, allontanandolo dall'Europa. Si è creduto nei *[sic]* scorsi anni di contenere la spesa introducendo un vincolo dei tetti nelle varie leggi finanziarie, ma in mancanza di interventi sulle cause reali di squilibrio questo espediente ha assunto solo il sapore e la credibilità di uno slogan. Se i fabbisogni crescono, qualcuno prima o poi li deve finanziare: le pensioni vanno pagate, le prestazioni sanitarie vanno erogate, le pressioni della finanza derivate finiscono prima o poi per prevalere. Allora i tetti saltano, e se ne edificano di altri più alti. Il "piè di lista" ritorna sempre a condizionare il bilancio dello Stato. (...) Occorrono dunque profondi cambiamenti che puntino a una modernizzazione anche di quell'area di servizi che, nell'attuale assetto, condiziona negativamente sia la competitività del sistema economico, sia la qualità della vita nel nostro Paese. Questi cambiamenti devono portare, per il complesso dei servizi, all'abbandono di quella logica di esclusiva che consente al settore pubblico di offrire prestazioni al riparo dalla concorrenzialità, con tutte le conseguenze che possiamo osservare. L'apertura di quest'"area", ad una logica di mercato, con possibilità di competizione per tutti i soggetti pubblici e privati capaci di gestire un servizio, può costituire un passo decisivo verso gli obiettivi di massima efficienza ed economicità che tutte le articolazioni del nostro sistema sono chiamate a perseguire.

Così, I. CIPOLLETTA, *Relazione*, in AA.VV., *La crisi dello Stato sociale: nuovi rapporti fra pubblico e privato* – Atti del convegno Industria e Assicurazione, Villa Manin di Passariano, 3 giugno 1991, Udine, 1991, 33, spec. 34-35.

¹⁹ Per una riflessione in tal senso, nel quadro delle difficoltà dettate da quella che sembra aver cessato di essere una «congiuntura», per diventare verosimilmente la «condizione» economica *post* 2007/2008, M. PERSIANI, *Crisi economica e crisi del welfare state*, in *Giornale dir. lav. rel. ind.*, 2013, 641; cui *adde*, in varie prospettive, i contributi raccolti in B. CARUSO, G. FONTANA (a cura di), *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea. Un confronto fra costituzionalisti e giuslavoristi*, cit.

storico il sistema economico riesce a mobilitare per dare senso alla normatività della regola che ne propone l'attuazione.

Così, in pieno boom economico si evocavano le allora ancor recenti conclusioni raggiunte dalla Commissione tecnica nominata fra il 1944 e il 1947 e ufficialmente istituita con decreto del 3 luglio 1947, che agì parallelamente alla Costituente per indicare sul piano tecnico come conseguire la «liberazione dal bisogno» che la Carta costituzionale avrebbe di lì a poco proclamato fra i suoi obiettivi, per ricordare che in quella sede si era deciso di disancorare la previdenza sociale dai principi assicurativi, che fino a quel tempo «l'avevano costretta a limitazioni, restrizioni e costrizioni da diminuirne, e a volte ad eliminarne, la efficienza e finalità». Si soggiungeva, però, che

il progetto comportava, purtroppo, ad essere attuato oneri ingenti che gli attuari e gli economisti calcolarono pari a miliardi 960,6 per il 1950, 1.212,9 per il 1960 e 1.523,4 per il 1970; lo stesso governo ammetteva che la riforma della previdenza sociale sarebbe costata 1800 miliardi l'anno

per rassegnarsi a concludere che «liberarsi dal bisogno è indubbiamente una meta luminosa, ma occorre stabilire i limiti entro i quali essa è per noi perseguibile»²⁰.

Il problema, dunque, non è nuovo. Capire come affrontarlo, suggerisce un altro ordine di riflessioni, che attiene anche alla scelta del mec-

²⁰ Così, E. CATALDI, *Il sistema giuridico delle assicurazioni sociali*, in AA.VV., *Le assicurazioni sociali*, vol. IV, I, *Trattato di diritto del lavoro diretto da Borsi e Pergolesi*, Padova, 1959, 3, spec. 32-33. Per una voce decisamente orientata contro la dimensione utopica della liberazione dal bisogno, che però sapeva cogliere la vera «sinédoco costitutiva» su cui si fonda l'idea della sicurezza sociale, osservando che:

l'assistenza sociale non è carità, né beneficenza, non è neppure mezzo di frenare moti composti di masse lavoratrici insoddisfatte: l'assistenza è un dovere, un'obbligazione della collettività verso quei membri di essa che si trovano in condizioni disagiate, e quindi si risolve in un vantaggio per la collettività stessa, perché il benessere della parte non può che contribuire al benessere del tutto.

Così, L. DE LITALA, *Diritto delle assicurazioni sociali*, Torino, 1951, 16.

canismo istituzionale più appropriato per risolvere il conflitto economico costitutivamente latente nella dimensione dei diritti sociali²¹.

Perché, se è vero che a tale conflitto si può (anche finire per dover) dare risposta in via giurisprudenziale, come le S.U. e adesso l'adunanza plenaria del Consiglio di Stato si sono impegnate a fare, in una dinamica tutta interna al circuito della riflessione interpretativa della giurisprudenza di legittimità, non è men vero che la questione di fondo, sottesa alla vicenda che si va esplorando, potrebbe essere oggetto di attenta e meditata ponderazione, articolando una soluzione ad ampio spettro in via legislativa.

²¹ Certo, aiuta a non sbilanciarsi in modo ingenuo l'esortazione rivolta al civilista da chi, nell'accostarsi alle possibili visioni ricostruttive del diritto privato nella complessità della teoria delle fonti altre rispetto alla centralità del Codice, ha avvisato che «[L]e visioni unilaterali sono fallaci: il *welfare State* lascia in eredità alla società che si è soliti definire post-industriale un dilemma che percorre l'intera storia del diritto, ma che si fa talvolta ancor più pressante nell'età contemporanea» (così U. BRECCIA, *Note sul diritto privato fra tecnica legislativa e sistematica giuridica*, in AA.VV., *Le ragioni del diritto, Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano, 1995, 37, spec. 49). E si può convenire – anche a più di vent'anni da quelle riflessioni – che sia «affidato soprattutto ai giuristi il compito di tentare settore per settore di ripensare in maniera critica alle nuove linee dei singoli istituti del diritto privato», segnalando come «sforzi nuovi di razionalizzazione legislativa possono anche essere auspicabili, ma di certo non potranno prescindere da una riaffermazione del compito di una ricerca giuridica affrancata almeno in parte dai condizionamenti di una politica improvvisata» (*ivi*, 84).

Ma non è men vero che anche la tendenza «ad applicare in luogo della legge la lettura giurisprudenziale e dottrina della legge» (*ivi*, 87) può mostrarsi non aliena da rischi che devono essere messi a nudo. Specie quando – come si verificherà con riferimento al problema qui indagato, guardando all'evoluzione impressa a tale problema mediante un'interpretazione giurisprudenziale dichiaratamente innovativa – questa ortopedia professata di attuarsi sui binari di una tecnica ermeneutica che nega risposta a una fondamentale domanda:

da dove reperisce questo interprete quei punti di vista della variazione e della sostituzione che guidano il processo evolutivo impresso al cambiamento giurisprudenziale, quando esso derivi da scelte che, ricostruite nella loro genesi problematica, mostrano che è la giurisprudenza di legittimità, dalla sua posizione di vertice, a volere imporre il suo pensiero ricostruttivo a una giurisprudenza subordinata che non segnalava il problema messo al centro del cambiamento?

(si parafrasa così il punto di domanda che Umberto Breccia, invece, rivolgeva al legislatore, *ivi*, 88).

La scelta fra una risposta di tipo giurisprudenziale e una ricetta di taglio legislativo non appare per nulla neutrale rispetto al modo di fare i conti con la *bottom line* poc'anzi evocata, nella misura in cui si ponga mente ai diversi costi di transazione che le due strade possono prospettare, nell'articolare i meccanismi attraverso i quali il costo collettivo degli incidenti, congiuntamente amministrato dalla responsabilità civile e dal sistema della sicurezza sociale, può essere distribuito in seno a una società, e in particolare in seno a una società come quella italiana²².

²² Il dibattito sulla maggiore o minore efficienza del far le cose con la legislazione o con l'interpretazione promossa dalle corti, oltre ad essere divenuto un *topos* classico nella comparazione fra sistemi di *civil law* e *common law* (sulla scia della celebre analisi, dedicata a evidenziare la ritenuta maggior efficienza del *common law*, condotta nelle pagine-manifesto di F. VON HAYEK, *Law, Legislation, and Liberty*, vol. 1, *Rules and Order*, Chicago, 1973; trad. it. *Legge, legislazione e libertà. Una nuova enunciazione dei principi liberali della giustizia e dell'economia politica*, Milano, 1986), è ancor più classicamente studiato nel prisma evolutivo del *legal process* [fondativa in tal senso l'analisi di I. EHRLICH, R.A. POSNER, *An Economic Analysis of Legal Rulemaking*, in 3 *J. Leg. Stud.* 257 (1974)], anche nel senso circostanziato dall'attenzione da prestarsi all'atteggiamento che il giudice assume rispetto all'interpretazione del dato normativo, in una prospettiva che nella *scholarship* internazionale trova un sicuro paradigma nello studio di G. CALABRESI, *A Common Law for the Age of Statutes*, Cambridge (Mass.), 1982.

Al netto da sterili accuse pregiudiziali, focalizzate sul presunto *bias* ideologico che allignerebbe in chi propugna l'idea che il valore dell'efficienza possa essere protagonista di una tale analisi, qualcuno potrebbe continuare a opinare che un tale piano d'indagine resti affidato – nella sua capacità di restituire indicazioni affidanti – a proposte teorico-ricostruttive esposte al sospetto di restituire proposizioni astratte, tanto accattivanti, quanto incapaci di verifica empirica.

Ma l'evoluzione degli studi in materia mostra che questo cammino, propiziato dalla disponibilità alla ricerca digitale di tutta l'aggiudicazione di merito (miracolo che oltre oceano è cosa fatta, e che in Italia resta purtroppo da compiersi), si è cominciato a percorrere, nell'ambito di analisi che hanno cura di eleggere a oggetto della propria riflessione i diversi assetti determinati dal prevalere, o non, di regole giurisprudenziali caratterizzate da generalità, rispetto a regole più specifiche aventi natura legislativa.

Per un esempio nel quale si è provato a misurare sul campo l'efficienza di una regola-principio del *common law* come quella sottesa alla irrisarcibilità degli *economic losses* rispetto alle legislazioni statali statunitensi deroganti a tale regola in un particolare settore di controversie contrattuali, A. NIBLETT, R.A. POSNER, A. SHLEIFER, *The Evolution of a Legal Rule*, in 39 *J. Leg. Stud.* 325 (2010).

A meno di non voler confessare l'idea di ritenere che il mutamento giurisprudenziale debba necessariamente essere portato a compimento per stimolare una reazione legislativa che, altrimenti, si farebbe vanamente attendere, confermando la tradizionale incapacità di costituirsi nel risultato tecnicamente ponderato di una consapevole volontà riformatrice, capace di rivendicare con lungimirante orgoglio il proprio carattere apertamente politico (nel nobile senso che, almeno un tempo, il termine sapeva evocare)²³...

Il problema sotteso al rapporto fra *clcd* e sicurezza sociale nel prisma del confronto fra legislazione e principi giurisprudenziali sembrerebbe prestarsi a essere indagato tramite una verifica empirica di questo tipo, che, per le ragioni dette, in Italia oggi resta ancora inattuabile.

²³ Che possano, però, darsi in Italia dinamiche virtuose come quelle che oltralpe hanno visto dialogare a distanza il più alto consesso della giurisdizione civile con un potere legislativo capace di restituire meditate ricette allo stimolo giurisprudenziale (si pensi, solo per citare uno fra i molti esempi rievocabili, al dichiarato rapporto di causa-effetto instauratosi fra il celebre *arrêt Perruche* del 2000 e la riforma Kouchner del 2002, su cui, in luogo di molti, I. NATOWICZ-LAURENT, *Les conséquences économiques de l'évolution du droit de la responsabilité civile médicale: un état des lieux*, in *Rev. écon. pol.*, 2007/6, 963) è prudentemente lecito dubitare, specie ove si ponga mente – portandosi sul crepitante campo di battaglia della responsabilità medica italiana – che dalle «innovazioni giurisprudenziali» occorse a cavallo dell'anno 2000, passando per il c.d. decreto Balduzzi, continuando per le resistenze giurisprudenziali che a questo provvedimento sono seguite, è ora giunto a ricevere un nuovo assetto legislativo con la legge n. 24 dell'8 marzo 2017.

Una normativa che, pur apparendo ispirata a un maggior grado di sistematicità rispetto a precedenti tentativi, resta da esaminare alla prova dei fatti, nella sua capacità di restituire risposte equilibrate rispetto alle attese che in tale intervento si ripongono, dove aver proclamato che «la sicurezza delle cure è parte costitutiva del diritto alla salute ed è perseguita nell'interesse dell'individuo e della collettività» e che «la sicurezza delle cure si realizza anche mediante l'insieme di tutte le attività finalizzate alla prevenzione e alla gestione del rischio connesso all'erogazione di prestazioni sanitarie e l'utilizzo appropriato delle risorse strutturali, tecnologiche e organizzative» (così i primi due commi dell'art. 1 della legge 24/2017). Per le prime analisi, C. SCOGNAMIGLIO, *Regole di condotta, modelli di responsabilità e risarcimento del danno nella nuova legge sulla responsabilità sanitaria*, in *Corr. giur.*, 2017, 740; A. ASTONE, *Profili civilistici della responsabilità sanitaria (riflessioni a margine della l. 8 marzo 2017, n. 24)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, I, 1115; e, in analisi di taglio monografico, R. DE MATTEIS, *La responsabilità in ambito sanitario. Il regime binario: dal modello teorico*

Per vagliare adeguatamente la dimensione tecnica del problema cui si è alluso, converrà muovere dalla vicenda che ha innescato l'ordinanza vanamente rimessa della terza sezione alle S.U., per poi avviare un'approfondita verifica dei termini tecnici del contrasto determinatosi. Verifica che, fra le altre cose, ci porterà a lumeggiare lo stato dell'arte applicativo della *clcd* nei mille rivoli dei benefici riconducibili al «sistema» (termine che qui va usato in un'accezione assai lontana del significato rigoroso che ad esso imprime la dogmatica giuridica) della sicurezza sociale italiana.

Considerare la dimensione (che abbiamo definito) politica del problema implicherà, in realtà, restare in una dimensione tecnica, declinata, però, su alcune considerazioni rivenienti dal diritto privato europeo, non disgiunte dall'analisi di alcuni elementi di riflessione legati al funzionamento degli istituti del diritto previdenziale e delle assicurazioni sociali coinvolti nella soluzione del problema.

Sarà, comunque, della massima importanza considerare e collocare i dati vagliati nella loro dimensione diacronica, per comprendere come le valutazioni di ordine tecnico e le considerazioni di taglio politico, avendo seguito nel tempo registri evolutivi del tutto autonomi, oggi possano trovarsi improvvisamente a interagire per dare soluzione al problema dell'ottimale distribuzione del danno nella società italiana, in una vicenda che mostra ancora una volta come – nel solco della «tort law as public law in disguise» propugnata da Leon Green²⁴ – quest'allocation non riguardi mai le sole contrapposte pretese di un attore e un convenuto, ma tocchi sempre da vicino gli assetti fragili, mutevoli e complessi attraverso i quali ogni società elabora storicamente la sua risposta collettiva alla distruzione di risorse sottesa a ogni perdita risar-

ai risvolti applicativi, Milano, 2017; M. FACCIOLI, *La responsabilità civile per difetto di organizzazione delle strutture sanitarie*, Pisa, 2018.

²⁴ Nell'articolo tratto dal suo intervento nell'ambito delle Shulman lectures tenuto nel 1959 presso la Yale Law School, L. GREEN, *Tort Law Public Law in Disguise*, 38 *Tex. L. Rev.* 1, 258 (1959), consegnò alla nota di apertura un messaggio che ci si auspica possa interpellare da vicino anche il lettore di queste pagine: «[M]y thesis can be expressed in a sentence: "We the People" are a party to every lawsuit and it is our interest that weighs most heavily in its determination».

cibile e/o socialmente o privatamente assicurabile e/o (ove non sia giunto il tempo di negarlo per principio) solidaristicamente assorbibile.

La riflessione sul problema affrontato in questa ricerca – nella sua storicità e nella complessità propria di un ambito tematico ove la tradizionale dialettica fra regole e principi del Codice e sistemi di regole sviluppatasi a latere della centralità del Codice stesso mostra di subire in pieno l'influsso segnato dall'orizzonte ricostruttivo del diritto privato europeo – farà emergere nell'evoluzione dell'indagine la necessità di recuperare una visione di sistema collocata al crocevia di vari istituti fondanti del diritto privato, che nel tema del danno trovano un luogo di sintesi operativa. È tenendo conto di queste premesse, che sono il prodotto di una ricostruzione di sistema consapevole della dimensione «tecnica» dell'interpretazione, che si può comprendere il senso di un'indicazione di fondo (oggetto di approfondimento in particolare nel capitolo V), che affida alla legislazione il compito di intervenire, per mediare, in forma politicamente esplicita e consapevole, l'istanza redistributiva legata all'attuazione del difficile compito di assorbire e distribuire le perdite nella società.

2. Il «frutto avvelenato» del diritto europeo: il rapporto fra responsabilità civile e sistemi di welfare nazionali nel coordinamento instaurato fra gli stati membri

A monte della vicenda che ha propiziato il tentativo di *revirement* vanamente portato all'attenzione delle S.U. che stiamo per esplorare, si colloca una tragica settimana bianca²⁵.

Un turista tedesco muore sulle piste innevate della Val di Fassa²⁶, scontrandosi con uno sciatore italiano, che viene condannato a tamburo battente in sede penale²⁷.

²⁵ Sulla responsabilità civile da incidenti nelle aree sciabili, tema associato a un contenzioso in considerevole crescita nel panorama applicativo della responsabilità civile italiana, se si vuole, U. IZZO, *Allocare il costo sociale degli incidenti sui campi da sci: alla ricerca di un senso*, in ID. (a cura di), *La montagna*, in G. FORNASARI, U. IZZO, L. LENTI, F. MORANDI (diretto da), *Trattato della responsabilità civile e penale negli sport del turismo*, vol. I, Torino, 2013, 3-106.

Di lì a poco l'assicuratore dello sciatore «chiude» il sinistro, versando in via transattiva ai familiari superstiti della vittima una somma pari a più di 258.000 euro, con una quietanza nella quale costoro si dichiarano «soddisfatti di ogni pretesa in riferimento ad ogni e qualsiasi danno e spesa di qualsivoglia genere e natura e comunque inerenti al sinistro in questione»²⁸.

Collateralmente in patria si attiva la macchina assistenziale, che qualche tempo dopo riconosce alla moglie e ai figli della vittima la pensione di reversibilità e la rendita per orfani, secondo quanto prevede la normativa tedesca. Dopo aver erogato poco più di 245.000 euro agli assistiti, nel 2006 l'ente previdenziale germanico comunica al responsabile dell'investimento italiano di essersi surrogato per tale importo alle vittime in base al § 116 SGB (*Sozialgesetzbuch*) e gliene chiede conto, invitandolo a costituirsi presso la Corte trentina territorialmente competente a vagliare le conseguenze civili del sinistro sciistico²⁹.

Nella vicenda dello sfortunato sciatore tedesco irrompe così il diritto europeo.

Che nel volgere di una manciata di lustri si è mostrato capace (e continua a rivelarsi capace) di uniformare, con inusitata incisività, va-

²⁶ Ad anni di distanza, il web serba ancora una traccia vivida della cronaca dei fatti: <http://ricerca.gelocal.it/iltirreno/archivio/iltirreno/2003/12/09/LA4PO_LA405.html>.

²⁷ Trib. Trento, 14 marzo 2004, G.i.p. La Ganga, reperibile in <http://www.lawtech.jus.unitn.it/index.php/blog-case-law-giurisprudenza>.

²⁸ Così il testo riprodotto in Trib. Trento, sez. dist. Cavalese, 13 novembre 2009, Giud. Briganti Vitalini, ined., pag. 6 del provvedimento.

²⁹ L'esercizio del diritto di circolazione dei cittadini europei in Italia fa sì che la dinamica che abbiamo narrato non sia inedita o eccezionalmente episodica. Prima della vicenda innescata dai fatti che si vanno rievocando, i nostri giudici di legittimità avevano già avuto modo di vagliare la domanda promossa da un ente tedesco, erogatore di prestazioni di sicurezza sociale, tesa a far valere la surrogazione dell'ente nei diritti risarcitori di un cittadino tedesco vittima di un infortunio stradale in Italia, per chiederne l'esercizio nei confronti del danneggiante e dell'assicuratore di quest'ultimo. Ma in quel caso la domanda era stata disattesa, sul duplice rilievo che mancasse la prova dell'*an* della responsabilità del sinistro e che i beneficiari delle prestazioni di cui all'invocata surrogazione avessero, in realtà, cominciato a godere di tali prestazioni ben prima che il sinistro si fosse verificato, Cass. civ., 2 marzo 2012, n. 3255, in www.leggiditalia.it.

stissimi settori del diritto del mercato e dei consumi del vecchio continente³⁰. Rivelandosi, però, assai meno vigoroso su altri versanti.

Di fronte alla diversità di regime dei diritti di sicurezza sociale dei paesi membri e all'impossibilità di costruire un consenso politico attorno a una configurazione (se non uniforme sul piano sostanziale, almeno) ispirata a principi e regole condivise di tali diritti³¹, l'Europa dal 1958 a oggi ha tenuto ferma un'inappagante scelta di compromesso, che elude il problema posto dalla necessità di coordinare, con una soluzione ispirata a scelte politiche ponderate unitariamente, il funzionamento della responsabilità civile e dei sistemi di sicurezza sociale attraverso il cui congiunto operare i cittadini europei ricevono ristoro economico per fronteggiare le multiformi e avverse evenienze dannose che la vita può riservare³².

³⁰ Assai incisive considerazioni critiche sono svolte su questo tema da C. SALVI, *Capitalismo e diritto civile*, cit., 163-192.

³¹ Sottolineava i limiti e le occasioni mancate nel conformare l'idea della sicurezza sociale all'atto della stesura del Trattato di Roma, M. CINELLI, *Profili di diritto comunitario della sicurezza sociale*, in *Mass. giur. lav.*, 1992, 664 ss., 665. Per un ragionato quadro diacronico che ripercorre lo sviluppo delle politiche europee in materia di sicurezza sociale, S. GIUBBONI, *L'azione comunitaria in materia di sicurezza sociale in prospettiva storica. Omaggio a Lionello Levi Sandri*, in *Riv. dir. sicurezza sociale*, 2007, 537. Per una prospettiva di storia economica sulle scelte fondative operate in tema di diritti sociali avviando l'integrazione europea, G. FUMI, *Gli accordi internazionali di «sicurezza sociale» e la questione delle politiche sociali alle origini dell'integrazione europea (1947-1956)*, in A. COVA, *Il dilemma dell'integrazione: l'inserimento dell'economia italiana nel sistema occidentale (1945-1957)*, Milano, 2008, 125, 164 ss.

³² In questa considerazione rientra a pieno titolo lo sviluppo dell'iniziativa europea di coordinare in misura minima i regimi degli stati membri relativi ai sistemi di indennizzo delle vittime di reato (Direttiva del Consiglio 29 aprile 2004, n. 2004/80/C, recepita in Italia dal d.lgs. 9 novembre 2007, n. 204, col completamento segnato dal d.m. del Ministero di Grazia e Giustizia 23 dicembre 2008, n. 222).

In un'epoca nella quale il tema dovrebbe essere parte integrante della lotta alla minaccia paventata dal terrorismo globale, questa iniziativa lascia vivere l'inadempienza italiana all'obbligo, previsto dall'art. 12 della direttiva 2004/80, di dotarsi di una normativa nazionale istitutiva di «un sistema di indennizzo delle vittime di reati intenzionali violenti commessi nei rispettivi territori, che garantisca un indennizzo equo ed adeguato delle vittime». Il che fa sì che il Governo italiano rischi di offrire i fianchi consunti delle proprie finanze dissestate a sentenze di condanna da parte della CGUE e dei tribunali italiani aditi da vittime di reato, pronti a veder trionfare Francovich e la sua

Non è dato sapere se le impellenti questioni immesse nell'agenda della politica europea dall'urgenza migratoria possano improvvisamente contribuire, sulla spinta della drammaticità del problema, a modificare questo stato di cose. Per raggiungere una visione politica condivisa della solidarietà europea³³, essendo il macro-problema dei migranti in

progenie, com'è accaduto in Trib. Torino, 3 maggio 2010 (*Rep. Foro it.*, 2010, voce *Vittime del dovere*, n. 9), con la conferma di App. Torino, 23 gennaio 2012 (*Rep. Foro it.*, 2012, voce *Responsabilità civile*, n. 211), su cui M.M. WINKLER, *Francovich colpisce ancora: una nuova condanna dello Stato per ritardato (ed errato) recepimento di una direttiva europea*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, 923.

La condanna dello Stato italiano da parte della CGUE in ogni caso è arrivata con la sentenza 11 ottobre 2016, in causa C-601/14, ove si è statuito che

non avendo adottato tutte le misure necessarie al fine di garantire l'esistenza, nelle situazioni transfrontaliere, di un sistema di indennizzo delle vittime di tutti i reati intenzionali violenti commessi sul proprio territorio, [la Repubblica italiana] è venuta meno all'obbligo ad essa incombente in forza dell'articolo 12, paragrafo 2, della direttiva 2004/80/CE del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa all'indennizzo delle vittime di reato.

Per un quadro d'insieme che sembra ridimensionare i rischi paventati qualche rigo fa, sulla scia dell'esito della pronuncia di cui dà lettura, E. DI NAPOLI, *La controversa portata applicativa della dir. 2004/80/Ce in tema di indennizzo delle vittime di reato* (nota a Trib. Trieste, 5 dicembre 2013), in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, 553. Persuasivo che invece le cose non stiano così, M. BONA, *Vittime di reati e direttiva 2004/80/CE: l'Italia ancora inadempiente tra condanne, procedure di infrazione e rinvio pregiudiziale alla corte UE* (nota a Trib. Roma, 8 novembre 2013 e Trib. Firenze, 20 marzo 2013), in *Resp. civ. prev.*, 2014, 220.

È un fatto che il pacchetto di regole esitato dall'iniziativa europea, mentre tende ad assicurare che i cittadini europei vittime di reato possano godere di un plafond di misure di sostegno uniformi mentre circolano nei paesi dell'Unione, si guarda bene dal delineare un sistema che distribuisca in base a un meccanismo perequato i costi che tale sistema prospetta ai singoli paesi membri, costi il cui eventuale assorbimento attraverso meccanismi di surrogazione concessi agli enti pagatori nei confronti dei responsabili dei danni da reato dalle legislazioni nazionali dovrebbe quindi seguire lo schema generale previsto dal Regolamento (CE) 883/2004 del 29 aprile 2004, su cui ci si soffermerà fra breve.

³³ Rilancia con forza questo auspicio, nel quadro di una riflessione consapevole del fatto che la «[S]olidarietà può divenire parola vuota, se lasciata in uno spazio indistinto delle politiche europee, priva di fonti di finanziamento e sguarnita di misure correttive della situazione esistente», S. SCIARRA, *Ci sarà una solidarietà europea?*, in *RIDSS*, 2016, 1, spec. 18. Esplora le potenzialità della dignità sociale, quale concetto suscettibi-

ultima analisi dominato dalla necessità di istituire meccanismi pubblici e privatistici tesi ad accompagnare la circolazione e la distribuzione di (ciò che, in una prospettiva che fa velo ai valori proclamati nel primo capo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e guarda alla contingenza del fenomeno, rappresenta agli occhi di quanti la coltivano) un costo sociale all'interno dell'Unione.

Va registrato anche in questa prospettiva l'orientamento restrittivo sposato recentemente dalla CGUE nel caso *Dano*, ove la Corte ha ritenuto compatibile col diritto UE e in particolare con la libertà di circolazione delle persone una normativa nazionale che nega prestazioni sociali non contributive a cittadini di altri Stati membri, quando costoro nello Stato membro ospitante non siano titolari del diritto di soggiorno ai sensi della Direttiva 2004/38/CE³⁴.

Sta di fatto che gli atti che perpetuano questa pragmatica volontà di rinuncia della politica europea hanno trovato modo di essere scanditi con ammirevole costanza, senza mai mutare verso dai tempi in cui si celebrò e s'istituì l'integrazione avviata dal Trattato di Roma.

L'art. 52 del Regolamento del Consiglio 25 settembre 1958, n. 3, per la sicurezza sociale dei lavoratori migranti, nel disciplinare i diritti delle istituzioni nazionali erogatrici di prestazioni assistenziali nei confronti dei terzi responsabili del fatto posto a base dell'erogazione, quando il danno fosse subito sul territorio di un altro Stato, statui, con una norma di conflitto apparentemente lineare, che il diritto di surrogazione eventualmente sancito dalla legislazione dello Stato membro ap-

le di giocare un ruolo in tal senso, trovando solidi indici di rilevanza nella Carta di Nizza e nell'*acquis communautaire*, oltre che nella tradizione costituzionale europea, M.R. MARELLA, *Il fondamento sociale della dignità umana. Un modello costituzionale per il diritto europeo dei contratti*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, II, cit. 1595, 1608 ss.

³⁴ Corte giust. Ue, 11 novembre 2014, n. 333/13, in *Riv. dir. sicurezza sociale*, 2015, 579, con commento di L. TASCHINI, *Libera circolazione e protezione sociale: limiti all'accesso al welfare system per i cittadini europei*; analizzata anche da J. PRASSL, *Migrants, citizens, aliens? Free movement rights for the economically inactive after Brey and Dano*, in *Riv. dir. sicurezza sociale*, 2016, 311, 321 ss.

plicabile all'istituzione assistenziale doveva essere riconosciuto da ogni altro stato membro³⁵.

Nel circolo ristretto e coeso dell'Europa dei sei fondatori, quando l'eco ancor vivo di tragedie come quella di Marcinelle lacerava le coscienze dei più, apparve sensato completare la disposizione, prevedendo che la sua applicazione avrebbe dovuto essere regolata da convenzioni bilaterali³⁶.

³⁵ La norma in discorso prevedeva:

Se una persona che beneficia di prestazioni in virtù della legislazione di uno Stato membro per un danno subito sul territorio di un altro Stato ha, sul territorio di questo secondo Stato, il diritto di chiedere a un terzo la riparazione del danno, gli eventuali diritti della istituzione debitrice nei confronti del terzo sono regolati nel modo seguente: (a) quando l'istituzione debitrice è surrogata in virtù della legislazione ad essa applicabile, nei diritti che il beneficiario ha verso il terzo, ogni Stato membro riconosce tale surrogazione; (b) quando l'istituzione debitrice ha un diritto diretto verso il terzo, ogni Stato membro riconosce tale diritto. L'applicazione di tali disposizioni sarà regolata con accordi bilaterali.

Per un'analisi dei problemi posti da questa normativa dall'angolo visuale del diritto francese, P. LYON-CAEN, *Le recours de la sécurité sociale contre le tiers responsable d'un accident en droit communautaire*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 1965, 423.

³⁶ Anche per questo appare tristemente suggestivo rievocare un reperto archeologico di quello che – una volta realizzata la prima cornice istituzionale europea – si sarebbe affrettato a diventare l'asfittico tentativo di coordinare fra i paesi membri le condizioni sociali dei lavoratori destinati a diventare cittadini europei. Si trattava in quel caso di prerogative davvero minime, cui è arduo riconoscere consistenza di diritti individuali dei lavoratori.

L'impiego di lavoratori transfrontalieri in un settore avviato a fornire l'ossatura delle prime formule istituzionali di cooperazione fra i sei Paesi fondatori che di lì a qualche anno sarebbero seguite, ha lasciato traccia nel Disegno di legge presentato nella seduta del 22 ottobre 1947 all'Assemblea Costituente dai ministri Sforza, Del Vecchio, Merzagora e Fanfani del governo in carica, recante «Approvazione dei seguenti accordi, conclusi tra l'Italia ed il Belgio: a) protocollo Italo-Belga per il trasferimento di 50.000 minatori italiani in Belgio e scambio di note 23 giugno 1946; b) Scambio di note per l'annullamento del Protocollo suddetto 26-29 ottobre 1946; c) Annesso al Protocollo di emigrazione Italo-Belga 26 aprile 1947; d) Scambio di note per l'applicazione immediata a titolo provvisorio dell'Annesso suddetto 27-28 aprile 1946», mercé il quale il governo belga si impegnava, *inter alia*, a curare «per i minatori italiani convenienti condizioni di vita ed una completa parificazione ai minatori belgi per quanto riguarda le condizioni di lavoro, le provvidenze sociali ed i salari».

Tuttavia la regola, costruendo la norma di conflitto su non omogenee regole privatistiche (la surrogazione del diritto nel paese A e l'autonomo diritto di rivalsa nel paese B), ebbe modo di provocare diversi interpelli della CGCE.

In particolare, nel caso *L'Etoile-Syndicat Général*, il convenuto era civilmente responsabile della morte avvenuta in Olanda di un cittadino olandese che lavorava in Belgio³⁷. L'assicuratore sociale belga promosse azione in Olanda, per recuperare i benefici erogati ai parenti sopravvissuti al defunto, e a tal fine esercitava la surrogazione, come previsto dalla propria legge nazionale. La legge olandese sul punto non contemplava la surrogazione, ma un autonomo diritto di rivalsa, che nel caso di specie avrebbe portato a liquidare all'ente somme inferiori a quelle liquidabili riconoscendo la surrogazione prevista dal diritto belga.

L'avvocato generale, in una visione in seguito fatta propria dalla Corte per respingere la prospettiva interpretativa promossa dall'ente belga, ritenne che l'articolo non fosse destinato a produrre un «far-reaching encroachment upon the national laws on [civil] liability with their different structures»³⁸.

Con riferimento ai fatti causa egli osservò che non si desse la necessità di disquisire sulle differenze fra surrogazione e rivalsa e che il tribunale olandese dovesse applicare la propria legge nel determinare il merito della pretesa dell'ente belga,

[o]therwise it would depend on the structure of the institution's right of action, which is a matter for national law, whether a radical alteration the national laws of other Member States governing the question of liability was involved³⁹.

Il chiarimento apportato all'interpretazione della norma del 1958 dal dispositivo reso dalla CGCE in *Etoile* fu, quindi, decisivo, sancendo che:

³⁷ Così riporta il testo M.J. FORDE, *Foreign Social Security Institutions and the Collateral Benefits Rules in Britain*, in 42 *Md. L. Rev.* 389, 402 (1979).

³⁸ *Ibid.*

³⁹ Corte giust. Cee, 16 maggio 1973, causa C-78/72, *L'Etoile-Syndicat Général v. de Wall*, in *E.C.R.*, 1973, 499.

l'istituzione non può esigere dal terzo responsabile il pagamento di somme diverse da quelle spettanti alla vittima del 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 ai diritti nazionali degli stati membri.

L'*acquis* di *Etoile* corrispondeva, in fondo, alla più chiara formulazione della norma versata, quando ancora la compagine europea era ferma a quella iniziale, nell'art. 93 del Regolamento CEE 1408/71⁴⁰, relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati, ai lavoratori autonomi e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità.

In questo nuovo strumento impiegato per rafforzare l'embrione della sicurezza sociale europea, non si demandò più la soluzione dei problemi applicativi posti dalla norma di rinvio a convenzioni bilaterali, ma si reiterò l'idea che fosse «opportuno rispettare le caratteristiche proprie alle legislazioni nazionali di sicurezza sociale e di elaborare unicamente un sistema di coordinamento», nel tentativo di «garantire all'interno della Comunità ai lavoratori cittadini degli Stati membri, nonché ai ri-

⁴⁰ La norma, rubricata «Diritti delle istituzioni debentrici nei confronti di terzi responsabili», disponeva:

1. Se, in virtù della legislazione di uno Stato membro, una persona beneficia di prestazioni per un danno risultante da fatti verificatisi nel territorio di un altro Stato membro, gli eventuali diritti dell'istituzione debitrice nei confronti del terzo tenuto a risarcire il danno sono disciplinati nel modo seguente:
 - a) quando l'istituzione debitrice è surrogata, in virtù della legislazione che essa applica, nei diritti che il beneficiario ha nei confronti del terzo, tale surrogazione è riconosciuta da ogni Stato membro; b) quando l'istituzione debitrice vanta in linea diretta un diritto nei confronti del terzo, ogni Stato membro riconosce tale diritto.
2. Se, in virtù della legislazione di uno Stato membro, una persona beneficia di prestazioni per un danno risultante da fatti verificatisi nel territorio di un altro Stato membro, le disposizioni della suddetta legislazione, che determinano i casi in cui è esclusa la responsabilità civile dei datori di lavoro o dei lavoratori che essi occupano, si applicano nei confronti della suddetta persona o dell'istituzione competente.

Le disposizioni del paragrafo 1 sono applicabili anche agli eventuali diritti dell'istituzione debitrice nei confronti di un datore di lavoro o dei lavoratori che egli occupa, nei casi in cui la loro responsabilità non è esclusa.

spettivi aventi diritto e ai loro superstiti, la parità di trattamento di fronte alle diverse legislazioni nazionali»⁴¹.

Si ponevano così le condizioni perché a valle dell'operare della norma di conflitto cominciasse a maturare un frutto avvelenato, i cui contorni, proseguendo, appariranno sempre più nitidamente.

In effetti, sul piano di un metaforico «dare e avere» fra enti europei debitori di prestazioni sociali, la soluzione prescelta si manteneva neutrale. Lo Stato membro A, politicamente refrattario alla surrogazione dell'assicuratore sociale, avrebbe continuato a manifestare la sua generosità anche a favore del proprio cittadino danneggiato nello Stato B.

Per converso lo Stato B, attento a prevedere la surrogazione dei propri enti pagatori, avrebbe continuato a garantire a costoro la possibilità di mettere in pratica questa preoccupazione anche nella vicenda risarcitoria del proprio cittadino, vittima di un danno nel territorio dello Stato A (a prescindere dalla circostanza che le norme di diritto privato internazionale designino, o non, il diritto di quest'ultimo Stato a legge applicabile alla controversia risarcitoria).

Applicando la norma di conflitto, diventava inevitabile che, nel giudizio risarcitorio istaurato innanzi alla Corte di un paese membro refrattario a concedere all'ente assistenziale il diritto di surrogazione, la Corte fosse obbligata a riconoscere tale diritto, se adita dall'ente di un cittadino appartenente a un Paese membro ove tale diritto era invece contemplato.

Le conseguenze di questo riconoscimento a rime obbligate si sarebbero così fatalmente proiettate nel giudizio risarcitorio, nella ripartizione della torta compensativa connessa all'affermazione della responsabilità civile del responsabile del fatto illecito, costituente anche occasione della prestazione assistenziale nel paese di provenienza del danneggiato.

Se il civilmente obbligato al risarcimento – cui è ascritto l'evento che propizia il sorgere del diritto alla prestazione espressione della sicu-

⁴¹ Ha analizzato (prima della riforma recata dalla l. n. 218/1995) l'impostazione ai tempi accolta dal legislatore comunitario, nel più ampio contesto delle norme di diritto internazionale privato dipendenti da altre fonti di diritto pattizio internazionale applicabili in materia di sicurezza sociale, M. LUGATO, *Assicurazioni sociali e diritto internazionale privato*, Milano, 1994, 127 ss.

rezza sociale – è costretto a risarcire l'ente surrogatosi nei diritti del danneggiato, con l'obbligo di riconoscere la surrogazione si creano le condizioni perché, nel computare il danno conseguente al giudizio instaurato dal danneggiato (quand'anche il giudizio non si riveli necessario e la liquidazione del danno avvenga in via transattiva fra le parti), si debba tener conto della partita di giro che il riconoscimento della surrogazione impone di effettuare.

Salvo ipotizzare, scardinando un limite costitutivo che al meccanismo civilistico della surrogazione si riconosce sotto ogni cielo, la condanna del convenuto di turno a un risarcimento ultracompensativo, dai tratti illogicamente punitivi.

Non hanno contribuito a rallentare la maturazione del frutto avvelenato avviata dalla (non-)scelta del legislatore europeo gli interventi operati dai giudici di Lussemburgo nel vigore del Regolamento del 1971.

Nel caso *Deutsche Angestellten-Krankenkasse (DAK)* la Corte fu interpellata dai giudici danesi per dirimere la controversia sorta fra un ente previdenziale tedesco e un assicuratore danese, intorno alla possibilità che il primo si surrogasse nei diritti della propria beneficiaria, agendo contro il secondo innanzi alla corte danese, per recuperare le somme corrisposte per far fronte alle spese di degenza e trasporto in patria della cittadina tedesca, nell'ambito del giudizio risarcitorio che quest'ultima aveva instaurato dopo essere stata coinvolta in un sinistro stradale nel paese scandinavo⁴².

La Corte interpretò l'art. 93 del Regolamento 1408/1971⁴³, nel senso di ritenere che la norma imponesse alla Corte danese di ammettere

⁴² Corte giust. Ce, 2 giugno 1994, n. 428, causa C-428/92, *Waltraud Schmitz c. Deutsche Angestellten-Krankenkasse*, in A.C. NEAL, *European Labour Law and Social Policy: Cases and Materials*, The Hague, 1999, 497.

⁴³ Il principio di autosufficienza dovrebbe applicarsi anche agli scritti che propongono una riflessione su dati legislativi che non si possono assumere noti al destinatario della riflessione. Il che consiglia di riprodurre qui di seguito la norma su cui si ragiona, rubricata «Diritti delle istituzioni debtrici nei confronti di terzi responsabili».

1. Se, in virtù della legislazione di uno Stato membro, una persona beneficia di prestazioni per un danno risultante da fatti verificatisi nel territorio di un altro Stato membro, gli eventuali diritti dell'istituzione debitrice nei confronti del terzo tenuto a risarcire il danno sono disciplinati nel modo seguente:
 - a) quando l'istituzione debitrice è surrogata, in virtù della legislazione che

l'azione promossa dall'ente tedesco contro l'assicuratore, anche se la legge danese escludeva espressamente che l'ente erogatore di prestazioni di sicurezza sociale potesse surrogarsi nei diritti risarcitori dell'assistito, ovvero potesse esperire direttamente un'azione di regresso nei confronti del responsabile del fatto posto a base dell'erogazione assistenziale.

Così statuendo, la Corte infondeva validità alla scelta operata dal legislatore europeo.

Una scelta siffatta, secondo i giudici europei, costituiva

la logica ed equa contropartita dell'estensione degli obblighi di detti enti all'intero territorio della comunità e configura quindi 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 terzo⁴⁴.

Sibillamente la corte soggiungeva che

l'art. 93, n. 1, non è però inteso a modificare le norme che si applicano per stabilire se ed entro quali limiti sorga la responsabilità extracontrattuale del terzo responsabile del danno, la quale resta soggetta alle norme sostanziali che vengono di solito applicate dal giudice nazionale

essa applica, nei diritti che il beneficiario ha nei confronti del terzo, tale surrogazione è riconosciuta da ogni Stato membro; b) quando l'istituzione debitrice vanta in linea diretta un diritto nei confronti del terzo, ogni Stato membro riconosce tale diritto.

2. Se, in virtù della legislazione di uno Stato membro, una persona beneficia di prestazioni per un danno risultante da fatti verificatisi nel territorio di un altro Stato membro, le disposizioni della suddetta legislazione, che determinano i casi in cui è esclusa la responsabilità civile dei datori di lavoro o dei lavoratori che essi occupano, si applicano nei confronti della suddetta persona o dell'istituzione competente.

Le disposizioni del paragrafo 1 sono applicabili anche agli eventuali diritti dell'istituzione debitrice nei confronti di un datore di lavoro o dei lavoratori che egli occupa, nei casi in cui la loro responsabilità non è esclusa.

⁴⁴ Corte giust. Ce, 2 giugno 1994, n. 428, causa C-428/92, cit.

adito dall'ente debitore o anche dalla vittima, cioè in linea di principio alla legge dello stato membro nel cui territorio si è verificato il danno⁴⁵.

Con il caso *Kordel* il frutto avvelenato giunse a ulteriore maturazione⁴⁶. Il caso era sottoposto alla corte europea dal giudice tedesco, chiamato a definire le conseguenze risarcitorie di un sinistro stradale nel quale aveva perso la vita un cittadino lussemburghese, questa volta per mano di un assicurato tedesco. La vedova e la figlia della vittima avevano ricevuto dalla cassa pensionistica del Granducato una rendita vitalizia nei limiti del capitale di copertura goduto dall'assicurato deceduto.

La cassa, invocando l'art. 93 del Regolamento CEE del 1971, faceva valere la surrogazione nei confronti dei soggetti tenuti a risarcire le conseguenze del decesso innanzi al giudice tedesco. Ma i convenuti tedeschi non avevano mancato di rilevare come la legge lussemburghese, diversamente dal diritto tedesco, escludesse espressamente il diritto di surrogazione in capo all'ente previdenziale erogatore delle prestazioni versate nella fattispecie dalla cassa lussemburghese e che, in ogni caso, in base al diritto tedesco, qualsiasi diritto azionabile dai superstiti della vittima nei confronti del responsabile del decesso e dell'assicuratore di quest'ultimo avrebbe dovuto essere subordinato all'accertamento dell'esistenza, in capo alla vittima che fosse rimasta in vita, di un obbligo attuale o futuro di versare gli alimenti a costoro.

Il *Langericht* di Treviri interpellava i giudici europei per sapere se, nell'applicare la norma di conflitto prevista dall'art. 93 del Regolamento del 1971, fosse tenuto a dar corso al diritto lussemburghese e se, in ogni caso, prima di procedere alla surrogazione, dovesse preliminarmente accertare nel merito la consistenza dei diritti dei superstiti della vittima, in conformità alle condizioni contemplate dal *Schuldrecht* tedesco.

La corte europea indicò al giudice nazionale un percorso interpretativo scandito in due fasi. Innanzitutto la corte nazionale avrebbe dovuto accertare il contenuto del diritto al risarcimento vantato dalla vittima

⁴⁵ *Ivi*.

⁴⁶ Corte giust. Ce, 21 settembre 1999, n. 397, causa C-397/96, *Caisse de pension des employés privés c. Kordel e altro*, in *Orient. giur. lav.*, 1999, 117, con annotazione di M. BERNASCONI.

conformemente al diritto nel paese nel quale la controversia era radicata, onde verificare che l'esercizio della surrogazione eventualmente prevista dalla legislazione dello Stato dell'ente assistenziale non eccedesse il contenuto dei diritti che la vittima o i suoi aventi causa potevano vantare nei confronti dell'autore del danno.

Solo dopo aver definito l'estensione di questi diritti, la Corte avrebbe potuto esaminare la questione della surrogazione a favore dell'ente in base alla legge nazionale di quest'ultimo, restando impregiudicata la piena autonomia con la quale la corte nazionale investita dalla domanda risarcitoria avrebbe dovuto intraprendere l'interpretazione di tale normativa straniera, essendo la corte europea incompetente a valutare il diritto interno dei paesi membri.

All'indomani dei casi *DAK* e *Kordel* ogni problema posto dalla norma di conflitto elaborata agli albori dell'edificazione del diritto europeo per gestire il coordinamento fra diritto alla sicurezza sociale e responsabilità civile negli stati membri sembrava appianato, con un meccanismo valutativo piuttosto lineare indicato a beneficio dei giudici nazionali.

Vediamo però di analizzare più da presso questo meccanismo, per aumentare in realtà a quattro, così facendo, i passaggi entro cui si sarebbe dovuta compiere la valutazione del giudice nazionale. Che nell'ordine avrebbe dovuto: 1) verificare la consistenza (nell'*an* e nel *quantum*) del diritto risarcitorio della vittima dell'illecito, guardando esclusivamente al proprio diritto nazionale della responsabilità civile; 2) accertare se, e a quali condizioni, il diritto di surrogazione invocato dall'ente fosse effettivamente riconosciuto dalla legislazione del paese membro cui l'ente apparteneva, verificando altresì la corrispondenza fra l'importo chiesto e quello liquidabile secondo tale legislazione; 3) verificare che l'importo a quel punto riconoscibile in via di surrogazione trovasse corrispondenza e capienza nel risarcimento virtualmente liquidabile (in base al diritto nazionale della corte precedente) al danneggiato, dante causa del diritto surrogato, azionato dall'ente; 4) dare corso alla surrogazione, avendo cura all'occorrenza di ridurre l'importo liquidato a favore dell'ente, ove il *quantum* del diritto surrogato fosse risultato incapiente rispetto alla misura del risarcimento liquidabile al danneggiato in base al diritto della corte precedente, per far sì che – final-

mente – della torta risarcitoria liquidata, globalmente posta a carico del danneggiante o del suo eventuale assicuratore, a ciascuno andasse aritmeticamente il suo.

Restava in ombra in questa procedura valutativa un problema che nel punto 3) tendeva a restare sottotraccia: la verifica della piena corrispondenza funzionale fra diritto risarcibile e diritto «surrogato».

Ammessa la verifica sulla capienza (ovvero, sulla capacità dell'importo liquidabile al danneggiato di assorbire la somma chiesta in surrogazione dall'ente pagatore), questa verifica avrebbe dovuto essere puramente contabile, muovendo dall'integralità delle somme implicate nel risarcimento complessivamente liquidabile al danneggiato, o, invece, avrebbe dovuto limitarsi a considerare somme oggetto del potenziale risarcimento, perché dirette a compensare una voce di danno (se non coerente, almeno) funzionale o, perlomeno, omogenea allo scopo dell'indennità ricevuta dal danneggiato in guisa di attribuzione di un sistema di sicurezza sociale?

In altre e più nitide parole – per dare senso concreto al quesito, evocando voci di danno familiari al cultore della responsabilità civile italiana – avrebbe una pensione di reversibilità potuto indifferentemente scompularsi da: a) il danno alla persona eventualmente sofferto dal danneggiato a seguito del decesso del congiunto; b) il danno da perdita di *chances* lavorative subito dal danneggiato in conseguenza della perdita del familiare; c) l'eventuale danno biologico del *de cuius* sofferto prima dell'*exitus* nelle forme di un danno catastrofico o da agonia e poi pervenuto *iure successionis* al congiunto; d) il danno derivante dalla perdita del mantenimento economico che il congiunto deceduto assicurava in vita al danneggiato?

Omettere la risposta a questo interrogativo significa nei fatti far sì – sconfessando la semplicistica professione di fede operata dalla CGUE in *Kordel* – che il funzionamento del meccanismo di confitto europeo finisca – in concreto – per incidere in misura nient'affatto trascurabile sul contenuto sostanziale delle norme applicate per stabilire se, ed entro quali limiti, sorga la responsabilità extracontrattuale del terzo responsabile del danno, responsabilità che sarebbe – secondo *Kordel* – destinata a restare assoggettata alle norme sostanziali applicate dal giudice nazionale adito dall'ente debitore o anche dalla vittima.

Limitarsi a dire, infatti, che le somme assoggettabili a surrogazione dell'assicuratore sociale debbano essere oggetto di una prima valutazione mirante a verificare se, in base alla responsabilità civile domestica, il diritto candidato alla surrogazione possa rivelarsi capiente rispetto alle somme reclamabili dall'ente pagatore straniero, è un modo per mettere in ombra la valutazione effettuabile dal giudicante sulla funzione dell'attribuzione patrimoniale che il sistema di sicurezza sociale mira a realizzare e, dunque, sulla scelta «politica» eventualmente effettuata dal legislatore del Paese membro di turno.

E, per converso, minaccia di alimentare una situazione nella quale l'attenzione posta dal paese dell'ente erogatore al recupero delle somme versate dalla propria assistenza sociale (con una scelta che nella sua essenza risponde a una valutazione politica) possa in concreto finire per intaccare la consistenza dei diritti che il dispositivo risarcitorio, in base alle giustificazioni che si associano alla traduzione in denaro di quei diritti, misura nell'ordinamento ove avviene la valutazione di ciò che alla fine confluisce indistintamente nell'obbligazione risarcitoria posta a carico del responsabile⁴⁷.

⁴⁷ Un esempio può favorire una riflessione più lineare sul problema evocato.

Il paese A assicura un welfare molto generoso ai propri consociati quando perdano un congiunto (nell'ipotesi esemplificatrice: il totale di benefici, contributi, pensioni, indennizzi ammonta a 300.000 euro), ma, qualora l'attivazione del welfare dipenda da un fatto illecito, prevede la piena surrogazione dell'ente nei diritti del danneggiato/beneficiario.

Il congiunto ha la ventura di perdere la vita, determinando il sorgere del credito risarcitorio nel paese B, ove la responsabilità civile definisce la consistenza di questo credito restituendo in denaro una serie di diritti che possono avere originaria consistenza patrimoniale, o non, e che sono risarciti per una giustificazione diversa da quella di ripianare il mero sostentamento economico perduto dal danneggiato con la scomparsa del proprio congiunto. Anche qui si possono immaginare cifre di fantasia in euro: 100.000 per biologico terminale del *de cuius* deceduto a qualche mese di distanza dall'evento dannoso; 150.000 per sostentamento cessante; 70.000 per biologico *iure proprio*, attestato dalla grave depressione che ha colpito il congiunto dopo il lutto; 120.000 per danno non patrimoniale, quale perdita del legame affettivo; 100.000 quale danno patrimoniale per la perdita di *chances* seguita allo sconvolgimento della vita professionale determinato dalla scomparsa del congiunto; 50.000 per le particolari cure resesi necessarie al *de cuius* durante l'agonia; 10.000 quali spese sostenute dal danneggiato

In questo senso comincia a svelarsi uno dei primi effetti del frutto avvelenato cui s'è alluso.

«È necessario *rispettare le caratteristiche proprie delle legislazioni nazionali di sicurezza sociale* ed elaborare unicamente un sistema di coordinamento».

È anche declamando nuovamente questa considerazione – che alla luce delle considerazioni appena svolte appare forse meno sincera di quanto a prima lettura possa sembrare – che il Parlamento e il Consiglio dell'Unione, due giorni prima che l'Europa crescesse ancora, passando da 15 a 25 stati membri, adottarono il Regolamento (CE) n. 883/2004 del 29 aprile 2004, relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale, che è oggi vigente.

In esso l'art. 85 puntualmente ripropone, senza modifiche sostanziali⁴⁸, il meccanismo della norma di conflitto risalente nella sua essenza

durante l'assistenza al congiunto, per viaggi e soggiorni ove quest'ultimo era ospedalizzato durante l'agonia; per un totale di 600.000 euro.

In un'ipotesi siffatta non v'è chi non veda come una surrogazione meramente contabile, conseguente all'applicazione delle norme europee, indurrebbe a realizzare l'intero credito dell'ente su 150.000 euro che la responsabilità civile trasferisce dal danneggiante al danneggiato per finalità che non corrispondono al sostentamento economico che il welfare dello Stato erogatore assicura a quest'ultimo.

⁴⁸ L'art. 85 del Regolamento 884/2004 prevede quanto segue.

1. Se, in virtù della legislazione di uno Stato membro, una persona beneficia di prestazioni per un danno risultante da fatti verificatisi in un altro Stato membro, gli eventuali diritti dell'istituzione debitrice nei confronti del terzo, tenuto a risarcire il danno, sono disciplinati nel modo seguente:
 - a) quando l'istituzione debitrice è surrogata, in virtù della legislazione che essa applica, nei diritti che il beneficiario ha nei confronti del terzo, tale surrogazione è riconosciuta da ogni Stato membro;
 - b) quando l'istituzione debitrice vanta in linea diretta un diritto nei confronti del terzo, ogni Stato membro riconosce tale diritto.
2. Se, in virtù della legislazione di uno Stato membro, una persona beneficia di prestazioni per un danno risultante da fatti verificatisi in un altro Stato membro, le disposizioni della suddetta legislazione che determinano i casi in cui è esclusa la responsabilità civile dei datori di lavoro o dei loro impiegati, si applicano nei confronti della suddetta persona o dell'istituzione competente.

Il paragrafo 1 si applica anche agli eventuali diritti dell'istituzione debitrice nei confronti dei datori di lavoro o dei loro impiegati, nei casi in cui non è esclusa la loro responsabilità.

all'ormai lontano 1958, con la conseguenza di perpetuare il problema più volte segnalato in queste righe, che fra breve vedremo prodursi.

Lumeggiato nella sua dimensione diacronica, è questo lo scenario dischiuso dal diritto europeo ai giudici territoriali impegnati a risolvere il caso dello sciatore tedesco deceduto sulle nevi trentine. I quali hanno tentato con varie argomentazioni di negare la rivalsa promossa dall'ente pagatore tedesco.

In primo grado il giudice non mancava di attribuire rilievo alla quietanza prodotta in giudizio dal responsabile del sinistro e dal suo assicuratore, per riconoscere l'intervenuto soddisfacimento del diritto dei danneggiati, ritenuto opponibile anche alla pretesa dell'ente pagatore tedesco, senza sincerarsi se tale opponibilità si desse anche in base alla normativa tedesca applicabile al caso, a tenore della quale il diritto azionato dagli attori riceve legittimazione autonoma dalla legge istitutiva del diritto di surrogazione.

Il che induceva la Corte a ritenere superfluo accertare l'*an* e il *quantum* del diritto vantato in base alle regole italiane dai danneggiati tedeschi, sebbene il decreto di condanna passato in giudicato, con cui s'era chiuso il risvolto penale del tragico scontro sulle nevi, oltre a non spiegare alcun effetto in sede civile, fosse stato assai sbrigativo nell'accertare la responsabilità dell'imputato⁴⁹.

3) Qualora ai sensi dell'articolo 35, paragrafo 3, e/o dell'articolo 41, paragrafo 2, due o più Stati membri o le loro autorità competenti abbiano concluso un accordo di rinuncia al rimborso tra le istituzioni che rientrano nell'ambito della loro competenza o, qualora il rimborso sia indipendente dall'importo delle prestazioni realmente erogate, gli eventuali diritti nei confronti di un terzo responsabile del danno sono disciplinati nel modo seguente:

- a) qualora l'istituzione dello Stato membro di residenza o di dimora eroghi ad una persona delle prestazioni per un danno occorso nel proprio territorio, detta istituzione potrà avvalersi del diritto di surrogazione o dell'azione diretta, nei confronti del terzo tenuto a risarcire il danno, ai sensi delle disposizioni della legislazione che essa applica;
- b) per l'applicazione della lettera a):
 - i) il beneficiario delle prestazioni sarà considerato essere assicurato presso l'istituzione del luogo di residenza o di dimora; e
 - ii) la suddetta istituzione sarà considerata essere l'istituzione debitrice;
- c) si continuano ad applicare i paragrafi 1 e 2 alle prestazioni non contemplate dall'accordo di rinuncia o da un rimborso indipendente dall'importo delle prestazioni realmente erogate.

⁴⁹ Trib. Trento-Cavalese, 13 novembre 2009, cit., 5-6 dell'originale.

L'accertamento dei fatti del caso in sede civile continuava a essere omissso in appello, ove il diritto tedesco applicabile in forza del diritto europeo era aggirato, mercé un ragionamento svolto in base al diritto italiano, per ribadire che il diritto al trattamento pensionistico erogato dall'ente pagatore tedesco agli eredi della vittima dell'illecito non traeva causa dall'illecito, ma direttamente dalla legge o dal contratto, e non poteva, pertanto, essere considerato nel computo del danno risarcibile⁵⁰.

Investita del ricorso in legittimità, la Cassazione a questo punto avrebbe potuto tagliar corto. Perché ristabilire la *primauté* della legislazione europea nella scansione illustrata dai casi *DAK* e *Kordel* (verifica dei contenuti del diritto al risarcimento del danno in base al diritto dello Stato membro ove si è verificato il danno, seguita dalla verifica dei presupposti e limiti dell'azione di surrogazione alla luce del diritto dello Stato membro dell'ente pagatore) non imponeva di procedere a rime obbligate all'ordinanza di rinvio al primo Presidente⁵¹.

In particolare, ogni valutazione adottabile in sede di legittimità avrebbe dovuto prendere le mosse dal riconoscere che i giudici di merito avevano validamente attribuito alla quietanza versata in atti la capacità di attestare l'avvenuto riconoscimento transattivo del diritto di credito del danneggiato, prodromico all'esame dei conseguenziali problemi posti dalla vicenda, tenendo fermo l'ambito entro il quale tale riconoscimento è suscettibile di assumere validità secondo il diritto italiano⁵².

⁵⁰ App. Trento, 29 giugno 2011; Pres. Taglialatela, Rel. Massaro, inedita, 10 dell'originale.

⁵¹ Cass. civ., 4 marzo 2015, n. 4447 (ord.), cit.

⁵² In particolare si sarebbe dovuto considerare l'atto di quietanza, rilasciato nella circostanza dal danneggiato all'assicuratore del responsabile, idoneo a ritenere integrati quegli elementi di fatto, anche desumibili dal contenuto complessivo del documento, che, secondo il diritto italiano, consentono di ricavare da quest'atto unilaterale recettizio l'esistenza di una volontà transattiva o di rinuncia ad altre pretese da parte del creditore, integrando un pieno accertamento negoziale del diritto controverso a seguito di reciproche concessioni, secondo l'orientamento consolidato della stessa corte di legittimità, su cui da ultimo Cass. civ., 15 settembre 2015, n. 18094, in *Rep. Foro it.*, 2015, voce *Obbligazioni in genere*, n. 46; Cass. civ., 6 maggio 2015, n. 9120, in *Rep. Foro it.*, 2015, voce cit., 47; Cass. civ., 28 maggio 2013, n. 13189, in *Rep. Foro it.*, 2013, voce cit., n. 54; e in particolare Cass. civ., 20 gennaio 2003, n. 729, in *Contratti*, 2003, 683,

In caso contrario, infatti, il rinvio alla corte di merito sarebbe stato un atto dovuto, non potendo il giudice di legittimità discutere di diritti controversi in difetto di una sentenza di merito che ne abbia processualmente accertato il fondamento.

In entrambi i casi, comunque, i giudici di legittimità avrebbero potuto farsi guardiani diretti del diritto europeo, per rinviare il caso alla corte territoriale, affinché lo aggiudicasse applicando il test apprestato da *Kordel*, nella versione più analitica che si è avuto modo di lumeggiare qualche rigo fa.

Nella prima ipotesi alla corte del rinvio sarebbe spettato ricostruire, nell'ambito della transazione intervenuta, quale somma fosse pervenuta alle cittadine tedesche a titolo di danno patrimoniale da sostentamento cessante conseguente alla perdita del congiunto.

Nella seconda ipotesi, ove la quietanza fosse stata considerata un semplice pagamento anticipato, insuscettibile di costituirsi nel prodotto di una piena volontà transattiva delle parti, la corte territoriale investita *ex novo* della vicenda avrebbe dovuto essere richiamata al compito, non assolto dalle corte territoriali prima che il processo giungesse in Cassazione, di accertare *an* e *quantum* dell'intero credito risarcitorio, considerando il pagamento dedotto in quietanza un mero acconto versato sul credito risarcitorio.

Ove avesse dubitato sui precisi contorni applicativi del test sulla capienza, la S.C., ancor prima del rinvio, avrebbe dovuto (*ex art. 267*, par. 3, TFUE) sollecitare un responso interpretativo dalla CGUE, costruendo una questione di pregiudizialità atta a ottenere un chiarimento univoco sul fatto che il test sulla capienza della surrogazione rispetto al credito risarcitorio debba essere, o non, condotto «solo» sull'estensione della voce di danno assimilabile alla funzionalità espressa dall'erogazione dell'ente pagatore⁵³, restando in tal modo la questione conclusa

con nota di A. PALMIERI, *Quietanza rilasciata dall'assicurato e prova degli elementi costitutivi della transazione*, ove la corte ribadiva l'orientamento consolidato, ritenendo esente da vizi di motivazione la sentenza di merito che qualificava la quietanza sottoscritta da un assicurato quale valida transazione, avendo nella fattispecie il giudice di merito accertato che le parti si erano scambiate reciproche concessioni.

⁵³ Come si è visto, anche in esito al caso *Kordel*, la questione resta priva di riscontri nella giurisprudenza della Corte europea. A rigore, dunque, essa avrebbe dovuto rende-

in un punto di domanda diretto a chiarire le condizioni di applicabilità della normativa europea, cui sarebbe rimasta estranea la necessità di por mano a un ripensamento di istituti e concetti propri del diritto municipale della responsabilità civile.

Il passo successivo demandato alla corte territoriale sarebbe stato accertare il concreto sussistere nel caso delle condizioni poste all'esercizio della surrogazione dal *Sozialgesetzbuch*, dall'applicazione delle quali sarebbe dipeso l'eventuale soddisfazione delle ragioni creditorie azionate in Italia dall'assicuratore sociale tedesco.

Nel consentire di risolvere in questo modo la controversia nel merito, la decisione della S.C. avrebbe sortito due effetti. Avrebbe impedito che al ripetersi di fattispecie analoghe in terra italiana la normativa europea fosse oggetto di applicazioni errate o strumentali. E avrebbe lasciato integra – eventualmente contribuendo a chiarirne i contorni applicativi con la proposizione della questione di pregiudizialità di cui s'è detto – la neutralità della norma di conflitto divisata in Europa, ottemperando alla volontà, chiaramente enunciata dal diritto uniforme, di lasciare che in Germania si applichi la surrogazione e in Italia no, volontà scandita a chiare lettere dal Regolamento 884/2004 in quell'«è necessario rispettare le caratteristiche proprie delle legislazioni nazionali di sicurezza sociale», che merita rinnovata sottolineatura...

Si è scelto di non seguire questa strada. La terza sezione ha ritenuto superflua ogni considerazione in merito alla capacità della quietanza riscontrata nei giudizi di merito di fungere da valido negozio di accertamento transattivo sull'*an* e il *quantum* del credito risarcitorio.

Dalla vicenda si è, invece, tratta occasione per tentare di venire a capo di un problema tutto interno al diritto italiano, sollecitando le Sezioni Unite a pronunciarsi su un quesito mirante a stabilire se, in base

re inoperante la possibilità concessa al giudice di ultima istanza nazionale di derogare all'obbligatorietà del rinvio alla corte di Lussemburgo richiesto dalle parti, in base alla dottrina del c.d. «acte claire» (invece invocata espressamente dall'ordinanza n. 4447/2015 della Cassazione), per la quale tale facoltà di deroga può essere esercitata quando il giudice nazionale di ultima istanza si convince di poterla risolvere con i toni dell'auto-evidenza, sulla base delle univoche indicazioni già offerte dalla giurisprudenza europea. Sul tema, da ultimo, G. VITALE, *La logica del rinvio pregiudiziale tra obbligo di rinvio per i giudici di ultima istanza e responsabilità*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2013, 59.

alla legge italiana, il danno invocato dalle danneggiate tedesche nella vicenda dovesse accertarsi, o non, tenendo conto della circostanza che il fatto illecito aveva determinato la percezione di un beneficio suscettibile di elidere in diritto la possibilità di valutare il persistere di una diminuzione nel patrimonio delle danneggiate, almeno fino alla concorrenza delle somme a queste ultime erogate dall'ente pagatore tedesco.

Entrambe le corti territoriali trentine avevano ritenuto, pur se con accenti diversi, che nella vicenda da loro vagliata tale possibilità non si desse, evocando la tradizionale contrarietà del diritto italiano all'operare della *compensatio lucri cum damno* quando danno e benefici pensionistici finiscano per coesistere nel patrimonio del danneggiato, in base ad un consolidato orientamento di cui a breve si verificheranno le scaturigini.

Ma la terza sezione, rilevando il sopravvenire nella giurisprudenza di legittimità di un nuovo orientamento sul punto in tempi successivi alla pronuncia della Corte di appello di Trento oggetto di ricorso in Cassazione, riteneva opportuno investire le S.U. del compito di dirimere il contrasto⁵⁴. Sul rilievo che, se in tale mutato contesto il *revirement* fosse stato confermato, il conseguente principio di diritto avrebbe imposto di ritenere che, nella fattispecie, i quasi 250.000 euro, versati dall'ente pagatore tedesco ai congiunti dello sciatore deceduto, avessero

⁵⁴ Il contrasto è stato denunciato rilevando come – a qualche mese di distanza dalla sentenza del giugno 2014 fautrice della nuova impostazione in tema di *clcd* e benefici pensionistici – la terza sezione in diversa composizione avesse (senza troppa convinzione per la verità) rinnovato fiducia all'orientamento tradizionale in tema di *clcd*, nel caso di una vittima dell'illecito che, a seguito dell'invalidità contratta in esito all'illecito subito, si era vista riconoscere l'assegno di invalidità civile.

Rinunciando a elaborare una confutazione ragionata del nuovo orientamento, Cass. civ., 30 settembre 2014, n. 20548, in *Rep. Foro it.*, 2014, voce *Danni civili*, n. 246, si è, infatti, limitata a statuire che:

in tema di risarcimento del danno da illecito, il principio della *compensatio lucri cum damno* trova applicazione unicamente quando sia il pregiudizio che l'incremento patrimoniale siano conseguenza del medesimo fatto illecito, sicché non può essere detratto quanto già percepito dal danneggiato a titolo di pensione di inabilità o di reversibilità, ovvero a titolo di assegni, di equo indennizzo o di qualsiasi altra speciale erogazione connessa alla morte o all'invalidità, trattandosi di attribuzioni che si fondano su un titolo diverso dall'atto illecito e non hanno finalità risarcitorie.

corrispondentemente eliso la consistenza del diritto risarcibile che le regole europee imponevano di accertare in base al solo diritto italiano.

Con l'effetto di dover dichiarare la

limitazione del diritto al risarcimento del danno della vittima (o dei suoi aventi causa), in funzione del quale diritto l'assicuratore sociale/ente previdenziale può esercitare l'azione di surrogazione ad esso spettante (nel caso all'esame, secondo il diritto tedesco) nei confronti del responsabile civile⁵⁵.

Con una motivazione assai succinta, che ha comunque richiesto quasi 15 mesi per farsi leggere, il collegio dei nove ha però negato risposta al quesito costruito dalla terza sezione, rilevando come i presupposti sul quale la Corte sezionale aveva eretto la rilevanza della questione fossero inficiati in radice dalla circostanza di non aver considerato «le ragioni dalle quali sarebbe derivata l'eventuale surrogabilità dell'ente ricorrente», laddove «nell'esame concreto della pretesa azionata è stata *bypassata* la premessa maggiore dello sviluppo argomentativo, vale a dire l'esame dell'entità del danno e della sua risarcibilità»⁵⁶.

Il che, implicitamente, sta a significare che la Corte ha ritenuto di non seguire la terza sezione nell'idea di dare per scontato, con una motivazione apparentemente tacita, che la quietanza versata negli atti del processo implicasse un valido accertamento negoziale del diritto risarcitorio posto a base della pretesa surrogatoria dell'ente tedesco.

Per quanto, in un *obiter* di cortesia, le S.U. abbiano ammesso che la questione individuata dalla terza sezione, in astratto, individui un problema di «estremo interesse» dal punto di vista teorico, in concreto la decisione sull'ordinanza di rimessione ha finito per negare che, nella fattispecie, i giudici di merito fossero tenuti a svolgere il proprio lavoro di accertamento e computo applicando d'ufficio la *doctrine* della *clcd*, per ritenere che essa elida la risarcibilità del danno in misura corrispondente alle somme erogate ai danneggiati a seguito dell'intervento del welfare tedesco.

⁵⁵ Così Cass. civ., 4 marzo 2015, n. 4447 (ord.), cit.

⁵⁶ Sez. un., 30 giugno 2016, n. 13372, cit.

La questione, dunque, è tornata al punto di partenza, per impegnare una corte di appello che, a questo punto, sarà tenuta a dar corso al giudizio di merito finora mancato in questa complicata vicenda. Con una particolarità. Si tratterà di un impegno tutto virtuale, posto che le somme risultanti dal computo, da calcolarsi voce per voce, in tutte le effettive estensioni dei vari cespiti dannosi, serviranno solo a definire l'esatta consistenza del diritto candidato alla pretesa surrogatoria azionata dall'ente tedesco.

Una volta chiarito a quali somme riferire l'eventuale surrogazione, il giudice territoriale impegnato dal rinvio dovrà interpretare il diritto tedesco applicabile, per verificare se in Germania la surrogazione chiesta dall'ente si dia (e, in capo positivo, per quale esatto importo).

Circa il se, il § 116 del SGB, rubricato «Diritti nei confronti dei responsabili del danno», prevede al primo comma che la surrogazione si realizzi contestualmente al verificarsi del danno nella sfera del danneggiato, senza attendere comunicazioni o effettivi pagamenti da parte dell'assicuratore sociale e avendo cura di specificare che la surrogazione ripete causa e si limita a riguardare prestazioni dirette a riparare danni risarciti per assolvere la medesima funzione sottesa alla loro considerazione nell'ambito dell'obbligazione risarcitoria posta a carico del debitore responsabile⁵⁷.

La normativa tedesca dispone, inoltre, che in dati casi, la cui concreta ricorrenza nella vicenda in discorso non è dato conoscere, il giudice possa anche determinarsi a ridurre o azzerare il diritto trasferito per surrogazione all'ente⁵⁸.

⁵⁷ La traduzione della norma (§ 116 del SGB, primo comma) recita:

L'azione di risarcimento del danno fondata su altre disposizioni di legge si trasferisce all'assicuratore o all'ente di assistenza sociale, nella misura in cui questo è tenuto, in conseguenza dell'evento dannoso, a prestazioni sociali rivolte a riparare un danno del medesimo tipo e relative al medesimo periodo di tempo cui si riferisce il risarcimento dovuto dal danneggiante. Queste comprendono anche: 1) i contributi a carico della sicurezza sociale, e 2) i contributi per l'assicurazione delle malattie che sarebbero dovuti per il periodo del diritto all'indennità di malattia nonostante il § 224 comma 1 del libro quinto.

⁵⁸ Tradotti, i commi 2 e 3 della normativa in discorso dispongono:

Se l'ammontare del diritto al risarcimento del danno è soggetto a un limite di legge, si trasferisce all'assicuratore o all'ente di assistenza sociale, nella misura

La circostanza di aver previsto la surrogazione *ope legis*, al venire a esistenza del danno, determina l'eventualità che il diritto di credito spettante al danneggiato (e contestualmente trasferito all'ente erogatore del beneficio) sia soddisfatto dal danneggiante, quando costui effettui il pagamento a chi gli appare creditore, ignorando la surrogazione realizzata a vantaggio dell'ente ancor prima che quest'ultimo abbia potuto erogare le sue prestazioni a beneficio del danneggiato a esse legittimato.

Consapevole dei problemi che quest'architettura giuridica può determinare in pratica, la legge tedesca li anticipa, apprestando una soluzione ispirata a sano pragmatismo. Ove il danneggiante debitore del credito risarcitorio (o l'assicuratore di quest'ultimo) estingua il suo debito in buona fede, senza aver contezza del trasferimento del credito all'ente per intervenuta surrogazione, il pagamento effettuato dal responsabile (o del suo assicuratore) conserva efficacia e può essere da lui opposto all'ente pagatore. Quando invece il pagamento avvenga nella consapevolezza dell'intervenuta surrogazione, la legge tutela le ragioni di credito dell'ente pagatore, attribuendo a quest'ultimo la più ampia possibilità di soddisfare le sue ragioni, scegliendo fra due coobbligati solidali⁵⁹.

in cui non sia necessario per compensare il danno del danneggiato o dei suoi superstiti. Se il diritto risarcimento del danno è limitato da un concorso di colpa o di responsabilità del danneggiato, all'assicuratore o all'ente di assistenza sociale si trasferisce una quota del risarcimento previsto dal primo comma per il caso di responsabilità illimitata, corrispondente alla percentuale di responsabilità del danneggiante. Ciò vale anche per il caso che l'ammontare del risarcimento sia soggetto a un limite di legge. Il trasferimento è escluso, qualora ne derivi per la vittima o i suoi superstiti una necessità di sostegno a norma delle disposizioni del libro dodicesimo.

⁵⁹ Reso in italiano, il settimo comma del § 116 SGB così dispone:

Se il danneggiato o i suoi superstiti hanno ottenuto dal responsabile, con efficacia liberatoria nei confronti dell'assicuratore o dell'ente di assistenza sociale, prestazioni imputabili al diritto trasferito, sono correlativamente tenuti a rivertere all'assicuratore o all'ente di assistenza sociale quanto ricevuto. Se le prestazioni non hanno efficacia liberatoria nei confronti dell'assicuratore o dell'ente di assistenza sociale, il responsabile e il danneggiato o i suoi superstiti sono solidalmente obbligati nei confronti dell'assicuratore o dell'ente di assistenza sociale.

Tenuti a soddisfare in solido l'obbligazione spettante all'ente pagatore sono, infatti, il responsabile del danno, che in tal caso si vede precludere la possibilità di opporre all'ente il pagamento già effettuato al danneggiato, e il beneficiario già risarcito, tenuto a ripetere i benefici ricevuti, ovviamente nella misura del risarcimento conseguito⁶⁰.

Il quadro entro il quale è avviato a soluzione il rinvio disposto dalla sentenza in rassegna sembra, quindi, delinearsi senza riservare particolari zone d'ombra interpretative, almeno ulteriori rispetto a quelle che per lunghi anni hanno fin qui fatto girare a vuoto la giustizia civile italiana nella specifica vicenda.

Dopo aver accertato e quantificato il danno virtualmente risarcibile secondo il diritto italiano, la Corte, ove non intenda cogliere l'occasione per chiedere alla CGUE di rispondere al fondamentale quesito che si è avuto modo di evocare, dovrà rendersi interprete del diritto tedesco. Il quale, come si è visto, sembra offrire ottimi motivi per respingere la domanda dell'ente pagatore, atteso che nella fattispecie la soddisfazione in via transattiva pare essere intervenuta ben prima che il *solvens* del debito risarcitorio (nella specie, assicuratore del responsabile del danno) potesse acquisire contezza dell'erogazione dei benefici ai danneggiati.

La legge teutonica prevede che in tale ipotesi l'ente possa soddisfare le proprie ragioni solo indirizzandole nei confronti dei beneficiari, tenuti a retrocedere all'assicuratore sociale quanto ricevuto in via transattiva dall'assicuratore del responsabile del danno, ovviamente nei limiti dei benefici versati dall'ente. Non essendo i beneficiari parte nel giudizio radicato dall'ente in Italia, ed esulando la retrocessione delle somme ottenute in via di transazione dal *petitum* promosso in giudizio, la vicenda processuale sembrerebbe, quindi, destinata a chiudersi con la reiezione della domanda promossa dall'ente tedesco, cui a quel punto competerà valutare se riproporre in patria le ragioni di credito promosse nel nostro Paese.

La complessa vicenda su cui ci siamo dovuti dilungare contribuisce a mettere a nudo il problema che in questo studio viene esplorato, dan-

⁶⁰ Così, A. BIELA, C. TOMSON, *Kraftverkehrs – Haftpflicht – Schäden*, Heidelberg, 2013, spec. 299-300.

do ragione dell'inadeguatezza delle soluzioni tecniche escogitate a livello europeo per garantire che fra stati membri possa funzionare spedatamente e senza incertezze il coordinamento delle divergenti soluzioni adottate a livello nazionale per definire il rapporto fra tutela risarcitoria e prestazioni degli stati sociali⁶¹.

⁶¹ Il frutto avvelenato del diritto europeo sta proprio nel fatto di prospettare l'applicazione di una regola di conflitto i cui profili applicativi non sono sufficientemente chiari. Per l'affermazione che l'art. 85 del Reg. 883/2004

does not give a clear answer to the question as to what happens in cases where the national rules diverge, e.g. where the legislation of Member State A foresees the subrogation, but where the legislation of Member State B explicitly excludes such subrogation for a purely national situation

R. CORNELISSEN, Sub art. 85, in M. FUCHS, R. CORNELISSEN, *EU Social Security Law. A Commentary on EU Regulation 883/2004 and 987/2009*, Baden-Baden, 2015, 506.

Questa perdurante situazione sembra essere in grado di far sì che le corti nazionali possano formulare ambigue letture applicative dell'apparato normativo europeo, proprio come sembra essere accaduto nel caso di Cass. civ. n. 4447/2015. Perché la norma europea resti davvero neutrale, come professano i *recital* dei regolamenti europei, sarebbe invece necessario che il giudizio virtuale (a) sia condotto applicando al caso che propizia l'attivazione della norma di conflitto esclusivamente le regole del diritto nazionale che – appunto virtualmente – si preoccupano di verificare la consistenza del danno nei soli termini rispecchiati dalle poste negative che quest'ultimo costitutivamente assume. Dal giudizio (a) devono invece restare fuori le regole che nell'ambito del medesimo diritto nazionale si occupano di dare rilevanza giuridica all'effettivo danno risarcibile, tenendo, se del caso, contestualmente conto delle poste positive entrate nel patrimonio del danneggiato in dipendenza dell'evento.

Il rischio che si alteri la neutralità del meccanismo di conflitto è altrimenti concreto. Con l'effetto di far sì che questo meccanismo, disegnato con apparente semplicità dal legislatore europeo, si traduca in un congegno assai subdolo, destinato sul lungo periodo a livellare al ribasso le scelte di welfare dei paesi membri. Un ribasso allineato a una opzione che manifesta una chiara avversione per il mantenimento di una sicurezza sociale capace di conservare i toni (anche ridistributivi) che appartengono a un ideale di Stato, inteso quale entità cui riferire il concetto di cittadinanza, capace di perseguire e realizzare un'idea attiva di solidarietà. E in nome di un'evoluzione delle opzioni di fondo che seguita ad apparire scandita dalla corsa a un'uniformità delle soluzioni giuridiche operata (solo ostentatamente, va da sé) sul registro della (pura?) tecnica giuridica, nella perdurante assenza di una politica condivisa dell'Europa intorno a tali scelte. Così concepita, francamente, questa uniformità sembra molto lontana dal riuscire a far percepire al cittadino di un paese membro il vantaggio di sentirsi *anche* cittadino europeo.

E lascia, però, aperto il contrasto circa le ragioni che potrebbero indurre a ritenere che nel diritto italiano la percezione di un beneficio collaterale al danno da parte del danneggiato sia suscettibile di restringere ciò che la responsabilità civile trasferisce nella sua sfera.

3. La «rifondazione» della compensatio lucri cum damno, fra tecnica e politica (rinvio al quinto capitolo)

Ecco svelato appieno il frutto avvelenato del diritto europeo. Esso è legato al mai riuscito tentativo di raccordare le visioni politiche non omogenee che i paesi membri implementano quando il proprio *welfare state* si attiva in conseguenza di una perdita identificante anche un danno risarcibile da un terzo.

Le poco nitide geometrie escogitate da Bruxelles possano così offrire al giudice municipale spunto per realizzare un disegno interpretativo che usa la teorica della *clcd* per accreditare l'idea che l'assicurazione sociale nasca prima del danno, e che dunque quest'ultimo si dia, tenendo costitutivamente conto della prima.

Il pretesto offerto dal diritto europeo, infatti, è stato associato, con rimarchevole tempismo, al contrasto accesi in tempi recenti nella giurisprudenza di legittimità in ordine ad alcuni fondamentali assetti che l'interpretazione giurisprudenziale e dottrinale della *clcd* nell'ordinamento italiano aveva raggiunto e consolidato da molti decenni, sullo sfondo dei principi e dei valori che la Costituzione repubblicana aveva collegato all'operare degli istituti della sicurezza sociale.

Per la verità, più che di contrasto, si dovrebbe parlare in questo caso di una vera e propria sfida intellettuale. Che è quella lanciata con ricchezza di argomentazioni sistematiche da alcune recenti sentenze della terza sezione civile della Cassazione, tutte redatte dallo stesso estensore (che, per inciso, pur senza essere incaricato di redigere la motivazione, ha fatto parte del collegio che ha partorito l'ordinanza di Cass. n. 4447/2015), il

E questo esito, specie di questi tempi, non sembra (anche e soprattutto nel breve periodo) un risultato idoneo a puntellare il (mai come di questi tempi) traballante edificio europeo.

quale, nella veste di giudice/scrittore, aveva cominciato la sua battaglia personale molti anni addietro.

Leggere d'un fiato la motivazione di Cass. civ., 11 giugno 2014, n. 13233⁶², e soprattutto quella della quasi coeva Cass. civ., 13 giugno 2014, n. 13537⁶³, che erige un apparato argomentativo che ha avuto modo di essere sostanzialmente riproposto, con qualche rifinitura e aggiunta, nella quaterna di ordinanze del luglio 2017⁶⁴, restituisce la sensazione di assistere al dispiegarsi di una campagna militare, attentamente pianificata e sapientemente elaborata a colpi di implacabili *vulnera*, per conquistare, radere al suolo e rifondare la cittadella concettuale della *clcd* italiana – che dagli anni Cinquanta del secolo scorso si contenta di spiegare i propri (blandi) effetti sui destini risarcitori dei danneggiati – facendo leva sui due capisaldi applicativi che le sono unanimemente

⁶² La pluricommentata pronuncia, che assoggetta al principio indennitario le assicurazioni c.d. *first party*, può leggersi in *Resp. civ. prev.*, 2014, 1879, con nota di L. LOCATELLI, *Assicurazione contro gli infortuni non mortali e cumulo di indennizzo e risarcimento del danno*; in *Foro it.*, 2014, I, 2064, con nota di R. PARDOLESI, *Sovrapposizione di indennizzo e risarcimento: chi premiare, la vittima o l'autore dell'illecito?*; in *Danno resp.*, 2014, 912, con nota di M. HAZAN, *Risarcimento e indennizzo (nella polizza infortuni): cumulo o scorporo? – il commento*; in *Corr. giur.*, 2015, 660, con nota di F. MAGNI, *Divieto di cumulo di indennizzo assicurativo e risarcimento del danno: una decisione apparentemente innovativa e non del tutto convincente*; in *Riv. it. med. leg.*, 2015, 681, con nota di M. GAGLIARDI, *Il divieto di cumulo di indennità assicurativa e risarcimento del danno nelle polizze infortuni: una «polizza sulla vita» per le assicurazioni di persone?* La sentenza è sottoposta a un supplemento di analisi da R. PARDOLESI, P. SANTORO, *Indennizzo e risarcimento del danno: di cumuli e cavoli*, in *Danno e resp.*, 2014, 1008; da A. PULIGA, *Riflessi pratici di Cass. n. 13233/2014 sul sistema assicurativo*, in *Danno e resp.*, 2014, 1019; e da M. GAGLIARDI, *La liquidazione del danno alla persona e il problema del cumulo tra risarcimento del danno e indennità assicurativa*, in *Danno e resp.*, 2016, 465.

⁶³ In *Foro it.*, 2014, I, 2470, con osservazioni di R. PARDOLESI, *Erogazione previdenziale e danno patrimoniale da morte del familiare*, anche commentata da D. CERINI, *Danno e risarcimento: coerenze (e incoerenze) nell'applicazione del principio di compensatio lucris cum damno*, in *Danno resp.*, 2015, 25.

⁶⁴ Cass. civ., ord. 22 giugno 2017, n. 15534, in *Foro it.*, 2017, I, 2242, con annotazione di R. PARDOLESI, anche in *Danno e resp.*, 2017, 710, con nota di P. SANTORO, *Ancora sul divieto di cumulo tra indennizzo e risarcimento*; Cass. civ., ord. 22 giugno 2017, n. 15535; Cass. civ., ord. 22 giugno 2017, n. 15536; Cass. civ., ord. 22 giugno 2017, n. 15537.

riconosciuti, i quali chiedono al giudice di scrutinare la causalità e il titolo che l'attribuzione di segno positivo entrata nel patrimonio del danneggiato esibisce nella sua relazione col fatto produttivo di danno⁶⁵.

Nei prossimi capitoli si entrerà con la dovuta profondità nel merito delle argomentazioni tecniche messe in campo per articolare questo tentativo di rifondare la *clcd* su basi totalmente nuove e, come si vedrà, assai diverse da quelle attraverso le quali il latinismo ha continuato a essere analizzato negli ultimi decenni.

Prima, però, è più che mai opportuno fare un passo indietro nella storia recente del diritto civile italiano, per verificare se il bersaglio di questa rifondazione meriti davvero tanto onore.

Il sospetto è, in altri termini, che in questa operazione interpretativa, propiziata o comunque agevolata da una lettura che il diritto europeo, come si è visto, non obbliga(va) a compiere a rime obbligate, si sia scelto di ipostatizzare la *clcd*, per trasformare un «istituto» – che invece a molti, se non ai più, è parso sfornito di quell'autonomia normativa necessaria a renderlo tale, almeno rispetto al tema (quello sì normativamente istituito) del danno – nel cavallo di Troia attraverso il quale innovare, in nome di un ragionamento intessuto di una solo apparente consequenzialità sistematica, il rapporto fra la responsabilità civile e il sistema di sicurezza sociale del nostro paese. Facendo parlare, *ça va sans dire*, il «diritto vivente».

Si mira così a realizzare una sorta di xenotrapianto forzoso, in esito al quale – con metafora chirurgica e anticipando una conclusione che apparirà dogmaticamente più chiara nei successivi capitoli di questo

⁶⁵ E vale la pena notare fin d'ora che, accanto al test della causalità che pare accomunare le due esperienze, la valutazione condotta in Italia in ordine al «titolo» del beneficio accede invece in Germania al ben più articolato e analitico fascio di parametri – definito un «entscheidendes normatives Kriterium» da G. BRÜGGEMEIER, *Haftungsrecht: Struktur, Prinzipien, Schutzbereich. Hein Beitrag zur Europäisierung des Privatrechts*, Berlin-Heidelberg, 2006, 557 – attraverso il quale il giudice tedesco verifica che la deduzione dei benefici: appaia equa per il danneggiato; sia conforme agli scopi del risarcimento del danno e di quelli del beneficio; e non finisca per accordare un vantaggio irragionevole al danneggiante, anche alla luce della buona fede (che, naturalmente, è la stella polare che non smette mai di brillare sul cammino applicativo del civilista tedesco).

studio – nel cuore dell'art. 1223 c.c. finiscono per essere innestate le valvole normative dell'art. 1916 c.c.

Una prova di creatività che, come si vedrà, è stata abilmente formulata, che però non fuga il dubbio che i problemi cui essa s'ingegna di rispondere, spingendo questa prova fino a conseguenze estreme, meritino, invece, di essere oggetto di ponderazione politica e di attenta calibrazione legislativa. Anche perché, come vedremo, questa prova di abilità, se esaminata a fondo, non convince nemmeno sul piano tecnico.

CAPITOLO SECONDO

IL COORDINAMENTO AFFIDATO A UN «LATINISMO DI RITORNO»

SOMMARIO: 1. *Alle radici della compensatio lucri cum damno*. 2. *La costruzione del «discorso» sulla compensatio nella responsabilità civile italiana del dopoguerra*. 3. *In particolare, con riferimento al rapporto fra pensione e risarcimento*.

1. *Alle radici della compensatio lucri cum damno*

A conferma del fatto che il fenomeno dell'importazione occulta di espressioni latine nel nostro lessico giuridico attraverso esperienze giuridiche straniere in epoca moderna non è un fenomeno episodico nel sincretismo evolutivo del nostro vocabolario giuridico, anche la formula *compensatio lucri cum damno* va ascritta alla categoria dei c.d. «latinismi di ritorno».

L'impiego di questa convenzione espressiva – nota ai linguisti per segnalare fenomeni di circolazione come quelli che possono esemplificarsi alludendo all'uso moderno del termine «sponsor», dove l'etimo latino derivante dal verbo *spondeo* è stato vestito di senso nell'inglese moderno per poi pervenire alla recezione italiana corrente – allude alla constatazione che il successo e la circolazione di un'argomentazione giuridica (e della regola che la definisce e l'esprime) dipende in misura non trascurabile dal fatto di essere veicolata da una formula evocativa di facile presa presso l'interprete, il quale impara così a farla sua e a impiegarla, contribuendo alla diffusione e al successo dell'argomentazione associata all'espressione linguistica.

In questa prospettiva, che è necessariamente comparatistica, per latinismo di ritorno può intendersi un'espressione latina (e la regola o il principio a essa associato), divenuta verbo corrente presso gli operatori del diritto italiano, dopo essere stata importata in temi moderni (dalla

dottrina e, attraverso quest'ultima, dalla giurisprudenza) nel nostro vocabolario giuridico dall'ordinamento straniero ove, per la prima volta, era stata proposta l'associazione fra la formula latina e il significato in seguito riconosciutole¹.

L'argomentazione conosce un repentino successo nel nostro ordinamento proprio in virtù del prestigio associato all'impiego della veste linguistica che la esprime, atta a evocare d'istinto l'immanente discendenza della regola, che, dunque, prende a essere applicata anche in virtù di questa falsa presupposizione storica indotta dalla sua veste linguistica².

¹ Non diversamente, sembrerebbe potersi ascrivere a un latinismo di ritorno l'impiego del termine «diritto», avente radice latina nel termine «directum». Il significato oggi corrente è il prodotto di un'attribuzione di senso avvenuta in Francia e Spagna e poi veicolata in Italia, con la recezione sulla forma latina dei significati assunti dai termini «droit» e «derecho». Fu solo a partire del XVIII secolo che il termine «diritto», italianizzando un senso proveniente dagli omologhi francesi e spagnoli, prese a diffondersi nella penisola per soppiantare gradatamente il significante latino «ratio iuris» col quale, fino ad allora, s'era continuato a esprimere il significato oggi comunemente associato alla parola diritto, come verifica P. FIORELLI, *'Ragione' come 'diritto' tra latino e volgare*, in ID., *Intorno alle parole del diritto*, Milano, 2008, 129, e già in AA.VV., *Nozione, formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professor Filippo Gallo*, II, Napoli, 1997, 105.

² Si veda, per un'affermazione che nell'economia delle motivazioni in tema di *clcd* è stata spesso anteposta alla verifica della fondatezza della difesa spiegata dal danneggiante, il seguente brano:

il principio della compensazione del guadagno con il danno (*di storiche origini* ma privo di supporto normativo) presuppone che sia il lucro, sia il danno discendano ciascuno, con un nesso di causalità diretta, dal medesimo evento lesivo. Si suppone, cioè, che quest'ultimo possa apportare, per un verso, un depauperamento del patrimonio del danneggiato e, per altro verso, il suo arricchimento; sicché, le due conseguenze possono prevalere l'una sull'altra, fino ad elidersi a vicenda. Ancora più a monte domina l'altro principio secondo cui il risarcimento non può costituire una locupletazione per il danneggiato, nel senso che il suo patrimonio deve risultare ripristinato dall'intervento risarcitorio nella stessa quantità che aveva prima del fatto lesivo, ma non certamente arricchito.

In questi termini, prima di negare la possibilità di sottrarre la pensione di reversibilità conseguita dal danneggiato a seguito del fatto illecito, Cass. civ., 19 agosto 2003, n. 12124, in *Foro it.*, 2004, I, 43, corsivo aggiunto.

Un latinismo di ritorno si riscontra, in altri termini, quando il giurista italiano viene mesmerizzato da un'espressione latina (e dal significato giuridico oggetto di associazione con questa antica – e perciò autorevole – formula linguistica) nella falsa convinzione che essa appartenga da tempo immemore alla propria tradizione giuridica.

Senza avvedersi (o fingendo, più o meno consapevolmente, di non avvedersi) che, in realtà, *quel* latinismo è stato impiegato per veicolare *quel* significato giuridico (cui nel frattempo l'interprete italiano ha imparato a riferirsi, prendendo a fare largo uso della formula) solo in tempi moderni, per opera di giuristi stranieri, e per di più in conseguenza del fatto che il primo artefice di quella associazione (fra significato giuridico contemporaneo e significante latino nell'ordinamento straniero in questione) ha operato la sua scelta per dar pregio alla propria intuizione creativa, ammantandola di un'aura linguistica evocante prestigio e tradizione³.

In questi termini, l'analisi storico-comparatistica permette di ascrivere alla categoria dei latinismi di ritorno la formuletta *res ipsa loquitur*, rimbalzata dall'ordinamento inglese alle nostre latitudini per designare un particolare modo di atteggiare l'istituto della presunzione semplice, principalmente nei giudizi in tema di responsabilità medica⁴.

³ Descrive la «tradizione romanistica» come

una lezione gloriosa, generativa della forma moderna del diritto, ma intrinsecamente incapace di storicizzare i propri contenuti, perché tutta presa a costruirne la durata oltre l'antico; interessata solo a scavare nei *Digesta* lungo le tracce del codice e non dell'analogia; intenta, nel suo momento migliore, a elaborare, sulle basi romane, una "dogmatica" generale del diritto come presupposto universale di pensabilità di ogni fenomeno giuridico,

per contrapporla alla

conoscenza storica del diritto, la sola in grado di rivelare – dal punto di vista giuridico – noi a noi stessi: che tuttavia per essere davvero pari al suo compito, deve riuscire a saltare completamente fuori dall'ombra della tradizione, e saper (ri)costruire il proprio oggetto di indagine nella sua originaria nudità, riconsegnato completamente al suo tempo.

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

⁴ In tema, se si vuole, U. IZZO, *La precauzione nella responsabilità civile*, Trento, 2007, 165 ss., in OA: <<http://eprints.biblio.unitn.it/1253/>>.

In termini non dissimili, come ci si accinge a verificare, appartiene alla categoria appena evocata anche il latinismo *compensatio lucri cum damno*, all'esito di un processo di assimilazione che assume particolare interesse, perché fotografa le dinamiche dissociative che, attraverso la circolazione transnazionale di modelli giuridici propiziata dalla comparazione, nel volgere degli anni tendono a influenzare il legame fra una regola giuridica e il suo segno linguistico.

Se si guarda in prospettiva storica alle prime manifestazioni esplicite del principio della *compensatio* nel diritto italiano moderno, ci si avvede che gli studiosi e le corti dell'Italia post-unitaria non si accorgono della vigenza di questo principio generale, se non quando nel 1916 l'avvocato partenopeo Francesco Leone, cultore pratico (non privo, però, di solide e raffinate consapevolezze teoriche) della responsabilità civile negli anni a cavallo del primo conflitto mondiale⁵, dà alle stampe un corposo saggio dedicato alla (ri?)scoperta di una regola la cui legittimazione, data la formula linguistica attraverso la quale il concetto veniva presentato, non poteva che apparire risalente alla tradizione romanistica⁶.

⁵ L'opera di Leone – prolifico studioso degli anni dieci del Novecento, di cui, fra gli altri, possono ricordarsi: *Responsabilità dei padroni e committenti*, *Il Filangieri*, 1910, 699; *Risarcimento del danno e pena nel diritto antico*, *ivi*, 1913, 610; *L'azione d'arricchimento in diritto moderno*, Napoli, 1915; *La negligenza nella colpa extra contrattuale e contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1915, 84; *Il così detto contratto con sé stesso*, in *Riv. dir. civ.*, 1916, 582 – s'iscrive a pieno titolo in un filone «pratico» della civilistica italiana che, specie all'inizio del XX secolo, fu oggetto di una fiorente e preziosa contribuzione da parte di giuristi estranei all'accademia, che nondimeno lasciarono acute e durature testimonianze nelle riviste e nella editoria giuridica dell'epoca. Come l'avvocato Alfredo Minozzi, la cui monografia (anch'essa fortemente orientata alla comparazione con la Germania), *Studio sul danno non patrimoniale*, Milano, 1901 (oggetto di nuove edizioni nel 1908 e nel 1917) ha circolato estesamente fra gli autori latinoamericani, che continuano a tributarle citazioni obbligate, testimoniando il radicamento dell'opera nell'ambiente dottrinale sudamericano. O il magistrato Nicola Stolfi, prolifico civilista, che deve la sua proiezione nella posterità soprattutto alla monografia *Diritti di autore*, Santa Maria di Capua Vetere, 1908 (poi oggetto nel tempo di tre edizioni dal successo crescente, parzialmente confluita nell'opera in due volumi, *La proprietà intellettuale*, Torino, 1915-17).

⁶ F. LEONE, *Compensatio lucri cum damno*, *Il Filangieri*, 1916, 176 ss. e 356 ss. (nel prosieguo citato con riferimento all'estratto, Milano, 1916).

Tuttavia, a dispetto delle tredici pagine impiegate per rintracciare nel diritto romano (le origini, e dunque) la legittimazione dell'istituto analizzato a beneficio dei lettori del glorioso *Il Filangieri*, il saggio di Leone non era uno studio di diritto romano, né, tanto meno, l'analisi di un civilista dedito all'analisi dei soli dati offertigli dai patri scrittori o dalle Corti del regno.

Nel suo contributo Leone, infatti, faceva soprattutto comparazione, almeno per come l'attenzione per il diritto straniero tendeva a essere concepita in quegli anni (illustrando dati – regole, concetti e argomentazioni – d'oltreconfine al lettore municipale, senza preoccuparsi troppo di sistematizzare e inquadrare le diversità dei contesti dai quali quei dati erano tratti), e lo faceva descrivendo a (e dunque importando presso) i giuristi di casa nostra lo stato di un dibattito dottrinale accesi in Germania a cavallo dell'entrata in vigore del BGB del *Reich*, all'indomani di una breve stagione durante la quale la *clcd* era improvvisamente divenuta un tema di frontiera per gli studiosi germanici⁷.

Del resto, solo pochi anni prima di scrivere il saggio appena rievocato, il medesimo autore aveva già manifestato la sua fascinazione culturale per la dottrina teutonica, affrontando (all'epoca pionieristicamente, per la dottrina civilistica italiana) il tema della causalità giuridica, un argomento che da allora non avrebbe più abbandonato i vertici della classifica dei temi caldi della responsabilità civile italiana⁸.

E, infatti, scorrendo lo studio sulla *compensatio* di Leone, balza subito agli occhi la bibliografia che l'autore raccoglie nell'epigrafe del suo scritto: l'elenco delle opere citate va dal particolare al generale,

⁷ Testimonianza assai vivida di questo interesse è offerta dalla messe di dissertazioni che a cavallo del nuovo secolo si affretta a mettere a fuoco il tema: J. LARENZ, *Compensatio lucri cum damno*, Göttingen, 1896; E. EICHHOFF, *Über die Compensatio lucri cum damno*, Kiel, 1898; P. OERTMANN, *Compensatio lucri cum damno*, in *Gellers Österreichisches Zentralblatt für die Juristische Praxis*, 15, 1897, 689 ss.; H. WALSMANN, *Compensatio lucri cum damno*, Rostock, 1900; W. STINTZING, *Findet Vorteilsanrechnung beim Schadenersatzanspruch statt? Zur sogenannten compensatio lucri cum damno*, Leipzig, 1905; F. EBERT, *Zur Lehre von der Vorteilsausgleichung mit besonderer Berücksichtigung des Enterbungsrechtes*, Leipzig, 1906. Come si vedrà, con l'entrata in vigore del BGB la dottrina tedesca continuerà a riflettere sul problema evocato dalla *compensatio* sotto l'egida terminologica della *Vorteilsausgleich*.

⁸ F. LEONE, *Nesso causale fra colpa e danno*, in *Riv. dir. civ.*, 1913, 577.

spazia dai contributi che avevano affrontato *ex professo* il tema della *compensatio*, ai commentari di Planck e Staudinger, passando per le citazioni obbligate dell'epoca, il paradigmatico Mommsen del *Zur Lehre vom dem Interesse* (nel senso di uno studio la cui pubblicazione segnò un vero e proprio cambio di paradigma simil-kuhniano nel modo di ragionare attorno al danno nel diritto moderno) ed il Windscheid delle Pandette, e tuttavia svela l'unidirezionalità dei riferimenti culturali proposti al lettore in vena di approfondimenti, confinati in modo pressoché esclusivo a contributi redatti nella lingua di Goethe.

Del resto, Leone stesso non celò ai suoi lettori le notevoli difficoltà incontrate nell'allargare gli orizzonti della sua ricerca sulle applicazioni della *compensatio* nel diritto coevo alle sue ricerche: «per quanto è a mia conoscenza la dottrina italiana e francese non si sono occupate di proposito della *compensatio* lucri cum damno. E mancano anche i responsi giurisprudenziali (...)»⁹.

A conferma di questo rilievo, l'A. affermava d'aver rintracciato un'isolata massima, tratta da una sentenza del tribunale di Bologna, nella quale gli era parso di scorgere traccia dell'operatività del principio. Ma si risolveva in ben poca cosa segnalare al lettore che una corte di merito, senza comunque evocare la formuletta latina, aveva ritenuto che il danno provocato alla seminazione dei fondi dalla posa di colombe dovesse compensarsi con l'utile apportato dalla fertilità che i pennuti avevano biologicamente infuso al fondo, posandosi su di esso¹⁰.

In ogni caso, il precedente attestava, al più, che i giudici felsinei si erano imbattuti in un problema cui avevano dato equitativamente rispo-

⁹ F. LEONE, *Compensatio*, cit., 36 dell'estratto. E, in effetti, i trattati contemporanei alle ricerche dell'autore napoletano non fanno menzione alcuna della *compensatio*, si veda p. es., nella seconda edizione curata dal figlio Francesco, G. CESAREO CONSOLO, *Trattato sul risarcimento del danno in materia di delitti e quasi delitti*, Torino, 1914, il quale pure si sofferma a lungo su vari interrogativi legati alla quantificazione del danno, come la rilevanza da attribuirsi alla condizione economica dell'offensore e dell'offeso (*ivi*, 213), o il valore di affezione dei beni del danneggiato (*ivi*, 215), mentre non disdegna di criticare estesamente l'allora non codificata teoria della compensazione delle colpe, poi germogliata assumendo significati diversi nell'attuale art. 1227 c.c. (*ivi*, 312 ss.).

¹⁰ Trib. Bologna, 23 gennaio 1879, in *Rep. Foro it.*, 1879, voce *Responsabilità civile*, n. 76.

sta senz'averne a mente la soluzione (la teorica della *compensatio*), e non già l'inverso, ovvero che una soluzione (un principio di portata generale, ascrivito alla tradizione romanistica – che pure in quegli anni influenzava da presso sia la dottrina che la *law in action* dei tribunali) fosse stata invocata per risolvere il problema affrontato dalla corte (il *trade-off* economico determinato dalla posa dei colombi sui campi coltivati).

È un fatto, comunque, che nel saggio di Leone non è dato individuare un solo riferimento a una sentenza o a un passo della dottrina italiana o francese ove l'espressione *compensatio lucri cum damno* risulti scandita a chiare lettere, richiamando il significato giuridico cui oggi questa formula allude.

In realtà, la casistica municipale sul problema sotteso alla *compensatio* (e non, si badi, sulla regola giuridica declamata attraverso questo latinismo, che all'epoca in Italia restava ancora ignota) era un po' più nutrita di quanto a Leone fosse riuscito di dimostrare nel 1916.

Per quanto è dato verificare scorrendo, col massimo dell'umano (e per ciò stesso fallace) cipiglio, le voci *Danno da inadempimento del contratto* e *Responsabilità civile* del Repertorio del Foro Italiano nelle annate 1876-1915, possono essere sottratte all'oblio due sentenze emanate dalla Cassazione sabauda agli inizi del secolo e un'ancor più risalente pronuncia fiorentina di legittimità, che, verosimilmente, sfuggirono al monitoraggio del giurista napoletano.

Il cultore della *compensatio* contemporanea avverte un nitido *déjà vu* scorrendo le fattispecie affrontate da queste tre remote pronunce. Una volta che il principio sarà entrato stabilmente nel lessico della cultura giuridica italiana e nel bagaglio argomentativo del forense, infatti, casi consimili saranno sistematicamente fronteggiati e risolti dalle corti di casa nostra facendo sfoggio di motivazioni impegnate a decidere se applicare al caso il principio evocato dalla formula latina, risolvendolo alla luce dei suoi dettami.

Tuttavia, come stiamo per verificare, agli albori del XX secolo le corti s'imbattono in (future) classiche fattispecie «da» *compensatio* e le risolvono in un modo o nell'altro (ovvero compensando, o non, il danno con la posta positiva del caso), ma – ed è questo il dato che merita una decisa sottolineatura – senza mai menzionare (e, soprattutto, senza mai

attribuire valenza aggiudicativa a) un principio generale che gli estensori si peritassero di designare con l'espressione *compensatio lucri cum damno*.

In Cass. Torino, 3 ottobre 1902, il responsabile della morte di un operaio sostenne invano che nella liquidazione del danno da lucro cessante, derivante alla vedova dalla perdita del sostegno economico assicurato dal marito deceduto, dovesse attribuirsi rilevanza al fatto che, nelle more del giudizio, la danneggiata fosse convolata a seconde nozze, riguadagnando la sicurezza economica perduta. I supremi giudici torinesi affermarono, infatti, che

l'essersi nel frattempo migliorata la posizione economica del danneggiato (nella specie, vedova di operaio ucciso, passata a seconde nozze) non può invocarsi dal civilmente responsabile per far diminuire l'indennità cui è tenuto¹¹.

La lettura del testo della sentenza svela come fosse centrale nel ragionamento seguito dai giudici della prima capitale del Regno l'idea che la determinazione del danno dovesse avvenire con riguardo al momento del verificarsi del danno e non con riferimento al momento della sua liquidazione:

(...) per principio di ragione naturale e civile, il danno risarcibile non può essere altro che quello derivante dal fatto al momento stesso in cui questo è compiuto, e 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, *per quanto possano importare il mutamento di condizione individuale per alcuno dei danneggiati*, non possono menomamente alterare e variare quella proporzionalità di diritti che si erano verificati ed acquistati rispettivamente al momento del fatto dannoso¹².

L'anonimo annotatore, nel plaudire al *decisum*, evidenziava uno dei temi che si cela fra le pieghe dei due criteri giuridici attraverso cui oggi la giurisprudenza valuta l'operatività della *compensatio*, chiosando con

¹¹ Così Cass. Torino, 3 ottobre 1902, in *Rep. Foro it.*, 1903, voce *Responsabilità civile*, n. 142, *in extenso* in *Giur. tor.*, 1903, 16, che si riprenderà anche in seguito.

¹² *Ivi*, 17 (enfasi aggiunta).

semplificistica ragionevolezza: «se la posizione del danneggiato è migliorata ciò deve profittare a lui, e non a chi ha fatto del male per proprio dolo o colpa»¹³.

Ancor più classica la fattispecie decisa otto anni dopo dal medesimo supremo consesso piemontese. Il quale, questa volta, ritenne – ancora una volta negando ogni allusione argomentativa al preteso *Generalprinzip* della *clcd* (e dunque, verosimilmente, misconoscendone ogni autorità in punto di interpretazione) – che dal danno liquidabile agli eredi di una vittima dovesse scomputarsi quanto questi ultimi avevano percepito in conseguenza della morte del congiunto. Anche se nella circostanza l'attribuzione della posta positiva al danneggiato non mostrava d'esser frutto di un'iniziativa del danneggiante, poiché le somme erano percepite dagli eredi in virtù di un'assicurazione sulla vita stipulata dalla vittima e di una pensione assegnata alla vedova¹⁴.

Di fronte all'alternativa se scomputare, o non, le somme che i danneggiati avevano conseguito in esito al decesso del proprio congiunto, i supremi giudici piemontesi avvertirono di trovarsi al cospetto di una faccenda spinosa e delicata:

(...) non è a disconoscersi la gravità delle ragioni che militano *pro* e *contra* la soluzione data dalla Corte di merito (...) [e tuttavia] non si può, secondo ragione e giustizia e secondo la natura stessa del giudizio di liquidazione, prescindere dal tenere presente ogni fatto ed ogni circostanza che non sia stata definitivamente esclusa come non influente, e che valga a stabilire in modo congruo la vera entità del danno risarcibile¹⁵.

¹³ *Ivi*, 16.

¹⁴ In questi termini la massima di Cass. Torino, 30 marzo 1910, in *Rep. Foro it.*, Rep. 1910, voce *Responsabilità civile*, n. 167, *in extenso* in *Giur. tor.*, 1910, 923:

nella liquidazione delle indennità agli eredi della vittima di evento colposo, si deve tener conto di tutti quei coefficienti, anche indipendenti dal responsabile, che valgano ad alleggerire il danno (nella specie: dell'indennità di assicurazione [sulla vita] riscossa da detti eredi e della pensione governativa assegnata alla vedova).

¹⁵ *Ivi*, 924.

Seguendo questa impostazione, la Corte, non avendo (evidentemente) mai sentito parlare di un principio generale di stampo romanistico, utile a dirimere la questione invocando l'autorità sapienziale di un'antica regola, si predispose a invocare superiori ragioni di giustizia ed equità per tentare di giustificare la propria decisione di ammettere lo scomputo:

(...) appare di intuitiva evidenza e conforme a ragione e giustizia che il fatto delle assicurazioni stipulate e pagate e la pensione assegnata concorrono, senza possibile dubbio, ad attenuare il danno complessivo sofferto dagli eredi¹⁶.

per poi puntualizzare:

(...) né giova osservare in contrario che la Rapid [la società civilmente responsabile del decesso] era estranea ai detti fatti [l'erogazione dell'assicurazione e della pensione] e che diversi sono i titoli da cui deriva il diritto all'indennità di assicurazione alla pensione e all'indennità per il fatto colposo, non potendosi negare che la conseguenza circa la vera entità del danno effettivo risarcibile sia ad ogni modo la reale attenuazione del danno medesimo¹⁷.

La medesima fattispecie era invece stata aggiudicata in senso contrario dalla Cassazione fiorentina qualche lustro prima, con una motivazione che ancora una volta svela come il caso fosse entrato in camera di consiglio senza che si avvertisse la necessità di fare i conti con un principio generale operativo nell'ambito della commisurazione del danno, che in quel calcolo imponesse ai giudicanti di tener conto dei benefici conseguiti dal danneggiato a seguito del verificarsi del fatto dannoso¹⁸.

Si tratta fin qui d'indizi, certo suscettibili di approfondimenti più precisi ed esaurienti, non compiutamente svolgibili in questa sede. E tuttavia, ai fini della nostra ricostruzione, questi indizi tendono a costituirsi in prova combinandosi con le conclusioni raggiunte dagli studiosi che nel tempo si sono impegnati a verificare l'opinione, espressa da

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ *Ivi*, 925.

¹⁸ Sul ragionamento seguito da Cass. Firenze, 17 gennaio 1884, in *Giur. it.*, 1884, I, 1, 142, ci si soffermerà attentamente a suo tempo.

Leone al termine della sua perlustrazione delle fonti romane, che la *compensatio* fosse una regola di portata generale, riconosciuta e applicata già dai giureconsulti¹⁹.

La letteratura specialistica, che sulla *compensatio* ha visto prendere posizione numi tutelari del diritto romano italiano come Biondo Biondi e Siro Solazzi (sempre, però, nell'ambito di trattazioni generali sulla compensazione quale modo di estinzione delle obbligazioni)²⁰, sul punto non distilla opinioni sufficientemente dirimenti²¹, tramandando pareri discordi, non già sul fatto che nel diritto romano giustiniano la *clcd* fosse assorta al rango di principio generale in ossequio al quale computare il *damnum*, applicabile ad una serie indefinita di singole fattispecie, ma sul ben più limitato giudizio attinente al se, dalle fonti, possa ricavarci un'argomentazione o una regola volta a disciplinare una data fattispecie nel segno della sottrazione, l'operazione aritmetica propiziata dall'invocazione della *clcd*.

È, infatti, su questo piano che collidono le opinioni di Biondi e Solazzi (sulla cui scia si pose in seguito Guido Astuti)²²: il primo, addirittura, nega in radice che la *clcd* abbia mai avuto cittadinanza nella tradizione giuridica romana²³; il secondo, in garbata polemica col collega, ne corregge il tiro, limitandosi però a concludere timidamente che la *clcd* non fu totalmente ignota alla giurisprudenza classica²⁴.

I romanisti, in altre parole, non sembrano aver offerto al discorso civilistico fonti affidanti per stabilire se davvero esista un'archeologia del principio della *compensatio* tale da consentire di affermare che nel di-

¹⁹ «Possiamo concludere che per il diritto romano la *compensatio* *lucri cum damno* veniva riconosciuta quando il vantaggio ed il danno provenivano da una stessa azione del danneggiatore, ed il vantaggio era patrimoniale», così, F. LEONE, *Compensatio*, cit., 33-34 dell'estratto.

²⁰ B. BIONDI, *La compensazione nel diritto romano*, Cortona, 1927, 269 ss.; S. SOLAZZI, *La compensazione nel diritto romano*, Napoli, 1950, 218 ss.

²¹ Annota come «l'attenzione dei romanisti a questa singolare figura [sia stata] piuttosto scarsa», G.B. PETTI, *Il risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale alla persona*, Torino, 1999, 423.

²² G. ASTUTI, voce *Compensazione (storia)*, *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, 1, spec. 12.

²³ B. BIONDI, *La compensazione nel diritto romano*, cit., 270.

²⁴ S. SOLAZZI, *La compensazione nel diritto romano*, cit., 222.

ritto contemporaneo l'istituto in parola abbia trovato la sua legittimazione *ab imis*, quale principio generale (ricevuto dalla tradizione senza soluzioni di continuità e, dunque) veicolante una regola immanente del nostro diritto positivo²⁵.

Del resto, non è un caso che un'attenta verifica delle valutazioni espresse da Leone in merito alle origini illustri della *compensatio* sia stata intrapresa da un altro civilista, quasi cinquant'anni dopo la pubblicazione del saggio del giurista partenopeo²⁶.

L'approfondito studio di Carmelo Lazzara è, infatti, animato dall'impegno metodologico di verificare (non già l'esistenza di una serie disparata di fattispecie, aggiudicate nel diritto romano nel senso logico-pratico implicato dalla *clcd*, ma) la vigenza di un principio generale, inteso nel senso nel quale lo intendiamo oggi, che, in tesi, i giureconsulti ritenessero dirimente per risolvere le singole fattispecie su cui si pronunciavano²⁷.

Con questa premessa, l'attenta analisi compiuta dal civilista catanese è stata piuttosto categorica nel negare che i giuristi romani conoscessero e applicassero un principio sistematico noto con l'etichetta *compensatio lucri cum damno*²⁸.

Ed è a questo punto della nostra riflessione che prende definitivamente corpo l'idea già anticipata al lettore, che la *clcd* sia in realtà un latinismo di ritorno, ossia che l'accostamento fra l'espressione latina e il senso che oggi le si riconosce, sia stato originariamente operato in Germania, e che il principio, vestito dell'autorevolezza impressagli dal-

²⁵ Assolutamente marginale, essendo confinata a una brevissima nota di rinvii bibliografici, l'attenzione prestata alla *compensatio* nel pur poderoso trattato di R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, 1996, 828. Più ampia, ma sostanzialmente in linea con i riscontri di Lazzara, la verifica specifica di F. CAMACHO DE LOS RIOS, *Compensatio lucri cum damno*, in J. GARCIA SANCHEZ, P. DE LA ROSA DÍEZ, A. TORRENT RUIZ (a cura di), AA.VV., *Estudio Jurídicos «in memoriam» del profesor Alfredo Calonge*, vol. I, Salamanca, 2002, 152-167.

²⁶ C. LAZZARA, *Il problema dei vantaggi connessi con il fatto illecito*, cit.

²⁷ *Ivi*, 429-30.

²⁸ *Ivi*, 438.

la sua stessa veste linguistica²⁹, abbia poi trovato immediata presa fra i giuristi della penisola, radicando da subito la (falsa) convinzione che il principio fosse un concetto metastorico, giunto ai contemporanei dalla prestigiosa tradizione giuridica della Roma imperiale³⁰.

In sintesi: diritto giurisprudenziale e dottrina post-unitaria italiana non fanno uso della formula latina, perché non conoscono il valore decisionale attribuibile al principio che quella formula sarebbe valsa a esprimere e (al contempo) legittimare. E, infatti, prima dell'apparizione dello studio di Leone, in Italia si depositano sentenze e si redigono norme che prendono posizione sul problema economico sotteso alla *compensatio*³¹, senza che il principio abbia mai modo di venire evocato attraverso la formula con la quale esso oggi è comunemente designato.

²⁹ Le dinamiche di «spostamento», «generalizzazione» e «autoproiezione» che possono condizionare l'associazione di termini (del passato) a concetti (del presente) nell'evoluzione dell'esperienza giuridica sono magistralmente illustrate da R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987, 402-406.

³⁰ L'ipotesi avanzata nel testo appare coerente con un tratto più generale che caratterizza il modo d'essere della dottrina italiana nei decenni a cavallo del 1900, e in particolare il rapporto che essa tesse a instaurare con il passato e con la tradizione: si tratta di quel «fenomeno di autoproiezione», ben tratteggiato da A. GUARNERI, *L'interlocutore del giurista nell'esperienza italiana degli ultimi due secoli*, in *Quadrimestre*, 1990, 473, 477, attraverso il quale

i giuristi italiani già alla fine dell'Ottocento e poi nella prima metà del Novecento 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.

È, del resto, il tempo nel quale «la dottrina civilistica, che pure muoveva (e non poteva non muovere) dalle norme del codice si trovava ormai oltre il codice» (così, icasticamente, N. IRTI, *Storie e figure del diritto civile*², Milano, 2002, 165, corsivo originale).

³¹ Si pensi alla logica sposata dall'art. 41 della l. 25 giugno 1865, n. 2359, relativo alla possibilità che, in caso di esproprio parziale di un immobile unitario, dall'indennità di esproprio dovuta sia detratto il maggior valore acquisito a seguito del procedimento ablativo dalla parte di immobile non espropriato, logica che, a distanza di 136 anni, è stata riproposta, sostanzialmente invariata, nel secondo comma dell'art. 33 del d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327, T.U. delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità. La derivazione storica di questa previsione è proba-

E ciò non solo perché è plausibile ritenere (e le verifiche non sono mancate, come si è visto) che un principio generale di tal fatta i giuriconsulti romani non l'avessero confezionato, per far sì ch'esso pervenisse senza soluzioni di continuità applicativa da Giustiniano alla scienza giuridica italiana di fine Ottocento³².

Ma anche, e *soprattutto*, perché, sul piano teorico come su quello applicativo, il concetto di danno in voga in Italia fino al trionfo culturale della *Differenztheorie* mommseniana presso la nostra dottrina è un concetto vago, tutt'altro che rigoroso.

Si ponga mente al fatto, per alludere a solo una delle possibili riprove giurisprudenziali di questa «vaghezza», che le sentenze dell'epoca, italianizzando la terminologia transalpina, discorrono comunemente di «danni corporali», per distinguerli dai danni morali, che nel quasi delitto vengono di norma risarciti dalle corti senza palesare soverchi imbarazzi³³, proprio com'era logico attendersi sotto l'imperio di un codice

bilmente da rintracciarsi nell'archetipo legislativo francese che aveva ispirato la legge del 1831 del Regno di Sardegna presa a modello da Codacci Pisanelli per redigere la legge postunitaria. Per un'analisi sul meccanismo del c.d. «plusvalore», mercé il quale la legge francese 16 settembre 1807 in tema di espropriazione (in particolare agli artt. 30 e 54) contemplava la compensazione fra l'indennità da corrispondersi all'espropriato e il plusvalore che l'esecuzione dell'opera pubblica avesse determinato a vantaggio della proprietà residua dell'espropriato, L. LACCHÈ, *L'espropriazione per pubblica utilità. Amministratori e proprietari nella Francia dell'ottocento*, Milano, 1995, 469 ss.

³² A quanto già rilevato con riferimento agli incerti natali romanistici del principio di cui si discorre, può aggiungersi che anche il diritto comune non sembra aver lasciato testimonianze atte a sostanziare l'ipotesi che i glossatori avessero elaborato una teoria sulla *compensatio*, si veda T. CUTURI, *Trattato delle compensazioni nel diritto privato italiano*, Milano, 1909, 55-60, il quale, nell'ampia parte del suo studio dedicata a tracciare la storia della teoria della compensazione dal diritto romano al diritto comune, si spinge persino a considerare il pensiero elaborato da Azzone, Accursio e Cino Sinibaldi sulla compensazione delle colpe, senza però riuscire a portare alla luce alcun elemento che possa essere riferito alla moderna teorica della *compensatio* nel danno.

³³ Così le ferme convinzioni di chi affermava che «[S]i deve oggi ritenere massima universalmente consentita e non più discutibile, che anche i danni morali sono risarcibili pecuniariamente» (così, in una di quelle asserzioni prospetticamente categoriche che per un giurista sono sempre pericolose, G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano esposta con la scorta della dottrina e della giurisprudenza*, vol. V, *Fonti dell'obbligazione: quasi contratti, fatti illeciti, legge*, Firenze, 1886, 224, e ivi in

testualmente ispirato al canone francese, quale era, appunto, il codice del 1865³⁴.

È la dottrina germanica, ben rappresentata dagli autori messi a capo della ricognizione comparatistica di Leone³⁵, che edifica una teorica del danno rigorosamente e tecnicamente ancorata al concetto di patrimonio.

nota, copiosi richiami alla giurisprudenza dell'epoca che ammetteva pacificamente la risarcibilità del danno morale sul calco francese).

È peraltro ben noto che, proprio negli anni in cui Leone svolgeva la sua analisi, si portava a compimento – sull'onda di una battaglia ideologica il cui avvio si fa convenzionalmente risalire a una celebrata nota di Carlo Francesco Gabba (C.F. GABBA, nota a Cass. Palermo, 23 febbraio 1895, in *Foro it.*, 1896, I, 685, anche se la tesi fu avanzata per la prima volta dall'Autore in *Questioni di diritto civile*, vol. II, Milano, 1890, 225 ss.), con l'adesione di autorevoli voci dottrinali, tra cui G. LOMONACO, *Istituzioni di diritto civile italiano*², vol. 3, Napoli, 1894; G.P. CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno*, I, *La colpa contrattuale*, cit., 567; V. POLACCO, *Le obbligazioni*, Roma, 1915, 579 ss.; G. PACCHIONI, *Elementi di diritto civile*, Torino, 1916, 328, il quale puntualizzava che

di vero e proprio risarcimento si può parlare solo quando il danno da risarcire sia un danno sicuramente valutabile in danaro, giacché solo in tali ipotesi è possibile ristabilire esattamente l'ordine giuridico turbato, facendo rientrare nel patrimonio del danneggiato i valori ad esso sottratti mediante l'atto dannoso

– il *revirement* giurisprudenziale che culminò nell'adozione di una rigida posizione di chiusura nei confronti della risarcibilità del danno morale, poi tenuta ferma dalla giurisprudenza di legittimità unificata del Regno fino alla formulazione dell'art. 2059 nella nuova codificazione. Sono assurte a riferimento sul punto le pagine di G. CAZZETTA, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico*, Milano, 1991, 356-361.

³⁴ Chiaro e riccamente documentato l'affresco storico tracciato sul punto da G. BONILINI, *Il danno morale*, Milano, 1983, 119 ss. e 130 ss.

Il fatto che l'elaborazione dei glossatori, ben prima della codificazione francese, avesse provveduto ad ampliare i margini di risarcibilità del danno morale, creando le condizioni per il superamento della patrimonialità del danno aquiliano (secondo i dettami della concezione paoliana della «deminutio patrimonii»), è dato che (non contrasta, ma, semmai) avvalorare l'affermazione formulata nel testo. Si veda P. CERAMI, *La responsabilità extracontrattuale dalla compilazione di Giustiniano ad Ugo Grozio*, in L. VACCA (a cura di), *La responsabilità civile nella prospettiva storico-comparatistica*, Torino, 1995, 103, 115-118, e anche B. KUPITSCH, *La responsabilità da atto illecito nel diritto naturale*, ivi, 131 ss., per una ricostruzione del pensiero di Pufendorf, Grotius e Thomasius sul danno, inteso quale concetto suscettibile di racchiudere anche l'idea della perdita non patrimoniale risarcibile.

Eloquente in tal senso quanto un «civilista teso a innovare a fondo in un diritto civile italiano mummificato, da un lato, nel sepolcro dell'esegesi, dall'altro, nel sepolcro non meno immobilizzante della tradizione romanistica»³⁶, scriveva in quegli anni a proposito del concetto di patrimonio:

(...) l'importanza giuridica del concetto di patrimonio, cioè il valore giuridico del legame che unisce fra di loro gli oggetti dei diritti di una persona, non si afferma interamente che in un periodo di sviluppo economico avanzato (...); il patrimonio è *diventato un concetto categorico*, senza del quale noi non possiamo pensare quasi nessuna delle sanzioni del diritto privato, perché non possiamo pensare l'*ultima ratio* della giustizia civile, il solo mezzo estremo di far trionfare il diritto, l'esecuzione forzata sui beni. (...) fissato il concetto di patrimonio, ne risulta immediatamente che gli oggetti dei diritti di una persona non sono considerati parti del suo patrimonio nella loro natura individuale, ma in ordine all'utilità generica che possono presentare, e pertanto si possono considerare nel loro valore di scambio³⁷.

È del resto in questo clima culturale, che in quel torno di anni prende a istituzionalizzarsi la contrapposizione fra la concezione reale del danno (*aestimatio rei*) e quella patrimoniale (*quantum interest*), ben esemplificata da chi definisce il danno quale lesione di un interesse, misurabile sulla consistenza del patrimonio del danneggiato, prima e

³⁵ Non annoverati fra gli autori citati da Leone, ma iscrivibili d'ufficio fra i riferimenti dottrinali obbligati del giurista italiano che nei primi decenni del novecento avesse voluto esprimere la sua adesione alla concezione patrimoniale del danno sono V. MATAJA, *Das Recht des Schadenersatzes vom Standpunkte der Nationalökonomie*, Leipzig, 1888, 155; J.M. FISCHER, *Der Schaden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich*, Jena, 1903; su cui, infatti, A. GRAZIANI, *Appunti sul lucro cessante*, in *Annali dell'Istituto Giuridico dell'Università di Perugia*, VII e VIII, 1923-24, poi riproposto in ID., *Studi di diritto commerciale*, Napoli, 1953, 247, spec. 251-54.

³⁶ Così, discorrendo di Enrico Finzi, ritrae Giacomo Venezian (che del giurista mantovano fu maestro a Bologna) P. GROSSI, *Nobiltà del diritto. Profili dei giuristi*, vol. 2, Milano, 2008, 30.

³⁷ In questi termini G. VENEZIAN, *Studi sulle obbligazioni*, in *Opere giuridiche di Giacomo Venezian*, Roma, 1919, 39-40, corsivo aggiunto.

dopo la mancata esecuzione dell'obbligazione³⁸, e chi invece continua a guardare al pregiudizio mero, «lo scapito prodotto dall'atto colposo»³⁹.

Tutto ciò appresta intuitiva coerenza logica e argomentativa all'idea che l'esito liquidatorio della vicenda risarcitoria debba rispecchiare un tendenziale equilibrio compensativo fra le poste patrimoniali negative determinate dalla condotta del danneggiante e le eventuali poste positive entrate nel patrimonio del danneggiato in dipendenza di quella stessa condotta⁴⁰, ossia fra «il nocumento e l'incremento»⁴¹, idea che confluirà nell'istituto del *Vorteilsausgleichung* (lett.: compensazione dei vantaggi, su cui ad ogni modo si tornerà nel prossimo paragrafo).

È dunque nel clima segnato da (quella che è stata icasticamente definita) una «rottura culturale» – in occasione della quale la civilistica italiana consuma il definitivo ripudio della «proiezione tutta pratica» del risarcimento del danno ereditata dalla dottrina francese ottocentesca, per abbracciare la nuova dimensione teorica del danno agganciata al concetto di patrimonio, espressione di rinnovati canoni di scientificità, proposta dalla pandettistica tedesca⁴² – che la *compensatio* si predi-

³⁸ Così, per esempio, già G.P. CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno*, I, *La colpa contrattuale*, II ed., Torino, 1897, 563.

³⁹ Per dirla con C. FERRINI, voce *Danni (Azione di)*, *Enc. giur. it.*, IV, parti 1-2-3, Milano, 1911, 12, spec. 81.

⁴⁰ Consapevole di questo spazio argomentativo era evidentemente lo stesso F. LEONE, *Compensatio*, cit., 42 dell'estratto, come si evince dal modo in cui l'A. illustrava il concetto di danno che avrebbe dovuto far funzionare la *compensatio*:

(...) allorché si considera il danno in se stesso, indipendentemente dalle conseguenze che ha potuto produrre negli altri elementi patrimoniali della vittima, sembra evidente che quando per circostanze sia pure fortuite esso sia cessato o diminuito, non ci troviamo di fronte ad un lucro da compensarsi, ma di fronte a cessazione o diminuzione del danno (...). Quando invece lo consideriamo relativamente al patrimonio, ed intendiamo per danno la somma delle perdite, che una persona ha subito nel proprio patrimonio, è egualmente evidente che, se la stessa causa produce conseguenze dannose e vantaggiose, è vera perdita la differenza tra le une e le altre.

⁴¹ Nell'assonanza cara ad A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*³, I, Milano, 1979, 311.

⁴² Contestualizza sul piano storico e politico il periodo nel quale si andò compiendo questa transizione, N. IRTI, *Storie e figure del diritto civile*², cit., 159 ss.

sponde a entrare stabilmente nel bagaglio culturale e nel repertorio argomentativo del cultore della responsabilità civile italiana⁴³.

In quegli anni, del resto, Guido Tedeschi apre la sua fondamentale analisi dedicata all'individuazione del momento cui fare riferimento per commisurare il danno liquidabile in giudizio, partendo da questa definizione:

[I]l danno è, essenzialmente, una diminuzione che, *concomitante idea causae externae*, subisce un patrimonio; diminuzione non del patrimonio in senso giuridico, che sarebbe la perdita di un diritto, ma del patrimonio in senso economico, e cioè del valore del patrimonio. Il danno è dunque la differenza fra il valore del patrimonio diminuito dell'evento dannoso e il valore che il patrimonio avrebbe, astraendo da quell'evento⁴⁴.

La soluzione del quesito che l'orientamento accolto dallo studio di Tedeschi contribuì a radicare nel nostro ordinamento⁴⁵, e cioè che il

⁴³ Ecco, per esempio, come l'idea di risarcimento agganciata al concetto di patrimonio concede spazio all'idea della *compensatio* secondo G. PACCHIONI, *L'art. 185 del codice penale e il risarcimento dei danni morali arrecati con fatto illecito penale e civile*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1931, 345, spec. 347:

si tratterà dunque di stimare con criteri obbiettivi di mercato, la diminuzione di valore subita dal patrimonio del danneggiato, e di attribuire poi a questi una somma di danaro sufficiente a riportare, come si è già detto, il patrimonio stesso al valore che aveva prima del fatto dannoso, dedotte solo quelle altre possibili diminuzioni verificatesi nel frattempo che non siano dovute all'autore del danno in questione.

⁴⁴ G. TEDESCHI, *Il danno ed il momento della sua determinazione*, in *Riv. dir. priv.*, 1933, I, 254 (note omesse); si veda anche – sullo stesso problema di fondo e riproponendo con forza la necessità che il danno debba valutarsi con riferimento al momento della sua liquidazione giudiziale, nella convinzione che, ragionando diversamente, il risarcimento acquisisse un *quantum plurimi* atto a donargli un carattere penale, estraneo alla natura del danno accolta nella nostra tradizione giuridica – l'analisi che il medesimo A., dopo averla affrontata con riferimento al danno da fatto illecito, effettuò guardando al danno contrattuale, G. TEDESCHI, *Il momento della determinazione del danno*, in *Riv. dir. comm.*, 1934, I, 224, 228.

⁴⁵ Dopo i tentennamenti giurisprudenziali d'inizio Novecento, che il tempo rilevante per la determinazione del contenuto del danno coincida con quello della liquidazione giudiziale operata dalla sentenza fu riconosciuto a chiare lettere da Cass. civ., 28 febbraio 1934, in *Rep. Foro it.*, 1934, voce *Responsabilità civile*, n. 390, per poi diventare

danno non debba commisurarsi guardando al momento del danneggiamento, ma a quello della sua liquidazione giudiziale⁴⁶ (il momento migliore per garantire l'anelito di certezza e precisione del calcolo risarcitorio)⁴⁷, fu un passaggio chiave per ammettere la configurabilità teorica (e quindi il venire a esistenza giurisprudenziale, nelle sue multiformi manifestazioni casistiche) della problematica della *compensatio*⁴⁸.

Per inciso, è significativo osservare che la medesima dinamica descritta con riferimento all'esperienza italiana, prese luogo con qualche anno di ritardo in Spagna, per poi radicarsi saldamente nella riflessione civilistica latino-americana⁴⁹, in esito alla traduzione in spagnolo del volume del 1903 di Fisher⁵⁰, avvenuta ad opera di Rocés Suárez⁵¹, che

un punto talmente fermo da scomparire dai Repertori. In tema, G. VALCAVI, *Il tempo di riferimento nella stima del danno*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, 2, 31; A. LUMINOSO, *Il momento da prendere a base per la determinazione e la stima del danno da risoluzione*, in *Resp. civ. prev.*, 1989, 1067; e più di recente, S. PATTI, in F. BUSNELLI, S. PATTI, *Danno e responsabilità civile*, cit., 34.

⁴⁶ Come pure aveva sostenuto in precedenza parte della dottrina (fra cui Stolfi e Chironi) e come la giurisprudenza in alcune occasioni aveva affermato, G. TEDESCHI, *Il danno ed il momento della sua determinazione*, cit., 256.

⁴⁷ *Ivi*, 258.

⁴⁸ Si vedano, infatti, le opposte conclusioni in merito al momento della determinazione del danno risarcibile (e, di conseguenza, in merito alla considerazione da attribuirsi in sede di liquidazione ai fatti intervenuti in seguito al verificarsi del fatto dannoso), che E. GIUSIANA, *Il concetto di danno giuridico*, Milano, 1944, 111 ss. e spec. 115, raggiungeva, muovendo dall'idea che gli unici criteri utili a determinare l'esistenza del danno e l'estensione del risarcimento fossero rispettivamente la lesione della volontà operata mediante un comportamento contrario a quello previsto dalla norma giuridica e lo scopo della volontà del soggetto leso.

⁴⁹ A. ORGAZ, *La compensación de beneficios en la responsabilidad extracontractual*, Buenos Aires, 1947.

⁵⁰ J.M. FISCHER, *Der Schaden*, cit. Uno studio comparativo di un altro autore tedesco aveva preparato il terreno per l'evangelizzazione del principio della *clcd* nel diritto dei paesi a tradizione romanistica, cercando la corrispondenza della teorica messa fuoco dai giuristi tedeschi nei diritti continentali, F. SÜLZEN, *Die Vorteilsausgleichung im deutschen bürgerlichen Recht mit einem Anhang behandelnd die Vorteilsausgleichung in ausländischen Rechten*, Bonn, 1920, *passim*.

⁵¹ J.M. FISCHER, *Los daños civiles y su reparación*, traduzione de *Der Schaden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich*, con anotaciones sobre el Derecho español para W. ROCÉS SUÁREZ, Madrid, 1928.

la corredò di un saggio nel quale il civilista iberico innestò il sistema argomentativo della *clcd* sulle regole domestiche, trovando indiretto riscontro del principio nella norma cardine del risarcimento del danno accolta dal *codigo civil* spagnolo⁵².

Eppure, pur a fronte di questi riscontri, la nostra giurisprudenza di legittimità si è detta persuasa, del tutto recentemente, che la *clcd* di cui oggi è dato dibattere nel diritto contemporaneo italiano abbia natali antichissimi nel diritto romano, e che, anzi, sia ascrivibile a demerito dei glossatori aver fatto sì che essa giungesse all'esperienza giuridica contemporanea veicolando un senso giuridico travisato rispetto all'originaria impostazione⁵³.

⁵² Come noto, l'equivalente funzionale dell'art. 1223 c.c. nel *codigo* spagnolo si rinviene nell'art. 1106, che dispone: «[L]a indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, salvo las disposiciones contenidas en los artículos siguientes». Per una recente analisi che fa il punto sulla penetrazione della *clcd* nel diritto spagnolo, M. MEDINA CRESPO, *La compensación del beneficio obtenido a partir del daño padecido*, Barcelona, 2015.

⁵³ In due delle quattro ordinanze di rimessione recentemente poste al vaglio delle S.U. (si tratta di Cass. civ., ord. 22 giugno 2017, n. 15536, est. Moscarini, e di Cass. civ., ord. 22 giugno 2017, n. 15537, est. Rossetti, cit.) si può leggere, infatti, con lessico invariato, l'affermazione

che l'istituto della *compensatio lucri cum damno* era noto alle fonti romane (tra le quali con maggior frequenza si invocano un passo dalle *Quaestiones* di Paolo, tramandato da Dig., 22, 1, 11; ed uno dei Libri 21 *ad Quintum Mucium* di Pomponio, tramandato da Dig., 3, 5, 11); che essa [*sic*] fu accettata e condivisa dai glossatori; che l'istituto fu teorizzato nei presupposti dogmatici dalla Pandettistica; che esso è implicitamente presupposto dall'articolo 1223 c.c., là dove ammette il risarcimento dei soli danni che siano "conseguenza immediata" dell'illecito.

Dando per assodato che le fonti romane contemplassero un'idea di *clcd* già conformato nel senso su cui oggi è dato dibattere, sempre le due ordinanze testé ricordate professano la convinzione che questa idea fosse accettata e condivisa anche dai glossatori. Un convincimento ribadito e specificato in un secondo passo che può leggersi, sempre ripetuto pedissequamente, in entrambe le ordinanze in parola. Vi si afferma, infatti, che l'idea per la quale, quando un beneficio giunge nel patrimonio del danneggiato per effetto di una norma di legge o di un contratto, l'illecito degradi da causa ad occasione dell'attribuzione beneficiale, con l'effetto di impedire l'operare della *clcd*, sarebbe radicalmente erronea nei presupposti,

Vi sarebbe, secondo questa impostazione – che appare inedita alla luce della letteratura specialistica già lumeggiata, una linea di continuità storica fra il problema condensato nel brocardo che le ordinanze della Cassazione, neppur velatamente, riferiscono ad un errore commesso da Bartolo nel glossare le fonti romane, e l'impiego argomentativo fatto del brocardo in questione secoli dopo da parte dei commentatori italiani che – si afferma – sarebbero stati ostili a veder operare la *clcd* alla fine del XIX secolo.

A dispetto di questa affermata linea di continuità, occorre ribadire che l'indagine sulle fonti storiche smentisce che il principio *clcd* (col problema sotteso cui esso tende a dare soluzione) fosse presente e circolasse nel bagaglio culturale degli interpreti italiani prima del secondo decennio del XX secolo. Non esistono glosse bartoliane riferibili al tema della *clcd* a Dig. 22, 1, 11 (Commento di Bartolo a Dig. 22, 1, 11).

Il passo cui la Cassazione ha alluso è invece glossato nella *Magna Glossa* (o Glossa Ordinaria o Glossa Accursiana) quasi un secolo prima di Bartolo (si è nella prima metà del XIII secolo), e con un *casus* di Viviano (Glossa Ordinaria, *casus* a Dig. 22, 1, 11). In questo *casus* la situazione, cui appare riferirsi la citazione operata dalle ordinanze della Cassazione, viene così descritta: non è possibile operare la compensazione ove il danno derivi da negligenza del pubblico amministratore e il lucro, semplicemente, dalla legge o dalla consuetudine (ad es. perché derivante da interessi moratori previsti *ex lege*, corrisposti dal debitore al comune di cui l'amministratore fosse stato gerente). La *ratio* è chia-

perché storicamente [tale idea] nacque da un vero e proprio equivoco: ovvero l'erroneo recepimento d'una glossa di Bartolo, altrettanto erronea nell'interpretare un passo di Paolo (Dig., 22, 1, 11). In quel passo Paolo si chiedeva se il pubblico amministratore, che avesse riscosso crediti erariali maggiorati di interessi superiori a quelli dovuti, potesse compensare per tal via la perdita patita dall'erario in conseguenza dell'inadempimento di altri debitori morosi. Chiosando questo passo, che nulla aveva a che vedere col nostro problema, Bartolo ne trasse la conclusione che *hominis culpa non compensatur cum provisione legali*: principio che nei secoli successivi ebbe immeritata fortuna, e venne fino alla fine dell'Ottocento invocato dai sostenitori della tesi dell'inoperatività della *compensatio* quando il lucro nasca dalla legge.

Così Cass. civ., ord. 22 giugno 2017, n. 15536; Cass. civ., ord. 22 giugno 2017, n. 15537, cit.

ra: una compensazione fra il beneficio comunque giunto nelle casse del comune in questo caso implicherebbe l'impossibilità di trarre a responsabilità l'amministratore pubblico negligente o infedele, senza che sia dato riconoscere a lui alcun *merito* nell'ottenimento di questo beneficio.

Dig. 22, 1, 11 è anche commentato da Baldo (Commento di Baldo degli Ubaldi a Dig. 22, 1, 11), che, senza troppe difficoltà (il commento appare assai succinto, segno che la *quaestio* non doveva essere molto dibattuta, come tenderebbe a confermare la circostanza che Bartolo l'abbia in seguito trascurata), afferma in modo molto lineare quanto già precisato. La compensazione è possibile solo se il danno deriva da negligenza e il lucro deriva invece da una speciale diligenza, che mostri di non essere un effetto discendente dalla legge. L'esempio nel commento di Baldo è proprio questo: un amministratore pubblico aveva concesso in mutuo denaro pubblico, trascurando però di riscuotere alla scadenza gli interessi previsti. Altri debitori dell'amministrazione, però, avevano pagato interessi maggiori. Al momento del rendiconto finale sull'operato dell'amministratore, ove fosse risultato che tali maggiori interessi derivassero dalla legge, non si dà compensazione con gli interessi negligenzemente non riscossi. Se, invece, si danno somme giunte nelle casse del comune per effetto di una speciale diligenza dell'amministratore, la compensazione deve operare, perché la negligenza in un caso è compensata da una diligenza maggiore di quella esigibile. La semplice circostanza di aver provveduto a riscuotere tempestivamente interessi di mora previsti *ex lege* non è considerato atto di speciale diligenza, rientrando semplicemente fra gli ordinari doveri del pubblico amministratore.

Il problema, di là da ogni questione sulla corretta interpretazione del Digesto (cosa che forse non doveva importare molto né ad Accursio, né a Bartolo, né a Baldo) è garantire la responsabilità del pubblico amministratore, e far sì che essa operi per tenere l'amministrazione pubblica indenne da danni: perciò non si fanno sconti in caso di negligenza del pubblico amministratore, e lo si premia, ma solo ove costui manifesti una diligenza superiore a quella ordinariamente dovuta, mostrando così di «meritare» l'attribuzione aggiuntiva con una giustificazione di segno causale.

Sfugge quanto tutto ciò possa felicemente rapportarsi all'argomentazione di taglio storico che le ordinanze della Cassazione hanno mosso in critica all'idea che un'attribuzione patrimoniale beneficiante il patrimonio del danneggiato a seguito dell'evento dannoso e avente causa nel contratto o nella legge debba essere considerata un'occasione e non una causa in senso proprio del fatto dannoso, con esiti di non defalcabilità. Su questo aspetto, ad ogni modo, si avrà occasione di tornare a tempo debito.

2. La costruzione del «discorso» sulla *compensatio* nella responsabilità civile italiana del dopoguerra

Dunque in Italia di *clcd* si comincia a parlare in termini di «principio» o «istituto» solo a partire dal 1916⁵⁴, riprendendo con qualche anno di ritardo i termini di un dibattito fiorito in Germania negli anni in cui la dottrina teutonica aveva eletto a regola guida nell'accertamento del danno il *Differenzmethode* scolpito nel tuttora vigente § 249 BGB: «chi è obbligato al risarcimento del danno deve reintegrare lo stato che sarebbe sussistito se non si fosse verificata la circostanza che obbliga al risarcimento»⁵⁵.

Si è visto come sia stato in quel contesto, e per lo più ancor prima che il BGB entrasse in vigore, che i giuristi tedeschi, nel mettere a punto le tante risposte sollecitate dall'adozione di una «moderna» nozione di danno, strettamente correlata all'affinarsi del concetto di patrimonio, avevano dato lustro ai propri ragionamenti sulla considerazione da attribuire ai benefici che possono accompagnare il verificarsi del fatto produttivo di un danno risarcibile – quando il danno sia considerato nel contesto del patrimonio del danneggiato e quando la sua liquidazione avvenga con riguardo al tempo in cui essa viene giudizialmente effettuata, senza retroagire al tempo della lesione – evocando una formula capace di infondere il prestigio e l'autorità della tradizione a un ragionamento dettato dalla moderna elaborazione giuridica che si compiva in

⁵⁴ F. LEONE, *Compensatio*, cit.

⁵⁵ Così la traduzione proposta da S. PATTI, *Codice civile tedesco. Bürgerliches gesetzbuch*, Milano, 2005, 127.

quegli anni ragionando intorno alla dottrina dell'interesse che Mommsen aveva saldato allo schema di accertamento del danno nella modernità⁵⁶.

Associato a un frammento di Pomponio che a una lettura superficiale si prestava ad accreditare la soluzione che il nuovo ragionamento sul danno e la sua quantificazione di lì a poco si sarebbe avviato a seguire⁵⁷ (in un passaggio epocale che avrebbe segnato il graduale tramonto della *aestimatio rei*, a favore di ragionamenti ispirati all'interesse)⁵⁸, l'enunciazione concepita approdando all'espressione latina *compensatio lucri cum damno* era parsa irresistibile a un ceto di giuristi formatosi negli

⁵⁶ Il che non implica nemmeno per un momento immaginare che i fondamentali apporti di Domat e Pothier, rielaborati durante i lavori preparatori del *Code civil* e dopo la vigenza degli artt. 1149-51 di quel codice, non si dessero prima di Mommsen, e non abbiano continuato a reggere le fila del dibattito sul danno da inadempimento anche nello sviluppo italiano che a quell'impianto originario seguì, ma significa mettere a fuoco il fatto che l'elaborazione svolta dal giurista di Flensburg e dalla pandettistica assuma un ruolo centrale, sul piano culturale, per cominciare a "vedere" il problema cui dà voce la formula che siamo soliti evocare con il latinismo qui indagato.

⁵⁷ «Quod si in quibusdam lucrum factum fuerit, in quibusdam damnum: absens pensare lucrum cum damno debet» (D. III, 5, 10 - Pompon. 21 ad Q. Mucium): si tratta di un testo del Digesto che riporta il pensiero di Proculo, che in quel contesto, in realtà, esaminava il problema del *novum negotium* intrapreso dal gestore di affari altrui (così da ultimo, C.A. CANNATA, *Il terzo capo della lex Aquilia*, in ID., *Scritti scelti di diritto romano*, II, Torino, 2012, 239, spec. 242).

L'*absens pensare* il *lucrum cum damno* divenne allora la piattaforma testuale da cui estrapolare il composto che avrebbe simboleggiato il principio, con un'operazione di espansione di senso che decontestualizzava platealmente l'ambito specifico e ristretto nel quale Proculo aveva in origine collocato il suo ragionamento.

Discorrendo sul pensiero elaborato da Savigny nel «Sistema del diritto romano attuale», pagine molto stimolanti sulla capacità di trarre il nuovo dall'antico, in un contesto segnato però dalla necessità di «restituire ai suoi valori semantici originari» la terminologia delle fonti, sono quelle di M. BRETONE, *Il diritto invisibile. Concetti e metafore nel Sistema di Savigny*, in F. MACARIO, M.N. MILETTI (a cura di), *Tradizione civilistica e complessità del sistema*, Milano, 2006, 19, spec. 31 ss.

⁵⁸ Analizza a fondo il passaggio ora F. PROCCHI, *Dall'id quod interest alla costruzione della cd. 'Differenzhypothese' ad opera di Friedrich Mommsen*, in L. GAROFOLI (a cura di), *Actio in rem e actio in personam. In ricordo di Mario Talamanca*, vol. II, Padova, 2011, 481.

anni in cui la Scuola storica di Savigny offriva il suo lascito alla pandettistica.

Regista occulto di questo innesto, che però l'Autore che si sta per menzionare non ritenne di rendere esplicito nel suo celebre studio monografico (nel cui testo, infatti, la spendita dell'espressione *clcd* non ricorre mai), fu lo stesso Friedrich Mommsen.

Dichiarandosi risolutamente a favore dello scomputo dei vantaggi procurati dalla condotta lesiva, in linea con una concezione puramente riparatoria del danno e insistendo sulla necessità che nessuno si arricchisse a seguito del risarcimento del danno, il trentasettenne giurista tedesco non resistette all'idea di far occhieggiare, in guisa di sottile elemento di persuasione, retoricamente confermativo, l'espressione *compensatio lucri c. damno* nella testatina destra che accompagna il lettore impegnato a scorrere le pagine del § 18 dell'opera cui convenzionalmente viene riferita la prima esposizione della teoria differenziale del danno⁵⁹.

Su questa frase fu così evocata, in realtà innestandola *ex novo* sul neo-latinismo coniato, la vigenza intellettuale di un «principio», che si predispose a essere interpretato con l'autorevole conforto di una tradizione che gli mancava, anche perché questo «principio» aveva la capacità di identificare subito il problema che la teoria differenziale del danno induceva a mettere a fuoco in modo del tutto naturale⁶⁰. Ma, do-

⁵⁹ Così, infatti, la testatina che accompagna la lettura di questo paragrafo dell'opera, F. MOMMSEN, *Beiträge zum Obligationenrecht*, vol. II, *Zur Lehre von dem Interesse*, Braunschweig, 1855, 191-197.

⁶⁰ Di questo sembrò implicitamente avvedersi Renato Scognamiglio, che, come vedremo fra poco, ebbe in sorte di avere un ruolo assai rilevante nel presentare in una sua nota a sentenza il problema evocato dal latinismo al grande pubblico dei giuristi pratici italiani agli inizi degli anni Cinquanta. In uno scritto posteriore dedicato a mostrare i limiti della teoria differenziale del danno, su cui avremo modo di tornare, Egli osservò come la teoria del danno come differenza patrimoniale

appare costituire un criterio idoneo per definire il concetto di danno; e dar conto allo stesso tempo della sua rilevanza secondo la dimensione quantitativa, che anzi solo alla sua stregua pare possibile, ad una prima considerazione, dar ragione di un istituto caratteristico della materia, come la *compensatio lucri cum damno* (nota omessa).

po essere stati evocati nel dibattito che condusse alla codificazione, il «principio» e il suo significante latino in Germania rimasero assorbiti nella precomprensione di chi avrebbe da quel momento in poi interpretato il § 249 BGB⁶¹.

Con il nuovo codice, infatti, il civilista tedesco di *clcd* non avrebbe più parlato, ma avrebbe risolto il problema della *Vorteilsausgleichung* in via interpretativa e su base casistica⁶², avendo gli artefici del BGB scartato a ragion veduta l'ipotesi di dare risposta al problema in via normativa, enunciando una regola generale atta a risolverlo in tutti i multiformi contesti nei quali esso avrebbe avuto modo di manifestarsi⁶³.

Così R. SCOGNAMIGLIO, *Appunti sulla nozione di danno*, in AA.VV., *Studi in onore di Gioacchino Scaduto*, III, *Diritto civile e diritto romano*, Padova, 1970, 193, 197-198, e ora in ID., *Responsabilità civile e danno*, Torino, 2010, 219, 222.

⁶¹ Con una epifania «minore» in campo contrattuale conchiusa nel § 326 II 2 BGB, ove, disponendo in tema di liberazione dalla controprestazione e di recesso nel caso di esclusione dell'obbligo di eseguire la prestazione, si prevede che

[S]e il creditore è responsabile da solo o in misura largamente prevalente del fatto a causa del quale il debitore non è tenuto ad adempiere secondo il § 275, commi da 1 a 3, o questo sopraggiunge per una circostanza non imputabile al debitore in un momento in cui creditore è in mora nell'accettazione, il debitore conserva la pretesa alla controprestazione. Egli tuttavia deve permettere che si detranga quanto risparmia in conseguenza della liberazione dalla prestazione o quanto acquista o omette in mala fede di acquistare tramite l'impiego della sua forza lavorativa.

Così, nella traduzione proposta da S. PATTI, *Codice civile tedesco*, cit., 197.

⁶² L'istituto trova sistematica trattazione nelle pagine dedicate al § 249 BGB in tutti i commentari del codice civile tedesco, come se il termine *Vorteilsausgleichung* sia effettivamente enunciato nella norma. In buona misura, il successo di questo termine e la sua acquisita valenza nella sistematica applicativa della norma codicistica tedesca possono essere attribuite all'apparizione, assieme alle dissertazioni già ricordate qualche nota fa, dell'autorevole monografia con la quale Paul Ernst Wilhelm Oertmann, provenendo da studi romanistici, ottenne la cattedra di diritto civile nella facoltà di giurisprudenza di Erlangen, analizzando il tema evocato dalla *clcd* sotto l'etichetta che di questo tema si sarebbe avviata a diventare la traduzione concettuale in lingua tedesca (P. OERTMANN, *Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch im römischen und deutschen bürgerlichen Recht*, Berlin, 1901). Sul tema, ad ogni modo, si tornerà più estesamente nel capitolo VI.

⁶³ La seguente citazione tratta dai lavori preparatori alla prima versione del BGB, risalenti al 1888, fu richiamata dalla Suprema Corte tedesca (nella motivazione di BGH,

Queste consapevolezze all'epoca furono messe in ombra dall'interprete italiano che scopriva e assorbiva avidamente il rigore concettuale dei testi composti nell'austero carattere *Fraktur*. Il quale preferì farsi possedere fino in fondo dall'eccitazione procurata dalla possibilità di celebrare il ritorno alla casa madre del «proprio» latinismo.

Come abbiamo già verificato, la *clcd* si avviò così a penetrare nel discorso civilistico italiano nel torno di anni nel quale quanti praticavano tale discorso orientavano stabilmente sull'asse del Brennero le proprie ricerche intellettuali, consumando un brusco distacco da molte convinzioni coltivate finché l'orizzonte culturale di riferimento fu esclusivamente dipinto dal diritto dal quale il codice civile postunitario derivava⁶⁴.

24 marzo 1959 - VI ZR 90/58, in *NJW*, 1959, 1078) nel decidere affermativamente se tener conto del maggior valore assunto da un immobile ricostruito, rispetto al valore che esso aveva prima di essere devastato da un incendio.

I lavori preparatori avevano osservato come non fosse opportuno normare sulla considerazione dei benefici nell'ambito del computo del danno, trattandosi di un problema che *non doveva essere catturato da una regola generale*, ma da soluzioni rimesse alla *souplesse* dell'interprete e alla capacità di rispondere con soluzioni diversificate nei multiformi contesti nei quali il problema si sarebbe prospettato in futuro:

[D]ie Entscheidung der Frage, ob und inwiefern bei Schadensersatzansprüchen der Vorteil, welcher dem Beschädigten durch den schadenbringenden Umstand zugefallen ist, von der Ersatzsumme in Abrechnung zu bringen sei (compensatio lucri et damni), muss der Rechtswissenschaft und Praxis überlassen werden (...). Es versteht sich wohl von selbst, (...) dass, wenn aus einer und derselben Maßregel oder aus einem Komplex von Maßregeln, für welche dieselben Person einzustehen hat, schädliche und nützliche Folgen entstanden sind, diese nicht voneinander getrennt werden dürfen, sondern auf das Gesamtergebn gesehen werden muss. Allein der Versuch einer Entscheidung der Frage durch einen Ausspruch im Gesetze wäre insbesondere für Deliktsfälle bedenklich. Ihre Lösung hängt wesentlich mit der Feststellung des Schadensbegriffes zusammen, welche ohnedies nicht für alle Fälle nach allen möglichen auch sonst zweifelhaften Seiten hin durch das Gesetz erfolgen kann (...). Die Praxis wird, uneingeengt durch eine gesetzliche Vorschrift, auch fernerhin im Einzelfalle sich zurecht finden.

In questi termini, *Motive zu dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches*, vol. II, Berlin-Leipzig, 1888, § 218, 18-19, ora anche in OA: <https://archive.org/details/motivendementw04germgoog>.

⁶⁴ Restituiscono il clima generale nel quale si compì questa «rottura culturale» consumatasi a cavallo dell'anno 1900 nella civilistica italiana le belle pagine di C. SALVI,

Tornando al periodo nel quale il problema raffigurato dalla *clcd* si radica nelle corde dei civilisti italiani, è nel periodo fra le due guerre, specie negli anni che precedettero la codificazione, che il latinismo acquista spazio in una serie d'importanti trattazioni dottrinali⁶⁵.

Esso, tuttavia, rimase anche dopo il 1942 privo di agganci codicistici diretti a confermare il carattere di generalità del principio che esso in ipotesi sarebbe valso a esprimere.

Emblematico il silenzio che la Relazione al Re al IV libro del codice civile (la cui materiale stesura si dovette al magistrato Dino Mandrioli, in dialogo in particolare con Giuseppe Osti per la parte che qui interessa)⁶⁶ riservò al preteso principio della *clcd* nella sintesi dedicata a lumeggiare i contenuti essenziali dell'art. 1223 c.c., ove invece non si mancò di porre l'accento sul collegamento fra il riferimento ai «danni immediati e diretti» e la nuova previsione del 1227 c.c., con la quale si esplicitava la possibilità di quantificare il danno in proporzione alla colpa del danneggiato (§ 572, Relazione al Re).

Non meno significativo osservare come, nel commentare la regola dettata dal nuovo art. 1589 c.c., la Relazione descrivesse la soluzione adottata in tema d'incendio della cosa locata senza presentarla quale applicazione settoriale di un principio generale osservato in tema di quantificazione del danno, ma semplicemente richiamando nella sua

La giusprivatistica fra codice e scienza, in A. SCHIAVONE (a cura di), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Roma-Bari, 1990, 233, spec. 236-37; e di P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico. 1860-1950*, Milano, 2000, 8-12. Per una contestualizzazione tecnica del significato di questa rottura, nel quadro dell'elaborazione storica delle soluzioni offerte dalla dottrina italiana in quegli anni al problema della risarcibilità del danno contrattuale, M. BARCELLONA, *Inattuazione dello scambio e sviluppo capitalistico. Formazione storica e funzione della disciplina del danno contrattuale*, Milano, 1980, 218-33.

⁶⁵ Si vedano, oltre alla già ricordata voce del Digesto di Pietro Cogliolo, A. DE CUPIS, *Contributi alla teoria del risarcimento del danno*, Milano, 1939, 11 ss.; G. TEDESCHI, *Il danno ed il momento della sua determinazione*, cit., 275 s.; S. ORLANDO CASCIO, *Estinzione dell'obbligazione per conseguimento dello scopo*, Milano, 1938, 46-47 e 165-169; G. PACCHIONI, *Dei delitti e dei quasi delitti*, Padova, 1940, 121 ss.; un cenno anche in R. DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*⁵, II, Messina-Milano, 1930, 65.

⁶⁶ N. RONDINONE, *Storia inedita della codificazione civile*, Milano, 2003, 525-531.

autonomia il principio indennitario di cui l'art. 1916 c.c. si faceva corollario.

La norma in tema di locazione richiama esplicitamente tale principio quando la cosa perita nell'incendio risultati «assicurata dal locatore», proprio perché chi aveva la responsabilità di codificare aveva ben chiaro all'epoca che, in difetto di tale richiamo esplicito, il collegamento non avrebbe potuto desumersi dall'immanenza di un principio generale in tema di danno e risarcimento tale da rendere autoevidente all'interprete che un supposto principio generale avrebbe esplicato i suoi effetti per far sì che – in quella particolare fattispecie – «la responsabilità del conduttore» (e non già il danno provocato da quest'ultimo) fosse (*recitius*: nascesse) limitata, onde tener conto del «danno effettivo», in quanto non assorbito «dall'indennizzo corrisposto».

L'uso combinato di quest'aggettivazione e di questo participio, posti in stretta correlazione logica, fa peraltro intendere anche ai contemporanei che quanti concepirono l'enunciato dell'art. 1589 c.c. considerarono l'indennizzo una somma di denaro già entrata nel patrimonio del danneggiato al momento in cui l'effetto prefigurato dalla norma si sarebbe prodotto, limitando la *responsabilità* (e non già la valutazione del danno)⁶⁷.

⁶⁷ § 692, Relazione al Re. Su questo importante rilievo, che oggi assume nuova attualità, si tornerà a tempo debito.

Che fra il momento del pagamento dell'indennità e l'effettivo esercizio della surrogazione da parte dell'assicuratore, il diritto di credito, originariamente sorto fra conduttore e locatore, sia destinato a rimanere quiescente, non comportando la definitiva liberazione del debitore originario, è stato sostenuto – riflettendo proprio sul meccanismo previsto dall'art. 1589 c.c. – da G. ANDREOLI, *Note in tema di regresso e surrogazione del fideiussore*, in AA.VV., *Studi in onore di Cesare Grassetti*, vol. I, Milano, 1980, 67, spec. 78-79. Nella diversa prospettiva segnata dall'intento di negare il difetto di legittimazione attiva dell'assicurato (già indennizzato dal suo assicuratore) che proponga azione contro il responsabile del danno, la norma della disciplina della locazione era stata evocata in conferma di questa soluzione in Trib. Genova, 31 marzo 1953, in *Foro it.*, 1953, I, 1347, spec. 1351, con osservazioni adesive di S. SATTA (il quale aveva sostenuto la tesi in ID., *Legittimazione ad agire dell'assicurato e surroga dell'assicuratore*, in *Assicuraz.*, 1952, II, 96), ove si osservava:

se fosse vero quanto nei precedenti giudicati è stato ritenuto sul diritto di surroga portato dall'art. 1916, vale a dire che appena l'assicuratore indennizza succede automaticamente per norma d'ordine pubblico nel diritto dell'assicurato

La *clcd*, quindi, non conobbe una vera e propria emersione giurisprudenziale⁶⁸, quale riferimento d'uso corrente nella pratica della responsabilità civile italiana, se non nel dopoguerra, all'indomani della Costituzione repubblicana.

Nel percorso avviato diventa allora importante tornare a esaminare da vicino, di là dalle citazioni di prammatica, i due scritti che apparvero sul più autorevole e diffuso foglio giuridico nazionale del dopoguerra⁶⁹,

verso il terzo responsabile, tale disposizione [l'art. 1589 c.c.] non avrebbe ragione di essere, laddove limita il diritto di risarcimento del detto assicurato già indennizzato verso il terzo, in quanto, secondo la tesi che si respinge, l'assicurato per la parte di danno risarcito sarebbe stato privo di legittimazione ad agire.

⁶⁸ Due massime apparse in tempi bellici sembrarono fare i conti col problema della *clcd*, omettendo tuttavia richiami espliciti al latinismo: Cass., 15 marzo 1940, n. 902, in *Rep. Foro it.*, 1940, voce *Danno da inadempimento del contratto*, n. 20 (ove ci si limitò a ribadire che il risarcimento del danno deve rimettere il creditore nella situazione patrimoniale nella quale si sarebbe trovato ove il fatto illecito non fosse avvenuto); e Cass., 13 gennaio 1941, n. 114, *ivi*, 1941, voce cit., n. 19 («nella determinazione del danno derivante da colpa tanto contrattuale che aquiliana deve tenersi presente l'eventuale vantaggio che il fatto illecito abbia procurato al danneggiato, non potendo il risarcimento risolversi in un lucro indebito»).

Per converso, negli stessi anni il Consiglio di Stato richiamò esplicitamente la formula latina nel valutare le conseguenze risarcitorie dovute all'annullamento di un atto estintivo di rapporto di pubblico impiego, dimostrando però di averne un'idea piuttosto approssimativa:

in ogni caso però, se il creditore col proprio atto causativo dell'impossibilità di adempiere del debitore, arreca a questi un danno (aquiliano), risponderà col risarcimento; se peraltro il debitore, trovandosi in impossibilità di adempiere, ha volto altrove la propria attività ritraendo lucri, si avrà *compensatio lucri et damno* e il creditore dovrà la differenza tra danno e lucro, oppure nulla, se la differenza manchi o il lucro sopravanzi.

Così Cons. Stato, 25 aprile 1941, in *Foro it.*, 1942, III, 145, spec. 150, con nota giovanile di M.S. GIANNINI, *Sulla ripristinazione conseguente all'annullamento di un atto estintivo del rapporto di impiego pubblico*.

⁶⁹ Ci si riferisce a R. SCOGNAMIGLIO, *In tema di «compensatio lucri cum damno»*, nota ad App. Catania, 12 gennaio 1951, in *Foro it.*, 1952, I, 635 (oggi anche in ID., *Responsabilità civile e danno*, cit., 284 ss.) e ad A. DE CUPIS, *Risarcimento del danno e diritto alla pensione*, nota a Cass. civ., 29 luglio 1955, n. 2442, in *Foro it.*, 1955, I, 29. I risultati dell'elaborazione compiuta da questi due autori nell'inquadrare le prime manifestazioni esplicite della *clcd* nella nostra giurisprudenza furono consolidati qualche

perché a essi va ascritta la cristallizzazione e la diffusione delle fondamentali applicative della *clcd* nel modo in cui, da quel torno di anni in poi, quest'ultima sarebbe stata routinariamente considerata dai giuristi chiamati a far vivere la responsabilità civile nei tribunali italiani⁷⁰.

Renato Scognamiglio fu tra i primi a collocare nel titolo di uno scritto destinato anche al grande pubblico dei pratici un riferimento esplicito alla *clcd*, anche perché la sentenza che l'Autore annotava del latinismo era stata obbligata a parlare, rispondendo all'eccezione che il convenuto non aveva esitato a sollevare, senza timore che la propria difesa potesse «rimordere alla [*sic*] coscienza sociale» (per evocare un virgolettato di cui invece la giurisprudenza di legittimità contemporanea ha preso a farsi interprete spesso e volentieri)⁷¹.

I punti fermi fissati in quella celebre nota meritano una volta di più d'essere ricordati.

anno dopo nella prima esposizione enciclopedica dedicata esplicitamente al latinismo, S. PULEO, *Compensatio lucri cum damno*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, 29 ss.

⁷⁰ È il caso di rammentare che si dovette attendere il 1971 per veder assurgere il latinismo a lemma impiegato quale sottoinsieme classificatorio della voce «Danni civili» nel Repertorio del Foro Italiano.

⁷¹ La vicenda si sarebbe prestata a un racconto per immagini germano (magari accompagnato dall'inconfondibile timbro dell'oratoria forense del grande Pietro Tordi di «Divorzio all'italiana»). Nella Sicilia del primo dopoguerra il convenuto, civilmente responsabile dei fatti, aveva invocato la compensazione di tutti i danni, patrimoniali e non, sofferti (anche in proprio e in via diretta) da un padre e una madre in esito a un cortocircuito che li aveva danneggiati, rivelandosi altresì mortale per la loro figlia, perché inferiori all'importo del considerevole asse ereditario, che, con l'apertura della successione legittima alla morte di costei, era entrato nel patrimonio degli attori danneggiati, tornando così nella disponibilità di quanti per amore filiale si erano spogliati dei propri beni – in ossequio a un costume sociale profondamente radicato nella Sicilia dell'epoca – per costituire la beneaugurante dote della figlia tragicamente scomparsa.

La massima distillata sul punto di diritto concernente la *clcd* tacque, tuttavia, sulla particolarità del caso su cui era intervenuta la sentenza dalla quale essa veniva tratta. Per inciso, può essere singolare annotare che un caso assai simile (responsabile di un sinistro stradale che invoca la decurtazione dei danni da risarcire alla vittima sopravvissuta, perché «beneficiata» dall'apertura della successione del fratello deceduto nel medesimo incidente) sia stata affrontato, per essere risolto con esiti non diversi da quelli raggiunti dalla corte etnea, in BGH, 16 dicembre 1976, in *NJW*, 1976, 747.

In primo luogo, si negò con decisione che all'interprete fosse dato risolvere il problema evocato dal latinismo, adoperando tecniche argomentative diverse da quelle impiegate per accertare e quantificare il danno.

Danno e lucro come facce dello stesso problema (e delle medesime soluzioni accolte per risolverlo), senza che sia concesso attribuire alla *clcd* rilievo e fondamenti diversi da quelli considerati dalla legge e dall'interprete per far luce sull'esistenza del danno⁷², e non senza rimarcare come il problema posto dalla *clcd* si ponga su piani radicalmente distinti da quelli percorsi ragionando sulla compensazione dei crediti⁷³.

In secondo luogo fu svolta un'osservazione cruciale sul senso da attribuire al concetto di danno-interesse nel decifrare come e quando attribuire rilievo commisurativo al vantaggio. Il distinguo era sottile, ma perimetrava lo spazio ideale nel quale la giurisprudenza della seconda metà del secolo scorso avrebbe continuato a dipanare gli arcani della *clcd*.

Il concetto di danno-interesse, si osservò, sebbene, in sé considerato, non offra criteri operativi utili a selezionare la rilevanza dei vantaggi, si dà come vera e propria ontologia del problema evocato dal latinismo⁷⁴.

Da ciò discende che l'interprete è tenuto a compiere la sua verifica nel segno di un test unitario, concepito per dare rilevanza al vantaggio avvalendosi del medesimo criterio causale prescelto per dire risarcibili le poste dannose. Con due conseguenze, legate all'uso di questa stringente dommatica concettuale.

Che l'accertamento causale deve svolgersi nell'alveo eziologico del medesimo, singolo illecito e non del fatto unitariamente inteso e, come tale, suscettibile di determinare più illeciti fra loro distinti⁷⁵. E che, così

⁷² Ribadiva R. SCOGNAMIGLIO, *In tema di «compensatio lucri cum damno»*, cit., 638: «la figura in esame, piuttosto che un istituto dotato di autonoma rilevanza, [è] una pura e semplice conseguenza delle regole vigenti in tema di risarcimento del danno».

⁷³ R. SCOGNAMIGLIO, *In tema di «compensatio lucri cum damno»*, cit., 640.

⁷⁴ Il ragionamento mutuava convinzioni già messe a fuoco da P. OERTMANN, *Die Vorteilsausgleichung Beim Schadensersatzanspruch*, cit., 20-23.

⁷⁵ Così, nel caso catanese, non avrebbe potuto essere concepita in radice la pretesa di assorbire il danno, lamentato dai genitori dell'uccisa per le lesioni direttamente cagionate loro dal cortocircuito, nel vantaggio patrimoniale determinato loro dall'apertura della successione occasionata dalla morte della figlia, perché l'evento unico (il cortocir-

ragionando, esso impone di valorizzare fra i benefici cronologicamente susseguenti all'illecito solo quelli che possano dirsi causati, e non meramente occasionati, da quest'ultimo.

Era in base a questo rilievo – che si dava in uno con i pericoli sempre sottesi alla delega di un problema alle teorie causali predilette dall'interprete, quando diventa impossibile non immergersi nella «vischiosità delle formule paracausali»⁷⁶ – che si giustificava la mancata compensazione fra i benefici, entrati nel patrimonio dei genitori solo *in occasione* dell'apertura della successione legittima, e il danno morale patito per la perdita della figlia, nel tentativo di correggere il tiro rispetto a quanto ritenuto dai giudici catanesi⁷⁷.

Costoro, non senza assolvere al proprio obbligo di motivazione, avevano opinato che nella nozione di danno morale allora in auge (anche in collegamento con quanto affermato nella Relazione al Re, § 273) si desse una componente afflittivo-sanzionatoria idonea a rendere questa voce di danno insuscettibile di assorbimento nell'arricchimento seguito alla successione, per difetto di omogeneità funzionale fra le due somme, con l'effetto di pervenire alla conclusione, forse tacciabile di eccessivo radicalismo semplificatorio, che «l'autore del fatto dannoso è sempre obbligato al risarcimento integrale del danno non patrimoniale, anche se il fatto abbia cagionato un vantaggio patrimoniale al soggetto leso»⁷⁸.

La massima tramandata dalle colonne della rivista di via Pietro Cosca dovette tuttavia prestare fedeltà al *decisum* e divulgò il messaggio in base al quale, per potersi annullare vicendevolmente, lucro e danno devono apparire «entità omogenee, dipendenti dal medesimo fatto illecito», con una diabolica ambiguità celata nel dettaglio della virgola, che,

cuito) aveva dato origine a due serie causali distinte (una sfociante nell'uccisione della figlia, l'altra nel danneggiamento diretto subito dai genitori).

⁷⁶ Per dirla con M. BARCELLONA, *Inattuazione dello scambio e sviluppo capitalistico*, cit., 14, cui si deve una illuminante analisi storico-funzionale sul senso attribuibile ai dispositivi di «causa» e «occasione» nell'impiego che di questi ultimi, esaminando gli «avvenimenti che possono seguire dal fatto», si fa per selezionare il danno giuridicamente rilevante, *ivi*, 130-140.

⁷⁷ R. SCOGNAMIGLIO, *In tema di «compensatio lucri cum damno»*, cit., 639-41.

⁷⁸ Così App. Catania, 12 gennaio 1951, cit.

separando la *omogeneità* (peraltro unita a un referente lessicalmente vago e a-tecnico come quello della «entità») dalla *dipendenza*, avrebbe invitato i frettolosi lettori della massima a ritenere i due requisiti operativi descritti nella regola massimata distinti, perché espressione di logiche concettuali fra loro differenti⁷⁹.

Ma, come si vedrà, in quella virgola c'era del vero, e in particolare, si annidava il senso del problema che la regola giurisprudenziale in tema di *clcd* avrebbe gestito con insufficiente chiarezza concettuale nelle manifestazioni applicative che tale regola avrebbe conosciuto negli anni a venire.

3. In particolare, con riferimento al rapporto fra pensione e risarcimento

Il fotogramma che contribuì a fissare negli anni a seguire la cifra applicativa della *clcd* fu ulteriormente messo a fuoco da Adriano De Cupis⁸⁰, che al «nuovo» problema della *clcd* aveva già dedicato ampio spazio nel suo fortunato trattato postbellico⁸¹, dopo essersene occupato in un primo saggio specialistico negli anni Trenta⁸².

⁷⁹ Senza poter qui approfondire la vicenda (che, forse, per come si prospettava, segnalava una semplice opera di valutazione di un danno futuro), mette conto segnalare che molti anni dopo le conseguenze dannose inflitte ai genitori dalla perdita di una figlia in tenera età (questa volta non titolare di un cospicuo patrimonio destinato a discendere verso i genitori all'atto della morte di costei) furono assoggettate a *clcd* per compensare in capo agli ascendenti il lucro cessante in guisa di contribuzione economica che la figlia, crescendo, avrebbe potuto assicurare loro, col beneficio derivante dalla non emergenza del danno connesso alle spese nelle quali i medesimi sarebbero incorsi per assolvere i propri obblighi di contribuzione alle esigenze di vita della figlia fino al raggiungimento della sua indipendenza economica, Cass. civ., 7 maggio 1996, n. 4242, in *Danno resp.*, 1996, 451, con nota di V. CARBONE, *I contrasti e le incertezze della giurisprudenza in tema di compensatio lucri cum damno*, secondo uno schema argomentativo in seguito evocato anche in Trib. Venezia, 10 settembre 2002, in *Resp. civ. prev.*, 2004, 117.

⁸⁰ A. DE CUPIS, *Risarcimento del danno e diritto alla pensione*, cit., 29.

⁸¹ A. DE CUPIS, *Il danno*, I ed., Milano, 1946, 160, ove viene ripreso il celebre aneddoto esplicativo escogitato da Oertmann (*Die Vorteilsausgleichung*, cit., 65) per illustrare un caso paradigmatico di *clcd*: quello del cacciatore che spara al piccione del

L'occasione venne da una pronuncia di legittimità di capitale importanza⁸³, alla quale si deve peraltro l'orientamento messo in dubbio dalla recente giurisprudenza della Cassazione che guarda con favore all'operare della *clcd* quando un trattamento previdenziale intervenga a valle del fatto generatore di responsabilità. La questione all'epoca non appariva pacifica.

Per quanto è possibile verificare negli anni che hanno visto raccogliere la memoria del diritto dai grandi Repertori italiani, il problema si era posto quando probabilmente lo Stato sociale italiano non era teorizzato neanche come ideale utopico⁸⁴.

Si è già visto che la Corte di Cassazione di Firenze, ignorando il ruolo di un «principio» ancora ignoto (a conferma del suo solo preteso radicamento nella tradizione romanistica), lo aveva risolto facendosi guidare dalla ragione, mettendo in luce un'argomentazione dotata di un canone intrinseco di notevole e sempre attuale ragionevolezza:

una volta che la sentenza, con giudizio insindacabile, ha dichiarato che le dette pensioni [erogate alla vedova ed ai figli minori in seguito alla morte del loro congiunto] non vengono retribuite dalla Società dell'Alta Italia, sebbene da un ente distinto, autonomo, quale si è l'associazione degli impiegati ferroviari costituita in corpo morale, non è permesso attaccare questo apprezzamento; che poi non dovesse tenersi conto a vantaggio della società, di quanto viene retribuito da altri alla vedova ed ai figli del Cozza, sia pur pel fatto della morte di questo, niuno può mettere in dubbio; giacché ciascuno è tenuto a rispondere del proprio per le sue obbligazioni, e non può soddisfarle con il denaro altrui. E tanto più esorbitante mostravasi nella specie la pretesa della Società, *quando si rifletta che il diritto alla pensione è il corrispettivo contrattuale dei*

vicino e abbatte anche il falco che in quel momento attacca un secondo piccione, esercizio di fantasia che fa il paio con il caso già ricordato, affrontato sempre in tema di pennuti, da Trib. Bologna, 23 gennaio 1879, cit.

⁸² A. DE CUPIS, *Compensatio lucri cum damno*, in *Riv. crit. resp. civ. e dir. lav.*, 1938, 57.

⁸³ Cass. civ., 29 luglio 1955, n. 2442, in *Foro it.*, 1955, I, 28.

⁸⁴ Cass. Firenze, 17 gennaio 1884, *S.F.A.I.-Cozza*, cit.

*versamenti fatti dagl'impiegati ferroviari per assicurare l'esistenza a sé, ed ai suoi*⁸⁵.

Diversi anni dopo, ragione e giustizia indirizzarono in senso opposto un'altra già ricordata Cassazione regionale italiana⁸⁶, dichiaratasi pro-

⁸⁵ Cass. Firenze, 17 gennaio 1884, cit., 145 (corsivo aggiunto). Sostanzialmente identica – lo si annota anche per la similitudine della fattispecie concreta ricorrente nel caso – la soluzione raggiunta in quel torno di anni oltremarina da Bradburn v. Great Western Railway Co. (1874), L.R. 10 Ex. 1, ove l'attore Bradburn, vittima di un incidente ascrivibile a colpa della compagnia ferroviaria, aveva ricevuto l'indennizzo pattuito dall'assicuratore cui aveva pagato il premio per cautelare la sua persona da una disgrazia accidentale. Nel respingere il tentativo della Great Western Railway Co. di veder scomputare dal proprio debito risarcitorio le somme così ricevute dall'attore in dipendenza dell'evento dannoso, Judge Pigott osservò (*ivi*, 3) che

the plaintiff does not receive that sum of money because of the accident, but because he has made a contract providing for the contingency; an accident must occur to entitle him to it, but it is not the accident, but his contract, which is the cause of his receiving it.

⁸⁶ Cass. Torino, 30 marzo 1910, *Società automobilistica Rapid-Martiny*, cit. Qualche anno prima i supremi giudici torinesi si erano rifiutati di detrarre dal risarcimento del danno liquidato alla coniuge per la perdita del sostentamento assicurato dal marito vittima di un illecito, il beneficio economico rivenuto a quest'ultima dalla circostanza di essersi potuta giovare della vedovanza per trovare nuove nozze e, quindi, un nuovo obbligato al mantenimento perduto, Cass. Torino, 3 ottobre 1902, *Cipollina-Morando*, cit., con una decisione il cui senso aggiudicativo rimase fermo per quasi settant'anni.

Così si continuò a decidere, infatti, quando la fattispecie delle nuove nozze potette essere considerata esplicitamente alla luce del «principio» associato al latinismo (e dei criteri applicativi che nelle more ad esso erano stati associati), in Cass. civ., 4 aprile 1959, n. 1008, in *Foro it.*, 1959, I, 1512, con nota – questa volta critica – di A. DE CUPIS, *Influenza delle nuove nozze sul diritto a risarcimento della vedova*, e inconsueto *rejoinder* dell'estensore, V. NAPOLETANO, *Seconde nozze della vedova dell'infortunato in pendenza di giudizio risarcitorio*, *ivi*, 1960, IV, 20, seguito da puntigliosa controplica di A. DE CUPIS, *Postilla sull'influenza delle nuove nozze sul diritto al risarcimento della vedova*, *ivi*, 1960, IV, 112; nonché Cass. civ., 15 maggio 1964, n. 1185, *ivi*, 1964, I, 1810.

Non è un caso che, per modificare segno alla decisione pratica su questo problema, Cass. civ., 11 luglio 1977, n. 3122, commentata da A.C. JEMOLO, *Morte del coniuge e nuove nozze del superstite*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, II, 454, preferì schivare ogni ragionamento in termini di *clcd*, per considerare i danni direttamente connessi alla morte del coniuge quali danni futuri apprezzabili anche con criteri equitativi e congetturali, e

pensa a decurtare dal risarcimento concesso ai congiunti dell'ucciso le somme ottenute da costoro a titolo di assicurazione sulla vita e di pensione governativa, senza evocare il conforto di latinismi che continuavano – correva l'anno 1910 – a restare del tutto ignoti.

In una motivazione che senza il conforto dell'intuitiva evidenza e della ragione e giustizia del caso concreto avrebbe faticato assai a definirsi tale, i giudici del Palazzo Madama sabaudo esordirono affermando:

Non è a disconoscersi la gravità delle ragioni che militano *pro* e *contra* la soluzione data dalla Corte di merito (...) [ma] non si può, secondo ragione e giustizia e secondo la natura stessa del giudizio di liquidazione, prescindere dal tenere presente ogni fatto ed ogni circostanza che non sia stata definitivamente esclusa come non influente, e che valga a stabilire in modo congruo la vera entità del danno risarcibile⁸⁷.

Con questa premessa, le argomentazioni imperniate sulla diversità dei titoli delle attribuzioni patrimoniali che si volevano scomputare dal danno furono liquidate seguendo un'inesplicata visione soggettiva della

ritenere che, ai fini della valutazione della loro concreta persistenza, si debba tener conto delle nuove nozze, contratte dal coniuge superstite, con valutazione rimessa caso per caso al giudice del merito, tesa ad accertare in concreto in quali effettivi limiti il pregiudizio scaturito dal fatto illecito sia stato eliminato, tenendo conto, tuttavia, che nessuna rilevanza le nuove nozze avrebbero potuto avere sull'ammontare del risarcimento riconosciuto in favore dei figli. Cass. civ., 4 febbraio 1993, n. 1384, in *Resp. civ. prev.*, 1994, 481, con nota di A. AMBANELLI, *Sulla rilevanza delle nuove nozze ai fini dell'applicabilità della compensatio lucri cum damno*, tornò a ragionare di *clcd* con esiti di cumulabilità. Il problema è stato risolto nuovamente in senso contrario, ammettendo la rilevanza commisurativa delle nuove nozze sul danno, in Cass. civ., 4 gennaio 1996, n. 25, in *Danno resp.*, 1996, 46, con nota di G. FERRANDO, *Danno da uccisione e nuove nozze del coniuge superstite*, ove ancora una volta si decise di non considerare il caso alla luce della *clcd*, per riferire il problema a una semplice valutazione del danno futuro rimessa al sovrano apprezzamento del giudice di merito, dando così implicitamente ragione postuma a chi a suo tempo aveva osservato: «sono cose diverse la cessazione del danno e l'insorgenza di un lucro: e i connessi problemi giuridici non vanno reciprocamente confusi» (così A. DE CUPIS, *Postilla*, cit., 118).

⁸⁷ Cass. Torino, 30 marzo 1910, cit., 924.

ragione e giustizia del caso concreto e, in ogni caso, senza mai evocare l'autorità aggiudicativa del latinismo⁸⁸.

In piena era littoria la Cassazione fascista di Roma era tornata a lambire il tema in un *obiter*⁸⁹, mentre prendeva posizione sul rigore di

⁸⁸ La sentenza così proseguiva (*ivi*, 925):

né giova osservare in contrario che la Rapid [ovvero: la società civilmente responsabile del decesso] era estranea ai detti fatti [l'erogazione dell'assicurazione e della pensione] e che diversi sono i titoli da cui deriva il diritto all'indennità di assicurazione alla pensione e all'indennità per il fatto colposo, non potendosi negare che la conseguenza circa la vera entità del danno effettivo risarcibile sia ad ogni modo la reale attenuazione del danno medesimo. Ora la preesistenza delle assicurazioni Martiny, il già conseguito pagamento delle relative indennità, la pensione assegnata alla vedova Chiò, erano appunto fatti della sopra rilevata natura e quindi attendibili, giacché l'indennità dovuta ai Martiny, per l'avvenuto disastro, sarebbe bensì stata pagabile integralmente qualora non vi fosse stato il concorso delle assicurazioni, e così quella dovuta ai Chiò, se non fosse stata assegnata la pensione, ma appare di intuitiva evidenza e conforme a ragione e giustizia che il fatto delle assicurazioni stipulate e pagate e la pensione assegnata concorrono senza possibile dubbio ad attenuare il danno complessivo sofferto dagli eredi Martiny e Chiò, il che del resto, quanto ai primi, rientrava nello scopo che si era proposto il loro autore stipulando le assicurazioni, mentre quanto ai Chiò, è certo che un qualche sollievo alla perdita loro derivò dall'assegnata pensione.

⁸⁹ La massima di Cass., 16 gennaio 1929, n. 243, in *Rep. Foro it.*, 1929, voce *Pensione*, n. 141, recitava:

la norma restrittiva, di cui nel D.Lt. 21 ottobre 1915, n. 1558, che limita alla pensione privilegiata ogni diritto all'indennizzo a favore dell'impiegato o militare il quale abbia riportato ferite o contratto infermità che lo rendono inabile ad ulteriore servizio e quello pure spettante agli aventi diritto in caso di morte del detto impiegato o militare in servizio o in conseguenza del servizio stesso, può applicarsi soltanto quando sia stata assegnata una pensione e non come nella specie in cui per le disposizioni speciali in materia nessuna pensione compete e sia stata conferita

prendendo posizione sulla norma del 1915, che prevedeva testualmente

con le disposizioni contenute nel testo unico 21 febbraio 1895, n. 70, delle leggi sulle pensioni, e con le norme successivamente emanate in materia di pensioni privilegiate, si intende completamente regolato qualsiasi diritto dell'impiegato civile e militare che, nell'esercizio o in occasione delle sue funzioni, abbia riportato ferite o contratto infermità che lo rendano inabile ad ulteriore servizio, e quelli degli aventi diritto in caso di morte dell'impiegato in servizio delle sue funzioni, o in conseguenza del servizio stesso, qualunque sia stata la causa dell'infortunio [!].

una normativa emanata nelle ristrettezze della grande guerra, che stabiliva *ex lege* l'assorbimento del diritto al risarcimento del danno del pubblico dipendente nel diritto alla pensione privilegiata riconosciuta a quest'ultimo per causa di servizio, norma che sarebbe stata abrogata all'indomani della costituzione repubblicana⁹⁰, anche perché del tutto incompatibile con i valori da essa proclamati⁹¹.

Fu in questo contesto interpretativo che la sentenza del 1929 aveva opinato che la pensione privilegiata, mentre esaurisce ogni ragione del dipendente verso lo Stato per lesioni o infermità riportate in servizio (e quindi degli aventi diritto per la morte in servizio del dipendente stesso) non impedisce l'azione di danno verso il terzo che sia responsabile del sinistro, salvo al giudice, in sede di liquidazione, a tener debito conto della pensione ottenuta, dal danneggiato al fine di una congrua determinazione della misura del risarcimento.

Ripercorre con esauriente sistematicità la storia travagliata della legislazione in tema d'invalidità per causa di servizio nel pubblico impiego fino all'istituzione dell'equo indennizzo, avvenuta nel 1957, G. FERRARI, *Invalidità per causa di servizio e l'equo indennizzo nel pubblico impiego*, Milano, 2007, spec. 1-24.

⁹⁰ Legge 6 marzo 1950, n. 104, recante «Abrogazione del regio decreto-legge 6 febbraio 1936, n. 313, convertito nella legge 28 maggio 1936, n. 1126 e del decreto luogotenenziale 21 ottobre 1915, n. 1558, sull'applicazione ai dipendenti civili e militari delle Amministrazioni dello Stato delle disposizioni concernenti il loro trattamento in conseguenza di infermità, lesioni o morte per eventi di servizio».

⁹¹ Come in seguito fu riconosciuto da Corte cost., 30 gennaio 1962, n. 1, in *Foro it.*, 1962, I, 175, con nota di V. ANDRIOLI, anche commentata da C. ESPOSITO, in *Giur. cost.*, 1962, 2, ove la Consulta non dovette dilungarsi molto per dichiarare l'incostituzionalità delle norme impugnate, che, pur essendo state abrogate nel 1950, si applicavano nel giudizio *a quo*, in quanto vigenti all'epoca dei fatti di quest'ultimo giudizio. Nell'economia di quella breve motivazione la Corte non mancò, tuttavia, di svolgere importanti puntualizzazioni, rilevando che

il diritto alla pensione privilegiata non nasce per effetto della responsabilità dell'Amministrazione, dalla quale, anzi, prescinde, ma scaturisce dal fatto stesso che l'impiegato sia stato vittima di un evento lesivo in circostanze e per cause previste dalla legge. E la concessione si basa sopra elementi che, rigidamente ancorati alla posizione dell'impiegato, possono non coincidere con quelli che dovrebbero valere rispetto alla responsabilità

per soggiungere che

non è lecito disconoscere che sarebbe in contrasto con il precetto fondamentale contenuto nell'art. 28 della Costituzione una legge che, come quelle ora in esame, adottasse una disciplina tale da escludere in tutto, più o meno manifestamente, la responsabilità stessa

Nel dopoguerra tuttavia la questione era tornata a riaffiorare nella giurisprudenza di legittimità, nel caso della coniuge di un soldato ucciso da un commilitone in servizio, la quale, dopo aver ricevuto la pensione di guerra, s'era vista negare per tale circostanza il diritto di chiedere il risarcimento danni all'autore dell'omicidio⁹².

La Cassazione sgombrò il campo dall'ipotesi che, con la corrispondenza della pensione all'avente causa dalla vittima, si fosse verificata una novazione oggettiva o soggettiva a favore dello Stato dell'originario diritto risarcitorio vantato dalla moglie della vittima nei confronti dell'uccisore.

E negò altresì che con l'erogazione della pensione si fosse estinta l'obbligazione risarcitoria, in ipotesi solidalmente contratta *ex art.* 2049 c.c. dallo Stato, assieme all'autore dell'illecito.

La Corte affermò che la natura del diritto alla pensione era da ritenersi radicalmente distinta dall'*obligatione ex delicto*, trovando fondamento e giustificazione nella correlazione fra l'obbligo gravante sul cittadino richiamato alle armi in tempo di guerra e l'obbligo dello Stato di provvedere al mantenimento del soldato e – in caso di morte di quest'ultimo – di assicurare il trattamento pensionistico alla vedova alle condizioni previste dalla legge⁹³.

e concludere che «quelle leggi creano una grave sperequazione tra il privato, vittima di un fatto colposo, e il dipendente statale, vittima dello stesso fatto».

⁹² Cass. civ., 7 luglio 1954, n. 2369, in *Giust. pen.*, 1955, III, 215, con nota adesiva di A. VENDITTI, *Ancora a proposito della compensatio lucris cum damno*.

⁹³ Nello statuire in tal senso, la Cassazione confermò le conclusioni raggiunte dalla sentenza territoriale impugnata, App. Milano, 12 giugno 1951, in *Resp. civ. prev.*, 1951, 246, con nota di G. GENTILE, *La responsabilità dello Stato italiano per danni cagionati dalla sedicente Repubblica sociale italiana*, che aveva però escluso l'operare della *clcd* nel giudizio risarcitorio promosso contro il terzo responsabile, osservando:

[L]o Stato non risarcisce un danno, ma attua una previdenza e così adempie ad un dovere che la legge gli impone in correlazione ad altro dovere che ha diritto di esigere da tutti i cittadini idonei a portare le armi; laonde nessuna analogia esiste tra la pensione privilegiata e l'assicurazione contro i danni. Analogia, se mai, potrebbe sussistere tra tale pensione e l'assicurazione sulla vita, ché analoga è la finalità dei due istituti, ove si prescinda dall'aspetto pubblicistico della pensione privilegiata (...)

Proseguendo, la Cassazione aveva però ritenuto che l'importo ricevuto a titolo di pensione dalla coniuge dovesse essere sottratto nel determinare la misura del risarcimento dovuto dal responsabile dell'illecito, opinando che, così non facendo, in base all'art. 1223 c.c. «si esorbiterebbe dalla funzione riequilibratrice insita nel “risarcimento”, perché il patrimonio del danneggiato verrebbe a trovarsi in una situazione migliore di quella che aveva prima del danno sofferto»⁹⁴.

Di fronte all'alternativa se ammettere, o non, o, la sentenza annotata da De Cupis non si addentrò in analisi particolarmente elaborate. Si limitò a ribaltare la lettura causale del nesso fra beneficio pensionistico e illecito, degradando l'illecito al rango di una mera occasione, dante luogo alle condizioni dettate dalla legge per il sorgere del diritto al trattamento previdenziale in capo all'avente diritto, coniuge della vittima primaria dell'illecito.

La *souplesse* insita nella divinazione giudiziale delle formule causali, da sempre legata al problema della «descrizione» dei fatti retrospettivamente operata dall'interprete in vista del reale ideale aggiudicativo che ne anima la decisione, riesce sempre a darsi attraverso canoni che impediscono di assoggettare a controllo argomentativo la soluzione che in tal modo si perviene a motivare sul piano tecnico-formale⁹⁵.

per poi puntualizzare (*ivi*, 247):

(...) la surrogazione legale di cui all'art. 1203 cod. civ., ha luogo soltanto a vantaggio di colui che abbia soddisfatto un debito che era tenuto a pagare con altri o per altri, mentre lo Stato, corrispondendo la pensione, paga, come già si è dimostrato, un debito esclusivamente proprio, per il recupero del quale non ha nemmeno azione diretta verso il terzo autore dell'evento, giacché il pregiudizio che esso risente per l'avverarsi della condizione non è un danno risarcibile; tale pregiudizio, che comunque non è l'equivalente né giuridico né economico del danno cagionato al terzo alla Scarpinelli, essendo una conseguenza immediata e diretta della legge sul pubblico impiego che quella condizione prevede, non già del fatto illecito del terzo che sul patrimonio dello Stato si ripercuote soltanto in via indiretta e mediata (1223 e 2056 cod. civ.). (...) né in tal modo la Scarpinelli realizza un indebito arricchimento, perché sia la pensione privilegiata sia il risarcimento dei danni le spettano per giusta causa (art. 2041 cod. civ.).

⁹⁴ Cass. civ., 7 luglio 1954, n. 2369, cit., 220.

⁹⁵ Fin d'ora sul tema, P. TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Milano, 1967, 39 ss. e 162 s. Sottopongono a convincente critica la nota tradizione di pensiero che tende a erigere la «causalità giuridica» in un «istituto» suscettibile di applicazione autonoma e distinta dalla «causalità in fatto» nella lettura del tema causale, M. BARCELLONA, *Trat-*

Ne offriva riprova la sentenza di cui De Cupis curò l'annotazione, che, pur mostrandosi consapevole delle indicazioni evidenziate in dottrina intorno alla necessità che fra illecito e lucro corra il medesimo rapporto di causalità instauratosi fra quest'ultimo e il danno, soggiunse, esponendosi a un parziale *non sequitur* con l'argomento usato nella prima parte della motivazione:

Vero è che la pensione trova la sua base nell'obbligo etico-giuridico dello Stato e di cui si è fatto cenno, ma è altrettanto vero che fu il fatto del Giorgini a causare la morte del Pozzi la quale “per le condizioni di costui, quella cioè di militare richiamato alle armi in tempo di guerra e per le circostanze in cui si verificò doveva necessariamente dare, come dette, luogo alla concessione alla vedeva della pensione di guerra”. La morte del Pozzi, perciò, se da un canto ebbe come conseguenza immediata e diretta la perdita da parte della Scarpinelli del mantenimento da parte del marito, ebbe d'altro canto come effetto, che non può dirsi né atipico né irregolare, la concessione della pensione di guerra ad essa Scarpinelli⁹⁶.

In chiusura, però, la sentenza non mancò di sottolineare il diverso titolo dell'attribuzione pensionistica dell'impiegato civile, avente in tal caso causa nei contributi versati dal titolare della posizione previdenzia-

tato della responsabilità civile, cit., 262 ss. (e già, per esemplificare la metodologia ermeneutica proposta in quel contesto all'interprete, ID., *Diritto, sistema e senso, Lineamenti di una teoria*, Torino, 1996, 123 ss., e in seguito, dedicando una nota assai densa alla confutazione dell'idea di causalità giuridica – in esito alla quale quest'ultima è definita «un problema giuridico che semplicemente non esiste, e che è nato come dispositivo ortopedico che la dommatica giuridica è stata costretta ad escogitare per correggere gli esiti distorti della sovrapposizione dell'idea essenzialistica dell'illecito e della sua *ratio* metafisica allo schema analitico attraverso il sistema giuridico ha visto i problemi della responsabilità civile», ID., *Funzione e struttura della responsabilità civile: considerazioni preliminari sul «concetto» di danno aquiliano*, in V. SCALISI (a cura di), *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*. Convegno di studi in onore del prof. Angelo Falzea, Messina 4-7 giugno 2002, Milano, 2004, 1113, 1137); A. BELVEDERE, *Causalità giuridica?*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, 7; G. GRISI, *Causalità materiale, causalità giuridica e concorso nella produzione del danno*, in E. DEL PRATO (a cura di), *Studi in onore di Antonino Cataudella*, II, Napoli, 2013, 1147 e in *Contratti*, 2010, 617.

⁹⁶ Così Cass. civ., 7 luglio 1954, n. 2369, cit., 221.

le, diversamente da quella, fondata sulla pura solidarietà, propria delle pensioni di guerra:

la morte di una persona, in quanto questa cessa di esistere come energia produttiva, può determinare danno a terzi che da quella energia traevano i mezzi del loro mantenimento. La morte della stessa persona può, contemporaneamente, costituire condizione per il verificarsi di varie cause di lucro, di vantaggio per i terzi medesimi. È ovvio che dopo la morte, in definitiva, si sarà verificata, sul terreno economico, una decurtazione patrimoniale, rappresentata dalla differenza fra il danno e il vantaggio, ovvero un incremento, costituito dalla differenza fra il lucro e il danno; ma è altrettanto ovvio che il danneggiatore potrà pretendere la *compensatio lucri cum danni* solo se anche il lucro sia stato da lui stesso determinato con suo fatto illecito; quando, in altre parole, il lucro sia conseguenza immediata e diretta del fatto illecito, avente in se stesso la normale idoneità a determinare l'effetto vantaggioso. *Non si può quindi far luogo alla compensazione se il lucro ripete la sua fonte e la ragione giuridica da titolo diverso e indipendente dal fatto illecito, e la morte rappresenta solo la condizione perché quel titolo spieghi la propria efficacia: porre la condizione per il verificarsi di una conseguenza giuridica non significa averla determinata, mancando, per ciò solo, il rapporto di causalità efficiente.* (...) Il fatto illecito da cui derivò la morte del dott. Nicotra non può considerarsi come causa determinante della pensione, la quale è stata attribuita non già perché il Nicotra fu ucciso in dipendenza di quel fatto illecito, ma solo perché, sussistendo le condizioni di legge, la sua consorte aveva diritto a percepire la pensione alla morte del marito, *per la quale, si noti, quest'ultimo aveva versato mensilmente i suoi contributi, secondo le norme vigenti*⁹⁷.

Priva di particolari slanci argomentativi, la sentenza posta a base dell'orientamento consolidato, che oggi è messo in discussione, non sarebbe stata probabilmente capace di persuadere i posteri così a lungo se non fosse stata divulgata assieme al commento che ne accompagnò la pubblicazione⁹⁸.

Rileggere più di sessanta anni dopo i ragionamenti svolti da De Cupis contribuisce a far emergere la cifra finale che, celandosi fra le pieghe di quei ragionamenti, in questi decenni ha contribuito a consolidare

⁹⁷ Così Cass. civ., 29 luglio 1955, n. 2442, in *Foro it.*, 1955, I, 36 (corsivo aggiunto).

⁹⁸ A. DE CUPIS, *Risarcimento del danno e diritto alla pensione*, cit.

nell'opinione dei più l'idea che pensione e obbligazione risarcitoria corrano su binari separati quando si tratta di computare la misura di quest'ultima riflessa nel danno indicato nel dispositivo.

Quei ragionamenti sono in parte diversi da quelli epidermicamente noti al cultore della *clcd*: oltre che sull'argomento causale, discendente dal considerare l'illecito una semplice occasione che permette di far maturare le condizioni di legge previste per il venire a esistenza del diritto alla pensione, De Cupis insistette non tanto sulla omogeneità del titolo, ma sulla dimensione del *sacrificio* posto a giustificazione causale dell'attribuzione patrimoniale realizzata dalla pensione. Ovvero sulla circostanza che il diritto al beneficio fosse frutto (ancorché in misura minima) dei contributi versati dal titolare della posizione previdenziale (come circa settanta anni prima aveva ritenuto la Cassazione fiorentina).

In tal guisa Egli pervenne a considerare anche il sacrificio del militare in tempo di guerra, beneficiario di pensione in quel diverso contesto a fronte di un contributo non pecuniario, consistente nell'«onorevole adempimento, con grave sacrificio personale, del più alto dovere dell'individuo verso la Patria», di cui la pensione è tangibile riconoscimento.

Dove c'è sacrificio del danneggiato non è dato parlare di lucro, perché il lucro è giustificato da quel sacrificio e lo spostamento patrimoniale conseguente nulla ha a che fare con le vicende del risarcimento: questa, ridotta all'osso, la convinzione sostanziale che percorre la nota adesiva di De Cupis⁹⁹, quasi che il «distruggere per donare» maussiano

⁹⁹ Il quale, nel vagliare il diverso problema del rapporto fra indennizzo assicurativo e assicurazione, aveva in precedenza sostenuto che anche in tal caso non vi fosse spazio per invocare la *clcd*, perché

non si può parlar di arricchimento riguardo alla vittima del sinistro, in quanto essa ha versato all'assicurazione dei regolari premi senza poi ottenere la controprestazione a cui ha diritto per il verificarsi della condizione prevista: che se pure l'ammontare dei premi pagati è inferiore a quello della somma assicurata, occorre tener presente essere connaturato al contratto di assicurazione la possibilità che il vantaggio di uno dei contraenti non sia pienamente equilibrato dalla prestazione a cui egli stesso è tenuto.

Così, A. DE CUPIS, *Compensatio*, cit., 63-64.

possa assumere una valenza giuridica e scendere al cuore della dimensione giustificativa dell'attribuzione patrimoniale in questione¹⁰⁰.

Ma De Cupis non omise di considerare l'eccezione che il ragionamento proposto incontrava nel misurarsi con la previsione recata dall'art. 1916 c.c. in tema di surrogazione dell'assicuratore, previsione che l'Autore considerò alla stregua di un'eccezione alla regola generale, giustificata dal giurista romano alludendo alla volontà legislativa di «favorire il sistema assicurativo, così importante nella vita economica moderna»¹⁰¹.

¹⁰⁰ H. HUBERT, M. MAUSS, *Saggio sulla natura e funzione del sacrificio*, Brescia, 2002 (ed. orig. *Essai sur la nature et la fonction du sacrifice*, in *Année sociologique*, II, 1899, 29-138). Si fa riferimento qui e nel resto del volume al concetto di attribuzione patrimoniale, per alludere indistintamente a un risultato, suscettibile di molteplici qualificazioni giuridiche, che consiste nel prodursi, a favore di un soggetto, di un vantaggio, di un arricchimento, di un incremento della sua sfera patrimoniale, in un'accezione che – diversamente dal termine germanico *Vermögenszuwendung* o *Zuwendung* che la locuzione italiana traduce – in Italia mette in risalto l'esigenza di indagare *la causa che sorregge lo spostamento patrimoniale*, almeno nella misura in cui – come segnalava R. NICOLÒ, voce *Attribuzione patrimoniale*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 283 – tale nozione mostri d'essere suscettibile di definirsi

anche in relazione alla posizione del soggetto, nella cui sfera patrimoniale si opera il risultato reciproco, cioè la diminuzione o la perdita di un elemento attivo del patrimonio ovvero l'assunzione di un onere che implica la formazione di un elemento passivo del patrimonio medesimo [da cui l'attribuzione patrimoniale proviene].

¹⁰¹ Surrogazione dell'assicuratore che, del resto, in un suo precedente scritto, l'A. aveva ritenuto pienamente derogabile, A. DE CUPIS, *Sulla rinuncia alla surroga assicuratoria*, in *Assicuraz.*, 1951, II, 2.

Interessante è altresì annotare come il discorso sulla diversità del titolo fosse di lì a poco autorevolmente recepito da A. TORRENTE, *Ancora in tema di surrogazione dell'assicuratore*, in *Assicuraz.*, 1958, II, 2, 4, spec. 6, che lo evocò per ritenere che la *clcd* non possa essere validamente invocata per escludere che l'assicurato ottenga di essere risarcito dal terzo responsabile dopo il pagamento dell'indennità, proprio sul rilievo che l'indennizzo è frutto della previdenza acquistata dall'assicurato e non discende dall'illecito del terzo. Sul punto, in ogni caso, si avrà modo di tornare estesamente nel quarto capitolo.

Come detto – la parte più interessante del ragionamento seguito in quella nota sta, però, fra le sue pieghe, e più precisamente nella polemica intrapresa dall'estensore della nota con Salvatore Orlando Cascio¹⁰².

Prima della guerra il civilista siciliano aveva criticato frontalmente le tesi di De Cupis intorno al rilievo da assegnare alla causa del lucro coinvolto nel problema della *clcd*, rilevando come, nell'ipotesi del concorrere di due obbligazioni dirette a conseguire il medesimo scopo – quella risarcitoria e quella contrattuale nascente dall'assicurazione contro i danni – di *clcd* non si potesse e dovesse parlare *a priori*,

(...) per la fondamentale considerazione che la *compensatio lucri cum damno* presuppone non già due crediti autonomi ed opposti, che a vicenda si annullino, ma un credito unico, sorto in misura ridotta (o non sorto affatto) per la contrapposizione di due entità economiche, sorte dallo stesso evento, onde è stato rilevato che, se il vantaggio non costituisce un credito autonomo, ma soltanto un fattore di computo dell'interesse, cioè dei danni da risarcire, la espressione “*compensatio*” è, per la fattispecie che ci occupa, del tutto impropria. Ed è stato correttamente rilevato, altresì, che la *comp. l.c.d.* non va, conseguentemente, inquadrata nella dottrina della estinzione delle obbligazioni, ma nella dottrina del risarcimento del danno¹⁰³.

Il giurista siciliano aveva in effetti colto con grande acutezza l'estremo *non sequitur* dommatico sotteso all'idea che in presenza di una concorrente obbligazione nascente dal contratto di assicurazione l'obbligazione risarcitoria possa essere assoggettata a *clcd*: si avrebbe infatti che

(...) la applicazione delle regole sulla *c.l.c.d.* dovrebbe necessariamente impedire lo stesso sorgere della obbligazione del danneggiante, giacché il *lucrum* dovrebbe già considerarsi esistente per effetto della esistenza del contratto di assicurazione. Il diritto di credito verso l'assicuratore sorgerebbe nel momento stesso del verificarsi del danno, e sin da questo momento costituirebbe un vantaggio economico, un *lucrum* deducibile,

¹⁰² Su cui adesso la nota biografica di L. NIVARRA, *Salvatore Orlando Cascio*, in I. BIROCCI, E. CORTESE, A. MATTONE, M.N. MILETTI (a cura di), *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, vol. II, Bologna, 2003, 1469.

¹⁰³ In questi termini, S. ORLANDO CASCIO, *Estinzione dell'obbligazione per conseguimento dello scopo*, cit., 166-67 (note omesse).

secondo le regole della *c.l.c.d.* L'assurdità di tale conclusione, che pure è stata seriamente sostenuta, mostra la erroneità di impostazione del problema¹⁰⁴.

Non solo, ma il giurista palermitano aveva accolto con aperto scetticismo la tesi che De Cupis aveva – per la verità piuttosto semplicemente, come vedremo nel quarto capitolo – proposto già prima della guerra per spiegare perché la *clcd* non potesse darsi fra l'indennizzo pagato dall'assicuratore all'assicurato e il risarcimento da quest'ultimo chiesto al danneggiante, ritenendo che:

non si può parlare di arricchimento riguardo alla vittima del sinistro, in quanto essa ha versato all'assicuratore dei regolari premi come corrispettivo della somma assicurata; ove si desse luogo alla *compensatio*, essa si troverebbe nella situazione di aver pagato i premi senza poi ottenere la controprestazione a cui ha diritto per il verificarsi della condizione prevista: che se pure l'ammontare dei premi pagati è inferiore a quello della somma assicurata, occorre tener presente essere connaturale al contratto di assicurazione la possibilità che il vantaggio di uno dei contraenti non sia pienamente equilibrato dalla ripetizione a cui egli stesso è tenuto¹⁰⁵.

Lo scetticismo di Orlando Cascio era giustificato da due rilievi: che la corrispettività fra i premi pagati e la somma assicurata non potesse opporsi al danneggiante, terzo rispetto al contratto di assicurazione, e, che – in un classico argomento *ad absurdum* –

ragionando in base alla mancanza di arricchimento, bisognerebbe negare altresì che, nella ipotesi in cui il danno sia stato integralmente risarcito dal danneggiante, l'assicuratore possa richiamarsi a tale avvenuto risarcimento a discarico della propria obbligazione¹⁰⁶.

¹⁰⁴ *Ivi*, 168 (nota omessa).

¹⁰⁵ Così, A. DE CUPIS, *Compensatio lucri cum damno*, cit., 63-64.

¹⁰⁶ In questi termini, S. ORLANDO CASCIO, *Estinzione dell'obbligazione per conseguimento dello scopo*, cit., 168-169. Fuori bersaglio, però, perché incapace di far leva su una visione della causa del contratto di assicurazione contro gli infortuni allineata a quella che al tempo la giurisprudenza correttamente avallava (come vedremo nel quarto capitolo), si rivela la soluzione proposta per inquadrare il problema, che mirava a pro-

Con i toni assertivi e ritorsivi che lo caratterizzavano, De Cupis volle persistere nel dichiararsi in disaccordo con Orlando Cascio, anche perché la conclusione da lui avallata a margine alla sentenza su *clcd* e pensione perveniva a una soluzione concreta molto diversa da quella ipotizzata dal giurista siciliano¹⁰⁷.

Egli, infatti, negò che, in presenza di assicurazioni o di pensioni destinate ad operare in conseguenza di un illecito produttivo di obbligazione risarcitoria, si dessero i presupposti per ritenere che l'obbligazione si estinguesse totalmente o parzialmente per conseguimento dello scopo.

Per poi concludere che tale evenienza si sarebbe potuta realizzare solo al ricorrere congiunto di due condizioni: 1) che per effetto della pensione o dell'assicurazione si realizzi il medesimo scopo dell'obbligazione, soddisfacendo il medesimo interesse del creditore dell'obbligazione risarcitoria; 2) e che tale scopo si realizzi senza aggravio o sacrificio per il creditore, perché altrimenti lo scopo si darebbe come realizzato con un costo ulteriore, insuscettibile d'essere fatto gravare ingiustamente, e quindi in difetto di causa, sul creditore¹⁰⁸.

Il problema del titolo, su cui nel prossimo capitolo ci si diffonderà analiticamente, emergeva chiaramente quale elemento chiave della *clcd*, come avrebbe testimoniato l'impiego giurisprudenziale del latinsmo negli anni a venire.

muovere la tesi promossa nella sua monografia, che, pur brillantemente esposta, non ebbe modo di trovare seguito in dottrina (*ivi*, 169):

[I]l vero è che siamo semplicemente in tema di concorso di obbligazioni. Si hanno due crediti autonomi, nascenti da due cause diverse, coincidenti nella tutela dello stesso interesse. La soddisfazione di tale interesse coll'adempimento di un'obbligazione produce (...) la estinzione anche dell'altro diritto di credito. Se il danno è risarcito dal danneggiante, si estingue il credito verso l'assicuratore. Analogamente, se il danno è risarcito dall'assicuratore, si estinguerrebbe (in linea di principio) il credito verso il danneggiante.

¹⁰⁷ E vedi, infatti, molti anni dopo la «citazione riluttante» dedicata a Orlando Cascio, operata indirettamente, rinviando alla menzione dell'opera di quest'ultimo che il civilista romano aveva effettuato in un suo precedente scritto, in A. DE CUPIS, *Il danno*³, cit., 316, *sub* nota 203.

¹⁰⁸ A. DE CUPIS, *Risarcimento del danno e diritto alla pensione*, cit., 31.

CAPITOLO TERZO

LA GRAMMATICA APPLICATIVA DELLA *COMPENSATIO LUCRI CUM DAMNO* NEI TANTI RIVOLI DELLA SICUREZZA SOCIALE ITALIANA: L'AMBIGUO RUOLO DELLA «OMOGENEITÀ DEL TITOLO»

SOMMARIO: 1. *La centralità del «titolo».* 2. *La pensione privilegiata del dipendente statale.* 3. *L'equo indennizzo del dipendente pubblico.* 4. *L'assicurazione sociale in tema di infortuni sul lavoro e il danno differenziale.* 5. *Altri benefici della sicurezza sociale connessi al rapporto di lavoro.* 6. *Pensione di reversibilità, pensioni e assegni di invalidità e di accompagnamento.* 7. *Il mare magnum degli speciali indennizzi o elargizioni, fra disastri e tragedie.* 7.1. *Le provvidenze «fuzzy».* 7.2. *La legge 210/1992.* 7.3. *Le vittime del terrorismo e della criminalità organizzata.* 7.4. *Le vittime del disastro di Ustica.* 7.5. *Vajont, Stava e altri disastri.* 8. *La grammatica applicativa della compensatio lucri cum damno «in action»: note di lettura.*

1. La centralità del «titolo»

Il percorso che ci sta progressivamente conducendo all'oggi e all'odierno assalto alla cittadella argomentativa eretta, continuando a invocare il latinismo, per negare che risarcimento e benefici (espressione, in senso ampio, di istituti della sicurezza sociale) dialoghino fra loro per contribuire a riportare il patrimonio del danneggiato «nell'esatto pristino stato» è un percorso nella storia che testimonia come la giurisprudenza abbia faticato non poco a maneggiare consapevolmente la grammatica associatasi alla *clcd*, di cui nel capitolo precedente si sono ripercorse le fondamenta.

E ciò è particolarmente vero se si considerano le vicende non lineari e, anzi, evolutesi nel segno di una sedimentazione legislativa lontanis-

sima dall'essere sistematica¹, della vasta congerie di attribuzioni beneficali che in Italia possono essere considerate espressione della nozione di «sicurezza sociale»². Quest'ultima è senz'altro una nozione indefinita e porosa, sulla cui utilità sistematica si può continuare a dibattere in una varietà di prospettive classificatorie e in una molteplicità di visuali disciplinari³.

Tuttavia – se si considera che la ridefinizione del tema della *clcd* oggi sembrerebbe esserci imposta dalla necessità di fare chiarezza su quello che abbiamo definito «il frutto avvelenato della legislazione europea»⁴, la nozione di «sicurezza sociale» assume rinnovata concretez-

¹ Nel tornare alle radici del dibattito fine ottocentesco che accompagnò l'ingresso dell'idea delle assicurazioni sociali in Italia, e soffermandosi sulla considerazione diffusa (e autorevolmente propugnata: per tutti, F. CARNELUTTI, *Infortuni sul lavoro (studi)*, vol. 1 e 2, Roma, 1913-14) che fece del concetto di rischio professionale il veicolo tecnico e l'emblema argomentativo di quell'ingresso, G. CAZZETTA, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico*, cit., 424 s., osserva:

il concetto di rischio professionale era (...) incapace di abbattere la dicotomia privato e pubblico, tra giuridico e sociale: la sua diversità, non gli permetteva di agire sulla responsabilità, sul diritto civile, sul giuridico e lo costringeva entro un suo ambito particolare senza contatti con quello comune. Tale logica della separazione permetteva di fornire provvedimenti sociali senza affrontare il problema del loro fondamento giuridico, quello del loro coordinamento con i principi tradizionali (...).

Nello stesso senso, G. LUDOVICO, *Tutela previdenziale per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali e responsabilità civile del datore di lavoro*, Milano, 2012, 49, per il quale il concetto di rischio professionale identificò «un abile artificio argomentativo per conciliare le categorie della responsabilità civile con una tutela altrimenti priva di qualunque inquadramento teorico».

² Nella dottrina italiana un appello a puntare su una ricollocazione delle prospettive risarcitorie dei danneggiati italiani in uno scenario (restato tutto da costruire, però) dominato da uno Stato figurativamente investito delle funzioni proprie di un macro-assicuratore *first party*, messo con grande fiducia al servizio delle individualità di cui si compone la collettività dei contribuenti, è giunto da A. MIRABELLI DI LAURO, *Dalla responsabilità civile alla sicurezza sociale*, Napoli, 1992, *passim*.

³ Nella lavoristica il dibattito è lungi dall'essere sopito, per uno stato dell'arte riasuntivo, da ultimo, G.G. BALANDI, *L. Barassi e l'origine della sicurezza sociale*, in M. NAPOLI (a cura di), *La nascita del diritto del lavoro. Il «contratto di lavoro» di Lodovico Barassi cent'anni dopo*, Milano, 2003, 295.

⁴ *Supra*, primo capitolo.

za alla luce della necessità di fornirne un'interpretazione coerente ai presupposti che la legislazione europea pone per coordinare e rispettare le divergenti vedute espresse dai 27 paesi membri sulla concezione e sulle regole del *welfare* riservato ai propri cittadini «europei», almeno quando costoro si spostano all'interno della macroentità giuridico-politica entro cui è (proclamato e) garantito loro il diritto di circolazione e stabilimento⁵.

In che modo la giurisprudenza italiana ha fin qui adoperato i criteri applicativi che la riflessione civilistica svolta negli anni Cinquanta ha contribuito ad associare stabilmente al latinismo, nell'ambito di una collocazione concettuale del problema che assume ad unico referente normativo l'art. 1223 c.c.? E come lo ha fatto, nei tanti contesti ove questi criteri sono stati impiegati per vagliare se la nozione di danno risarcibile interagisce con i benefici appartenenti all'universo della sicurezza sociale, per lo meno per come quest'ultima è declinata in concreto (individuando sempre prestazioni collaterali al danno) dalla normativa europea appena ricordata?

Rispondere a questi interrogativi è un esercizio che rivela ottimi margini di utilità, se non altro per verificare fino a che punto la grammatica applicativa della *clcd* in Italia abbia davvero saputo interpretare

⁵ È appena il caso di osservare che il (già lumeggiato, per la parte che interessa il discorso in atto) Regolamento (CE) n. 883/2004 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 («relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale»), è concepito per trovare applicazione, ai sensi dell'art. 3 del Regolamento stesso,

a tutte le legislazioni relative ai settori di sicurezza sociale riguardanti: a) le prestazioni di malattia; b) le prestazioni di maternità e di paternità assimilate; c) le prestazioni d'invalidità; d) le prestazioni di vecchiaia; e) le prestazioni per i superstiti; f) le prestazioni per infortunio sul lavoro e malattie professionali; g) gli assegni in caso di morte; h) le prestazioni di disoccupazione; i) le prestazioni di pensionamento anticipato; j) le prestazioni familiari.

Cui si aggiungono, in virtù del rinvio che il medesimo art. 3 opera all'art. 70 del Regolamento, anche tutte quelle

prestazioni speciali in denaro di carattere non contributivo previste dalla legislazione la quale, a causa del suo ambito di applicazione *ratione personae*, dei suoi obiettivi e/o delle condizioni di ammissibilità, ha caratteristiche tanto della legislazione in materia di sicurezza sociale di cui all'articolo 3, paragrafo 1, quanto di quella relativa all'assistenza sociale.

il problema per risolvere il quale essa è stata plasmata, ovviamente in tempi in cui welfare e prospettiva europea accedevano a consapevolezze scientifiche e terreni di confronto socio-politici assai lontani da quelli attuali.

Non stupisce constatare come, negli eterogenei quadranti ove un beneficio collaterale è stato evocato per essere considerato idoneo a defalcare l'entità del danno, fermi restando gli insopprimibili margini di duttilità sottesi al primo degli elementi di questa grammatica, assiso sulla dicotomia fra causa e occasione⁶, sia stato soprattutto il «titolo» del *lucrum* a impegnare la giurisprudenza.

In una panopia di pronunce, in relazione a ciascuna specifica tipologia di beneficio, ci si è così continuati a interrogare se il beneficio volta per volta in rilievo avesse sostanzialmente natura risarcitoria e fosse dunque idoneo a sovrapporsi al danno, o se, per converso, esso traesse causa da un pregresso sacrificio del beneficiato, ovvero fosse espressione di una pura attribuzione solidaristica da parte dello Stato, col risultato di essere collocato ai margini del computo risarcitorio.

A ridosso di questa classica duplicità di snodi argomentativi è gradatamente emerso il ruolo svolto da un elemento di riflessione aggiuntivo e (come vedremo) nient'affatto secondario, offerto dalla possibilità di dare rilievo alla circostanza che la figura del danneggiante coincida, o non, con quella del soggetto debitore dell'attribuzione beneficiale.

⁶ E converrà tenere a mente nel prosieguo un'acuta constatazione riferita al mobile dualismo fra «causa» e «occasione», ma che in realtà conserva il suo potere euristico tutte le volte che ci si proponga di issare eccessivi compiti di selezione giuridica sulle spalle assai gracili su cui riposa ogni tentativo di eleggere la causalità a crivello capace di sceverare, da solo, il danno risarcibile. Un limite chiarissimo, se si conviene che:

la distinzione fra “causa” e “occasione” è solo lo strumento attraverso il quale si argomenta una “diversità di avvenimenti” in modo che la delimitazione dell'area del danno risarcibile possa essere ritagliata sulla qualità naturale dei fatti, su di un modo di essere oggettivo delle cose. Impostazione e criterio sono, cioè, indotti dalla specifica tecnica argomentativa utilizzata: rinvenire nella realtà, nella natura delle cose e nelle loro differenze il riferimento su cui poggiare il riferimento che [in realtà] ha ragioni diverse.

Così, M. BARCELLONA, *Inattuazione dello scambio*, cit., 131.

Cominciamo questa analisi nient'affatto breve coll'esaminare le «situazioni di *clcd*» connesse alle vicende di un rapporto di lavoro o di pubblico impiego⁷.

2. La pensione privilegiata del dipendente statale

In questo contesto, e per esaminare un primo scenario di risposte articolate attraverso la grammatica della *clcd* a problemi di intersezione fra responsabilità civile e sicurezza sociale, la possibilità di cumulare risarcimento danni e pensione privilegiata dovuta all'impiegato dello Stato per morte o invalidità discendente da causa di servizio, protagonista della decisione del 1955 esaminata nel precedente capitolo, ha seguito un percorso a dir poco accidentato.

Essa fu ribadita nel corso di tutti gli anni Sessanta⁸. Di lì a poco, la soluzione fu avallata, anche se indirettamente, della Consulta⁹. Le con-

⁷ Scrutare analiticamente questi eterogenei quadranti normativi significa anche provare a seguire l'esortazione di chi – nell'introdurre il suo magistrale tentativo di riportare al sistema l'affastellarsi delle leggi speciali germinate a cavallo del 1900 «sotto la pressione imponente dei bisogni sociali» – ebbe modo di osservare

come la evoluzione degli istituti giuridici avvenga in gran parte per la pressione di istituti di diritto speciale su istituti di diritto comune; le nuove norme si affermano quasi sempre modestamente sotto forma di eccezioni di scarso rilievo: bisogna che il giurista, il quale vigila lo svolgersi progressivo dei principi (...) frughi con pazienza questi angoli reconditi.

Così F. CARNELUTTI, *Infortuni sul lavoro (studi)*, vol. 1, Roma, 1913, XII e XIV.

⁸ Cass. civ., 4 febbraio 1960, n. 169, in *Rep. Foro it.*, 1960, voce *Responsabilità civile*, n. 333; Cass. civ., 7 ottobre 1964, n. 2530, *ivi*, 1964, voce cit., nn. 190, 191; Cons. Stato, Sez. IV, 17 giugno 1964, n. 785, *ivi*, 1964, voce *Impiegato dello Stato*, n. 446; Cass. civ., 25 ottobre 1965, n. 2248, *ivi*, 1966, I, 65, anche commentata da G. MANDÒ, *Cumulabilità del risarcimento e della pensione privilegiata*, in *Rass. avv. Stato*, 1966, I, 76; Cass. civ., 17 ottobre 1966, n. 2491, in *Rep. Foro it.*, 1966, voce *Responsabilità civile*, n. 159; Cass. civ., 10 ottobre 1967, n. 2377, *ivi*, 1967, voce cit., n. 184.

⁹ Corte cost., 16 dicembre 1971, in *Foro it.*, 1972, I, 1, ritenne illegittimo, per violazione degli artt. 3 e 28 Cost., l'art. 9, ultimo comma, r.d. 7 dicembre 1923, n. 2590, recante «Nuove disposizioni sulle pensioni da concedersi al personale dell'amministrazione delle ferrovie dello Stato» e contemplante che, ove l'agente, oppure la vedova o i figli, avessero ricevuto somme dall'amministrazione a risarcimento dei danni per lesio-

ferme ripresero nei primi anni Settanta, quando ancora il danno biologico non era apparso sulla scena della giurisprudenza di legittimità¹⁰.

Di lì a poco, però, entrò in vigore l'art. 64, primo comma, del d.P.R. 29 dicembre 1973, n. 1092, statuendo che

il dipendente statale che per infermità o lesioni dipendenti da fatti di servizio abbia subito menomazioni dell'integrità fisica ascrivibile a una delle categorie della tabella A annessa alla l. 18 marzo 1968 n. 313, ha diritto alla pensione privilegiata, qualora dette menomazioni lo abbiano reso inabile al servizio.

Si posero così i presupposti normativi per un *revirement* nel segno della possibilità di ravvedere un'identità funzionale fra le somme corrisposte al pubblico dipendente a titolo d'invalidità tabellare e quelle riconosciute a quest'ultimo a titolo di danno biologico, sintagma che nel frattempo si avviava a compiere la sua notissima parabola ascendente quale voce di danno dotata di autonomia e centralità nel *bouquet* del risarcibile alla persona a titolo di responsabilità civile.

Giunta a compimento questa parabola, la giurisprudenza di legittimità convenne univocamente sull'idea che la pensione privilegiata tabellare avesse natura risarcitoria e applicò senza soverchi problemi la

ni personali secondo le norme del codice civile, l'ammontare della pensione privilegiata ad essi spettante avrebbe dovuto essere corrispondentemente ridotto.

¹⁰ Cass. civ., 26 aprile 1972, n. 1298, in *Foro it.*, 1973, I, 205, di fronte al problema se cumulare il risarcimento dovuto dallo Stato e la pensione privilegiata dal militare invalidatosi per causa di servizio, nonostante il rilievo che «la corresponsione della pensione privilegiata al militare di leva non possa avere alcun carattere retributivo ed adempia ad una finalità meramente risarcitoria» (*ivi*, 207), fece leva sui precedenti costanti di legittimità, per osservare conclusivamente in pro alla tesi seguita (*ivi*, 209):

se l'autore del fatto illecito, sia pure integrante una causa di servizio, a danno del militare di leva, fosse stato un terzo qualsiasi, più non si discuterebbe che, in tal caso, il terzo avrebbe dovuto risarcire l'intero danno, indipendentemente dalla corresponsione al danneggiato di una pensione privilegiata da parte dell'amministrazione, e non vi è, quindi, alcun motivo per escludere la cumulabilità della pensione e del risarcimento allorché il fatto illecito sia imputabile alla stessa amministrazione militare.

clcd alla fattispecie, senza più preoccuparsi di verificare che il trattamento discendesse dall'illecito in quanto causa od occasione¹¹.

¹¹ Cass. civ., 30 maggio 1989, n. 2615, in *Rep. Foro it.*, 1989, voce *Previdenza sociale*, n. 400; Cass. civ., 20 aprile 1990, n. 3281, *ivi*, 1990, voce cit., n. 306; Cass. civ., 16 febbraio 1991, n. 1637, *ivi*, 1991, voce *Pensione*, n. 511; in *extenso* in *Giust. civ.*, 1991, I, 264, con nota di S. SOTGIU, *Limiti della cumulabilità fra pensione privilegiata e risarcimento del danno* (ove si statui che

tra pensione privilegiata, prevista dal T.U. del 1973, e risarcimento del danno richiesto secondo le norme del codice civile, sussiste identità di titolo, posto che in entrambe le ipotesi si è in presenza di un unico rapporto organico con l'amministrazione e di un unico fatto antigiuridico, da cui è derivato il pregiudizio

e che «il bene giuridico protetto è ugualmente unico – l'integrità della persona – e la conseguente tutela è da considerarsi concorrente», per concludere che ciò «comporta in linea di principio la esclusione della cumulabilità, peraltro non in modo completo, in quanto il soggetto leso ha in ogni caso diritto ad un risarcimento che copra il danno nella sua interezza, se pur nei limiti di questa»); Cass. civ., 4 giugno 1991, n. 6295, in *Rep. Foro it.*, 1991, voce *Previdenza sociale*, n. 332; Cass. civ., 27 gennaio 1993, n. 987, *ivi*, 1993, voce *Pensione*, n. 105; Cass. civ., 16 settembre 1995, n. 9779, *ivi*, 1995, voce *Danni civili*, n. 231; Cass. civ., 4 gennaio 2002, n. 64, *ivi*, 2002, voce cit., n. 264; Cass. civ., 13 maggio 2004, n. 9094, *ivi*, 2004, I, 3408, con nota di V. FERRARI, *Danno biologico, indennizzi del «welfare» e responsabilità civile*, sentenza quest'ultima che peraltro evoca, senza risolverlo, il problema posto dalla possibilità di ritenere, o non, assorbiti per *clcd* nel risarcimento del danno l'assegno di superinvalidità (*ex art. 100, d.P.R. n. 1092/73*) e l'indennità di assistenza e di accompagnamento (*ex art. 107, d.P.R. n. 1092/1973*).

Diverso destino in sede di *clcd* è stato invece attribuito alla pensione sociale erogata ai superstiti del Fondo speciale ENEL, che è stata dichiarata esente da *clcd*, sul rilievo che

la determinazione del vantaggio computabile nella determinazione del danno risarcibile esige che la fattispecie dell'illecito, sia la stessa che ha prodotto il vantaggio, ossia che questo sia causalmente giustificato in funzione di rimozione dell'effetto dannoso dell'illecito. Ora questa qualificazione è ammissibile solo quando la prestazione del terzo sia formalmente giustificata in funzione del risarcimento del danno. Solo se l'attribuzione ha tale formale funzione essa si acquisisce per lo stesso titolo che ha prodotto l'obbligo al risarcimento; diversamente la fattispecie che ha prodotto il vantaggio ha titolo autonomo e sufficiente e non può quindi essere sottratto al danno risarcibile attraverso la corrispondente diminuzione del diritto al risarcimento.

Così Cass. civ., 1 luglio 1994, n. 6228, in *Rass. giur. ener. elettr.*, 1996, 467.

Da ultimo, occorre ricordare che il beneficio della pensione privilegiata del dipendente pubblico non è passato indenne dal processo di elaborazione politica sollecitato al legislatore dall'insorgere della crisi economica del post 2007/2008.

Con l'emanazione della c.d. «Legge Fornero», a partire dal 6 dicembre 2011 i trattamenti privilegiati sono erogabili esclusivamente nei confronti del personale appartenente alle Forze Armate (Esercito, Marina e Aeronautica), all'Arma dei Carabinieri, alle Forze di Polizia ad ordinamento civile (Polizia di Stato, Corpo forestale dello Stato e Polizia Penitenziaria) e militare (Guardia di finanza), al comparto vigili del fuoco e soccorso pubblico. Con esclusione, pertanto, dei dipendenti civili (assicurati presso la Cassa Stato e similari), nonché degli assicurati presso il Fondo Ferrovie e Fondo Poste. Pertanto al personale dello Stato non rientrante nelle categorie menzionate residua soltanto la tutela dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni e le malattie professionali in base all'ordinamento INAIL¹².

Questo primo carotaggio in una epifania specifica del problema della *clcd* suggerisce un primo, provvisorio esito di cui nel prosieguo dell'indagine sarà opportuno tener conto. Fondamentale appare, infatti, considerare la dimensione storica che connota, esibendo spesso *décalage* temporalmente discordanti e comunque non coincidenti, la finalità geneticamente originaria del beneficio da un canto, e dall'altro lo stato dell'arte evolutivo che connotava la tipologia di danni considerati nel risarcibile oggetto di possibile defalco, tenendo conto che questo stato dell'arte è stato oggetto di notevolissimi cambiamenti dal dopoguerra ad oggi.

3. *L'equo indennizzo del dipendente pubblico*

Capitolo a sé (almeno fino a poco tempo fa) l'equo indennizzo del dipendente pubblico. Nominalmente istituita, come noto, dal d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3 (venendo solo menzionata in quel provvedimento

¹² Lo ha previsto l'art. 6 del d.l. 5 dicembre 2011, n. 201, recante «Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici», convertito con modificazioni nella l. 22 dicembre 2011, n. 214.

nell'art. 68, comma 8), questa attribuzione della sicurezza sociale è stata prevista a favore degli impiegati di ruolo dello Stato nei termini dettagliati dal regolamento di esecuzione seguito a tale d.P.R.¹³.

In assenza di una chiara esplicitazione da parte di una norma di legge, la natura del «titolo» di questo beneficio è stata oggetto di defatiganti contese in seno alla giurisprudenza amministrativa¹⁴.

Il parallelismo fra l'introduzione di questo beneficio a favore dei dipendenti statali e la normativa in tema di assicurazione obbligatoria contro gli infortuni professionali dei lavoratori privati, ipotizzando che il fondamento del beneficio stesse nel rischio professionale, è stato confutato dalla constatazione che, diversamente da quanto previsto nel settore privato, la legge prevede espressamente che l'equo indennizzo si cumuli, ancorché in misura dimezzata, alla pensione privilegiata (art. 50, d.P.R. 3 maggio 1957, n. 686), mentre questo non avviene, come meglio si vedrà fra breve, nel settore privato. Di contro, la medesima norma precisa nel suo ultimo frangimento che «va inoltre dedotto dall'equo indennizzo quanto eventualmente percepito dall'impiegato in virtù di assicurazione a carico dello Stato o di altra pubblica Amministrazione».

La giurisprudenza ha oscillato a lungo¹⁵, prima che i giudici dell'amministrazione pervenissero a concludere che il fondamento giuridi-

¹³ Come previsto dagli artt. 35, 38, 48-60 del d.P.R. 3 maggio 1957, n. 686, e tabella allegata, recante «Norme di esecuzione del t.u. delle disposizioni sullo statuto degli impiegati civili dello Stato approvato con d.p.r. 10 gennaio 1957, n. 3». E – per questa sua singolare partogenesi normativa – continua a sospettare che l'equo indennizzo sia affetto *ab imis* da radicale illegittimità, G. FERRARI, *Invalidità per causa di servizio e l'equo indennizzo nel pubblico impiego*, Milano, 2007, 26.

¹⁴ Contese che, però, non vengono ripercorse sistematicamente da Cons. Stato, ord. 6 giugno 2017, n. 2719, cit., ove si è rimessa all'adunanza Plenaria del massimo consesso della giurisdizione amministrativa l'opportunità di rivalutare il fermo orientamento in tema di non defalcabilità dell'equo indennizzo dal risarcimento del danno sofferto dal pubblico dipendente, muovendo dal caso di un giudice beneficiario di equo indennizzo per aver contratto un carcinoma ritenuto discendente dall'esposizione ad amianto subita dal magistrato lavorando in una sede giudiziaria non bonificata dalla sostanza pericolosa, il quale, a latere della vicenda indennitaria, aveva promosso azione risarcitoria nei confronti dell'amministrazione pubblica presso la quale egli aveva prestato servizio.

¹⁵ Opportuni approfondimenti in G. FERRARI, *Invalidità*, cit., 32-40, cui si rinvia per riferimenti alla giurisprudenza amministrativa in tema.

co dell'equo indennizzo è la lesione dell'integrità psicofisica dell'impiegato statale (di cui si accerti la connessione con l'attività lavorativa espletata o con l'ambiente nel quale essa viene svolta) *tout-court, ispirata a finalità in parte retributive e in parte previdenziali*, senza che possa attribuirsi rilievo a ogni ultronea qualificazione giuridica del fatto causativo della lesione stessa¹⁶.

¹⁶ Nel passaggio chiave di Cons. Stato, Ad. Plen., 8 ottobre 2009, n. 5, in *Foro it.*, 2011, III, 549, ripreso anche nella recente ordinanza di rimessione della quarta sezione della corte ospitata a Palazzo Spada del giugno 2017, si afferma che l'equo indennizzo è

uno speciale riconoscimento economico che viene attribuito quando il lavoratore è esposto per ragioni professionali a subire menomazioni ed infermità fisiche e che ha natura sia previdenziale che retributiva. Sono presenti, nella valutazione dell'autorità amministrativa che procede al riconoscimento dell'equo indennizzo, sia elementi di equità che di discrezionalità amministrativa che comportano anche la non coincidenza tra entità del danno subito ed indennizzo riconosciuto. Il legislatore ha, in definitiva, preso in considerazione l'interesse pubblico collegato allo svolgimento di determinate attività lavorative particolarmente pericolose per la salute, o anche solo le condizioni disagiate per l'espletamento delle mansioni dei dipendenti pubblici, ed ha predisposto un regime di ristoro del lavoratore pubblico dipendente che in occasione dello svolgimento di dette attività subisca una rilevante lesione della sua integrità fisica. È, quindi, essenziale, nel procedimento di riconoscimento dell'equo indennizzo, l'accertamento della dipendenza dell'infermità da una causa strettamente dipendente dal servizio prestato, mentre è del tutto estranea a detto procedimento la valutazione del comportamento colposo o doloso dell'amministrazione datrice di lavoro che, anzi, si presuppone, sia stato del tutto indenne da responsabilità nell'organizzare le attività lavorative che hanno determinato l'infermità. In altri termini, pur nell'adempimento ordinario e diligente delle obbligazioni di entrambe le parti del rapporto di lavoro, può accadere che si verifichino menomazioni dell'integrità fisica del lavoratore sia in ragione della pericolosità obiettiva delle lavorazioni (così per esemplificare quelle che comportano esposizione a radiazioni ionizzanti) che in relazione allo svolgimento di ogni altra mansione del lavoratore. Si giustifica così che il legislatore abbia approntato un regime speciale di indennizzo di tali danni che, non essendo riferibili ad attività *non iure* di alcun soggetto, resterebbero prive di riconoscimento. Questo regime non comprende tutte le infermità o i danni derivanti dal rapporto di lavoro e ne liquida in via predeterminata la misura secondo la tecnica propria delle indennità. Del tutto diversa è la configurazione nell'ordinamento vigente delle fattispecie di responsabilità civile che abilitano il soggetto che si ritiene danneggiato a richiedere qualsiasi danno subito che sia imputabile alla responsabilità contrattuale o extracontrattuale di un altro soggetto e che si fondano non già sul dato occasionale della prestazione lavorativa ma su comportamenti *non iure* che arrecano danni ad altri e che determinano ipotesi di responsabilità, contrattuale o extracontrat-

L'approdo a questa consapevolezza, in tempi ancor recenti, aveva permesso di sancire l'inapplicabilità della *clcd* all'equo indennizzo, specificando altresì come a tale materia si riveli del tutto estranea l'applicazione del principio indennitario¹⁷, anche con riferimento alle speciali elargizioni riservate agli appartenenti alle forze armate¹⁸, e in questo contesto, da ultimo, anche con riguardo alle provvidenze corrisposte in forma di equo indennizzo ai militari delle forze armate italiane vittime dell'uranio impoverito¹⁹.

tuale, a seconda che il comportamento lesivo sia compiuto in violazione dei doveri derivanti da uno specifico contratto ovvero in violazione del dovere generale di *neminem laedere* di cui all'art. 2043 c.c.

¹⁷ Già Cons. Stato, Ad. Plen., 16 luglio 1993, n. 9, in *Resp. civ. prev.*, 1995, 110, con nota di P. PASSERONE, *Note in tema di cumulabilità fra equo indennizzo e risarcimento del danno a favore del pubblico dipendente*, ove la importante specificazione che

nell'equo indennizzo, il bene protetto non è l'integrità fisica, che è solo occasione dell'erogazione, ma la speciale condizione del dipendente divenuto infermo in ragione del suo rapporto con l'amministrazione e del servizio prestato. Il fine, si ribadisce, non è risarcitorio, ma si inserisce nell'ambito di un sinallagma in cui si intrecciano prestazioni e controprestazioni di contenuto plurimo.

Adde la già richiamata Cons. Stato, Ad. Plen., 8 ottobre 2009, n. 5, in *Foro it.*, 2011, III, 549; di poi seguita da Cons. Stato, 19 gennaio 2011, n. 365, in *Foro amm. CdS*, 2011, 240, entrambe per la conferma che

equo indennizzo e risarcimento del danno (sia esso patrimoniale o non patrimoniale) sono tra loro compatibili e cumulabili, senza che l'importo liquidato a titolo di equo indennizzo possa essere detratto da quanto spettante a titolo di risarcimento del danno da responsabilità contrattuale o extracontrattuale del datore di lavoro.

¹⁸ Si veda in particolare Cass. civ., 16 settembre 1995, n. 9779, in *Resp. civ. prev.*, 1996, 102; approfondisce il quadro relativo agli indennizzi e alle elargizioni dei militari, L. VIOLA, *L'immunità nascosta: alla ricerca della responsabilità dell'amministrazione militare*, in *Quad. cost.*, 2005, 345.

¹⁹ Come statuito da TAR Campania, 5 agosto 2010, n. 17232, in *Foro it.*, 2010, III, 594; per una visione d'insieme della vicenda sottostante, F. RIZZETTO, *Tecnologie belliche e danno al proprio combattente: il ruolo della responsabilità civile in una comparazione fra il caso statunitense dell'Agent Orange e il caso italiano dell'uranio impoverito*, in *Trento Law and Technology Research Group. Students Paper Series*, n. 1, Trento, 2010, in OA: <<http://eprints.biblio.unitn.it/1888/>>; A. MANTELERO, *Il ruolo dello Stato nelle dinamiche della responsabilità civile da danni di massa*, Torino, 2013, 1 ss.

Questo scenario, che appariva ormai consolidato, è stato del tutto recentemente ribaltato dall'adunanza plenaria del Consiglio di Stato²⁰, con un'argomentazione che merita di essere analizzata a fondo, poiché, di là dall'ambito applicativo settoriale cui si riferisce, essa ambisce a ridefinire il campo di applicazione del problema sotteso alla *clcd* con un piglio sistematico e per molti versi innovativo rispetto al modo nel quale il tema è stato recentemente oggetto di un tentativo di riconsiderazione nella giurisprudenza di legittimità civile.

Il supremo consesso di Palazzo Spada, nuovamente interpellato da una questione che solo nove anni prima lo stesso organo apicale della giustizia amministrativa aveva risolto, come abbiamo visto, confermando una diversa giustificazione dello spostamento patrimoniale recato al pubblico dipendente dal riconoscimento dell'equo indennizzo rispetto alla funzione risarcitoria assecondata dal risarcimento dei danni conseguibile in responsabilità civile, e dunque nel segno della piena cumulabilità dei due emolumenti, puntella il suo *revirement* con un ragionamento di ordine sistematico.

L'adunanza tesse la sua motivazione richiamando la tassonomia dei «titoli» delle obbligazioni scolpita nell'art. 1173 c.c. E ritiene che, sul piano generale, il tema evocato dal problema *clcd* debba indurre l'interprete a indagare tre profili: lumeggiare la *causa giustificativa* delle attribuzioni di cui si discute la cumulabilità; analizzare la derivazione causale dal fatto generatore delle obbligazioni che giustificano tali attribuzioni patrimoniali in termini di *causalità giuridica*; e verificare la congruità dell'operazione interpretativa così impostata alla luce della *funzione* innervata in una delle due giustificazioni causali sottese alle attribuzioni patrimoniali coinvolte nel problema, e segnatamente, solo quella che giustifica lo spostamento patrimoniale in base al dispositivo della responsabilità civile²¹.

²⁰ Consiglio di Stato, Ad. Plen., 23 febbraio 2018, n. 1, cit.

²¹ Consiglio di Stato, Ad. Plen., 23 febbraio 2018, n. 1, cit., § 3. Può subito notarsi come il terzo elemento di questa indicazione metodologica presupponga una scelta di campo in esito alla quale il rilievo assegnabile all'indagine sul titolo – pur elencato quale elemento primario dell'indagine da parte dell'Adunanza Plenaria – viene ad essere arbitrariamente depotenziato. Perché guardare al problema della *clcd* avendo a mente la funzione svolta dalla responsabilità di diritto civile, sia essa derivante da illecito o da

Vedremo come questa sistematica, a dispetto del suo (solo apparente) nitore concettuale, produca un grave cortocircuito nel ragionamento seguito dai supremi giudizi amministrativi.

L'analisi svolta dal Consiglio di Stato si sviluppa introducendo una tassonomia ritenuta utile a catalogare le disparate fattispecie nelle quali può venire in rilievo un problema di *clcd*.

Una prima categoria identifica «fattispecie che si caratterizzano per la presenza di un solo soggetto autore della condotta responsabile e obbligato ad effettuare una prestazione derivante da un unico titolo»²². Si tratta di una classe di casi nella quale il problema della *clcd* si darebbe – osserva il supremo consesso di Palazzo Spada – in seno a «rapporti obbligatori bilaterali», contemplanti una sola parte danneggiata e una sola parte danneggiante. La *clcd* in questa tipologia di casi identifica una mera formula che descrive la necessità di applicare i canoni della causalità giuridica alle poste negative e positive entrate nel patrimonio del danneggiato e così pervenire a computare le conseguenze immediate e dirette che delimitano il danno risarcibile in funzione compensativa.

Una seconda categoria vede entrare nello schema un soggetto terzo rispetto al danneggiante e al danneggiato, obbligato a erogare a quest'ultimo indennità e altre somme a diverso titolo. Esemplificativamente, la Corte ricorda a questo fine le assicurazioni private contro i danni assoggettate al principio indennitario (senza però addentrarsi nel problema posto dalla necessità di chiarire se in questa esemplificazione si ritengano comprese le assicurazioni contro le disgrazie accidentali), le

inadempimento di una obbligazione preesistente al danno, significa eleggere l'art. 1223 c.c. – con i suoi *limes* risarcitori che riflettono la conformazione costitutivamente compensativa del danno civilistico, salva una diversa volontà rimessa a esplicite e specifiche scelte legislative – a recinto invalicabile entro il quale compiere l'indagine che ci si propone di svolgere. E questo è concettualmente sbagliato, perché, se il beneficio suscettibile di porre un problema di *clcd* esibisce una giustificazione causale idonea a sorreggere autonomamente l'attribuzione patrimoniale da esso recata nel patrimonio del danneggiato, affermare che tale beneficio determini una sovra-compensazione del danneggiato confliggente con la funzione normalmente compensativa della r.c. sembra appartenere al novero di quelle preposizioni che non superano il vaglio di un elementare, quanto non calpestabile, principio di non contraddizione.

²² Consiglio di Stato, Ad. Plen., 23 febbraio 2018, n. 1, § 4.

assicurazioni sociali cui l'art. 1886 c.c. fa rinvio (e qui la Corte accomuna la tutela contro gli infortuni e le malattie professionali del lavoratore alla tutela assistenziale espressa dalla previsione di indennità di accompagnamento a favore di cittadini inabili al lavoro e sprovvisti dei mezzi necessari per vivere), e le indennità ispirate a formule solidaristiche (fra le quali si menzionano le indennità previste a favore dei familiari delle vittime del terrorismo). Si sarebbe qui in presenza di rapporti giuridici trilaterali, con un quadro che rende più complesso decifrare il *modus applicandi* della *clcd*. Premettendo di non voler entrare nella soluzione della questione, del resto rimessa alle S.U. della Cassazione civile, i massimi giudici amministrativi osservano che per questa classe di casi

si tratta di accertare se i due rapporti giuridici che vengono in rilievo, mantenendo una loro autonomia e dunque una valenza “bilaterale”, abbiano ciascuno una propria causa giustificativa delle attribuzioni patrimoniali che consente il cumulo tra di esse ovvero se tali rapporti, anche in ragione della operatività del meccanismo della surrogazione (di cui occorre valutare l'eventuale derogabilità convenzionale), siano strettamente collegati con sussistenza di una sostanziale “unitaria” causa di giustificazione delle attribuzioni patrimoniali che impone l'operatività della *compensatio* tra di esse mediante l'applicazione del meccanismo della regolarità causale²³.

Si giunge così a descrivere la terza classe di casi, che è quella nella quale i giudici di Palazzo Spada vedono nuovamente agitarsi l'annosa questione dell'equo indennizzo.

Qui il rapporto torna ad essere bilaterale, con la differenza, rispetto alla prima categoria individuata, che danno e beneficio dovuti dal danneggiante al danneggiato accedono a titoli diversi, per il contestuale operare, a carico del medesimo debitore, di una obbligazione a carattere risarcitorio e di una obbligazione prevista da un altro titolo, sempre avente fonte nella legge. Come nel caso del magistrato che invoca piena tutela risarcitoria nei confronti del Ministero della Giustizia, facendo leva sull'art. 2087 c.c., con l'inadempimento dell'obbligo di garantire un ambiente di lavoro esente da pericoli per la salute del pubblico dipen-

²³ Cons. Stato, Ad. Plen., 23 febbraio 2018, n. 1, cit., § 5.

dente, dopo aver contratto una patologia oncologica determinata dall'esposizione all'amianto presente nell'edificio della procura nella quale egli prestava servizio. E che contestualmente esige l'adempimento di una seconda obbligazione vantata nei confronti della P.A. datrice di lavoro, avente causa nella previsione legislativa dell'equo indennizzo dovuto per causa di servizio conseguente alla perdita dell'integrità fisica eventualmente subita dall'impiegato, di cui al già ricordato d.P.R. del 1957.

Con questa tassonomia in mente, l'Adunanza Plenaria osserva come la circostanza che questo beneficio previsto a favore del pubblico dipendente sia normativamente descritto quale «indennità» non implica ritenere che sia precluso riconoscere che il beneficio assolva una funzione risarcitoria²⁴, posto che la somma erogata a titolo di indennità può essere corrisposta sia quando l'integrità fisica del pubblico dipendente venga lesa da un fatto lecito dannoso connesso alla causa di servizio (come sarebbe – per esemplificare – quando nello svolgimento delle sue mansioni il dipendente dell'amministrazione sia colpito da un fulmine) sia quando la lesione appaia causalmente riconducibile all'inadempimento dell'obbligo di garantire la sicurezza del proprio dipendente da parte della pubblica amministrazione datrice di lavoro.

E – portando la propria indagine a interrogare funzionalmente la finalità che si assume sottesa alla previsione dell'equo indennizzo – il collegio rileva che

sul piano funzionale, la finalità perseguita, in ogni caso, è quella di compensare la sfera giuridica del lavoratore leso sia pure attraverso un meccanismo, come appena sottolineato, strutturalmente differente da quello risarcitorio

²⁴ Ritiene l'Adunanza che tale indennità possa essere conseguenza sia di un atto lecito dannoso (il verificarsi di una lesione all'integrità fisica dipendente da causa di servizio, ma non ascrivibile all'inadempimento dell'obbligo gravante alla pubblica amministrazione in virtù dell'art. 2087 c.c.) che di un atto illecito (quando l'inadempimento dell'obbligazione di sicurezza del datore di lavoro sia riscontrabile). Cons. Stato, Ad. Plen., 23 febbraio 2018, n. 1, cit., § 6.1.

perché «il “bene protetto” è anche in questo caso l'integrità psicofisica del dipendente ed essa costituisce non l'occasione ma la causa giustificativa dell'attribuzione patrimoniale»²⁵.

²⁵ *Ibid.* Può essere interessante osservare come la sentenza in esame adotti una inedita e semplicistica prospettiva funzional-anatomica, quasi medico-legale, per inquadrare sul piano giuridico la funzionalità sottesa al «titolo» normato dal d.P.R. del 1957 e dalla conseguente legislazione applicativa di dettaglio. Si finisce così per confondere un mero fatto – l'evento compromissione dell'integrità fisica, con i suoi esiti disfunzionali e patologici –, che tutt'al più costituisce oggetto di una valutazione tabellare prevista dalla legge del 1957, la quale nulla ha a che fare con le tabelle del danno alla persona impiegate per risarcire il danno alla persona, essendo invece costitutivamente agganciata alla retribuzione del dipendente e rivelando così di possedere una natura intimamente connessa all'impegno lavorativo erogato dal dipendente pubblico a fronte della propria classe stipendiale, con una ben più complessa e delicata giustificazione di stampo giuridico che dovrebbe tener conto di tutti gli indici normativi desumibili dal pacchetto normativo che istituisce e disciplina in dettaglio il «titolo» dell'attribuzione beneficiale in questione.

Così ragionando si sarebbe indotti a chiedersi per quali motivi la giurisprudenza assicurativa abbia dibattuto per sessant'anni e la dottrina dibatta tuttora sulla possibilità di assoggettare l'indennità corrisposta al beneficiario di un'assicurazione contro le disgrazie accidentali al principio indennitario [il tema sarà estesamente affrontato nel capitolo successivo]. Anche in quel caso, infatti, si dà una lesione all'integrità fisica dell'assicurato cui consegue la corresponsione di una somma di denaro calcolata secondo contratto. Eppure, come vedremo nel quarto capitolo, nessuno ha mai pensato di adottare una equazione così semplice come quella che il Consiglio di Stato esibisce nella sua motivazione, per affermare che quel tipo assicurativo esprima una prestazione assicurativa avente natura indennitaria.

Senza considerare le inedite problematiche che questo modo di vedere le cose sembra prospettare alla P.A., allorché – prendendo per buona la ricostruzione funzionalistica alla luce della quale l'Adunanza ritrae l'*ubi consistam* dell'equo indennizzo – si è indotti a ritenere che quest'ultimo altro non sia che un fenomeno assicurativo pubblico pienamente assoggettato al principio indennitario, muovendo dal quale alla P.A. che abbia già corrisposto l'equo indennizzo al pubblico dipendente non sarebbe precluso agire in surrogazione nei confronti del terzo civilmente responsabile della lesione all'integrità psicofisica occorsa per la causa di servizio già equamente indennizzato dalla P.A. al dipendente, con l'ulteriore conseguenza di imporre che, qualora il pubblico dipendente così compromesso nella sua integrità fisica e conseguentemente indennizzato dalla P.A. spieghi azione risarcitoria non nei confronti della medesima P.A., ma nei confronti di un terzo responsabile, il primo potrebbe vedersi opporre dal convenuto una eccezione di *clcd* riguardante le somme già ottenute dalla P.A. a titolo di equo indennizzo. E se è vero che, come abbiamo visto, la natura della pensione privilegiata è stata

Da questo decisivo e lapidario riscontro discende la necessità di sanare il defalco dalle somme che il pubblico dipendente abbia percepito a titolo di equo indennizzo quando quest'ultimo, in ragione del medesimo evento lesivo della propria integrità fisica, ottenga la condanna al risarcimento dei danni cagionati dalla pubblica amministrazione inadempiente all'obbligo di garantire la sicurezza del proprio dipendente.

Questo esito interpretativo viene confortato da ulteriori considerazioni, reciprocamente condizionate, che possono suddividersi in un primo segmento «di parte generale» e in un segmento successivo di «parte speciale».

Il primo segmento viene svolto dall'Adunanza riportandosi nell'alveo del primo scenario dipinto costruendo la propria tassonomia sistematica sul «problema *clcd*». Laddove, quando il titolo è, però, *unitario* e si dà un rapporto obbligatorio contemplante un danneggiato e un danneggiante, si pone l'esigenza di misurare danni e vantaggi discendenti dal fatto dannoso alla luce delle regole di causalità giuridica, per evitare che l'esito della vicenda risarcitoria giunga ad arricchire il danneggiato, dando luogo ad una ingiusta (perché non accompagnata da una causa suscettibile di giustificare l'attribuzione patrimoniale) locupletazione del danneggiato.

Questo passaggio argomentativo – a ben vedere – mostra di incappare in un cortocircuito logico, perché l'Adunanza segue un ragionamento (al termine del quale essa giunge persino a evocare, per soprammercato,

ritenuta assimilabile al danno biologico, sancendo la necessità dello scomputo in presenza di un danno alla persona risarcibile, ove all'equo indennizzo sia riconosciuta la medesima natura risarcitoria, potrebbero darsi – in teoria – casi nei quali lo Stato avrebbe motivo di sindacare la piena erogabilità dell'equo indennizzo ove l'importo cumulativo di quest'ultimo (pur dimezzato in ragione della previsione del primo comma dell'art. 50 del d.P.R. 3 maggio 1957, n. 686) e della pensione privilegiata apparisse superiore all'importo conseguibile dal dipendente a titolo di danno non patrimoniale alla persona secondo le note tabelle di Milano. Si tratta di una serie di supposizioni evocanti per molti versi un paradosso, che però esemplificano in poche battute le gravi conseguenze di ordine sistematico che possono determinarsi quando le argomentazioni seguite per giustificare un epocale cambiamento giurisprudenziale procedono senza coltivare fino in fondo il rigore concettuale che dovrebbe accompagnare l'impiego di categorie storicamente affinate in decenni di ragionamenti svolti nell'ambito dell'elaborazione civilistica.

la necessità di evitare che al risarcimento sia assegnata una funzionalità punitiva) che si rivelerebbe corretto solo nella misura in cui l'argomentazione fosse effettivamente avanzata nel primo degli scenari ideali considerati dalla motivazione in esame, ovvero quello nel quale il titolo, cui accede la necessità di non ammettere locupletazioni nella commisurazione del danno alla luce dei dettami di cui all'art. 1223 c.c., dia prova di essere – appunto – unitario. Come accade quando la vicenda risarcitoria, con le sue poste negative ed eventualmente positive, è governata da un solo titolo suscettibile di giustificare lo spostamento di ricchezza in funzione risarcitoria, ovvero «l'inadempimento o il ritardo» della prestazione dovuta (o il fatto illecito, *ex* art. 2056 c.c., per il rinvio disposto da quella norma alla tecnica descritta dall'art. 1223 c.c.).

Il ragionamento, invece, gira a vuoto e svela tratti di illogicità quando la medesima argomentazione sia impiegata per giustificare un esito non locupletativo al cospetto di un beneficio che lambisce – ma non tocca, a rigore – la vicenda risarcitoria, perché è capace di esibire un titolo diverso, ovvero, nella circostanza, la circostanza di trovare la propria ragione giustificatrice nella vigenza dei dettami previsti dal d.P.R. del 1957.

Quanto dire che in questo segmento di argomentazione – quello davvero decisivo per dare fondamento e corpo persuasivo alle ragioni poste a base del *revirement* – l'Adunanza plenaria sembra restare vittima del proprio proposito iniziale di tracciare una tassonomia ordinante alla luce della quale inquadrare i diversi problemi che la *clcd* pone nell'ordinamento.

Perché delle due l'una: o l'equo indennizzo appartiene al *tertium genus* delle situazioni che la sentenza descrive nell'impostare la soluzione del problema, in una classificazione alla quale – proprio perché il secondo titolo in questa terza classe di casi si dà – non possono applicarsi meccanicamente le tecniche di soluzione divise per la prima classe di casi, oppure il c.d. *tertium genus* è solo un espediente retorico per dissimulare la volontà di applicare alle fattispecie classificate nel *tertium genus* le logiche che il Consiglio di Stato *afferma* (salvo smentirsi nei fatti, di lì a poco) di veder operare solo quando il titolo della vicenda risarcitoria sia effettivamente unico. Col risultato – che a questo punto si dà eludendo la pur corretta impostazione del problema che

la stessa motivazione aveva inizialmente tracciato – di cancellare ogni indicazione che alla soluzione del problema in discorso fornisce la circostanza offerta dall'esistenza di una ragione giustificatrice dell'attribuzione patrimoniale recata dal beneficio che è di stampo legislativo, e che si sovrappone, rimanendo da esso distinta, al calcolo risarcitorio condotto sui binari dalla pura causalità di cui all'art. 1223 c.c. Con l'ulteriore esito di impedire di dare soluzione al problema facendo uso degli strumenti che nel perimetro dell'art. 1223 c.c. possono trovare agevole applicazione, ma solo quando – giova ripeterlo – il titolo protagonista della vicenda commisurativa che conduce al risarcimento appaia effettivamente unico.

La parte speciale del ragionamento seguito per confortare il ragionamento posto a capo del *revirement* dell'Adunanza si nutre, invece, del riferimento ad alcune leggi speciali, che si assume possano offrire riprova sistematica del ragionamento – che appare decisamente malriposto, come si è visto – svolto nel primo segmento «di parte generale». Si portano a sostegno di tale riprova sistematica titoli legislativi diversi e disparati, ciascuno avente una logica e una funzione distinta, dipendente dal contesto nel quale ciascuna delle legislazioni evocate è sorta e dal *quomodo* col quale il «titolo» all'attribuzione patrimoniale descritta in tali normative è stato disegnato dal legislatore²⁶.

²⁶ Ad essere menzionati sono due «titoli» legislativi.

L'art. 2-*bis* della legge n. 241 del 1990, che, in caso di comportamento illecito dell'amministrazione conseguente alla violazione del termine di conclusione del procedimento, dispone che l'istante ha diritto, sussistendone i presupposti, sia al risarcimento del danno che all'indennizzo «per il mero ritardo», preoccupandosi, però, di specificare – ed ecco l'importanza del titolo, che, se conformato da una chiara indicazione legislativa, offre all'interprete un elemento sicuro per venire a capo del problema, in tal modo dando a vedere che chi ha concepito il «titolo» si è prefigurato il problema del cumulo, offrendo univoche indicazioni in tal senso e così sancendo la funzionalità risarcitoria dell'indennizzo – che «in tal caso le somme corrisposte o da corrispondere a titolo di indennizzo sono detratte dal risarcimento».

La seconda normativa menzionata è la legge 25 febbraio 1992, n. 210, che prevede la corresponsione da parte del Ministero della sanità di un «indennizzo a favore dei soggetti danneggiati da complicanze di tipo irreversibile a causa di vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni e somministrazioni di emoderivati». Anche in questo caso, si tratta di un «titolo» specifico, che ha generato un vastissimo contenzioso anche in punto di

Mentre l'unico titolo che, a rigore, avrebbe dovuto essere preso a riferimento per interrogarsi con pregnanza sul problema del defalco dell'equo indennizzo del pubblico dipendente, ovvero il d.P.R. del 1957 e le norme ad esso collegate, viene letto dall'Adunanza Plenaria con un piglio interpretativo volto a depotenziare e revocare in dubbio le indicazioni che fino al 2011 il medesimo consesso da quella stessa normativa aveva tratto per confortare la tradizionale soluzione della cumulabilità.

Qui la motivazione che si ripercorre giunge a sovvertire il senso delle indicazioni che il legislatore volle porre, introducendo una misura destinata a sovvenzionare la vittima di una lesione all'integrità fisica contratta nello svolgimento dei compiti riconducibili al rapporto di pubblico impiego, in una logica che – in assenza di una diversa, esplicita volontà legislativa nel segno del non cumulo – è destinata ad entrare, oggi come nel 1957, nel sinallagma legislativamente conformato cui accede il pubblico dipendente che, in esito a pubblico concorso, ottenga di entrare nei ranghi della pubblica amministrazione.

Perché tali indicazioni restano oggi inalterate rispetto al quadro che era stato scrutinato dall'Adunanza Plenaria nel 2011. E sono quindi le medesime: oltre la previsione che equo indennizzo e pensione di invalidità siano cumulabili, ancorché con una decurtazione, soprattutto la circostanza che le tabelle impiegate per quantificare l'equo indennizzo individuano un meccanismo di quantificazione delle somme erogabili nell'ambito del quale assume esplicito rilievo la classe stipendiale del dipendente pubblico leso nell'integrità fisica. Circostanza che, pertanto, lascia agevolmente desumere la volontà di strutturare il ristoro garantito al pubblico dipendente in funzione del valore assunto, agli occhi della P.A., dalla prestazione lavorativa da quest'ultimo resa ricoprendo il ruolo corrispondente alla classe stipendiale goduta.

Nulla di più lontano dall'anelito di eguaglianza che pervade la tutela civilistica della «persona» e che trova nel risarcimento del danno non patrimoniale strutturato sul valore del punto la sua misura commisurativa elettiva. La finalità dell'equo indennizzo, in questa prospettiva, rive-

clcd e che, per la ricchezza di problematiche che ha schiuso all'interprete, sarà analizzato *infra*, nel par. 7.2 di questo capitolo.

la un tratto genetico che, nella misura in cui appare agganciato all'elemento della retribuzione del beneficiario, mostra di darsi in funzione del sacrificio che quest'ultimo sopporta esponendosi al rischio legato allo svolgimento dell'incarico pubblico, sacrificio che trova misura e quantificazione istituendo una correlazione con la retribuzione corrispondente alla funzione lavorativa ricoperta dal pubblico dipendente nell'ambito della P.A. di appartenenza. Da questa correlazione, alla natura retributiva dell'indennizzo, che si giustifica nella logica dello scambio fra pubblica amministrazione e dipendente, pur se nella logica propria del rapporto di pubblico impiego, il passo è breve.

Emerge la sensazione che l'operazione interpretativa concretatasi nel *revirement* di cui si è dato conto descriva, alla prova dei fatti, un esercizio di supplenza di stampo politico (pur se camuffato dall'impiego di una chiave ermeneutica ostentatamente tecnica, stimolata dalle coeve sollecitazioni della giurisprudenza di legittimità civile) rispetto a determinazioni che sarebbe spettato al legislatore svolgere – si direbbe anche per le caratteristiche peculiari dell'impiego pubblico, che non accede con le stesse dinamiche dirette alla dialettica negoziale propria dei registri del contratto di lavoro privato - e che l'Adunanza del Consiglio di Stato ha nondimeno deciso di far sue, pur senza appellarsi esplicitamente agli stilemi del diritto vivente come verosimilmente avrebbe fatto se a decidere si fosse portata oltre Tevere.

Un'operazione che, quand'anche venga ritenuta giustificabile nella prospettiva di un diritto giurisprudenziale chiamato a supplire alla latitanza di interventi ordinatori o chiarificatori di stampo legislativo, è costretta – nello specifico caso – a fare conti con un dato che rende ancor più netta la sensazione che nella circostanza i giudici amministrativi abbiano voluto sostituirsi al legislatore e alla sua responsabilità politica, dando a vedere di agire in nome della tecnica.

Perché le esigenze di cassa dell'erario pubblico avevano già da tempo suscitato interventi radicali da parte del pubblico decisore chiamato a rispondere *politicalmente* del suo operato nel conformare le sorti dell'equo indennizzo. Non è un mistero, infatti, che la legge Fornero, assieme alla pensione privilegiata abbia anche inteso abrogare l'equo indennizzo per molte categorie di pubblici dipendenti che fino ad allora ne avevano goduto i benefici, lasciando inalterata la erogabilità del be-

neficio esclusivamente nei confronti del personale appartenente alle Forze Armate (Esercito, Marina e Aeronautica), all'Arma dei Carabinieri, alle Forze di Polizia ad ordinamento civile (Polizia di Stato, Corpo forestale dello Stato e Polizia Penitenziaria) e militare (Guardia di finanza), al comparto vigili del fuoco e soccorso pubblico²⁷.

Il che, se non altro, offre un riscontro assai vivido dei termini problematici entro cui prende corpo, nel diritto contemporaneo, il fenomeno di cui si è lungamente discusso introducendo questa ricerca.

4. L'assicurazione sociale in tema di infortuni sul lavoro e il danno differenziale

Nel campo dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni e le malattie professionali nel rapporto di lavoro privato, invece, il latinismo ha svolto un ruolo applicativo di secondo livello, ed è in questo ruolo che viene tuttora evocato nell'interpretazione delle corti, come vedremo fra un attimo.

In questo quadrante della sicurezza sociale, la *clcd* e la teorica sulla diversità dei titoli non sono storicamente riuscite a tenere distinti il beneficio, integrato dall'indennità corrisposta dall'assicuratore sociale al lavoratore, dal danno a quest'ultimo risarcibile.

Il motivo è semplice e ancora una volta preesiste alla circolazione del problema della *clcd* nel nostro ambiente giuridico.

Dalla normativa istitutiva del 1898 fino al tuttora vigente T.U. del 1965, passando per la riforma di epoca fascista, il particolare meccanismo, modellato sugli schemi generali del contratto di assicurazione, attraverso il quale è stata istituita la mutualità fra datori di lavoro e lavoratori, senza però dimenticare la necessità di recepire in modo ragionevole l'istanza di deterrenza tesa a incentivare comportamenti del datore capaci di tutelare il più possibile *ex ante* la salute del lavoratore²⁸, è

²⁷ Lo ha previsto l'art. 6 del d.l. 5 dicembre 2011, n. 201, recante «Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici», convertito con modificazioni nella l. 22 dicembre 2011, n. 214.

²⁸ Analisi ad ampio spettro sull'evoluzione storica del rapporto fra i «diritti secondi» frutto della legislazione in tema di infortuni del lavoro e le regole civilistiche sul

stato disegnato con estrema precisione dal legislatore, con una previsione normativa che ha saputo chiarire originariamente e senza margini di ambiguità il rapporto corrente fra il frutto di questa mutualità – ovvero l’indennizzo – e il risarcimento del danno.

Tale stato di cose ha precluso in radice che in materia si avvertisse il bisogno di invocare la *clcd* nella sfuggente dimensione applicativa che si è legata a questo latinismo (come si è visto) solo a partire dagli anni Cinquanta²⁹, nel tentativo di sostenere che danno e beneficio siano in questo caso entità distinte e come tali non cumulabili.

Gli artt. 22 e 23 della l. 17 marzo 1898, n. 80, conservarono lo schema classico del contratto assicurativo, derogandolo nella misura in cui prevedevano la possibilità – ove l’infortunio dipendesse dalla violazione di norme penali dei soggetti preposti alla sicurezza dal datore – che il lavoratore ottenesse dal datore solo l’eventuale maggior danno rispetto a quanto ricevuto a titolo di indennizzo, restando ferma in tal caso la surrogazione dell’istituto assicurativo nei confronti del civilmente responsabile per le indennità comunque versate³⁰.

risarcimento del danno si devono a C. CASTRONOVO, *Alle origini della fuga dal codice. L’assicurazione contro gli infortuni tra diritto privato generale e diritti secondi*, in *Jus*, 1985, 20 (ripreso e sviluppato in *Id.*, *La nuova responsabilità civile*, III ed., Milano, 2006, 353-412 e in *Id.*, *Diritto privato generale e diritti secondi – La ripresa di un tema*, in *Europa e dir. privato*, 2006, 397); a D. POLETTI, *Danni alla persona negli «accidenti da lavoro e da automobile»*, Torino, 1996, 69-192; e, nella prospettiva storica che condusse all’emanazione della legislazione fondativa nel 1898, alle pagine di G. CAZZETTA, *Responsabilità aquiliana*, cit., 409-469. Per alcune considerazioni in ordine di alla necessità di recuperare un metodo comune nello studio di questa evoluzione, M. PERSIANI, *Diritto privato e diritto del lavoro*, in E. DEL PRATO (a cura di), *Studi in onore di Antonino Cataudella*, III, Napoli, 2013, 1807.

²⁹ Di contrario avviso, M. FERRARI, *La compensatio lucris cum damno come strumento di equa riparazione del danno*, cit., 149. In una singolare precomprensione – tendente a ipotizzare la conferma della validità di un principio generale da parte di una previsione legislativa di un diritto «secondo», concepita prima che del principio si cominciasse a discettare – l’A. ritiene che la previsione legislativa del 1965 (e in realtà risalente nei suoi schemi portanti al 1898) si sia data in passato, e si dia oggi, quale espressione confermativa e applicativa del «principio» della *clcd*.

³⁰ L’art. 22 di questa legge prevedeva molto chiaramente il meccanismo per il quale il datore continuava rispondere civilmente nei confronti del lavoratore, nonostante l’introduzione del meccanismo indennitario, quando il fatto fosse penalmente imputabile ai

Tale meccanismo fu confermato nel suo impianto fondamentale sia nella riforma fascista del 1935³¹, che trent'anni dopo, all'indomani del-

preposti alla sicurezza del lavoratore, e del fatto di costoro egli fosse chiamato a rispondere in base alle regole civilistiche, nel contempo limitando la misura del risarcimento alla porzione di danno non coperta dall'indennità già ricevuta dal lavoratore per effetto della legge.

Così il testo dell'articolo qui rilevante:

[N]on ostante l'assicurazione effettuata colle norme da questa legge stabilite rimane la responsabilità civile a carico di coloro che siano assoggettati a condanna penale pel fatto dal quale l'infortunio è derivato. Rimane anche la responsabilità civile al proprietario o capo ad esercente dell'impresa, industria o costruzione quando la sentenza penale stabilisca che l'infortunio sia avvenuto per fatto imputabile a coloro che egli ha preposto alla direzione o sorveglianza del lavoro se del fatto di essi debba rispondere secondo il codice civile. (*omissis*) Non si fa luogo a risarcimento qualora il giudice riconosca che non ascende a somma maggiore della indennità che il danneggiato o i suoi eredi ricevono per effetto di questa legge. Quando si faccia luogo a risarcimento il danneggiato od i suoi eredi avranno diritto al pagamento della sola parte che eccede le indennità liquidate a norma di questa legge.

A sua volta l'art. 23 prevedeva il regresso degli istituti assicuratori contro i civilmente responsabili dei fatti contemplati dall'articolo precedente. Così il testo rilevante:

Gli istituti assicuratori, i sindacati e le casse speciali debbono pagare le indennità anche nei casi previsti dal precedente articolo, salvo il diritto di regresso che loro competerà delle somme pagate a titolo d'indennità e delle spese accessorie contro le persone civilmente responsabili, quando l'infortunio sia avvenuto per le cause previste dall'articolo precedente.

³¹ In particolare gli artt. 4 e 5 del r.d. 17 agosto 1935, n. 1765, per le parti qui rilevanti, prescrivevano quanto segue:

Art. 4 – L'assicurazione a norma del presente decreto esonera il datore di lavoro dalla responsabilità civile per gli infortuni sul lavoro. Nonostante l'assicurazione predetta, permane la responsabilità civile a carico di coloro che abbiano riportato condanna penale pel fatto dal quale l'infortunio è derivato. Permane altresì la responsabilità civile del datore di lavoro quando la sentenza penale stabilisca che l'infortunio sia avvenuto per fatto imputabile a coloro che egli ha incaricato della direzione o sorveglianza del lavoro se del fatto di essi debba rispondere secondo il codice civile. (*omissis*) Non si fa luogo a risarcimento qualora il giudice riconosca che questo non ascende a somma maggiore dell'indennità che, per effetto di questo decreto, è liquidata all'infortunato o ai suoi aventi diritto. Quando si faccia luogo a risarcimento, questo è dovuto solo per la parte che eccede le indennità, liquidate a norma del titolo IV (*omissis*).

Art. 5 – L'istituto assicuratore deve pagare le indennità anche nei casi previsti dal precedente articolo, salvo il diritto di regresso per le somme pagate a ti-

la riforma che si era fatta lungamente attendere dopo il riconoscimento dei valori guida della materia previdenziale operato dalla Costituzione repubblicana³².

All'indomani del d.P.R. 30 giugno 1965, n. 1124, tanta attesa non mancò di provocare il tentativo estremo di denunciare l'incompatibilità con i valori costituzionali del meccanismo riproposto dalla normativa, col quale ci si doleva di una riproposizione legislativa suscettiva di far ritenere che la Carta fondamentale fosse stata emanata invano³³.

Si assumeva che l'art. 38 Cost. imponesse di ritenere che il rapporto assicurativo perdesse il carattere triangolare, collegante fra loro i soggetti che entravano a costituirlo, e si sdoppiasse, facendo perdere al lavoratore la qualità di parte del rapporto medesimo, per conferire, a chi nel previgente codice civile era stato definito un prestatore d'opera, la titolarità di un diritto autonomo, fondato in ultima analisi sulla previsione costituzionale, e dunque su un titolo puramente solidaristico-previdenziale.

Il che avrebbe offerto il destro per rimettere in circolo il principio della *clcd*, facendo leva sulla diversità del titolo che l'indennità avrebbe così assunto rispetto al risarcimento del danno, per confortare la conclusione che il lavoratore fosse legittimato a cumulare indennizzo e risarcimento³⁴.

tolo d'indennità e per le spese accessorie contro le persone civilmente responsabili. (*omissis*) L'istituto può esercitare la stessa azione di regresso contro l'infortunato quando l'infortunio sia avvenuto per dolo del medesimo. La prova del dolo deve risultare da sentenza penale (*omissis*).

³² In particolare, per la parte che qui interessa, gli artt. 10 e 11 del d.P.R. 30 giugno 1965, n. 1124, che nella loro perdurante vigenza non mette qui conto riportare per esteso.

³³ Corte cost., 16 giugno 1971, n. 134, in *Foro it.*, 1971, I, 1774.

³⁴ Degno di menzione il passaggio della motivazione nel quale, di fronte al dubbio che la pretesa creditoria del lavoratore all'indennizzo fosse fondata su un titolo puramente assistenziale (e dunque – per la diversità del titolo – non trovasse ostacolo nelle regole applicative della *clcd*) col risultato di ammettere il cumulo, la Consulta replicò che

è regola generale consacrata nell'art. 2043 del codice civile, che il risarcimento da fatto illecito deve essere corrispondente al danno effettivamente subito, da effettuarsi secondo le valutazioni stabilite nell'art. 1223, che le limita alla perdi-

Toccò a un'autorevole penna, sospinta dal materialismo cattolico di Costantino Mortati, illustrare i motivi che inducevano a dismettere questa dirompente interpretazione³⁵, per ritenere che lo schema assicurativo di compromesso, riproposto nell'Italia del miracolo economico dopo esser stato ideato sul finire del secolo antecedente, fosse espressione di una ponderazione legislativa ragionevole, idonea ad esprimere il compromesso, di cui tale schema era originaria espressione³⁶, anche nel mutato contesto costituzionale³⁷.

ta subita ed al mancato guadagno, senza poter mai divenire fonte di lucro per il danneggiato, secondo [quanto] risulta anche dall'art. 1910 del codice civile.

³⁵ La chiave esplicativa che sul piano civilistico confortava il ragionamento proposto da Mortati si articolò in questo passaggio:

è appunto nella rilevata peculiarità dell'assicurazione obbligatoria in forma mutualistica per danni in occasione della prestazione di attività lavorativa che deve rinvenirsi la ragione della non applicabilità alla medesima dei principi stabiliti per i rapporti assicurativi regolati dal diritto comune (principi secondo i quali l'assicuratore rimane vincolato – per i sinistri cagionati anche da colpa grave del contraente – in virtù o di patto espresso, a termine dell'art. 1900, od *ope legis*, secondo l'art. 1917 che riguarda la speciale assicurazione per responsabilità civile; con la sola esclusione pertanto di quella dovuta a fatto doloso volontariamente messo in atto dall'assicurato). Il che, mentre corrisponde alla rilevata specificità del rapporto assicurativo per gli infortuni sul lavoro, adempie anche allo scopo pratico di incentivare l'adempimento dell'obbligo del datore di adottare ogni misura idonea a prevenire i sinistri.

Ne conseguiva una chiara esplicazione del particolare meccanismo di regresso previsto dalla normativa:

se è vero che nella specie all'assicurato sono conferite due pretese, verso l'INAIL, oltre che verso il responsabile, anziché solamente verso quest'ultimo (come a stretto rigore dovrebbe avvenire), ciò è disposto (...) a favore dell'infortunato cui si vuole garantire in ogni caso (anche quando il risarcimento ritardi, o non riesca ad ottenersi) il diritto alle prestazioni assistenziali. Queste, se trovano un titolo autonomo nel rapporto assicurativo di cui è parte il lavoratore, si effettuano tuttavia in temporanea sostituzione delle erogazioni che, a causa del medesimo evento dannoso, sono poste a carico del datore, e pertanto non possono cumularsi con esse, se non a patto di determinare un indebito arricchimento.

Così Corte cost., 16 giugno 1971, n. 134, cit., 1776.

³⁶ Su questo punto, diffusamente, D. POLETTI, *Danni alla persona*, cit., 74.

³⁷ La Consulta fu esplicita sul punto, rilevando che «l'art. 38 ha lasciato al legislatore piena libertà di determinare i modi in cui rendere operante tale diritto ed in questa

Da questo assetto, oggi routinariamente implementato dai più di 200 avvocati che patrocinano l'INAIL nel nostro paese, è inevitabilmente gemmato, con l'emersione del danno biologico³⁸, e il travagliato assestarsi su quadranti impensabili ai primi degli anni Settanta dell'intera struttura risarcitoria del danno non patrimoniale, il problema del c.d. differenziale³⁹.

In esso il problema del «titolo dell'attribuzione», sotteso all'operare della *clcd*, si ripropone – come si è detto – a un secondo livello, con riguardo alla necessità di allineare l'aritmetica del danno incarnata nel latinismo allo spettro di voci che oggi continuano ad agitarsi, fra finalità descrittive e rivendicazioni di sostanza, nel risarcibile alla persona⁴⁰.

Qui il ragionamento ispirato al latinismo ha fatto sì che si sia riproposto il problema, nella sua essenza non nuovo, attinente alla scelta fra due opzioni⁴¹.

libertà è compresa anche la facoltà di conservare il sistema preesistente», così Corte cost., 16 giugno 1971, n. 134, cit., 1775.

³⁸ Emersione giunta a riconoscimento legislativo, integrando il danno biologico nel sistema assicurativo INAIL, solo, com'è noto, con il d.lgs. 23 febbraio 2000, n. 38, sulla cui vicenda G. ALPA, *Il danno «biologico»: nozione normativa*, in U. IZZO (a cura di), *Dialoghi sul danno alla persona*, 2006, Trento, 129.

³⁹ Sulle cui mai sopite evoluzioni giurisprudenziali e in luogo di molte altre, tre ricostruzioni che tracciano con diversità di prospettive critiche uno stato dell'arte sul problema: P. TULLINI, *Il danno differenziale: conferme e sviluppi d'una categoria in movimento*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, 485; A. CIRIELLO, *Sicurezza e infortuni sul lavoro: responsabilità e danno*, in G. NATULLO (a cura di), *Salute e sicurezza sul lavoro*, Milano, 2015, 423; G. LUDOVICO, *La persona del lavoratore tra risarcimento del danno e tutela dal bisogno: la questione del danno differenziale*, in *Dir. rel. ind.*, 2013, 1049.

⁴⁰ Si pensi all'ambigua distinzione invalsa in giurisprudenza tra danno differenziale in senso proprio (o quantitativo) – riferito alle voci di danno parzialmente assorbite nella copertura assicurativo-previdenziale, che però possono essere per l'importo restante risarcite e liquidate secondo criteri civilistici in guisa di danno differenziale rispetto alla prestazione INAIL – e danno complementare (o qualitativo), alludente ai pregiudizi aggiuntivi ed estranei alla tutela indennitaria, e come tali considerati assoggettati all'ordinario regime risarcitorio nella loro integralità quantitativa.

⁴¹ In tema già App. Catania, 12 gennaio 1951, cit., aveva ritenuto non compensabile per difetto di omogeneità il danno morale con il beneficio lì invocato in *clcd*, attirando i rilievi critici di R. SCOGNAMIGLIO (*In tema*, cit., 640), il quale osservò:

la compensazione non avviene tra danno e vantaggio in sé e per sé – fenomeno che non sarebbe concepibile – ma sul piano della valutazione finale dell'interes-

Considerare – con piglio indubbiamente semplificante per il sistema, ma foriero di esiti penalizzanti per il lavoratore (perché implicante una sistematica sotto-compensazione di quest'ultimo) – lo scomputo della prestazione INAIL in relazione alla quantificazione del risarcimento integrale in una somma onnicomprensiva, tesa a liquidare l'insieme delle varie poste di danno risarcibili, onde agevolare l'aritmetico operare della regola e semplificare l'esercizio del regresso da parte dell'assicuratore sociale.

Oppure operare il defalco della prestazione dalla quantificazione del risarcimento integrale, ma computato «posta per posta», con un metodo attento ad attuare la sottrazione, guardando a cosa effettivamente la prestazione dell'assicuratore sociale intenda indennizzare in relazione alle diverse giustificazioni che sorreggono l'incerta, autonoma computabilità delle poste risarcibili nell'universo – reso ostentatamente unitario nel *post* 2008 – del danno non patrimoniale⁴².

Da ultimo, il defalco dal danno delle prestazioni INAIL già corrisposte al lavoratore infortunato e ai suoi aventi diritto è stato ribadito da una delle ordinanze che compongono la quaterna composta nel giugno 2017 dalla terza sezione della Cassazione per risollecitare un responso dalle Sezioni Unite⁴³.

se da risarcire: ove, riducendosi anche il danno morale in moneta, non si vede perché la c.l.c.d. non dovrebbe operare, ricorrendone gli altri presupposti. Ché anzi qui [riferendosi al danno non patrimoniale], ove i danni sono, per così dire, più vaghi e quasi evanescenti, tanto più appare spiegabile – per rifarci infine ad una considerazione empirica – che siano compensati da vantaggi patrimoniali e pertanto più concreti.

Su tali osservazioni critiche converrà tornare a tempo debito, rilevando fin d'ora come esse trovino una smentita nella negazione, tenuta fermissima in Germania, dell'idea che si dia *Vorteilsausgleichung* fra *Schmerzensgeld* e benefici a carattere patrimoniale.

⁴² Per tutti e all'indomani delle sentenze di San Martino, l'approfondita analisi di D. POLETTI, *Il danno non patrimoniale e il sistema previdenziale*, in E. NAVARRETTA (a cura di), *Il danno non patrimoniale. Principi, regole e tabelle per la liquidazione*, Milano, 2010, 177, spec. 198 ss.

⁴³ Cass. civ., ord. 22 giugno 2017, n. 15535, ove a venire in esame nel giudizio territoriale era solo lo scomputo della rendita vitalizia riconosciuta dall'INAIL (in base al Decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 1965, n. 124, articolo 66, comma 1, n. 4) a seguito di infortunio in itinere patito da un lavoratore subordinato.

La motivazione dell'ordinanza, però, non si confronta a fondo con i problemi specifici posti dal tipo di benefici connessi al rapporto di lavoro oggetto di analisi, ma recupera la soluzione del problema sottoposto alla cognizione di legittimità dal giudizio territoriale seguendo una logica motivazionale a più ampio spettro (del resto pedissequamente condivisa anche dalle altre ordinanze della quaterna), la quale assume che la soluzione (anche del problema di *clcd* posto dalle prestazioni INAIL e comunque discendenti dal rapporto di lavoro) debba ricavarsi da una rimediazione più complessiva dell'istituto della *clcd*, che ne ridefinisca gli elementi di analisi nel segno della eliminazione del ruolo che all'interprete è dato riconoscere al «titolo» del beneficio per decidere se l'attribuzione entrata nel patrimonio del danneggiato debba, o non, essere detratta dal computo del risarcibile.

Lo scopo è – come meglio si vedrà nel quinto capitolo, allorché esamineremo la motivazione unitaria della quaterna di ordinanze cui si è alluso – appiattire la soluzione del problema su una valutazione riguardante esclusivamente la circostanza che il beneficio sia ritenuto derivare dall'evento dannoso impiegando i medesimi canoni di causalità giuridica applicati per perimetrare l'entità del danno. E, così argomentando, l'ordinanza giunge a ritenere che:

[T]ale condizione [la valutazione di derivazione causale del beneficio dall'evento dannoso] ricorre in tutti i casi in cui il vantaggio dovuto alla vittima è previsto da una norma di legge che fa dell'illecito, ovvero del danno che ne è derivato, uno dei presupposti di legge per l'erogazione del beneficio. Tale requisito sussisterà dunque di norma: (a) rispetto al credito risarcitorio per danno biologico, quando la vittima di lesioni personali abbia percepito dall'INAIL l'indennizzo del danno biologico ai sensi del Decreto Legislativo 23 febbraio 2000, n. 38, articolo 13; (b) rispetto al credito risarcitorio per danno patrimoniale da incapacità lavorativa, quando la vittima di lesioni personali, avendo patito postumi permanenti superiori al 16%, abbia percepito dall'INAIL una rendita maggiorata, e limitatamente a tale maggiorazione; (c) rispetto al credito risarcitorio per danno patrimoniale da incapacità lavorativa, quando la vittima di lesioni personali abbia percepito dall'INPS la pensione di invalidità (L. n. 118 del 1971); (d) rispetto al credito risarcitorio per danno patrimoniale da spese mediche e di assistenza, quando la vittima di lesioni personali abbia percepito dall'INPS l'indennità di accompagnamento (L. n. 18 del 1980); (e) rispetto al credito risarcitorio per danno

patrimoniale da perdita delle elargizioni ricevute da un parente deceduto, quando il superstite abbia percepito dall'INAIL la rendita di cui al Decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 1965, n. 124, articolo 66, comma 1, n. 4, ovvero una pensione di reversibilità⁴⁴.

Sempre in tema di benefici connessi all'attività lavorativa e conseguenti al verificarsi di un evento dannoso che abbia colpito la persona del lavoratore, mette conto ricordare – in un caso ove di *clcd* si è forse parlato impropriamente, trattandosi di una mera operazione di computo del danno futuro risarcibile – come la pensione d'inabilità permanente, percepita dal lavoratore che abbia visto cessare la sua attività lavorativa in esito a un sinistro, sia stata ritenuta idonea a decurtare il *quantum* risarcitorio dovuto a titolo di danno patrimoniale, sul rilievo che tale attribuzione della sicurezza sociale costituisca una prosecuzione ideale del rapporto di lavoro. Con la conseguenza d'impedire che il lavoratore possa pretendere dal danneggiante il danno futuro corrispondente all'importo della retribuzione non percepita fino alla data della pensione di vecchiaia, per limitarsi a reclamare solo la differenza fra tali retribuzioni e l'importo della pensione d'inabilità goduta⁴⁵.

⁴⁴ In questi termini, Cass. civ., ord. 22 giugno 2017, n. 15535.

⁴⁵ Così sul punto Cass. civ., 12 luglio 2000, n. 9228, in *Arch. circ.*, 2000, 830:

il godimento della pensione di invalidità – in realtà – a differenza di altre attribuzioni patrimoniali avute presenti dalla giurisprudenza di questa Corte allorché ha escluso la possibilità di operare, in casi apparentemente analoghi al presente, una *compensatio lucri cum damno* – costituisce, ove il danneggiato sia un lavoratore dipendente o autonomo che abbia già maturato il diritto a beneficiare di tale prestazione, una sorta di prosecuzione del precedente status dal quale non può assolutamente prescindere, in sede di quantificazione del danno patrimoniale. In particolare come non si dubita – con riguardo alla inabilità temporanea – che qualora il danneggiato abbia percepito, pur non prestando la propria attività lavorativa, la retribuzione del caso da parte del datore di lavoro o dell'INPS (o da parte di altre forme di assicurazione sociale) lo stesso non ha titolo a pretendere 'nuovamente' tale retribuzione dal danneggiante essendo, eventualmente, a tanto legittimato il soggetto o l'ente che ha provveduto in concreto alla erogazione della retribuzione, così deve escludersi che in caso di inabilità permanente che abbia provocato la dispensa dal servizio, con conseguente assegnazione della pensione di invalidità, il danneggiato possa, reclamare, nei confronti del danneggiante, l'importo capitalizzato di tutti gli stipendi non percepiti e non solo, come operato nella specie dal giudice *a quo*, la differenza tra gli stipendi che lo stesso avrebbe percepito ove avesse continuato a prestare la propria attività e l'ammontare della pensione di invalidità sino alla data di attribu-

Tesi, peraltro, non condivisa da altra pronuncia di legittimità più recente⁴⁶.

5. Altri benefici della sicurezza sociale connessi al rapporto di lavoro

Sempre in tema di rapporto di lavoro – attivatore privilegiato di molti dei benefici rientranti nell'ampia nozione di sicurezza sociale presa in considerazione dal legislatore comunitario interessato al coordinamento fra responsabilità civile e *welfare state* degli stati membri – la *clcd* è stata messa alla prova in una serie composita di attribuzioni beneficali.

Rientra fra queste l'assistenza garantita al lavoratore in caso di disoccupazione e più in generale tutta la vasta gamma di misure di sostegno al reddito stabilite a beneficio del lavoratore la cui erogazione è posta a carico dell'INPS, le quali disegnano uno spettro di misure beneficali che solo in parte possono essere oggetto di assimilazione nel più ampio tema dell'*aliunde perceptum* o *percipiendum* del lavoratore.

Perché il problema del titolo dell'attribuzione non sembra suscettibile di essere valutato con egual ponderazione se a concorrere col danno siano somme che il lavoratore si procura, venendo retribuito da un diverso datore di lavoro o mettendo a frutto in altro modo le proprie capacità di reddito da lavoro, ovvero siano somme percepite dal lavoratore quale misura concreta di un welfare destinato a beneficiare tutti i

zione di quella di vecchiaia. Un diverso *iter* argomentativo, a giudizio di questa Corte è inaccettabile. Sia perché – come esattamente evidenziato dal giudice *a quo* – per tal via il danneggiato verrebbe a beneficiare, senza causa, di un indebito arricchimento (venendo a cumulare in pratica la retribuzione con la pensione di invalidità), sia perché, comunque, ciò esporrebbe il danneggiante a risarcire due volte lo stesso danno, in caso di azione di rivalsa dell'INPS.

⁴⁶ Cass. civ., 28 luglio 2005, n. 15822, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, 629, con nota di P. QUARTICELLI, *Scontro tra veicoli, presunzione di responsabilità concorrente dei conducenti, danno patrimoniale del lavoratore e applicabilità della compensatio lucri cum damno*, che sul punto ha invece ritenuto che la pensione di invalidità anticipata non incida sul danno prodotto al lavoratore subordinato dalla invalidità, configurandosi come «un incremento patrimoniale del tutto indipendente da questo danno, che rimane inalterato».

soggetti che si trovano nello stato di bisogno individuato da una norma, a seguito di un pregresso sacrificio che la legge stessa può voler porre in misura variabile in capo al danneggiato stesso (il lavoratore), al danneggiante (che all'occorrenza può essere anche il datore) o a entrambi questi soggetti.

Non è un caso che questo tipo di considerazione sia stato al centro del ragionamento seguito dalla giurisprudenza di legittimità intorno alla metà degli anni Novanta, con un'argomentazione che – nell'accogliere l'eccezione datoriale tesa a invocare la riduzione dell'importo del risarcimento, dovuto al lavoratore *ex art. 18 Statuto dei lavoratori*, al solo periodo nel quale il lavoratore non avesse fruito della Cassa Integrazione e Guadagni – ha attribuito rilievo decisivo alla circostanza che, in quel contesto, l'importo pervenuto al lavoratore in base a CIG fosse effettivamente frutto di un sacrificio economico che la legge istitutiva del beneficio in questione pone a carico del solo datore⁴⁷.

⁴⁷ Cass. civ., 29 marzo 1996, n. 2906, in *Foro it.*, 1997, I, 554, con nota di richiami di S.L. GENTILE, ove – dopo aver sottolineato che il fondamento della *cled* non risiede nella corrispondenza soggettiva o nella identità di rapporti generatori di cui la ricorrente deduce la mancanza nella fattispecie, ma consiste, piuttosto, nella identità del fatto generatore del quale il danno, come il vantaggio, debbono essere conseguenza immediata e diretta – la Cassazione rilevava con piglio ricostruttivo:

che l'indennità di disoccupazione presuppone di norma l'estinzione di un pregresso rapporto di lavoro (essendone esclusi gli "inoccupati" in cerca di prima occupazione), determinata (di norma) da fatto del datore di lavoro (non spetta in caso di dimissioni o di risoluzione consensuale del rapporto) e la relativa contribuzione è a totale carico del datore di lavoro (il d.leg. lgt. 2 aprile 1946, n. 142, innovando rispetto al r.d.l. 4 ottobre 1935, n. 1827, pose i contributi delle assicurazioni sociali obbligatorie a carico esclusivo dei datori di lavoro, e la successiva l. 4 aprile 1952, n. 218, ha nuovamente esteso l'obbligo contributivo anche ai lavoratori, ma limitatamente alla assicurazione per la invalidità, la vecchiaia ed i superstiti per la quale contribuisce anche lo Stato; la indennità di disoccupazione sociale, prevista dagli artt. 8 ss., l. 5 novembre 1968, n. 1115, è, essa pure, finanziata dalle imprese industriali che occupano lavoratori destinatari eventuali del trattamento relativo e dalle imprese industriali che effettuino licenziamenti di detti lavoratori). Se, dunque, la indennità di disoccupazione è riconducibile al rapporto di lavoro pregresso ed alla contribuzione versata dal datore di lavoro e trova di norma quale evento generatore del credito relativo la risoluzione del rapporto per volontà di detto soggetto e se, d'altro lato, dallo stesso evento nasce il danno da mancato guadagno del lavoratore licenziato, sarebbe logicamente oltre che giuridicamente non corretto far lucrare al lavoratore un doppio ristoro di una situazione pregiudizievole sostanzialmente unica e porre a

Uniformando il senso della decisione alla considerazione riservata al beneficio determinato dalla percezione della CIG, pur senza esplicitare il rinvio alla soluzione raggiunta in quel contesto, la Cassazione ha poi ritenuto operante la *clcd* anche in relazione allo scomputo dal danno – risarcibile al lavoratore illegittimamente licenziato in violazione delle norme sulla scelta dei lavoratori da mettere in mobilità – del contributo goduto da quest’ultimo in pendenza della mobilità stessa⁴⁸.

L’indagine sul titolo, operata con riferimento alla specifica misura beneficiale del lavoratore invocata in *clcd*, ha in seguito indotto la Cassazione a mutare avviso con riguardo alla defalcabilità dell’indennità di disoccupazione dal danno per licenziamento illegittimo⁴⁹, mettendo in

carico del datore di lavoro in sede contributiva prima ed in sede risarcitoria poi i relativi oneri.

Tale orientamento è stato poi seguito da Cass. civ., 4 febbraio 1998, n. 1150, in *Lav. prev. oggi*, 1998, 1865, limitatasi ad osservare che

il vantaggio costituito dalla percezione della indennità di disoccupazione è conseguenza immediata e diretta del licenziamento illegittimo. Conseguie che a sensi dell’art. 1223 c.c. la liquidazione del danno deve essere fatta compensando il danno con il lucro da esso derivante, non rilevando la diversa natura del lucro dal danno.

Da ultimo, confermano la detraibilità della CIG da un risarcimento danni, ex art. 18 dello Statuto dei Lavoratori, Cass. civ., 25 novembre 2009, n. 24786; e Cass. civ., 30 novembre 2009, n. 25235, non massimate sul punto, in *www.leggiditalia.it*.

⁴⁸ Cass. civ., 13 novembre 2000, n. 14679, in *Riv. giur. lav.*, 2001, II, 583, con nota di G.M. CASAMENTO, *I licenziamenti collettivi: violazione degli obblighi procedurali ed efficacia sanante degli accordi collettivi*, confermando un orientamento già raggiunto da Cass. civ., 22 giugno 1999, n. 6537, in *www.leggiditalia.it*.

⁴⁹ Cass. civ., 16 marzo 2002, n. 3904, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, II, 124, con nota di M. MOCELLA, *Sulla configurabilità dell’indennità di disoccupazione come aliud perceptum. Contra in precedenza, senza particolari argomentazioni sul punto (limitandosi ad invocare l’aliunde perceptum o richiamando la già ricordata giurisprudenza iniziale in tema di *clcd* e CIG), Cass. civ., 15 maggio 2000, n. 6265, in *www.leggiditalia.it*; Cass. civ., 27 settembre 1997, n. 9483, in *Rep. Foro it.*, 1997, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1871. Ma non si è esitato ad applicare la *clcd* (Cass. civ., 29 maggio 2006, n. 12731, in *www.leggiditalia.it*) all’importo corrisposto al lavoratore per lo svolgimento, durante il periodo susseguente al licenziamento poi dichiarato illegittimo, di lavori socialmente utili, in quanto collegato ad una attività lavorativa, evocando la giurisprudenza incline ad applicare la *clcd* quando l’*aliunde perceptum* sia conseguito dal lavoratore reimpiegando la capacità di lavoro non impegnata nell’attività cessata a causa del licenziamen-*

rilievo il paradosso legato alla circostanza che la dichiarazione di illegittimità del licenziamento determina il venire meno *ex tunc* dei presupposti di legge giustificanti l'erogazione beneficiale percepita dal lavoratore, con l'effetto di legittimare l'INPS a chiedere a quest'ultimo la ripetizione dell'indebito. Il che neutralizza il possibile effetto locupletativo connesso alla percezione del beneficio, suscettibile di essere corretto riconoscendo la *clcd* eccepita dal datore⁵⁰.

Il medesimo ragionamento ha indotto i giudici di legittimità a ritenere non applicabile la *clcd* alla quantificazione del danno subito dal lavo-

to poi di chiarato illegittimo (orientamento risalente almeno a Cass. civ., 29 aprile 1985, n. 2762, in *Foro it.*, 1985, I, 1290 e 2247, con nota di M. D'ANTONA, *Licenziamento illegittimo e prova del danno: la stabilità «economica» del lavoro secondo le Sezioni Unite*), senza peraltro attribuire rilievo al fatto che al reddito percepito dal lavoratore impegnato in lavori socialmente utili fosse espressamente riconosciuta natura assistenziale e non contributiva e che lo stesso non fosse assoggettato a contribuzione.

⁵⁰ Così Cass. civ., 16 marzo 2002, n. 3904, cit.:

l'indennità di disoccupazione, infatti, costituisce una indennità non già in senso risarcitorio bensì in senso assistenziale, trovando il suo fondamento in ragioni di solidarietà sociale che lo Stato persegue attraverso l'attività di un ente pubblico come l'Inps, che è l'unico e definitivo obbligato della prestazione. La diversità dei titoli di erogazione, oltre che dei soggetti obbligati, esclude, pertanto, che il datore di lavoro possa opporre in detrazione al lavoratore a titolo di "aliunde perceptum" l'indennità di disoccupazione percepita dallo stesso durante il periodo del licenziamento. Invero il lavoratore, a titolo di risarcimento *ex art. 18 Statuto dei Lavoratori* novellato, ha diritto ad avere corrisposti i contributi previdenziali e assistenziali come se il rapporto di lavoro avesse avuto effettivo svolgimento anche durante il periodo in cui esso è stato unilateralmente risolto dal datore di lavoro. Ne consegue che l'Inps, dopo che il lavoratore ha conseguito il risarcimento dal datore di lavoro, ha il potere di ripetere dal lavoratore le somme dal medesimo percepite a titolo di indennità di disoccupazione, in riferimento ai periodi per i quali il datore di lavoro ha corrisposto le retribuzioni e i contributi previdenziali e assistenziali.

Su questo rilievo, la Corte proseguì rilevando che dal risarcimento dovuto dal datore

non può essere detratto quanto, come nella specie, risulti incompatibile con la natura delle somme percepite dal lavoratore in conseguenza della misura espulsiva e cioè con il diverso titolo delle somme erogategli per finalità di solidarietà sociale da un ente pubblico (Inps), che può ripetere dal lavoratore l'erogazione di cui è venuta meno, sia pure per fatti sopravvenuti, la ragione giustificativa.

ratore per licenziamento illegittimo *ex art. 18*, sia in caso d'indennità di gravidanza e puerperio⁵¹, che d'indennità tubercolare⁵².

Infine, con riferimento alla possibilità di invocare in *clcd*, rispetto al danno da risarcimento illegittimo, gli importi della pensione di cui abbia cominciato a godere il lavoratore illegittimamente licenziato, anche in virtù di particolari provvedimenti di legge abilitanti al prepensionamento, una fitta, reiterata e costante giurisprudenza riafferma tutt'oggi l'orientamento negativo espresso dalle Sezioni Unite nel 2002⁵³, ove si è fatto leva sulla non sovrapponibilità causale del fatto produttivo del beneficio rispetto al fatto causativo di danno e si è evidenziata anche in questo caso la possibilità che l'INPS eserciti la ripetizione del beneficio indebitamente percepito dal lavoratore all'indomani della dichiarazione di illegittimità *ex tunc* del licenziamento subito, così elidendo il rischio di locupletazione⁵⁴.

⁵¹ Cass. civ., 1 giugno 2004, n. 10531, in *Arch. civ.*, 2004, 1152.

⁵² Cass. civ., 30 gennaio 2003, n. 1489, in *Rep. Foro it.*, 2003, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1770, in *estenso* in www.leggiditalia.it.

⁵³ Sez. Un. civ., 13 agosto 2002, n. 12194, in *Rep. Foro it.*, 2003, voce cit., n. 1774, in *estenso* in *Arch. civ.*, 2003, 282. L'orientamento ha ricevuto conferma, senza mai essere contraddetto, da una serie di sentenze troppo nutrita per essere ricordata, che arriva fino a Cass. civ., 15 luglio 2014, n. 16143, in *Rep. Foro it.*, 2014, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1267 e, da ultimo, a Cass. civ., 3 luglio 2015, n. 13666, in www.leggiditalia.it.

⁵⁴ Così Sez. Un. civ., 13 agosto 2002, n. 12194, cit.:

il diritto a pensione discende dal verificarsi di requisiti di età e contribuzione stabiliti dalla legge, prescinde del tutto dalla disponibilità di energie lavorative da parte dell'assicurato che abbia anteriormente perduto il posto di lavoro, né si pone di per sé come causa di risoluzione del rapporto di lavoro (...), sicché le utilità economiche che il lavoratore illegittimamente licenziato ne ritrae dipendono da fatti giuridici del tutto estranei al potere di recesso del datore di lavoro, non sono in alcun modo causalmente ricollegabili al licenziamento illegittimamente subito e si sottraggono per tale ragione all'operatività della regola della "*compensatio lucri cum damno*". Può ben verificarsi, peraltro, che, in determinati casi, la legge deroghi a quei requisiti, anticipando, in relazione alla perdita del posto di lavoro, l'ammissione al trattamento previdenziale, di guisa che il rapporto fra pensione e retribuzione venga a porsi in termini di alternatività: ma in altrettanti casi la sopravvenuta declaratoria di illegittimità del licenziamento, facendo venir meno il presupposto della deroga, travolge "*ex tunc*" lo stesso diritto dell'assicurato a siffatta anticipazione e lo espone all'azione di ripetizione dell'indebito da parte del soggetto erogatore della pensione, con la conseguenza che le relative somme non possono configurarsi come "un lucro compensabile col danno", cioè come un effettivo incremento patrimoniale del lavoratore, in

6. Pensione di reversibilità, pensioni e assegni di invalidità e di accompagnamento

Al di fuori della sicurezza sociale del lavoratore si colloca un altro macro-insieme d'ipotesi fra loro (come vedremo) assai eterogenee, che nel loro insieme possono, però, essere considerate espressione unitaria della sicurezza sociale generale, almeno nella misura in cui in tali casi il beneficio non è destinato a concorrere con un danno connesso alle vicende del rapporto di lavoro, e si risolve in un'attribuzione goduta dal beneficiario al ricorrere di circostanze poste dalla legge, in assenza però di un sacrificio pregresso da parte di quest'ultimo che possa autonomamente (essere invocato per) giustificare tale godimento (ma, come vedremo meglio nel quinto capitolo, questa circostanza è invece riscontrabile nel caso della pensione di reversibilità, per lo meno se si mette a nudo adeguatamente la struttura giuridico-economica di questo speciale meccanismo di successione a titolo particolare nel titolo previdenziale).

L'unico *trait-d'union* di tali attribuzioni sembrerebbe, in effetti, offerto dal fatto di reagire a uno stato di bisogno cui il legislatore dà risposta, assegnando al beneficiario una provvidenza economica che grava, in via diretta o indiretta, sul bilancio dello Stato.

Quando però questo bisogno è causalmente espressione di un fatto suscettibile di implicare il venire a esistenza di un'obbligazione risarcitoria, questo tipo di attribuzioni finisce fatalmente per evocare il problema sottoposto al vaglio del latinismo protagonista di queste pagine. E anche in questo caso la soluzione del problema è stata cercata in giurisprudenza caso per caso, applicando la regola aurea incentrata sul binomio «causalità + titolo».

Così, nell'ambito di questa classe di casi, l'assegno di accompagnamento è stato ritenuto estraneo all'operare della *clcd* invocata dal

quanto a fronte della loro percezione sta un'obbligazione restitutiva di corrispondente importo.

responsabile di un incidente di cui era rimasta vittima una bambina ammessa al beneficio in esito ai gravi postumi invalidanti del sinistro⁵⁵.

Non diversamente la pensione d'invalidità civile (ex l. 30 marzo 1971, n. 118, e successive modificazioni) percepita dalla vittima di un caso di *malpractice* medica, che è stata considerata dalla Cassazione un emolumento previdenziale privo di finalità risarcitorie, riferibile solo a una funzione solidaristico-assistenziale⁵⁶.

Si tratta di attribuzioni – ha ricordato in *obiter* ancora molto recentemente la S.C. – riconducibili a un «consolidato orientamento di questa Corte che nega la possibilità di dedurre dall'importo del risarcimen-

⁵⁵ Così Cass. civ., 27 luglio 2001, n. 10291, in *Dir. econ. ass.*, 2001, 1154, statuen-
do che

la Corte territoriale ha escluso che sull'ammontare del danno potesse incidere l'indennità di accompagnamento: perché, infatti, possa applicarsi il principio, al quale i ricorrenti si richiamano, della "*compensatio lucri cum damno*", è necessario che il vantaggio economico sia arrecato direttamente dal medesimo fatto concreto che ha prodotto il danno. Ne consegue che dall'importo liquidato a titolo di risarcimento del danno alla persona (patrimoniale o biologico) non può essere detratto quanto già percepito dal danneggiato a titolo di pensione di inabilità o di reversibilità, oppure a titolo di assegno di equo indennizzo o di qualsiasi altra speciale erogazione connessa all'invalidità (come alla morte), giacché tali erogazioni si fondano su un titolo diverso rispetto all'atto illecito e non hanno finalità risarcitorie.

⁵⁶ Così Cass. civ., 18 novembre 1997, n. 11440, in *Riv. giur. circ. trasp.*, 1998, 67:

non può operare la "*compensatio*" tra l'importo liquidato a titolo di risarcimento del danno e quello liquidato a titolo di pensione, di inabilità, reversibilità, o di assegni, equo indennizzo e in genere di speciale erogazione in relazione alla morte o all'invalidità di determinati soggetti, fondandosi il trattamento pensionistico o assistenziale, su un titolo diverso rispetto all'atto illecito e non avendo esso finalità risarcitoria rispetto all'atto stesso, sì che questo viene a costituire una semplice occasione ovvero una condizione, mai comunque un titolo giuridico, per l'insorgenza del diritto a pensione. Tale è il caso della pensione di inabilità civile – come quella goduta dal Fiorelli – (cfr. art. 12, l. n. 118/1971 e successive modifiche) la quale, oltre ad essere legata a precise condizioni economiche dell'invalido, costituisce una prestazione di tipo assistenziale cui è estranea la finalità risarcitoria in dipendenza dell'eventuale fatto illecito che abbia determinato l'invalidità stessa, ricollegandosi, invece, alle finalità di solidarietà sociale che informano gli interventi pubblici a tutela dei portatori di handicap.

to quanto percepito a titolo di pensione d'invalidità, indennità di accompagnamento e altro»⁵⁷.

Va ricordato, a tal proposito, che una delle ordinanze della già ricordata quaterna unitaria della terza sezione del giugno 2017 interpella le S.U., persuasa che si debba ammettere a scomputo non solo l'indennità di accompagnamento erogata dall'INPS, ma anche il valore economico delle prestazioni pubbliche di assistenza domiciliare ricevute da un minore danneggiato da un parto cesareo tardivo⁵⁸.

Anche in questo caso, l'argomentazione recata dall'ordinanza non fa i conti fino in fondo con il senso dell'attribuzione patrimoniale che la legge associa ai benefici (oggetto del giudizio territoriale) di cui si sostiene la defalcabilità dal danno, ma si riannoda a una trama argomentativa di taglio generale⁵⁹, unica per tutte le diverse fattispecie oggetto della quaterna, al termine della quale la rilevanza del «titolo» nella valutazione richiesta per decidere lo scomputo del beneficio è, di fatto, azzerata.

Viene così avanzata la tesi che il valore economico di tale assistenza non possa che contribuire a ridurre l'entità del danno patrimoniale risarcibile dal responsabile⁶⁰. In tal guisa e in nome di una visione rigorosa-

⁵⁷ Cass. civ., 20 febbraio 2015, n. 3391, in *www.leggiditalia.it*.

⁵⁸ Cass. civ., ord. 22 giugno 2017, n. 15537, cit.

⁵⁹ Questa macro-argomentazione sarà partitamente analizzata e discussa nel quinto capitolo, come già anticipato.

⁶⁰ In questi termini, sul punto, Cass. civ., ord. 22 giugno 2017, n. 15537, cit.:

la Corte d'appello non ha messo in dubbio che la vittima principale percepisse una "indennità di accompagnamento". La Corte non precisa se si tratta della misura prevista dalla L. 21 novembre 1988, n. 508, articolo 1 (spettante a tutti i cittadini), ovvero del beneficio analogo di cui alla L. 12 giugno 1984, n. 222, articolo 5, comma 1 (previsto per i pensionati per inabilità). Tuttavia tanto la prima, quanto la seconda di tali indennità sono concesse alle persone "che si trovano nella impossibilità di deambulare senza l'aiuto permanente di un accompagnatore". Si tratta, dunque, d'un emolumento volto a ristorare un pregiudizio patrimoniale: giustappunto, quello consistente nella necessità di dovere retribuire un collaboratore od assistente per fronteggiare le necessità della vita quotidiana. La percezione di tale emolumento dovrebbe dunque incidere sulla misura del danno risarcibile, per il semplice fatto che lo elimina in parte, e nulla rileva che l'indennizzo scaturisca da una norma previdenziale. Considerazioni analoghe valgono per l'assistenza domiciliare prestata dal Servizio Sanitario Nazionale o Regionale. In Lombardia, luogo – a quanto consta – di residenza del danneggiato, l'assistenza domiciliare costituisce oggetto di un complesso si-

mente aritmetica del meccanismo risarcitorio contemplato dall'art. 1223 c.c., il costo sociale della misura assistenziale viene sottratto alla persona in stato di bisogno che ne avrebbe altrimenti beneficiato per essere riallocato al soggetto chiamato a rispondere civilmente dell'insorgenza di tale stato⁶¹.

L'ordinanza in discorso si compiace di evocare un argomento specifico per corroborare questa soluzione, che forse qualche giurista ispirato dal diritto vivente potrebbe ritenere ascrivibile a quelli idonei a «rimordere alla coscienza sociale».

Si allude, infatti, alla piena analogia fra la fattispecie in discorso (ove il diniego di *clcd* paralizza la pretesa di scomputare il beneficio dal

stema normativo, bastato in primo luogo sulla Legge Regionale Lombardia 30 dicembre 2009, n. 33, articolo 26, comma 5, lettera (c), (d) ed (e) (recante “Testo unico delle leggi regionali in materia di sanità”), il quale individua nell'assistenza domiciliare uno degli obiettivi primari del servizio sanitario regionale. Tale norma ha ricevuto attuazione dapprima con la delibera della giunta regionale (D.G.R.) 9 maggio 2003 n. 12902 (in B.U. Lombardia 20 maggio 2003, n. 21, 1 suppl. straord.), la quale ha introdotto il sistema dei cc.dd. “voucher socio-sanitari”, ovvero titoli di legittimazione utilizzabili dalle famiglie per l'acquisto di prestazioni di assistenza domiciliare socio-sanitaria da enti erogatori accreditati, pagabili senza limiti né di età, né di reddito. In seguito la D.G.R. Lombardia 18 maggio 2011, n. 9/1746 (recante “Determinazione in ordine alla qualificazione della rete dell'assistenza domiciliare in attuazione del PSSR 2010-2014”, in B.U. Lombardia 6.6.2011, n. 23) ha riformato ed incrementato il sistema dei “voucher” previsto dalla precedente Delib. D.G.R. del 2003. Dopo la pronuncia della decisione d'appello, infine (13 novembre 2013), venne approvata la D.G.R. Lombardia 27 settembre 2013, n. 10/740, concernente l'approvazione del Programma Operativo Regionale in materia di gravi e gravissime disabilità, la quale accordò un buono mensile di euro 1.000 alle persone con gravi disabilità, “erogato senza limite di reddito (e) finalizzato a compensare le prestazioni di assistenza assicurate dal caregiver familiare (autosoddisfacimento) e/o per acquistare le prestazioni da assistente personale” (così la suddetta Delib., Allegato “B”, punto (B1)). Non tenere conto di tali previsioni porterebbe pertanto ad una sovrastima del danno patrimoniale per l'assistenza domiciliare, e di conseguenza alla violazione dell'articolo 1223 c.c.

⁶¹ Anche questo delicato aspetto del problema verrà affrontato a tempo debito, nel quinto e nel sesto capitolo, involgendo all'evidenza la necessità di interrogarsi se la soluzione proposta dalla Cassazione nell'ordinanza in discorso, possa, o non, completarsi con la operatività di un meccanismo di surrogazione, o più verosimilmente con l'operatività di un dispositivo che permetta all'ente erogatore dell'assistenza di recuperare la spesa sostenuta aggredendo il patrimonio di chi debba civilmente rispondere dell'insorgenza dello stato di bisogno che rende necessaria l'erogazione assistenziale.

danno, quando una componente patrimoniale di quest'ultimo sembri non venire in esistenza, perché una norma obbliga un terzo soggetto a farsene carico, erogando una equivalente prestazione beneficiale, per motivi però non legati specificatamente alla circostanza che quella parte di danno sia effettivamente causata dal responsabile, ma anche in casi diversi e anche a prescindere dal ricorrere di tale circostanza, che resta solo eventuale) e il diniego applicativo della *clcd* che si registrava quando, prima che le corti italiane dessero stabile cittadinanza al danno biologico nell'esperienza giurisprudenziale degli anni Ottanta, si riconosceva al lavoratore il danno da perdita della capacità lavorativa temporanea, anche se – in forza dell'obbligo posto al datore dall'art. 2110 c.c., il lavoratore continuava a percepire la retribuzione durante l'invalidità temporanea.

Si può certamente convenire, come rilevato per tempo in dottrina⁶², che tale soluzione fosse a quel tempo giustificata dalla necessità di risarcire la persona del lavoratore, che non avrebbe potuto trovare altro modo di essere risarcita se non ricorrendo – appunto – all'espedito di permettere al danneggiato di cumulare la retribuzione con invalidità lavorativa temporanea, e che in quest'ottica l'applicazione della *clcd* si rivelasse strumentale e fosse destinata a venir meno con il definitivo radicamento del biologico. Ma il vero punto è un altro.

L'abbandono di questa formula da parte della giurisprudenza, circa trent'anni fa, non fu dovuto, come oggi si tenta di far credere, al ripudio dell'argomentazione che nella circostanza paralizzava l'operare della *clcd*. Ma al fatto che la giurisprudenza, grazie all'emersione del danno biologico, poté applicare finalmente una voce di danno che appariva pienamente rispondente alla funzione che – in assenza del biologico – si tentava di assecondare con un espedito, ipostatizzando del tutto artificiosamente il danno patrimoniale da invalidità temporanea riconosciuto al lavoratore.

Se, però, si guarda alla *ratio* dell'art. 2110 c.c. – norma che sorregge la causa dell'attribuzione patrimoniale che giunge al lavoratore anche quando in concreto quest'ultimo non eroghi sinallagmaticamente le prestazioni dovute al datore – ci si avvede che la norma è disegnata per

⁶² P.G. MONATERI, *Gli usi e la ratio della compensatio lucri cum danno*, cit., 385.

operare a tutela del lavoratore in tutta una serie di circostanze (infortunio, malattia, gravidanza, puerperio) e che il godimento di tale tutela entra a far parte del sinallagma che il lavoratore dipendente instaura col datore, venendo così giustificato dalla prestazione lavorativa erogata dal dipendente nel corso del suo rapporto di lavoro. Si dà quindi un sacrificio pregresso nella sfera del lavoratore, il quale, se l'art. 2110 c.c. non esistesse (come effettivamente non esisteva prima che il «sociale» entrasse nella dimensione del diritto privato), ben potrebbe aspirare ad ottenere un incremento della retribuzione dovuta in costanza del rapporto di lavoro.

In tal senso, la percezione del beneficio da parte del lavoratore si dà anche quando – in una schiera di casi statisticamente ridotta rispetto alle tante altre sfere di applicazione della norma (la causa della malattia appartiene al cielo, l'infortunio assai spesso colpisce il lavoratore per effetto di una sua imprudenza e anche fuori dall'ambiente lavorativo) – il suo operare sia occasionato dalla circostanza che il lavoratore sia messo in condizione di fruire del beneficio per effetto dell'illecito di un terzo.

Il medesimo ragionamento trova applicazione nel caso dell'indennità di accompagnamento o dei voucher della Regione Lombardia. Si tratta di benefici che non sono condizionati geneticamente dalla circostanza che il loro beneficiario sia messo nella condizione di fruirne perché tali benefici sono funzionalmente diretti a neutralizzare il rischio prodotto da chi danneggia il beneficiario di questa previsione assistenziale. Essi sono, invece, benefici che spettano a tutti i cittadini italiani che si trovano nelle condizioni divisate dalla normativa che ne prospetta l'attribuzione, il cui materiale palesarsi rende giustificata (anche per effetto della contribuzione fiscale alimentata da quegli stessi cittadini) l'attribuzione patrimoniale che si sostanzia nella concreta percezione di quei benefici assistenziali.

Ecco chiarito, in via anticipata, uno dei possibili sensi che si riconnette all'idea di indurre l'interprete a interrogarsi sulla giustizia del beneficio, quale elemento tecnico dell'indagine che quest'ultimo è chiamato a svolgere in ordine alla finalità del beneficio di cui venga in questione la defalcabilità dal danno.

Proseguendo nella disamina dello scenario che si va analizzando (e gettando le basi per una trattazione che sarà ripresa, sviscerata e completata nel quinto capitolo) uno spazio peculiare – e come già osservato nel primo capitolo di questo studio: relevantissimo – si ritagliano i benefici pensionistici veicolati ai loro percettori dalla reversibilità, innovazione entrata in vigore nella previdenza generale, al seguito della grande riforma della previdenza di regime elaborata da Bruno Biagi⁶³ (che anticipò di qualche mese il completamento del famigerato pacchetto delle leggi razziali)⁶⁴.

Per dirla tutta, però, la previsione della reversibilità, passando per il disposto degli artt. 104 e 105 del r.d. 21 febbraio 1895, n. 70, recante «Testo unico delle leggi sulle pensioni civili e militari», affonda le sue origini risorgimentali nella legislazione sabauda⁶⁵, che a sua volta de-

⁶³ C. GIORGI, *La previdenza del regime. Storia dell'Inps durante il fascismo*, cit., 284.

⁶⁴ Nell'anno in cui entrarono in vigore gli artt. 13 e 14 del r.d.l. 4 aprile 1939, n. 636, recante «Modificazioni delle disposizioni sulle assicurazioni obbligatorie per l'invalidità e la vecchiaia, per la tubercolosi e per la disoccupazione involontaria e sostituzione dell'assicurazione per la maternità con l'assicurazione obbligatoria per la nuzialità e la natalità», poi convertito con modificazioni dalla l. 6 luglio 1939, n. 1272, vide luce anche la legge 13 luglio 1939, n. 1024, recante «Norme integrative del Regio decreto-legge 17 novembre 1938-XVII, n. 1728, sulla difesa della razza italiana». Nel quadro di una riflessione sulla concezione dello stato sociale fascista, discorre di «eugenetica economica», A. SOMMA, *Economia di razza. Dal fascismo alla cittadinanza europea*, Verona, 2009, 116.

⁶⁵ In particolare per i militari di terra la l. Regno di Sardegna, 27 giugno 1850, n. 1049, recante «Giubilazioni militari dell'armata di terra» e per i militari di mare la l. 20 giugno 1851, n. 1208, recante «Pensioni di ritiro pei militari dei corpi della Regia Marina», di cui può esser opportuno ricordare il testo dell'articolo 28:

Le vedove dei militari morti in battaglia od in servizio comandato, hanno diritto ad una pensione annua eguale alla metà del maximum fissato pel grado del marito, qualunque sia la durata dei servizi di lui. Lo stesso diritto avranno le vedove dei militari morti in seguito a ferite riportate in battaglia od in servizio, ovvero per effetto di accidenti della guerra o delle malattie contagiose od endemiche, alle cui influenze siansi dovuti assoggettare in conseguenza del loro servizio, purché il matrimonio sia anteriore all'epoca delle riportate ferite o malattie. Questa pensione sarà aumentata di un quinto alle vedove degli individui di bassa forza dei corpi della real marina, sulle paghe dei quali viene praticata la ritenenza del due e mezzo per cento.

terminò l'impianto della legge postunitaria del 14 aprile 1864, n. 1731, recante «Legge con cui sono regolate le pensioni degli Impiegati civili, ed è vietato il sequestro degli stipendi dei medesimi»⁶⁶.

Fermo restando che tecnicamente va posta una distinzione fra la pensione di reversibilità propriamente detta, che spetta ai superstiti in caso di morte del soggetto titolare già percepente pensione, e la pensione indiretta, che spetta ai medesimi al decesso di un lavoratore non pensionato che, però, abbia maturato, alternativamente, almeno 780 contributi settimanali oppure almeno 260 contributi settimanali, di cui almeno 156 nei cinque anni precedenti la morte, in tale trattamento «post mortem operarii» la struttura del beneficio è caratterizzata dalla circostanza che il «vantaggio» s'indirizza a soggetti – i c.d. «superstiti» nel lessico proprio della normativa contemporanea sulla reversibilità – che non possono invocare a giustificazione del beneficio pensionistico di cui sono destinatari un precedente sacrificio sostenuto in proprio, perché il reale titolo dell'attribuzione beneficiale, cui s'ispira l'antico meccanismo legislativo della reversibilità, più che nella legge (o meglio: prima di essa), sta nel sacrificio sostenuto in vita dal loro congiunto per rientrare nelle condizioni cui la legge riconnette l'operare del meccanismo stesso.

In questa prospettiva la reversibilità, non essendo attratta nell'asse ereditario e prescindendo «dalle disposizioni del codice civile che regolano l'ordine delle successioni»⁶⁷, viene in rilievo come una successione *ex lege* e a titolo particolare nel diritto al trattamento pensionistico, anche se l'entrata in vigore della Costituzione ha permesso di sovrapporre e infondere a questa struttura giuridica primaria della reversibilità pensionistica il valore costituzionalmente protetto della solidarietà nell'ambito dei rapporti familiari⁶⁸, cui accedono in ultima analisi sia la

⁶⁶ Sul senso del cui art. 23 (pedissequamente riprodotto nella legislazione del 1895) si pronunciò Corte conti, Sez. un., 14 novembre 1902, in *Foro it.*, 1903, III, 47, per statuire a chiare lettere che «i figli naturali riconosciuti di un impiegato governativo defunto non hanno diritto alla reversibilità della pensione spettante al padre».

⁶⁷ Come si preoccupò di osservare già Corte conti, Sez. un., 14 novembre 1902, cit.

⁶⁸ Il che può autorizzare a introdurre la trattazione dell'istituto in discorso richiamando il dovere della contribuzione ai bisogni della famiglia di cui al terzo comma del-

solidarietà coniugale che quella intercorrente fra il titolare della posizione previdenziale originaria e gli altri congiunti superstiti, anche, ma non necessariamente (come si vedrà meglio a suo tempo), nella misura in cui costoro versino in uno stato di bisogno variamente identificato dalla legge a seconda delle tipologie di potenziali aventi diritto.

Come si è già verificato, il dibattito giurisprudenziale sul rilievo assunto dalla reversibilità dei trattamenti pensionistici nella determinazione del danno preesiste all'introduzione del «discorso» sulla *clcd* nel diritto italiano⁶⁹.

Tale dibattito fu cristallizzato dalla soluzione data al problema negli anni Cinquanta, quando la grammatica della *clcd* ebbe modo di consolidarsi in chiave generale, anche discutendo in ordine agli effetti determinati sulla misura del risarcimento dalla reversibilità di una pensione privilegiata, con esiti negativi per i fautori dell'applicabilità della *clcd* alla fattispecie⁷⁰.

L'opzione, estesa a ogni tipo trattamento previdenziale che per volontà legislativa segua i binari della reversibilità, ha persuaso decine di giudici di legittimità e probabilmente (centinaia, se non) migliaia di giudici di merito per un sessantennio esatto⁷¹, senza peraltro mai far

l'art. 143 c.c., AA.VV., *La solidarietà postconiugale. Pensione di reversibilità e indennità di fine rapporto*, Padova, 2012, 57-58.

⁶⁹ Cass. Firenze, 17 gennaio 1884, *S.F.A.I.-Cozza*, cit., già estesamente analizzata nei § 4 e 5.

⁷⁰ Cass. civ., 29 luglio 1955, n. 2442, cit.

⁷¹ Cass. civ., 8 aprile 1959, n. 1041, in *Resp. civ. prev.*, 1960, 164; App. Palermo, 16 marzo 1960, in *Giur. sic.*, 1961, 545; Cass. civ., 8 settembre 1960, n. 2442, in *Giust. civ.*, 1961, I, 288, spec. 290, ove la Corte di legittimità non omette (corsivo aggiunto) di

rilevare che l'incremento patrimoniale corrispondente all'acquisto della pensione non è disgiunto da un *onere proprio costituito dal sacrificio economico del versamento dei contributi e canoni e come tale non può neppure esattamente configurarsi come un lucro in senso proprio*. Il versamento di contributi e simili, rappresentando il corrispettivo dell'evento assicurativo, non tollera e non consente che possa farsi luogo alla *compensatio*, perché non si verrebbe ad ottenere la dovuta controprestazione, in tal modo violandosi sia il principio contrattuale o pubblicistico ed assistenziale e previdenziale dell'assicurazione, sia la sua finalità.

registrare contrasti – sul punto specifico della pensione di reversibilità – che potessero preludere a un pronunciamento a Sezioni unite del massimo consesso giurisdizionale.

In senso contrario – e salvo migliori ricerche⁷² – solo un isolato drappello di sentenze di merito ha avuto modo di essere immesso nel flusso dei repertori⁷³. Una di esse, pur risultando singolarmente priva

Cass. civ., 7 ottobre 1964, n. 2530, in *Resp. civ. prev.*, 1965, 73; Cass. civ., 25 ottobre 1965, n. 2248, *ivi*, 1966, 135; Cass. civ., 17 ottobre 1966, n. 2491, *ivi*, 1967, 470; App. Firenze, 5 maggio 1967, in *Giur. tosc.*, 1967, 507; Cass. civ., 25 marzo 1970, n. 815, in *Giust. civ.*, 1971, I, 189; Cass. civ., 25 marzo 1970, n. 817, in *Resp. civ. prev.*, 1971, 399; Cass. civ., 10 ottobre 1970, n. 1928, *ivi*, 1971, 408; Cass. civ., 26 aprile 1972, n. 1298, in *Foro it.*, 1973, I, 205 con nota di L. DI LALLA; App. Cagliari, 18 settembre 1986, in *Riv. giur. sarda*, 1988, 36; Cass. civ., 22 dicembre 1987, n. 9528, in *Arch. circ.*, 1988, 303; Cass. civ., 14 marzo 1996, n. 2117, in *Riv. giur. circ. trasp.*, 1996, 115; Cass. civ., 18 novembre 1997, n. 11440, *ivi*, 1998, 67; Cass. civ., 10 febbraio 1998, n. 1346, in *Rep. Foro it.*, 1998, voce *Danni civili*, n. 269; App. Perugia, 8 giugno 1998, in *Riv. giur. umbra*, 1998, 659; Cass. civ., 27 luglio 2001, n. 10291, in *Dir. econ. ass.*, 2001, 1154; Cass. civ., 25 marzo 2002, n. 4205, in *Rep. Foro it.*, 2002, voce *Danni civili*, n. 254; Cass. civ., 31 maggio 2003, n. 8828, in *Arch. circ.*, 2003, 1060; Cass. civ., 19 agosto 2003, n. 12124, in *Foro it.*, 2004, I, 43; Cass. civ., 25 agosto 2006, n. 18490, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce *cit.*, n. 378; Cass. civ., 11 febbraio 2009, n. 3357, in *Giust. civ.*, 2010, I, 2653; Cass. civ., 10 marzo 2014, n. 5504, in *Rep. Foro it.*, 2014, voce *cit.*, n. 245; Cass. civ., 30 settembre 2014, n. 20548, *ivi*, 2014, voce *cit.*, n. 246.

⁷² Come si vedrà meglio nel quinto capitolo di questo studio, Cass. civ., 13 giugno 2014, n. 13537, *cit.*, menziona, quali precedenti di un orientamento minoritario favorevole all'applicazione della *clcd* nei confronti di «eventuali benefici assistenziali o previdenziali percepiti dai congiunti della persona defunta in conseguenza del fatto illecito» alcune sentenze di legittimità che a una più attenta verifica risultano invece essere *del tutto estranee* al tema della pensione di reversibilità: Cass. civ., 16 novembre 1979, n. 5964, in *Rep. Foro it.*, 1979, voce *Infortuni sul lavoro*, n. 319 e Cass. civ., 24 maggio 1986, n. 3503, *ivi*, 1986, voce *Infortuni sul lavoro*, n. 238 (entrambe in tema di *clcd* e invalidità permanente del lavoratore); Cass. civ., 15 aprile 1998, n. 3806, in *Resp. civ. prev.*, 1998, 992, con nota di G.F. BASINI, *La Cassazione ribadisce la configurabilità di danni non patrimoniali anche in capo alle persone giuridiche*, e in *Giur. it.*, 1998, I, 2270 con nota di M.P. SUPPA, *Disastro del Vajont: inapplicabilità della compensatio lucri cum damno*.

⁷³ Fra cui Trib. Roma, 26 aprile 1984, in *Temì romana*, 1985, 121; Trib. Orestano, 11 febbraio 1985, in *Resp. civ. prev.*, 1985, 780; Trib. Spoleto, 28 giugno 1991, in *Arch. circolaz.*, 1992, 244. Cui *adde*, senz'aver avuto in sorte di entrare nel suddetto

del suo testo originario, venne solo sunteggiata da chi, con genuino entusiasmo, si affrettò a presentare enfaticamente l'inverificabile massima su una rivista specializzata in materia assicurativa⁷⁴.

Questo almeno, fino al *restatement* proposto da Cass. civ., 13 giugno 2014, n. 13537 e poi reiterato in Cass. civ., ord. 22 giugno 2017, n. 15536, sulle quali – ogni promessa è un debito – si arriverà nel quinto capitolo di questo studio.

7. Il mare magnum degli speciali indennizzi o elargizioni, fra disastri e tragedie

In questa non breve disamina, opportuna per verificare in chiave diacronica e sistematica come la *clcd* abbia fin qui gestito nel diritto italiano il gravoso compito di regolare il rapporto fra responsabilità civile e sicurezza sociale, una storia a sé la fanno le speciali elargizioni e i solidaristici indennizzi.

Somme attinte dall'erario che l'italica mano pubblica, nella sua articolazione centrale e decentrata, ha distribuito nel tempo, seguendo un

flusso, un manipolo di sentenze del Tribunale capitolino rimaste inedite – Trib. Roma, 4 aprile 1996; 29 gennaio 1997; 31 marzo 1998; 4 febbraio 2005; 11 gennaio 2006; 30 gennaio 2007 – che condividono la sorte di essere richiamate dal loro estensore M. ROSSETTI, *Il danno alla salute – Biologico – Patrimoniale – Morale – Tabelle per la liquidazione*, Padova, 2009, 928.

⁷⁴ Si tratta di Trib. Massa, 20 agosto 1985, n. 418, dal cui testo (rimasto ignoto, perché non pubblicato nella rivista che ne ospitò il resoconto) l'esultante commentatore (M. ANTINOZZI, *Morte del capo famiglia e rilevanza della pensione di reversibilità nella quantificazione del danno patrimoniale degli aventi diritto*, in *Dir. prat. ass.*, 1986, 139) coniò una massima del seguente tenore: «in caso di morte del capofamiglia, nella quantificazione del danno materiale [...] agli aventi diritto va tenuto conto della pensione di reversibilità che i famigliari fruiscono per evitare ingiusta locupletazione».

L'A. chiuse la sua breve nota compiacendosi di osservare che

l'abbandono di formalismi giuridici e di metodi astratti e lo sforzo di tendere alla concretezza del danno patrimoniale non può che essere vista con compiacimento per dare certezza al tanto travagliato problema del risarcimento del danno alla persona.

metro pervicacemente ispirato – come stiamo per verificare – a una chiara direttiva metodologica: quella della logica *fuzzy*⁷⁵.

7.1. *Le provvidenze «fuzzy»*

Un vivido esempio di questa logica è offerto dalla possente legislazione «vittimologica» della Regione Sicilia. Una penna assai nota del giornalismo italiano ha raccontato come questa normativa si sia progressivamente estesa per indennizzare/beneficiare: i familiari delle vittime di Ustica e di un incidente aereo occorso a Punta Raisi il 23 dicembre 1978⁷⁶, nonché del disastro aereo di Montagna Longa del 5 maggio 1972⁷⁷; i familiari di Mohamed Habib, l'eroico tunisino che il 18 giugno 2003 vicino ad Agrigento annegò mettendo in salvo una donna e due bambini dal mare in burrasca⁷⁸; i familiari delle vittime

⁷⁵ Se, applicata in chiave classificatoria, la logica *fuzzy* guarda a classi dai contorni vaghi, ammettendo che gli oggetti appartengano alle classi solo in una certa misura, per stemperare il risultato dicotomico che, nel tentativo di inseguire la precisione, può far perdere di vista il significato cercato con la classificazione (per dirla con S. BALDIN, *Riflessioni sull'uso consapevole della logica fuzzy nelle classificazioni fra epistemologia del diritto comparato e interdisciplinarietà*, in *Rev. gen. der. púb. comp.*, 2011, 3) ci si può rassegnare a concludere che l'unico significato suscettibile di accomunare la vastissima messe di provvedimenti normativi che nel tempo hanno dirottato risorse pubbliche verso le disparate categorie di beneficiari di volta in volta individuate da queste normative sembra essere la finalità di rispondere a un bisogno ritenuto valido dalla maggioranza politica che lo ha individuato come meritevole di un'allocatione di risorse pubbliche.

⁷⁶ L.r. Sicilia, 16 aprile 2003, n. 4, recante «Disposizioni programmatiche e finanziarie per l'anno 2003», di cui l'art. 108, recante «Provvedimenti in favore dei figli delle vittime del disastro aereo di Ustica».

⁷⁷ L.r. Sicilia, 3 maggio 2004, n. 7, recante «Interventi a favore dei figli delle vittime del disastro aereo di Montagna Longa e delle vittime superstiti della strage di Portella della Ginestra. Misure di solidarietà a sostegno dei familiari di vittime della mafia e della criminalità organizzata», di cui l'art. 1, recante «Estensione dell'articolo 4 della legge regionale n. 20 del 1999 ai figli delle vittime del disastro aereo di Montagna Longa».

⁷⁸ L.r. Sicilia, 7 aprile 2004, n. 5, recante «Interventi per i familiari del cittadino tunisino Mohamed Abid deceduto nel compimento di un atto eroico di salvataggio».

siciliane della strage di Nassiriya⁷⁹; le vittime di incidenti stradali causati dalle auto impegnate in servizi di scorta⁸⁰; le vittime di alcuni attentati incendiari⁸¹; gli orfani e i famigliari di alcune vittime di un attentato a Sharm El-Sheik del 23 luglio 1995⁸²; gli orfani di un poliziotto siciliano ucciso a Potenza nel 1996⁸³; le vittime di un disastro a Milazzo e di un naufragio⁸⁴; la figlia di una vittima di mafia del 1985⁸⁵; i familiari di alcune vittime di mafia nominalmente individuate⁸⁶; i familiari di una donna rapita e uccisa nel 1986⁸⁷; i familiari del sindaco di Caltanissetta⁸⁸; un familiare di una vittima della mafia degli anni Cinquanta⁸⁹; e infine i familiari delle vittime della strage di Portella delle Ginestre,

⁷⁹ L.r. Sicilia, 7 aprile 2004, n. 4, recante «Interventi per i familiari delle vittime dell'attentato di Nassiriya».

⁸⁰ L.r. Sicilia, 9 dicembre 1996, n. 43, recante «Interventi di solidarietà in favore dei familiari delle vittime di incidenti stradali causati da mezzi delle forze dell'ordine in servizio di scorta».

⁸¹ L.r. Sicilia, 7 maggio 1996, n. 32, recante «Provvedimenti straordinari in favore delle ditte di trasporto Stat, Camarda e Drago ed Emanuele Antonino, vittime di attentati incendiari di natura mafiosa. Provvidenze per i danni causati da atti criminosi».

⁸² L.r. Sicilia, 13 settembre 1999, n. 20, recante «Nuove norme in materia di interventi contro la mafia e di misure di solidarietà in favore delle vittime della mafia e dei loro familiari» di cui v. l'art. 5-*bis*.

⁸³ L.r. Sicilia, 3 maggio 2004, n. 7, di cui l'art. 5, recante «Sostegno agli orfani dell'agente di Polizia di Stato Francesco Tammone».

⁸⁴ L.r. Sicilia, 24 agosto 1993, n. 21, recante «Interventi in favore di soggetti coinvolti nel disastro della raffineria di Milazzo e dei familiari delle vittime del motopesca Demetrio».

⁸⁵ L.r. Sicilia, 26 luglio 1985, n. 23, recante «Concessione di un assegno di solidarietà a Margherita Asta, orfana della signora Barbara Rizzo in Asta caduta a Pizzolungo di Trapani il 2 aprile 1985».

⁸⁶ L.r. Sicilia, 4 giugno 1997, n. 17, recante «Misure di solidarietà in favore di Frazzetto Chiara, Cannata Ignazia e Gioitta Salvatore».

⁸⁷ L.r. Sicilia, 3 maggio 2004, n. 7, di cui l'art. 6, recante «Estensione dell'articolo 4 della legge regionale n. 20 del 1999 ai familiari di Graziella Campagna».

⁸⁸ L.r. Sicilia, 13 settembre 1999, n. 20, di cui l'art. 5, recante «Benefici in favore dei familiari di Michele Abbate».

⁸⁹ L.r. Sicilia, 3 maggio 2004, n. 7, di cui l'art. 7, recante «Autorizzazione all'assunzione da parte del comune di Cattolica Eraclea di un familiare di Giuseppe Spagnolo».

freddati da Salvatore Giuliano il 1° maggio 1947⁹⁰ (cui *adde*, dopo l'articolo in questione, le «vittime del mare»⁹¹ – ma, in questo caso, non desti stupore, i migranti non c'entrano).

C'è – in effetti – da chiedersi perché i parlamentari dell'ARS si siano dimenticati dei discendenti dei caduti della battaglia di Calatafimi⁹², anche se il fenomeno delle elargizioni solidaristiche di danaro pubblico a vittime di accadimenti dannosi non è affatto una prerogativa coltivata solo fra gli scranni di Palazzo dei Normanni⁹³.

⁹⁰ L.r. Sicilia, 3 maggio 2004, n. 7, di cui l'art. 2, recante «Applicazione dell'articolo 6 della legge regionale n. 20 del 1999 ai superstiti della strage di Portella della Ginestra».

⁹¹ L.r. Sicilia, 5 dicembre 2007, n. 26, recante «Provvedimenti in favore delle famiglie delle vittime del mare».

⁹² G.A. STELLA, *Risarcire tutti. Ma mancano i soldi*, in *Corriere della sera*, 18 marzo 2004, 18.

⁹³ Nella legislazione regionale, salvo migliori ricerche: l.r. Basilicata, 29 marzo 1999, n. 9, recante «Istituzione di un fondo di solidarietà a favore di donne e minori vittime di violenza di genere»; l.r. Basilicata, 9 settembre 1996, n. 46, recante «Interventi a favore delle famiglie delle vittime degli eventi alluvionali avvenuti in Basilicata nel mese di agosto 1995»; l.r. Calabria, 7 marzo 2011, n. 3, recante «Interventi regionali di sostegno alle imprese vittime di reati di 'ndrangheta e disposizioni in materia di contrasto alle infiltrazioni mafiose nel settore dell'imprenditoria»; l.r. Campania, 9 dicembre 2004, n. 11, recante «Misure di solidarietà in favore delle vittime della criminalità»; l.r. Campania, 21 gennaio 2000, n. 2, recante «Contributo straordinario a favore degli eredi legittimi delle vittime decedute a seguito degli eventi alluvionali e franosi del 15 e 16 dicembre 1999 nei comuni di Cervinara e S. Martino Valle Caudina»; l.r. Campania, 12 febbraio 1997, n. 7, recante «Contributo straordinario a favore degli eredi legittimi delle vittime decedute a seguito delle calamità naturali del 12 dicembre 1996 e del 10 gennaio 1997 e per i primi interventi di protezione civile a sostegno delle amministrazioni locali»; l.r. Campania, 29 febbraio 1996, n. 4, recante «Contributo straordinario a favore degli eredi legittimi delle vittime decedute nell'esplosione avvenuta il 23 gennaio 1996 in Via Comunale Limitone di Arzano - Napoli - e dei cittadini titolari di attività produttive allocate negli stabili che hanno subito crolli totali o parziali»; l.r. Campania, 1 settembre 1994, n. 30, recante «Intervento straordinario a favore degli eredi legittimi delle vittime campane della nave mercantile Lucina»; l.r. Campania, 12 agosto 1993, n. 25, recante «Intervento straordinario a favore dei sopravvissuti e degli eredi legittimi delle vittime del crollo dell'edificio di Via de Meis, 375 - Ponticelli - Napoli»; l.r. Campania, 21 dicembre 1992, n. 12, recante «Intervento straordinario a favore dei sopravvissuti e degli eredi legittimi delle vittime campane nel naufragio della Moby Prince»; l.r. Campania, 26 giugno 1987, n. 33, recante «Istituzione di un fondo di soli-

Né si tratta di un'attitudine registrabile solo a livello di legislazione regionale, perché il fenomeno, anche a livello statale, è molto più vasto di quanto si possa ritenere⁹⁴.

darietà a favore dei cittadini della Regione Campania vittime di azioni terroristiche»; l.r. Emilia Romagna, 21 maggio 1987, n. 21, recante «Solidarietà alle famiglie dei tredici operai vittime della sciagura avvenuta sulla nave "Elisabetta Montanari"», poi abrogata; l.r. Liguria, 21 marzo 2007, n. 12, recante «Interventi di prevenzione della violenza di genere e misure a sostegno delle donne e dei minori vittime di violenza»; l.r. Liguria, 2 dicembre 1991, n. 35, recante «Intervento straordinario a favore delle famiglie delle vittime liguri del naufragio della "Moby Prince"», poi abrogata; l.r. Lombardia, 17 agosto 1993, n. 27, recante «Contributi di solidarietà a favore delle famiglie delle vittime della strage avvenuta a Milano il 27 luglio 1993», poi abrogata; l.r. Lombardia, 10 agosto 1987, n. 22, recante «Contributo straordinario a favore dei familiari delle vittime colpite da calamità naturali verificatesi in Lombardia nel mese di luglio 1987»; l.r. Lombardia, 18 gennaio 1980, n. 8, recante «Fondo di solidarietà in favore dei cittadini vittime di atti di terrorismo e criminalità» poi abrogata; l.r. Lombardia, 3 settembre 1974, n. 58, recante «Provvidenze straordinarie in favore di cittadini colpiti e delle famiglie delle vittime della strage di Brescia del 28 maggio 1974 e di Milano del 17 maggio 1973», poi abrogata; l.r. Sardegna, 3 luglio 1998, n. 21, recante «Provvidenze a favore delle vittime di attentati e dei superstiti di dipendenti regionali deceduti per causa di servizio»; l.r. Toscana, 27 ottobre 2008, n. 57, recante «Istituzione del Fondo di solidarietà per le famiglie delle vittime di incidenti mortali sul luogo di lavoro»; l.r. Toscana, 20 novembre 2006, n. 55, recante «Interventi a favore delle vittime del terrorismo e della criminalità organizzata»; l.r. Toscana, 30 aprile 1992, n. 15, recante «Intervento straordinario a favore delle famiglie delle vittime o dei dispersi del naufragio della nave Moby Prince», poi abrogata; l. Provincia autonoma di Trento, 21 novembre 1985, n. 662, recante «Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 24 settembre 1985, n. 480, recante interventi urgenti in favore dei cittadini colpiti dalla catastrofe del 19 luglio 1985 in Val di Fiemme e per la difesa da fenomeni franosi di alcuni centri abitati»; l. Provincia autonoma di Trento, 1 aprile 1986, n. 10, recante «Interventi per il definitivo ripristino nel Comune di Tesero, colpito dalla catastrofe del 19 luglio 1985»; l. Provincia autonoma di Trento, 6 ottobre 2011, n. 13, recante «Fondo di solidarietà per i familiari delle vittime di incidenti mortali sul lavoro o in attività di volontariato»; l.r. Piemonte, 23 dicembre 1996, n. 92, recante «Interventi straordinari della Regione a seguito del disastro aereo dell'8 ottobre 1996 in San Francesco al Campo», poi abrogata.

⁹⁴ Nella legislazione nazionale, sempre senza pretese di esaustività: l. 12 luglio 2011, n. 135, recante «Disposizioni in favore dei familiari delle vittime e in favore dei superstiti del disastro ferroviario della Val Venosta/Vinschgau»; l. 7 luglio 2010, n. 106, recante «Disposizioni in favore dei familiari delle vittime e in favore dei superstiti del disastro ferroviario di Viareggio»; l. 8 agosto 1995, n. 340, recante «Estensione

7.2. La legge 210/1992

Deponendo facili sarcasmi, i cultori della *clcd* hanno imparato a conoscere i provvedimenti normativi che hanno interpellato le corti sul se applicare il latinismo al cospetto di un danno e di una data provvidenza connessa al medesimo accadimento dannoso.

Si tratta, *in primis*, e in ordine di rilevanza – per l’impatto avuto sul contenzioso scatenatosi nelle aule di giustizia italiane – della legge 210/1992.

Questa legge fu maldestramente approvata nell’ultimo giorno della X legislatura (un pomeriggio del febbraio 1992), al termine di un rocambolesco *legal process*⁹⁵, che purtroppo le molte decisioni (costitu-

dei benefici di cui agli articoli 4 e 5 della legge 20 ottobre 1990, n. 302, ai familiari delle vittime del disastro aereo di Ustica del 27 giugno 1980»; l. 20 febbraio 2006, n. 91, recante «Norme in favore dei familiari superstiti degli aviatori italiani vittime dell’eccidio avvenuto a Kindu l’11 novembre 1961»; l. 27 febbraio 2003, n. 33, recante «Disposizioni in favore delle famiglie delle vittime del disastro aereo di Linate»; l. 18 novembre 1999, n. 436, recante «Disposizioni in favore delle famiglie delle vittime del disastro aereo di Verona»; l. 31 marzo 1998, n. 70, recante «Benefici per le vittime della cosiddetta “banda della Uno bianca”»; l. 9 novembre 1994, n. 628, recante «Disposizioni urgenti in favore delle famiglie dei marittimi italiani vittime dell’eccidio in Algeria»; d.l. 27 agosto 1993, n. 325, recante «Elargizione a favore dei cittadini vittime di incidenti occorsi durante attività operative ed addestrative delle Forze armate», poi abrogato dall’art. 2268, comma 1, n. 897, d.lgs. 15 marzo 2010, n. 66.

Si tralasciano le norme relative a contributi volti a favorire la ricostruzione dopo il verificarsi di eventi sismici, i cui effetti non sembrano (almeno per ora) essere suscettibili di essere mediati da un dispositivo di imputazione civilistica del danno. Ma non si è mancato di eccepire in *clcd* i contributi ricevuti da un danneggiato a seguito della l. 14 maggio 1981, n. 219, recante «Conversione in legge, con modificazioni, del d.l. 19 marzo 1981, n. 75, recante ulteriori interventi in favore delle popolazioni colpite dagli eventi sismici del novembre 1980 e del febbraio 1981. Provvedimenti organici per la ricostruzione e lo sviluppo dei territori colpiti», ricevendo una risposta non sorprendentemente negativa da Cass. civ., 21 agosto 1998, n. 8321, in *Rep. Foro it.*, 1998, voce *Danni civili*, n. 267, sul rilievo che il lucro non può compensarsi con il danno se trae la sua fonte da un titolo diverso. Ma quando il danno catastrofale è civilmente imputabile al medesimo soggetto che eroga il beneficio, questa conclusione, come vedremo, potrebbe essere suscettibile di essere revocata in dubbio.

⁹⁵ Per questa analisi, che qui non può essere ripresa nemmeno sommariamente, U. IZZO, *Blood, Bureaucracy and Law: The HIV-tainted Blood Contamination in Italy*,

zionali e di legittimità) propiziate da questo provvedimento normativo all'indomani della sua emanazione hanno sempre omesso di considerare con la necessaria attenzione.

Nell'ambito della discrezionalità assistenziale del legislatore, che, a differenza delle vittime delle vaccinazioni obbligatorie, caratterizza l'intervento nei confronti delle vittime del sangue infetto, si potrebbe discutere a lungo sul se e sul come la legge n. 210/1992 abbia saputo realizzare il suo solidaristico proposito indennitario.

Si tratta peraltro di un proposito per lungo tempo negato ad altre categorie di vittime di potenziali *mass torts* di difficile giustiziabilità – si pensi alle vittime del mesotelioma pleurico determinato dalla casuale inalazione di fibre di amianto fuori da un contesto lavorativo a rischio, per i quali solo con l'art. 1, comma 116, della legge di stabilità 2015 sono state estese (e solo in via sperimentale per gli anni 2015-2017), le prestazioni (per vero poco più che simboliche: si tratta di 5.600 euro erogati *una tantum*) del Fondo per le vittime dell'amianto, istituito dalla legge finanziaria per il 2008 e finanziato con risorse provenienti per tre quarti dal bilancio dello Stato e per un quarto dalle imprese.

Il discorso, però, porterebbe a impantanarsi nella difficoltà di concepire una nozione tecnico-giuridica cui ricondurre, con caratteri di astrazione e generalità, il bisogno determinato da una perdita meritevole di trovare solidaristico assorbimento da parte della fiscalità generale, perché questa nozione dovrebbe essere capace di tenere assieme tre elementi: il fatto di imporre l'assorbimento solidaristico, definendone i presupposti in termini generali; la capacità di obbedire ai dettami dell'art. 3 Cost. (prevenendo il rischio che la Consulta sia costretta *ex post* ad allargare progressivamente i contorni applicativi della nozione individuata, come appunto è puntualmente accaduto nel caso della legge 210/92); e – soprattutto – la sostenibilità economica del sistema così risultante.

in E.A. FELDMAN, R. BAYER (a cura di), *Blood Feuds: Aids, Blood, and the Politics of Medical Disaster*, Oxford, 1999, 215-250; e ID., *Responding to the HIV-tainted Blood Contamination in Italy – Paper delivered at the «1st Meeting on HIV-contaminated Blood, Policy and Conflict»*, Florence, July 18th, 1996, in OA: <<http://eprints.biblio.unitn.it/1270/>>.

Ciò che appare incontestabile è che la legge 210/1992 abbia dato parecchio, tantissimo lavoro alla classe forense e giudiziaria italiana, al punto che una ipotetica valutazione di impatto regolativo applicata a questa normativa *ex post* sarebbe costretta a tener conto degli enormi costi di transazione che la sciatteria legislativa che accompagnò la genesi di queste norme ha finito per propiziare, accanto ai costi diretti imposti alla collettività dalla erogazione delle misure beneficali che la legge prevede⁹⁶.

⁹⁶ Nell'impossibilità di dilungarsi in questa sede, possono ricordarsi gli ultimi interventi che sul piano cronologico hanno visto impegnate sul tema la giurisprudenza costituzionale (ben 14 fra ordinanze e sentenze sul tema fra il 1996 e il 2012) e quella di legittimità.

Quanto alla prima Corte cost., 26 aprile 2012, n. 107, in *Foro it.*, 2013, I, 1123, ha sancito

l'illegittimità costituzionale dell'articolo 1, comma 1, della legge 25 febbraio 1992, n. 210, nella parte in cui non prevede il diritto ad un indennizzo, alle condizioni e nei modi stabiliti dalla medesima legge, nei confronti di coloro i quali abbiano subito le conseguenze previste dallo stesso articolo 1, comma 1, a seguito di vaccinazione contro il morbillo, la parotite e la rosolia.

Quanto alla seconda, Cass. civ., 22 luglio 2015, n. 15352, in *www.leggiditalia.it*, ha statuito che

il termine triennale di decadenza per il conseguimento della prestazione indennitaria per epatite post-trasfusionale contratta in epoca antecedente all'entrata in vigore della l. 25 luglio 1997, n. 238, decorre dal 28 luglio 1997, data di entrata in vigore della nuova disciplina, dovendosi ritenere, conformemente ai principi generali dell'ordinamento in materia di termini, che, ove una modifica normativa introduca un termine di decadenza prima non previsto, la nuova disciplina si applichi anche alle situazioni soggettive già in essere, ma la decorrenza del termine viene fissata con riferimento all'entrata in vigore della modifica legislativa.

Anche la CEDU ha avuto modo di interessarsi a più riprese alle vicende tormentate della *compensation* italiana sul sangue infetto. Una prima volta nelle cause A.B., E.F. e C.C. c. Italia, nn. 37874/97, 37878/97 e 37879/97, tutte giocate sull'irragionevole durata del procedimento (facendo leva su una giurisprudenza consolidata della Corte, particolarmente sensibile alla specialità del contenzioso innescato da attori affetti da patologie ad alto tasso di drammaticità, U. IZZO, *La «posta in gioco» e la ragionevole durata del processo nelle azioni promosse per il risarcimento del danno da contagio di Hiv*, in *Danno e resp.*, 1999, 184), ove il procedimento conclusosi con la condanna ricevuta a Strasburgo dallo Stato italiano [Interim Resolution DH (98) 392 adottata il 12 novembre 1998 dal Comitato dei Ministri nei casi A.B., E.F. e C.C. c. Italia] contribuì non po-

Fra le molte curiosità del cammino legislativo esitato in questa legge, il fatto che in un progetto di legge poi assorbito nell'articolato finale della normativa⁹⁷, si recepisce un'istanza politica fortemente voluta dalla Fondazione Italiana dell'Emofilia (che pochi anni dopo, all'indomani della legge n. 210/1992, avrebbe avuto un ruolo chiave nel promuovere la prima causa pilota contro il Ministero della Sanità di un primo gruppo di 381 vittime del contagio)⁹⁸, prevedendo l'istituzione di un fondo gestito e finanziato dallo Stato, destinato a risarcire le vittime del contagio da HIV da emoderivati, per poi surrogarsi nei diritti dei danneggiati e promuovere un'azione risarcitoria contro le case farmaceutiche produttrici degli emoderivati in questione.

Degno di nota che, in generale, tutte le proposte di legge presentate dalle varie associazioni delle vittime del sangue infetto attraverso i mol-

co all'accelerazione processuale conosciuta dal procedimento pilota, che all'epoca pendeva presso il Tribunale di Roma (c.d. Emo 1), determinando in quella sede processuale un cambiamento in corsa della strategia processuale degli attori, che inizialmente avevano chiesto di accertare la responsabilità dello Ministero convenuto nei confronti di ciascuno dei quasi 400 attori; l'effetto, inizialmente, fu quello di indurre il giudice a emanare ordinanze nelle quali si disponeva la suddivisione della indistinta corte di attori in categorie omogenee, le quali furono, però, revocate quando gli attori chiesero, senza che l'avvocatura dello Stato si opponesse, di trasformare l'iniziale *petitum* in una richiesta di una condanna limitata all'*an* della responsabilità (U. IZZO, *La responsabilità dello Stato per il contagio da Hiv ed epatite di emofilici e politrasfusi: i limiti della responsabilità civile*, 1999, 214). L'ultima volta, in ordine cronologico, con la condanna inflitta al governo italiano da Corte eur. dir. uomo, 14 gennaio 2016, ric. 68060/12, D.A. *et autres c. Italie*, per le incredibili lungaggini procedurali e per i sostanziali ritardi nei pagamenti dovuti a centinaia di danneggiati che nel frattempo avevano viste riconosciute le proprie ragioni (ha appropriatamente evocato l'immagine di «bizantinismi applicativi», nel commentare la vicenda, C. AMATO, *La «disfunzione sistemica» dei rimedi per il ristoro dei danni da infezioni post-trasfusionali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 810).

⁹⁷ Ovvero il progetto di legge S. n. 2019 del 19 dicembre 1989, recante «Risarcimento del danno biologico derivante da prodotti farmaceutici plasmaderivati registrati e distribuiti dal servizio sanitario nazionale ai consumatori emofilici e politrasfusi cui sia stata trasmessa sieropositività HIV ed altri provvedimenti a loro tutela», che può leggersi in *Riv. it. med. leg.*, 1990, 991.

⁹⁸ Trib. Roma, 27 novembre 1998, in *Danno e resp.*, 1999, 214, con nota di U. IZZO, *La responsabilità dello Stato per il contagio da Hiv ed epatite di emofilici e politrasfusi: i limiti della responsabilità civile*.

ti parlamentari delle due camere che si prestarono a recepirne le istanze fra il 1988 e il 1991, sottolineavano nel preambolo il fatto che una legge per indennizzare le vittime del sangue infetto si rendesse necessaria *proprio perché* tali vittime avrebbero incontrato insormontabili difficoltà di ordine processuale e probatorio nel cercare un risarcimento dalle case farmaceutiche che all'epoca si ritenevano (salvo mutare avviso subito dopo l'emanazione della legge 210/92) le uniche responsabili (sul piano civile) di questo tragico contagio di massa, anche evocando l'impossibilità di applicare *ratione temporis* ai fatti il d.P.R. n. 224/1998⁹⁹.

Da un punto di vista tecnico, uno dei tanti vizi costitutivi di questa normativa (i motivi di questa ricchezza di spunti problematici stanno tutti nel cammino dei lavori preparatori della legge, che qualcuno potrebbe definire un ordigno a tempo sapientemente sistemato nel bilancio dello Stato dalla classe politica della «prima Repubblica» prima che questa si dissolvesse, e destinato a esplodere a *beneficio* delle generazioni future) è l'aver messo sullo stesso piano istanze compensative eterogenee, tutte legate alla sopportazione di un «danno o da una menomazione permanente alla integrità psico-fisica», determinate però da fattori causali profondamente diversi.

Così – accanto alle vaccinazioni dichiarate obbligatorie dalla legge per finalità di salute pubblica, o a quelle (non obbligatorie, ma) sostenute dall'interessato per necessità di lavoro all'estero – gli altri fattori occasionanti il danno o la menomazione di cui si è detto e rilevanti per la concessione dell'indennizzo previsto dalla legge n. 210/1992, sono le infezioni contratte a seguito di somministrazione di sangue o di emoderivati provenienti da soggetti affetti da HIV o da epatite (principalmente, ma non esclusivamente, HCV), oppure per effetto di occasionale contatto con sangue infetto.

Ne derivano almeno quattro classi distinte di beneficiari, ciascuna avente titolo all'attribuzione sulla base di differenti fondamenti politici e costituzionali, e quindi, aventi un «titolo» ricostruibile in modo diverso: 1) quanti hanno contratto una complicità irreversibile in esito a vaccinazione obbligatoria o a contatto con persone vaccinate capaci a loro volta di trasmettere la complicità; 2) quanti hanno contratto una

⁹⁹ Per ulteriori ragguagli, U. IZZO, *Responding*, cit.

complicanza irreversibile in esito a vaccinazioni non obbligatorie, ma effettuate per finalità lavorative; 3) quanti hanno contratto il virus dell'epatite o dell'HIV per motivi occupazionali, connessi al proprio ruolo di prestatori di cura; 4) quanti, infine, hanno contratto il virus dell'epatite o dell'HIV nella condizione di pazienti beneficiari di sangue o di emoderivati per finalità salvavita, unitamente al di loro coniuge e/o convivente contagiato dal partner, nonché al di loro figlio contagiato durante la gestazione.

Sta di fatto che – nel silenzio della legge, in ciò sciattamente sfornita di previsioni *ad hoc* deputate a gestire il problema¹⁰⁰, come invece per

¹⁰⁰ Così, con riferimento alle vittime del sangue infetto transalpino, l'articolo 47 della loi 91-1406 del 31 dicembre 1991 istituì un Fondo d'indennizzazione autonomo da altre articolazioni dell'amministrazione francese, dotato di personalità giuridica e presieduto da un Presidente di sezione della Cassazione. Il fondo ispira la sua azione al duplice principio della riparazione integrale dei danneggiati e della celerità della procedura. Esso si surroga nei diritti delle vittime contro i soggetti responsabili del danno e contro i soggetti a loro volta tenuti a tenere indenni questi ultimi da responsabilità, qualora il danno sia imputabile a colpa del danneggiante. La legge impose al fondo di pubblicare un rapporto annuale trasmesso al governo che documentasse ogni dettaglio dell'attività svolta, Ministère de l'emploi et de la solidarité, Secrétariat d'État à la santé et à l'action sociale, *Rapport annuel sur le dispositif d'indemnisation des hémophiles et transfusés contaminés par le virus de l'immunodéficience humaine (V.I.H): 6ème exercice: mars 1997 à février 1998*, in OA: <<http://www.ladocumentationfrancaise.fr>>.

In Spagna si sono emanate in tempi diversi due normative post contagio, attente a coordinarsi in modo piuttosto radicale con la responsabilità civile. Perché il *Real Decreto-Ley* 9/1993 del 28 maggio 1993, convertito in legge il 23 giugno 1993, concesse un indennizzo alle sole vittime del contagio da HIV, articolato in modo non dissimile da quanto previsto dalla legge 210/92, prevedendo però che la corresponsione dell'indennizzo fosse subordinata alla rinuncia da parte del beneficiario all'esercizio di azioni risarcitorie contro l'amministrazione pubblica dello Stato e i suoi dipendenti (così l'art. 3.2.: «[P]ara acceder a las ayudas previstas en el presente Real Decreto-Ley será necesaria la renuncia previa al ejercicio de todo tipo de reclamaciones por contaminación por VIH, contra cualquiera de las Administraciones Públicas sanitarias o el personal de la misma»; art. 3.3.: «No podrán acceder a estas ayudas quienes hubieran obtenido sentencia condenatoria contra cualquiera de las Administraciones Públicas sanitarias por contagio del VIH»), per i dettagli, J.L. MURGA MUNÓZ, *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas por el contagio de sida*, in *Rev. derecho admin.*, 1995, 277, spec. 300-01. Mentre la *Ley* 14/2002 del 5 giugno 2002 ha esteso la risposta compensativa ai soli emofiliaci colpiti da epatite, riproponendo le condizioni draconia-

inveterata tradizione accade nella legislazione che disegna il variegato sistema dei *Fonds National d'Indemnisation* transalpini¹⁰¹ – il problema del rapporto fra beneficio indennitario imputato sui capitoli di spesa del Ministero della Sanità (*ex art. 8, legge n. 210/1992*) e consistenza del danno civilmente risarcibile, ove il fatto causativo del danno o della menomazione irreversibile all'integrità psico-fisica sia imputabile a un terzo civilmente responsabile, ha finito per essere affidato al filtro della *clcd*.

La circostanza, fra l'altro, richiama attenzione sul problema di *legal process* posto dall'alternativa fra promuovere il cambiamento giuridico mercé la legislazione o farlo in via giurisprudenziale, innovando principi interpretativi, che si è evocato nell'introduzione di questo studio.

Non sorprende che fra le quattro classi di beneficiari appena ricordate, la parte del leone nel definire il modo in cui questo filtro avrebbe operato sulle provvidenze previste dalla legge sia spettata all'ultima classe, poiché il beneficio statale riservato ai danneggiati dal contagio per via ematica di epatiti e virus HIV ha finito per incrociarsi con le centinaia (se non: migliaia) di azioni risarcitorie promosse da questi ultimi.

Questo contenzioso – solo «in teoria» dirà qualcuno, anche se in pratica le cose sono andate proprio così in non pochi Paesi del mondo interessati dalla tragedia – avrebbe potuto (almeno tentare di) coinvolgere in veste di legittimati passivi le aziende farmaceutiche produttrici di emoderivati, i singoli professionisti responsabili della scelta terapeutica di somministrare una trasfusione di sangue e di sovrintendere i centri trasfusionali, le aziende sanitarie ove le trasfusioni erano state operate, oppure ove il sangue era stato controllato per essere trasfuso, e infine lo stesso Ministero della Sanità, responsabile della gestione dell'emovigilanza sul piano amministrativo.

In realtà nessuna multinazionale farmaceutica, ammesso che sia stata citata in giudizio, è mai stata condannata a risarcire un solo euro per

ne contemplate nel 1993 per le vittime dell'HIV, per dettagli J.C. SUEBA TORREBLANCA, *Sangre contaminada, responsabilidad civil y ayudas públicas. Respuestas jurídicas al contagio transfusional del SIDA y de la hepatitis*, Madrid, 2002, 368 ss.

¹⁰¹ Per un'eccellente indagine comparata ad ampio spettro sul tema, J. KNETSCH, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation*, Paris, 2013.

l'accaduto (almeno in Italia), mentre qualche professionista e una schiera sicuramente più consistente di ASL sono state coinvolte da questo contenzioso, con numeri che però impallidiscono se messi a confronto con il tracimante tsunami di cause che, dando lavoro a legioni di avvocati in ogni distretto di Corte d'Appello del territorio nazionale¹⁰², si è abbattuto sul Ministero della Sanità, vera e propria tasca profonda elettiva di questa *mass tort litigation* in salsa italica di cui non è dato conoscere, quando stanno per trascorrere quattro lustri dalla pronuncia pilota che la inaugurerò¹⁰³, il costo cumulativamente fatto gravare sulle dissestate finanze pubbliche del nostro Paese, fra risarcimenti, indennizzi (e parcelle professionali)¹⁰⁴.

Il che ha fatalmente collocato la soluzione del problema di *clcd* posto dalla legge 210/1992 sul palcoscenico di giudizi risarcitori ove gli attori citavano in giudizio il medesimo soggetto – il Ministero della

¹⁰² Fra questi spiccano i legali che hanno assistito un gruppo di circa 900 emofilici e politrasfusi, suddivisi in tre «mega-cause» avviate presso il Tribunale di Roma a poca distanza l'una dall'altra – che hanno avuto la capacità di ottenere che il Parlamento emanasse una legge *ad hoc* per autorizzare l'Avvocatura dello Stato a gestire una transazione con la quale definire, fra le altre, le posizioni dei propri assistiti, con un'autorizzazione di spesa pubblica pari a € 187.032.366, allocata a questo *cluster* privilegiato di danneggiati, com'è accaduto con la l. 20 giugno 2003, n. 141, recante «Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 23 aprile 2003, n. 89, recante proroga dei termini relativi all'attività professionale dei medici e finanziamento di particolari terapie oncologiche ed ematiche, nonché delle transazioni con soggetti danneggiati da emoderivati infetti», i cui lavori preparatori sono documentati e commentati in U. IZZO, *Sangue infetto e responsabilità dello Stato*, in *Danno resp.*, 2003, 903. A oggi non è dato sapere se, nell'operare quella «transazione legislativa», sia stata applicata la *clcd* fra i risarcimenti richiesti dai danneggiati allo Stato e gli indennizzi già riconosciuti loro dal medesimo soggetto pubblico pagatore.

¹⁰³ Trib. Roma, 27 novembre 1998, cit.

¹⁰⁴ Qui considerate nella loro attitudine a pesare quale «costo terziario» di un sistema di responsabilità civile, nel senso reso palese da Calabresi nell'illustrare come i costi transattivi, che accompagnano lo spostamento di risorse nella società attraverso l'operare di un sistema di r.c., vanno sempre tenuti presente nel considerare in che modo questo sistema persegue l'obiettivo di ridurre i costi primari e secondari degli incidenti (consistenti, quanto ai primi, nel numero e nella gravità degli incidenti e, quanto ai secondi, nei costi che il loro verificarsi causa alla società nel suo complesso), G. CALABRESI, *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico-giuridica*, Milano, 1975, 50-53.

Sanità – cui la legge poneva a carico il trattamento indennitario corrisposto ai medesimi attori, a seguito dell'accertamento amministrativo del medesimo set di fatti rilevanti per l'accoglimento della loro pretesa risarcitoria in sede giudiziaria¹⁰⁵.

Respinta l'ardita tesi che l'emanazione della legge n. 210/1992 autorizzasse a sostenere che il riconoscimento dell'indennizzo precludesse in radice l'azione risarcitoria del danneggiato¹⁰⁶, la giurisprudenza di

¹⁰⁵ Non si era mancato di osservare sul punto (U. IZZO, in nota a Trib. Roma, 20 gennaio 2004; Trib. Roma, 1 dicembre 2003; Trib. Roma, 26 settembre 2003, in *Foro it.*, 2004, I, 2899) che

la corresponsione di questi emolumenti economici non è però ancorata dal legislatore al mero accertamento della condizione patologica del beneficiario: i tossicodipendenti colpiti dall'HIV o da epatiti sono esclusi da questo intervento beneficiale della mano pubblica, come pure quanti hanno contratto queste patologie attraverso rapporti sessuali occasionali. La corresponsione beneficiale è invece agganciata alla positiva dimostrazione, accertata attraverso i meccanismi istruttori previsti dalla medesima legge istitutiva del beneficio, che questo stato patologico discenda da un fatto preciso, ovvero che l'insorgenza della patologia virale nel beneficiario sia causalmente attribuibile alla somministrazione di una trasfusione di sangue o di un prodotto farmaceutico derivato dal sangue, i quali, appunto, si appalesino essere, a seguito dell'accertamento medico-legale condotto dalle competenti commissioni mediche ospedaliere, causa del contagio. Questo stesso fatto, etiologicamente accertato in modo ben più stringente e rigoroso attraverso il contraddittorio processuale nell'ambito di un giudizio di responsabilità civile e poi qualificato giuridicamente nei termini richiesti dal diritto civile per imputare le conseguenze dannose di questo fatto a un soggetto responsabile, dà luogo in sede giudiziale a un risarcimento integrale, ove tutte le voci di danno, di cui nella fattispecie si verifica la risarcibilità, vengono quantificate e liquidate in favore del beneficiario.

¹⁰⁶ Così sul punto Trib. Roma, 27 novembre 1998, cit.:

la l. n. 210/1992, come novellata dalla l. n. 238/1997, ha inteso attribuire il diritto ad un indennizzo da parte dello Stato ai soggetti che, a seguito di contagio da HIV o da epatiti conseguente a somministrazione di sangue o suoi derivati, abbiano riportato lesioni od infermità dalle quali sia derivata una menomazione permanente dell'integrità psico-fisica; la corresponsione di tale indennità (che non ha natura risarcitoria, ma carattere assistenziale) intende realizzare una forma di solidarietà sociale e pertanto non preclude al beneficiario il diritto di promuovere nei confronti della pubblica amministrazione un'azione risarcitoria volta ad ottenere l'integrale risarcimento dei danni sofferti in conseguenza del contagio.

Così uniformandosi ad App. Milano, 22 ottobre 1996, in *Danno resp.*, 1997, 734, con nota di M. GORGONI, *Responsabilità per emotrasfusione: risarcimento od indenniz-*

merito ha battagliato per anni, spaccandosi sul se decodificare il titolo del beneficio in base ad un argomento formale, facente leva sul fatto che la l. n. 210 parla di indennizzo e identifica un'attribuzione solidaristica avente titolo nella legge¹⁰⁷, o privilegiare una lettura sostanziale del titolo dell'attribuzione recata dalla normativa, per metterne a nudo la effettiva natura risarcitoria e dunque l'attitudine a far operare la *clcd* fra riparazione integrale e indennizzo¹⁰⁸.

Il dubbio è stato sciolto in chiave sostanzialistica dalle S.U. nel 2008¹⁰⁹, rinunciando al difficile confronto con la grammatica della

zo?, ove – in uno scenario nel quale però beneficiante e danneggiante non si sovrapponevano – s'era negato che la corresponsione dell'indennizzo ex l. 210/92 avesse effetti preclusivi sull'azione risarcitoria promossa nei confronti di una ASL e di due sanitari, solidalmente responsabili ex artt. 2043 e 2055 c.c. per aver trasfuso sangue infetto da HIV a un paziente.

¹⁰⁷ Mentre la sezione lavoro della Cassazione consolidava l'orientamento incline a ritenere la natura assistenzial-solidaristica dell'indennizzo, ma solo per giustificare la competenza del giudice del lavoro sulle controversie concernenti la spettanza di tale indennità (Cass. civ., 21 ottobre 2000, n. 13923, in *Dir. giust.*, 2000, 39, 61, con nota di M. ROSSETTI; Cass. civ., 11 maggio 2002, n. 6799, in *Arch. civ.*, 2002, 1036; Cass. civ., 9 maggio 2003, n. 7141, in *Rep. Foro it.*, 2003, voce *Lavoro e previdenza (controversie)*, n. 209), non poche decisioni di merito si professavano convinte che tale natura precludesse l'operare della *clcd* fra danno e indennizzo: Trib. Roma, 26 settembre 2003, in *Foro it.*, 2004, 2900; Trib. Napoli, 28 novembre 2003, G.U. Pezzullo, inedita; Trib. Bari, 20 marzo 2004, in *Dir. giust.*, 2004, 28, 81, con nota di M. ROSSETTI, *Quando l'offensore diventa vittima*; Trib. Catanzaro, 15 luglio 2005, in *Corti calabresi*, 2006, 225; Trib. Milano, 10 settembre 2007, in *www.personaedanno.it*. Sostiene l'argomento formale «della profonda differenza (...) tra indennizzo e risarcimento», per ritenere che il beneficio di cui si discorre non abbia natura risarcitoria e dunque si predisponga al cumulo, C. CARICATO, *Diritto pubblico e interessi della persona: le trasfusioni infette*, in *Resp. civ. prev.*, 2015, 314, 326.

¹⁰⁸ Trib. Roma, 14 giugno 2001, in *Corr. giur.*, 2001, 1204; Trib. Roma, 8 gennaio 2003, in *Foro it.*, 2003, I, 622 (con esplicito riferimento alla *clcd*); Trib. Roma, 20 gennaio 2004, in *Foro it.*, 2004, I, 2899; e Trib. Roma, 30 agosto 2005, in *Corr. merito*, 2005, 1268 (entrambe invocando anche l'ingiustificato arricchimento); Trib. Perugia, 23 febbraio 2005, in *Rass. giur. umbra*, 2008, 416, con nota di A.M. SPALAZZI CAPRONI, *La responsabilità da contagio per sangue infetto*.

¹⁰⁹ Sez. Un. civ., 11 gennaio 2008, n. 584, in *Foro it.*, 2008, I, 451, con nota di A. PALMIERI. Ma si è trattato di un sostanzialismo mascherato da una lettura del nesso di causalità *goal-oriented*, perfettamente in linea con l'attitudine della causalità a prestarsi a ciò che qualcuno ha reso, senza giri di parole, in questi termini: «il concetto di

*clcd*¹¹⁰, per preferire un fugace richiamo alla constatazione – degna di un art. 2041 c.c. invocato dall'uomo qualunque – che una diversa soluzione avrebbe determinato un «ingiustificato arricchimento» delle vittime¹¹¹, risarcite per l'intero e, nel contempo, beneficiarie di indennizzi

causa nella *tort law* è funzionale in sé stesso (...) la gamma di eventi che può essere considerata una causa di qualcos'altro si espande e si restringe per servire *sottostanti scopi sostanziali*» (G. CALABRESI, *Il dono dello spirito maligno: gli ideali, le convinzioni, i modi di pensare nei loro rapporti col diritto*, Milano, 1996, 200, *sub* nota 76, corsivo aggiunto). Questo sostanzialismo ha pesantemente aleggiato anche sulle risposte che nella medesima sentenza appena richiamata si sono intese dare ai delicati e cruciali interrogativi posti dal contenzioso sul sangue infetto in punto di causalità e di colpa omissiva, in modo da rinunciare a perimetrare temporalmente l'*an* della responsabilità dello Stato in questa vicenda. Ma questo è un discorso che qui non si può nemmeno cominciare...

¹¹⁰ La circostanza, rapportando i termini del problema posto al vaglio delle S.U. ai noti elementi di questa grammatica, può essere considerata un'ulteriore spia del fatto che questa grammatica si riveli insoddisfacente e meriti di essere rielaborata in modo più analitico, come si vedrà nel capitolo conclusivo di questo studio.

¹¹¹ Così sul punto Sez. Un. civ., 11 gennaio 2008, n. 584, cit.:

la diversa natura giuridica dell'attribuzione indennitaria *ex l.* n. 210/1992, e delle somme liquidabili a titolo di risarcimento danni per il contagio da emotrasfusione infetta da Hiv ed Hcv a seguito di un giudizio di responsabilità promosso dal soggetto contagiato nei confronti del Ministero della sanità, per aver omesso di adottare adeguate misure di emovigilanza, non osta a che l'indennizzo corrisposto al danneggiato sia integralmente scomputato dalle somme liquidabili a titolo di risarcimento posto che in caso contrario la vittima si avvantaggerebbe di un ingiustificato arricchimento, godendo, in relazione al fatto lesivo del medesimo interesse tutelato di due diverse attribuzioni patrimoniali dovute dallo stesso soggetto (il Ministero della salute) ed aventi causa dal medesimo fatto (trasfusione di sangue o somministrazione di emoderivati) cui direttamente si riferisce la responsabilità del soggetto tenuto al pagamento.

Ragionamento ribadito da Cass. civ., 14 marzo 2013, n. 6573, in *Rep. Foro it.*, 2013, voce *Sanità pubblica e sanitari*, n. 304. Giova osservare come il pragmatico *decisum* delle S.U. sul punto delinei una regola specularmente rovesciata sul piano tecnico, ma nei suoi esiti concreti non diversa da quella a suo tempo prevista in Germania dal § 20 della *HIV-Hilfe-Gesetz*, promulgata il 24 luglio 1995 dal legislatore tedesco con ben altre consapevolezza rispetto al legislatore italiano del 1992, ove si prevede che il beneficiario dell'indennizzo, erogato dalla speciale fondazione creata allo scopo di garantire un pronto ristoro compensativo alle vittime del sangue infetto, perda ogni diritto risarcitorio che possa vantare contro lo Stato, la Croce rossa tedesca e gli altri soggetti contributori al capitale iniziale della fondazione *Humanitäre Hilfe für durch*

erogati dalle medesime casse erariali investite dalla condanna risarcitoria, con somme tutt'altro che poco significative, se si considera che alla misura dell'indennizzo previsto nel 1992 il legislatore nel 2005 ha provveduto ad aggiungere la spettanza di somme aggiuntive¹¹².

Così definita, la vicenda in esame non ha mancato di offrire conferma del fatto che, una volta ammesso sul piano teorico, il «defalco da *clcd*» prospetta sempre il non banale problema posto dalla necessità di far sì che la messa in opera della sottrazione possa giovare dei dati richiesti per processare le cifre da rassegnare nel dispositivo di una sentenza di condanna¹¹³.

Quanto dire che le calcolatrici non bastano se poi persino l'erogatore del beneficio oggetto di *clcd* resta inerte e omette di mettere in condi-

Blutprodukte HIV-infizierte Personen, che pure declama nella sua denominazione di avere natura «umanitaria».

¹¹² L'indennizzo aggiuntivo, disciplinato dall'art. 1 della legge n. 229/2005, consiste, infatti,

in un assegno mensile vitalizio, di importo pari a sei volte la somma percepita dal danneggiato ai sensi dell'articolo 2 della legge 25 febbraio 1992, n. 210, per le categorie dalla prima alla quarta della tabella A annessa al testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 23 dicembre 1978, n. 915, e successive modificazioni, a cinque volte per le categorie quinta e sesta, e a quattro volte per le categorie settima e ottava.

Che poi – dando corpo al già ricordato sarcasmo di Gian Antonio Stella – le risorse necessarie a soddisfare l'incontrollato novero di beneficiari della legge n. 210/1992 e di vittime delle colpose omissioni dello Stato rischino di mancare, come attesta il formarsi di una giurisprudenza di legittimità sulla ritardata erogazione delle somme dovute (Cass. civ., 13 febbraio 2012, n. 2009, in *Rep. Foro it.*, 2012, voce *Sanità pubblica*, n. 313), è una conseguenza degna del modo in cui, fra retorica, superficialità e inefficienze, tutte le istituzioni del nostro paese hanno gestito negli ultimi venticinque anni le conseguenze indotte dal contagio di massa determinato dal sangue infetto.

¹¹³ Così, infatti, la disperata ammissione di Trib. Napoli, 27 gennaio 2014, in *Rep. Foro it.*, 2014, voce *Danni civili*, n. 249, in *estenso* in *Gazzetta forense*, 2014, f. 1, 86:

nella liquidazione il danno non patrimoniale deve essere sempre considerato unitariamente e scevro di duplicazioni; in ipotesi di trasfusione di sangue infetto la *compensatio lucri cum damno* non può essere applicata laddove, dagli atti di causa, non si riesca a determinare il preciso ammontare di quanto percepito a titolo di indennizzo ex l. n. 210/1992.

zione il giudicante di attuare in concreto la sottrazione che andrebbe a proprio vantaggio.

Il che potrebbe indurre, se non altro, a un supplemento di riflessione quanti¹¹⁴ – dimenticando che l'alternativa fra rilevabilità d'ufficio ed eccezione non sopravvive al divorzio fra le ragioni sostanziali e processuali che (unitariamente considerate) dovrebbero contribuire a guidare l'interprete in questa scelta¹¹⁵ – si professano convinti che la *clcd* possa sempre essere rilevata d'ufficio e non competa, *almeno quando il beneficio sottenda una causa dell'attribuzione patrimoniale istituita dallo stesso convenuto che abbia interesse processuale ad avvalersene*, all'eccezione in senso proprio, seguita dall'allegazione e dalla prova, di chi è destinato a trarre vantaggio da un dato conoscitivo che, una volta entrato nel processo per essere in quella sede verificato, dovrebbe sempre poter contribuire a definire l'esatto ammontare del risarcimento, facendo sì che il dispositivo sul *quantum* rispecchi la consistenza del diritto sostanziale riconosciuto in giudizio¹¹⁶.

¹¹⁴ Ribadisce questa convinzione, da ultimo, M. FERRARI, *La compensatio lucri cum damno come eccezione rilevabile d'ufficio*, in *Resp. civ. prev.*, 2015, 666.

¹¹⁵ Può essere interessante notare che, proprio in virtù di questa corrispondenza, la *collateral source rule* – che come vedremo meglio nell'ultimo capitolo di questo libro, nel *common law* statunitense è una regola sostanziale che sancisce in linea generale l'irrelevanza del beneficio collaterale nel computo del danno – si rifletta anche in una regola processuale che preclude al convenuto in un'azione di danni di addurre al processo prove in merito alla circostanza che il danneggiato sia beneficiario di altre prestazioni occasionate dall'evento dannoso, J.M. FISCHER, *Understanding Remedies*², Newark, 2006, 152-53.

¹¹⁶ E così accade che di fronte all'ingiustificabile neghittosità (assai prossima a esprimere un coefficiente idoneo all'invocazione di un danno erariale) dell'avvocatura dello Stato (che in teoria avrebbe tutti gli elementi conoscitivi, oltre che gli strumenti operativi, per verificare gli importi riconosciuti in sede di l. n. 210/1992 alla controparte) si attribuisca alla *clcd* la natura di eccezione in senso lato, con l'effetto di consentire al giudice la sua rilevabilità d'ufficio, così Cass. civ., 24 settembre 2014, n. 20111, in *Rep. Foro it.*, 2014, voce *Danni civili*, n. 24, per la statuizione che

l'eccezione di *compensatio lucri cum damno* è un'eccezione in senso lato, vale a dire non l'adduzione di un fatto estintivo, modificativo o impeditivo del diritto azionato, ma una mera difesa in ordine all'esatta entità globale del pregiudizio effettivamente patito dal danneggiato, ed è, come tale, rilevabile d'ufficio dal giudice, il quale, per determinarne l'esatta misura del danno risarcibile, può fare riferimento, per il principio dell'acquisizione della prova, a tutte le risul-

Di questo quadro piuttosto barocco – un’eccezione in senso lato rilevata dal giudice, che permette all’interessato di superare le preclusioni processuali che dovrebbero sanzionarne l’inerzia e che, però, nel prosieguo della vicenda processuale è suscettibile di rimanere sfornita di prova perché, nonostante la rimessione in termini concessagli dal giudice, l’interessato si rivela incapace di produrre gli elementi di prova diretti a sostanziare il fondamento dell’eccezione – ha preso atto anche la quaterna di ordinanze della terza sezione del giugno 2017, ove ricorre la seguente osservazione di carattere processuale:

[L]a circostanza che la vittima abbia realizzato un vantaggio in conseguenza del fatto illecito, e che questo vantaggio abbia diminuito od escluso il danno, costituisce oggetto di una eccezione in senso lato: essa infatti attiene alla stima del danno, e gli elementi costitutivi del danno sono rilevabili d’ufficio dal giudice. Ne consegue che essa non soggiace all’onere di tempestiva allegazione, né di tempestiva deduzione, secondo quanto stabilito dalle Sezioni Unite di questa Corte (Sez. U., Ordi-

tanze del giudizio (nella specie, la suprema corte, in applicazione del principio esposto, ha confermato la decisione con la quale il giudice di merito, pur in carenza di una valida eccezione, aveva determinato il danno per lesione da emotrasfusione detraendo quanto già riscosso dal danneggiato a titolo di indennizzo ex l. 25 febbraio 1992, n. 210).

In senso conforme, Cass. civ., 20 gennaio 2014, n. 992, *ivi*, 2014, voce cit., n. 247. Salvo poi costringere anche gli stessi giudici di legittimità a constatare – in un gioco dell’oca processuale foriero di ulteriori costi transattivi e sullo sfondo di vicende che potrebbero interessare la magistratura erariale, se non fosse che quest’azione si risolverebbe in una partita di giro tutta interna all’amministrazione pubblica – che

nel giudizio promosso nei confronti del ministero della salute per il risarcimento del danno conseguente al contagio da virus HBV, HIV o HCV a seguito di emotrasfusioni con sangue infetto, l’indennizzo di cui alla l. n. 210 del 1992 non può essere scomputato dalle somme liquidabili a titolo di risarcimento del danno (*compensatio lucri cum damno*), qualora non sia stato corrisposto o quantomeno sia determinato o determinabile, in base agli atti di causa, nel suo preciso ammontare, posto che l’astratta spettanza di una somma suscettibile di essere compresa tra un minimo ed un massimo, a seconda della patologia riconosciuta, non equivale alla sua corresponsione e non fornisce elementi per individuare l’esatto ammontare, né il carattere predeterminato delle tabelle consentite di individuare, in mancanza di dati specifici a cui è onerato chi eccepisce il *lucrum*, il preciso importo da portare in decurtazione del risarcimento.

Così Cass. civ., 14 giugno 2013, n. 14932, *ivi*, 2013, voce *Sanità pubblica e sanitari*, n. 302.

nanza interlocutoria n. 10531 del 07/05/2013). Tuttavia resta onere di chi invoca la c.d. *compensatio* dimostrarne il fondamento, ed in caso di insufficienza di prova (sull'an del vantaggio ottenuto dalla vittima, od anche solo sul quantum di esso), le conseguenze di essa ricadranno sul convenuto, che resterà tenuto al risarcimento integrale (come già ritenuto da Sez. 6-3, Ordinanza n. 9434 del 10/05/2016; Sez. 6-3, Sentenza n. 20111 del 24/09/2014)¹¹⁷.

In definitiva, la vicenda che ha visto interagire il latinismo con la legge n. 210/1992 sembra non essersi sottratta a quell'eccezionalismo di cui la vicenda del sangue infetto ha sempre dato prova di ammantarsi nell'interagire con le regole di responsabilità civile¹¹⁸, nell'arco di un *legal process* assai peculiare, la cui data di avvio può simbolicamente farsi risalire al 16 luglio 1982¹¹⁹.

Di ciò occorre tener conto nel valutare la rapportabilità delle ricette giuridiche esitate da questo processo al sistema generale nel quale si collocano gli istituti che sono stati toccati da queste ricette.

7.3. *Le vittime del terrorismo e della criminalità organizzata*

Se, dunque, si mette da canto la vicenda della 210/92 e si tornano a esaminare le altre epifanie normative che hanno visto assegnare alla *clcd* il compito di gestire il rapporto fra responsabilità civile ed elargizioni/indennizzi attribuiti al beneficiario in difetto di un suo pregresso sacrificio, nel senso che si è già avuto modo di chiarire, si toccano ancora una volta con mano i limiti palesati dalla grammatica della *clcd*, in

¹¹⁷ L'affermazione è reiterata in tre delle quattro ordinanze che compongono la quaterna del giugno 2017: Cass. civ., ord. 22 giugno 2017, n. 15534; Cass. civ., ord. 22 giugno 2017, n. 15535; Cass. civ., ord. 22 giugno 2017, n. 15537, cit.

¹¹⁸ Ma si è trattato di un eccezionalismo non esplicitato dagli interpreti, e per ciò stesso assai lontano da quel sano pragmatismo che induce a teorizzare con franchezza la necessità che «mass disasters sometimes require creative remedies», come sottolinea chi ha gestito con successo il processo di riparazione dei danni seguiti all'immane catastrofe dell'11 settembre 2001, K.R. FEINBERG, *Unconventional Responses to Unique Catastrophes*, 45 *Akron L. Rev.* 575 (2011).

¹¹⁹ Center for Disease Control, *Pneumocystis Carinii Pneumonitis among Persons with Hemophilia A*, in 31 *Morbidity and Mortality Weekly Report*, 1982 (July 16th), 365-7.

uno scenario giurisprudenziale che ha dato ingresso al defalco solo quando il legislatore si è preoccupato di statuire, settorialmente, come questo rapporto andasse definito a seguito della concessione del beneficio.

Un esempio notevole in tal senso lo offre la normativa emanata quando l'Italia entrò negli anni di piombo (e che di lì in poi è stata oggetto di numerose modifiche e integrazioni) in materia di vittime del terrorismo e della criminalità organizzata¹²⁰.

Senza aver qui modo di illustrare la natura kafkiana di questo complesso pacchetto normativo – pressoché impenetrabile a chi, privo di automatismi da iniziato alle *technicalities* di settore, provi a farsi un'idea delle somme che in sua attuazione l'erario trasferisce in concreto agli aventi diritto, fra elargizioni, pensioni, indennità, assegni *una tantum*, integrazioni, maggiorazioni, rivalutazioni e altri benefici –, vale qui la pena di soffermarsi sul modo in cui i giudici di legittimità giunsero a negare, alla prima occasione utile dopo l'entrata in vigore della normativa nel 1980, che la *clcd* potesse essere applicata a questo tipo di benefici.

Riproponendo lo schema già esaminato nel caso della l. n. 210/1992, anche in questo caso l'elargizione solidaristica fu eccepita in compensazione dall'amministrazione dello Stato chiamata a rispondere in sede civile della morte di un proprio dipendente deceduto durante una rivolta penitenziaria.

¹²⁰ Premesso che la normativa in tema di elargizioni per le vittime del dovere ha radici ben più lontane, la legge necessitata dagli anni di piombo, ovvero la l. 27 ottobre 1973, n. 629, recante «Nuove disposizioni per le pensioni privilegiate ordinarie in favore dei superstiti dei caduti nell'adempimento del dovere appartenenti ai Corpi di polizia», fu integrata e modificata dalla l. 13 agosto 1980, n. 466, recante «Speciali elargizioni a favore di categorie di dipendenti pubblici e di cittadini vittime del dovere o di azioni terroristiche», che oggi va coordinata con la l. 20 ottobre 1990, n. 302, recante «Norme a favore delle vittime del terrorismo e della criminalità organizzata» e con la l. 3 agosto 2004, n. 206, recante «Nuove norme in favore delle vittime del terrorismo e delle stragi di tale matrice».

La risposta della Cassazione fu dapprima articolata attraverso una verifica formale del dato normativo¹²¹, per poi focalizzarsi sul titolo dell'attribuzione solidaristica. Tale riflessione – di là da analisi formalistiche, che in questo tipo di analisi lasciano sempre il tempo che trovano – fu attentamente agganciata alla necessità di verificare se l'attribuzione apparisse ispirata, nella logica genetica di quel dato normativo¹²², alla finalità di riparare, pur se attingendo in chiave solidaristica a risorse tratte dalla fiscalità generale, le conseguenze di un fatto dannoso specifico determinato da un illecito dello Stato¹²³, come invece è avvenuto con la legge 210/1992 con riguardo a trasfusi ed emofilici. E la risposta fu – in quel contesto – giustamente negativa:

Già la lettera della legge esclude la configurabilità della «elargizione» stessa come risarcimento di danno, quale effetto, cioè, direttamente e geneticamente dipendente dall'illiceità dei fatti dannosi ipotizzati e tanto più dall'imputabilità dei fatti stessi allo Stato. La considerazione dell'intima *ratio* delle norme in disamina rafforza l'esclusione. Per le origini storiche ricollegantile [*sic*] alle vittime del dovere (r.d.l. 13 marzo 1921, n. 261, in favore degli agenti di investigazione istituiti con

¹²¹ Così Cass. civ., 30 gennaio 1990, n. 632, in *Foro it.*, 1990, I, 571, spec. 573:

[N]é la lettera, né la *ratio* delle leggi 14 agosto 1980, n. 466, e 27 ottobre 1973, n. 629, confortano il singolare assunto che, quando responsabile degli avvenimenti contemplati in quelle disposizioni, l'amministrazione possa defalcare a suo vantaggio, dal risarcimento dovuto, la speciale elargizione che nelle disposizioni medesime è destinata a favore delle vittime e dei loro familiari, in tal guisa rendendosene la beneficiaria effettiva.

E mette conto notare come l'art. 13 della normativa, silente sulla possibilità di istituire la surrogazione dello Stato nei confronti degli autori dell'atto terroristico o di criminalità organizzata, abbia cura di disciplinare puntigliosamente i casi nei quali il beneficiario si trovi a cumulare i benefici di questa normativa con altre forme di provvidenza pubblica.

¹²² E non è superfluo sottolineare l'inconsueta importanza che, in ogni normativa avviata a diventare titolo di un'attribuzione beneficiale vagliabile attraverso il filtro della *clcd*, può assumere la *legislative history* per l'interprete che voglia fondare il suo convincimento sul senso sostanziale che quel «titolo» solo in tal modo può all'occorrenza disvelare.

¹²³ È in un percorso d'indagine di questo tipo che avrebbe dovuto essere collocata la verifica richiesta per applicare la *clcd* all'indennizzo erogato dallo Stato, nella *litigation* vertente sulla responsabilità dell'amministrazione per i danni da sangue infetto.

r.d.l. 14 agosto 1919, n. 1442) e per la loro estensione in favore dei cittadini, italiani e stranieri, degli apolidi e delle loro famiglie (art. 1, l. 4 dicembre 1981, n. 720), *le norme di cui si tratta esprimono la solidarietà nazionale con le persone immediatamente e gravemente colpite da flagelli che investono essenzialmente l'intera comunità, che in quei malcapitati si identifica e che incolpevolmente li subisce*. Esse hanno affinità con quelle che prevedono pensioni, assegni o indennità di guerra, manifestazioni di un altissimo dovere morale e sociale, di civismo che si radica alle basi stesse della nazione e nel concetto di patria, le quali prescindono dalla qualificazione dei fatti occasionanti, se o meno in termini di illecito, e dalla portata economica degli effetti di essi, se riconducibile o non *sub specie damni*¹²⁴.

Paradossale, per converso, che la stessa Cassazione in tempi più recenti, e utilizzando la medesima lettura del titolo (condotta però in questo caso con piglio puramente formale), abbia invocato la sentenza appena ricordata per respingere – districandosi disinvoltamente sul crinale sempre riattraversabile che può far sì che, all'occorrenza, causa e occasione siano sceverate in un modo o nell'altro – la pretesa dell'amministrazione di far valere in base all'art. 2043 c.c. il costo delle elargizioni nei confronti (dell'assicuratore) dell'autore dell'illecito suscettivo di creare le condizioni istitutive del diritto della vittima di beneficiare dell'emolumento¹²⁵, divenuto in tal guisa e a tutti gli effetti un danno emergente sofferto dall'amministrazione¹²⁶.

¹²⁴ In questi termini Cass. civ., 30 gennaio 1990, n. 632, cit., 574 (corsivo aggiunto), finendo per evocare in modo inconsapevole, nel descrivere le vittime beneficiarie dell'elargizione, lo spirito del sacrificio maussiano che è stato evocato nel secondo capitolo.

¹²⁵ Così, infatti, Cass. civ., 29 luglio 2004, n. 14483, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce *Militare*, n. 22:

la speciale elargizione prevista per motivi di solidarietà dalla l. 3 giugno 1981, n. 308, in favore di militari infortunati o caduti in servizio e dei loro superstiti trova solo occasione, ma non anche dipendenza genetica o causale, nel fatto illecito dannoso che ha reso attuale una delle ipotesi previste dalla legge per l'erogazione di quell'indennizzo, in quanto questa trae diretta dipendenza dal fatto che la morte o la lesione sia avvenuta nell'espletamento di un servizio di istituto del soggetto, il quale è, per questo, da considerarsi vittima del dovere; pertanto l'amministrazione dello stato tenuta agli esborsi a favore delle vittime del dovere o dei loro congiunti non può proporre, a tale titolo, azione di risarcimento del danno ex art. 2043 c.c., nei confronti dell'autore dell'illecito, non

Il confronto fra le due sentenze, attinenti a situazioni speculari, ma solo in apparenza legate a una valutazione del titolo effettuabile nei medesimi termini, permette di enucleare con chiarezza un aspetto decisivo che si candida ad accompagnare l'analisi del titolo, quale elemento giustificativo dell'attribuzione alla cui verifica è subordinato l'operare della *clcd*.

L'analisi del titolo, a ben vedere, non è molto distante dal modo in cui il criterio d'imputazione del danno si presta a particularizzare una qualsiasi sequenza causale, rendendola produttiva di effetti giuridici, specie nella causalità omissiva¹²⁷.

Nel primo dei due casi ricordati, infatti, l'elargizione si dà «a chiunque subisca un'invalidità permanente, per effetto di ferite o lesioni riportate in conseguenza dello svolgersi nel territorio dello Stato di atti di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico», e non può pertanto risolversi in un beneficio detraibile a vantaggio dell'amministrazione presso la quale la vittima abbia prestato servizio, perché l'amministra-

costituendo questa indennità, anche quando il fatto illecito del terzo costituisca reato, un danno cagionato ai sensi dell'art. 185 c.p.

¹²⁶ Questo non ha impedito – anche perché i convenuti non hanno svolto soverchie difese in giudizio – alla Presidenza del Consiglio dei Ministri di vedersi risarcire, dai responsabili penali della strage di Bologna,

i benefici economici erogati dallo Stato alle vittime del terrorismo e ai loro familiari ex l. n. 206/2004 (*omissis*) in forma di speciali elargizioni, vitalizi, benefici pensionistici; si sottolinea che risultano tutti esborsi effettuati da varie amministrazioni dello Stato, tutti causalmente riconducibili al fatto di reato per il quale gli odierni convenuti sono stati condannati in via definitiva.

Così, in una sentenza di scarso interesse tecnico, di inutile significato concreto, ma dall'elevato – questo sì – valore storico-simbolico, Trib. Bologna, 10 ottobre 2014, in *Danno resp.*, 2015, 713, con nota di M. FRANZONI, *Strage del 2 agosto 1980 e risarcimento allo Stato*.

¹²⁷ Per l'analisi del «rischio prevenibile» quale strumento utile a leggere la c.d. causalità giuridica sul piano applicativo, nella più generale consapevolezza che nella responsabilità civile la causalità, istituendo una relazione fra un soggetto e un danno, serve a particularizzare l'attore (che si assume danneggiato) di fronte all'illecita creazione di rischio determinata dal convenuto, mentre l'illecito (e più specificatamente: il titolo o l'elemento dell'imputazione) serve a particularizzare il convenuto (assunto danneggiante) di fronte alla totalità fenomenologica delle cause del danno, U. IZZO, *La precauzione nella responsabilità civile*, cit., 302-307.

zione è tratta a responsabilità dal proprio impiegato non per aver compiuto l'atto terroristico, ma per non aver impedito che l'atto si compisse in virtù delle norme poste a protezione del lavoratore nel pubblico impiego. Dunque, il titolo dell'illecito appare nettamente distinto dal titolo dell'attribuzione.

Nel secondo caso l'elargizione identifica un beneficio, produttivo di esborso immediatamente emergente per l'amministrazione, che la legge impone a quest'ultima di erogare al verificarsi dell'invalidità permanente riportata dal proprio dipendente *proprio in conseguenza* dell'illecito del terzo, terzo verso cui, pertanto, appare perfettamente sensato consentire all'amministrazione di muovere con successo la propria azione risarcitoria, perché titolo dell'illecito commesso dal terzo e titolo del beneficio erogato dall'amministrazione alla fine vengono a coincidere.

Giova peraltro segnalare, nel *mare magnum* delle normative allestite dallo Stato per venire incontro agli effetti dannosi determinati dal proliferare di fenomeni criminali di stampo mafioso e non¹²⁸, il tentativo di razionalizzare nella sede adatta – quella legislativa – le sorti postume dell'erogazione attribuita alle vittime, prevedendo, con l'istituzione di un Fondo unitario unificante i prima disgiunti «Fondo di solidarietà per le vittime delle richieste estorsive e dell'usura» e «Fondo di rotazione per la solidarietà alle vittime dei reati di tipo mafioso», che questo ente, dotato di personalità giuridica autonoma, dopo aver corrisposto le proprie provvidenze, si surrogi nei diritti delle vittime ed eserciti tali diritti nei confronti degli autori dei reati di tipo mafioso, delle richieste estorsive e dell'usura, onde acquisire i proventi così recuperati alla propria dotazione finanziaria¹²⁹.

¹²⁸ L. 22 dicembre 1999, n. 512, recante «Istituzione del Fondo di rotazione per la solidarietà alle vittime dei reati di tipo mafioso», poi assorbita, con varie modifiche e integrazioni, nel d.P.R. 19 febbraio 2014, n. 60, recante «Regolamento recante la disciplina del Fondo di rotazione per la solidarietà alle vittime dei reati di tipo mafioso, delle richieste estorsive e dell'usura, a norma dell'articolo 2, comma 6-*sexies*, del decreto-legge 29 dicembre 2010, n. 225, convertito, con modificazioni, dalla legge 26 febbraio 2011, n. 10».

¹²⁹ Vedi, infatti, l'art. 6, comma 4, della l. n. 512/1999 e l'art. 18-*bis*. della l. n. 44/1999, norme che oggi concorrono a disciplinare l'unitario Fondo di rotazione per la solidarietà alle vittime dei reati di tipo mafioso, delle richieste estorsive e del-

La medesima attenzione era peraltro già stata riposta nell'art. 10 della legge 20 ottobre 1990, n. 302, recante «Norme a favore delle vittime del terrorismo e della criminalità organizzata», preoccupandosi di istituire un'ipotesi di surrogazione legale per far sì che lo Stato eserciti nei confronti dei responsabili i diritti ad esso trasmessi per surrogazione dalle vittime fino alla concorrenza dell'importo delle somme erogate a loro beneficio¹³⁰.

7.4. *Le vittime del disastro di Ustica*

Muniti di queste consapevolezze si può esaminare un altro rimarchevole contesto che ha finito per generare un confronto con la grammatica giurisprudenziale della *clcd* (o meglio, come si chiarirà a breve, con un «esito da *clcd*»). Esito che interessa nuovamente lo Stato italiano per effetto della doppia veste giuridicamente assunta dall'ente esponentiale della nazione in conseguenza della strage di Ustica.

Anche qui, infatti, se «lo Stato siamo noi»¹³¹, siamo tutti erogatori di indennità solidaristiche alle vittime¹³², e al contempo (ma è una consa-

l'usura, istituito a norma dell'articolo 2, comma 6-*sexies*, del decreto-legge 29 dicembre 2010, n. 225, convertito, con modificazioni, dalla legge 26 febbraio 2011, n. 10.

¹³⁰ L'art. 10 della normativa, rubricato «Autonomia del beneficio e concorrenza con il risarcimento del danno», dispone:

1. Le elargizioni e gli assegni vitalizi di cui alla presente legge sono erogati indipendentemente dalle condizioni economiche e dall'età del soggetto leso o dei soggetti beneficiari e dal diritto al risarcimento del danno agli stessi spettante nei confronti dei responsabili dei fatti delittuosi.
2. Tuttavia, se il beneficiario ha già ottenuto il risarcimento del danno, il relativo importo si detrae dall'entità dell'elargizione. Nel caso di corresponsione di assegno vitalizio la detrazione è operata dopo aver proceduto alla capitalizzazione dello stesso, moltiplicando lo ammontare annuale dell'assegno per il numero di anni corrispondente alla differenza tra l'età del beneficiario e la cifra 75.
3. Qualora il risarcimento non sia stato ancora conseguito, lo Stato è surrogato, fino all'ammontare dell'elargizione o della somma relativa alla capitalizzazione dell'assegno vitalizio, nel diritto del beneficiario verso i responsabili.

¹³¹ Ma – duole costatarlo – non nel senso auspicato leggendo le «pagine necessarie» che ripropongono i saggi di P. CALAMANDREI, *Lo Stato siamo noi*, Milano, 2011.

¹³² L. 8 agosto 1995, n. 340, recante «Estensione dei benefici di cui agli articoli 4 e 5 della legge 20 ottobre 1990, n. 302, ai familiari delle vittime del disastro aereo di

pevolezza non ancora pienamente passata in giudicato mentre si scrive) siamo tutti civilmente responsabili dei danni seguiti alla tragica esplosione in volo del DC 9 dell'Itavia sui cieli del Tirreno¹³³.

Tuttavia, è stato stabilito che il danno riconosciuto agli eredi delle vittime debba tener conto di (una parte di) quanto la collettività ha erogato loro a titolo di erogazioni solidaristiche.

E questo non perché ricorra, a rigore, un'ipotesi di *clcd*, che, infatti, non trova mai espressa menzione nelle ben 159 cartelle composte dal Tribunale di Palermo per rispondere alle pretese degli eredi di quanti ebbero in sorte di prendere quel tragico volo.

Ma perché – la Corte del mandamento di Monte di Pietà ha avuto buon gioco nel rilevarlo – il titolo (almeno per quanto riguarda una parte) di queste attribuzioni è stato concepito dalla legge che le ha concesse in modo tale da rendere di difficilmente contestabile che tali somme abbiano (natura e siano espressione di) una funzione risarcitoria¹³⁴.

Ustica del 27 giugno 1980»; cui *adde* l'art. 1, comma 1270, della l. 27 dicembre 2006, n. 296 (legge finanziaria 2007), che con la rubrica «Estensione benefici ai familiari del disastro di Ustica e vittime della “banda della Uno bianca”», estendeva (perché la norma è stata poi vendicativamente abrogata dalla finanziaria 2011) alle vittime del disastro di Ustica anche le provvidenze recate dalla più recente normativa in tema di vittime del terrorismo (ovvero la l. 3 agosto 2004, n. 206).

¹³³ Così dopo Cass. civ., 5 maggio 2009, n. 10285, in *Foro it.*, 2009, I, 2064, su cui la nota di M. COMENALE PINTO, *Ustica e la sicurezza dello spazio aereo*, in *Riv. dir. nav.*, 2010, 719 (che ha statuito sulla domanda proposta dall'Itavia nei confronti del Ministero della Difesa e di quello dei Trasporti) e Trib. Palermo, 10 settembre 2011, in *Foro it.*, 2012, I, 1195, leggibile nella sua lunghissima integralità in *Foro it.*, *Le banche dati*, archivio Merito ed extra, 2012, su cui A. GUARNERI, *Il disastro aereo di Ustica: pluralità di ipotesi causali e criterio della probabilità prevalente*, in *Resp. civ. prev.*, 2012, 194 (che ha statuito sulla domanda proposta nei confronti del solo Ministero della Difesa da parte dei parenti delle vittime).

¹³⁴ Questo il passaggio decisivo sul punto in Trib. Palermo, 10 settembre 2011, cit., punti da 547 a 550, corsivo aggiunto:

da tali disposizioni emerge chiaramente la natura risarcitoria dell'elargizione prevista dalla legge 20 ottobre 1990, n. 302, essendo prevista la detrazione dall'elargizione dell'importo del risarcimento del danno già ottenuto e, nel caso in cui il risarcimento non sia stato ancora conseguito, la surrogazione legale (*ex art. 1203 n. 5 c.c.*) dello Stato nel diritto del beneficiario al risarcimento del danno. Nel caso di specie, essendo pacifico che gli odierni attori non hanno mai conseguito da alcuno il risarcimento del danno loro spettante nei confronti dei

A sostegno di quest'affermazione la Corte pone una lettura del comma 3, dell'art. 10, della legge 302/90, che – come visto – istituisce a chiare lettere un'ipotesi di surrogazione legale a favore dello Stato erogante la sicurezza sociale nelle circostanze e nella forma prevista da quella normativa, quasi a simboleggiare un intento che un non addetto ai lavori comprenderebbe sentendo dire che quei soldi non sono regalati, ma sono anticipati in una situazione di bisogno, nella quale lo Stato si determina – così mostrando l'intento costituzionalmente solidaristico della sua azione – a correre l'alea legata all'incapacità di veder soddi-

responsabili del disastro, è evidente che può trovare applicazione, per i casi in cui le elargizioni di cui alla legge 20 ottobre 1990, n. 302, siano state effettivamente erogate, la surrogazione dello Stato nel diritto degli attori verso i responsabili (nel caso di specie lo Stato stesso) fino all'ammontare dell'elargizione o della somma relativa alla capitalizzazione dell'assegno vitalizio effettivamente già corrisposti. È comunque altrettanto evidente che tale surrogazione, riguardando soltanto il diritto degli attori al risarcimento del danno “nei confronti dei responsabili dei fatti delittuosi”, non si verifica riguardo al diritto, riconosciuto con la presente sentenza, al risarcimento del danno derivante dalle condotte di ostacolo all'accertamento della verità ascritte al Ministero della Difesa. In questi limiti la domanda riconvenzionale può pertanto trovare accoglimento in quanto, per effetto della surrogazione prevista dalla legge, e nei limiti dell'ammontare delle somme già corrisposte dallo Stato a ciascuno degli attori a titolo di elargizioni di cui alla legge 20 ottobre 1990, n. 302, nel diritto al risarcimento dei danni vantato dagli attori nei confronti dei responsabili si è avuta successione con sostituzione dello Stato agli attori nel lato attivo del rapporto (*ed evidente estinzione, per confusione, del diritto acquisito dallo Stato mediante il pagamento con surrogazione*).

Per inciso, la medesima cura di taglio legislativo, attenta a coordinare il beneficio al danno nel momento genetico della concezione del beneficio, è stata impiegata dal legislatore formulando l'art. 1905 del nuovo Codice dell'ordinamento militare introdotto dal d.lgs. 15 marzo 2010, n. 66, il quale contempla una speciale elargizione a favore delle vittime di incidenti verificatisi nel corso o in conseguenza di attività operative svolte dalle Forze armate sul territorio nazionale, avendo cura di precisare che tale elargizione «non esclude il risarcimento del maggior danno eventualmente dovuto», e così chiarendo che la somma – ove il danno al personale delle forze armate risulti imputabile alla P.A. – costituisce un mero acconto sulle somme dovute dall'amministrazione debitrice dell'eventuale credito risarcitorio. Si è così persa l'occasione di prevedere, come nel caso della normativa relativa al disastro di Ustica appena vista, una ipotesi di surrogazione legale per l'ipotesi in cui il danno al personale sia cagionato da un terzo, consentendo alla P.A. di recuperare dal responsabile le somme versate a «titolo» di emolumento.

sfatto concretamente un credito, che però nasce e muore all'interno di un circuito attributivo all'origine del quale sta un trasferimento di ricchezza geneticamente giustificato dall'art. 2043 c.c., e di conseguenza connotato da una chiara funzione compensativa, che fa premio sulla possibilità di ravvedere in tale beneficio l'assolvimento di una funzione previdenzial-assistenziale¹³⁵.

7.5. *Vajont, Stava e altri disastri*

Per portare a compimento la lunga verifica intrapresa sull'impiego della grammatica della *clcd* nella giurisprudenza impegnata a coordinare gli effetti della sicurezza sociale con quelli della responsabilità civile, resta da esaminare un ultimo, rilevante capitolo.

Al cuore di questo segmento conclusivo della nostra analisi si colloca un'ampia schiera di eventi catastrofici/disastri accomunati dal fatto di non essere ascrivibili all'imponderabile, ma a un soggetto suscettibile di essere passivamente legittimato a vedersi imputare una parte o tutti i danni che tali disastri hanno prodotto, che in date occasioni può coincidere con lo stesso Stato o con una sua articolazione territoriale. E ciò determina una chiara situazione di *clcd* tutte le non rare volte che lo Stato (o una sua articolazione) abbia investito risorse per soccorrere, aiutare e attribuire ristoro alle vittime di tali accadimenti in nome della solidarietà nazionale¹³⁶.

Certo potrebbero darsi astrattamente situazioni nelle quali nell'ottica precauzionale l'imponderabile diventa ponderabile¹³⁷, ma – almeno per

¹³⁵ Trib. Palermo, 10 settembre 2011, cit.

¹³⁶ Non è mai stato messo seriamente in discussione in Italia, nemmeno dal più fervente talebano della riparazione integrale, che la solidarietà privata innescata dalle catastrofi (mentre si scriveva questo libro, si è assistito alla gara di solidarietà per gli eventi sismici che hanno colpito Lazio, Umbria e Marche fra l'agosto e l'ottobre 2016) possa determinare un problema di *clcd*, offrendo spunto per analizzare aspetti che, invece, altrove, nel dopo il «Nine Eleven», sono sembrati meritevoli di esercizio dottrinale, R.A. KATZ, *Too Much of a Good Thing: When Charitable Gifts Augment Victim Compensation*, in 53 *DePaul L. Rev.* 547 (2003).

¹³⁷ Come nel caso della vicenda vagliata (con esiti, com'è noto, dissonanti nel merito e infine assolutori in legittimità, Cass. pen., Sez. IV, 25 marzo 2016 (ud. 19 novembre 2015), n. 12748, in *Diritto penale contemporaneo*, 2016, in rete: <<http://www.pena>

l'attuale stato delle conoscenze scientifiche¹³⁸ – può ritenersi che gli eventi sismici siano per il momento un ottimo paradigma fra i disastri naturali che impediscono di pensare che quanti siano danneggiati da tali eventi abbiano la possibilità di identificare un legittimato passivo alle proprie pretese risarcitorie (salvo, va da sé, verificare come alcuni di questi ipotetici legittimati – fra cui in molti casi i danneggiati stessi – non abbiano rispettato prescrizioni precauzionali adottabili per elidere o mitigare un danno certo imprevedibile, quanto al momento della sua precisa verifica, ma strutturalmente attendibile, quanto alla consapevolezza di vivere in una zona caratterizzata da un livello di sismicità più o meno marcato).

La decisione della Cassazione penale che ha assolto i tecnici/scienziati che presero parte alle riunioni della commissione Grandi rischi accusata di aver sottovalutato e minimizzato il rischio tellurico¹³⁹, ha però condannato il rappresentante della Protezione civile che aveva pubblicamente rassicurato la popolazione della città abruzzese dopo lo svolgimento di una faticosa riunione.

Per effetto dell'art. 2049 c.c., la circostanza prelude, senza soverchi margini d'incertezza, alla condanna civile della Presidenza del Consiglio, aprendo così la strada a ipotizzabili situazioni di *clcd*, fra contribu-

lecontemporaneo.it/d/4613-la-cassazione-sul-terremoto-dell-aquila>) da GUP Trib. L'Aquila, 22 ottobre 2012, in *Giust. pen.*, 2013, II, 403, con nota di C. VALBONESI, *La colpa trema: il terremoto di L'Aquila e la condanna agli scienziati della commissione grandi rischi*; e di App. L'Aquila, 10 novembre 2014, Barberi, in *Arch. pen.*, 2015, 302, con nota di G. CIVELLO, *Il caso del terremoto dell'Aquila (prime note alla sentenza d'appello)*.

¹³⁸ Analizza il senso e la validità scientifica di quest'affermazione, nel quadro di una riflessione sulle capacità predittive che possono essere ricondotte all'avanzamento delle conoscenze nel campo delle c.d. «scienze dure», per differenziare il verso di questa affermazione quando si abbia la tentazione di riferirla alle «capacità predittive» della scienza economica, messe candidamente a nudo dalla celebre «domanda della Regina» formulata dalla sovrana Elisabetta II agli economisti della London School of Economics dopo aver perso 18 milioni di sterline in esito al crollo della Lehman Brothers, F. SYLOS LABINI, *Rischio e previsione. Cosa può dirci la scienza sulla crisi*, Roma-Bari, 2016, 44 ss.

¹³⁹ Cass. pen., Sez. IV, 25 marzo 2016, cit.

ti, indennizzi e provvidenze disposte a seguito del sisma e risarcimento del danno integrale da «sisma illecitamente tranquillizzato».

E non è escluso che nuove legittimazioni passive possano maturare in futuro di fronte ai mutamenti climatici in atto, accanto a quelle più classiche dei vari soggetti che omettono di prendere precauzioni per evitare o contenere disastri indotti da eventi meteo più o meno estremi, se si considera il ruolo sempre più «scientifico» che l'avanzamento delle conoscenze e della tecnologia sembra assegnare alla meteorologia, in uno con la crescente rivendicazione di *status* professionali da parte degli addetti ai lavori, se risponde al vero che

la qualità reale delle previsioni è indiscutibilmente migliorata, la disponibilità di prodotti e servizi meteoclimatologici è aumentata, è cresciuta la domanda di informazioni meteorologiche e l'interesse spasmodico del pubblico ha incrementato la crescita di un mercato così libero da trasformare la meteorologia in un business milionario anche in Italia¹⁴⁰.

Lasciando da un canto i terremoti e la crescente capacità della meteorologia di istituire certezze in quanti vivono sotto il cielo e gli eventi atmosferici in quel cielo prendono luogo, i giudici di legittimità si sono più volte trovati a vagliare l'eccezione di *clcd* in vicende connotate da estrema drammaticità (beninteso: non diversamente da altre tragedie finora incontrate in queste pagine), com'è accaduto nel caso del disastro del Vajont o di quello di Stava, anche se – per dirla tutta – nei casi che hanno conosciuto la ribalta dei repertori a seguito di entrambe le vicende, i destinatari dell'eccezione di *clcd* non hanno coinvolto vittime capaci di serbare memoria del dolore recato dalle tragedie, ma persone giuridiche che in conseguenza dalle tragedie lamentavano un danno risarcibile.

¹⁴⁰ Così, AA.VV., *Professione metereologo. La certificazione della qualifica professionale e il valore della previsione*, in *Ecoscienza*, 2014, fasc. 4, 55; e v. la proposta di legge C. 4020, presentata alla Camera dei Deputati il 20 gennaio 2011, recante «Istituzione delle professioni di fisico e di fisico medico». E v. da ultimo AA.VV., *Dove va la meteorologia*, in *Ecoscienza*, 2018, fasc. 1, 47 ss., anche a proposito della istituzione, avvenuta nell'ambito della legge di bilancio 2018 (legge 27 dicembre 2017, n. 205), di ItaliaMeteo, l'Agenzia nazionale per la meteorologia e la climatologia.

Nel caso del Vajont, lo Stato, con l'istituzione della regione Veneto di là da venire, intervenne prontamente e con centralistica decisione per venire incontro alla devastazione procurata alle comunità di Erto e Casso e a tutta la valle annichilita dal disastro¹⁴¹.

Lo fece oculatamente, per quel che qui interessa, prevedendo che tutti gli importi oggetto delle provvidenze previste a vantaggio dei vari soggetti pubblici e privati beneficiari degli aiuti fossero «concessi a titolo di anticipazione sul risarcimento dei danni patrimoniali spettante ai danneggiati in seguito all'accertamento di eventuali responsabilità», mettendo in chiaro che, nei limiti delle somme anticipate, lo Stato si sarebbe surrogato nei diritti dei beneficiari nei confronti degli eventuali responsabili, con l'effetto di toglier dal giro la possibilità che, almeno per quelle somme, si ponesse prospetticamente un problema di *clcd*, essendo così stato esplicitamente previsto in via legislativa il diverso istituto della surrogazione¹⁴².

La stessa attenzione non fu però rinnovata nelle numerose leggi susseguitesi negli anni successivi per completare il quadro delle provvidenze e dei contributi trasferiti dall'erario statale a vantaggio dei soggetti pubblici e privati danneggiati dalla catastrofe¹⁴³.

Sta di fatto che trentasette anni dopo la tragedia le conseguenze civili della sciagura trovarono una composizione globale, al termine di un contenzioso penale, civile ed erariale che per la sua complessità non è qui dato riassumere, con un accordo transattivo siglato fra l'amministrazione dello Stato e gli altri due civilmente corresponsabili Enel e Montedison¹⁴⁴.

¹⁴¹ L. 4 novembre 1963, n. 1457, recante «Provvidenze a favore delle zone devastate dalla catastrofe del Vajont del 9 ottobre 1963».

¹⁴² Inequivoco in tal senso l'art. 3-*bis* della l. n. 1457/1963, come aggiunto dall'art. 5 della (di poco successiva) l. 31 maggio 1964, n. 357.

¹⁴³ L. 19 dicembre 1973, n. 837, recante «Ulteriori interventi a favore della zona del Vajont»; l. 8 giugno 1978, n. 306, recante «Ulteriore finanziamento di provvidenze a favore delle zone colpite dalla catastrofe del Vajont»; l. 10 maggio 1983, n. 190, «Ulteriori interventi in favore delle zone colpite dalla catastrofe del Vajont».

¹⁴⁴ Siglata fra le parti il 27 luglio 2000, la transazione contemplò l'accollo per un terzo ciascuno dei 900 miliardi di lire di oneri e danni complessivi sopportati da Stato, Enel e Montedison, che si divisero nella medesima misura l'importo dei risarcimenti

La *clcd* finì così per venire in rilievo giurisprudenziale solo nell'ambito di due separati giudizi civili promossi dai tre comuni che resistettero a ogni lusinga transattiva fino alla definizione dei giudizi in sede di legittimità.

Da una parte i comuni di Erto e Casso, che nel 1976 avevano promosso un giudizio contro l'ENEL¹⁴⁵. Dall'altra il comune di Castellavazzo, che nel 1979 aveva rivolto la propria pretesa risarcitoria sia nei confronti dell'ENEL che della Montedison¹⁴⁶.

Alle prese con la consueta grammatica della *clcd* la Cassazione s'interrogò con piglio analogico e forse troppo didascalico sul fondamento normativo della coppia di elementi classicamente associati a questa grammatica.

Da un canto mise in relazione la verifica della derivazione causale del beneficio dall'evento con l'art. 1223 c.c. Dall'altro, ritenne di ancorare l'esame dell'omogeneità del titolo all'art. 1243 c.c., riportando in auge, come qualcuno non mancò di osservare in sede di commento¹⁴⁷,

riconosciuti ai comuni danneggiati (99 miliardi di lire in tutto). Il tutto comportò la liquidazione di un conguaglio dalla Montedison allo Stato e all'Enel pari a 210 miliardi.

Per una prima lettura giuridica della vicenda, ancorché non contemplante questi ultimi, definitivi sviluppi, N.W. PALMIERI, *Vajont, Stava, Agent Orange: il costo di scelte irresponsabili*, Padova, 1997; cui *adde* – in chiave apertamente critica rispetto alla ricostruzione offerta in questa prima analisi e non senza ricordare il ruolo ricoperto da chi l'aveva svolta, impegnato professionalmente nella vicenda quale direttore degli affari legali del gruppo Montedison – la trattazione dedicata alla saga del Vajont da A. MANTELERO, *Il ruolo dello Stato nelle dinamiche della responsabilità civile da danni di massa*, cit., 147 ss., spec. 153, *sub* nota 2.

A quest'ultimo studio sulla vicenda si deve anche un'analisi, sempre non velatamente critica, del ruolo assunto dallo Stato nel favorire il processo transattivo che già negli anni Sessanta definì le posizioni risarcitorie della più parte delle vittime della tragedia (*ivi*, 177-182), lasciando quindi fuori, dal quadro risarcitorio globale, solo un manipolo di vittime private, assieme ai comuni di Erto e Casso, enti che, infatti, proseguirono un contenzioso con la Montedison conclusosi solo nel 1996, su cui *infra*.

¹⁴⁵ Il giudizio fu definito da Cass. civ., 19 giugno 1996, n. 5650, in *Danno resp.*, 1996, 698, con ampio commento di V. COLONNA, *Vajont: ultimo atto*.

¹⁴⁶ Il giudizio fu definito da Cass. civ., 15 aprile 1998, n. 3806, in *Resp. civ. prev.*, 1998, 992, con nota di G.F. BASINI, *La Cassazione ribadisce la configurabilità di danni non patrimoniali anche in capo alle persone giuridiche*.

¹⁴⁷ V. COLONNA, *Vajont: ultimo atto*, cit., 707.

l'errore concettuale rilevando il quale Renato Scognamiglio aveva stigmatizzato il passo falso compiuto dalla Corte di Appello di Catania nel 1951¹⁴⁸.

E per tal via la Corte pervenne a disapplicare la *clcd* invocata dall'ENEL, evocando l'idea che il danno ambientale risarcibile ai comuni assumesse in quel contesto consistenza non patrimoniale, rivelandosi non omogeneo rispetto al beneficio pervenuto loro attraverso i contributi statali, che questa consistenza ovviamente non possedevano.

Esito non diverso ebbe Cass. civ., 15 aprile 1998, n. 3806, la cui motivazione restò affidata allo stesso estensore della sentenza appena esaminata, il quale ebbe così occasione di replicare alle critiche ricevute per aver valutato la *clcd* richiamando nella precedente sentenza la logica dell'art. 1243 c.c.¹⁴⁹.

La vicenda giurisprudenziale che definì le conseguenze risarcitorie della catastrofe del Vajont si chiuse quindi con un esito netto, per il momento riassumibile nel modo che segue: non è concesso al danneggiante invocare la *clcd* per vedere decurtato il proprio *quantum debeatur* in misura corrispondente al beneficio recato al danneggiato da un soggetto diverso dal danneggiante stesso.

Si portò ben oltre questa conclusione la giurisprudenza di merito chiamata a vagliare l'applicabilità della *clcd* nei giudizi risarcitori innescati da un'altra tragedia determinata nella storia recente italiana dalla volontà di sfruttare una risorsa naturale: quella di Stava¹⁵⁰.

Nelle sentenze edite relative alla vicenda¹⁵¹, il Tribunale di Trento scelse di seguire una lettura ultraortodossa della grammatica applicativa

¹⁴⁸ Il punto è stato estesamente trattato nel primo capitolo di questo studio.

¹⁴⁹ Per motivi di ordine logico-espositivo, si darà conto di questa replica nel capitolo conclusivo dello studio, essendo il significato dell'argomentazione resa dalla Cassazione in questo arresto assai rilevante, e funzionale al più ampio discorso sul metodo di verifica della *clcd* che si avrà modo di illustrare organicamente al lettore in quella sede.

¹⁵⁰ Le cui responsabilità penali furono definitivamente accertate da Cass. pen., 6 dicembre 1990, Bonetti, in *Foro it.*, 1992, II, 36, comportando la responsabilità civile sia della Montedison e di altre imprese che nel tempo avevano gestito la miniera causa del disastro, che della Provincia autonoma di Trento per omesse verifiche e controlli.

¹⁵¹ Trib. Trento, 16 settembre 2002, in *Foro it.*, 2003, I, 623; Trib. Trento, 10 giugno 2002, in *Riv. giur. amb.*, 2004, 510, con nota di L. PRATI, *La compromissione della reputazione turistica come danno morale risarcibile in capo all'Ente territoriale*.

della *clcd*, giungendo a forzare il dato normativo impiegato nella legge della Provincia autonoma di Trento, recante i contributi e le provvidenze destinate a beneficio delle vittime delle acque del torrente Stava¹⁵².

Di fronte a un risarcimento chiesto da una impresa operante nel settore della falegnameria alla Provincia autonoma di Trento, che aveva già erogato in base alla legislazione speciale e a titolo di danno patrimoniale alla società attrice ben più di quanto quest'ultima reclamava in giudizio, si sosteneva (con scarsa capacità persuasiva),

(...) che ad un più approfondito esame dell'intero contesto normativo [l'intervento finanziario recato dalla legge provinciale] non era limitato agli aspetti risarcitori, bensì mirava, attraverso provvidenze pubbliche, ad interventi di urgente solidarietà in favore dei colpiti dal disastro, in relazione al dovere di cui all'art. 2 Cost. (...) il fatto che l'ente pubblico cui incombeva il dovere di erogare le provvidenze sulla base della normativa richiamata (la Provincia autonoma di Trento) è al contempo civilmente (cor)responsabile per i danni causati dal disastro, sulla base delle sentenze pronunciate dall'autorità giudiziaria [non muta] la natura giuridica dei contributi, che mantengono la caratteristica di poste solidaristiche e non risarcitorie, così come non muta la posizione della PAT, che in tal caso ha agito come ente pubblico erogatore di provvi-

¹⁵² La normativa rilevante (art. 1, comma 3, l. Provincia autonoma di Trento 10/86), recitava, mettendosi inequivocabilmente al servizio di un'attribuzione patrimoniale saldamente ancorata alla logica dell'art. 2043 c.c.:

ai sensi dell'art. 6 d.l. 24 settembre 1985 n. 480, convertito con modificazioni nella l. 21 novembre 1985 n. 662, le provvidenze previste dalla presente legge, ad eccezione di quelle previste dal capo V, sono concesse a titolo di anticipazione sul risarcimento dei danni patrimoniali spettante ai danneggiati in seguito all'accertamento di eventuali responsabilità.

L'art. 6 della normativa in questione continuava nel modo che segue.

1. I contributi e le provvidenze previsti dai precedenti articoli sono concessi a titolo di anticipazione sul risarcimento dei danni patrimoniali spettante ai danneggiati in seguito all'accertamento di eventuali responsabilità.
2. Nei limiti delle somme anticipate, lo Stato e la Provincia autonoma di Trento sono surrogati ai beneficiari delle anticipazioni nel diritto al risarcimento dei danni patrimoniali nei confronti degli eventuali responsabili, salvo l'obbligo della Provincia autonoma di Trento di restituire allo Stato le somme eventualmente recuperate.
3. Nel caso che il diritto di surrogazione non possa essere esercitato, le somme anticipate restano definitivamente acquisite ai beneficiari.

denze per scopi di solidarietà sociale, in attuazione di precisi dettati normativi, non già come obbligato civilmente per il risarcimento dei danni. [Si concludeva che fosse] irrilevante, sotto il profilo risarcitorio, che i vantaggi patrimoniali conseguiti dall'attrice per effetto della contribuzione pubblica occasionata dall'illecito siano stati superiori a tutti i danni subiti a causa dell'illecito stesso, comprensivi dei danni di cui si chiede in questa sede il risarcimento¹⁵³.

Una simile argomentazione, approdando alla conclusione «che non è concesso al danneggiante invocare la *clcd* per vedere decurtato il proprio *quantum debeatur* in misura corrispondente al beneficio recato al danneggiato dal medesimo danneggiante», servì dunque a risarcire le perdite invocate in lucro cessante da un'impresa che aveva già ottenuto dalla sua controparte a titolo di risarcimento del danno patrimoniale per il tramite della legge provinciale una somma ben maggiore rispetto a quella che il CTU nel giudizio del caso aveva calcolato essere l'importo dei guadagni mancati, con un evidentissimo esito locupletativo che finì così per valicare l'argine risarcitorio della *clcd*, scaricato su un erario chiamato ad assorbire le nobili e generose virtù etiche declamate nello svolgimento di un simile esercizio interpretativo¹⁵⁴.

¹⁵³ Così Trib. Trento, 16 settembre 2002, in *Foro it.*, 2003, I, 623.

¹⁵⁴ Trib. Trento, 15 gennaio 1999 (decisa il), R.G. 199/1997, Giud. Giuliani, inedita, aveva per contro escluso l'operare della *clcd* nel caso di una richiesta risarcitoria avanzata da una congiunta di una vittima deceduta nel disastro di Stava, sul rilievo che in quella occasione l'attrice invocasse un danno avente natura non patrimoniale, tale da non apparire omogeneo con l'intento di corrispondere somme a titolo di anticipazione sul danno patrimoniale, come previsto dalla normativa della Provincia autonoma di Trento, soggiungendo che:

la dottrina prevalente ritiene infatti che non sia possibile comparare entità quali gioie e dolori, non suscettibili di operazioni meramente matematiche. Anche nel caso in cui chi subisca il danno riceva un arricchimento patrimoniale, non è possibile compensare entità tra loro eterogenee, in quanto il vantaggio patrimoniale si trova, rispetto al fatto produttivo del danno morale, in rapporto di mera occasionalità, che non può giustificare alcuna compensazione.

8. *La grammatica applicativa della compensatio lucri cum damno «in action»: note di lettura*

In conclusione, questa lunga disamina, resasi necessaria per verificare in che modo la giurisprudenza italiana abbia maneggiato la grammatica della *clcd* dagli anni Cinquanta in poi quante volte sia stata richiesta di farne applicazione per tentare di coordinare l'operare della responsabilità civile con le tante attribuzioni patrimoniali riconducibili all'ampia nozione di sicurezza sociale presa in carico dalla normativa europea, consegna all'interprete alcune consapevolezze preziose, su cui varrà la pena di tornare in maggior dettaglio nel capitolo conclusivo di questo studio.

Alla luce di questa verifica sul campo, causalità e titolo dell'attribuzione, gli elementi cardine di questa grammatica, danno prova d'aver propiziato, nella giurisprudenza di merito come in quella di legittimità, applicazioni del «principio *clcd*» spesso incoerenti e/o frettolose, quando non suscettibili di essere frutto di percezioni semplicistiche o scolastiche della regola che questo principio mira a implementare.

In alcuni casi – lo si è visto – la *clcd* «in action» non riesce a celare del tutto, dietro l'apparente formalismo tecnico delle nozioni che essa chiede di verificare, l'ideale politico che il giudicante alle prese col problema evocato dal latinismo mira ad assecondare, specie quando lo scenario applicativo della *clcd* sia caratterizzato dalla contingenza di fatti connotati da oggettiva drammaticità.

Ma, di là da queste notazioni, sembrano emergere due dati di grande interesse per comprendere i limiti che la regola della *clcd*, così come applicata e giustificata fino ad oggi, palesa in molte delle sue epifanie applicative.

Il primo è che, nell'uso fattone dalle corti, causalità e titolo dell'attribuzione appaiono concetti spesso suscettibili di stingere l'uno nell'altro, quasi sottintendendo la richiesta del giudicante di potersi porre una domanda unitaria, mirante a sottoporre il beneficio a una verifica non diversa da quella conosciuta dal danno, svolta, però, seguendo un percorso logico specularmente rovesciato.

Un percorso che, muovendo dal riscontro dell'esistenza contabile del beneficio, lo riconduca al danno per il tramite di un iter argomenta-

tivo nel quale la lettura, effettuabile in base ai classici e mobili elementi della causalità, assuma rilevanza giuridica, quanto all'effetto finale di determinare il defalco del danno, solo dopo aver riscontrato che la causa dell'attribuzione beneficiale presti coerenza a un duplice ideale.

Primo: compensare la vittima del danno; si accerta che quel beneficio è geneticamente concepito e strutturato per compensare proprio *quel* danno, sofferto proprio da *quella* tipologia di vittima dell'accadimento dannoso.

Secondo: non permettere che questa sottrazione operi a detrimento della funzione preventiva del risarcimento, gratificando il danneggiante di un premio che si conceda a quest'ultimo in assenza di giustificazione, prestando ossequio alla funzione di deterrenza che nessuno è mai riuscito a espungere dal novero delle spiegazioni funzionali che sono poste a capo dell'operare della r.c.¹⁵⁵, e che – come noto – conosce oggi rivalutazioni e aperture importanti nello stesso diritto che la Corte di Cassazione incessantemente vivifica¹⁵⁶.

È proprio in questa luce che si delinea e si giustifica un secondo elemento di riflessione, emerso a più riprese nella verifica condotta attraverso le pagine che precedono. E cioè che, nella *clcd* applicata al rapporto fra danno e attribuzione della sicurezza sociale, la circostanza che la figura del soggetto erogante l'attribuzione coincida con quella

¹⁵⁵ Su cui, da ultimo, le molteplici prospettive di analisi raccolte in P. SIRENA (a cura di), *La funzione deterrente della responsabilità civile alla luce delle riforme straniere e dei Principles of European Tort Law*, Milano, 2011.

¹⁵⁶ Il piano cartesianamente levigato su cui scorrevano le certezze dei talebani del «principio della riparazione integrale» è ora reso più ruvido da Sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, in *Foro it.*, 2017, I, 2630, con nota di A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *I danni punitivi e le molte anime della responsabilità civile*; anche commentata in senso critico da L. NIVARRA, *La Cassazione e il punitive damage: un mondo piccolo per grandi danni*, in L. NIVARRA, A. PLAIA, *I mobili confini del diritto privato*, Torino, 2018, 5 ss., senza contare – di là della difficoltà di gestire fino in fondo il principio di indifferenza quando si è alle prese col danno non patrimoniale (su cui fin d'ora C. SALVI, *Il risarcimento integrale del danno non patrimoniale, una missione impossibile. Osservazione sui criteri per la liquidazione del danno non patrimoniale*, in *Europa dir. priv.*, 2014, 517) – i possibili squarci settorialmente prodotti su quello stesso piano da congegni normativi come quello recato dall'art. 7 della l. 8 marzo 2017, n. 24, a mente del quale «il giudice, nella determinazione del risarcimento del danno, tiene conto della condotta dell'esercente la professione sanitaria ai sensi dell'art. 5 della legge».

del danneggiante si dà, assai sovente, quale condizione suscettibile di propiziare il riconoscimento dell'effetto limitativo connesso al latinità, anche quando l'indagine sul titolo del beneficio, isolatamente considerata o condotta alla luce di criteri puramente formali, tenderebbe a respingere il prodursi di questo effetto.

Affineremo l'esame di queste prime impressioni nei successivi capitoli di questo studio.

Nei quali prima (capitolo IV e V) si testerà l'idea che quanto si è fin qui esaminato possa essere sostanzialmente frutto di un abbaglio collettivo protrattosi nel tempo e che la *clcd* possa candidarsi a produrre senso nel nostro ordinamento secondo un paradigma radicalmente nuovo, fondato, in ultima analisi, su un deciso allargamento del perimetro applicativo nel quale è stato tradizionalmente ricondotto il principio indennitario proprio del contratto di assicurazione¹⁵⁷, e su una veemente rivendicazione della tenuta sistematica e della effettività normativa riconoscibile al c.d. «principio della riparazione integrale del danno».

E poi (capitolo VI), dopo aver acquisito importanti indicazioni dalla comparazione, si proporrà una teorica alternativa della *clcd*, che permetta di dare al rapporto fra danno e beneficio una lettura operativa che sorregga l'opportunità di negare lo scomputo del beneficio quando quest'ultimo appaia espressione di un canone di «giustizia», per alcuni versi speculare rispetto alla nozione di «ingiustizia» del danno, e per altri rispondente al modo in cui altre esperienze giuridiche europee, e non, valutano e gestiscono, nel momento dell'applicazione giurisprudenziale, il rapporto fra danno e «benefici collaterali».

¹⁵⁷ Su cui, prim'ancora di approfondirne caratteri e implicazioni nel capitolo successivo, si segnala la chiara esplicitazione fornita, in un serrato confronto critico con la ricchissima letteratura sedimentatasi sul tema, da V. DE LORENZI, *Contratto di assicurazione. Disciplina giuridica e analisi economica*, Padova, 2008, 22-33 e 184-194.

CAPITOLO QUARTO

IL WELFARE PRIVATO CONTRO LE DISGRAZIE ACCIDENTALI: ASSICURAZIONE INFORTUNI E PRINCIPIO INDENNITARIO

SOMMARIO: 1. *«L'attacco alla cittadella» della compensatio lucri cum damno.* 2. *Il prequel in tema di surrogazione dell'assicuratore nell'assicurazione infortuni.* 3. *Il danno alla persona al tempo delle scelte codicistiche in tema di assicurazione.* 4. *Il dibattito sulla qualificazione giuridica del contratto di assicurazione contro le disgrazie invalidanti.* 5. *Il restatement delle S.U. del 2002 e le alchimie sulla causa del contratto.* 6. *Ripensare il restatement: l'assicurazione infortuni nel prisma della causa mercantile e del senso della commisurazione convenzionale del danno alla persona.* 7. *«Diritto vivente» contro «diritto vivente»: altri argomenti per lasciare all'autonomia privata l'assicurazione contro le disgrazie accidentali.* 8. *La compensatio lucri cum damno asservita al principio indennitario nell'ambito dell'assicurazione infortuni: ulteriori considerazioni critiche.* 9. *Le conseguenze pratiche dell'assoggettamento dell'assicurazione infortuni al principio indennitario.*

1. «L'attacco alla cittadella» della compensatio lucri cum damno

Come si è anticipato sul finire del primo capitolo, comprendere ciò che si è richiamato nel titolo di questo paragrafo, impone di leggere congiuntamente tre recenti arresti di legittimità, perché insieme, in un gioco di rimandi argomentativi e ragionamenti correlati, le sentenze e le ordinanze promosse dalla terza sezione della Cassazione fra il 2014 e il 2017 disegnano un tentativo organico di innovare la lettura applicativa che della *clcd* si fa in Italia, attraverso un'interpretazione focalizzata (o meglio: funzionalizzata alla) esaltazione del principio indennitario, che dal contratto di assicurazione, seguendo il ragionamento promosso in questo ormai corposo manipolo di pronunce di legittimità (che però abbracciano e condividono a volte pedissequamente una trama argomentativa unitaria), viene chiamato a influenzare la struttura e la consistenza del danno risarcibile tutte le volte che in una vicenda dannosa

venga in rilievo la fruibilità da parte del danneggiato di un beneficio espressione della sicurezza sociale o di un atto di previdenza privata. Lo schema cumulativamente tracciato in questi arresti è assorbito e ripreso nella cinquina di ordinanze del giugno 2017, che, come più volte detto, indurranno le Sezioni Unite della Cassazione (ma non il Consiglio di Stato, che come si è visto nel precedente capitolo si è già poco felicemente pronunciato) a dare, entro il 2018, un responso finale sull'assetto della *clcd* nel diritto italiano.

Il punto di arrivo di questo disegno – che sarà illustrato al termine di questo studio – è appunto il concetto della *clcd*, eletto a strumento attraverso il quale cambiare verso al rapporto fra responsabilità civile e sicurezza sociale nel nostro Paese.

2. *Il prequel in tema di surrogazione dell'assicuratore nell'assicurazione infortuni*

Il primo segmento di questo disegno argomentativo unitario viene tratteggiato da Cass. civ. n. 13233/2014, con la scelta di sancire indefettibilmente il divieto del cumulo tra l'indennizzo dovuto al danneggiato resosi, con sacrificio economico, preventivamente beneficiario di un'assicurazione infortuni e il risarcimento del danno esigibile ove l'infortunio, oggetto della copertura assicurativa, sia ascrivibile a un terzo che ne risponda civilmente.

Tutti i primi commentatori hanno messo l'accento sul dirompente cambio di passo recato da questa decisione¹.

¹ M. HAZAN, *Risarcimento e indennizzo*, cit., la definisce «dirompente» e foriera di «rilevanti implicazioni pratiche»; A. PULIGA, *Riflessi pratici*, cit., parla di probabili «ripercussioni sul concreto operare del settore assicurativo»; R. PARDOLESI, M. SANTORO, *Indennizzo e risarcimento*, cit., paventano «rilevanti ripercussioni sul mercato assicurativo, nonché sulla tecnica e sulle procedure di liquidazione dell'infortunio la cui responsabilità sia da attribuire a un terzo»; L. LOCATELLI, *Assicurazione contro gli infortuni*, cit., osserva che

la potenza espansiva del principio indennitario come introdotta dalla sentenza in esame, provocherà una pausa di riflessione delle parti interessate, in quanto è in gioco la possibilità non solo di perdere l'economicamente importante diritto di

Che sembra destinato a incidere in misura notevole sugli assetti del mercato italiano delle assicurazioni infortuni, nella misura in cui, assoggettando inflessibilmente al principio indennitario (e dunque a surrogazione da parte dell'assicuratore) l'indennità corrisposta all'assicurato, imporrà di rincorrere – nella quotidianità dei mille infortuni suscettibili di compromettere l'integrità psicofisica di quanti, compiendo un atto di previdenza puramente discrezionale, assoggettano ad assicurazione le perdite conseguenti all'esito invalidante di un infortunio verificatosi nel corso della propria esistenza – un faticoso coordinamento contabile fra le somme che in dipendenza di un evento dannoso l'assicurato riceve per effetto della propria scelta di assicurarsi e quanto – eventualmente – il medesimo soggetto assicurato può reclamare a titolo di risarcimento da chi abbia illecitamente cagionato quell'evento dannoso².

Per comprendere appieno la concatenazione dommatica che anima questa decisione, che sembra renderne a prima lettura stringente la motivazione, occorre, ancora una volta, tornare alle radici del problema, tenendo fermo il senso di un interrogativo che percorre sotto traccia l'itinerario seguito in questo studio: «è nato prima il danno o l'assicurazione»?

Già, perché, Cass. civ. n. 13233/2014, in realtà, si muove sicura sul registro tracciato dalle Sezioni Unite nei primi anni del millennio³,

cumulo, ma anche di veder minati i contratti alle fondamenta, nella parte in cui prevedono un indennizzo superiore rispetto alla valutazione del danno civile.

² L'encomiabile sforzo di razionalizzazione compiuto da R. PARDOLESI, P. SANTORO, *Indennizzo e risarcimento del danno*, cit., spec. 1013-1017, per venire a capo degli scenari dischiusi dalla soluzione avallata da Cass. civ. n. 13233/2014, cit. prospetta un complesso gioco d'inerzie opportunistiche, in una sfida fra l'assicuratore del responsabile dell'illecito e l'assicuratore della disgrazia accidentale invalidante a fare in modo di essere l'ultimo a «chiudere» il sinistro, onde riceverne vantaggio. Sennonché la ricetta propugnata, salva «capra e cavoli», nello spirito della metafora esopica evocata dagli autori, ma non salva il danneggiato/infortunato dal lupo, se è vero che la riflessione si chiude constatando che la proposta di razionalizzazione avanzata in quella sede «in fin dei conti, lascia contenti tutti... o quasi: l'infortunato si dovrà accontentare di un importo inferiore» (*ivi*, 1019).

³ Sez. Un. civ., 10 aprile 2002, n. 5119, in *Resp. civ. prev.*, 2002, 687, con nota di L. BUGIOLACCHI, *Le Sezioni Unite sul contratto di assicurazione contro gli infortuni tra*

quando si volle prendere risolutamente partito sulle dibattute *constitutions* del contratto che in Italia dà veste giuridica all'assicurazione infortuni non mortali, o meglio (per tornare a impiegare l'unica definizione cui il codice, nel quarto comma dell'art. 1916, attribuisce valore normativo): l'assicurazione contro le disgrazie accidentali.

E alle radici di quel dibattito, lungamente decantato in seno alla comunità specialistica degli studiosi del contratto di assicurazione in Italia, occorre tornare, per comprendere compiutamente come possa essere accaduto che si sia giunti ad avvalorare la sensazione che l'assicurazione e il principio indennitario si possano in qualche modo «dare» prima del danno, condizionandone, quindi, la consistenza giuridica.

3. Il danno alla persona al tempo delle scelte codicistiche in tema di assicurazione

Tutto va collocato in una prospettiva che, ancora una volta, non può che essere storica, perché è nel compiersi del tempo che il diritto sedimenta le tracce della sua interrogazione di senso sui problemi cui è chiamato a dare soluzione, col rischio, però, che queste tracce impediscano di mutare soluzione quando l'interrogazione di senso, sollecitata a prendere atto dal mutamento di scenario, indichi l'esigenza di pervenire a soluzioni diverse da quelle assunte nel passato⁴.

Occorre considerare che – quando nel 1942 il codice civile sceglie di proporre la disciplina del contratto di assicurazione nel suo IV libro, facendo venir meno la specialità settoriale che aveva caratterizzato la disciplina negoziale dell'assicurazione nel previgente codice di com-

innovazione e tradizione: natura indennitaria della sola garanzia contro gli infortuni non mortali e carattere misto della disciplina applicabile; e in Corr. giur., 2002, 893, con nota di A. SEGRETO, Assicurazione privata contro gli infortuni invalidanti e mortali: contratto misto?

⁴ In una chiave di indagine molto più ampia, e su un terreno radicalmente diverso da quello esplorato in queste pagine, ho provato a mettere in evidenza una dinamica simile, analizzando le origini del dispositivo giuridico «diritto d'autore», nato nel segno di un rapporto causa-effetto a seguito dell'invenzione della stampa a caratteri mobili, in U. IZZO, *Alle origini del copyright e del diritto d'autore. Tecnologia, interessi e cambiamento giuridico*, Roma, 2010.

mercio – le regole associate al macrotipo del contratto in questione trovano sistemazione in 50 articoli, strutturati in cinque sezioni, che, accanto alle norme generali (Sezione I), alle norme sulla riassicurazione (Sezione IV) e alle disposizioni finali (Sezione V), contengono due soli fenotipi del contratto: l'assicurazione contro i danni (Sezione III) e l'assicurazione sulla vita (Sezione IV).

L'impianto del codice nega spazio a un'autonoma considerazione del sottotipo del contratto sull'assicurazione contro gli infortuni non mortali. E consegna alle scelte ricostruttive dell'interprete il compito di individuare la disciplina di volta in volta applicabile ai problemi che questo tipo assicurativo determina nella prassi.

L'opzione accolta nel 1942 ha, fra le possibili, almeno due spiegazioni.

La prima è che negli anni in cui matura la disciplina codicistica, il contratto di assicurazione contro gli infortuni non mortali – e, sul piano della rilevanza economica nel comparto, tutto il «ramo infortuni» – in Italia si mostra certamente promettente e vivace, ma appare ancora decisamente lontano dal conoscere l'affermazione commerciale che questa formula assicurativa manifesterà impetuosamente negli anni del boom economico⁵.

La seconda è che, a fianco del contratto di assicurazione sulla vita, il codice identifica un unico, indistinto, tipo assicurativo destinato ad assorbire i fenomeni dannosi nella società – che obbliga l'assicuratore «a rivalere l'assicurato, entro i limiti convenuti, del danno ad esso prodotto da un sinistro» (art. 1882 c.c.). E lo fa – se si è istintivamente d'accordo nel ritenere che l'idea del danno si debba dare prima dell'idea dell'assicurazione che si concepisce per assorbire gli effetti della prima di queste idee – avendo a mente la nozione di danno in voga negli anni in cui il codice prendeva forma.

⁵ L'importo della raccolta premi del ramo conobbe un incremento vicino a 6.000% fra il 1938 e il 1952, secondo i dati tratti dall'annuario ANIA del 1954 e ripresi da A. DONATI, *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, III, Milano, 1956, 509, *sub* nota 2. Apre il suo lavoro, magnificando le sorti progressive dischiuse al contratto in questione dalla circostanza che nel 1959 ben due milioni di italiani si erano premuniti di un'assicurazione infortuni, e che i margini di crescita si attestavano sui dieci milioni di assicurabili, A. DURANTE, *L'assicurazione privata contro gli infortuni*, Milano, 1960, 1.

Il gruppo di studiosi che nel corso del primo semestre del 1941 operò l'assorbimento dei contratti commerciali (che avrebbero dovuto trovare sistemazione nel nuovo Codice di commercio, prima che il progetto relativo a tale codice, cui aveva lavorato nel 1940 la commissione presieduta da Alberto Asquini, fosse abbandonato con decisione formalizzata dal Consiglio dei ministri del 4 gennaio 1941⁶, in nome di «un'ambizione di totalità» seguendo la quale il codice avrebbe posto il soggetto privato «al centro di ogni sfera di interessi: delle attività civili ed economiche, del godere e del gestire, dell'avere e del fare»)⁷ nella prima stesura del libro quarto sulle obbligazioni contemplava, accanto a Giuliano Vassalli, lo stesso Asquini, Dino Mandrioli, Giuseppe Osti, Rosario Nicolò, Paolo Greco e Francesco Ferrara jr.⁸, mentre il 15 maggio di quell'anno l'Istituto Nazionale delle Assicurazioni fece pervenire al gruppo di lavoro le sue osservazioni conclusive in merito alla disciplina del contratto di assicurazione⁹.

La parte sull'assicurazione della Relazione al codice fu invece ricevuta da Mandrioli nel luglio del 1941 da Alfredo De Gregorio, che ne curò la redazione¹⁰.

La figura di Asquini – giurista che fu un notevole (se non a tutti gli effetti un vero e proprio gerarca) del fascismo¹¹, e che si fece coinvolgere in prima persona nell'ultimo sussulto dello statalismo economico del regime (egli fu Commissario straordinario dell'IRI nella RSI), dopo aver avuto il privilegio di esser stato l'unico studioso a sedere sia (an-

⁶ Va però attribuita allo stesso Asquini la scelta di dismettere l'idea di conservare l'autonomia del codice di commercio, per evitare che la regolazione della materia fosse scissa, confluenso in parte nel codice civile e in parte in leggi speciali, come ricostruisce accuratamente G.B. FERRI, *Filippo Vassalli e la defascistizzazione del codice civile*, in AA.VV., *Studi in onore di Pietro Rescigno*, I, Milano, 1998, 391, 402-405, *sub nota* 45.

⁷ Così, N. IRTI, *Codice civile e società politica*, Roma-Bari, 1995, 61.

⁸ Lo ricorda il certosino e prezioso studio di N. RONDINONE, *Storia inedita della codificazione civile*, cit., 443.

⁹ N. RONDINONE, *Storia inedita della codificazione civile*, cit., 504.

¹⁰ N. RONDINONE, *Storia inedita della codificazione civile*, cit., 526.

¹¹ Così I. BIROCCHI, *Il giurista intellettuale e il regime*, in I. BIROCCHI, L. LOSCHIAVO (a cura di), *I giuristi e il fascino del regime (1918-1925)*, Roma, 2015, 9, spec. 41, in OA: <<http://ojs.romatrepress.uniroma3.it/index.php/giuristi/article/view/533>>.

cor prima di salire in cattedra) nella commissione di riforma del codice di commercio del 1919, che in quella del 1940 (di cui, come detto, fu presidente) – è adesso oggetto di uno studio assai approfondito¹², che, fra gli altri, ha il merito di non sottacere la nota che il commercialista friulano indirizzò al duce pochi giorni prima del famigerato discorso triestino tenuto il 18 settembre 1939 per annunciare le emanande leggi razziali: «Asquini si era premurato di manifestargli il proprio plauso per la “rottura del monopolio semitico su alcune caratteristiche branche dell’attività triestina”»¹³.

Il danno cui guardavano gli artefici della disciplina dell’assicurazione nel codice civile era, dunque, un danno ossessivamente e rigorosamente patrimoniale, suscettibile di attivare – come, infatti, l’art. 2059 c.c. puntualizzò – una sua diversa proiezione solo in connessione con l’ideale punitivo perseguito dalla sanzione penale¹⁴.

Ancora lontane dal riconoscere (o meglio: dal riscoprire, se è vero che in un ampio segmento di vita del codice postunitario il danno alla persona fu pacificamente detto risarcibile in chiave non necessariamente patrimoniale)¹⁵ l’autonoma connotazione non patrimoniale del «valore della persona», le geometrie patrimoniali che esauriscono il danno, quando non sia associato all’ideale punitivo penale, a quel tempo assorbono ed esauriscono il valore assicurabile conseguente al pregiudizio che una persona può risentire dopo aver subito un infortunio non mortale¹⁶.

¹² C. MONTAGNANI, *Il fascismo «visibile»*. Rileggendo Alberto Asquini, Napoli, 2014.

¹³ C. MONTAGNANI, *Il fascismo «visibile»*, cit., 108, citando da A. MILLO, *Trieste, le assicurazioni, l’Europa: Arnaldo Frigessi di Rattalma e la R.A.S.*, Milano, 2004, 182, sub nota 38. Sulla polemica intorno alla natura e alle visioni del diritto commerciale fra Asquini e Lorenzo Mossa, sottolineando la modernità delle idee di quest’ultimo, che non trovarono recezione nella codificazione, R. TETI, *Codice civile e regime fascista: sull’unificazione del diritto privato*, Milano, 1990, 95.

¹⁴ P. CALAMANDREI, *Il risarcimento dei danni non patrimoniali nella nuova legislazione penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1931, 174.

¹⁵ Sul tema ci si è soffermati *supra*, capitolo 2.1.

¹⁶ In questa direzione anche le considerazioni di G. SCALFI, *I contratti di assicurazione. L’assicurazione danni*, Torino, 1991, quando, nell’analizzare il tipo dell’assicurazione contro gli infortuni, denunciava l’incapacità di leggere il problema tenendo

Paradossale, dunque, che, Cass. civ., 11 giugno 2014, n. 13233, come vedremo meglio a tempo debito, riferisca l'idea che l'assicurazione contro le disgrazie accidentali non mortali sia stata ritenuta ascrivibile al tipo dell'assicurazione sulla vita al fatto che questa tesi, permettendo di giustificare l'assunto che l'indennizzo nell'assicurazione infortuni non sia parametrato a un valore effettivo e reale, ma sia liberamente pattuito dalle parti, sarebbe figlia di una

opinione che riteneva ripugnante al diritto ed alla morale attribuire un valore al corpo dell'uomo (così già Cass. Roma 26.5.1906, in *Foro it.*, 1906, I, 780; in seguito, nello stesso senso, Cass. 27.4.1937 n. 1343; Cass. 2.2.1938 n. 336, e Cass. 12.7.1939 n. 2495).

L'affermazione si fa prodotto di una precomprensione interpretativa, nella misura in cui essa sembrerebbe assumere che, se l'opinione ripugnante storicamente non si fosse data, allora l'assicurazione contro gli infortuni non mortali avrebbe potuto incanalarsi senza problemi nell'assicurazione contro i danni, con l'effetto di essere considerata idonea a sintonizzarsi armonicamente con la logica indennitaria e con tutte le regole che tale logica esprimono.

Ben prima che la Cassazione unitaria del Regno facesse calare definitivamente il sipario sul lungo periodo durante il quale, nel vigore del codice postunitario, non era stato precluso alle corti italiane risarcire la persona invalida con una somma corrisposta anche a titolo di risarcimento di danno morale¹⁷, si dettero sentenze che ritenevano che la surrogazione dell'assicuratore nell'assicurazione contro gli infortuni non mortali, in quanto retta dalle norme previste dal Codice di commercio per l'assicurazione sulla vita, non fosse in alcun caso ammissibile¹⁸.

conto «che il danno alla persona è un rischio non considerato dalla legge nel disciplinare i contratti di assicurazione», con opinioni «inchiodate all'idea che si debba ricondurre ogni tipo alla bipartizione dell'art. 1882 c.c.» (*ivi*, 64 s.).

¹⁷ Sez. Un. civ., 24 ottobre 1924, in *Giur. it.*, 1924, I, 1, 952.

¹⁸ Così App. Milano, 15 marzo 1899, in *Foro it.*, 1899, I, 722; App. Roma, 8 giugno 1907, in *Rep. Foro it.*, 1907, voce *Assicurazione*, nn. 16, 17; App. Genova, 6 luglio 1911, in *Dir. comm.*, 1912, 174; e la stessa Cass. civ., 26 maggio 1906, citata da Cass. civ. n. 13233/2014, che in realtà non contiene alcun riferimento esplicito al ragionamento che le viene riferito da quest'ultimo arresto.

Suscita interesse, anzi, rileggere come a quell'epoca si potesse giustificare l'inopportunità di riconoscere la surroga all'assicuratore, ritenendo che all'assicurazione contro la disgrazia accidentale fosse del tutto estranea la logica indennitaria propria dell'assicurazione contro i danni.

Nell'ipotesi di una Società assicuratrice che ha per obbietto il pagamento di determinate somme al verificarsi di un infortunio o di una disgrazia accidentale, va tenuto presente che nel rischio dedotto in contratto è senza dubbio compresa ogni specie d'infortunio, sia esso dipendente da cause naturali o violente, sia dipendente da cause estranee e relative ad un fatto dell'uomo (...). Se adunque un contratto d'assicurazione profilato nelle condizioni anzidette racchiude nei suoi termini anche gl'infortuni dipendenti da cause colpose di terzi, non può mai verificarsi quel certo sconvolgimento dell'economia contrattuale del quale la Società La Fenice tanto si preoccupa, imperocché è evidente presumere in tal caso che l'assicuratore, 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 eseguiti, l'entità del rischio siasi prospettata in tutta la sua estensione, in relazione cioè all'età dell'assicurato, alla sua salute, all'ambiente in cui egli esplica normalmente la sua attività professionale. E se tale è il rigore della logica, un corollario importante deve dedursene per la nostra tesi, e cioè che l'assicurato sconta in precedenza col pagamento dei premi il danno che l'assicuratore verrà a risentire dal fatto illecito del terzo, in guisa che il futuro evento colposo non potrà mai importare una menomazione, comunque essa sia, nel patrimonio dell'assicuratore¹⁹.

Del resto, nel ritenere che «l'assicurazione contro le disgrazie accidentali è un contratto *sui generis*, più affine a quello di assicurazione sulla vita che all'assicurazione contro i danni», una corte di legittimità in quel torno di anni non palesò alcun problema ad avviare la motivazione riconoscendo che:

(...) l'assicurazione contratta dal Maroni colla citata polizza, come quella sulla vita, hanno per oggetto la vita, la incolumità corporale, la

¹⁹ In questi termini Trib. Roma, 17 febbraio 1908, in *Foro it.*, 1908, I, 466.

*persona dell'assicurato, non le di lui cose, come l'assicurazione contro i danni*²⁰.

Resta il fatto che, con l'avvento del codice, il valore della persona sul versante assicurativo resta inglobato in una concezione del danno («sofferto dall'assicurato in conseguenza del sinistro», come recita l'art. 1905 c.c.) avvinta alla sola logica della capacità reddituale dell'individuo.

La sua proiezione assicurativa è pienamente coerente con l'adozione di questa logica²¹.

Non per caso la disciplina recata dagli artt. da 1904 a 1918 c.c. – che pure all'occorrenza non rinuncia a distillare regole che mostrano di considerare da presso la peculiare natura del bene oggetto di assicurazione (basti pensare alla mortalità del bestiame, art. 1913, comma 2, c.c.) – elegge a paradigma definitorio la nozione di «cosa assicurata» (richiamata espressamente negli artt. 1906, 1907, 1908, 1909, 1914,

²⁰ Così, Cass. Torino, 15 aprile 1908, in *Foro it.*, 1908, I, 1509.

²¹ Questa impostazione appare seguita plasticamente ancora da R. CAPOTOSTI, *La natura giuridica dell'assicurazione contro gli infortuni*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, II, 487, spec. 492 (corsivo aggiunto):

[C]om'è noto, ogni uomo ha a sua disposizione determinate forze intellettuali e fisiche che, se indirizzate verso un'attività produttiva di qualsiasi genere, costituiscono la sua capacità lavorativa. Orbene, se a séguito di infortunio tale forze vengono ad essere in qualche modo menomate fino ad essere addirittura annullate con la morte o con l'invalidità permanente totale, ne deriva una diminuzione o una esclusione della capacità lavorativa dell'infortunato con conseguente perdita di reddito. Ed è proprio *questa differenza in meno di reddito individuale che, col contratto di assicurazione contro gli infortuni, le parti si propongono di compensare, tralasciando ogni altra questione che non sia strettamente pertinente con la sfera economico-patrimoniale dell'individuo.*

Ben oltre Marx e riportandosi, non è dato sapere quanto consapevolmente, a una versione radicale del materialismo organico di Julien Offroy de Lamettrie (*L'homme machine*, Leiden, 1748 [ma 1747], trad. it. *L'uomo macchina e altri scritti*, Milano, 1955), non esitava a sottomettere apertamente le componenti chimiche e biologiche dell'uomo alla loro capacità di produrre reddito, A. DURANTE, *L'assicurazione privata contro gli infortuni*, cit., 306: «il corpo umano, insieme di materie organiche, di sali e di minerali, ha un valore economico solo in quanto funzioni e sia atto a produrre, valore che si attenua o scompare se tale attività diminuisca o sia eliminata per età, malattie, lesioni».

1918 c.c.) in luogo di quella, che sarebbe stata più neutra sotto il profilo qui considerato, di «bene assicurato».

Non risulta che la dottrina assicurativa abbia voluto interrogarsi adeguatamente, in una prospettiva di sistema, sul senso associabile all'impiego consapevole e sistematico – in un codice che del rigore delle definizioni ha sempre mostrato di fare attento uso²² – della locuzione «cosa» nel costruire la disciplina dell'assicurazione contro i danni. Non almeno oltre l'intuitivo rilievo semantico, più volte svolto nella letteratura seguita al 1942, che una «cosa» non può corrispondere a una «persona», anche se – come vedremo – il senso di questo rilievo epidermico non va confinato nel campo della banalità anche all'esito di riflessioni più sofisticate.

La domanda – andando oltre le considerazioni intuitive – involge la necessità di appropriarsi degli esiti più maturi sviluppati dalla dottrina civilistica impegnata ad approfondire la teoria dei beni.

La quale da un canto non ha tardato a realizzare l'inutilità di caricare sulle gracili spalle dell'art. 810 c.c. il compito di restituire all'interprete indicazioni affidanti per fondare questa teoria²³.

E dall'altro – consapevole che la «cosa» si dà quale *medium* ideale della relazione simbiotica fra (oggetto del) diritto e (concetto di) bene proclamata in questa definizione – non ha faticato a superare l'antico dibattito durante il quale s'era discusso se l'attribuzione della «cosalità» dovesse limitarsi alle cose corporali o potesse estendersi a entità ideali o immateriali (se è vero che «esiste un legame strettissimo tra la qualità della cosa e l'individualità del bene dal punto di vista giuridico»)²⁴.

In questa luce la «cosa» si rivela quale oggetto risultante dalla qualificazione formale di una situazione utile per il soggetto, che si definisce

²² Per tutti, A. BELVEDERE, *Il problema delle definizioni nel codice civile*, Milano, 1977, *passim*.

²³ M. BARCELLONA, *Per una teoria dei beni giuridici*, in *Studi in onore di Tommaso Auletta*, II, 1988, 65, 84; per l'affermazione più radicale, invece, che «è mancata al legislatore una teoria generale dei beni e delle cose cui si sia ispirato e uniformato nel disegno e nella redazione di quel testo», V. ZENO-ZENCOVICH, voce *Cosa*, in *Dig. disc. priv. civ.*, IV, Torino, 1989, 438, 441.

²⁴ Così, D. MESSINETTI, *L'oggettività giuridica delle cose incorporali*, Milano, 1970, 24.

con riferimento al momento della tutela giuridica che quell'oggetto riceve dall'ordinamento perché quel soggetto possa goderne, esercitando la sua situazione soggettiva²⁵.

Senza trascurare che è stato convincentemente osservato che:

l'ordinamento non si interessa delle cose e neppure di ciò che un individuo fa da solo, ma disciplina i rapporti fra gli uomini. Qualunque risposta sulla natura dei beni giuridici è sempre una risposta sul modo di porsi, nel diritto, dei rapporti fra soggetti (...) [e che] l'ordinamento vigente ha una ricchezza di cui è opportuno dare conto e non considera beni soltanto le cose delle quali si può godere e disporre²⁶.

Se così è, il profilo più intrigante da considerare nel chiedersi in che misura possa attribuirsi un senso all'impiego della nozione di «cosa» operato nella disciplina qui indagata è quello che mette capo all'idea che, per dirsi tale, una cosa debba obbedire al requisito della patrimonialità.

Si è detto a tal proposito:

[D]iritto ed economia (diritto e mercato) si sono (...) contesi e reciprocamente delegati la definizione di *bene*: come in un gioco di specchi un "bene" è tale in senso giuridico in quanto ha un mercato; ma un bene *ha* (può avere) un mercato in quanto (solo se) è giuridicamente suscettibile di appropriazione, può circolare liberamente solo previo consenso dell'avente diritto²⁷.

La prospettiva assume rilievo proprio perché si indaga il significato di una disciplina che assume a proprio oggetto, nel conformare le logiche dello strumento assicurativo, una «cosa», che la teoria dei beni ci dice poter assumere significato solo riferendosi al tipo di problema sistemico che la cosa stessa sottopone all'interprete, in relazione non solo

²⁵ Ancora, D. MESSINETTI, voce *Oggetto dei diritti*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, 808 ss.

²⁶ Così, M. COSTANTINO, R. PARDOLESI, D. BELLANTUONO, *Beni in generale, proprietà*, Bari, 1982, 16-17 e 19.

²⁷ Così D. LA ROCCA, *Nuovi beni e nuovi diritti. Sull'attualità della teoria dell'oggetto giuridico*, in F. RUSCELLO (a cura di), *Studi in onore di Davide Messinetti*, I, Napoli, 2008, 505, 516 (corsivo originale).

alla forma di valore d'uso e di scambio (riferita alla funzione distributiva del sistema normativo) che essa può assumere, ma anche alla forma impressa alla tutela assegnata a quella cosa (con riferimento alla funzione conservativa cui tale forma accede).

Con riferimento al tipo di problema su cui qui si sta riflettendo, la «cosa» cui il legislatore fa riferimento nella disciplina in esame induce allora a interrogarsi sulle ragioni per le quali l'ordinamento si determina a regolare i comportamenti che hanno a che fare o interferiscono con siffatta entità [appunto, la cosa], perché è attraverso queste regole che tali ragioni diventano le condizioni formali dell'attribuzione²⁸.

E questa condizione formale dell'attribuzione si declina sul requisito della patrimonialità,

principio che appare sistematicamente utilizzato dal legislatore come indice formale per discriminare i comportamenti appropriativi, ai quali egli intende annettere rilevanza giuridica (...) [e che dunque appare] rappresentativo dell'intenzionalità necessaria dell'ordinamento nel campo della funzione attributiva²⁹.

Con il corollario di ammettere che il criterio eminente attraverso il quale la patrimonialità conosce il momento della sua espressione sia dato dalla scambiabilità, che erige il mercato a dispositivo attraverso cui pervenire a una misura oggettiva, perché risolvendosi in un valore dato da un prezzo suscettibile di esprimere in modo dinamico la sommatoria di preferenze e utilità individuali³⁰.

È vero, e tanto più non sarebbe serio negarlo oggi, dopo l'ultimo *re-statement* sul danno non patrimoniale del 2008, che la forma che dà veste alla funzione conservativa della cosa corporale/persona ha visto esplicitamente riconosciuta la possibilità di esprimersi anche attraverso la tutela dell'interesse non patrimoniale del creditore di una prestazione contrattuale. Tuttavia – e qui sta il punto, che vedremo meglio nel seguito del discorso – l'oggettività del mercato, quale dispositivo di stima e misura della «cosa» di cui si vorrebbe parlare nell'applicare l'assicu-

²⁸ Per dirlo con M. BARCELLONA, *Per una teoria*, cit., 122-123 e ss.

²⁹ *Ivi*, 126.

³⁰ *Ivi*, 168.

razione contro i danni alla cosa/persona, resta del tutto assente nel meccanismo tabellare che induce a commisurare il valore della persona quando esso sia inciso, suscitando la reazione conservativa dell'ordinamento, che in tal caso finisce per darsi attraverso la scelta di compensare il valore della integrità psico-fisica con una somma di danaro.

Ed è proprio per questo che, come il senso comune induce a osservare d'istinto, una cosa non è una persona nella prospettiva indicata dagli artt. 1904 e ss. c.c.

In una disciplina codicistica dell'assicurazione che rispecchia una cesura netta fra valori connessi a logiche di tutela e tecniche di commisurazione radicalmente divergenti, il valore delle cose e il valore della vita, non assume senso prevedere valvole normative predisposte a rapportarsi alla natura non patrimoniale del danno derivante dalla distruzione del valore della persona quando tale distruzione non raggiunga la massima intensità con la perdita della vita.

Se questo non accade, la persona colpita dalla disgrazia accidentale può perdere solo la sua capacità di produrre reddito, che, peraltro, è la stessa perdita cui supplisce l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni. È questa l'analogia assiologica che indusse il codice del 1942 ad accomunare le due ipotesi nel richiamo operato dal quarto comma dell'art. 1916 c.c.

Il progressivo tramonto dell'orizzonte di senso sotteso a quell'analogia lascerà quel richiamo l'unico dato normativo con cui confrontarsi per ricostruire le regole applicabili all'assicurazione facoltativa contro le disgrazie accidentali, accendendo un lungo dibattito in seno a una dottrina assicurativa tanto attenta a ragionare in base alle geometrie e ai dispositivi interni alla disciplina positiva coltivata, quanto poco propensa a considerare come nel frattempo il concetto di danno stesse trasformandosi nella stagione dell'adeguamento del codice ai valori sociali e personalistici della Carta del 1948³¹.

³¹ Se quanto detto è vero, si potrebbe, quindi, agevolmente rovesciare il verso di un'osservazione che pungola il cultore accademico della responsabilità civile sull'importanza di occuparsi della disciplina dell'assicurazione: «[I]n academic theory, the relationship between tort law and liability insurance is quite simple: they are two different things, to be kept strictly apart. First you determine liability and only afterwards, if at all, is liability insurance to be considered», I. EBERT, *Tort Law and Insurance*, in

Del resto, quanto la concezione del danno storicamente accolta – e si potrebbe dire: intellettualmente respirata – al tempo delle scelte ordinarie di una disciplina assicurativa possa risultare decisiva per orientare l'assetto di queste scelte lo dimostra plasticamente l'esperienza francese.

Pressoché ignorato dal *Code Napoléon*, che si limita ad annoverarlo fra i contratti aleatori ancora oggi elencati dall'art. 1964 *cod. civ.*, e trascurato anche nel *Code de commerce* del 1807, che tacque sull'assicurazione danni e vita, il contratto di assicurazione transalpino, nelle sue varie articolazioni negoziali, si sviluppò liberamente attraverso l'autonomia privata esercitata dalle compagnie assicurative in dialogo con la dottrina e la giurisprudenza fino alla fondamentale legge del 13 luglio 1930.

La paternità di questa legge (dopo i tanti progetti legislativi vanamente promossi fin dal XIX secolo) va ascritta alla determinazione politica del senatore socialista Justin Godart, ministro del lavoro nel governo di Edouard Herriot, il quale nel 1924 si batté per istituire allo scopo una commissione di studio presieduta da Henri Capitant, che elaborò l'articolato normativo.

La legge si strutturò in cinque titoli, dedicati rispettivamente alle disposizioni generali (Titolo I, artt. 1-27); alle assicurazioni sulle cose (titolo II, artt. da 28 a 49); all'assicurazione sulla responsabilità (Titolo III, artt. da 50 a 53); all'assicurazione delle persone (titolo IV, artt. da 54 a 83); alle disposizioni transitorie (Titolo V, artt. da 84 a 86).

Per quanto qui preme osservare, la giurisprudenza francese, com'è ben noto, dal 1804 in poi non dovette mai fare i conti con la necessità di costringere il danno alla persona entro concettualizzazioni patrimonializzanti imposte dalla legge. Il che rese del tutto naturale far osservare al *Rapporteur* Lafarge innanzi alla Camera dei Deputati:

Tout en reconnaissant la nécessité d'une distinction générale, avons-nous pensé qu'il était préférable de la simplifier et d'adopter la méthode qui consiste à opposer les assurances de dommages (qui comprennent non seulement les assurances de choses, mais aussi celles de responsa-

bilità), aux assurances de personnes, qui, bien qu'on l'ait contesté, ne sont jamais à proprement parler, des assurances de dommages. Aucun doute ne peut s'élever à cet égard pour les assurances sur la vie. Quant aux assurances contre les accidents, contre l'invalidité, contre la maladie, contre la vieillesse, elles comportent presque exclusivement de la part de l'assureur, des obligations forfaitaires qui, tout en prenant naissance à l'occasion d'un dommage, ne sont pas en relation directe avec celui-ci, mais sont, en quelque sorte, artificiellement fixées par les polices. Au surplus, l'intérêt que l'on peut trouver à la distinction entre assurances de choses et assurances de personnes est encore plus apparent, quand on substitue l'expression "assurances de dommages" à celle "d'assurances de choses". Cet intérêt se réfère notamment à la quotité de la prestation due par l'assureur (l'assurance de dommages, à la différence de l'assurance de personnes, ne peut procurer un enrichissement à l'assuré), à la nature et aux effets du contrat (l'assurance de dommages, seule, est un contrat d'indemnité qui ne peut donner lieu à une indemnité s'il n'y pas eu dommage)³².

4. Il dibattito sulla qualificazione giuridica del contratto di assicurazione contro le disgrazie invalidanti

Tornando al quadrante italiano, il dibattito si rese incandescente agli inizi degli anni Sessanta, quando il ramo infortuni conobbe lo stesso impetuoso sviluppo manifestato in quel torno di anni dall'economia italiana³³. E si polarizzò su due tesi.

³² Così il *Rapport Lafarge sur le projet de loi relatif au contrat d'assurance*, 5 août 1926, *JORF*, Doc. A.N., 1926, Annexe n. 3316, 1159, spec. 1161 (enfasi aggiunta).

³³ Nel frattempo gli articoli 38 e 40 del d.P.R. 13 febbraio 1959, n. 449, nel disciplinare le condizioni di esercizio delle assicurazioni contro i danni, enunciavano le condizioni richieste per l'autorizzazione all'esercizio delle imprese assicurative e il regime delle cauzioni, menzionando espressamente a tal fine la categoria delle assicurazioni del rischio infortuni.

Per inciso, tale sistemazione, che il codice delle assicurazioni private del 2006 ha conservato, collocando il rischio infortuni nel ramo danni al n. 1 del comma 3 dell'art. 2 cod. ass., non è mai stata ritenuta decisiva per orientare il problema classificatorio del sottotipo della assicurazione contro gli infortuni e le disgrazie accidentali nel senso di imporne rigidamente l'iscrizione al tipo normativo di cui agli artt. da 1904 a 1918 c.c., se non da quanti nel corso degli anni hanno sostenuto la necessità di tale ascrizione facendo leva su altri argomenti.

I fautori della prima tesi ritenevano che per disciplinare l'assicurazione contro le disgrazie accidentali non mortali si rendesse opportuno enucleare un ideale *tertium genus* tipologico, atto a riflettere la particolare natura del bene esposto a rischio (né cosa, né vita), e tale da concedere all'interprete di individuare volta per volta le regole applicabili a questa figura negoziale assicurativa, col rinvio alle regole di quello che, fra i due tipi codicistici, si fosse rivelato più adatto a rispondere allo specifico problema da risolvere³⁴.

Fu grazie a una noterella apparsa sul Foro italiano agli inizi degli anni Sessanta³⁵, che il grande pubblico dei giuristi (anche quello non iniziato allo specialismo del settore) poté leggere le conclusioni approvate (quasi all'unanimità, con l'astensione – come vedremo a breve emblematica – di Giuseppe Fanelli) dagli studiosi intervenuti al convegno promosso dalle imprese assicurative italiane a Napoli e Ischia nel-

³⁴ Oggetto di citazione obbligata nella dottrina e nella manualistica assicurativa, la tesi del c.d. *tertium genus* fu avanzata contestualmente alla codificazione da V. SALANDRA, *Natura giuridica dell'assicurazione facoltativa infortuni*, in *Ass.*, 1942, II, 119 (che la riprese in *ID.*, *Natura e disciplina giuridica della assicurazione privata contro gl'infortuni*, in *Ass.*, 1948 I, 3), il quale mosse dall'osservare che, se (*ivi*, 9 s.)

la scadenza della prestazione dell'assicuratore (che costituisce il criterio di distinzione) è determinata dal prodursi di un sinistro, come nell'assicurazione contro i danni, l'entità della prestazione stessa consiste in una somma di danaro prestabilita, come nell'assicurazione sulla vita e non nella esatta rivalsa di un danno concreto, come nell'assicurazione contro i danni, e che se anche i danni prodotti alla persona sono suscettivi di valutazione economica (...) la valutazione non ha qui luogo, come avviene nell'assicurazione contro i danni, a posteriori, in modo che il risarcimento corrisponde senza superarlo, al danno economico effettivamente sofferto dall'infortunato o in caso di morte dai suoi familiari come imporrebbe di fare il principio indennitario.

³⁵ Fu Virginio Andrioli ad agganciare alle sue note di commento a un'oscura sentenza di merito (V. ANDRIOLI, in nota a Pret. Milano, 7 novembre 1961, in *Foro it.*, 1962, I, 164) la trascrizione delle conclusioni scientifiche del convegno assicurativo di cui si dà conto nel testo, non senza stigmatizzare il *vulnus* al contraddittorio inferto dalla circostanza che tali consessi apparissero di norma poco propensi a recepire le opinioni di altri interessati alle sorti del contratto di assicurazione, come gli «assicurati e i creditori dei medesimi».

l'ottobre del 1961, dedicato appunto a enucleare la fisionomia contrattuale dell'assicurazione contro gli infortuni non mortali³⁶.

Le conclusioni raggiunte in quelli che in chiave storica oggi possono essere definiti gli «stati generali» che gli studiosi italiani del contratto di assicurazione vollero dedicare all'assicurazione infortuni, in un momento fondamentale per lo sviluppo commerciale di questa formula assicurativa³⁷, meritano di essere ricordate.

Il testo fu affidato alla autorevole penna del *rapporteur* Antigono Donati, che si assunse la responsabilità di scandire l'esito di quella sorta di «consensus conference» da cui le compagnie assicurative avrebbero tratto linfa per impostare le proprie strategie negoziali negli anni a venire. Fu così proclamato:

(...) che, nel quadro del contratto di assicurazione, l'assicurazione infortuni, pur costituendo assicurazione di persone per essere l'oggetto del rischio da essa coperto non una cosa materiale, ma la invalidità o la morte da infortunio che possa colpire la persona umana, non è in alcun modo assimilabile all'assicurazione sulla vita;

che, in quanto assicurazione di persone diversa dalla assicurazione sulla vita, l'assicurazione infortuni potrebbe piuttosto costituire, rispetto a quest'ultima ed all'assicurazione danni, un *tertium genus* con proprie peculiari caratteristiche, che le parti, nel quadro delle norme imperative di legge, ed in particolare di quelle enumerate dall'art. 1932 cod. civ., possono convenzionalmente disciplinare sul piano contrattuale nel modo da esse ritenuto più opportuno, eventualmente rinunciando anche all'azione surrogatoria;

che, ove tale disciplina contrattuale manchi o non sia chiara, l'interprete può applicare al contratto di assicurazione infortuni – oltre alle norme generali sul contratto di assicurazione ed a quelle più generali in tema

³⁶ Il cui prezioso resoconto, all'epoca pubblicato nella principale rivista di settore, è ora riproposto in A. LA TORRE, *Un convegno di studi sull'assicurazione infortuni*, in ID., *Cinquant'anni col diritto*, II, Milano, 2008, 557, spec. 568, in una sintesi che si apprezza ancor oggi, perché chiarisce come la tesi del *tertium genus* fosse strettamente legata all'idea, condivisa anche da Emilio Betti in quel consesso, di lasciare che l'autonomia negoziale dispiegasse le sue virtù nel modo più libero possibile per regolare il non-tipo codicistico dell'assicurazione infortuni.

³⁷ Sullo stato del dibattito in quel torno di anni, in una prospettazione asservita all'idea che l'assicurazione infortuni non potesse che trovare considerazione nel tipo dell'assicurazione contro i danni, R. CAPOTOSTI, *La natura giuridica dell'assicurazione contro gli infortuni*, cit.

di obbligazioni e di contratti ad esse riferibili – le norme sulle assicurazioni contro i danni, sia pure con tutte le attenuazioni e le modalità particolari suggerite dal fatto che oggetto del rischio assicurato è l'invalidità o la morte da infortunio che possa colpire la persona umana, mentre non può in alcun modo applicare le norme dell'assicurazione sulla vita – ed in particolare l'art. 1924 cod. civ. – per la mancanza nell'assicurazione infortuni delle peculiarità tipiche di detta assicurazione³⁸.

Fermamente contrari a questa tesi si manifestarono i custodi della *summa divisio* codicistica, ritenuta rimodulabile all'occorrenza facendo appello allo schema del contratto misto. Costoro restavano persuasi che il principio indennitario, proprio della disciplina dell'assicurazione contro i danni, dovesse necessariamente annettere e tenere avvinta a sé anche la natura non patrimoniale del particolare oggetto del rischio considerato nell'assicurazione contro le disgrazie accidentali non mortali.

Nella ferma convinzione che questa fosse l'unica strada concessa per impedire che il contratto di assicurazione degenerasse in uno strumento di arricchimento illecito, atto a stimolare la realizzazione del rischio descritto in polizza³⁹.

³⁸ In questi termini il testo delle conclusioni del convegno, come trascritto da V. ANDRIOLI, cit., 164 s.

³⁹ Tetragono in tal senso l'ideatore della tesi del contratto misto, ovvero G. FANELLI, *La «summa divisio» delle assicurazioni private: riflessioni su di un vecchio problema*, in *Studi in onore di Alberto Asquini*, cit., 407, ma già prima in *Foro it.*, 1962, IV, 51, spec. 65:

nessuno potrà, dunque, legittimamente rivendicare all'assicurazione infortuni l'incondizionata libertà delle parti di fissare *ad libitum* la misura della prestazione assicurativa, se non a condizione che dimostri che una tale libertà, comunque esercitata, non potrà mai determinare il sorgere nell'assicurato di un interesse al sinistro: dimostrazione certamente impossibile almeno per quanto concerne i casi di invalidità permanente ed ancor più quelli di inabilità temporanea. E ciò, a mio parere, è più che sufficiente a stabilire che la soluzione del *tertium genus* non è affatto (...) una soluzione per i problemi del ramo infortuni o di qualsiasi altro ramo che, a prima vista, possa sembrare estraneo sia alla disciplina delle assicurazioni contro i danni (art. 1904-1918) sia a quella delle assicurazioni sulla vita (art. 1919-1927).

Nel concludere la propria veemente difesa della *summa divisio* dei sottotipi assicurativi, l'Autore fu però costretto a puntualizzare come non contrastasse

con la finalità indennitaria alla quale si ispirano gli artt. 1904-1918 e può anzi ricondursi nel quadro dell'art. 1908, 2° comma, il fatto che assicurato ed assicu-

In questa polarizzazione si enucleavano due visioni di fondo, destinate a scandire il modo attraverso il quale dare soluzione ai problemi applicativi che la prassi negoziale dell'assicurazione infortuni non mortali avrebbe continuato a sottoporre all'interprete.

La prima tesi era certamente più vicina ai propositi delle imprese assicurative, propense a rendere più appetibile sul piano commerciale una formula assicurativa suscettiva di assecondare l'avversione al rischio dell'assicurato in funzione dell'investimento (e dunque del sacrificio economico) idiosincraticamente effettuato corrispondendo il premio.

Essa esprimeva l'idea che l'autonomia negoziale, entro i paletti dell'inderogabilità prevista solo a sfavore dell'assicurato dall'art. 1932 c.c., sapesse come farsi carico di accompagnare lo sviluppo dell'assicurazione infortuni, sullo sfondo di una disciplina codicistica di riferimento in tal modo resa più duttile e aperta alle possibilità di una progressiva interpretazione adeguatrice delle corti, alle quali sarebbe spettato il compito di intervenire gradualmente, per definire, in relazione a ciascun aspetto applicativo del contratto, i punti fermi che lo sviluppo negoziale e commerciale dell'assicurazione infortuni avrebbe reso necessario fissare.

La seconda tesi muoveva invece da una preoccupazione di sapore dogmatico, nella misura in cui prendeva le mosse dalla convinzione che solo la vigenza del principio indennitario potesse eliminare nei contraenti delle polizze infortuni l'autolesionistica tentazione di procurarsi o cercare il *vulnus* della propria integrità fisica (sanzionata peraltro già all'epoca dall'art. 642 c.p.) e così tramutare l'assicurazione contro le disgrazie accidentali in uno strumento attraverso il quale monetizzare fraudolentemente la compromissione della propria salute.

Questo argomento, come vedremo, occupa a tutt'oggi un posto centrale nella strategia interpretativa coltivata dai cultori della vocazione totalizzante del principio indennitario, che in questo mostrano di rimanere agganciati a convinzioni assai antiche, già protagoniste – come adesso vedremo – dei dibattiti ottocenteschi sulla opportunità di per-

ratore determinino d'accordo e preventivamente in polizza, in relazione alle varie ipotesi di sinistro, l'entità delle prestazioni garantite.

mettere che ci si potesse assicurare dalle conseguenze patrimoniali a sé sfavorevoli discendenti dal proprio incedere in una condotta colposa.

Prima di collocarlo meglio nella sistematica motivazionale che in tempi recenti ha indotto una isolata pronuncia della Cassazione a predicare l'idea che l'assicurazione infortuni sia a tal punto dominata dalla logica indennitaria da imporre che le parti non possano liberarsene nemmeno pattiziamente, di questo argomento si può cominciare a cogliere la proiezione latamente morale.

L'argomento, infatti, non è poi lontano dalla preoccupazione etica che – nella lunga storia del contratto di assicurazione – è stata frapposta alla possibilità di assicurare la responsabilità civile, da parte di quanti si professavano convinti che una simile innovazione avrebbe fomentato il *moral hazard* degli assicurati, incitandoli a tenere condotte imprudenti, col sorgere di un interesse positivo alla realizzazione del rischio dedotto in assicurazione⁴⁰.

In questo contesto la giurisprudenza di legittimità – che ancora nella vigenza del codice di commercio aveva più volte ribadito l'assoggettamento della assicurazione contro le disgrazie accidentali alla disciplina dell'assicurazione sulla vita, escludendo l'applicabilità della disciplina dell'assicurazione contro i danni⁴¹ – ha continuato a praticare per tutto

⁴⁰ Questa preoccupazione fu fugata in Francia fin dal celebre *arrêt* Automédon, App. Paris, 1^{er} Juillet 1845, in *D.*, 1845, 2, 126, su cui F. EWALD, *Histoire de l'État providence: les origines de la solidarité*, Paris, 1996, 150 ss. In Italia, invece, alla vigilia della formulazione dell'art. 1917 c.c., questo timore continuava ad agitare molti fantasmi in dottrina, come ricostruisce S. LANDINI, *Assicurazione e responsabilità*, Milano, 2004, 65-73, che da ultimo ha riproposto un'approfondita lettura storica del problema in EAD., *L'assicurazione della responsabilità civile verso i prestatori d'opera*, in S. LANDINI, M.P. MONACO, C. SILVESTRI, *Assicurazione della responsabilità civile verso i prestatori d'opera e «nuovi danni al lavoratore»*, Napoli, 2016, 9, spec. 28 e ss.

⁴¹ Cass. civ., 27 aprile 1937, n. 1343, in *Foro it.*, 1937, I, 747, nella vigenza dell'art. 438 del cod. comm. del 1882, disciplinante la surrogazione dell'assicuratore, aveva osservato, ribadendo l'assoggettamento dell'assicurazione infortuni e disgrazie accidentali all'assicurazione sulla vita:

il legislatore, allo scopo di evitare la difficoltà di consimili valutazioni e anche per eccitare maggiormente il senso della previdenza ha considerato l'assicurazione infortuni o disgrazie accidentali, come assicurazione vita, tanto più che se l'assicurazione contro i danni non può avere ad oggetto che le cose suscettibili di proprietà (art. 423 cod. comm.) né la vita umana né le parti del corpo umano

il Secolo breve la *souplesse* interpretativa concessa, di là dall'adesione formale all'eclettica tesi del *tertium genus* o a quella del contratto misto, dalla possibilità di non ricavare dalla dicotomia regolativa codicistica vincoli dommatici di applicazione necessaria al contratto contro le disgrazie accidentali non mortali.

Fino al 2002 la giurisprudenza di legittimità, più o meno consapevolmente, ha voluto sentirsi libera di attingere ai due plessi di regole del sottotipo dell'assicurazione contro i danni e di quello dell'assicurazione sulla vita quante volte la disciplina di uno dei due sottotipi si fosse mostrata adatta a risolvere uno specifico problema posto da questo strumento assicurativo, che – diversamente da quanto avvenuto in altre esperienze giuridiche europee – non aveva ricevuto considerazione a sé stante nella disciplina del 1942, quando l'esigenza di regolare l'assicurazione sulla persona quale autonoma categoria normativa non aveva potuto darsi, proprio perché a ridosso della codificazione la nozione di danno in voga in Italia espungeva fermamente la persona dal suo orizzonte concettuale di riferimento.

sono cose, mentre l'uomo non può dirsi proprietario né della sua vita né del suo corpo.

Proseguendo, la corte aveva sviluppato un'interessante analisi distintiva fra l'assicurazione infortuni obbligatoria (legata all'attività lavorativa) e quella volontaria, rimessa alla libera scelta e al sacrificio economico dell'assicurato (*ivi*, 749 s., corsivo aggiunto):

ben diverso è il caso dell'assicurazione libera da quella obbligatoria, giacché questa risponde a un interesse sociale e l'altra ad un interesse individuale, e mentre l'origine della prima è in uno scopo di pacificazione sociale quella della seconda è in uno scopo esclusivo di previdenza. In conseguenza, nell'assicurazione libera si ha il sacrificio economico dello assicurato, nell'assicurazione obbligatoria è vietato di farne sopportare all'assicurato qualsiasi onere, ciò che importa che nella prima c'è completa libertà di pattuizione e nella seconda invece tutto è stabilito, tutto è regolato a priori dal legislatore. Ma, soprattutto, nell'assicurazione libera le parti possono attribuire il valore che credono alla vita ed alle varie lesioni, mentre nelle assicurazioni sociali non c'è alcun posto lasciato alla volontà delle parti ed è la legge che fissa l'indennizzo.

Tale orientamento in seguito era stato oggetto di conferma in Cass. civ., 12 dicembre 1938, in *Rep. Foro it.*, 1938, voce *Assicurazione (contratto)*, nn. 258, 259; Cass. civ., 12 luglio 1939, n. 2495, *ivi*, 1939, voce cit., n. 163; Cass. civ., 18 luglio 1941, n. 2225, *ivi*, 1941, voce cit., n. 226; Cass. civ., 19 maggio 1951, n. 1259, *ivi*, 1951, voce cit., n. 64; Cass. civ., 7 giugno 1951, n. 1457, *ivi*, nn. 66-68.

Così, la disciplina dell'assicurazione sulla vita fu ritenuta applicabile all'assicurazione facoltativa contro le disgrazie accidentali quando si trattò di stabilire: 1) l'inapplicabilità a questo contratto dell'art. 1912 c.c., in tema di esclusione della guerra e delle sollevazioni popolari dal novero dei rischi ordinari⁴²; 2) l'impignorabilità dell'indennizzo dovuto agli eredi, in forza di una assicurazione contro gli infortuni, in caso di morte dell'assicurato⁴³; 3) la non applicabilità del secondo comma dell'art. 1919 c.c. in caso di morte dell'assicurato⁴⁴; 4) la possibilità di op-

⁴² Cass. civ., 19 maggio 1951, n. 1259, cit.; e Cass. civ., 7 giugno 1951, n. 1457, cit., ribadendo come l'art. 1912 c.c. attenga all'assicurazione contro i danni, concernente le cose, i cui schemi risultano inestensibili all'assicurazione contro gli infortuni, e concludendo che, riguardando le persone, quest'ultima è da reputare affine all'assicurazione sulla vita.

⁴³ Cass. civ., 15 novembre 1960, n. 3048, in *Foro it.*, 1961, I, 803, dopo aver sottolineato che:

nell'ipotesi di infortuni o disgrazie accidentali, che ledano la integrità fisica dell'individuo, cagionandone la invalidità temporanea o permanente, oppure la morte, non è possibile negare che le indicate cause costituiscano «eventi attinenti alla vita umana», ossia rientrano nella locuzione di cui all'art. 1882 c.c.

soggiunse che (*ivi*, 806):

l'aver il legislatore esteso all'assicurazione contro gli infortuni e contro le disgrazie accidentali l'applicabilità dell'art. 1916, ult. comma, c.c., relativo al diritto di regresso a favore dell'assicuratore che ha pagato l'indennità, verso il terzo responsabile, ossia di questa sola norma delle assicurazioni contro i danni, significa che per il resto occorre far capo al trattamento dell'assicurazione sulla vita.

⁴⁴ Così Cass. civ., 12 ottobre 1961, n. 2095, in *Foro it.*, 1962, 313, anche in base al rilievo che (*ivi*, 314):

mentre l'assicurazione contro i danni riflette le cose materiali ed inanimate, suscettibili quindi di proprietà e soggette, per se stesse, ad una obiettiva determinazione di valore, come emerge dalla correlativa norma di legge, l'assicurazione contro gli infortuni e le disgrazie accidentali riguarda la vita umana e le parti del corpo umano, le quali non possono considerarsi, sia pure per determinati e limitati effetti, come una cosa di cui l'individuo possa dirsi proprietario ed a cui possa egualmente attribuirsi un valore economico specifico, che non superi un certo limite. Ripugna, infatti, che il contratto di assicurazione contro gli infortuni individuali possa esser concepito come un semplice contratto di indennità, volto a riparare i danni risentiti, in conseguenza di infortunio, da quel particolare bene qual è, senza dubbio, la vita e la integrità fisica, anche per il contrasto

della rappresentazione anzidetta con le concezioni etiche universalmente ricevute, che non sono e non possono restare estranee all'ordinamento positivo.

La soluzione fu confermata da Cass. civ., 9 settembre 1968, n. 2915, in *Foro it.*, 1968, I, 2707, con argomenti che, come vedremo, oggi meritano rinnovata attenzione (corsivo aggiunto):

a parte che non si riesce davvero a comprendere come si possa ritenere escluso dall'ampia categoria degli «eventi attinenti alla vita umana» di cui è cenno nell'art. 1882 l'infortunio o la disgrazia accidentale che abbia come conseguenza dannosa una lesione dell'integrità fisica dell'individuo e che cagioni perciò a costui un'invalidità temporanea o permanente, ovvero la morte, l'assimilabilità dell'assicurazione di cui trattasi a quella 'sulla vita' è infatti reclamata, innanzi tutto, da ciò che entrambe, in quanto coprono il rischio della morte, si atteggiavano ad una *vera e propria misura di previdenza*, a nulla rilevando, sul piano giuridico, che nell'una l'evento letale sia contemplato come effetto di infortunio, come accadimento, cioè, verificatosi in determinate particolari circostanze, mentre nell'altra sia considerato in sé e per sé, vale a dire nella sua materiale fenomenologia, indipendentemente dalla causa che lo ha prodotto. A far risalire l'impossibilità concettuale, oltre che giuridica, di equiparare l'assicurazione contro gli infortuni a quella contro i danni sta, al contrario, la sostanziale differenza di contenuto che l'una presenta di fronte all'altra, giacché, mentre in quest'ultima il danno viene considerato in riferimento a cose materiali ed inanimate, suscettibili di proprietà e soggette perciò, per se stesse, ad una obiettiva valutazione economica, nell'assicurazione contro gli infortuni e le disgrazie accidentali quello che viene in considerazione è invece il corpo umano, nella sua interezza e nelle sue singole componenti, e cioè un bene tutt'affatto particolare, rispetto al quale, per la concezione etica che gli ordinamenti dei paesi civili, e quindi anche del nostro, hanno della vita umana, non è configurabile un puro e semplice contratto d'indennità come efficace strumento di riparazione del danno prodottosi. E ad ulteriore conferma dell'assoluta impossibilità di applicare all'assicurazione sulla vita il regime dell'assicurazione contro i danni non è superfluo rilevare che, *mentre in quest'ultima la misura del risarcimento è facilmente determinabile in quanto va ragguagliata alla diminuzione o alla perdita che la cosa ha subito nel suo valore intrinseco, con la conseguenza che l'assicurato non può realizzare un vero e proprio lucro, trovando l'indennizzo risarcitorio il suo limite naturale nella effettiva entità del danno sofferto, nell'assicurazione sulla vita (che rimane tale, ovviamente, anche nel caso che, come nella specie, quale evento di danno siano in essa previste al tempo stesso la morte e la lesione, essendo sufficiente la prima delle due previsioni a qualificare la vera essenza) tale determinazione ha viceversa come unico suo parametro il valore che alla vita dell'assicurato, e quindi alla di lui integrità fisica, è stato dichiaratamente attribuito nella polizza, a nulla rilevando che tale valore possa risultare sproporzionato rispetto alla limitata capacità produttiva dell'assicurato stesso o che ad esso il danno economico effettivamente risentito dall'erede, o dal beneficiario dell'assicurazione in genere, sia di gran lunga inferiore.*

porre al terzo beneficiario le eccezioni fondate sul contratto in base all'art. 1920 c.c., norma quindi ritenuta applicabile all'assicurazione contro gli infortuni⁴⁵; 5) la possibilità di coprire anche il rischio di suicidio dell'assicurato, con applicazione dell'art. 1927 c.c., sempre che il contratto non escluda espressamente tale rischio⁴⁶; 6) che, non essendo applicabile il principio indennitario, la circostanza che l'assicurato abbia provveduto a proprie spese a sostenere interventi chirurgici tali da ridurre il grado di invalidità riportato in esito all'infortunio non debba andare a vantaggio dell'assicuratore⁴⁷.

Diversamente, la disciplina dell'assicurazione sulla vita *non* fu ritenuta applicabile all'assicurazione facoltativa contro le disgrazie accidentali quando si trattò di stabilire: 1) che in caso di mancato pagamento del premio si applica la disciplina generale dell'art. 1901 c.c., mentre

Cass. civ., 10 giugno 1977, n. 2393, in *Arch. civ.*, 1977, 1012, ritenne non necessario il consenso nell'ipotesi di assicurazione infortuni stipulata dal datore di lavoro in favore degli eredi del proprio dipendente, nel caso di morte di quest'ultimo in conseguenza dell'infortunio.

⁴⁵ Cass. civ., 4 aprile 1975, n. 1205, in *Foro it.*, 1976, I, 789 – poi seguita da Cass. civ., 8 novembre 1979, n. 5755, in *Rep. Foro it.*, 1979, voce *Assicurazione (contratto di)*, n. 345. Cass. civ., 28 luglio 1980, n. 4851, in *Rep. Foro it.*, 1980, voce cit., n. 297 – ritenne applicabile l'ultimo comma dell'art. 1920 all'assicurazione infortuni, avendo cura di precisare che però la norma non implicava disapplicare al terzo il termine breve prescrizione di cui all'art. 2952 c.c.

⁴⁶ Cass. civ., 22 ottobre 1976, n. 3741, in *Foro it.*, 1977, I, 2321.

⁴⁷ Lo affermò, «salvo diversa previsione di polizza», Cass. civ., 17 settembre 1979, n. 4788, in *Rep. Foro it.*, 1979, voce cit., nn. 346 e 347, la quale pose anche il seguente e assai interessante principio di diritto:

il contratto di assicurazione privata contro gli infortuni, nel quale il debito dell'assicuratore, a seguito di evento attinente alla integrità fisica dell'assicurato, non sia collegato alla professione e ai redditi dell'assicurato medesimo, e quindi, non si ponga in funzione di ristoro di una perdita patrimoniale e di un mancato guadagno, è privo di carattere indennitario, equiparabile a quello dell'assicurazione contro i danni; in tali casi, pertanto, non può trovare applicazione l'art. 1914, comma 2, c.c. (derogabile solo in senso più favorevole all'assicurato a norma dell'art. 1932 c.c.) circa l'obbligo dell'assicuratore di assumere le spese fatte dall'assicurato per diminuire il danno.

non trova applicazione l'art. 1924 c.c.⁴⁸; 2) che l'assicuratore, che abbia indennizzato gli eredi a seguito della morte di un dipendente, volonta-

⁴⁸ Cass. civ., 13 novembre 1964, n. 2735, in *Foro it.*, 1964, I, 1915, sul rilievo che:

la deroga alla norma sul diritto dell'assicuratore al pagamento del premio relativo, in corso alla data di risoluzione, si giustifica considerando che nelle assicurazioni sulla vita, in coerenza con la nozione dell'art. 1919, il premio concorre con la copertura del rischio alla formazione del capitale, mentre nell'assicurazione privata per infortuni sul lavoro, ciò, di regola, non avviene perché è diversa l'impostazione tecnica per la copertura del rischio.

Tale argomentazione fu ripresa adesivamente da Cass. civ., 25 maggio 1971, n. 1526, *ivi*, 1971, I, 1891, con soluzione poi confermata da Cass. civ., 13 maggio 1977, n. 1883, *ivi*, 1978, I, 996. Nella motivazione di quest'ultima sentenza è peraltro rinvenibile un passo che merita la riproposizione, perché assai eloquente circa la consapevole *souplesse* che la giurisprudenza di legittimità preferiva esercitare a dispetto dei fautori di un incasellamento rigido della disciplina dell'assicurazione contro gli infortuni nella dicotomia disciplinare codicistica, nella misura in cui da tale incasellamento si traesse la convinzione di essere costretti a far discendere effetti interpretativi vincolanti sul piano dommatico (*ivi*, 999 s., corsivo aggiunto):

pur nella varietà delle ben note e contrastanti vedute intorno alla natura giuridica dell'assicurazione infortuni e alla disciplina da applicare in mancanza di una specifica regolamentazione normativa (*id est*: assicurazioni danni; assicurazioni vita; *tertium genus*: contratto misto), esiste tuttavia una larga convergenza di opinioni, così in dottrina come in giurisprudenza, sul punto che gli effetti del mancato pagamento dei premi vanno regolati alla stregua dell'art. 1901 c.c., collocato nella Sezione I ("disposizioni generali"), e non già dell'art. 1924 c.c., inserito nella Sezione III ("dell'assicurazione sulla vita"). Questa Corte Suprema, benché orientata, contro l'opposto avviso della dottrina prevalente, a scartare il regime indennitario di cui alla sezione II ("dell'assicurazione contro i danni") per richiamarsi piuttosto all'assicurazione sulla vita come allo schema entro il quale va inquadrata l'assicurazione infortuni, non ha però mancato di precisare, attenuando così la portata di quest'assimilazione teorica, qualche volta fraintesa, che "l'affinità" per vari aspetti riscontrabile tra le due specie assicurative non comporta necessariamente che tutte le norme dettate per la prima debbano trovare integrale applicazione anche nella seconda. Da un canto, infatti, si deve tener conto delle differenze ontologiche e di struttura fra di esse esistenti, *per cui occorre stabilire, caso per caso, quali norme del ramo "vita" si possono applicare al ramo "infortuni" (retto prevalentemente dalle disposizioni generali della Sezione I e dalle condizioni di polizza) e quali no, avuto riguardo alle caratteristiche di affinità o di somiglianza che questo presenta rispetto al primo*; dall'altro, poi, non si può ignorare che, fra le norme specifiche dell'assicurazione sulla vita (art. 1919-1927 c.c.), ve ne sono alcune (v., per es., gli artt. 1925 e 1927) che rivelano una così intima connessione col particolare congegno tecnico-giuridico di questo ramo assicurativo da non trovare riscontro in nessun altro.

riamente assicurato dal datore di lavoro per le disgrazie accidentali, possa esercitare la surrogazione nei diritti dell'assicurato contro il terzo responsabile del decesso⁴⁹; 3) che la somma dovuta all'assicurato a tito-

⁴⁹ Cass. civ., 23 novembre 1965, n. 2405, in *Foro it.*, 1965, I, 2037, sul rilievo – in verità scontato, data l'espressa (ma non inderogabile) previsione codicistica – che (*ivi*, 2038 s., corsivo aggiunto):

a norma dell'ult. comma dell'art. 1916 c.c., il diritto di surroga dell'assicuratore, che abbia corrisposto l'indennizzo, verso il terzo responsabile, è applicabile anche alle assicurazioni volontarie contro gli infortuni sul lavoro e contro le disgrazie accidentali, anche se comprensive del rischio di morte. Per effetto di questa disposizione, *che prescinde dall'assimilazione dell'assicurazione infortuni a quella sulla durata della vita od alternativamente all'altra contro i danni*, l'assicuratore, che, a seguito d'infortunio mortale della persona assicurata, abbia versato ai suoi eredi l'indennizzo, può rivalersi verso il terzo responsabile dell'infortunio, surrogandosi nei diritti che sarebbero spettati agli eredi dell'assicurato.

La sentenza, in ogni caso, si guardò bene dallo statuire che l'esercizio della surroga potesse riguardare anche i diritti spettanti *iure proprio* agli eredi in conseguenza della morte dell'assicurato, postulando che l'indennità corrisposta elidesse nei fatti il danno risarcibile *iure proprio* agli eredi. Nemmeno un anno dopo Cass. civ., 7 settembre 1966, n. 2336, *ivi*, 1966, I, 2019, volle però compiere un passo in più rispetto all'ancor fresco precedente, affermando, senza però risolvere l'ambiguità dommatica della soluzione propugnata (come la sentenza stessa ebbe modo di riconoscere; *ivi*, 2022, corsivo aggiunto):

se il terzo beneficiario della somma assicurata è persona diversa dal titolare del diritto al risarcimento verso il terzo responsabile, non può verificarsi la surroga per mancanza di quel cumulo di diritti a favore di uno stesso soggetto, che l'art. 1916 tende appunto ad evitare. *Se, invece, il terzo beneficiario sia anche il titolare del diritto al risarcimento (come la corte di merito ha accertato nei confronti dei beneficiari designati dall'assicurato, suoi stretti congiunti ed eredi legittimi), la surroga ha luogo perché, pur dovendosi riconoscere che il diritto alla somma assicurata e quello al risarcimento spettano al beneficiario iure proprio, e quindi, a stretto rigore, non si ha un diritto dell'assicurato verso il terzo responsabile nel quale l'assicuratore possa surrogarsi, secondo la letterale previsione legislativa, tuttavia il cumulo di diritti, derivanti da titoli diversi, nei riguardi del beneficiario ugualmente si verifica; e l'art. 1916 (che, ripetesì, non contiene alcuna distinzione) regola indubbiamente una situazione come quella ora prospettata*, pur escludendosi, per le ragioni esposte, che l'assicurazione infortuni, specie per il caso di morte, possa assimilarsi all'assicurazione contro i danni, ed ammettendosi, per converso, che l'articolo citato tuteli, in via generale, la funzione indennitaria propria di quest'ultima categoria di assicurazioni.

lo di capitale possa superare il massimale di polizza e, in quanto credito di valore, possa essere rivalutata per la sopravvenuta svalutazione monetaria⁵⁰; 4) che, nel caso di una polizza infortuni professionale, il cambiamento di professione dell'assicurato non determina le conseguenze previste dall'art. 1926 c.c.⁵¹; 5) che all'assicurazione contro gli infortu-

La medesima soluzione e il medesimo ordine di ragionamenti furono riproposti – non senza preoccuparsi di ribadire che l'assicurazione contro gli infortuni dovesse inquadrarsi in linea generale nell'assicurazione sulla vita, da Cass. civ., 24 aprile 1974, n. 1175, in *Rep. Foro it.*, 1974, voce *Assicurazione (contratto di)*, n. 211.

⁵⁰ Cass. civ., 22 gennaio 1980, n. 659, in *Foro it.*, 1980, I, 1896, con nota di A.M. PRINCIGALLI, applicò all'assicurazione infortuni la soluzione all'epoca accolta in caso di assicurazione contro la responsabilità civile, statuendo che (*ivi*, 1905):

se l'assicurazione contro gli infortuni prevede un massimale, si realizza, in base all'autonomia contrattuale delle parti, una liquidazione in moneta *ab origine* della prestazione dovuta dall'assicuratore attraverso una limitazione convenzionale della relativa obbligazione espressa in valuta. In tal modo si determina, per patto di polizza, una limitazione della prestazione pecuniaria dovuta per contratto dalla società assicuratrice, la quale ha l'obbligo di corrispondere una somma predeterminata che non può essere superata per eventi successivi che attingono alla sopravvenuta svalutazione monetaria.

La soluzione innovava rispetto a un orientamento precedente, per il quale, nell'assicurazione contro i danni, il debito era di valore (argomentando *ex art.* 1905 c.c.), e la previsione del massimale non poteva valere a modificare la natura del debito dedotto in obbligazione, ma solo quale limite quantitativo della responsabilità dell'assicuratore (Cass. civ., 28 febbraio 1956, n. 574, in *Ass.*, 1956, II, 2, 58, con nota critica di C. GIANNATTASIO; Cass., 2 marzo 1973, n. 572, in *Foro it.*, 1973, I, 2132). In seguito a quell'arresto, soprattutto per effetto dei problemi contingenti determinati dai picchi inflattivi degli anni Ottanta, Cass. civ., 3 maggio 1986, n. 3017, in *Giust. civ.*, 1986, I, 2831, con nota di M. FRANZONI, *Natura del debito dell'assicuratore nell'assicurazione contro i danni*, tornò ad affermare la natura di debito di valore dell'assicurazione contro i danni, e così statuendo fu indotta a ritenere che l'assicurazione contro gli infortuni si qualificasse tale, senza peraltro dilungarsi sulle ragioni tecniche che sorreggevano questa importante scelta qualificatoria.

⁵¹ Cass. civ., 27 novembre 1979, n. 6205, in *Ass.*, 1981, II, 1, 105, con nota di M. ANTINOZZI, *Conseguenze del cambiamento di professione dell'assicurato contro gli infortuni*, nella quale la S.C. osservò – testimoniando ancora una volta l'importanza annessa alla possibilità di praticare una opportuna *souplesse* interpretativa fra i sottotipi codicistici dell'assicurazione – che «l'assimilazione in via analogica, sostenuta da una parte della dottrina e giurisprudenza, tra l'assicurazione volontaria sugli infortuni e quella sulla vita non può essere totale ed assoluta».

ni si applicano gli artt. 1913 e 1915 c.c. previsti per l'assicurazione contro i danni⁵²; 6) che, pur non essendo ritenuto applicabile di default, le parti – nell'esercizio della propria autonomia negoziale – sono legittimate ad applicare all'assicurazione infortuni l'art. 1910 c.c., derogandone le previsioni in *peius* per l'assicurato, per contemplare il prodursi degli effetti di cui al secondo comma di quella norma, anche nell'ipotesi di mancata comunicazione *non dolosa* da parte dell'assicurato⁵³.

⁵² La soluzione affermativa fu motivata da Cass. civ., 4 marzo 1978, n. 1078, in *Ass.*, 1978, II, 2, 167; e in *Giust. civ.*, 1978, I, 1314, sul rilievo che l'interesse dell'assicuratore a controllare il più immediatamente possibile le cause e le conseguenze dell'evento denunciato dal contraente una polizza infortuni fosse analogo all'esigenza tutelata dalle norme in questione, previste per l'assicurazione contro i danni.

⁵³ Così, infatti, Cass. civ., 19 marzo 1980, n. 1832, in *Rep. Foro it.*, 1980, voce *Assicurazione (contratto di)*, n. 113:

nell'esercizio del potere di autonomia riconosciuto dall'ordinamento, le parti possono disciplinare determinate situazioni giuridiche indipendentemente dall'esistenza di una norma di legge, non avente carattere imperativo, che già le regoli in via generale ed astratta, eventualmente derogando a tale disciplina normativa; pertanto, è legittima la clausola di un contratto di assicurazione contro gli infortuni, che statuisca l'obbligo dell'assicurato di comunicare all'assicuratore l'eventuale stipulazione di un altro contratto di assicurazione e che importi in caso di omissione, ancorché non dolosa, l'esclusione dell'obbligo di indennizzo, attesa la sua difformità dal disposto del comma 2 dell'art. 1910 c.c. avente natura non inderogabile, in quanto non compreso nella elencazione dell'art. 1932 c.c.

Quasi contestualmente Cass. civ., 22 novembre 1980, n. 6211, *ivi*, n. 114, affrontò il medesimo problema, ma questa volta in un caso ove veniva esplicitamente in rilievo un'assicurazione contro i danni, per ribadire che, in mancanza di una clausola che rendesse esplicitamente rilevante la mera omissione colposa dell'assicurato, gli effetti di cui all'art. 1910 c.c. non potevano conseguire:

alla mera circostanza che la polizza assicurativa, predisposta dall'assicuratore, contenga una clausola che escluda l'esistenza di altre assicurazioni concorrenti, qualora ricorrano altri elementi che spieghino tale fatto in termini di negligenza dell'assicurato nella lettura del testo del contratto, anziché di raggiro nel senso specificato.

Sempre muovendo dalla (cruciale) circostanza che le parti avessero esplicitamente richiamato nel contratto l'art. 1910 c.c. (e dunque, ancora una volta, senza implicare che nell'assicurazione infortuni la norma trovasse applicazione di default, in esito alla considerazione del contratto nell'ambito del tipo dell'assicurazione contro i danni), l'affermazione di Cass. 1832/80 fu ribadita da Cass. civ., 2 marzo 1981, n. 1219, in

Arch. civ., 1981, 315, ove, però, in difetto di esplicita pattuizione in polizza della possibilità di far valere l'omessa denuncia anche semplicemente colposa, la corte impose all'assicuratore di provare la natura dolosa dell'omissione per potersi valere del diritto di non pagare l'indennità. In seguito, l'idea che l'autonomia negoziale delle parti potesse rendere applicabile l'art. 1910 c.c. all'assicurazione infortuni fu reiterata da Cass. civ., 7 giugno 1988, in *Rep. Foro it.*, 1988, voce cit., n. 3846 (per affermare come proprio il fatto che tale clausola riprendesse la regola del 1910 c.c. permettesse di non assoggettare la clausola stessa alla specifica approvazione per iscritto di cui all'art. 1341 c.c.). Il principio di Cass. civ. n. 1932/1980 fu riproposto – pur constatando come nel caso vagliato (ove veniva in rilievo il pagamento di un indennizzo dovuto per un'assicurazione contro gli infortuni e la morte, dopo il decesso dell'assicurato, e non un indennizzo a seguito di mero infortunio) il contenzioso si definisse sul rilievo che le parti avevano legittimamente (non essendo la norma in questione richiamata nell'art. 1932 c.c.) convenuto una clausola volta a escludere l'operatività dell'art. 1910 c.c. – da Cass. civ., 4 agosto 1995, n. 8597, in *Dir. econ. ass.*, 1996, 633, ove si affermò in *obiter* che (corsi-vo aggiunto)

nell'esercizio del potere di autonomia negoziato le parti possono disciplinare ipotesi di regolamentazione contrattuale in deroga all'art. 1910 c.c., non avente carattere imperativo, e in particolare statuire l'obbligo dell'assicurato di comunicare all'assicuratore l'eventuale stipulazione di altri contratti di assicurazione, che importi in caso di omissione – *anche non dolosa* – l'esclusione dell'obbligo dell'indennizzo.

Tale sentenza si produsse però in un *obiter* ancora più marcato – e decisamente creativo se si guarda a quanto aveva fino a quel momento affermato la giurisprudenza fin qui esaminata – nella parte in cui declamò l'esistenza di un principio generale. Si asserì, infatti, con riferimento all'applicabilità dell'art. 1910 all'assicurazione infortuni, che:

la giurisprudenza di questa Suprema Corte ha costantemente [?] affermato che tale norma contiene un principio di carattere generale, in quanto tende ad impedire la stipulazione di diversi contratti di assicurazione contro il medesimo rischio, onde evitare che il beneficiario ottenga un indebito arricchimento, con conseguenze pregiudizievoli per l'economia.

Questo preteso principio generale, che sottaceva l'inequivoca circostanza che, nei precedenti di legittimità appena visti, l'art. 1910 c.c. era sempre stato applicato all'assicurazione infortuni solo nella misura in cui risultava richiamato o riproposto dall'autonomia negoziale delle parti – e giammai di *default* – fu ripreso da Cass. civ., 23 agosto 1999, n. 8826, in *Giust. civ.*, 2000, I, 2064, la quale, ancora una volta, decideva in ordine all'applicazione dell'art. 1910 c.c. (per stabilire che, ai fini della previsione del terzo comma di questa norma, compete all'assicurato la prova che il cumulo fra l'indennità chiesta all'assicuratore e le somme eventualmente riscosse per il medesimo sinistro da altri assicuratori non superi l'ammontare del danno sofferto in conseguenza del mede-

5. Il restatement delle S.U. del 2002 e le alchimie sulla causa del contratto

È stato proprio vagliando una controversia ove veniva in rilievo il fatto che l'assicurato avesse stipulato una pluralità di polizze infortuni (fra le quali ve n'era solo una che contemplava la volontà condivisa fra i contraenti di non applicare al contratto l'art. 1910 c.c.), che le Sezioni Unite del 2002 hanno avvertito il bisogno di operare un completo *re-statement* del panorama giurisprudenziale di legittimità accumulatosi nei sessant'anni correnti fra il 1942 e il 2002 in tema di assicurazione infortuni⁵⁴.

Si è così sancito che, mentre

alla assicurazione contro le disgrazie accidentali (non mortali), in quanto partecipe della funzione indennitaria propria dell'assicurazione contro i danni, va estesa l'applicazione dell'articolo 1910, trattandosi di norme dettate a tutela del principio indennitario, per evitare che, mediante la stipulazione di più assicurazioni per il medesimo rischio, l'assicurato, ottenendo l'indennizzo da più assicuratori, persegua fini di lucro conseguendo un indebito arricchimento

questo non accade nel caso delle assicurazioni contro le disgrazie accidentali mortali, alle quali il principio indennitario è estraneo, con l'effetto di rendere inapplicabile in tale ipotesi la disciplina dettata dall'articolo 1910 c.c.

In tal modo le S.U. sono pervenute a sistemare l'annoso dibattito in merito alla qualificazione dell'assicurazione «contro le disgrazie accidentali» ipostatizzando il rilievo della distinzione fra salute e vita, quali beni unitariamente minacciati dal rischio di disgrazia chiamato a essere gestito da questo strumento assicurativo nella logica previdenziale che spinge un soggetto a investire risorse per cautelare la propria persona dalla minaccia dell'imponderabile.

Detti beni, una volta incisi dal verificarsi della disgrazia, assumono rilievo perché espressione di funzioni assicurative e tecniche di commi-

simo sinistro), nell'esaminare un contratto nel quale le parti avevano (ancora una volta) convenuto di richiamare espressamente l'art. 1910 c.c.

⁵⁴ Sez. Un. civ., 10 aprile 2002, n. 5119, cit.

surazione radicalmente distinte, e come tali capaci da retroagire sulla causa del contratto, differenziandone l'ascrivibilità al tipo negoziale dell'assicurazione contro i danni (quando la disgrazia si limiti a incidere, anche se con effetti devastanti, sulla salute dell'assicurato) o al tipo dell'assicurazione sulla vita (in caso di disgrazia letale).

Questa ipostatizzazione ha permesso alla Corte di riappareare vigore sistematico alla dicotomia portata in esponente nel 1942⁵⁵, nel tenta-

⁵⁵ Esplicita in tal senso Sez. Un. civ., 10 aprile 2002, n. 5119, cit.:

una eventuale piena assimilazione dell'assicurazione contro gli infortuni all'assicurazione sulla vita ovvero alla assicurazione contro i danni sarebbe in contrasto con la nozione di assicurazione dettata dall'art. 1882, secondo cui: "l'assicurazione è il contratto col quale l'assicuratore, verso il pagamento di un premio, si obbliga a rivalere l'assicurato, entro i limiti convenuti, del danno ad esso prodotto da un sinistro, ovvero a pagare un capitale o una rendita al verificarsi di un evento attinente alla vita umana". La definizione normativa, che si ricollega alla tradizionale bipartizione delle assicurazioni, poiché nella prima parte si riferisce all'assicurazione contro i danni e nella seconda all'assicurazione sulla vita, consente di affermare che la prima, in quanto considera il danno prodotto all'assicurato ("ad esso prodotto"), senza ulteriori precisazioni, non è solo assicurazione di cose o di patrimoni, ma è suscettiva di ricomprendere anche i danni subiti dalla persona dell'assicurato per effetto di infortunio, così caratterizzandosi (anche) come assicurazione di persone, e, per altro verso, che l'assicurazione sulla vita non esaurisce l'ambito delle assicurazioni di persone, inglobando anche l'assicurazione contro gli infortuni, poiché la disgrazia accidentale (non produttiva di morte) non costituisce evento attinente alla vita umana, tale essendo solo la morte, bensì evento attinente alla persona.

A questo modo di qualificare giuridicamente la disgrazia accidentale invalidante rileggendo la definizione dell'art. 1882 c.c. vien fatto di obiettare, nella misura in cui la disgrazia non ripeta causa da un fatto di cui un responsabile possa essere chiamato a rispondere civilmente, ma si verifichi appunto per effetto di una disgrazia accidentale (ed è tale l'incidente che coinvolga la persona dell'assicurato in ragione della non ottimale, ancorché non volontaria, attività precauzionale svolta dallo stesso assicurato o in ragione di un fattore naturale integrante il caso fortuito), che in tal caso la disgrazia accidentale invalidante non identifica, né in base al senso comune, né in base al lessico giuridico, un «danno ad esso prodotto da un sinistro», ma solo, semplicemente e inopugnabilmente «un evento attinente alla vita umana», a meno di non voler mettere in discussione i ragionamenti classicamente ispirati dalla circostanza che «l'art. 1227, comma 1, c.c., è espressione del principio che esclude la possibilità di considerare danno risarcibile quello che ciascuno procura a se stesso» (così Cass. civ., 8 maggio 2003, n. 6988, in *Rep. Foro it.*, 2003, voce *Responsabilità civile*, n. 247; Cass. civ., 26 aprile 1994, n. 3957, *ivi*, 1994, voce cit., n. 130). In dottrina, in generale V. CAREDDA, *Auto-*

tivo di allinearne il senso rispetto a tempi in cui l'assicurazione contro i danni è chiamata a gestire interessi chiaramente irriducibili al concetto che spinse ad eleggere «le cose» a paradigma terminologico dei dodici articoli destinati a disciplinare questo tipo assicurativo⁵⁶.

Si ammette che l'assicurazione contro i danni (che a ridosso del 1942 guardava a tutto ciò che avesse consistenza patrimoniale, in un tutto che all'epoca assorbiva integralmente ciò che di giuridicamente rilevante la persona poteva esprimere sul piano risarcitorio), con i suoi meccanismi regolativi innervati dal principio indennitario, sia perfettamente idonea a farsi carico della relevantissima proiezione non patrimoniale del valore costituzionale della persona affermatasi nei sessant'anni successivi alla codificazione, anche laddove, come accade nelle tante moderne proiezioni «pure» del danno non patrimoniale, questo valore appaia difficilmente riducibile alla commensurabilità convenzionale del biologico (si pensi, sol per accennare ad uno dei vari esempi possibili, al danno derivante dalla lesione del valore dell'auto-determinazione determinato dall'illecito che produca anche l'infortunio invalidante dell'assicurato).

Per converso si opina che, essendo la vita estranea al valore della persona dell'assicurato (in una soggettività destinata a scomparire a seguito della disgrazia accidentale mortale), il valore della vita acquisti rilievo patrimoniale assicurativo solo alla luce della volontà dell'assicurato di compiere un atto previdenziale destinato a beneficiare i designati e, come tale, costitutivamente allineato alle logiche regolative che da sempre contrappuntano il funzionamento dell'assicurazione sulla vita.

In un prima decisiva dimensione, che è quella nella quale la dottrina assicurativa si era tecnicamente arrovellata per sessant'anni esatti, l'esi-

responsabilità e autonomia privata, Torino, 2004, 26, e in particolare, con riferimento al fatto colposo dell'assicurato nell'assicurazione contro i danni, A. LA TORRE, *Responsabilità e autoresponsabilità nell'assicurazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1968, 442, 450 ss., richiamando, fra gli altri, il convergente pensiero espresso su questo punto da Pugliatti, Cattaneo e Betti.

⁵⁶ Giova richiamare qui, quanto, con piglio decisamente più propenso ad andare al cuore dei fenomeni regolati dalle norme, in uno con una evidente attitudine a sintonizzarsi sulle ragioni economiche che spingono a dotarsi di questo tipo di copertura assicurativa, aveva osservato a suo tempo Cass. civ., 9 settembre 1968, n. 2615, cit.

to del *restatement* operato nel 2002 dalle Sezioni unite è stato semplicemente quello di negare in radice i presupposti che avevano alimentato questo pluridecennale dibattito.

La soluzione è semplice e *tranchant*, una sorta di «uovo di Colombo» che compare all'improvviso per far premio delle migliaia di pagine versate in dottrina per venire a capo del problema: non v'è semplicemente ragione di ricostruire i tratti di un tipo contrattuale autonomo dell'assicurazione volontaria contro le disgrazie accidentali che ponga sullo stesso piano l'esito invalidante e l'esito mortale.

L'*escamotage* permette di respingere l'idea che l'assicurazione infortuni possa essere ricondotta a un tipo contrattuale unitario avente causa mista, anche se poi, nei fatti, cannibalizza gli esiti cui questa tesi approdava⁵⁷.

Si abbraccia invece l'assunto che ogni contratto contro le disgrazie accidentali, pur se all'interno di una medesima operazione contrattuale, dia in realtà luogo a due contratti (distinti, perché caratterizzati da cause autonome, ma) collegati, perché finalizzati a perseguire l'unitario regolamento di interessi voluto dalle parti⁵⁸.

Il primo indennitariamente volto a neutralizzare il rischio di disgrazia, quando esso si reifichi in un danno alla persona dell'assicurato. Il secondo diretto a gestire il rischio di disgrazia affrancandosi dalla logica indennitaria, quando il rischio venga a realizzarsi azzerando la persona dell'assicurato.

⁵⁷ Fu la monografia di G. FANELLI, *L'assicurazione privata contro gli infortuni*, Roma, 1945, 94 ss., a propugnare l'idea di considerare l'assicurazione contro gli infortuni come un sottotipo di natura mista del contratto di assicurazione avente però causa unitaria, ritenendo in tal modo di giustificare la soluzione che struttura, funzione e disciplina dell'assicurazione contro i danni potessero applicarsi alla copertura del rischio dell'invalidità temporanea, mentre gli stessi elementi dell'assicurazione sulla vita avrebbero potuti ritenersi operanti nel caso del rischio di morte.

⁵⁸ Lo rileva A. SEGRETO, *Assicurazione privata contro gli infortuni invalidanti e mortali*, cit., 907.

6. Ripensare il restatement: l'assicurazione infortuni nel prisma della causa mercantile e del senso della commisurazione convenzionale del danno alla persona

A tacer di problemi pratici di non poco momento⁵⁹, il problema di questo modo di articolare l'argomentazione sta nell'ammettere che l'individuazione della causa del contratto di assicurazione contro le disgrazie accidentali – di capitale importanza perché suscettibile di sottendere all'esistenza di contratti distinti, almeno seguendo questa impostazione – possa dipendere, in ultima analisi, dal diverso modo di pervenire a stimare il *quantum* dell'indennità che, in cambio del pagamento del premio, l'assicuratore promette di corrispondere al beneficiario in esito alla disgrazia accidentale.

Interrogandosi con la consueta profondità sulla causa del contratto di assicurazione, un Autore che di recente ha rivisitato a fondo questo elemento chiave che accompagna la circolazione della ricchezza nel sistema del diritto privato patrimoniale ha felicemente osservato che:

⁵⁹ Si annida un *non sequitur* nell'osservazione di chi scrive:

l'interesse assicurato, che attiene all'integrità psicofisica della persona sino a prevedere l'assoluta negazione della stessa, consente di evidenziare l'indissolubilità della causa del contratto e la conseguente duplicità di disciplina all'interno del sistema previsto dal legislatore. In sintesi ciò che caratterizza in modo estremo il rapporto assicurativo è la previsione dell'infortunio mortale insieme ad altri eventi che, invece, non producono l'estinzione della persona

per poi soggiungere che:

(...) dalla diversificazione delle garanzie prestate discende un impedimento ad un netto inquadramento sistematico dell'assicurazione facoltativa contro gli infortuni: nella fattispecie il contratto è unico, poiché questi diversi rischi vengono assunti contestualmente ed in quanto possibili effetti di un medesimo e tipico evento causale (la lesione determinata da fatto esterno) ed inoltre unica è la prestazione dell'assicurato (premio), unico il procedimento di formazione, unica è la durata del rapporto ed unico il documento, ma per aversi il contratto misto è necessario che vi sia una causa unitaria, anche se risultante dalla fusione fra le cause di due o più contratti nominati.

Così I. CLEMENTE, *L'assicurazione infortuni: una figura in cerca di disciplina*, in *Dir. econ. ass.*, 2004, 236, 244.

(...) nel contratto di assicurazione è dedotto un *quid*, che si riferisce al rischio di un evento, ma che è indipendente dal se esso si verificherà e della misura in cui si verificherà, e che, proprio per questo, costituisce un “valore” autonomo che consiste nella c.d. copertura assicurativa. La copertura assicurativa, dunque, non designa la funzione del contratto o il risultato materiale perseguito dall’assicurato o la trasposizione teleologica dell’effetto negoziale finale, ma rappresenta propriamente uno specifico ed autonomo valore d’uso, il passaggio da uno stato di esposizione al rischio ad uno stato di immunità dal rischio, cui il mercato dà forma di merce e che, dandogli tale forma, istituisce in bene giuridico distinto. È questo bene autonomo e distinto che l’assicuratore offre e che l’assicurato domanda. L’assicuratore, perciò, “vende” immunità e la vende per un corrispettivo che subisce fino in fondo la logica del prezzo (...) Di guisa che, dal punto di vista dal quale si è interrogato, il contratto di assicurazione dà vita a uno scambio tra una merce, che consiste nell’immunità dal rischio, contro un corrispettivo, che consiste in un prezzo di mercato in senso proprio⁶⁰.

Se si accetta questo modo di «vedere» la causa nel contratto di assicurazione, la strada percorsa dalle S.U. suscita dubbi difficili da fugare. Emerge una manipolazione della causa del contratto di assicurazione contro le disgrazie accidentali, che presuppone l’impiego di un concetto di causa assai strumentale, attraverso il quale s’immette nel dispositivo causale del contratto in questione un elemento che si erge a limite invalicabile dell’autonomia delle parti, senza trovare giustificazione nella reale funzione assolta, in realtà, dalla causa nell’economia del contratto, quando di questo concetto si porti alla luce la costitutiva e ineliminabile proiezione mercantile⁶¹.

⁶⁰ Così M. BARCELLONA, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, Vicenza, 2015, 440 s. (note omesse, enfasi aggiunta). Nel far sue queste considerazioni, l’A. dichiara di ritrovarsi in quanto già sottolineava L. BUTTARO, *Del giuoco e della scommessa. Art. 1933-1935*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1959, 94:

il sinallagma [nel contratto di assicurazione] intercorre non già tra pagamento del premio e pagamento eventuale dell’indennità, ma tra pagamento del premio e garanzia e sicurezza del risarcimento futuro (...) proprio perché questa garanzia, questa sicurezza, rappresenta già in sé un vantaggio attuale per l’assicurato ed in realtà (...) è questo il solo risultato cui egli tende.

⁶¹ Come scrive M. BARCELLONA, *Della causa*, cit., 163, ripercorrendo con rara attenzione e in una profonda prospettiva storica il dibattito civilistico sulla causa del con-

tratto, per ricavare da questa analisi i contorni di quella che l'A. definisce la «causa mercantile»:

il senso del dispositivo causale è quello di subordinare l'attribuzione dell'accordo del "valore di legge fra le parti" alla circostanza che esso si prospetti come mezzo negoziale strutturalmente atto a produrre conseguenze giuridiche reciproche virtualmente riducibili allo scopo vicendevole di appropriarsi di un valore d'uso e/o di scambio (del quale si sia privi) in condizioni di previa ponderabilità

in una formula che esplicita perché la causa debba essere considerata un mezzo per privare di tutela giuridica ogni accordo irriducibile a quella che l'A. definisce «l'assiomatizzazione dell'interesse egoistico», e che, non per caso, insiste nel riportare la funzione assoluta da questo strumento all'orizzonte costituito dalla *previa ponderabilità* dello scambio voluto dalle parti. Ancora, prosegue Barcellona (*ivi*, 271 s.):

la causa (quale che ne sia la "nozione" che si implementa) deve essere riscontrata in concreto, ossia (...) il giudizio causale richiede che il concreto contratto sia in grado di produrre l'effetto giuridico (...) da esso programmato e che per far questo esso deve verificare l'impatto che il programma di innovazione delle qualificazioni giuridiche dei comportamenti reciproci dei contraenti ha sulle loro rispettive sfere giuridiche e sulle loro relazioni.

In queste considerazioni sembra riecheggiare, anche se da sponde concettuali distanti e radicalmente differenti da quelle implicate nel ragionamento di Barcellona, quanto Giuseppe Capograssi – riversando nelle sue considerazioni la propria più generale veduta del rapporto fra diritto ed economia, e cioè che

(...) il diritto non sta fuori dall'economia con un rapporto di forma e materia (...) ma il diritto è la consapevolezza o la coscienza umana dell'economia, lo sforzo economico che è diventato coscienza di sé e delle sue condizioni (...) E per ciò può dirsi che il diritto è la continuazione dello sforzo economico, fino al punto in cui arriva la logica interiore del suo atto. (...) [D]i qui l'aspetto di mezzo che il diritto prende per l'attività economica; e si può chiamare mezzo *purché sia chiara la relatività di questa considerazione*

(così G. CAPOGRASSI, *Analisi dell'esperienza comune*, Milano, 1975, 149-150; e già in *Opere*, II, Milano, 1959, 161-162; e ancor prima in *Opere*, Roma, 1930, corsivo aggiunto) – osservava in merito all'essenza e alla funzione che mette conto riconoscere al contratto (*ivi*, 112-113):

[L]a volontà economica, sebbene mossa da criteri aventi in sé la loro razionalità, ignora la obbligazione [e] repugna ad essa, per la sua essenza tipicamente ambulatoria ricercando solamente la maggiore convenienza: il suo oggetto è direttamente la cosa o l'utilità che si propone. E fintanto che considera la cosa o l'utilità, ed il suo problema consiste nell'adattare i propri mezzi a questo suo proprio fine, tutto è dinnanzi a essa come un ostacolo, che deve essere eliminato o deve essere utilizzato. E tra gli altri ostacoli, l'ostacolo massimo, anzi l'osta-

La lettura causalistica avallata dalla Cassazione sembra, invece, dire che la causa del contratto contro le disgrazie accidentali obbliga le parti a ponderare l'opportunità dello scambio economico tenendo fermo l'assioma che uno dei prezzi scambiati non possa superare il valore del danno che l'ordinamento attribuisce alla salute dell'assicurato, quando questo bene sia inciso per diventare un danno risarcibile causato dal terzo, e non un indennizzo causato da una disgrazia.

Il perché di questo reticolato tipologico costruito attorno all'autonomia capacità di negoziazione delle parti, che nella causa finisce per trovare lo strumento del suo controllo, sta nella convinzione che, così non facendo, le parti non saprebbero regolare i propri interessi all'interno di uno scambio assicurativo concepito in tal guisa e, in ultima analisi, che questo scambio finirebbe coll'incentivare il *moral hazard* dell'assicurato.

Tutto ciò sembra andare molto oltre il raggio di azione dell'illiceità della causa e del rimedio caducatorio che si darebbe per assecondare la valutazione della (non) meritevolezza, che per questa via si vorrebbe sistematicamente sovrainporre allo spazio di manovra appartenente alla razionalità negoziale delle parti.

Senza contare che la tesi dei due contratti aventi causa autonoma, ma collegata – alla quale approda una riflessione che, in ultima analisi, legge il contratto dai suoi effetti (l'indennità oggetto di pagamento e il modo in base al quale essa è quantificata) per interrogare la causa che il contratto assume quando le parti si incontrano e realizzano l'operazione economica voluta – non riesce a persuadere della opportunità di dismet-

colo vero, quello che si frappona tra la volontà economica e la cosa, è l'altra volontà (...) La volontà contrattuale cessa dal riguardare come suo diretto oggetto la cosa, cessa dal proporsi come suo diretto fine l'utilità (...) [e] prende per suo proprio oggetto quello che nel fatto è il vero oggetto dell'azione anche nell'attrito del rapporto economico, cioè l'altra volontà. Questo prendere per oggetto la volontà, invece della cosa, questo sostituire all'utilità l'obbligazione, questo affidarsi all'altra volontà per raggiungere fini di utilità e nel mezzo stesso della lotta delle utilità, è proprio la novità che segna il contratto nella storia del volere. Il soggetto passa dall'utilità alla volontà, scopre la volontà e da essa fa dipendere la soluzione del suo problema.

tere l'idea che, invece, l'assicurazione contro le disgrazie accidentali conservi una causa unitaria, per quanto complessa⁶².

È in questo spostamento di prospettiva – che dall'*ex ante* dell'interesse mercantile dei paciscenti si sposta all'*ex post* della prestazione concordata per soddisfare quell'interesse – che il concetto della causa subisce un'abile manipolazione per assoggettare l'autonomia delle parti a convinzioni funzionalistiche che in realtà sono estranee alla tecnica d'individuazione della rilevanza giuridica della causa negoziale.

Com'è stato acutamente osservato studiando l'assicurazione alla luce del fondamentale tema dell'alea che pervade la ragion d'essere di questo dispositivo contrattuale:

nell'assicurazione, l'interesse contrattuale non coincide con l'interesse alla prestazione, che è solo eventuale (nel senso di interesse legato ad un evento incerto nell'*an* e nel *quando*): *tra l'interesse contrattuale e interesse alla prestazione si pone il diaframma dell'evento incerto*. Poiché l'evento è risolutivo di un rischio extracontrattuale, l'interesse del contraente, anteriormente all'evento, non si appunta come nel giuoco, direttamente sugli effetti conseguenti al mutamento giuridico, ma sulla stessa posizione aleatoria, che per la sua caratteristica struttura, offre la sicurezza del mutamento *ove o quando* l'evento si verifichi. La posizione aleatoria, a differenza di ciò che è rilevabile nel giuoco, svolge quindi una funzione non meramente strumentale e soddisfa in sé pienamente, ove l'evento non si avveri, l'interesse dell'assicurato: il rischio giuridico contrattuale serve alla neutralizzazione di un rischio extracontrattuale⁶³.

⁶² Ovvero

un contratto contrassegnato dall'esistenza di una causa unica, che si riflette sul nesso intercorrente tra le varie prestazioni con un'intensità tale da precludere che ciascuna delle predette prestazioni possa essere rapportata ad una distinta causa tipica e fa sì che le predette prestazioni si presentino tra loro organicamente interdipendenti e tendenti al raggiungimento di un intento negoziale oggettivamente unico

(per dirla con Cass. civ., 21 dicembre 1999, n. 14372, in *Foro pad.*, 2000, I, 334), ossia, riportandosi all'ipotesi in discorso, l'acquisto di uno stato di (relativa) immunità dal rischio della disgrazia accidentale, dietro pagamento di un corrispettivo).

⁶³ In questi termini, A. GAMBINO, *L'assicurazione della teoria dei contratti aleatori*, Milano, 1964, 316 (corsivo in parte aggiunto).

Nell'assicurazione contro le disgrazie accidentali è proprio la centralità negoziale del «diaframma della disgrazia incerta» a impedire di sezionare la struttura causale del negozio in base al tipo di prestazione agganciata alla realizzazione dell'evento incerto, per concepire l'esistenza di differenti strutture causali suscettibili di dare artificialmente origine a due contratti distinti, ancorché all'interno di una operazione contrattuale unitaria.

L'obiettivo di questa manipolazione è, in realtà, quello di lanciare la volata alla sottoposizione del contratto in discorso al dogma indennitario⁶⁴.

È questa la vera e più pregnante innovazione recata dalla sentenza delle S.U. del 2002, che – occorre aggiungere – era passata sostanzialmente sottotraccia negli anni che ormai ci separano da quella pronuncia, cui forse è capitato in sorte di non attirare in dottrina il livello di attenzione che avrebbe meritato di ricevere, vista l'importanza sistemica che il risultato di quella pronuncia a tutt'oggi assume.

Sancire il pieno assoggettamento del valore della persona al principio indennitario⁶⁵, con un atto di creatività interpretativa teso a giustifi-

⁶⁴ Si è osservato in linea generale che:

la obbligazione e prestazione dell'assicuratore può essere ritenuta sempre indennitaria in senso ampio, ma la funzione del contratto di assicurazione, nel senso di causa, non è indennitaria, non è da rinvenire nella prestazione dell'assicuratore di risarcire il danno, né nel ramo vita né nel ramo danni. Si può parlare di funzione indennitaria esclusivamente in modo generico; la funzione indennitaria generica rientra nel trasferimento del rischio da parte dell'assicurato, e nell'assunzione del rischio da parte dell'assicuratore in cambio di un premio, è assorbita nel trasferimento, assunzione e sopportazione del rischio di conseguenze economicamente sfavorevoli, con l'effetto che l'assicuratore si obbliga a pagare l'eventuale indennità.

Così, convincentemente, V. DE LORENZI, *Contratto di assicurazione*, cit., 24, nota omessa.

⁶⁵ Se l'effetto del principio indennitario è tipicamente quello di limitare *ex ante* la possibilità di acquistare l'assicurazione e di dimensionare *ex post* la prestazione indennitaria, legandosi alla possibilità calcolare *ex ante* l'importo del rischio assicurato ed *ex post* l'importo del danno concretamente subito (V. DE LORENZI, *Contratto di assicurazione*, cit., 195), è evidente come tale principio viva in simbiosi con la possibilità di una stima concreta del danno che può solo darsi nell'assicurazione di cose e patrimoni, ove il dispositivo di commisurazione è suscettibile di funzionare in base a indici di mercato.

care in chiave più generale, quanto solo in tempi recenti e con piglio apodittico alcune isolate sentenze di legittimità avevano preso a enunciare⁶⁶, quasi si sia trattato di rivelare finalmente il non detto di una conclusione che, prima di giustificarsi come regola, era stata ritenuta applicabile assumendone la riferibilità a un principio immanente, da enunciare e applicare fideisticamente.

Questa fideistica immanenza si può forse spiegare – aprendo una parentesi di approfondimento nello sviluppo del discorso – se si torna a considerare una della più equilibrate e autorevoli analisi svolte intorno al concetto di assicurazione nella dottrina assicurativa del dopoguerra, per mettere in luce gli elementi di quell'analisi oggetto di una progressiva opera di travisamento, realizzatasi nel tempo, di pari passo all'emergere e all'affinarsi di una tecnologia di commisurazione del danno alla persona che, quando l'analisi che adesso si rievocherà fu effettuata, era ancora di là da venire.

La ricerca e il consolidamento di un concetto unitario dell'assicurazione (ancorché ritenuto un problema che «non va sopravvalutato e probabilmente quale che sia la soluzione alla quale si perviene non mutano le norme disciplinatrici: si tratta più che altro di una cornice che non tocca l'essenza del dipinto che essa inquadra»)⁶⁷, furono, infatti, sapientemente perseguiti da Antigono Donati nel rivendicare la necessi-

Tali indici di mercato nel caso dell'integrità fisica della persona mancano e possono solo surrettiziamente essere sostituiti – per ragioni che non hanno però nulla a che fare con l'operazione economica sottesa all'assicurazione infortuni e con una tecnica che non dialoga col mercato, ma con il computo convenzionalmente sussunto nel metodo tabellare – dai valori impiegati nel diverso contesto della quantificazione del danno da quantificarsi all'interno di una dinamica risarcitoria fra danneggiato e danneggiante (come si vedrà meglio *infra*, nel testo, questo rilievo si rivela fatale per l'argomentazione impiegata dalle Sezioni Unite nel 2002 e per tutte le sentenze che da quella pronuncia traggono ispirazione).

⁶⁶ Si consideri Cass. civ., 4 agosto 1995, n. 8597, cit.; e Cass. civ., 23 agosto 1999, n. 8826, cit., che in precedenza si sono esaminate e contestualizzate in base all'evoluzione storica fatta registrare dalla giurisprudenza di legittimità sul punto specifico da esse affrontato.

⁶⁷ Così A. DONATI, *Il concetto giuridico di assicurazione negli orientamenti della dottrina italiana*, in AA.VV., *Studi in onore di Alberto Asquini*, I, Padova, 1965, 361, 368.

tà di eleggere il concetto indennitario a perno del sistema, in piena condivisione, come lo stesso A. riconosceva, con il coevo pensiero, maturato fin dai tempi dell'esilio brasiliano, di Tullio Ascarelli⁶⁸.

L'A. muove dal riconoscere che «[F]inché l'assicurazione limitò il suo campo di applicazione alle cose materiali non si ebbe difficoltà a qualificarla come un contratto di indennità»⁶⁹.

Quando questo non fu più vero, si escogitò il tentativo di trasportare «di peso sul terreno giuridico la teoria del bisogno eventuale che gli economisti avevano forgiato per la nozione economica dell'assicurazione», ma maldestramente – scrive l'A. – perché «a prescindere che il concetto di bisogno appare pregiudiziale più che giuridico (...) dove non esiste danno (...) non esiste neppure il bisogno»⁷⁰.

Il ragionamento più tecnicamente si risolve nel constatare che

se bisogno in senso economico è il desiderio di un bene atto a soddisfare un bisogno fisio-psicologico e se l'interesse (...) è la relazione fra un soggetto e un bene, e il danno la lesione dell'interesse esistente (danno emergente) o previsto (lucro cessante), un evento che alteri il rapporto e i mezzi di soddisfazione, cioè i beni, se diminuisce i secondi, non fa che ledere gli interessi; se aumenta i primi, provoca un bisogno di un nuovo

⁶⁸ T. ASCARELLI, *Sul concetto unitario di assicurazione*, in ID., *Scritti giuridici*, Milano, 1949, 397 ss.

⁶⁹ Così A. DONATI, *Il concetto giuridico di assicurazione negli orientamenti della dottrina italiana*, cit., 366.

⁷⁰ *Ivi*, 367. Senza qui voler sposare la tesi del bisogno eventuale nel ricostruire il fondamento ultimo del fenomeno assicurativo, si potrebbe, tuttavia, osservare che – in relazione a un «danno» che riguarda esplicitamente e direttamente la persona, in una concettualizzazione che ancora non si dava quando l'A. di cui si sta rievocando il pensiero professava questa sua convinzione – affermare che il danno coincida col bisogno, e che di bisogno non si possa più continuare a parlare quando il danno è risarcito, è un'affermazione che potrebbe aprirsi ad ampie possibilità di considerazione critica sotto molteplici profili, specie quando si rifletta sulla circostanza che questo tipo di danno è incommensurabile ed è solo stipulativamente oggetto di una misura predefinita, per tener conto della circostanza che – in quanto danno – esso va pur sempre prelevato dal patrimonio del destinatario dell'obbligo di risarcimento. Circostanza che non rileva quando si torni a parlare del bisogno e della necessità di soddisfarlo mediante un dispositivo contrattuale che permetta di farlo, nei soli limiti delle capacità di investimento previdenziale concesse a chi ricorre a questo dispositivo.

bene, cioè una lesione (spesa) dei beni esistenti; nell'uno e nell'altro caso *l'evento* che provoca un bisogno provoca un danno⁷¹.

Mettendo in chiaro che il rischio non corrisponde al danno, ma a una possibilità o un'aspettativa di danno, Donati supera il rimprovero mosso dai tentativi di denunciare la teoria indennitaria, sul rilievo

che tutte le volte che non vi sia stato danno, l'assicurazione non abbia svolto la sua funzione, sia stata cioè *sine causa* e quindi il premio, pagato *sine causa*, ripetibile: perché avendo all'aspettativa negativa del danno contrapposto (...) *ab initio* e per tutta la durata del rapporto l'aspettativa positiva della prestazione dell'assicuratore, il contratto ha svolto la sua funzione di protezione contro il danno⁷².

Qui, però, si arresta la teoria indennitaria formalizzata dall'illustre Autore, perché, arrivando alla dimensione del sinistro, quella – per intenderci – nella quale il danno si reifica e si fa carne viva, incisa nella sfera giuridica dell'assicurato, per attivare la corrispondente prestazione dell'assicuratore, l'A. ammette

che nelle assicurazioni danni di cose materiali l'assicuratore è obbligato ad effettuare la sua prestazione solo se si verifica effettivamente il danno *e nei limiti della sua entità*; nelle assicurazioni infortuni e malattie questa rigidità si attenua; nelle assicurazioni vita sparisce del tutto, sì che l'assicuratore è obbligato ad effettuare la prestazione prefissata, anche se effettivamente non si ha danno o si ha per entità inferiore⁷³.

In conclusione, ammonisce Donati,

il rimanere più o meno aderenti *all'esistenza o alla entità effettiva del danno* è un problema di politica legislativa: ove minori sono gli ostacoli alla provocazione volontaria del danno da parte dell'interessato e più facile l'accertamento *dell'esistenza ed entità del danno*, più rigido sarà il legislatore: e ciò avviene nelle assicurazioni danni a cose materiali (...). Ove per contro maggiori sono gli ostacoli alla provocazione volontaria del danno e più difficile l'accertamento, il legislatore può con-

⁷¹ *Ivi*, 368.

⁷² *Ivi*, 369.

⁷³ *Ibid.*, corsivo aggiunto.

cedere più ampio respiro: è ciò che avviene nelle assicurazioni di persone, in minore grado nelle assicurazioni infortuni e malattie (danno connaturato all'evento e quindi presunto *jure et de jure*; valutazioni forfettarie con correttivo per danno parziale), in maggior misura nelle assicurazioni vita (danno connaturato all'evento e quindi presunto *jure et de jure*; valutazione forfettaria)⁷⁴.

Riconoscendo la necessità di conservare tale gradazione anche all'atto di ricondurre tutte le assicurazioni alla funzione e, dunque, alla causa indennitaria, Donati precisa che

dopo il sinistro in alcuni rami l'eliminazione del danno è prevalentemente impostata su esistenza ed entità effettiva del danno (assicurazioni danni), in altri su esistenza connaturata e valutazione in parte forfettaria (assicurazioni infortuni e malattie), in altri infine su esistenza connaturata e valutazione integralmente forfettaria (assicurazione vita)⁷⁵.

Questa teorica, pur di tenere assieme le cose, fa impiego – come si vede – di un danno concettualizzato in modo in fondo non dissimile da come questa nozione anni dopo risulterà artificialmente scomposta e riformulata – pur se per tutt'altre ragioni – nel dispositivo argomentativo (di origine penalistica) del danno-evento, che nella civilistica troverà i suoi momenti di utilità e gloria dal 1986 in poi, all'indomani della «sentenza Dell'Andro». In una concettualizzazione così concepita si lascia così uno spazio (tutto teorico) nel quale, proprio con l'avvio della splendida avventura del danno biologico e con la messa a regime della tecnologia commisurativa tabellare, si giungerà a insinuare l'idea di prendere sul serio il principio indennitario in senso forte anche con riferimento al danno alla persona, che non era visualizzato sui radar del codificatore del 1942.

Per trasformare così, quanto per Donati e Ascarelli rimaneva una «cornice», in una vera e propria «gabbia», costruita impiegando un dispositivo commisurativo sorto, però, per ragioni affatto diverse da quelle esibite dalla logica dell'assicurazione contro le disgrazie accidentali. L'effetto è quello di forzare oltremisura il senso originariamente attri-

⁷⁴ *Ivi*, 370.

⁷⁵ *Ivi*, 374.

buito all'idea indennitaria da alcuni fra i più autorevoli esponenti della dottrina assicurativa del Novecento.

In questo passaggio si è, dunque, voluto esaltare oltre i limiti determinati dal senso convenzionale che un dato dispositivo giuridico assume in relazione al tipo di problema che è chiamato a risolvere, una regola di commisurazione sviluppata nel tempo per gestire stipulativamente il problema di attribuire valore alla persona nell'ambito di un dispositivo risarcitorio⁷⁶.

Questo dispositivo, nella logica propria dell'*ex post*, chiede di assoggettare tale valutazione a parametri rispondenti ai problemi posti dal contesto nel quale l'esigenza di commisurazione si dà.

Perché il *quantum* del risarcimento, pur essendo individuale in ciascuna vicenda processuale, è in realtà, nella più ampia prospettiva del contenzioso ripetuto e seriale in cui ciascuna vicenda risarcitoria si dipana, destinato a passare da una pluralità di convenuti a una pluralità di attori (il più delle volte, peraltro, attraverso la mediazione dell'assicurazione sulla r.c., che è considerata dai più un'assicurazione contro i danni al patrimonio, pur se essa può porre un problema di sostanziale indeterminabilità *ex ante* del *quantum* dovuto dall'assicuratore, con la difficoltà di applicare gli artt. 1907, 1908 e 1909 c.c. in tema di determinazione del valore della cosa assicurata al momento della conclusione del contratto).

⁷⁶ Note le considerazioni poste a base di questa esigenza, che è opportuno riassumere oggi nel modo in cui esse venivano esplicitate quando il danno biologico conosceva la stagione della sua definitiva consacrazione, in uno col radicarsi empirico della sua proiezione commisurativa tabellare:

[L]a regola dell'integrale riparazione del danno, sostanzialmente affidata alla prudente, ma imprevedibile, mediazione del giudice, mal si adatta, in effetti, all'esigenza di oggettività dei criteri di valutazione del danno che è richiesta dal buon funzionamento del meccanismo assicurativo. La spesso deprecata, dal punto di vista dell'interesse della vittima, ormai proverbiale "lotteria giudiziale", in realtà, si presenta soprattutto come incompatibile con un agevole e ordinato funzionamento del sistema assicurativo e, non a caso, la tendenza alla standardizzazione delle prestazioni risarcitorie caratterizza, in modo generalmente direttamente proporzionale alla rispettiva estensione, tutti i sistemi, attuali o solo proposti, di ampia copertura assicurativa dei danni.

In questi termini, riferendosi ovviamente all'assicurazione contro la r.c., E. QUADRI, *Indennizzo e assicurazione*, in *Dir. e giur.*, 1985, 849, spec. 858, nota omessa.

Così facendo, esso deve sforzarsi di tenere assieme tutte le molteplici funzioni che il dispositivo del risarcimento del danno (cagionato e ricevuto nell'immane alterità che separa il creditore e il debitore dell'obbligazione risarcitoria) chiede di assecondare: compensare; esprimere deterrenza; assoggettare la propria misura a un canone di razionalità suscettibile di favorire sia la composizione della lite, che lo stesso funzionamento del meccanismo attuariale dell'assicurazione r.c.⁷⁷; ossequiare un canone di uguaglianza sostanziale imposto dalla dimensione costituzionale nella quale – in quel contesto – il problema vive⁷⁸.

Forgiata da queste considerazioni e dalla prospettiva temporale nella quale essa viene considerata (che permette sempre far funzionare l'orizzonte di senso prodotto da questa commisurazione sullo sfondo di una vicenda ormai realizzatasi), questa regola di computo è, invece, erro-

⁷⁷ Sul concetto di «equità collettiva», evocato per attribuire portata «paranormativa» alle Tabelle di Milano nella liquidazione del danno alla persona da Cass. civ., 7 giugno 2011, n. 12408, in *Resp. civ. prev.*, 2011, 2025, con nota di P. ZIVIZ, *Danno non patrimoniale da lesione alla salute: la Cassazione impone una valutazione (in duplice senso) unitaria*, le illuminanti considerazioni di C. SALVI, *Il risarcimento integrale del danno non patrimoniale, una missione impossibile*, cit., in ordine alla circostanza che la logica di questa sentenza trovi nell'art. 3 Cost. un fondamento diretto che rende in larga misura superfluo evocare considerazioni in tema di equità del risarcimento.

⁷⁸ Nel commentare Corte cost., 16 ottobre 2014, n. 235 (leggibile anche in *Resp. civ. prev.*, 2014, 1826, con note di C. SCOGNAMIGLIO e di P. ZIVIZ), si è alluso (si direbbe impropriamente, perché nella circostanza è stato, ancora una volta, l'art. 3 Cost. a conformare l'esito della pronuncia) all'idea che possa esistere una funzione sociale del diritto alla salute (salvo poi criticare l'orizzonte di senso evocato impiegando questa espressione), L. GUFFANTI PESENTI, *La Corte Costituzionale e l'inedita funzione sociale del diritto alla salute*, in *Europa dir. priv.*, 2014, 1393. Sta di fatto che è solo nel contesto dell'*ex post* che il danno, ovvero una somma di denaro trasferita dal dispositivo della responsabilità civile (quale possa essere in concreto la fonte dell'obbligazione risarcitoria), viene istituito per mettere in relazione il patrimonio di un attore con quello di un convenuto. Ed è solo nell'ambito di una tale relazione che la valenza paranormativa associata al principio della riparazione integrale del danno – con tutti i dubbi assai spesso che l'invocazione di questo principio genera quando la si colloca sul terreno della extra patrimonialità – può trovare sede e modo per trovare esplicazione e giustificarsi con sufficiente ragionevolezza.

neamente oggetto di riproposizione forzata in uno scenario radicalmente diverso⁷⁹.

Dove l'identificazione del valore non patrimoniale della persona vive in una prospettiva *ex ante* (l'assicuratore predispone un prodotto destinato a essere acquistato da chi vuole cautelarsi dalla disgrazia, senza poter sapere se, e soprattutto come, con quale eziologia e quali conseguenze, l'evento avverso s'invererà).

Dove gli artefici di questa ponderazione di valore si muovono in un terreno di computo nel quale non si dà l'assillo di rispettare canoni di uguaglianza costituzionale.

Dove non si pone affatto la preoccupazione di dar voce alle logiche che invece intervengono a spiegare la traslazione seriale di un danno da una pluralità di convenuti a una pluralità di attori⁸⁰.

⁷⁹ Il problema posto dal non considerare il diverso «senso» che l'idea (o la veste) commisurativa del danno alla persona assume, quando si trascorre da un punto di osservazione propriamente risarcitorio a una prospettiva dove – tecnicamente – una dimensione risarcitoria manca, come accade nel caso del contratto assicurativo contro le disgrazie invalidanti, è sempre insito nei tentativi di estendere la teoria indennitaria sull'universo mondo dei tipi assicurativi. Così accade, quando, aderendo convintamente alla tesi indennitaria, s'invita a:

prendere atto che numerosi eventi della vita umana considerati in ambito assicurativo, quali la morte, la natalità e la nuzialità, si rivelano idonei a determinare veri e propri danni in senso giuridico, in quanto la prima è sempre valutabile economicamente con criteri oggettivi certi [di questa certezza sembrerebbe, però, potersi discutere], al fine di determinare il risarcimento del danno patrimoniale in senso lato (comprensivo dei danni patrimoniali in senso stretto e del c.d. danno biologico) (...).

Questa prospettiva sembra assumere (senza dirlo) che il danno non patrimoniale alla persona si dia nella consistenza di un danno patrimoniale in senso lato, dove non sarebbe più il mercato, ma l'obiettività convenzionale o stipulativa di questa voce del risarcibile a riempire artificiosamente di contenuto una nozione fondamentale che attraversa tutto il diritto privato come quella della patrimonialità. Per questo invito, nei termini appena criticati, P.E. CORRIAS, *La causa del contratto di assicurazione: tipo assicurativo o tipi assicurativi?*, in ID. (a cura di), *Liber amicorum per Angelo Luminoso. Contratto e mercato*, II, Milano, 2013, 813, 821-22 (note omesse), sposando l'opinione di M. ROSSETTI, *Il diritto delle assicurazioni*, II, *Le assicurazioni contro i danni*, Padova, 2012, 586.

⁸⁰ La più banale di queste considerazioni è che, per quanto sia assai spesso mediata da dispositivi assicurativi, la consistenza economica del danno, in questo contesto, vie-

E dove il meccanismo della commisurazione (che qui si realizza in un circuito di scambio ispirato a razionalità mercantile) vive in una dimensione rigorosamente individuale, neutrale anche rispetto a preoccupazioni di taglio distributivo⁸¹.

Perché la scelta di assicurarsi di fronte al rischio della disgrazia accidentale – che abbia esiti mortali, o non – resta del tutto discrezionale e dipende da una disponibilità di risorse che si dà, in capo a chi la effettua, per compiere un investimento previdenziale, prima e a prescindere della scelta negoziale e dell'operazione economica che essa mira a realizzare.

L'orizzonte nel quale prende corpo la scelta di chi si assicura è scandito dalla volontà di acquisire, in tempi certi, rapidi e in proporzioni dipendenti dalle proprie disponibilità e dalla propria propensione all'investimento, una risorsa economica suscettibile di gestire le conseguenze da fronteggiare a seguito del verificarsi della disgrazia accidentale.

ne sempre idealmente sottratta al patrimonio del convenuto per essere acquisita al patrimonio dell'attore. Peraltro, proprio l'esistenza di una "mediazione" assicurativa obbligatoria (*sub specie* di assicurazione per la r.c. da circolazione di veicoli... non di assicurazione infortuni) preme perché sulla direttrice risarcitoria si tenda a istituire un circuito di standardizzazione del danno alla persona, come ha riconosciuto Corte cost. n. 235/2014. In questo senso si coglie la dimensione costitutiva e ineliminabile che il problema assume nel prisma dell'ἵσον, di cui recentemente è stata messa in luce la capacità direttiva anche nel conformare il diverso ambito valutativo attinente all'ingiustizia del danno (E. NAVARRETTA, ΔΙΚΑΙΟΝ come NOMIMON e ΔΙΚΑΙΟΝ come ἴΣΟΝ: *riflessioni in margine all'ingiustizia del danno*, in AA.VV., *Liber amicorum per Francesco D. Busnelli. Il diritto civile fra principi e regole*, I, Milano, 2008, 617, 620).

⁸¹ Così ragionando si potrebbe osservare come sia proprio questa logica, germana alla prospettiva *ex ante* e individuale dell'assicurazione contro le disgrazie accidentali, a far sì che, attraverso il prisma dell'alea che permea lo scambio in questione, vita e salute abbiano modo di sottoporsi spontaneamente al libero circuito della mediazione mercantile, confermando che

non vi è nulla di *tecnicamente* neutro e di asetticamente oggettivo nei meccanismi che presiedono alla "conversione" di un bisogno in "oggetto" di una pretesa giuridicamente fondata e di questo "oggetto" in un valore economicamente apprezzabile

come acutamente osserva D. LA ROCCA, *Il valore della patrimonialità*, cit., 36, corsivo originale.

Contando su una disponibilità di risorse che si dà in misura corrispondente all'investimento che, al reificarsi del rischio, giustifica l'erogazione di questa risorsa.

Quale possa essere la causa della disgrazia e a prescindere dalla circostanza che essa possa apparire idonea, sul piano giuridico, a istituire un'obbligazione risarcitoria di cui il beneficiario possa scoprire di diventare creditore.

Dubbi aggiuntivi attengono al fatto che l'assoggettamento del valore della persona al principio indennitario che le S.U. hanno inteso operare – nell'unificare in un tutto assicurativamente indistinto la duplice proiezione (patrimoniale: la perdita della capacità di reddito associata alla persona; non patrimoniale: tutto il resto) di questo valore – è stato propiziato dall'esigenza di venire a capo di un contrasto focalizzato sul se e sul come applicare l'art. 1910 c.c. all'assicurazione contro le disgrazie accidentali non aventi esito mortale.

In tutte le occasioni nelle quali questa norma aveva conosciuto la ribalta di legittimità con riferimento a questa tipologia di contratti assicurativi (come del resto accadeva anche nel caso conosciuto dalle Sezioni Unite nel 2002), l'applicazione della norma in parola intanto si dava, perché le parti, nell'esercitare la propria autonomia negoziale, si erano premunite di richiamare (o di riprodurre) il contenuto della norma codicistica nella polizza. Così *scegliendo* di inserire nel proprio regolamento contrattuale una disposizione sottratta all'inderogabilità *in peius* per l'assicurato sorvegliata dall'art. 1932 c.c.

Tenendo ferme le potenzialità sottese al libero esplicarsi dell'autonomia contrattuale, e al senso che ha accompagnato il reiterarsi di questa prassi negoziale per decenni, occorre chiedersi, allora, se, all'indomani dell'arresto delle Sezioni Unite nel 2002, si dia ancora la possibilità che un assicurato, desideroso di investire idiosincraticamente risorse anche assai cospicue sul proprio welfare, ove si avveri un rischio gravante sulla propria incolumità personale (sia essa minacciata dall'imprevedibile, dalla propria sbadataggine, o dall'illecito di un terzo), concluda una pluralità di polizze contro gli infortuni invalidanti, accettando di sostenere un deciso appesantimento del premio quale contropartita della rinuncia, pattiziamente accettata dagli assicuratori, a vedere operare il meccanismo dell'art. 1910 c.c.

Affermare a tinte nette e perentorie che l'assicurazione privata contro le disgrazie accidentali con esiti non mortali obbedisce sempre, in via generale e astratta, al principio indennitario, comporta, in altre parole, una radicale compressione di quell'autonomia negoziale attraverso la quale nei contratti di questo ramo assicurativo si era da sempre data voce alle scelte, a un tempo economiche e negoziali (e come tali – occorre presumerlo fino a prova contraria – assistite da un canone di razionalità mercantile, testimoniato dalla reciproca e reiterata condivisione di queste scelte) degli attori del mercato⁸².

Il che, fra l'altro, induce a dare un senso preciso alla scelta operata nel 1942, quando – diversamente da quanto accadeva nel vigore del codice di commercio previgente – si sancì l'inderogabilità pattizia di alcune norme della disciplina codicistica dell'assicurazione, senza, però, preoccuparsi di prevedere tale inderogabilità per tutte le norme esprimenti il senso del principio indennitario (fra cui, ovviamente, il quarto comma dell'art. 1916 c.c.), per far sì che alle parti residuasse la scelta di escludere pattiziamente la cogenza di queste previsioni⁸³.

⁸² Nell'assicurazione infortuni, ove le parti non avessero pattuito alcun obbligo di comunicazione, l'operatività dell'art. 1910 c.c. è stata ripetutamente negata: Trib. Genova, 18 giugno 1993, in *Rep. Foro it.*, 1994, voce *Assicurazione (contratto di)*, n. 99; Trib. Napoli, 14 marzo 1974, *ivi*, 976, voce cit., n. 337. Si è anche ritenuto che l'obbligo di comunicare la stipulazione di altre assicurazioni, pattuito senza prevedere sanzioni a carico dell'assicurato, non abbia effetto su quest'ultimo, né determina l'applicazione degli effetti indicati nell'art. 1910, così App. Torino, 9 gennaio 1959, *ivi*, 1959, I, 1554. Per converso, e sempre confortando il libero esplicarsi dell'autonomia negoziale delle parti, è stata ritenuta valida la clausola che vieta la coesistenza di assicurazioni presso altri assicuratori, App. Trento, 5 luglio 1958, *ivi*, 1958, voce cit., n. 228.

⁸³ Che la norma non esprima un canone d'inderogabilità discendente dalla sua ascrivibilità a un principio di ordine pubblico, ma rifletta piuttosto uno strumento rimesso alla convenzione delle parti, per determinare la maggiore o minore misura del premio, e dunque il costo dell'operazione assicurativa, è stato convincentemente sostenuto da G. VOLPE PUTZOLU, *Le assicurazioni. Produzione e distribuzione. Problemi giuridici*, Bologna, 1992, 124 ss.; e v. – nel quadro di una visione tendente a riscontrare il superamento del principio indennitario, analizzando in particolare l'assicurazione a premio – F. DENOZZA, *Contratto e impresa nell'assicurazione a premio*, Milano, 1978, 94.

Collocava nella giusta dimensione la previsione concernente la surrogazione, scorrendo a proposito della sua rinunciabilità, anche G. CASTELLANO, *La rinuncia al*

diritto di surroga nell'assicurazione della responsabilità civile, in *Foro it.*, 1960, I, 1844, osservando che (*ivi*, 1849-50, note omesse):

non è esatto sostenere l'irrinunciabilità della surroga adducendo l'esistenza di un preteso principio d'ordine pubblico, giacché la surroga stessa è un istituto che non discende dai generali principi di diritto, ma è previsto da una norma di natura eccezionale in favore dell'assicuratore che abbia adempiuto alla propria obbligazione contrattuale, norma che gli consente di surrogarsi nei diritti che l'assicurato ha verso un terzo, in conseguenza della responsabilità di questo ultimo, nascente da fatto illecito (...). Non si deve esagerare oltre misura la portata del principio indennitario: esso opera unicamente nei rapporti fra l'assicurato, e l'assicuratore (o gli assicuratori) e non ha alcuna influenza sui rapporti col terzo responsabile. Il principio indennitario così com'esso è presente nell'art. 1916 cod. civ., esige che l'assicurato non consegua un doppio indennizzo; ma tale esigenza è vista solo in funzione dell'assicuratore, al quale, appunto per ciò, è conferito il diritto di esercitare la surroga. C'è appena bisogno di osservare che l'assicuratore lo eserciterà solo se lo riterrà conveniente ed opportuno. Trattandosi di una sua facoltà, egli potrà anche liberamente rinunciarvi. In tal caso, se non venga disposto che a beneficiare della rinuncia sia il terzo responsabile, all'assicurato sarà possibile conseguire un duplice indennizzo, senza che in contrario possa invocarsi la norma in tema di arricchimento senza causa. Da un lato, infatti, la prestazione del terzo trova la sua causa nel fatto illecito che lo obbliga a risarcire il danno; dall'altro, sta il fatto se la prestazione dell'assicuratore è dovuta in base ad un valido contratto ed ha il suo corrispettivo nei premi pagati dall'assicurato stesso.

Non si è peraltro mancato di osservare (V. COLASSO, *L'assicurazione infortuni. Profili giuridici*, Milano, 1970, 26) che il richiamo testuale (e «addittivo», se si pensa che viene operato all'interno di una disposizione già collocata nella sezione dedicata alle assicurazioni contro i danni) delle «assicurazioni contro gli infortuni del lavoro e contro le disgrazie accidentali» possa assumere senso logico solo in ragione del fatto di ritenere che tali formule assicurative non abbiano le caratteristiche sistematiche condivise dalla categoria di contratti assicurativi presa a cuore dalla sezione ove la norma è collocata, posto che, altrimenti, la specificazione del quarto comma non avrebbe avuto giustificazione alcuna. In altra prospettiva, ragionando più in generale sul dispositivo della surrogazione, e focalizzando l'attenzione sul meccanismo previsto dall'art. 1916 c.c., si è rilevato come il mutamento giuridico sotteso al fenomeno surrogatorio sia concepito per non realizzarsi in modo automatico, ritenendo il titolare del diritto di surrogazione una insopprimibile discrezionalità concessa dalla natura potestativa del proprio diritto:

[S]i veda, ad. es. l'art. 1916: norma che è sicuramente riconducibile all'art. 1203, comma 5 (...). Nel comma 1, si afferma "l'assicuratore (...) è surrogato (...) nei diritti dell'assicurato verso i terzi". Orbene, nel comma 3 dello stesso art. 1916, la formula "è surrogato" è parafrasata in termini di "diritto di surrogazione". E l'intitolazione dell'articolo è pure negli stessi termini: "Diritto

7. «Diritto vivente» contro «diritto vivente»: altri argomenti per lasciare all'autonomia privata l'assicurazione contro le disgrazie accidentali

Tutte queste assai gravi aporie argomentative sono il prezzo pagato dalle S.U. per perseguire, evidenziando una preoccupazione tardiva rispetto a una realtà negoziale e di mercato che di questo assillo per decenni aveva mostrato di non soffrire⁸⁴, quella che appare la vera ragione del cambiamento impresso con il proprio arresto.

Non fomentare cattivi propositi nell'assicurato, non far sì che l'assicurazione contro le disgrazie accidentali assuma le vesti di uno strumento negoziale per cercare, con lucida e fraudolenta volizione, la disgrazia intenzionale. Questo, in due battute, è il reale obiettivo (e, vien fatto di dire, la magnifica ossessione) che istiga il ragionamento seguito da Sez. Un. civ., 10 aprile 2002, n. 5119.

Torna qui prepotentemente in circolo la dimensione morale che da sempre ha aleggiato sulle opinioni di quanti, nella plurisecolare storia del contratto di assicurazione, hanno paventato scenari millenaristici quante volte – nell'evoluzione di questa storia – sia stato evocato il timore che l'assicurazione possa fomentare il *moral hazard* dell'assicurato⁸⁵.

E subito dopo si coglie il respiro paternalistico di un obiettivo che tradisce la volontà di sovrapporre la propria interpretazione autentica a

di surrogazione". Questo diritto di surrogazione non si vede cosa possa essere, se non, appunto, un diritto potestativo di surrogarsi: un diritto potestativo esercitando il quale (con dichiarazione *ad hoc*), chi ne è investito (l'assicuratore) provoca il passaggio, in capo a sé, del diritto di cui altri (l'assicurato) è titolare.

Così G. ANDREOLI, *Regresso e surrogazione*, cit., 73-74, riprendendo quanto già sostenuto in ID., *Note in tema di surrogazione dell'assicuratore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, 1108.

⁸⁴ È sufficiente ricordare in questa prospettiva le conclusioni raggiunte dagli «stati generali» dell'assicurazione contro le disgrazie accidentali che si tennero a Ischia nell'autunno del 1961.

⁸⁵ Si è già avuto modo di ricordare come storicamente questa preoccupazione sia stata fugata quando fu evocata per ostacolare la possibilità di ritenere lecita la causa di un contratto volto ad assicurare il rischio nell'assicurazione contro la responsabilità civile.

un problema che le parti, e in particolare gli assicuratori, sono in condizione di valutare.

I quali, per una tradizione che affonda le sue radici nella preistoria del capitalismo⁸⁶, identificano la categoria di paciscenti più «costitutivamente» dotata della capacità di calcolo atta a soppesare la convenienza delle operazioni economiche istituite dai contratti elaborati e proposti a propri potenziali clienti, quali attori primigeni di uno dei possibili modi di essere del «diritto vivente» (sebbene oggi possa sembrare che l'espressione abbia smarrito per strada la polisemia un tempo occhieggiante fra i suoi possibili impieghi, e designi un fenomeno riferito, in modo pressoché assorbente, alla «vita» che le corti imprimono al diritto).

Giova a tal proposito una piccola digressione, che ha diversi motivi per essere inserita nel discorso in svolgimento.

Nell'esperienza contemporanea il dibattito intorno al «diritto vivente» sembra essersi cristallizzato, ormai, intorno al ruolo che l'atto ermeneutico del giudice assume in rapporto alla legge⁸⁷.

Come noto, il problema entro cui si rifrange questo concetto ha radici remote e attraversa tutta l'esperienza giuridica dall'antichità alla modernità, dandosi per mezzo di una metafora assai potente⁸⁸.

⁸⁶ Dedicò pagine profonde e appassionante all'esame delle scaturigini del fenomeno assicurativo, in una trattazione che unisce rigore storiografico e capacità di leggere i dati storici con le consapevolezze del giurista positivo, nella quale si analizzano tutti i passaggi evolutivi di questa tecnologia giuridica (dalle prime forme di comunione di pericolo, al perfezionarsi dell'idea della mutualità, fino al momento decisivo in cui, passando per le commende marittime, il rischio incontra il capitale e trova nell'assicurazione a premio la formula da cui evolve l'intero fenomeno assicurativo nella modernità), A. LA TORRE, *L'assicurazione nella storia delle idee*, cit., 118 ss. e *passim*; studio in parte riproposto in ID., *Assicurazione: genesi ed evoluzione*, in *Enc. dir.*, Annali, I, Milano, 2007, 74 ss., e ancora come *Genesi ed evoluzione dell'assicurazione*, in ID., *Cinquant'anni*, cit., 5 ss.

⁸⁷ Particolarmente ricco, in un percorso innervato da una decisa speranza nelle virtù di una giurisprudenza che si rende fonte del diritto, il quadro tracciato da N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, cit., 15 ss.

⁸⁸ Per tutti, la luminosa sintesi di L. MENGONI, voce *Diritto vivente*, in *Dig. disc. priv. civ.*, VI, Torino, 1990, 445, poi ripresa e sviluppata come *Il diritto vivente come categoria ermeneutica* in ID., *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, 146, ove si riconosce il ruolo rivelatore assunto, nello stimolare la riflessione sul tema, dalla

La metafora associata a questo concetto ha poi trovato forte impulso nell'impiego fattone nel corso del Novecento dalla dottrina costituzionale per circoscrivere l'oggetto del giudizio di costituzionalità delle leggi e per definire il rapporto corrente fra giurisprudenza costituzionale e funzione interpretativa del giudice ordinario.

È certo, però, che questa metafora conobbe epifanie discorsive ben più precoci, anche se ancora svestite di senso concettuale più definito, come può leggersi nelle pagine di un giuspubblicista italiano che scrive intorno agli sviluppi della scuola storica nel diritto a metà del XIX secolo, ove alla scuola di Thibaut si fa rimprovero

di togliere affatto ogni legame fra il mondo razionale, da cui fa scaturire il diritto, e il mondo della natura, nel quale hanno tanta parte le umane società: donde ne viene che queste, non costituite e non animate da *un diritto vivente*, da un diritto organico, appaiono quale informa materia, che il legislatore, questa personificazione della verità scientifica e della umana ragione, modellerà dietro i propri concetti⁸⁹.

In tutt'altra prospettiva, misurando la crescente diffusione quantitativa degli scritti minori (e non) che alludono a questo concetto nella letteratura recente censita nei repertori, potrebbe ritrarsi la sensazione che nell'odierno discorso civilistico a volte s'inceda nell'abuso della locuzione, utilizzata per accompagnare i normali sviluppi che la giurisprudenza conosce nel suo dialogo con la legge, quando si concepisce il tema in contrapposizione a un «diritto vigente», o, più banalmente, quando si elegge l'espressione a sinonimo di ciò che altrimenti resterebbe il semplice diritto giurisprudenziale, se non – a volte – il mero atteggiarsi di una veduta prevalente che le corti assumono in un dato momento storico su un determinato problema.

metafora del *lebendes Recht*, propugnata da E. EHRLICH, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, München-Leipzig, 1913, nello stesso torno di anni in cui su altri quadranti della tradizione giuridica occidentale [R. POUND, «*Law in Books*» and «*Law in Action*», 44 *Am. L. Rev.* 12 (1910)] veniva sviluppata un'altra metafora potente, anch'essa destinata a restare nella contemporaneità del discorso giuridico.

⁸⁹ Così si legge nella memoria di S. SCOLARI, *Sulla scuola storica dei giuristi e sulla filosofia storica del diritto*, Venezia, 1857, 12-13.

Sta di fatto che, se è vero che «il diritto vivente pretende di non essere ridotto a territorio disciplinato dalle partizioni scientifiche», non è men vero che la metafora si nutre anche dell'idea che il diritto possa vivere *prima* dei giudici e della legge, e «sia libero reperimento del diritto nella pratica della vita», proprio come il contratto, «un istituto che la “vita pratica” ha elaborato e il cui “dominio si estende al di là di qualsiasi territorio giuridico”»⁹⁰.

È in questo stesso senso che per Francesco Ferrara si dava storicamente un «diritto vivente uscito dal commercio giuridico, nato nella lotta degli interessi, provato per una serie d'esperienze, foggato sul vivo e quindi adatto alle situazioni che deve risolvere»⁹¹.

Un «diritto vivente», come quello cui Antonio Scialoja riferì le scaturigini e lo sviluppo delle regole dell'andar per mare⁹².

Un «diritto vivente» di cui l'assicurazione marittima – su cui l'elemento chiave del contratto di assicurazione moderno è rimasto plasmato⁹³ – reca un calco fondativo che ancora oggi vorrebbe poter accompagnare lo sviluppo delle moderne formule negoziali assicurative, nonostante gli ostacoli che a questa «vivenza» un altro «diritto vivente» sembrerebbe voler frapporre.

La digressione non sarebbe ulteriormente concessa, ma affascina l'idea che la «vita» del diritto, fra metafore e realtà, abbia potuto darsi, nel senso appena ricordato, in un contesto dominato dall'acqua, fonte essa stessa di vita e confine aperto, sottratto alle certezze associate alle possibilità del *nómos* (e se si vuole: dei *nómoi*) della terra.

In questo senso, gli assicuratori sono stati inventori di un diritto, com'è stato efficacemente scritto, «creato dai mercanti per i mercanti»⁹⁴.

⁹⁰ Lo osserva E. RESTA, *Diritto vivente*, ed. dig., Bari-Roma, 2014, 27, riprendendo la celebre metafora «del fiume imbrigliato nello stagno» coniata da Ehrlich.

⁹¹ Così F. FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, 1, *Dottrine generali*, I, *Il diritto i soggetti, le cose*, Roma, 1921, 151.

⁹² A. SCIALOJA, *Sistema del diritto della navigazione*², vol. I, Roma, 1929.

⁹³ A. LA TORRE, *L'assicurazione nella storia delle idee*, cit., 110-111.

⁹⁴ *Ivi*, 124.

Mercanti, quindi, che – per tornare al problema che in questo segmento dello studio ci sta occupando – conoscono benissimo la strada per risolverlo (perché l'hanno tracciata e percorsa per primi).

Questa strada passa per la ponderazione di un premio che, comprensivo del margine di profitto del caso, è proposto agli assicurati per computare un rischio – quello legato alla disgrazia accidentale con esiti non mortali – che, nel momento in cui si prospetta agli occhi di quanti si predispongono ad accettare di investire risorse per neutralizzarlo, assume natura indistintamente multifattoriale⁹⁵.

Esso, infatti, è tipicamente descritto (e non sarebbe agevole ipotizzare un modo alternativo per farlo) quale «invalidità dovuta a causa fortuita, violenta ed esterna»⁹⁶, con la rinuncia alla preoccupazione di specificare se l'invalidità cui accede la copertura assicurativa possa essere determinata da caso fortuito, imprudenza dell'assicurato o fatto suscettibile di implicare la responsabilità civile di un terzo.

Così ragionando, si potrebbe astrattamente ipotizzare un contratto concepito per offrire una copertura assicurativa sagomata sulla possibilità di discernere fra tali cause d'invalidità, prospettando all'assicurato premi corrispondentemente diversificati. Ma, a tacer del fatto che in tal modo l'effettività della copertura verrebbe a dipendere da una valutazione giuridica sul fattore causale dell'infortunio effettuabile solo dopo il suo verificarsi (prospettando altissimi costi transattivi), è molto probabile che una polizza del genere sarebbe destinata a non incontrare i favori del mercato, essendo il contraente – nella prospettiva *ex ante* che lo determina ad acquisire la copertura assicurativa per il caso della sua

⁹⁵ Sottolinea opportunamente che da un punto di vista tecnico le classificazioni dei rischi assicurativi sono operazioni costose, implicando per l'assicuratore costi legati al reperimento delle informazioni e all'aggiornamento dei calcoli statistici, V. DE LORENZI, *Contratto di assicurazione*, cit., 19.

⁹⁶ In questi termini il fraseggio standard impiegato nelle polizze infortuni, per chiarire che la copertura non copre invalidità dipendenti da dolo dell'assicurato o derivanti da processi patologici che originano «internamente» dall'organismo dell'assicurato, sul punto, fra i molti, M. SANTARONI, *Assicurazione degli infortuni*, in A. CANDIAN, A. POLLOTI DI ZUMAGLIA, M. SANTARONI, *Assicurazione vita e infortuni. Contratti para-assicurativi*, Torino, 1992, 203, 209 ss.; A. DE GREGORIO, G. FANELLI, *Il contratto di assicurazione* (testo riveduto, integrato e annotato da A. LA TORRE), Milano, 1987, 227 ss.

invalidità – animato dalla volontà di dotarsi di uno stato di (relativa) neutralizzazione del rischio di invalidità (sapendo quanto otterrà le risorse per meglio fronteggiare il rischio inveratosi), del tutto estraneo a tali sottili (e largamente imponderabili nel momento di acquisizione della copertura assicurativa) distinzioni fondate su una valutazione di taglio giuridico sulla causa dell'invalidità reificatasi.

È, anzi, proprio quest'ordine di ragionamenti a segnalare con forza l'inopportunità di impostare la soluzione del problema della causa negoziale del contratto di assicurazione contro le disgrazie accidentali sulla tipologia del bene minacciato dal rischio di disgrazia, piuttosto che sull'idea dell'immunità rispetto al rischio *tout-court*.

In realtà, il problema di cui le S.U. hanno voluto rendersi interpreti è preso in carico dall'art. 1900 c.c., in una collocazione codicistica che non per caso sta prima e prescinde dalle discipline settoriali dell'assicurazione contro i danni e dell'assicurazione sulla vita⁹⁷.

Resta tutto da dimostrare che questa norma – assistita per un verso dalla possibilità che l'assicuratore si renda beneficiario, nella fase pre-contrattuale come in costanza di rapporto, di obblighi d'informazione e di collaborazione posti a carico della controparte e diretti a favorire l'acquisizione di dati tesi a segnalare (prima) l'affidabilità del contraente e ad agevolare (poi) la verifica sulla prova della natura non dolosa della disgrazia accaduta⁹⁸, e dall'altro dalla *moral suasion* espressa dall'art. 642 c.p.⁹⁹ – non riesca a produrre effetti nello scenario dell'assicurazione volontaria contro le disgrazie accidentali non mortali.

⁹⁷ Osserva V. DE LORENZI, *Contratto di assicurazione*, cit., 192:

[I] rischio morale, il problema degli incentivi avversi di prevenzione dell'evento dannoso, che la conclusione del contratto crea per il comportamento dell'assicurato, è un problema risolto sostanzialmente tra le parti del contratto di assicurazione: esso trova soluzione, nei casi più gravi, con la non conclusione del contratto, o altrimenti con l'aumento del premio, oppur con coperture parziali stabilite nelle polizze, per ridurre i costi che comporta (...).

⁹⁸ Sottolinea l'importanza di questi strumenti e ne discute i profili applicativi, M. ROMA, *Le frodi nel ramo vita*, in *Dir. fisc. ass.*, 2013, 15.

⁹⁹ Peraltro riformata non troppo tempo fa dall'art. 24 della l. 12 dicembre 2002, n. 273 (su cui S. PIZZOTTI, *La riforma dell'articolo 642 del codice penale: fraudolento danneggiamento dei beni assicurati e mutilazione fraudolenta della propria persona*, in *Resp. civ. prev.*, 2003, 512) e poi inasprita, come noto, dalla l. 24 marzo 2012, n. 27 (su

E che ciò giustifichi la necessità di un rimedio radicale, che si dà al prezzo di ripensare dalle fondamenta la struttura causale propria di questo negozio assicurativo, la cui disciplina in Italia ha avuto in sorte di essere apprestata quando ciò che sta prima del fenomeno assicurativo – il danno – era retto da convinzioni che oggi possono ritenersi aberranti, proprio nell’etimo originario di «ciò si allontana da ciò che oggi è, o è considerato, normale».

8. La compensatio lucri cum damno asservita al principio indennitario nell’ambito dell’assicurazione infortuni: ulteriori considerazioni critiche

Veniamo finalmente a Cass. civ., 11 giugno 2014, n. 13233, la sentenza che sviluppa l’assoggettamento dell’assicurazione contro gli infortuni (non mortali) al principio indennitario, ricavandone la regola che impone di diminuire il risarcimento del danno dovuto alla vittima di lesioni personali di quanto quest’ultima percepisca a titolo di indennizzo da parte del proprio assicuratore. Ne parleremo, come anticipato, istaurando all’occorrenza un dialogo anche con la quaterna di ordinanze di rimessione depositata dalla Terza sezione della Cassazione nel giugno 2017, perché alcuni snodi argomentativi proposti in questa quaterna non fanno altro che riprendere e rifinire argomenti già rassegnati

cui ragguagli in F.R. FANTETTI, *La nullità del contratto di assicurazione per difetto di interesse*, in *Resp. civ. prev.*, 2013, 968). Sull’art. 642 c.p., in dottrina, E. MEZZETTI, *Reati contro il patrimonio*, in C.F. GROSSO, A. PAGLIARO, T. PADOVANI (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, vol. XV, Milano, 2013, 501; L. BISORI, *I delitti di frode*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA (a cura di), *Trattato di diritto penale*, vol. X, Torino, 2011, 656; L. DELLA RAGIONE, *Fraudolento danneggiamento dei beni assicurati e mutilazione fraudolenta della propria persona (art. 642 c.p.)*, in S. FIORE (a cura di), *I reati contro il patrimonio*, Torino, 2010, 572; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, Padova, 2009, 206; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, t. II, Bologna, 2005, 278; A. NATALINI, voce *Fraudolento danneggiamento dei beni assicurati*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. III, Torino, 2005, 530; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, vol. III, Milano, 2003, 388.

nella coppia sentenze gemelle del giugno 2014, che va letta nella sua capacità di esprimere un *continuum* motivazionale.

Cass. 13233/2014, è bene precisarlo subito, esercita la sua funzione nomofilattica su un arresto territoriale impegnato da una peculiare tipologia di assicurazione contro gli infortuni non mortali, perché la copertura assicurativa, oggetto del caso scrutinato da questa sentenza, è conclusa su base volontaria dal datore di lavoro a beneficio del proprio dipendente, a copertura di un rischio legato allo svolgimento del rapporto di lavoro. Copertura, che, pertanto, nel caso in questione si configura – lo si deve assumere – quale beneficio assicurativo spettante al lavoratore in aggiunta all'assicurazione obbligatoria INAIL legata all'instaurazione del rapporto di lavoro.

Non si tratta, quindi, di un caso nel quale il beneficiario assume le vesti di un contraente che ha corrisposto in proprio, e con relativo sacrificio economico, il premio assicurativo.

Questa considerazione, tuttavia, non impedisce di considerare come nel caso in discorso, essendo previsto in aggiunta alla tutela assicurativa prevista per legge in caso di infortuni sul lavoro, il beneficio dell'assicurazione infortuni entrasse a far parte del sinallagma lavorativo, non configurandosi come un atto di liberalità del datore di lavoro, ma come un bonus riconnesso in sede di contrattazione, collettiva o individuale, alla mansione svolta dal lavoratore. In questo quadro, è evidente (o almeno appare molto verosimile) che, nell'acquistare la copertura assicurativa in nome del proprio dipendente, il datore avesse concepito l'operazione economica realizzata nella convinzione che potesse tradursi in un eventuale beneficio diretto a soccorrere il lavoratore quale welfare aggiuntivo rispetto alla tutela assicurativa apprestata dalla copertura INAIL¹⁰⁰.

¹⁰⁰ La medesima aspettativa, destinata a essere frustrata questa volta su scala collettiva ove si seguissero le direttive impresse da Cass. civ. n. 13233/2014 ai contratti del ramo infortuni, è stata coltivata dall'art. 12 della l. 31 dicembre 2012, n. 247, che fa obbligo all'avvocato di stipulare una polizza a copertura degli infortuni derivanti anche i propri dipendenti, su cui le condivisibili considerazioni di L. LOCATELLI, *Assicurazione contro gli infortuni non mortali*, cit., 1900 s. E può qui solo accennarsi allo scenario processualmente gotico dischiuso dalla prospettiva di assistere al dipanarsi di un giudizio risarcitorio ove, a fronte di un danno cagionato illecitamente al lavoratore assicurato

La sentenza, come già osservato, muove dalle certezze assodate, nel modo che si è appena criticamente ripercorso, dalle S.U. nel 2002.

L'*incipit* del discorso è, infatti, che l'assicurazione infortuni non aventi esito mortale è un'assicurazione contro i danni.

Premessa che Cass. 13233/2014 si preoccupa di rinsaldare, riassumendo il *decisum* del 2002 in cinque assiomi, non testualmente rinvenibili nella motivazione delle S.U., ma scanditi a mo' di sintesi «normativa» di quel precedente, in una lettura idonea ad assecondare le convinzioni decisorie che la motivazione si propone di coltivare, che meritano la riproposizione testuale:

- (a) l'art. 1882 c.c., quando definisce l'assicurazione contro i danni come quella in virtù della quale l'assicuratore si obbliga a rivalere l'assicurato del danno ad esso prodotto da un sinistro, non fa riferimento solo ai danni alle cose, ma anche ai danni alla persona;
- (b) per contro, il riferimento del medesimo art. 1882 c.c. agli eventi attinenti alla vita umana, quali presupposto dell'assicurazione sulla vita, va inteso con esclusivo riferimento ai fatti concernenti la morte o la sopravvivenza¹⁰¹;

con compressione della sua integrità fisica, il processo debba gestire: l'accertamento della responsabilità dell'autore dell'illecito e la liquidazione del danno; la considerazione dello scomputo dell'indennizzo INAIL, con i connessi problemi di danno differenziale e di rivalsa dell'istituto infortuni, la considerazione dello scomputo del indennizzo concesso dall'assicuratore della polizza infortuni accesa dal datore di lavoro a beneficio del lavoratore, con l'esercizio della surrogazione dell'assicuratore nei confronti dell'autore dell'illecito, sempreché l'infortunato non abbia personalmente acquistato una polizza infortuni del capofamiglia i cui effetti aggiungano ulteriore complessità al quadro già tratteggiato...

¹⁰¹ *Contra*, come già visto, le sempre attuali considerazioni svolte in Cass. civ., 9 settembre 1968, n. 2615, cit., cui *adde* gli interessanti argomenti (impernati sulla considerazione del problema in discorso alla luce della direttiva di sistema che l'art. 38 Cost. e le altre norme di rilievo costituzionale e sovranazionale identificanti i diritti sociali associano alle potenzialità del contratto di assicurazione) svolti da P.E. CORRIAS, *La causa del contratto di assicurazione*, cit., 835 ss., che vanno pienamente condivisi nella misura in cui essi mostrano la vera ragione che induce a dismettere l'idea che la definizione codicistica in discorso vada letta appiattendo la vita nella rigida dicotomia sopravvivenza/morte. È invece tempo di ammettere che il «requisito dell'attinenza dell'evento alla vita», letteralmente implicato dalla norma, possiede semanticamente la capacità di appropriarsi della più ampia gamma di vedute implicate nel soddisfacimento dei bisogni che ogni persona considera quando riflette previdenzialmente, prima di

- (c) l'art. 1916 c.c., mirando ad impedire il cumulo di indennizzo e risarcimento, costituisce espressione tipica del principio indennitario. Di conseguenza, poiché il quarto comma di tale norma concede la surrogazione all'assicuratore contro gli infortuni, anche l'assicurazione infortuni ha natura indennitaria;
- (d) l'invalidità causata dall'infortunio costituisce sempre un "danno" per i fini di cui all'art. 1882 c.c.: sicuramente biologico, ed eventualmente patrimoniale;
- (e) la circostanza che la misura dell'indennizzo sia liberamente predefinita nella polizza non priva l'assicurazione contro gli infortuni non mortali del carattere indennitario, in quanto la legge consente alle parti la stima del valore (ex art. 1908 c.c.).

Tutte queste proposizioni, che si vestono di un tratto di perentorietà per il modo in cui vengono prospettate, specie se lette alla luce dell'analisi critica già svolta a proposito di Sez. Un. civ., 10 aprile 2002, n. 5119, appaiono per la verità opinabili e rivelano la volontà di consolidare l'arresto cui sono riferite con argomentazioni sottilmente additive.

Gli assiomi *sub* (a) e (b) identificano esercizi di riscrittura della lettera della norma che definisce il contratto di assicurazione, concepiti per imporsi con toni asseverativi sulla contestualizzazione storica del periodo nel quale tale definizione codicistica fu elaborata e sui successivi decenni di aspro dibattito dottrinario alimentati proprio dalla impossibilità di trarre da tale fraseggio normativo le indicazioni univoche che invece tali assiomi pretendono di ricavare con sicurezza eccessiva dall'enunciato normativo¹⁰².

L'assioma *sub* (c) rifiuta di fare i conti con la circostanza, dotata della forza di cui si vestono tutti i segnali che l'interprete non può fare a meno di non tenere in considerazione quando registra la stabile e pro-

investire risorse destinate ad attenuare le avversità che, quali «eventi», possono segnare il proprio personale inoltrarsi in ciò che il codice definisce la «vita umana».

¹⁰² Osserva più ragionevolmente C.F. GIAMPAOLINO, *Le assicurazioni. L'impresa. I contratti*, Torino, 2013, 444:

il sinistro dell'assicurazione infortuni è un evento attinente alla vita umana, ciò che dovrebbe distinguere le assicurazioni sulla vita dalle assicurazioni contro i danni, e la determinazione dell'indennizzo è convenzionale, e non ancorata al principio indennitario in senso stretto.

lungata reiterazione di una prassi nella pratica degli affari, che la previsione dell'art. 1916 c.c. è stata per decenni oggetto della facoltà dispositiva delle parti, nell'assicurazione contro i danni come nell'assicurazione contro le disgrazie accidentali con esiti non mortali¹⁰³.

L'assioma *sub* (d) muove dal presupposto che l'evento determinante il sorgere del diritto all'indennizzo nelle disgrazie accidentali non mortali dia sempre e comunque luogo a un danno nel senso presupposto dall'art. 2043 c.c., senza spiegare perché si darebbe un danno – almeno per come il codice civile concepisce questa fondamentale nozione – quando l'indennizzo consegua all'inverarsi di un rischio dipendente da imprudenza dell'assicurato o da un fattore naturale ascrivibile a fortuito o forza maggiore.

Si oblitera completamente la possibilità che in tale «danno» possano essere considerate, da chi lo subisce, lesioni di interessi non necessariamente riducibili a un danno patrimoniale o biologico, quand'anche letto alla luce delle tabelle milanesi (anzi: sarebbe proprio questo il contesto adatto per predisporre a concedere spazio idealmente commisurativo, in una prospettiva negoziale *ex ante*, alla facoltà di attribuire valore monetario alla lesione di interessi idiosincraticamente legati al «fare areddituale» del beneficiario, per dirla col lessico costitutivo degli esi-

¹⁰³ Come registra una consolidata manualistica (A. DONATI, G. VOLPE PUTZOLU, *Manuale di diritto delle assicurazioni* (IX ed.), Milano, 2009, 213),

di regola le polizze, in deroga alla disposizione dell'art. 1916 u.c. c.c., che dichiara espressamente applicabile all'assicurazione infortuni la surroga dell'assicuratore, contengono la rinuncia a favore dell'assicurato del diritto dell'assicuratore verso i terzi responsabili dell'infortunio.

A fronte di questa prassi, sta anche il *favor* alla derogabilità a suo tempo espresso da S. FERRARINI, *Appunti sulla rinunciabilità della surroga assicuratoria*, in *Ass.*, 1951, I, 407; e da A. DONATI, *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, II, Milano, 1954, 482, ove *sub* nota 181, la lucida considerazione che

non è esatto che la surroga impedisca un artificioso aumento dei sinistri auto-provocati dall'assicurato, perché la surroga riguarda proprio casi nei quali del sinistro è responsabile un terzo; così è un argomento di pura convenienza economica che può essere invertito che la surroga importi riduzione di premio, perché resta a vedere se per l'assicuratore, e quindi per le garanzie collettive della massa degli assicurati, non sia più conveniente un maggior gettito di premi piuttosto che la possibilità (spesso teorica) di recupero.

stenzialisti, proprio perché, in questo particolare contesto assicurativo, il dispositivo di misura dell'indennizzo risponde solo alla soggettiva capacità dell'assicurato di investire risorse dirette a monetizzare il rischio di compromissione di questi interessi, senza «pesare» sulla sfera giuridica di un danneggiante condannato, destinato a subire la decurtazione patrimoniale associata all'obbligo risarcitorio).

L'assioma *sub* (e), infine, allude a un meccanismo concepito per addivenire alla stima di un *quid* (l'art. 1908 c.c. continua a essere rubricato «valore della cosa assicurata») che resta considerato in un orizzonte valutativo intimamente connesso alla patrimonialità di ciò che la stima misura, il quale è, quindi, destinato ad approdare, che la stima avvenga prima o dopo il verificarsi del danno¹⁰⁴, a una somma che trova il suo parametro di controllo finale nella scambiabilità di questo valore, e che elegge il mercato a dispositivo di sua commisurazione, rivelando il senso più compiuto e profondo del principio indennitario.

Sicché questo principio continua a rivelarsi ontologicamente estraneo alla possibilità di ponderare le somme idonee a monetizzare la salute compromessa. Se non al prezzo di prestare indifferenza alla conclusione che la misura di questo valore possa essere assoggettata a un dispositivo di stima indistinguibile – secondo quanto sembra suggerire il quarto comma della norma in discorso – da quello applicato ai prodotti del suolo (la salute come un campo di cavolfiori distrutto da una grandinata, per intendersi banalizzando, ma senza potersi giovare delle mercuriali in uso al tempo del raccolto atteso...) ¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Come noto, si attribuisce alla previsione del secondo comma dell'art. 1908 c.c. il limitato senso di influire sull'onere della prova, ove la stima accettata per iscritto dalle parti all'atto della conclusione del contratto diverga dal valore che la cosa perita o danneggiata assuma al momento del verificarsi del sinistro, e la parte interessata a far valere il valore della cosa al momento del sinistro intenda contestare la stima, A. LA TORRE, *Scritti di diritto assicurativo*, Milano, 1979, 23. Approfondisce i problemi di forma e il valore probatorio della stima, nei suoi vari modi di essere negoziali, G. PARTESOTTI, *La polizza stimata*, Padova, 1967, 157 ss.

¹⁰⁵ Osserva A. CANDIAN, *Responsabilità civile e assicurazione*, Milano, 1993, 115, *sub* nota 19:

il danno alla persona non può essere apprezzato in moneta e non si può quindi ravvisare una corrispondenza matematica tra il danno alla salute e la sua riparazione. Di conseguenza allorché il danno garantito dall'assicuratore sia un danno

Siamo lontani – e lo siamo parecchio – dallo scenario dischiuso quando l'assicurazione guarda senza mediazioni a un danno che ha nell'idea del patrimonio e nelle innate e autopoietiche capacità calcolatorie del mercato l'immagine in cui metaforicamente rifrangersi.

Come accade quando l'assicurazione contro la perdita riguarda «cose» che non hanno mai cambiato natura negli anni trascorsi dal 1942 ad oggi.

«Cose» come, ad esempio, un'automobile furtivamente sottratta all'ignavo depositario¹⁰⁶.

alla persona (assicurazione infortuni o invalidità o della responsabilità civile per danno alle persone) non si può riconoscere l'operare del principio indennitario. In questo tipo di assicurazione vige quindi il principio contrattuale della libera determinazione dell'indennità o del suo limite massimo.

¹⁰⁶ *Contra*, tuttavia, Cass. civ., 7 marzo 1992, n. 2752, in *Rep. Foro it.*, 1992, voce *Deposito (contratto di)*, n. 4, ove, nell'ambito di un'assicurazione contro i danni a cose (assicurazione per il furto) si era però voluto escludere – restando prigionieri di una cattiva applicazione della giustificazione teorica più vera della *clcd*, destinata come ormai sappiamo ad interrogare a fondo la causa dell'attribuzione patrimoniale connotante il beneficio in ciascun contesto di invocazione del principio – che dal risarcimento posto a carico del depositario inadempiente potesse detrarsi l'indennizzo assicurativo ricevuto dal depositante assicurato contro il furto dell'autovettura volatilizzatasi durante il deposito. Così sul punto la sentenza appena ricordata:

il giudice del gravame ha rigettato le pretese dell'Urro in base alla considerazione che “il principio della *compensatio lucri cum damno* è operante solo se danno e lucro derivano da una stessa ed unica fonte generatrice, condizione che non ricorre (o non ricorrerebbe) nel caso in esame, dove l'uno deriva dall'inadempimento dell'Urro, ricollegantesi al contratto di deposito, mentre l'altro deriva dal furto dell'autovettura ad opera di ignoti e dal contratto di assicurazione stipulato dal Boccolini con la detta compagnia, né riconosce come sua causa immediata e diretta quell'inadempimento”. Motivazione ineccepibile, perché conforme al principio secondo il quale nella determinazione del danno derivante da colpa contrattuale o extra contrattuale ricorre la cosiddetta *compensatio lucri cum damno* quando a favore della parte danneggiata si verifica, oltre al pregiudizio, anche un incremento patrimoniale che costituisca conseguenza immediata dell'inadempimento o del comportamento illecito; tale immediatezza manca quando il vantaggio di cui si chiede la detrazione dal pregiudizio derivato al danneggiato sia riferibile non ad una colpa o ad un comportamento illecito, ma ad una particolare condizione della cosa di cui ricorreva l'obbligo della consegna (Cass. n. 1457/81), come nel caso in cui la cosa sia coperta da assicurazione (che, tra l'altro, comporta un onere economico per il danneggiato).

A sua volta Cass., 16 marzo 1981, n. 1457, in *Rep. Foro it.*, 1981, voce *Danni civili*, n. 97, aveva statuito che:

[N]ella determinazione del danno derivante da colpa contrattuale o extracontrattuale ricorre la cosiddetta *compensatio lucri cum danno* quando a favore della parte danneggiata si verifica, oltre al pregiudizio, anche un incremento patrimoniale che costituisca conseguenza immediata dell'inadempimento o del comportamento illecito; tale immediatezza manca quando il vantaggio di cui si chiede la detrazione dal pregiudizio derivato al danneggiato sia riferibile non ad una colpa o ad un comportamento illecito, ma ad una particolare condizione della cosa di cui ricorreva l'obbligo della consegna (in applicazione del principio di cui alla massima, è stato escluso che il danno derivante dalla mancata disponibilità dell'immobile che doveva essere consegnato potesse essere compensato con l'aumento di valore dell'immobile stesso, in quanto tale aumento non era in rapporto di immediatezza con il fatto della mancata tempestiva consegna).

In dissenso da queste vedute giurisprudenziali, mette conto notare come la natura «calcolativamente» indennitaria dell'assicurazione contro il furto di cose non osti (e anzi predisponga) ad accogliere l'idea di ritenere assoggettato a surrogazione l'importo dell'indennizzo versato dall'assicuratore all'assicurato fino alla concorrenza delle somme così versate, quando l'azione risarcitoria esperibile nei confronti del responsabile civile del furto segua la corresponsione dell'indennizzo. Mette conto segnalare che Cass. civ., 6 agosto 1968, n. 2823, in *Foro it.*, 1968, I, 2724, aveva statuito, in assenza di precedenti editi sul punto, che:

[N]ell'assicurazione contro i furti il sinistro consiste non in una materiale distruzione o avaria del bene, come negli altri rami di assicurazione contro i danni, ma nella sottrazione di esso alla sfera di dominio dell'assicurato. A causa di questa peculiarità è possibile che l'assicurato riacquisti la disponibilità della cosa sottratta dopo che il sinistro si è verificato e l'assicuratore ha corrisposto l'indennizzo. In tale eventualità è ovviamente da escludersi che l'assicurato possa trattenere sia l'indennità riscossa che la cosa recuperata: ne risulterebbe violato il principio indennitario che domina nel campo delle assicurazioni contro i danni ed al quale sono ispirate le disposizioni dell'art. 1909 cod. civ., che non ammette l'assicurazione per somma eccedente il valore reale della cosa assicurata, e dell'art. 1908 che impone di adeguare l'indennizzo all'effettiva perdita patrimoniale subita dall'assicurato. Da qui l'esigenza di prevedere e regolare la particolare situazione che viene a determinarsi. Se tra le due possibili alternative, quella dell'abbandono della cosa recuperata all'assicuratore e quella del rimborso dell'indennità da parte dell'assicurato con diritto al risarcimento dei danni riportati dalla cosa in conseguenza del furto, viene scelta la seconda soluzione, non ne deriva una facoltà di recesso unilaterale a favore dell'assicuratore. Questi, essendo tenuto a risarcire l'effettiva perdita sofferta dall'assicurato, non si sottrae al suo obbligo contrattuale riservandosi di ripetere in tutto o in parte l'indennità corrisposta nel caso che tale perdita sia, per effetto del recupero della cosa assicurata, eliminata o ridotta.

O «cose» come un aeromobile che il difetto di vigilanza da parte dei Ministeri incaricati di garantire la sicurezza e la regolarità del traffico aereo ha permesso fosse abbattuto nel corso di un'azione di guerra avvenuta in tempo di pace sulle rotte dell'aviazione civile di uno Stato sovrano.

Così, per esempio, Cass. civ., ord. 22 giugno 2017, n. 15534, correttamente giunge ad affermare che nell'azione di risarcimento promossa dall'Itavia contro il Ministero della difesa, il Ministero dei trasporti e il Ministero dell'interno, per la distruzione del tristemente noto DC 9, dal computo del danno emergente sofferto dalla compagnia aerea vada defalcato l'indennizzo assicurativo a suo tempo ricevuto dalla società attrice per il sinistro aereo.

Superfetante, rispetto alla reale e più schietta ragione di fondo che induce a ritenere fondata questa conclusione, appare però l'articolata argomentazione nella quale Cass. 15534/2017 si dilunga per giustificare la soluzione che accoglie.

A fronte della auto-evidente circostanza che la copertura assicurativa acquisita da Itavia riguarda il valore di una «cosa», ai sensi e per gli effetti degli artt. 1908 e 1909 c.c. e, dunque, che essa si dà sposando costitutivamente e senza possibili incertezze la logica indennitaria dell'assicurazione contro i danni, l'ordinanza in parola svolge un lungo

Sul punto in dottrina non si era mancato di osservare che la facoltà di abbandono della cosa all'assicuratore possa darsi solo quando il recupero avvenga prima del pagamento dell'indennità, e la polizza attribuisca espressamente all'assicurato la facoltà di rifiutare la cosa recuperata. Diversamente, quando il recupero avvenga dopo il pagamento dell'indennità dedotta in polizza, l'abbandono all'assicuratore della cosa recuperata assurge a «effetto naturale» dell'avvenuto risarcimento, appunto connesso alla piena vigenza – in questa tipologia contrattuale – del principio indennitario, salvo che l'assicurato non manifesti la volontà di rientrare in possesso della cosa, ma sempre curando di restituire in tutto o in parte l'indennità ricevuta, così già G. FANELLI, voce *Assicurazione (rami minori)*, in *Enc. dir.*, III, 1958, 601, spec. 602. E non sarebbe precluso opinare che, dopo aver trasferito all'assicuratore il proprio credito risarcitorio *in parte qua* in surrogazione, il derubato possa muovere azione extracontrattuale nei confronti del responsabile del furto per il recupero non solo dell'eventuale differenziale fra indennizzo liquidato e valore effettivo della cosa, ma anche del danno non patrimoniale connesso al reato, nonché delle somme investite per dotarsi della copertura assicurativa mercé la quale il derubato abbia potuto ricevere l'indennizzo.

detour argomentativo teso a confutare la tesi avanzata per paralizzare la pretesa al defalco, ovvero che l'accoglimento di questa pretesa finirebbe per privare di causa il pagamento dei premi a suo tempo corrisposti da Itavia¹⁰⁷.

La ridondanza di questo passaggio argomentativo, nel quale si evoca ancora una volta il rischio di snaturamento del contratto di assicurazione contro i danni, che diverrebbe una scommessa ove si disattendessero i corollari discendenti dall'applicazione del principio indennitario, sta nel fatto di sviare l'attenzione dall'argomento chiave che impedisce ad Itavia di cumulare l'integrale risarcimento del danno conseguibile in responsabilità civile con l'indennizzo a suo tempo ricevuto per la perdita dell'aeromobile¹⁰⁸.

¹⁰⁷ E così Cass. civ., ord. 22 giugno 2017, n. 15534, cit., afferma:

[N]on sembrerebbe potersi affermare, anzitutto, che, avendo l'assicurato pagato i premi, egli avrebbe comunque diritto all'indennizzo in aggiunta al risarcimento, altrimenti il pagamento dei premi sarebbe *sine causa*. Il pagamento del premio, infatti, non è mai *sine causa*, perché al momento in cui viene effettuato sussiste l'obiettivo incertezza sul verificarsi del sinistro e sulla solvibilità del responsabile. Invero, il pagamento del premio è in sinallagma col trasferimento del rischio e non con il pagamento dell'indennizzo, tanto è vero che se alla scadenza del contratto il rischio non si è verificato, il premio resta ugualmente dovuto. Il rapporto sinallagmatico che si istituisce soltanto tra pagamento del premio e trasferimento del rischio esclude, altresì, che detto pagamento rappresenti una posta patrimoniale risarcibile, ai sensi dell'articolo 1223 c.c., in conseguenza dell'evento dannoso che fa sorgere, al tempo stesso, il diritto all'indennizzo assicurativo ed al risarcimento del danno (non cumulabili tra loro). Del resto, se fosse sufficiente pagare il premio per cumulare indennizzo e risarcimento, e quindi trasformare il sinistro in una occasione di lucro, allora si dovrebbe conseguentemente ammettere che il contratto concluso non è più un'assicurazione, ma una scommessa, nella quale puntando una certa somma (il premio) lo scommettitore può ottenere una remunerazione complessiva assai superiore al danno subito. Un siffatto mutamento causale del contratto da assicurazione a scommessa troverebbe conferma, peraltro, anche nella circostanza per cui la possibilità di cumulare indennizzo e risarcimento darebbe luogo, in teoria, ad un interesse positivo dell'assicurato all'avverarsi del sinistro, venendo così meno sia il requisito strutturale-funzionale del rischio (che, ai sensi dell'articolo 1895 c.c., deve configurarsi come la possibilità di avveramento di un evento futuro, incerto, dannoso e non voluto), sia il fondamentale requisito d'un interesse dell'assicurato contrario all'avverarsi del sinistro, desumibile dall'articolo 1904 c.c.

¹⁰⁸ E parimenti ridondante appare il seguito argomentativo in cui Cass. civ., ord. 22 giugno 2017, n. 15534, cit., si produce con riferimento al modo in cui la surrogazione dell'assicuratore prende effetto quando sia distrutta una «cosa» oggetto di assicurazione

contro i danni, salvo quanto si avrà modo di osservare nel prosieguo del testo a proposito del brano di seguito riprodotto:

[U]na seconda precisazione riguarda il profilo della surroga dell'assicuratore, nel caso in cui – come nella specie – quest'ultimo non abbia manifestato la volontà di avvalersene nei confronti del responsabile, ex articolo 1916 c.c. A tal fine, si deve ribadire che la surrogazione dell'assicuratore non interferisce in alcun modo con il problema dell'esistenza del danno e, quindi, col principio indennitario. È, infatti, indifferente la rinuncia o meno dell'assicuratore alla surroga, perché non può essere risarcito il danno inesistente *ab origine* o non più esistente; e il danno indennizzato dall'assicuratore è un danno che ha cessato di esistere dal punto di vista giuridico, dal momento in cui la vittima ha percepito l'indennizzo e fino all'ammontare di quest'ultimo. Del resto, la surrogazione ex articolo 1916 c.c. costituisce, secondo la giurisprudenza unanime, una successione a titolo particolare dell'assicuratore nel diritto dell'assicurato e, quindi, perché il diritto si trasferisca, è necessario che esso sia perso dall'assicurato ed acquistato dall'assicuratore. Tuttavia, l'estinzione del diritto al risarcimento in capo all'assicurato avviene per effetto del solo pagamento e non per effetto della surrogazione, la quale, semmai, è un effetto dell'estinzione e non la causa di essa. Pertanto, l'effetto estintivo, prodotto dal pagamento, è indifferente alle vicende del diritto di surrogazione da parte dell'assicuratore. Questi, rinunciando alla surrogazione sin dal momento della stipula del contratto, dispone di un proprio diritto (futuro) e non dell'altrui e tale atto di disposizione non muta l'effetto estintivo del pagamento. In altri termini, la percezione dell'indennizzo, da parte del danneggiato, elide in misura corrispondente il suo credito risarcitorio nei confronti del danneggiante, che pertanto si estingue e non può essere più preteso, né azionato. Se così non fosse, il danneggiato avrebbe un interesse positivo al realizzarsi del sinistro, il che – come detto – contrasta insanabilmente con il principio indennitario e con la “neutralità” dell'intervento dell'assicuratore rispetto alle condizioni patrimoniali dell'assicurato in epoca anteriore al sinistro. Dunque, se l'assicuratore della vittima abbia rinunciato alla surrogazione, ovvero non abbia ancora manifestato l'intenzione di esercitarla al momento in cui il danneggiato pretende il risarcimento dal responsabile (pur avendo corrisposto l'indennizzo), è circostanza irrilevante ai fini del problema. Ed infatti, a prescindere dalla circostanza se la surrogazione dell'assicuratore operi *ipso iure* o per effetto di una apposita *denuntiatio*, è dirimente osservare che non sussiste alcun nesso di implicazione reciproca tra il diritto di surrogazione ed il divieto di cumulo tra indennizzo e risarcimento. Il primo, infatti, costituisce una modificazione soggettiva dell'obbligazione, finalizzata ad evitare il depauperamento dell'assicuratore, e che può mancare senza che il contratto di assicurazione perda la sua natura; l'altro è un principio che attiene al nucleo causale del contratto di assicurazione e la cui mancanza finisce inevitabilmente per trasformare quest'ultimo in un contratto diverso.

Contrariamente a quanto questo passaggio vorrebbe far intendere, e anzi proprio per le considerazioni che in questo passaggio si svolgono, la *clcd* non ha nulla a che fare con la surrogazione dell'assicuratore e, anzi, essa non può essere sancita sul piano logico ove si voglia preservare la possibilità giuridica della surrogazione. Perché la succes-

Ovvero, che la causa di un contratto di assicurazione contro i danni guarda al trasferimento di un rischio – ed è questo il punto nodale – originariamente oggetto di precisa quantificazione economica, perché esso attiene alla perdita di una «cosa» di cui è data la possibilità di stima attraverso una valutazione che il mercato giunge a fornire senza la necessaria supplenza di un meccanismo giuridico ulteriore, escogitato per rispondere alla ben diversa esigenza di attribuire un valore stipulativo a un bene altrimenti incommensurabile, come accade quando il danno attenga alla salute del danneggiato e protagonista di questa quantificazione stipulativa finiscano per essere le tabelle.

Questo è l'argomento che differenzia irrimediabilmente un contratto assicurativo come quello concluso dall'Itavia – che vede la sua causa, il trasferimento del rischio, concretamente e originariamente astretta ad un'operazione economica che può giovare di un meccanismo di computo del valore della «cosa» della cui perdita il contratto mira a neutralizzare il rischio – da un ben diverso contratto assicurativo, l'assicurazione contro gli infortuni invalidanti non mortali.

Il quale, avendo ad oggetto il trasferimento di un rischio gravante su un bene che «cosa» non è, e che dunque non trova *in via diretta* un possibile referente nella stima dinamicamente espressa dal mercato, non può che predisporre a farsi valutare sulla base della libera e discrezionale propensione all'investimento previdenziale che l'assicurato realizza col versamento del premio. Premio dalla entità del quale scaturisce, se-

sione a titolo particolare che la surrogazione realizza presuppone che venga ad esistenza nel patrimonio del creditore originario un credito risarcitorio nella sua integralità, che solo col pagamento dell'indennità – vicenda sempre successiva ed eventuale al sorgere di questo credito – è ammessa a trasferirsi all'assicuratore nella misura dell'indennità effettivamente corrisposta. Non per caso – come nel capitolo VI vedremo, verificando come operano i meccanismi legislativi che nel diritto statale statunitense prevedono meccanismi di surrogazione destinati ad affiancare il principio della *collateral source rule* (i.e., una regola di non-*clcd*) – quante volte i singoli Stati hanno previsto una regola in *statute law* istitutiva della surrogazione del pagatore di un beneficio nei diritti del beneficiario, si è sempre curato di proclamare che la *collateral source rule* prevista in *common law* non viene minimamente incisa dallo strumento legislativo disponente la surrogazione. Lo stesso elementare ragionamento è chiaramente esplicitato nel commento ufficiale alla regola espressa nell'art. 6:103 del VI libro del *Draft Common Frame of Reference*, su cui *infra*, capitolo VI, § 2.2.

condo un calcolo attuariale sempre attentamente soppesato dall'assicuratore, la determinazione dell'importo dell'indennità suscettibile di realizzare l'interesse riposto dall'assicurato all'atto della conclusione del contratto di fronte alla prospettiva di subire le conseguenze dell'evento incerto, interesse che viene assecondato dall'assicuratore prevedendo il pagamento di un corrispettivo premio che soddisfa l'interesse nutrito da quest'ultimo alla profittabilità dell'operazione economica proposta e accettata dall'assicurato¹⁰⁹.

Se questa distinzione è netta e irrevocabile, appare chiaro che il lungo *detour* argomentativo concepito in Cass. 15534/2017 per approfondire il profilo della surrogazione dell'assicuratore con riferimento al caso discusso da quella ordinanza arresta il suo ambito di riferibilità ad un tipo di assicurazione assoggettato senza incertezze ai dettami del principio indennitario, venendo in rilievo una assicurazione contro i danni a «cose» – come appunto accadeva nel caso che vedeva protagonista l'Itavia.

Il medesimo *detour* e le sue conseguenze in punto di operatività della surrogazione girano a vuoto quando si pretenda di riferirle ad un contratto di assicurazione contro le disgrazie accidentali non mortali, la cui

¹⁰⁹ Se, dunque, è questo il vero punto nodale del problema promanante dal caso dal quale Cass. civ. n. 15534/2017 ha tratto occasione per rimettere il suo dubbio alle Sezioni Unite in merito al fondamento del principio della *clcd*, vien fatto di dubitare che la problematica rimbalzante dal caso prescelto per sollevare tale dubbio avesse davvero a che fare con un problema di *clcd*, e con tutte le articolate argomentazioni che quell'ordinanza ha ritenuto di condividere con le sue tre gemelle di pari data. A questo rilievo sia consentito aggiungere una considerazione attinente al rispetto sostanziale di un ideale di giustizia commutativa che trova modo di essere adeguatamente valorizzato proprio nella corretta interpretazione dei dati che la tecnica impone di padroneggiare nel dare soluzione al problema su cui ci si è fin qui soffermati. Un ideale che assume contorni più concreti avendo a mente quanto verificato nel capitolo III, § 7.4, di questo studio, ovvero l'esito «defalcatorio» che sempre la vicenda di Ustica ha riservato all'incontro fra il beneficio concesso dallo Stato ai congiunti delle vittime e il risarcimento integrale che questi ultimi hanno chiesto in esito a una tragedia ascritta alla responsabilità civile dello Stato. Questo ideale sarebbe stato duramente battuto in breccia se l'ordinamento, attraverso una tecnica resa incapace di restituire soluzioni coerenti a questo ideale di giustizia, avesse ammesso un distonico esito di cumulabilità fra l'indennizzo assicurativo percepito da ITAVIA e il risarcimento del danno patrimoniale chiesto allo Stato civilmente responsabile della distruzione dell'aeroplano.

struttura causale, per i motivi già lungamente esplorati, non è soggetta ai postulati indotti dal principio indennitario quando l'assicuratore decida di sfruttare la sua piena autonomia negoziale (desumibile *a contrario* dall'art. 1932 c.c.) per rinunciare pattiziamente al diritto di surrogazione potestativamente attribuitogli dall'art. 1916 c.c.

Torniamo all'ordito argomentativo di Cass. civ. n. 13233/2014, che, alla luce della sostanziale riproposizione del nocciolo delle sue tesi operata nella quaterna di ordinanze di rimessione che la terza sezione ha depositato nel giugno 2017, appare importante ripercorrere a fondo.

Si è visto qualche pagina fa quale fosse la premessa maggiore del ragionamento seguito dalla sentenza. Rinsaldata tale premessa, nella trama di Cass. civ. n. 13233/2014 la premessa minore promana dall'orizzonte di senso esaltato nella proposizione che la precede: se, infatti, ci si professa persuasi di discorrere di assicurazione contro i danni quando si parla di un'assicurazione contro la disgrazia accidentale non mortale, la logica indennitaria sottesa al pur pattiziamente rinunciabile art. 1916 c.c. non può che trovare cartesiana e imperativa applicazione anche a questa tipologia di contratto assicurativo¹¹⁰, giovandosi anche di una serie di corollari esplicativi.

E così si osserva – senza però prendere di petto il problema posto a monte dell'aspetto considerato, ove risulti che assicuratore e assicurato

¹¹⁰ È peraltro ben noto – e lo si annota senza avere la pretesa di aprire qui un fronte di comparazione sistematica con l'esperienza tedesca – che BGHZ, 17 dicembre 1997, in *NJW*, 1998, 1072, ha eliminato, anche con riferimento all'assicurazione contro i danni, il divieto di arricchimento (che accompagnava la vigenza normativa del principio indennitario nel diritto delle assicurazioni germanico). Abbandonato il *Bereicherungsverbot im Versicherungsrecht*, il *Bundesgerichtshof* qualche anno più tardi ha invece rinsaldata la regola paradigmatica che vuole che il contratto di assicurazione debba tener fede alla promessa fatta all'assicurato: «Im Versicherungsvertragsrecht gibt es kein allgemeines und zwingendes Bereicherungsverbot. Was der Versicherer vertraglich versprochen hat, muß er halten, es sei denn, aus dem Gesetz ergäben sich Leistungsbeschränkungen» (così BGH, 4 aprile 2001, in *NJW*, 2001, 3539).

Il legislatore ne ha dovuto prendere atto, abolendo, a partire dal 1° gennaio 2008, la vigenza del § 55 VVG, che, prima della novella, recitava: «Der Versicherer ist, auch wenn die Versicherungssumme höher ist als der Versicherungswert zur Zeit des Eintritts des Versicherungsfalles, nicht verpflichtet, dem Versicherungsnehmer mehr als den Betrag des Schadens zu ersetzen».

abbiano liberamente convenuto di escludere l'operatività dell'art. 1916 c.c. dal proprio regolamento d'interessi – che, se all'assicurato fosse concesso di incamerare l'indennizzo e domandare il risarcimento al terzo responsabile, quella norma nei fatti finirebbe per non poter operare, impedendo all'assicuratore che abbia corrisposto l'indennizzo all'assicurato di esercitare per surrogazione il diritto contro il responsabile che nel frattempo abbia estinto il suo debito, risarcendo il danneggiato.

Il che vanificherebbe *in nuce* il meccanismo della successione a titolo particolare del diritto attraverso cui si spiega la surrogazione prevista dalla norma¹¹¹.

¹¹¹ A tal fine Cass. civ. n. 13233/2014 richiama in suo pro le conclusioni raggiunte da Cass. civ., 25 ottobre 1966, n. 2595, in *Rep. Foro it.*, 1966, voce *Assicurazione (contratto di)*, n. 85-86, la cui massima recita, nel quadro però di una considerazione del contratto mantenuta nel tipo dell'assicurazione sulla vita e senza discostarsi dalla di poco precedente e a suo tempo ricordata Cass. civ., 7 settembre 1966, n. 2336, cit., che (corsivo aggiunto):

anche se il credito relativo al risarcimento dei danni e quello relativo all'indennizzo assicurativo sono strutturalmente differenti, tuttavia nell'ipotesi di conseguimento a favore del danneggiato-assicurato del risarcimento del danno, con rilascio di quietanza liberatoria, oppure nella ipotesi di remissione di debito o di transazione con il terzo, il risultato della liberazione dell'assicuratore dagli obblighi derivanti dal contratto di assicurazione si produce per effetto della norma di legge, che prevede la responsabilità dell'assicurato che arrechi pregiudizio al diritto dell'assicuratore: pertanto, quando quel pregiudizio si produce prima ancora che l'assicuratore paghi l'indennizzo assicurativo, si viene a determinare l'estinzione del debito relativo all'indennizzo stesso. Tali conclusioni non cambiano per il fatto che i danneggiati siano i beneficiari per essere deceduto l'assicurato a seguito dell'evento compreso nel contratto di assicurazione; anche per i loro diritti, infatti, l'assicuratore può esercitare la surrogazione, non distinguendo l'art. 1916 c.c. fra infortuni con esito di invalidità e infortuni con esito mortale.

Cass. civ. n. 13233/2014 evoca a suo conforto anche l'oscura Cass. civ., 14 giugno 1972, n. 1881, in *Mass. Foro it.*, 1972, 572, per sottolineare come ammettere il cumulo impedirebbe di dare effettività alla conclusione, che sarebbe stata avvalorata da quella sentenza, che

se il diritto al risarcimento si trasferisce per effetto di surrogazione, l'assicurato non ne è più titolare e non può esigerne il pagamento dal terzo danneggiato, che altrimenti sarebbe costretto ad un duplice pagamento: sia nelle mani del danneggiato (a titolo di risarcimento), sia nelle mani dell'assicuratore di questi (a titolo di surrogazione).

A questo punto, la trama argomentativa della sentenza getta il cuore oltre l'ostacolo, per superare di slancio i confini di un ragionamento fino a quel momento coltivato in seno alla logica indennitaria dell'assicurazione (contro i danni) e del correlato meccanismo della surrogazione. E si mette in relazione diretta col sistema dommatico che governa il risarcimento del danno.

È qui che si tocca con mano quel cambiamento di prospettiva che si continua a esplorare criticamente in questo studio. È netta la sensazione che si tenti di rimodellare il concetto del danno per aprirlo (in una dimensione ostentatamente tecnica) alla possibilità di una ridefinizione dipendente dal rapporto che il danno intreccia con gli effetti generati dallo strumentario del welfare (che può essere privato, come nel caso dell'assicurazione volontaria contro gli infortuni che stiamo indagando, o pubblico, come abbiamo già visto e come continueremo a verificare nel prosieguo), attraverso cui è determinato il livello di sicurezza sociale che a ciascun consociato è dato di sperimentare in concreto di fronte ai mutevoli stati di bisogno conseguenti agli eventi avversi della vita.

Nelle intenzioni di chi promuove questo trapianto, l'art. 1916 c.c. finisce idealmente per entrare nell'art. 1223 c.c. per rimanerci. E così, per un paradosso che si compie in un'epoca caratterizzata da un welfare recessivo¹¹², il danno può scoprire di nascere, o di darsi concettualmente, dopo il welfare.

La massima di Cass. civ. n. 1881/1972 aveva però più limitatamente statuito che:

nel caso di infortunio, seguito da morte, di persona che abbia stipulato un'assicurazione sulla vita, se il terzo beneficiario è lo stesso soggetto titolare del diritto al risarcimento dei danni derivanti dalla morte dell'assicurato, si verifica un cumulo di diritti, derivanti da titoli diversi, ed è pertanto applicabile l'art. 1916 c.c. il quale, al fine di evitare che in dipendenza di un evento produttivo di conseguenze dannose si cumulino a favore dello stesso soggetto più diritti di credito, dispone che l'assicuratore, dopo aver versato l'indennizzo all'assicurato o al terzo beneficiario dell'Assicurazione, può rivalersi contro il responsabile dell'infortunio, surrogandosi nei diritti che sarebbero spettati all'assicurato o ai beneficiari. Se invece il beneficiario della somma assicurata è persona diversa dal titolare del diritto al risarcimento dei danni, la surroga non avviene, per mancanza di quel cumulo di diritti che l'art. 1916 tende ad evitare.

¹¹² Per tutti, le considerazioni di M. CINELLI, *Jobs act e dintorni. Appunti sulle metamorfosi in progress nel sistema delle tutele sociali*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2015, 285, spec. 292 ss.

Dall'omaggio all'antica preoccupazione mommseniana, che nel sistema del risarcimento del danno ha trovato, in tempi assai più recenti, approdo nella ipostatizzazione del «principio della riparazione integrale del danno»¹¹³, si giunge fatalmente alla *clcd* e alla necessità di metter fuori gioco, perché «immeritevole d'esser ulteriormente coltivata», quella costante, coesa linea di precedenti di legittimità che, facendo leva sul filtro della diversità dei titoli fra beneficio e danno, dichiarava

¹¹³ Cass. civ. n. 13233/2014 ne trova una traccia archetipa (rispetto alle formulazioni in termini di principio che solo in tempi più recenti ci si è abituati a leggere nell'impiego fattone da corti e dottrina) in Cass. civ., 29 gennaio 1973, n. 293, in *Foro it.*, 1973, I, 1047, una sentenza che però amministrava un caso di surrogazione per un infortunio sul lavoro esercitata dall'INAIL. Il brano di questa sentenza, che Cass. civ. n. 13233/2014 riporta in motivazione, prosegue, osservando (*ivi*, corsivo aggiunto):

d'altro canto, s'intende che la duplicità del titolo all'indennizzo non deve tradursi, per il danneggiato che ne dispone, in uno svantaggio, anziché in un vantaggio, come potrebbe accadere se a fare scattare il diritto di subingresso dell'assicuratore bastasse l'esistenza del suo obbligo contrattuale di indennizzare, e non fosse necessario l'effettivo pagamento dell'indennizzo. Perciò la surrogazione ha luogo soltanto quando l'assicurato è stato soddisfatto e nella misura dell'indennizzo effettivamente corrisposto: cioè con riguardo all'adempimento e non alla semplice esistenza dell'obbligazione contrattuale dell'assicurato.

Annota come il «principio dell'integrale riparazione del danno» sia stato sempre considerato in dottrina in una traiettoria incrementativa, specie nel campo del danno non patrimoniale, e non già con una connotazione limitativa, come invece sembra accadere nel caso di specie, M. GAGLIARDI, *Il divieto di cumulo*, cit., 696. E non può non soggiungersi che questa enfasi riposta nel principio della riparazione integrale del danno, assunto a indefettibile architrave dommatica dell'art. 1223 c.c. è oggi costretta a constatare l'apertura a una quantificazione espressiva di una dimensione dissuasiva del danno, che – dopo anni di risoluto negazionismo ispirato a un atteggiamento di chiusura, appunto, di taglio dogmatico – è stata oggetto, sia pur con prudente circospezione e invocando la necessaria mediazione del legislatore, di un riconoscimento che prima di questa sentenza non si era mai dato, Sez. Un. civ., 5 luglio 2017, n. 16601, in *Foro it.*, 2017, I, 2613, con nota di A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *I danni punitivi e le molte anime della responsabilità civile*; e commentata altresì, fra gli altri, da C. SCOGNAMIGLIO, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 1109, *Le Sezioni unite e i danni punitivi: fra legge e giudizio*; G. ALPA, *Le funzioni della responsabilità civile e i danni «punitivi»: un dibattito sulle recenti sentenze della suprema Corte di Cassazione*, in *Contratto e impr.*, 2017, 1084; M. FRANZONI, *Quale danno punitivo?*, *ivi*, 1107; G. PONZANELLI, *Sezioni Unite e danni punitivi*, *ivi*, 1122; M. GRONDONA, *Le direzioni della responsabilità civile tra ordine pubblico e punitive damages*, in *Nuova giur. civ.*, 2017, 1392.

inoperante il latinismo e ammetteva pacificamente il cumulo fra indennizzo assicurativo conseguente all'assicurazione infortuni e risarcimento del danno¹¹⁴.

Per confortare questo esito interpretativo la sentenza non si dilunga a confutare i problemi di titolo che l'operare della *clcd* potrebbe innescare. Preferisce superarli di slancio, per sancire che, quando l'assicurato da una polizza contro le disgrazie accidentali non mortali sia vittima di un'invalidità dovuta a causa fortuita, violenta ed esterna di cui qualcuno debba rispondere civilmente, danno e indennità si collocano in rapporto di reciproca esclusione.

Il perché di questo slancio sta nella convinzione di ritenere tale conclusione concettualmente indifferente alla circostanza che chi sia chiamato a rispondere dell'illecito (o il suo assicuratore della r.c.) soddisfi il credito risarcitorio del danneggiato e renda così inesigibile la pretesa contrattuale del beneficiario (per aver «eliso in tutto o in parte il pregiudizio patito dal danneggiato»), oppure che sia l'assicuratore a estin-

¹¹⁴ Sul punto, in generale, l'analisi diffusamente svolta nei primi due capitoli di questo studio. Nello specifico, con riferimento alla percezione dell'indennità ricevuta dal danneggiato per aver concluso un'assicurazione privata contro gli infortuni, si escludeva che tale beneficio potesse implicare l'operare della *clcd* a vantaggio del responsabile, facendo riferimento alla nota grammatica della diversità del titolo e del ragionamento sulla causalità, con una massima del seguente tenore:

[I]n tema di risarcimento del danno da fatto illecito, il principio della “*compensatio lucri cum damno*” può trovare applicazione solo nel caso in cui il vantaggio ed il danno siano entrambi conseguenza immediata e diretta del fatto illecito, quali suoi effetti contrapposti, e, quindi, non opera allorché l'assicurato contro gli infortuni riceva dall'assicuratore il relativo indennizzo per la lesione patita a causa del fatto illecito del terzo, poiché, in tal caso, siffatta prestazione ripete la sua fonte e la sua ragione giuridica dal contratto di assicurazione e cioè da un titolo diverso ed indipendente dall'illecito stesso, il quale costituisce soltanto la condizione (infortunio) perché questo titolo spieghi la sua efficacia, senza che il correlativo effetto di incremento patrimoniale eventualmente conseguito dall'infortunato possa incidere sul “*quantum*” del risarcimento dovuto dal danneggiante.

Così Cass. civ., 23 dicembre 2003, n. 19766, in *Arch. circolaz.*, 2004, 496; Cass. civ., 10 febbraio 1999, n. 1135, in *Rep. Foro it.*, 2000, voce *Danni civili*, n. 26; e *in extenso* in *Ass.*, 2000, II, 2, 12, con nota di M. ROSSETTI; Cass. civ., 15 aprile 1993, n. 4475, in *Leggi d'Italia*, non massimata in tal senso, ma recante la massima in motivazione.

guere il suo credito contrattuale con l'assicurato, con la conseguenza di poter esercitare per surrogazione il credito risarcitorio nei confronti del responsabile¹¹⁵.

Un'indifferenza spiegata insistendo sulla perfetta simmetria (la sentenza si spinge a parlare di «perfetta identità») fra danno e indennizzo¹¹⁶, il primo giuridicamente determinato da chi ne debba rispondere civilmente, il secondo ripetente causa dalla conclusione di un contratto che si dà – *è sempre questo l'abbrivio (o, se si vuole, l'apriori) di ogni conseguente ragionamento* – in funzione della rimozione di quello stesso danno¹¹⁷.

¹¹⁵ È agevole osservare come questo passaggio di Cass. civ. n. 13233/2014 trovi stretti punti di contatto con Cass. civ. n. 15534/2017, laddove in questa ordinanza si afferma che:

[S]e le conseguenze del fatto illecito sono state eliminate dall'intervento d'un assicuratore (privato o sociale che sia), ovvero da un qualsiasi ente pubblico o privato, il pagamento da tale soggetto compiuto, se ha avuto per effetto o per scopo quello di eliminare le conseguenze dannose, andrà sempre detratto dal credito risarcitorio, a nulla rilevando né che l'ente pagatore non abbia diritto alla surrogazione, né che, avendolo, vi abbia rinunciato. La detrazione dell'*aliunde perceptum* è infatti necessaria per la corretta stima del danno, non per evitare al danneggiante un doppio pagamento.

¹¹⁶ Esamina la distinzione concettuale fra danno e indennizzo nell'ottica della rimozione del danno perseguita dalla r.c., P. PERLINGIERI, *La responsabilità civile fra indennizzo e risarcimento*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, 1079.

¹¹⁷ E così si evocano:

- (1) la possibilità di ritenere che il pagamento del premio sia dovuto in funzione del trasferimento del rischio e non del pagamento dell'indennizzo, con l'effetto di rintuzzare la critica di chi a fronte dell'operare della *clcd* in tal caso potrebbe osservare che il pagamento del premio da parte del contraente si connoterebbe di tratti indebiti perché privo di causa;
- (2) l'argomento *ad absurdum* sotteso al rilievo che, se così non fosse, l'assicurazione contro gli infortuni si tramuterebbe in una scommessa.

Tali argomenti evocano, però, altri argomenti:

- (1) inquadrare il problema della causa dell'attribuzione beneficiale derivante dal contratto assicurativo in questione implica accettare l'idea che chi acquista questa copertura assicurativa miri ad acquistare uno stato di relativa neutralizzazione del rischio connesso all'infortunio non mortale senza poter conoscere (e senza comunque avere interesse a conoscere) la causa che potrebbe determinarne la reificazione. Che potrebbe avvenire, come già si è avuto modo di osservare, per un atto incautamente

Ora, ciò potrebbe anche essere vero, ma solo nella misura in cui risulti che l'indennizzo si renda esigibile a causa dell'insorgere di un'invalidità di cui qualcuno debba rispondere civilmente.

Il dispositivo di commisurazione della salute compromessa legato alle tabelle di Milano potrebbe giustificarsi concettualmente, infatti, solo nella misura in cui l'evento disgrazia, che fa da sfondo all'esigibilità del diritto all'indennità previsto dal contratto, faccia sorgere nell'assicurato anche un credito risarcitorio, mentre, per le ragioni già viste, si giustifica assai meno (per non dire che non si giustifica, punto) quando sia destinato a operare con riferimento a un indennizzo liberamente contrattato con l'assicuratore, destinato a restare insensibile a una vera e propria funzionalità risarcitoria, che – appunto – si darebbe solo nella misura in cui l'indennizzo venga a coincidere, in punto di fatto, con l'oggetto di un'obbligazione risarcitoria nascente dalle particolari modalità (attribuibili a un terzo chiamato a rispondere di questa obbligazione) attraverso cui il rischio assicurativo abbia modo di reificarsi giuridicamente in un danno risarcibile.

Ma questo non accade quando il diritto all'indennizzo sorge per il verificarsi di una fatalità invalidante, che, nel suo fattuale prospettarsi, sia tale da impedire che l'indennizzo possa assumere le vesti di una risposta tesa ad assorbire il verificarsi di un «danno» inteso in senso tec-

autolesivo dell'assicurato, per un una causa naturale o per un fatto del terzo. Considerare l'attribuzione patrimoniale discendente da un contratto così congegnato nella struttura genetica dell'obbligazione risarcitoria di cui l'assicurato possa solo eventualmente scoprire di essere reso titolare dall'illecito del terzo, significa assumere che l'indennizzo presupponga – contro la realtà del rischio contro il quale l'assicurato mira a premunirsi – che l'infortunio debba sempre derivare dall'illecito di un terzo, mentre questa circostanza è solo eventuale, e statisticamente residuale, se si guarda al tipo di rischio che il contratto intende assicurare quando detto rischio si prospetta nella sua indeterminatezza causale nelle valutazioni dei paciscenti e negli interessi che muovono le parti a contrarre;

- (2) l'assicurazione contro gli infortuni non mortali, ove le parti concordino nel dismettere l'operatività dell'art. 1916 c.c., non è mai una scommessa, ma un contratto innervato dalla logica previdenziale da cui promana la volontà di premunirsi contro il verificarsi di eventi attinenti alla vita umana che non conoscono – e non possono conoscere – una predeterminazione idonea a distinguerli per classi di eventi descritti in modo tale da poter prospetticamente apparire frutto di serie causali differenziabili.

nico-giuridico, associabile a un fatto doloso o colposo che cagiona ad *altri* un danno ingiusto o al mancato o inesatto adempimento di una preesistente obbligazione (dovuta ovviamente da un debitore diverso dal creditore danneggiato)¹¹⁸.

Ma la sentenza non si confronta con questi problemi e prosegue, sancendo con piglio assertivo che questa simmetria è giuridica e si realizza *ex se*, quante volte uno dei due obbligati (l'assicuratore o il responsabile) estingua col pagamento il debito (rispettivamente, contrattuale o risarcitorio) assunto, per effetto di titoli diversi, nei confronti del danneggiato.

Pertanto essa prescinde dalle vicende concrete della surrogazione.

Per esempio, resta indifferente alla necessità di attendere il compimento di un atto ricettizio attraverso il quale l'assicuratore assolva l'onere di manifestare al debitore la volontà di dare effettività alla surrogazione (per far sì che solo a seguito di questa manifestazione si perfezioni la successione a titolo particolare legata al pagamento dell'indennizzo)¹¹⁹, e persino alla circostanza che assicuratore e contraente

¹¹⁸ Il che vale quanto dire che, nel contratto di assicurazione contro le disgrazie accidentali, l'effettiva rispondenza della causa del contratto al principio indennitario si darebbe solo al ricorrere di una disgrazia che, in esito a un giudizio di responsabilità, mostri di essere effettivamente imputabile a un soggetto terzo rispetto al contratto. In tutti gli altri casi, quando il fatto generatore della disgrazia mostri di non rispondere a questo requisito, non si darebbero le condizioni per ritenere che la causa del contratto presti coerenza alla logica indennitaria, anche perché in tal caso di surrogazione non si avrebbe a parlare. Il che conferma che affermare la perfetta identità fra danno e indennizzo appare un dato non rispondente alla realtà nella quale prende corpo l'operazione economica che le parti realizzano quando concludono il contratto in questione.

¹¹⁹ Questa preoccupazione è sempre stata coltivata in giurisprudenza, sancendo la necessità che, per perfezionare la surrogazione e sancire la perdita del diritto al risarcimento in capo all'assicurato, non basti il fatto oggettivo del pagamento dell'indennità, ma debba ricorrere anche l'avvenuta comunicazione al terzo da parte dell'assicuratore della propria volontà di esercitare la surrogazione. Nella giurisprudenza di legittimità, manifestazioni della regola ancor recenti sono in Cass. civ., 6 dicembre 2004, n. 22883, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce *Assicurazione (contratto)*, n. 126; Cass. civ., 23 febbraio 2004, n. 3544, in *Arch. circolaz.*, 2004, 756; Cass. civ., 19 agosto 2003, n. 12101, in *Giust. civ.*, 2004, I, 1549. In dottrina, qualificando la soluzione «incontrastabilmente affermata (da decenni)», con ulteriori riferimenti alla giurisprudenza di legittimità che la pratica (e alla dottrina maggioritaria che l'appoggia), A. LA TORRE, *Le assicurazioni*,

abbiano originariamente pattuito di escludere gli effetti del quarto comma dell'art. 1916 c.c. dal proprio programma contrattuale¹²⁰.

Non ci si cura così del fatto che è proprio la possibilità che ciò accada a spiegare la ragionevolezza della soluzione che vede perfezionarsi la surrogazione legale prevista dalla norma non all'atto del mero pagamento, ma con il meccanismo della comunicazione già descritto¹²¹, il cui senso non risponde ad argomenti giocati sul filo dell'interpretazione letterale o analogica¹²², ma all'esigenza di istituire, sul piano dell'effettività, un utile e necessario (per non dire: insostituibile) coordinamento informativo nello schema soggettivo entro cui prende corpo la surrogazione assicurativa¹²³.

cit., 227 ss.; G. FANELLI, voce *Assicurazione contro i danni*, in *Enc. giur. Treccani*, III, Roma, 1988, 21; A. GENOVESE, *Il fondamento razionale della surroga dell'assicuratore*, in AA.VV., *Studi in onore di Francesco Santoro-Passarelli*, III, Napoli, 1972, 561; S. SOTGIA, *Valore ed effetti della notificazione dell'assicuratore al responsabile del danno di voler esercitare a suo tempo il diritto di surroga secondo l'art. 1916, cod. civ.*, in *Assicuraz.*, 1960, I, 208; A. TORRENTE, *Ancora in tema di surrogazione*, cit.; G. ANDREOLI, *Note in tema di surrogazione*, cit.; S. SATTA, *Legittimazione ad agire dell'assicurato*, cit.

¹²⁰ Come rileva, fra gli altri, M. IRRERA, *L'assicurazione: l'impresa e il contratto*, in *Trattato di diritto commerciale diretto da Cottino*, X, Padova, 2011, 462, «le polizze infortuni prevedono generalmente la rinuncia dell'assicuratore ad avvalersi del diritto di surrogazione», con la conseguenza che «in tali casi l'assicurato potrà altresì agire autonomamente – e a proprio vantaggio – nei confronti del responsabile dell'infortunio».

¹²¹ Si spiega anche alla luce di questo meccanismo l'affermazione di Cass. civ., 17 maggio 2007, n. 11457, in *Rep. Foro it.*, 2007, voce *Assicurazione (contratto)*, n. 188, che in tema di prescrizione ha rilevato che (corsivo aggiunto):

deve ritenersi che l'inerzia del danneggiato, protrattasi fino alla scadenza del termine prescrizionale, può essere fatta valere dal terzo responsabile, nei confronti dell'assicuratore in surrogazione, quale causa estintiva del diritto, *solo se tale scadenza sia anteriore all'esercizio della surrogazione*, mentre, in caso contrario, essendosi la titolarità del credito trasferita in capo all'assicuratore prima della maturazione della prescrizione, *e valendo la menzionata comunicazione, altresì, quale atto interruttivo*, l'estinzione per prescrizione del credito trasferito può discendere esclusivamente da successiva inattività dell'assicuratore medesimo.

¹²² Su questi argomenti, manifestandosi a favore dell'automaticità degli effetti della surroga, G. SCALFI, *I contratti di assicurazione. L'assicurazione danni*, cit., 247-248.

¹²³ Nell'inerzia del creditore surrogato (sia essa conseguente a trascuratezza o a consapevole calcolo in merito alla realizzabilità processuale della pretesa nei confronti del debitore), l'automaticità della surroga rischia di tradursi in un vantaggio per il terzo

Tutto ciò finisce per attribuire a questa norma una chiara patente d'inderogabilità, che il giudice potrà rilevare d'ufficio.

Un'inderogabilità che si lega alla convinzione che il principio indennitario, messo in asse con il principio della riparazione integrale del danno (letto in una inedita chiave limitativa che non gli è mai stata consueta nel dibattito che negli ultimi lustri ha visto parte della dottrina portare sugli scudi questo principio), incomba sul tavolo delle trattative fra assicuratore e contraente di una polizza infortuni, forte dalla possibilità di vincere ogni diversa determinazione delle parti, con l'attivazione degli effetti caducatori tipicamente associati a un principio che la sentenza non esita ad associare esplicitamente all'ordine pubblico¹²⁴.

Il colpo di grazia alle velleità di quanti, per resistere alla conformazione indennitaria impressa all'art. 1223 c.c. mercé l'art. 1916 c.c., confidino di poter apprestare un'estrema difesa di ciò che sta alla base del dispositivo della *clcd*, ossia la necessità che il problema sia risolto tenendo in debita considerazione la causa posseduta dall'attribuzione beneficiale, Cass. civ. n. 13233/2014 si propone di assestarlo con un colpo ad effetto: un balzo nel passato, decontestualizzato quanto basta per dispiegare un effetto retoricamente confermativo.

Si richiama così una sentenza risalente al 1910 che il lettore di questo studio ha già incontrato¹²⁵, ove il senso di equità e giustizia interpel-

responsabile del danno inferto all'assicurato, il quale, a quel punto, saprebbe a chi rivolgere la sua riconoscenza per aver visto assorbite, sul piano della non-effettività, le conseguenze risarcitorie legate al fatto di essere stato considerato solo astrattamente responsabile di un danno, grazie alla fortunata circostanza di aver danneggiato un soggetto che prima di subire l'illecito si era fatto carico di sostenere un sacrificio previdenziale. In questo senso, la necessità della dichiarazione circa la volontà di esercitare la surroga assume i tratti di un correttivo a un'inefficiente allocazione effettiva del diritto. È questa la direzione delle osservazioni critiche rivolte alla sentenza in esame da R. PARDOLESI, *Sovrapposizione di indennizzo e risarcimento*, cit., avvalendosi di consapevolezze comparatistiche mutate dal dibattito statunitense.

¹²⁴ Per un giusto dimensionamento del ruolo che il principio indennitario, legato alle assicurazioni di cose e patrimoni, può svolgere in relazione alle ragioni di ordine pubblico che si ergono a limite delle possibilità negoziali delle parti nel contratto di assicurazione, V. DE LORENZI, cit., 215-19.

¹²⁵ Cass. civ. Torino, 3 marzo 1910, contestualizzata storicamente nel secondo capitolo e criticamente analizzata nel terzo capitolo.

lato dai giudicanti aveva dato parere favorevole al defalco dell'indennizzo di un'assicurazione sulla vita dal danno risentito dai beneficiari in esito alla morte del proprio congiunto.

Ma, così facendo, si omette di considerare che, ancor prima di quel lontano precedente sotto la Mole, quando il diritto alla pensione era suscettibile di esser conquistato solo al prezzo di sacrifici, oggetto di trattative individuali, sperimentando meccanismi mutualistici-assicurativi privati, la Cassazione di un'altra capitale del Regno aveva reso un'opinione diametralmente opposta sull'opportunità dello scomputo, osservando fra l'altro:

giacché ciascuno è tenuto a rispondere del proprio per le sue obbligazioni, e non può soddisfarle con il denaro altrui (...) le dette pensioni [erogate alla vedova ed ai figli minori in seguito alla morte del loro congiunto, sono] (...) *il corrispettivo contrattuale dei versamenti fatti dagl'impiegati ferroviari per assicurare l'esistenza a sé, ed ai suoi*¹²⁶.

«Assicurare l'esistenza a sé e ai suoi»: che sia proprio questa, più di 130 anni dopo, la frase che ancora oggi riesce meglio a sintetizzare il senso più concreto e profondo dell'assicurazione contro le disgrazie accidentali invalidanti che l'interprete dovrebbe predisporre ad assecondare?

9. Le conseguenze pratiche dell'assoggettamento dell'assicurazione infortuni al principio indennitario

Insomma, l'ossessione indennitaria coltivata dalla S.C. giunge a conclusioni coerenti con la premessa da cui la trama argomentativa di Cass. 13233/2014 aveva preso le mosse. Ma i dubbi già diffusamente evidenziati, che si legano a quella premessa, restano intatti e, anzi, risultano inspessiti.

¹²⁶ Cass. civ. Firenze, 17 gennaio 1884, *S.F.A.I.-Cozza*, cit. E chissà se questa sentenza ebbe un ruolo nel propiziare l'emanazione del primo intervento normativo teso a favorire la mutualità volontaria dei prestatori d'opera, ovvero la l. 15 aprile 1886, n. 3818.

Soggiacendo al potere conformativo esercitato dalla Cassazione nel modo che si è esaminato, la nuova «causa blindata» del contratto di assicurazione contro le disgrazie accidentali non mortali è destinata a offrirsi alle valutazioni del mercato, per prospettare (almeno sul lungo periodo)¹²⁷ uno scenario nel quale, al verificarsi della disgrazia accidentale, l'importo dell'indennizzo, prospettato al beneficiario al verificarsi dell'infortunio non mortale, dovrà guardare al tetto monetario rappresentato dalla valutazione tabellare dell'invalidità in uso per il danno non patrimoniale risarcibile alla persona, come a un limite aritmetico che mai è concesso valicare.

Il che significa, avendo messo fuori gioco ogni alternativa escogitabile dalla proverbiale creatività negoziale degli assicuratori, consegnare al passato quel modo di intercettare il bisogno di sicurezza che la prassi del settore usava prospettare all'assicurato con chiara e seducente semplicità, ancorando il meccanismo di computo dell'indennizzo a un multiplo della retribuzione annua dell'assicurato nell'ipotesi dell'invalidità totale, riducibile in funzione del grado d'invalidità effettivamente riportata dall'assicurato nelle invalidità via via meno gravi.

La «livella» tabellare di Milano, col suo portato di valutazioni conformative di rango costituzionale, applicate in ragione del fatto che questo meccanismo nasce e si sviluppa per assecondare un dispositivo risarcitorio, si accinge così a renderci tutti uguali nel momento della scelta sul se dotarsi del dispositivo indennitario, senza concedere più spazio alla libera e idiosincratia capacità di ciascuno di investire preventivamente sul proprio welfare personale per fronteggiare gli scenari

¹²⁷ Sul breve periodo si vedano invece le complesse simulazioni sviscerate da R. PARDOLESI, P. SANTORO, *Indennizzo e risarcimento*, cit., spec. 1013-1019, nello scenario, innescato dall'ovvia constatazione che il deposito di una sentenza di legittimità impatta sempre rapporti giuridici configurati prima di quel deposito, che vede le tecniche di computo dell'indennizzo nell'assicurazione infortuni non mortali differire da sempre da quelle in uso nel settore r.c. Gli Autori, per inciso, non omettono di paventare (*ivi*, 1015) l'eventualità che i protagonisti del mercato reputino conveniente restare insensibili alla rivoluzione innescata dall'adozione della logica accolta da Cass. civ. n. 13533/2014, anche se, proprio la complessità dell'analisi condotta dagli stessi Autori sugli scenari dischiusi da questa sentenza, lascia vaticinare un'impennata dei costi transattivi legati all'aumento del contenzioso che una scelta conservativa di tal fatta parrebbe idonea a propiziare.

di bisogno soggettivamente dischiusi dall'eventualità di incorrere in una disgrazia invalidante.

Per i cultori del marketing assicurativo le ricadute, a questo punto, minacciano di essere cupe e assai poco desiderabili.

Per un verso ci si affretterà a (tentare di) limitare i danni, immaginando polizze volte ad allettare comunque i potenziali acquirenti, con la lusinga di parametrare il meccanismo di ponderazione dell'indennizzo alla misura massima di personalizzazione prevista delle tabelle milanesi. Per altro verso, si può essere facili profeti (di sventura, saranno pronti a aggiungere i suddetti cultori), immaginando che – data la volontarietà del welfare privato acquistabile con le polizze infortuni – una platea consistente della clientela potenziale, e certamente il nucleo più propenso all'investimento «profondo» in questo ramo assicurativo, sia composto da assicurandi potenziali avviati a maturità inoltrata e abituati a un tenore di vita di buon livello.

Perspective customers entrati in quella stagione della vita – per intenderci – che, nell'*ageing Italy* contemporanea permette, con un brutto anglicismo cui gli uomini del marketing ricorrono insistentemente, di «targetizzare» un cliente ideale che, dopo aver faticosamente raggiunto un soddisfacente livello di solidità economica, s'interroga sull'opportunità di investire le risorse necessarie a sostenere il costo del suo welfare privato *post* invalidità, perché appartiene alla vita delle persone, prima che a quella del diritto, perpetuare il memento «che siamo sotto al cielo», in uno con la diffusa consapevolezza che «quando la vita cambia verso, i soldi non bastano mai».

Se le cose stanno così, la livella approntata dalla Cassazione sortirà un chiarissimo *chilling effect* quando, prima di apporre le proprie firme sul regolamento di polizza, il potenziale cliente dovrà essere reso edotto dal suo interlocutore contrattuale che il dispositivo di calcolo dell'indennizzo acquistabile con tutte quelle firme costringe a veder decrescere le risorse che il proprio atto negoziale – comunque istigato da sensibilità e motivazioni previdenziali – potrà garantirgli, al verificarsi dell'evento infausto, perché necessariamente decrescente è l'andamento

dei coefficienti tabellari di qualsiasi tabella concepita per risarcire un «danno/indennizzo» alla persona¹²⁸.

Quanto dire, in soldoni, che l'importo di poco più di 1,5 milioni di euro che, con la massima personalizzazione ammessa, spetterebbe come tetto massimo a un neonato colpito da un annichilente 100% d'invalidità, stando alle più aggiornate quotazioni delle tabelle di Milano, si abbatterebbe di un terzo, attestandosi sotto il tetto invalicabile di poco più di un milione di euro, se il benestante nonno sessantenne, invece di essere avverso ai rischi suscettibili di minacciare la vita tutta da compiersi del nipotino, decidesse di cautelare, nel cammino di vita che attende d'essere ancora percorso, l'integrità della propria persona o di quella del proprio partner (si usa consapevolmente una locuzione neutra sul piano del gender) di età matura¹²⁹.

E che dire della demograficamente crescente schiera di single in anni non più verdi, i quali, proprio perché privi di famiglia e nipotini, hanno prospetticamente e sociologicamente qualche motivo in più per

¹²⁸ Così riflettendo, non si fatica a toccare con mano come la soluzione avallata dalla Cassazione tenda a espungere la funzione previdenziale dall'orizzonte delle scelte di un potenziale cliente del ramo infortuni, il quale sarà indotto a dirottare le sue risorse su altre forme indirette di previdenza/welfare, caratterizzate, però, dal fatto di non potersi collegare giuridicamente all'eventualità che un evento improvviso (e non legato all'insorgenza di un processo patologico) possa segnare la vita umana, attenendo a essa per stravolgerla in modo a volte ancor più penoso – e di certo più costoso – dell'evento che alla vita pone fine (ogni assonanza terminologica di questo fraseggio con la lettera dell'art. 1882 c.c. non è punto casuale); e si vedano nello stesso senso i rilievi di L. LOCATELLI, *Assicurazione contro gli infortuni non mortali*, cit., 1899, nonché le osservazioni di sostanza – precedenti alla definizione del codice del 1942, ma tuttora capaci di rivelarsi persuasive – formulate da A.C. JEMOLO, *Assicurazioni sui danni e assicurazioni sulla vita*, in *Giur. it.*, 1936, I, 2, 374. Tale situazione, per converso e con buona pace degli operatori del mercato assicurativo, potrebbe anche essere letta come il prodotto di una misura destinata a contribuire a fronteggiare, sul lungo periodo, l'attuale crisi del mercato immobiliare.

¹²⁹ Per esempio, ciò può avvenire per la volontà di cautelarsi – fra gli infiniti scenari fattuali di un rischio che, quando propone un'assicurazione *first party*, l'assicuratore può limitare descrivendo in estremo dettaglio le ipotesi di esclusione dalla copertura – dall'eventualità di rimanere quadriplegico dopo una rovinosa caduta dovuta alla disattenzione di un attimo, occorsa nel coltivare la propria passione per la bicicletta, lo sci o le escursioni in montagna (le esemplificazioni, ovviamente, potrebbero essere infinite).

pensare di premunirsi con formule di welfare privato per il caso dell'insorgere di una propria accidentale invalidità?

Domande che si rifrangono nell'orizzonte europeo nel quale oggi si sviluppa il mercato assicurativo¹³⁰, il quale offre all'italiano previdente la possibilità di individuare gli strumenti negoziali più adatti per interpretare il proprio bisogno di sicurezza, salvo scoprire che una polizza infortuni conclusa in Germania o in altri paesi membri, ove le regole nazionali non vincolano l'assicurazione infortuni alle conseguenze del principio indennitario, dovrà comunque fare i conti con la responsabilità civile italiana, qualora l'incontro fra il *collateral benefit* assicurativo e il danno risarcibile venga amministrato da una corte del nostro paese¹³¹.

È insomma davvero una forzatura, foriera di problemi a cascata dettati dalla tetragona volontà di sterilizzare le duttili virtù dell'autonomia privata, immaginare che l'orizzonte di computo del rischio sotteso alla disgrazia accidentale sia costretto a svilupparsi necessariamente sulle ascisse e le ordinate di una tabella per il risarcimento del danno non patrimoniale alla persona, e non possa restituire senso e attualità assicurativa alla capacità d'incrociare la propensione all'investimento dell'assicurato con la delimitazione della copertura del rischio cesellabile nelle polizze oggetto di proposta negoziale¹³².

¹³⁰ Sulle norme d'interesse generale del paese in cui risiede il contraente, per i contratti dei rami vita, e del paese dove è posto il rischio, per i contratti del ramo danni, le cui disposizioni devono ancora essere rispettate nel gioco della fornitura transfrontaliera di servizi assicurativi, frapponendosi a quella che sarebbe altrimenti la totale liberalizzazione che il mercato assicurativo europeo conoscerebbe per effetto delle varie ondate di direttive che si sono susseguite fino all'attesa direttiva c.d. «unica» 2009/138 CE, M. GAGLIARDI, *Il contratto di assicurazione. Spunti di atipicità ed evoluzione del tipo*, Torino, 2009, 185 ss.

¹³¹ Nel quale vigerebbe una soluzione che porrebbe in splendido isolamento il nostro ordinamento nel panorama comparativo, se è vero che J.G. FLEMING, *Collateral benefits*, in *Int. Enc. Comp. L.*, XI, *Torts* (1986), ch. 11, s. 14, segnala come tradizionalmente la soluzione favorevole al cumulo fra danno e indennizzo nell'assicurazione infortuni sia di pressoché universale applicazione.

¹³² Sulle limitazioni nella prassi, l'analisi, corredata da un'elencazione esemplificativa di tipiche clausole limitative, svolta da M. SANTARONI, cit., 225 ss.

Sullo sfondo, ma non troppo, i non secondari costi transattivi che la soluzione propugnata dalla S.C. rischia di eccitare, soprattutto tenendo conto del rilievo, cui Cass. 13233/2014 non ha potuto sottrarsi, nel concludere la sua parte motiva, che le somme oggetto di surroga assicurativa nell'assicurazione infortuni non mortali – espressione di una caratterizzazione indennitaria legata al valore extrapatrimoniale che la persona assume quando viene danneggiata (e non quando si autoinfligge una perdita, o la subisce a causa dell'imponderabile) – non potranno mai assorbire la componente patrimoniale del danno oggetto del credito risarcitorio vantato dall'assicurato nei confronti di chi debba risponderne civilmente.

Il che nella prassi dei tribunali è destinato a tradursi nel sicuro e routinario radicarsi di giudizi complessi, ove si sperimenterà la congiunta realizzazione processuale di due crediti risarcitori contro il medesimo convenuto.

Il primo – azionato per le somme oggetto della surrogazione determinatasi in capo all'assicuratore all'atto dell'estinzione del debito indennitario dovuto all'assicurato-danneggiato. Il secondo – attivato da quest'ultimo, per recuperare l'eventuale differenziale risarcitorio identificato nel danno non patrimoniale, non soddisfatto dal credito indennitario e, comunque, in ogni caso, per conseguire l'importo del danno patrimoniale cagionato dall'illecito o dall'inadempimento del convenuto responsabile.

In linea teorica si fa presto a isolarsi dalla realtà per dire che il meccanismo della surrogazione rende neutrale per l'assicurato il trasferimento della quota del proprio diritto risarcitorio all'assicuratore dell'infortunio non mortale.

Nei fatti, e contro questa tranquillizzante asserzione, il trasferimento richiederà all'assicuratore *first party* un impegno processuale che sembra destinato a realizzarsi in modo tutt'altro che neutrale, quando sia osservato nel prisma di una valutazione anche solo remotamente avvertita del problema posto dai costi di transazione generati dalla circolazione del danno nella società¹³³.

¹³³ Il riferimento è ancora una volta ai costi terziari di un sistema di r.c. nell'ottica cara a G. CALABRESI, *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico-giuridica*, Milano, 1975, 50-53; e si veda, per un'analisi empirica che mette specifica-

mente a fuoco gli elevati costi di transazione legati all'esercizio della surrogazione o di rivalse da parte dei sistemi nazionali che amministrano prestazioni riconducibili alla sicurezza sociale, M. FAURE, T. HARTLIEF, *Social Security versus Tort Law as Instruments to Compensate Personal Injuries: A Dutch Law and Economics Perspective*, in U. MAGNUS (ed.), *The Impact of Social Security Law on Tort Law*, Wien-New York, 2003, 222, spec. 256 ss.

CAPITOLO QUINTO

IL PRINCIPIO INDENNITARIO NELLE ASSICURAZIONI SOCIALI FRA LEGGE E INTERPRETAZIONE GIURISPRUDENZIALE

SOMMARIO: 1. *L'estensione della logica indennitaria alle assicurazioni sociali passa, dunque, attraverso la compensatio lucri cum damno?* 1.1. *L'eliminazione del «titolo» dalla grammatica applicativa della compensatio lucri cum damno.* 1.2. *La compensatio lucri cum damno nei «silenzi» della nuda causalità.* 2. *La surrogazione dell'ente pensionistico nel diritto risarcitorio del beneficiario della reversibilità.* 3. *Pensione di reversibilità e causa dell'attribuzione patrimoniale.* 4. *La compensatio lucri cum damno asservita alla surrogazione e l'ipostatizzazione del ruolo del c.d. «principio di indifferenza»: perché i conti non tornano.*

1. L'estensione della logica indennitaria alle assicurazioni sociali passa, dunque, attraverso la compensatio lucri cum damno?

Si è giunti, nel capitolo precedente, a verificare in che modo la staffetta intellettualmente instauratasi fra Sez. un., 10 aprile 2002, n. 5119 e Cass. civ., 11 giugno 2014, n. 13233, miri a realizzare l'assoggettamento al principio indennitario dell'assicurazione contro le disgrazie accidentali non mortali.

Con Cass. civ., 13 giugno 2014, n. 13537¹, depositata (verosimilmente non per caso) due giorni dopo la sua «gemella» dell'11 giugno – il cui fondamento motivazionale è stato sostanzialmente riproposto da un estensore diverso in una delle ordinanze di cui alla quaterna della terza sezione del giugno 2017, e precisamente Cass. civ., ord. 22 giugno 2017, n. 15536 – l'operare della valvola indennitaria inserita nel

¹ Leggibile in *Foro it.*, 2014, I, 2470, con osservazioni di R. PARDOLESI, *Erogazione previdenziale e danno patrimoniale da morte del familiare*, e anche commentata da D. CERINI, *Danno e risarcimento: coerenze (e incoerenze) nell'applicazione del principio di compensatio lucri cum damno*, in *Danno e resp.*, 2015, 25.

danno risarcibile muta scenario, trascorrendo dalla dimensione del welfare privato dell'assicurazione infortuni non mortali a quella del welfare collettivo assicurato dal godimento della pensione di reversibilità.

Un passaggio che questa volta consente alla S.C. – che, come visto a suo tempo, aveva solo sfiorato il tema nella prima pronuncia depositata della coppia di «gemelle» – di fare finalmente i conti con la grammatica del latinismo esplorata a fondo nelle sue applicazioni giurisprudenziali nel secondo e terzo capitolo di questo studio.

L'occasione è offerta dalla possibilità di mettere la parola fine a un giudizio protrattosi per ben ventotto anni (di cui ventisei occorsi per i primi due gradi di giudizio!), in una vicenda risarcitoria promossa dai congiunti di una vittima perita in esito a un incidente occorso durante un trasporto urbano, i quali, dopo tanta attesa, ottengono finalmente in sorte di vedersi riconoscere e quantificare l'agognato risarcimento chiesto allo sportello della macchina risarcitoria italiana.

Ma non il danno patrimoniale da perdita della contribuzione reddituale di cui la vedova (che, peraltro, aveva finito per raggiungere il defunto marito nelle more di questo letto di Procuste giudiziario) poteva disporre quando il marito era in vita, perché, conti alla mano, la voce di danno si dissolve in esito al defalco dei benefici percepiti dalla vedova in forma di pensione di reversibilità dopo la morte dell'obbligato al mantenimento, la cui capitalizzazione risulta sopravanzare l'importo del danno di cui si era chiesto di essere risarciti ventotto anni prima².

1.1. L'eliminazione del «titolo» dalla grammatica applicativa della compensatio lucrum cum damno

Saldandosi alle argomentazioni rassegnate in Cass. civ., 11 giugno 2014, n. 13233, Cass. civ., 13 giugno 2014, n. 13537 prosegue idealmente il percorso intrapreso nell'arresto che l'ha di poco preceduto, sferrando questa volta un attacco frontale alla grammatica della *clcd*

² Il che consegue all'applicazione di un principio di diritto, che volgendo al termine, la lunga motivazione di Cass. civ. n. 13537/2014 distilla con toni normativi e non argomentativi: «[D]al risarcimento del danno patrimoniale patito dal familiare di persona deceduta per colpa altrui deve essere detratto il valore capitale della pensione di reversibilità percepita dal superstite in conseguenza della morte del congiunto».

che abbiamo visto sedimentarsi – non senza incertezze applicative – in sessant’anni di applicazioni giurisprudenziali e meditazioni dottrinali in tema di r.c.

A tal fine, pur dando atto di avviare il proprio ripensamento contro un orientamento maggioritario, incline a non applicare il latinismo alla fattispecie, la prima mossa di Cass. civ. n. 13537/2014 consiste nel denunciare l’esistenza di un «contrasto occulto» nella giurisprudenza di legittimità sull’opportunità di «sottrarre dal risarcimento del danno gli emolumenti versati al danneggiato da assicuratori privati o sociali, ovvero da enti di previdenza»³.

Il contrasto, però, non viene rilevato con riferimento allo specifico problema posto dal beneficio della pensione di reversibilità, se è vero che dal 1955 al 2014, fra le decine di sentenze di legittimità reiteranti l’inopportunità di applicare la *clcd* alla reversibilità pensionistica, in ragione della rilevata diversità del titolo fra attribuzione pensionistica e risarcimento del danno patrimoniale futuro da perdita del sostentamento conseguente al decesso del congiunto, non è dato registrare una singola sentenza che non si fosse allineata a tale convincimento⁴.

³ In Cass. civ. n. 15536/2017, cit., l’affermazione circa l’esistenza di contrasti occulti viene invece spostata su un piano più generale, alludendo in senso lato al modo di interpretare la *clcd*, anche se in quel contesto non si prova nemmeno a sostanziare la validità dell’allusione col riferimento a precedenti suscettibili di documentare questo contrasto occulto. Con riferimento allo scomputo della pensione di validità, occorre aggiungere che questa ordinanza avrebbe potuto dismettere il riferimento all’espressione «contrasto occulto», visto che questo contrasto occulto è stato reso in realtà palese dal pregresso deposito di Cass. civ. n. 13537/2014, la sentenza che, in qualche misura, ha autocertificato l’esistenza del contrasto di cui si parla.

⁴ Cass. civ. n. 13537/2014 richiama un nutrito numero di sentenze (tutte citate nel cap. 3.6 di questo studio, cui si rinvia, in particolare *sub* nota 71, ove peraltro anche ulteriori precedenti, non oggetto di richiamo nella sentenza di legittimità in discorso, che nei decenni trascorsi hanno contribuito a rinsaldare il granitico orientamento contrario all’applicazione della *clcd* alla pensione di reversibilità) per riferire l’unitario e tralazio fondamento argomentativo a una misconosciuta sentenza del 1958, di cui viene denunciato il fatto di aver statuito negativamente sul riconoscimento della *clcd*, ma con riferimento a una fattispecie ben diversa da quella della pensione di reversibilità, perché in quel lontano precedente «capostipite» si pretendeva di compensare il danno lamentato da chi aveva perso il proprio congiunto con i benefici giunti a quest’ultimo per l’apertura della successione della vittima dell’illecito. Da qui la motivazione in

Un contrasto siffatto a rigore non esiste (perché chi redige la motivazione lo sta enunciando mentre lo rileva)⁵, e può dichiararsi solo al-

discorso afferma di trarre conferma della natura tralatizia di questo modo di argomentare.

Ora – se è vero che l’etimo del latino *translativum* fu connotato in senso negativo fin dalle sue origini, essendo stato l’aggettivo riferito all’editto d’epoca repubblicana, che in epoca di principato veniva qualificato «*vetus et translativum*», per alludere all’idea di ritenerlo espressione di un uso routinario e formale di una tradizione, come bene puntualizza F. CANCELLI, *La codificazione dell’edictum praetoris. Dogma romanistico*, Milano, 2010, 136 – perché si abbia un’argomentazione capace di tramandarsi formalmente e routinariamente, occorre nondimeno che l’argomentazione di partenza si dia effettivamente nei termini in cui viene evocata da chi ne denuncia l’applicazione tralatizia. Sta di fatto che Cass. civ., 7 febbraio 1958, n. 370, in *Foro it.*, 1958, I, 176-77, con nota di richiami sui profili processuali di cui alla massima, enfaticamente definita «la sentenza capostipite» dell’orientamento contrario all’operare della *clcd*, fu pubblicata per esteso sulla più diffusa rivista giuridica italiana dell’epoca con la seguente massima: «[L]a chiamata in causa d’un terzo, ex art. 107 c.p.c., può essere ordinata dal collegio e non soltanto dal giudice istruttore», senza che, evidentemente, i redattori della rivista avessero colto un motivo valido per tramandare ai posteri il senso di una diversa statuizione raggiunta dalla sentenza nei termini che le sono riferiti da Cass. civ. n. 13537/2014. Stupisce, piuttosto, che nel pur ampio ventaglio di precedenti di legittimità richiamati dalla sentenza in commento, non sia stata invece ritenuta degna di menzione la fondamentale, Cass. civ., 29 luglio 1955, n. 2442, in *Foro it.*, 1955, I, 29, con nota di A. DE CUPIS, *Risarcimento del danno e diritto alla pensione*, già estesamente discussa e contestualizzata nell’analisi storica svolta nel secondo capitolo di questo studio.

⁵ A proposito del fenomeno dei contrasti nella giurisprudenza di legittimità, l’autore di un’originale ricerca su questo momento essenziale nella dinamica del mutamento giurisprudenziale che prende luogo in seno alla nostra corte di nomofilachia segnalava:

[D]a tante, da troppe decisioni della Suprema Corte, tra quelle segnalate nella rassegna che segue, abbiamo ricavato l’impressione che lo scopo dell’estensore non sia tanto quello di affermare qualcosa, quanto di fare sfoggio di virtuosismo giuridico nell’affermazione di quel qualcosa. Virtuosismo che raggiunge livello eccelso nell’affermare qualcosa che contrasti con l’affermazione precedente. Il contrasto quindi funziona per il giudice di Cassazione da nobile palcoscenico dove rappresentare le proprie doti ermeneutiche finalizzate alla supremazia della persuasività.

Così, G. MONETA, *I mutamenti nella giurisprudenza della Cassazione civile*, Padova, 1993, 9.

Sotto questo profilo il contrasto si fa, per chi s’ingegna di rilevarlo nel mare sconfinato dei *decisa* di legittimità, forma e prodotto necessario della «orgogliosa rivendica-

largando scompostamente il campo di monitoraggio a una gamma eterogenea di precedenti nei quali il welfare pubblico o privato ha incrociato l'operare della r.c. con esiti di *clcd*⁶.

Denunciata l'esistenza di un contrasto rilevato quindi in una prospettiva dottrinale, senza riferimento diretto non solo ai fatti di causa,

zione di rappresentare, di fronte alla soluzione contraria, il concretamento del vero», S. CHIARLONI, *Efficacia del precedente giudiziario e tipologie dei contrasti di giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1989, 118, 147.

⁶ A tal fine, fra i *dicta* intervenuti su fattispecie suscettibili di evocare un contrasto con l'orientamento in tema di non applicazione della *clcd* alla pensione di reversibilità, la sentenza in lettura mette assieme:

Cass. civ., 16 novembre 1979, n. 5964, in *Riv. infort. e mal. profess.*, 1980, II, 87 (limitatasi a statuire che quando l'INAIL abbia corrisposto al danneggiato o ai suoi eredi una rendita per l'infortunio sul lavoro subito, costoro possono agire contro il terzo responsabile per il risarcimento del danno, ma solo per l'ulteriore pregiudizio che essi dimostrino di aver subito, mentre per la parte corrispondente alle somme erogate dall'INAIL a titolo di indennità e spese accessorie e per la parte corrispondente al valore capitale della rendita accordata, il responsabile è tenuto nei soli confronti dell'istituto assicuratore, a norma dell'art. 11, T.U. n. 1124/1965, e non più nei confronti del danneggiato, il quale è già stato indennizzato dall'INAIL);

Cass. civ., 15 aprile 1998, n. 3806, in *Arch. circolaz.*, 1998, 775 (limitatasi a statuire che dal danno che il danneggiante deve corrispondere al lavoratore danneggiato va detratta la capitalizzazione della rendita dell'INAIL e non soltanto i ratei già corrisposti, perché per aversi surrogazione è sufficiente la comunicazione di tale volontà dell'istituto, che impedisce al terzo responsabile di opporre all'ente eventuali successivi accordi col danneggiato);

Cass. civ., 24 maggio 1986, n. 3503, in *Rep. Foro it.*, 1986, voce *Infortuni sul lavoro*, n. 238 (limitatasi a statuire che quando il lavoratore agisce contro il datore per il danno conseguente a un infortunio sul lavoro, la detrazione del *quantum debeatur* della rendita già attribuita al lavoratore dall'INAIL va calcolata tenendo conto del meccanismo di rivalutazione previsto dalla legge, aggiornato fino alla data dell'effettiva liquidazione del danno);

cui si aggiungono alcune sentenze esemplificative dell'orientamento che ha ritenuto operante la *clcd* nel caso del risarcimento del danno chiesto allo Stato da vittime del sangue infetto beneficiarie dell'indennizzo di cui alla legge n. 210/1992 (sul cui fondamento ci si è intrattenuti nel capitolo 3, al § 7.2); nonché alcune sentenze espressione del consolidato orientamento che detrae la pensione privilegiata o la pensione di invalidità del pubblico dipendente dal danno alla persona a quest'ultimo risarcibile (sul cui fondamento ci si è largamente intrattenuti nel III capitolo).

ma anche al tipo di fattispecie implicata dal caso⁷, la sentenza passa a elencare i *vulnera* ritenuti idonei a inficiare l'antico e costante orientamento contrario a vedere operare la *clcd* sul beneficio della reversibilità. Giova qui aggiungere che la medesima «sostanza» argomentativa è stata riproposta nel corpo unitario dell'argomentazione fatta propria dalla quaterna di ordinanze del giugno 2017.

Col primo di essi si tenta di associare l'elemento chiave della grammatica della *clcd* – il problema del titolo – a un'esigenza argomentativa legata al convincimento (stabilmente denunciato come erroneo fin dallo studio pilota che, come sappiamo, riportò in «patria» il latinismo nel 1916)⁸ che la *clcd* abbia a che fare con l'istituto della compensazione dei crediti di cui all'art. 1243 c.c.

Evitando accuratamente di parlare di omogeneità del titolo, con la ripetuta allusione alla formula, distillata in onore di una propensione all'arcaismo espressivo e in aperta sfida alla desuetudine linguistica⁹, della «medesimezza della fonte del “lucro” e del “danno”», la sentenza si mostra persuasa che non sia affatto necessario indagare questa «mede-

⁷ Discorrendo dell'universalismo giuridico sotteso a forme di amministrazione della giustizia caratterizzate da una concezione fortemente burocratica e sostanzialmente autoritaria, che consacra un modello piramidale in cui è solo il vertice a «dire il diritto, in modo vincolante per tutti e *once and forever*», si è di recente osservato che:

(...) in questo modo il diritto viene “detto” con formule ad alto grado di astrazione, senza considerare una cosa ovvia, ossia che più si sale verso l'alto nella scala delle astrazioni più si perde di vista il concreto, ossia la realtà. Ne risulta un'immagine parziale, unilaterale e deformata dell'amministrazione della giustizia, quasi che essa si svolga solo al livello delle corti supreme mentre le decisioni delle corti inferiori, e soprattutto quelle dei giudici di prima istanza, ossia proprio quelle che si occupano dell'accertamento dei fatti e dell'applicazione delle norme nei casi particolari, fossero irrilevanti.

Così M. TARUFFO, *Le funzioni della corti supreme fra uniformità e giustizia*, in G. GITTI, F. DELFINI, D. MAFFEIS (a cura di), *Studi in onore di Giorgio De Nova*, IV, Milano, 2015, 2911, spec. 2923.

⁸ F. LEONE, *Compensatio*, cit.

⁹ Salvo che la scelta del significante attinga, più o meno consapevolmente, al significato ricoeuriano, specialistico e recente, di una *mémetè* intesa come «teoria narrativa della costruzione del sé», P. RICOEUR, *Il sé come un altro*, 1993, Milano (ed. or. *Soi-même comme un autre*, Paris, 1990), 293.

simezza»¹⁰, essendo sufficiente verificare l'opportunità di procedere allo scomputo alla luce di un *puro* criterio di causalità.

A conforto di questa convinzione si richiamano alcune norme codicistiche nelle quali si ritiene possano darsi tracce sparse di una visione sistematica che sarebbe stata fatta propria dal codice civile, tendente ad ammettere lo scomputo fra danni e benefici non aventi genetica «medesimezza di fonte».

Le norme codicistiche nelle quali sarebbe dato rinvenire testimonianza del rilievo attribuito al lucro nell'operare la quantificazione del danno anche in difetto di omogeneità del titolo sarebbero numerose.

L'art. 1149 c.c., perché il possessore restituisce i frutti indebitamente percepiti, sottraendo dal loro valore le spese sostenute per produrli.

L'art. 1479 c.c., perché in caso di vendita di cosa altrui il venditore è tenuto a restituire il prezzo pagato dall'acquirente, anche se la cosa abbia perso valore, potendo però scomputare l'utile che il compratore abbia ricavato, se la perdita di valore deriva da fatto di quest'ultimo.

L'art. 1592 c.c., perché, anche se il locatore non ha previamente prestato consenso alle migliorie, il conduttore che abbia apportato miglioramenti alla cosa locata può compensarne il valore con i deterioramenti della cosa locata non ascrivibili a propria colpa grave.

Il comma 1-*bis* dell'art. 1 della l. 14 gennaio 1994, n. 20 (come aggiunto dall'art. 3 del d.l. 23 ottobre 1996, n. 543, e modificato dall'art. 30-*quater* della l. 3 agosto 2009, n. 102), in tema di accertamento del danno erariale nei giudizi promossi dalla Corte dei conti, perché vi si legge che

nel giudizio di responsabilità, fermo restando il potere di riduzione, deve tenersi conto dei vantaggi comunque conseguiti dall'amministrazione di appartenenza, o da altra amministrazione, o dalla comunità amministrata in relazione al comportamento degli amministratori o dei di-

¹⁰ Esplicita in tal senso Cass. civ. n. 13537/2014:

“Lucro” e “danno”, pertanto, non vanno concepiti come un credito ed un debito autonomi per genesi e contenuto, rispetto ai quali si debba indagare soltanto se sussista la medesimezza della fonte. Del c.d. “lucro” derivante dal fatto illecito occorre invece stabilire unicamente se costituisca o meno una conseguenza immediata e diretta del fatto illecito ai sensi dell'art. 1223 c.c.

pendenti pubblici soggetti al giudizio di responsabilità giudizio di responsabilità del danno.

Tuttavia, più che alla visione sistematica individuata da Cass. civ. n. 13537/2014, le ipotesi appena ricordate sembrano, per la verità, obbedire ad altri principi generali del codice stesso.

Quelle relative all'art. 1149 c.c. e all'art. 1592 c.c. all'indebito arricchimento¹¹, non diversamente dall'ipotesi dell'art. 1479 c.c.

Un discorso a parte merita la novella che nei giudizi promossi dalla Corte dei conti sensibilizza l'*enforcement* dei diritti erariali all'eventualità che col proprio comportamento illecito il dipendente abbia procurato vantaggi all'amministrazione.

Si rileva che la norma è stata concepita, in deroga ai principi generali del danno civilistico, con

l'intento di predisporre, nei confronti degli amministratori e dei dipendenti pubblici, un assetto normativo in cui il timore delle responsabilità non esponga all'eventualità di rallentamenti ed inerzie nello svolgimento dell'attività amministrativa¹².

Sembra assai difficile ricavare conferma di un principio generale da una normativa recente e peraltro ispirata a una logica settoriale, qual è

¹¹ Così, per esempio, A. ALBANESE, *I miglioramenti nel codice civile*, in *Contratto impr.*, 2003, 910; e *amplius* ID., *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, Padova, 2005, 84 ss. E vedi già chi, osservando che

[S]e l'articolo 1592 c. 1 cod. civ. non esistesse, il conduttore avrebbe contro il locatore non un'azione contrattuale, bensì un'azione per arricchimento senza causa: la funzione dell'art. 1592 c. 1 cod. civ., il quale esclude l'esperibilità di tale azione, è evidentemente quella di tutelare il locatore contro la "imposizione", da parte del conduttore, di una responsabilità per arricchimento

(P. TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, Milano, 1962, 14), indirettamente offre conferma del fatto che la previsione di cui al secondo comma della norma in discorso non è altro che una specificazione applicativa della *ratio* dalla norma generale dell'art. 2041 c.c.

¹² Così, in un più generale giudizio consuntivo critico sugli effetti prodotti dalla riforma del giudizio di responsabilità innanzi alla magistratura contabile, S. BATTINI, *Responsabilità e responsabilizzazione dei funzionari e dipendenti pubblici*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2015, 53, spec. 61.

quella appena evocata, tanto più se si riflette sul fatto che prima di questa novella i giudici dell'amministrazione contabile apparivano riottosi a concedere la *clcd* di fronte all'eccezione spiegata dal pubblico dipendente (da cui, appunto, l'intervento del legislatore del 1996, che, altrimenti, non avrebbe avuto motivo di darsi).

Le conferme sistematiche all'inopportunità di guardare il trasferimento di ricchezza che giunge nel patrimonio del danneggiato, alla luce del «titolo» che esso esibisce, per stabilire l'operatività di una *clcd* puramente causale sembrano, dunque, rendersi evanescenti¹³.

L'attacco mosso alla necessità di riscontrare l'identità del titolo per vedere operare la *clcd* raggiunge il suo apice col secondo *vulnus* che Cass. civ. n. 13537/2014 riferisce all'orientamento tradizionale.

L'ipotizzata aporia è illustrata compiendo un assertivo *excursus* storico nel quale, dopo aver fatto risalire l'operare della *clcd* in Italia alla fine del XIX secolo (e l'affermazione è spostata ben più addietro nella «quaterna» del giugno 2017, ove ricorre l'affermazione che «l'originario requisito della “medesimezza della condotta” [era] da secoli fondamento della compensatio lucris cum damno»)¹⁴, si rileva come la giurisprudenza abbia progressivamente trasformato, appunto, l'originario requisito della «medesimezza della condotta» (il quale *avrebbe* teso a limitare al mero piano causale l'ambito dell'indagine da compiersi per

¹³ *Adde* ai rilievi critici già formulati nel testo, le considerazioni svolte intorno all'art. 1589 c.c. nel secondo capitolo, testo in corrispondenza della nota 67, nonché l'analisi di queste fattispecie normative, negando risolutamente che da esse si potesse ricavare il fondamento normativo della *clcd*, già svolta nello studio di C. LAZZARA, *Il problema dei vantaggi connessi con il fatto illecito*, cit., spec. 426-428.

¹⁴ L'affermazione è poi seguita da un'altra singolare inferenza, e cioè che «[L]a regola applicata dall'orientamento tradizionale, in definitiva, non è affatto fondata sulla “dottrina tradizionale”, come si pretenderebbe, ma costituisce anzi una deviazione dai principi di quella» (Cass. civ. n. 13537/2014, cit.). In questo passaggio appare evidente come, ancora una volta, si alluda a ciò che viene raffigurato come un antico e risalente lignaggio del «principio *clcd*» (che, invece, come abbiamo visto nel primo capitolo in esito all'analisi storica, semplicemente non si dà), per evidenziare una pretesa discontinuità da quel lignaggio delle acquisizioni che la dottrina e la giurisprudenza di legittimità hanno decifrato e applicato non appena il «latinismo di ritorno» cominciò ad essere applicato nel diritto italiano, ovvero, come abbiamo visto nel capitolo III, a cavallo fra le due guerre.

applicare la *clcd*) in un parametro teso a verificare la «medesimezza del fatto», per poi stigmatizzare la circostanza che la dottrina e la giurisprudenza degli anni Cinquanta del secolo scorso abbiano ravvisato la necessità di riscontrare l'identità del titolo fra danno e beneficio da portare in detrazione, finendo così col trasformare metonimicamente (dal particolare della «condotta», al generale del «titolo») il parametro di analisi in discorso¹⁵.

1.2. *La compensatio lucri cum damno nei «silenzi» della nuda causalità*

Regolati storicamente i conti col problema rappresentato dalla necessità di interrogarsi sul titolo (e quindi: sulla giustificazione) delle attribuzioni patrimoniali di segno positivo entrate nel patrimonio del danneggiato in conseguenza dell'evento dannoso, il terzo *vulnus* consente alla argomentazione che ispira il *revirement* di radicare e confinare la soluzione del problema dello scomputo della reversibilità – e, più in generale, visto che l'argomentazione con cui si dialoga è riproposta nella quaterna del giugno 2017, tutta la proiezione applicativa del principio *clcd* – esclusivamente sul terreno del nesso di causalità¹⁶.

¹⁵ Gli auspici della più volte citata quaterna di ordinanze del giugno 2017 sono – da questo punto di vista – chiarissimi (corsivo aggiunto):

[Q]uesto Collegio auspica che i problemi interpretativi ed applicativi sin qui riassunti vadano risolti affermando i seguenti principi: (a) alla vittima d'un fatto illecito spetti il risarcimento del danno esistente nel suo patrimonio al momento della liquidazione; (b) nella stima di questo danno occorre tenere conto dei vantaggi che, prima della liquidazione, siano pervenuti o certamente perverranno alla vittima, a condizione che il vantaggio *possa dirsi causato del fatto illecito, ed abbia per risultato diretto o mediato quello di eliderne le conseguenze*; (c) *per stabilire se il vantaggio sia stato causato dal fatto illecito deve applicarsi la stessa regola di causalità utilizzata per stabilire se il danno sia conseguenza dell'illecito*.

¹⁶ Difettano, però, e mette conto rimarcarlo, i dati per avallare una simile ricostruzione storica. Sull'assenza di precedenti conosciuti nei quali una corte italiana abbia dimostrato di essere consapevole di applicare un principio noto come *clcd* non solo nel XIX secolo, ma anche nei primi decenni del secolo successivo, ci si è diffusamente soffermati nel secondo capitolo. Lo stesso può dirsi per la prolungata dinamica temporale che fra il secondo decennio del XX secolo e l'immediato dopoguerra accompagnò

Un terreno ove, specie in sede civile, il mobile e intellettualmente tribolato tecnicismo delle formule causali, facendo velo a una considerazione esplicita delle funzioni della responsabilità, spesso «istituita» associando la decisione raggiunta per dirimere il caso alla scelta di tali formule¹⁷, appare da sempre lo strumento ideale per mettere in sordina le motivazioni sostanziali che si danno quando si compie la scelta di privilegiare una soluzione ispirata alla teoria condizionalistica, in luogo di una soluzione guidata da un criterio di causalità adeguata (o viceversa)¹⁸.

E così il problema del nesso di causa nella *clcd* viene intessuto e disfatto in funzione del cambio del punto di osservazione. Solo per il diritto pensionistico l'illecito antecedente alla morte sarebbe degradabile a mera occasione della prestazione previdenziale, mentre per la responsabilità civile la pensione si ergerebbe sempre a conseguenza positiva del fatto dannoso cui attribuire giuridica rilevanza, perché per quantificare

le conseguenze pregiudizievoli dell'illecito (...) dal punto di vista economico non può spezzarsi la serie causale, e ritenere che il danno derivi

il graduale insediarsi nell'operatore del diritto italiano della consapevolezza di poter invocare un principio noto come *clcd*.

¹⁷ In tal senso è, ancora una volta, chiarissima l'impostazione critica seguita da P. TRIMARCHI, *Causalità e danno*, cit., 32-43 e 157 ss., ripresa da M. BARCELLONA, *Inattuazione dello scambio*, cit., il quale, a proposito delle formule causali, osserva (*ivi*, 16):

nonostante il carattere apparentemente analitico, con cui le formule di questo tipo vengono solitamente presentate, le indicazioni operative che se ne possono ricavare sono nella sostanza molto scarse. (...) [U]tilizzando le medesime formule e i medesimi criteri, uno stesso pregiudizio può essere presentato attraverso un'adeguata ricostruzione (cioè scegliendo opportunamente le circostanze da omettere e quelle da evidenziare) come "prevedibile" o "imprevedibile" a seconda che si ritenga debba essere risarcito o debba piuttosto restare a carico del creditore.

¹⁸ In tema, volendo, U. IZZO, *Storie di (stra)ordinaria causalità: rischio prevenibile ed accertamento della causalità giuridica in materia di responsabilità extracontrattuali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, 49.

dall'illecito e l'incremento patrimoniale no: per la semplice ragione che, senza il primo, non vi sarebbe stato il secondo¹⁹.

In via generale, affidare il problema di stabilire l'applicabilità di un «effetto *clcd*» alla fragile duttilità argomentativa del puro discorso causale, quand'anche si tentasse di guidarlo alla luce di riferimenti impliciti alla proverbiale capacità della «teoria dello scopo della norma violata» di immettere indici normativamente predeterminati nell'indagine sul nesso di causalità, appare un'operazione rischiosa per lo spazio di arbitrarietà decisionale che una scelta di tal fatta generalmente conferisce all'interprete.

Così ragionando, non sarebbe in effetti precluso predisporre a giustificare essenzialmente nei termini di un ragionamento causale (che faccia, però, leva su una valutazione approdante a ritenere che il beneficio non appare una conseguenza «immediata e diretta» dell'inadempimento) la decisione di disapplicare la *clcd* nel risarcire il danno riconoscibile a seguito del ritardato pagamento di una somma dovuta in forza di lodo arbitrale, nel computare il quale non sia ammesso in defalco l'importo degli interessi passivi corrisposti a istituti finanziari e portati in detrazione dall'imposta sul reddito del danneggiato²⁰, per poi spiegare questa soluzione in base al rilievo che, in tal caso,

l'eventuale beneficio fiscale è rivolto a favore del contribuente e non già del debitore del risarcimento, trovando il proprio fondamento non già nell'inadempimento, ma in altre considerazioni: per esempio, nuova politica fiscale al fine di incentivare investimenti o consumi, sgravi per soggetti colpiti da calamità naturali, beneficio fiscale all'impresa creditrice in considerazione delle sue operazioni in corso, conseguenze della progressività nell'imposizione fiscale o della sopravvenienza di figli²¹.

Proprio un caso del genere, però, dimostra come affidare esclusivamente al silenzio argomentativo della causalità giuridica il compito di spiegare perché il mancato esborso fiscale del creditore del risarcimento

¹⁹ Così, Cass. civ. n. 13537/2014, cit.

²⁰ Soluzione avallata da Cass. civ., 29 maggio 1990, n. 5045, in *Rep. Foro it.*, 1990, voce *Danni civili*, n. 76.

²¹ Così P. TRIMARCHI, *Il contratto*, cit., 132.

debba restare a lui, senza riflettersi nell'attenuazione del danno dovuto dal debitore del risarcimento, appaia una formula valutativa poco conducente, perché essa appare incapace di allineare gli argomenti ostentatamente impiegati per giungere alla soluzione al motivo reale o al «senso» della soluzione offerta al problema.

Perché, di per sé, il fatto «violazione di un contratto» non offre all'interprete alcun elemento utile per decifrare le ragioni che inducono a ritenere irrilevante sul piano causale la minor spesa fiscale in cui il contraente fedele, creditore del risarcimento, incorre proprio in conseguenza dell'inadempimento.

Anche l'idea di ritenere che le stringenti conseguenze indotte dal seguire un ragionamento in termini di causalità alternativa ipotetica possano essere temperate quando si tratti di calcolare il sottraendo addotto alla quantificazione del danno dal sopravvenire di un beneficio nel patrimonio del danneggiato, con la conseguenza di considerare i benefici solo nella misura in cui si mostrino conseguenza immediata e diretta del danno²², continua a lasciare per molti versi irrisolta, o meglio argomentativamente adespota, la risposta che in tal modo ci si ingegna di offrire al problema.

Le medesime argomentazioni richiamate da Trimarchi per dar senso alla soluzione della Cassazione in tema di irrilevanza causale del mancato esborso fiscale, assumono, invece, una diversa luce valutativa e si vestono di una razionalità decisionale decisamente più stringente ove l'interprete si predisponga ad assegnare un ruolo esplicito a un canone di «giustizia», distinto dal mero apprezzamento causale, che induca esplicitamente a chiedersi perché l'effetto di una norma posta a vantaggio della generalità o di una classe di contribuenti, per una pluralità di finalità non riducibili a un fattore comune – fra cui, per esempio, quello di attuare una forma di solidarietà di respiro costituzionale, come sarebbe nell'ipotesi in cui a venire in rilievo fossero esenzioni fiscali a vantaggio delle popolazioni colpite da eventi sismici – debba tradursi in un vantaggio del tutto casuale ed immeritato, perché risolvendosi in una attribuzione patrimoniale priva di causa, per il convenuto debitore. Seguendo questo modo di ragionare, si avrebbe agio di venire a capo del

²² Così P. TRIMARCHI, *Causalità e danno*, cit., 174.

problema verificando – con una lettura ravvicinata del «titolo» rilevante nel frangente – la circostanza che la causa dell’attribuzione patrimoniale connessa al beneficio è autonoma e non coincide con la finalità di sovrapporsi, *in parte qua*, alla prestazione che il debitore era obbligato ad eseguire per soddisfare l’interesse della sua controparte nel rapporto contrattuale oggetto del lodo arbitrale.

Quanto dire che, nella più parte dei casi, l’indagine sulla finalità del beneficio non è suscettibile di accomodarsi in uno schema di ragionamento contabilmente causale che – da solo – si mostri in grado di istituire un razionale confronto di congruenza fra lo scopo della norma attributiva del beneficio e lo scopo della norma da cui nasce l’obbligo risarcitorio, specie se si considera che applicare il senso di questa teoria importata nel discorso civilistico dall’originario alveo penalistico, altro non può significare che fermare l’attenzione dell’interprete esclusivamente sulla finalità assoluta dal dispositivo giuridico che determina l’effetto risarcitorio, sia esso dovuto in conseguenza dell’inadempimento di un’obbligazione preesistente al danno o per reagire a un danno connotato dal requisito dell’ingiustizia²³.

Il fondamento dell’elemento ulteriore, rispetto al criterio della pura causalità²⁴, è invece da ricercarsi istituendo un rigoroso confronto fra la

²³ In critica al rilievo assorbente che viene attribuito alla causalità nel venire a capo del problema della *clcd* nell’argomentazione fatta propria, da ultimo, dalla quaterna di ordinanze della terza sezione del giugno 2017, rileva come la S.C. mostri di considerare il nesso di causalità rilevante su un mero registro fattuale, in una visione nella quale «il vantaggio viene ricollegato alla condotta lesiva, e non all’effetto di tale condotta», finendo così per «rappresentare la giustificazione formale – e paradossale – del fatto che, il concreto, il verificarsi del vantaggio sia da considerare un merito da riconoscersi al danneggiante», E. BELLISARIO, *Il problema della compensatio lucri cum damno*, 134-35.

²⁴ Il quale – se preso sul serio per risolvere il problema di cui si discute, confinando la soluzione del problema della *clcd* nel semplicistico recinto della causalità materiale – innesca problemi ulteriori su cui volendo ci si può dilungare. Per esempio, si finirebbe per tradire l’esigenza di dar voce all’apportionamento che la causalità dovrebbe poter imprimere anche al beneficio, laddove – esaminando il problema su un puro registro causale – risulti che alla produzione del vantaggio in tal modo ritenuto rilevante per lo scomputo abbiano concorso concause di carattere umano o naturale. Problema con cui le ordinanze della terza sezione rinunciano a confrontarsi, se è vero – come osserva sempre E. BELLISARIO, *Il problema della compensatio lucri cum damno*, 136-37 – che

fonte dell'obbligazione risarcitoria con la fonte del beneficio, in una operazione nella quale si rivela l'opportunità di indagare e portare in piena luce, così facendo, quel significato profondo della «giustizia del beneficio» rimasto fino ad oggi sospeso nella laconicità del riferimento al «titolo» che le corti italiane adoperano da più di sessant'anni, come si è potuto verificare nel secondo capitolo di questo libro, e che si esplorerà in modo più compiuto nel capitolo conclusivo di questa ricerca.

Tornando a Cass. civ. n. 13537/2014 e ai suoi ragionamenti, la chiave di lettura prescelta in questa sentenza per stabilire la riconduzione causale del beneficio pensionistico all'illecito, in un passaggio argomentativo dove merita una sottolineatura l'inciso «da un punto di vista economico» impiegato dalla Corte (col quale, quindi, si marca forse inconsciamente la non corrispondenza a «un punto di vista giuridico» che possa accompagnare l'apprezzamento del danno), asseconda l'obiettivo di far apparire giustificata la necessità di espungere dalla valutazione in tema di *clcd* ogni rilievo associabile al titolo²⁵, l'elemento attraverso il quale all'interprete è concesso di mettere a nudo il senso giuridico dell'attribuzione beneficiale nella sua relazione col danno²⁶.

L'intento dichiarato è cancellare l'opportunità di svolgere in ciascun caso concreto di *clcd* una riflessione interpretativa intorno alla circo-

nelle loro motivazioni unitarie queste ultime giungono ad affermare che in tal caso lo scomputo si dovrebbe dare anche se alla produzione dei vantaggi abbiano «concorso insieme alla condotta umana, altri atti o fatti, ovvero direttamente una previsione di legge», così, infatti, le ordinanze più volte citate.

²⁵ Ma, per i motivi già emersi nel testo, sarebbe preferibile, in luogo del riferimento al «titolo», alludere all'idea di un dispositivo causale, nel senso che identifica la «giusta causa» dell'attribuzione patrimoniale, quella che sul piano sistematico è decifrabile avendo a mente la omologa nozione che non per caso chiude il sistema dei trasferimenti di ricchezza previsti dal diritto privato, che naturalmente si rinviene nell'art. 2041 c.c., su cui per ora, salvo riprendere estesamente il tema nel capitolo conclusivo di questa ricerca, S. SANGIORGI, voce *Giusta causa*, in *Enc. dir.*, XIX, 1970, Milano, 537, 554 s.

²⁶ Già C. LAZZARA, *Il problema*, cit., intuiva che (*ivi*, 448 s., nota omessa)

alla stregua dell'art. 1223 c.c. risulta rilevante non il nesso di causalità tra il vantaggio e l'evento dannoso, bensì il particolare rapporto fra vantaggio e pregiudizio. Si elidono in tal modo le difficoltà relative alla definizione di un criterio di causalità preordinato al collegamento tra evento dannoso e conseguenze favorevoli al danneggiato.

stanza che tale attribuzione si mostri geneticamente connotata dalla finalità di rimuovere le conseguenze prodottesi nel patrimonio del danneggiato per effetto dell'illecito, ovvero che la stessa si riveli espressione di un diverso disegno attributivo-causale (causale, va da sé, non in senso eziologico, ma nella prospettiva della causa dell'attribuzione patrimoniale)²⁷.

E, in dati casi, che possa essere fatta valere in questo segmento di valutazione l'eventualità che il vantaggio ricevuto dal danneggiato appaia – in concreto e non solo per un recital legislativo di stampo formale – necessitato e giustificato dall'attuazione di valori solidaristici di rango costituzionale.

2. La surrogazione dell'ente pensionistico nel diritto risarcitorio del beneficiario della reversibilità

La nuda causalità permette invece di accostarsi alla *clcd* in una meccanica prospettiva algebrico-contabile, e accende i riflettori sul quarto *vulnus*, che non sorprendentemente la sentenza in discorso, ricollegandosi idealmente al ragionamento già svolto in tema di surrogazione assicurativa da Cass. civ. n. 13233/2014, definisce «il più macroscopico ed inaccettabile».

Inaccettabile, in particolare, appare alla Corte la circostanza che l'orientamento consolidato possa negare ogni rilevanza all'operare del meccanismo della surrogazione con riferimento alla prestazione pensionistica erogata dall'INPS a beneficio degli aventi diritto alla reversibilità, quando la prestazione consegua al decesso del titolare della posi-

²⁷ Non sorprende che, avendo dichiarato l'inutilità di operare questa valutazione, Cass. civ. n. 13537/2014 si dolga della disparità che alla luce di un puro registro di causalità si rileva nel trattamento riservato dalla giurisprudenza di legittimità a due fattispecie, definite «concettualmente analoghe» sul piano causale, laddove si osserva che la *clcd* trova pacifica applicazione fra risarcimento e *aliunde perceptum* del lavoratore illegittimamente licenziato, ma non fra risarcimento del danno patrimoniale da morte del congiunto e pensione di reversibilità. La giustificazione di tale diversità di trattamento può, infatti, essere colta solo riflettendo sulla profonda diversità della causa dell'attribuzione benefica nelle due ipotesi, come si è avuto modo di verificare *supra* nel capitolo 3.4.

zione previdenziale per effetto di un fatto di cui un terzo debba rispondere civilmente.

Tale inaccettabilità, tuttavia, si lega a una convinzione che potrebbe darsi solo a seguito di adeguata e approfondita dimostrazione, e cioè che la pensione di reversibilità sia suscettibile di essere considerata, non nel generico alveo delle assicurazioni sociali di cui fa menzione l'art. 1886 c.c., ma nella più specifica categoria delle «assicurazioni contro gli infortuni sul lavoro e contro le disgrazie accidentali», che il quarto comma dell'art. 1916 c.c. menziona espressamente, nello stabilire che solo tali forme assicurative siano assoggettate, almeno di default, alle disposizioni in tema di diritto di surrogazione dell'assicuratore.

Solo se si convenisse che il meccanismo della reversibilità sia, in effetti, pienamente assimilabile all'assicurazione (obbligatoria) contro gli infortuni del lavoro si potrebbe effettivamente invocare l'esigenza che – pur in assenza di un provvedimento della legge speciale che lo stabilisca espressamente – sia consentito all'INPS di far valere in via di surrogazione il diritto risarcitorio originariamente vantato dal beneficiario della reversibilità concessa in esito alla morte del congiunto, ovviamente nei limiti della capitalizzazione del beneficio così erogato. Con la conseguenza, a quel punto, di sancire lo scomputo da *clcd* nell'azione risarcitoria che il beneficiario della pensione intentasse contro il responsabile della morte del proprio congiunto.

Certamente la conclusione non sembra confortabile con l'esile ragionamento nominalistico che Cass. civ. n. 13537/2014 (il medesimo ragionamento è peraltro riproposto in modo ancora più assiomatico nella «quaterna» del giugno 2017) propone, evocando l'art. 1886 c.c., per dedurne sillogisticamente che, allora, il 1916 c.c. deve trovare applicazione a tutte le assicurazioni sociali²⁸.

²⁸ Né, per dare spessore a questo ragionamento, giova richiamare il primo comma dell'art. 42 della l. 4 novembre 2010, n. 183, che disciplina le comunicazioni delle imprese di assicurazione all'INPS. La norma si preoccupa di agevolare il raccordo informativo in base al quale l'INPS esercita la surrogazione nell'assicurazione obbligatoria infortuni, stabilendo che tale raccordo operi a vantaggio dell'ente «nei casi di infermità comportante incapacità lavorativa, derivante da responsabilità di terzi». È, dunque, il legislatore a confermare che la surrogazione (di cui parla l'art. 1916 c.c.) è per le assicurazioni sociali limitata alle assicurazioni contro gli infortuni sul lavoro. Ovviamente

Le norme codicistiche del capo dedicato all'assicurazione si applicano alle assicurazioni sociali in mancanza di leggi speciali, ma solo nella misura in cui una norma specifica contenuta in detto capo, come appunto l'art. 1916 c.c., non identifichi essa stessa a quale tipo specifico di assicurazioni sociali le disposizioni elencate nel capo in discorso debbano trovare applicazione²⁹.

in questa nozione rientrano le prestazioni assicurativo-previdenziali previste dalla vigente disciplina dell'invalidità pensionabile (si veda in particolare l'art. 14 della l. 12 giugno 1984, n. 222), che in dati casi possono essere reversibili, ma che non vanno in alcun modo confuse con le prestazioni integrate dalla reversibilità di cui all'art. 13 del r.d.l. 14 aprile 1939, n. 636.

²⁹ Le difficoltà connesse al tentativo di costruire una nozione di sicurezza sociale giuridicamente definita con caratteri stabili sul piano storico sono già state segnalate nel primo capitolo di questo studio. L'opinione più risalente metteva in evidenza il carattere di sinallagmaticità tra obbligazione contributiva e tutela previdenziale, ove le assicurazioni sociali si caratterizzavano ancora come una specie, contraddistinta dalla obbligatorietà, del *genus* delle assicurazioni private (per l'avvio del superamento di questa visione, per esempio ancora presente in G. ALIBRANDI, *La previdenza sociale nella nuova Costituzione*, in *Dir. lav.*, 1948, 379, si veda V. GUELI, *Il sistema giuridico delle assicurazioni sociali*, in *Trattato di diritto del lavoro diretto da Borsi e Pergolesi*, IV, Padova, 1954, 3 ss.). L'esclusione del carattere di sinallagmaticità della tutela previdenziale, in uno con la piena valorizzazione dei precetti costituzionali, va invece ascritta a M. PERSIANI, *Il sistema giuridico della previdenza sociale*, cit., che, fra i primi, propugnò l'idea che il rapporto posto a base dell'erogazione delle prestazioni previdenziali assuma la natura di un'obbligazione di natura pubblicistica, poggiandosi sul rapporto contributivo di natura fiscale (col fondamentale corollario di teorizzare il principio dell'automaticità della prestazione previdenziale, dovuta anche quando l'obbligazione contributiva non sia stata concretamente corrisposta dal beneficiario). Nell'attuale fase storica, registra l'arretramento di questa visione M. CINELLI, *Jobs Act e dintorni*, cit., 293, laddove

le possibilità concrete per l'interessato di vedersi riconosciuta la prestazione di legge non vengono fatte dipendere da un criterio selettivo astratto, predeterminato e valido per tutta la platea dei potenziali destinatari, come da regola (cioè, a seconda dei casi, sulla base di predeterminati requisiti amministrativi, contributivi, anagrafici, reddituali, ecc.) (...) [ma] vengono condizionate, piuttosto, da un pregiudiziale limite numerico delle erogazioni possibili, o da un plafond finanziario di spesa per quelle medesime erogazioni, contingentemente e discrezionalmente determinati.

Da ultimo, in una ricostruzione di respiro monografico, A.L. FRAIOLI, *Pubblico e privato nelle assicurazioni sociali*, Torino, 2012, 1-80.

Che è esattamente quello che il quarto comma della norma evocata sancisce, menzionando, fra le numerosissime forme di welfare suscettibili di trovare posto sotto la controversa (e storicamente aperta) nozione di «assicurazioni sociali», solo le assicurazioni (obbligatorie) contro gli infortuni sul lavoro³⁰.

Il ragionamento seguito da Cass. civ. n. 13537/2014 non sembra poi molto diverso da quello seguito negli anni Cinquanta dalla giurisprudenza di legittimità, quando ammetteva che l'INAM potesse esercitare il diritto di surrogazione nei confronti degli assistiti che usufruivano di

³⁰ In piena coerenza con questa conclusione si pone, come noto, la l. n. 222/1984, che, disciplinando in modo organico le prestazioni spettanti ai lavoratori dipendenti e a quelli autonomi obbligatoriamente assicurati presso l'INPS in caso d'invalidità e malattia e riconoscendo prestazioni anche a favore dei superstiti, prevede *espressamente* all'art. 14 che, per questa specifica forma di assicurazione obbligatoria contro gli infortuni, l'ente «è surrogato, fino alla concorrenza del loro ammontare, nei diritti dell'assicurato o dei superstiti verso i terzi responsabili e le loro compagnie di assicurazione». Altrettanto coerente a questa interpretazione è l'art. 142 cod. ass. (che, forse non per caso, Cass. civ. n. 13537/2014 non richiama in motivazione), che, riprendendo il previgente art. 28 della l. n. 990/1969, non trova applicazione all'assicurazione privata contro le disgrazie accidentali non mortali (Cass. civ., 27 giugno 1991, n. 7218, in *Arch. circo-laz.*, 1991, 739), trovando applicazione solo alle assicurazioni obbligatorie contro gli infortuni e, quindi, contemplandosi quale norma impiegabile dall'INPS per esercitare la surrogazione *ex* l. n. 222/1984 e dall'INAIL *ex* d.P.R. n. 1124/1965. Questa la massima di Cass. civ., 27 giugno 1991, n. 7218, in *Rep. Foro it.*, 1986, voce *Assicurazione (contratto)*, n. 289:

La società assicuratrice privata che, in virtù di polizza contro gli infortuni, ha corrisposto al suo assicurato-danneggiato a seguito di un incidente stradale, la indennità spettantegli, non ha titolo, né *ex* art. 1916 c.c. né *ex* art. 28, l. 24 dicembre 1969, n. 990, per richiedere all'assicuratore per la responsabilità civile del danneggiante il pagamento, in via surrogatoria e sia pure nei limiti di quella corrisposta indennità, di tutta o di parte della somma spettante alla vittima del sinistro, perché l'assicuratore per la responsabilità civile non rientra tra i «terzi responsabili» dell'evento oggetto della assicurazione ai sensi dell'art. 1916 c.c. e perché l'art. 28, l. n. 990 del 1969 può essere invocato unicamente dagli enti gestori di assicurazioni sociali; conseguentemente l'assicuratore per la responsabilità civile non può eccepire al danneggiato che lo ha convenuto in giudizio per il pagamento del danno che parte del massimale è stato da lui corrisposto a detta società assicuratrice privata a titolo di surrogazione.

prestazioni necessitate dal fatto illecito di un terzo³¹, con l'avallo di chi si professava certo che l'assicurazione obbligatoria contro le malattie identificasse un'assicurazione contro i danni³².

Suscitando condivisibili dubbi in chi già a quel tempo aveva agio di osservare che:

a parte la questione più generale circa l'efficacia e la portata pratica dell'art. 1886 cod. civ., è, per lo meno, molto opinabile che l'art. 1916 cod. civ. abbia inteso comprendere nell'assicurazione contro le disgrazie accidentali quella contro le malattie³³.

A questo punto Cass. civ. n. 13537/2014 s'ingegna di supplire alla mancanza di riferimenti legislativi e si diffonde in un ragionamento, mercé il quale prova a dimostrare che la reversibilità previdenziale generalizzata nel 1939 (e da allora mai oggetto di modifiche legislative, almeno sotto questo specifico profilo) sia *comunque* giustificata – in ultima analisi – dalla volontà di assorbire la perdita patrimoniale che il beneficiario subisce con la morte del proprio congiunto³⁴.

³¹ Per esempio, Cass. civ., 2 marzo 1956, n. 628, in *Foro it.*, 1956, I, 205; Cass. civ., 9 maggio 1956, in *Riv. it. prev. soc.*, 1956, 678.

³² In tal senso, M. OLIVI, *Il diritto verso i terzi responsabili del danno nelle assicurazioni obbligatorie contro le malattie*, in *Riv. it. prev. soc.*, 1957, 533.

³³ Così G. CANNELLA, *L'assicurazione contro le malattie e contro la tubercolosi*, in AA.VV., *Le assicurazioni sociali*³, vol. IV, II, *Trattato di diritto del lavoro diretto da Borsi e Pergolesi*, Padova, 1959, 171.

³⁴ Così testualmente Cass. civ. n. 13537/2014:

(a) la pensione di reversibilità [di cui al] r.d.l. n. 636/1939, ex art. 13, è attribuita all'avente diritto *jure proprio*, ed è causalmente collegata al decesso; (b) essa in tanto viene corrisposta, in quanto si presume che il beneficiario subisce una perdita patrimoniale in conseguenza della morte del congiunto; (c) essa non è dovuta ai figli maggiorenni, e dunque abili al lavoro, mentre è dovuta anche ai figli maggiorenni, se inabili al lavoro; (d) il diritto al trattamento di reversibilità da parte del coniuge della vittima si estingue se questi passa a nuove nozze; (e) il trattamento di reversibilità dovuto al figlio della vittima si estingue, se questi svolge attività lavorativa produttiva di reddito continuativo (*omissis*); (f) i genitori del defunto hanno diritto alla pensione di reversibilità solo se viventi a carico (d.P.R. 26 aprile 1957, n. 818, art. 19); (hh [*sic*]) i fratelli della vittima, in mancanza di altri aventi diritto, possono pretendere la pensione di reversibilità, ma solo se inabili al lavoro (r.d.l. n. 636/1939, art. 13, cit.)

Il ragionamento non persuade.

E non solo per gli irrimediabili inconvenienti pratici che si darebbero ove, ammettendo serialmente la surrogazione in capo all'INPS per le reversibilità, si renderebbe necessario gestire uno scenario (gotico per i giudici territoriali di prima istanza) nel quale, dopo la morte dell'assicurato, non si avrebbe alcuna possibilità di conoscere l'esatta determinazione quantitativa del vantaggio destinato a entrare nel patrimonio del beneficiario della reversibilità, che potrebbe contrarre nuovo matrimonio, morire o sopravvivere settant'anni al coniuge assicurato deceduto, lasciando l'ente, creditore surrogato, alle prese con la necessità di interpellare la cabala per sapere come definire il *petitum* richiesto al debitore, responsabile dell'erogazione pensionistica mantenuta in vita dalla reversibilità.

C'è, ancora una volta, una precomprensione indennitaria nel supplire ai silenzi della legge autoconvincendosi e tentando di convincere che quest'ultima presupponga che il beneficio si dia al suo percettore perché quest'ultimo subisce una perdita economica con la morte del congiunto.

Non solo, ma è per lo meno singolare che questo ragionamento la S.C. lo svolga in ultima analisi per accreditare la funzionalità (presunta) di un trasferimento di ricchezze entrante col segno più nel patrimonio del danneggiato, dopo aver insistito a lungo, con toni normativi, sulla necessità di eliminare ogni riferimento al «titolo» nel condurre l'indagine connessa all'opportunità di applicare la *clcd*.

Ma, di là da questi primi rilievi, c'è molto altro che inficia il ragionamento svolto dalla Cassazione. Vediamolo.

3. *Pensione di reversibilità e causa dell'attribuzione patrimoniale*

La causa dell'attribuzione patrimoniale divisata dalla legge del 1939, istitutiva della pensione di reversibilità, ha almeno due fondamenti.

non senza estendere il ragionamento alla reversibilità dei dipendenti pubblici: «Previsioni pressoché identiche sono dettate, per i dipendenti civili e militari dello Stato, dal d.P.R. 29 dicembre 1973, n. 1092, artt. 81 ss.» (*ivi*).

Il primo sta in una scelta di sistema.

Il trattamento pensionistico, maturato per effetto della contribuzione fondata sul lavoro del titolare della posizione previdenziale, è restituito a quest'ultimo (per lo meno in parte) sotto forma di welfare che l'ente pensionistico promette al lavoratore di corrispondere ai di lui congiunti.

E non in risposta all'eventualità che quest'ultimo cessi di vivere a causa dell'illecito di un terzo suscettibile di esporre i congiunti sopravvissuti all'insorgenza dello stato di bisogno.

Ma sempre e comunque, a far tempo dal momento in cui il lavoratore avrà cessato di vivere, e anche prima ch'egli maturi le condizioni per godere in proprio del beneficio pensionistico (come accade nell'ipotesi della pensione indiretta).

Alla duplice condizione che il lavoratore maturi una contribuzione minima (fissata dalla legge)³⁵ e che, prima del decesso, il lavoratore formalizzi il suo legame giuridico con una gamma predefinita di potenziali aventi diritto, verso i quali il beneficio previdenziale è destinato a continuare anche dopo la morte del soggetto che, con la sua attività lavorativa, ha contribuito a istituire la causa dell'attribuzione destinata a sopravvivergli.

Fino a quando i beneficiari vivranno e fino a quando i beneficiari manterranno, in virtù della specifica relazione familiare intrecciata con il lavoratore prima del decesso di quest'ultimo, una condizione da cui la legge fa discendere la vigenza di un obbligo di erogazione previdenziale che lo Stato attraverso l'INPS promette di assumere su di sé, acquisendo figurativamente la posizione di chi, restando in vita e giungendo al fatidico momento a partire dal quale avrebbe potuto continuare a beneficiare del trattamento pensionistico maturato, avrebbe seguitato a contribuire ai bisogni di vita della persona a sé legata da un vincolo, in virtù della contribuzione solidaristica che la legge presume discendere dalla esistenza di quel vincolo³⁶.

³⁵ Ma si consideri anche la disciplina dell'indennità *una tantum*, prevista in caso di decesso del lavoratore assicurato prima del raggiungimento della soglia minima di contribuzioni per il godimento della pensione indiretta.

³⁶ Nel prevedere che abbiano diritto alla reversibilità «i figli e le persone a essi equiparati che alla data di decesso dell'assicurato o del pensionato non abbiano superato il 18° anno di età o, indipendentemente dall'età, siano riconosciuti inabili al lavoro e

La pensione indiretta, nello schema della reversibilità, è da sotto questo profilo indice sicuro del fatto che la promessa costituisce un elemento costitutivo dello scambio previdenziale che il lavoratore intreccia con l'assicuratore sociale, posto che in quel caso la pensione viene ad essere erogata ai legittimi beneficiari quando, qualora il titolare della posizione pensionistica non avesse cessato di vivere, quest'ultimo non avrebbe potuto ancora godere in proprio del trattamento previdenziale, pur avendo contribuito alla costruzione della relativa posizione previdenziale fino a quel momento della propria vita lavorativa.

Esaminato in questa prospettiva, l'*an* della prestazione della reversibilità non soggiace ad alcuna alea: la prestazione previdenziale della reversibilità è certa nell'*an*, restando indefinito solo il tempo in cui quest'ultima prenderà a essere erogata. Mentre il principale elemento

a carico del genitore al momento del decesso di quest'ultimo», con la specificazione che, per i figli superstiti studenti, che non prestino lavoro retribuito e a carico del genitore defunto al momento della morte, «il limite di 18 anni è elevato a 21 anni in caso di frequenza di scuola media o professionale e a tutta la durata del corso di laurea, ma non oltre al 26° anno di età, in caso di frequenza dell'Università» (circolare INPS cit.), la normativa vigente non definisce un parametro ancorato a uno stato di bisogno da verificarsi all'attualità, ma uniforma i limiti a parametri generalizzati che identificano in modo rigido l'ambito nel quale lo status di figlio, in vita del genitore, attiva la pretesa di una pretesa di assistenza economica esigibile – e qui sta il punto – perché implicata nell'esistenza del vincolo familiare riconosciuto dalla legge quale espressione della solidarietà familiare, e non per la sussistenza di uno stato di bisogno. Lo stesso ragionamento permette di rinvenire la giustificazione dell'attribuzione patrimoniale posta a beneficio dei figli maggiorenni, ma inabili al lavoro. I parametri della vivenza a carico definiscono, ancora una volta presuntivamente e attraverso indici quantitativi, i limiti entro i quali la solidarietà familiare, motore della pretesa rivolta al *de cuius*, avrebbe continuato a esplicare i suoi effetti, ove l'esistenza di quest'ultimo non si fosse interrotta. Per quanto riguarda la posizione del coniuge, le nuove nozze segnano il passaggio attraverso il quale l'obbligazione, fondata sulla sopravvivenza *post mortem* della solidarietà coniugale secondo la promessa istituita all'atto dell'avvio della posizione previdenziale del coniuge deceduto, viene assunta da un nuovo soggetto, con l'effetto di rinnovare la solidarietà coniugale nei confronti di una nuova posizione previdenziale, e di interrompere la precedente obbligazione solidaristica, fino a quel momento mantenuta in vita (figurativamente e sostanzialmente) dalla reversibilità.

cui è sottoposta l'efficacia della reversibilità, ossia il matrimonio³⁷, potrebbe definirsi una condizione meramente potestativa, che in questo scenario non solo è lecita, ma è addirittura oggetto dell'incentivo connesso alla previsione della prestazione condizionata.

Non dimentichiamo che, a seguito della c.d. «riforma Dini» del 1995, la reversibilità conosce un deciso abbattimento rispetto alla prestazione previdenziale originaria da cui discende la prestazione previdenziale secondaria connessa alla reversibilità. Il che significa che con la morte del titolare della prestazione previdenziale principale, l'INPS consegue un risparmio immediato sul piano contabile, perché il *quantum* della prestazione previdenziale destinata ad essere erogata a seguito della morte del *de cuius* si abbatte notevolmente, salvo potersi prolungare a data incerta (dipendente dalla vita attesa dal coniuge o dalla circostanza che quest'ultimo contragga nuovo matrimonio).

Se la promessa della reversibilità non esistesse, l'assicurato avrebbe concettualmente (e molto concretamente, nella logica sinallagmatica che non scompare del tutto nel rapporto previdenziale che il lavoratore

³⁷ E le unioni civili, a seguito dell'entrata in vigore della l. 20 maggio 2016, n. 76, recante «Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze», su cui, per i primissimi commenti: L. QUERZOLA, *Riflessioni sulla legge in materia di unioni civili*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 843; E. QUADRI, «Unioni civili tra persone dello stesso sesso» e «convivenze»: il non facile ruolo che la nuova legge affida all'interprete, in *Corr. giur.*, 2016, 893; T. AULETTA, *Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio: evoluzione o morte della famiglia? (l. 20 maggio 2016, n. 76)*, in *NLCC*, 2016, 367; C. ROMANO, *Unioni civili e convivenze di fatto: una prima lettura del testo normativo*, in *Notariato*, 2016, 333; nonché, sul filo della Gazzetta Ufficiale, M. GORGONI (a cura di), *Unioni civili e convivenze di fatto. L. 20 maggio 2016, n. 76*, Rimini, 2016. In questa legge rileva quanto previsto dal comma 25 del mono-articolo (legisticamente degno di una finanziaria) di cui essa consta, ove, pur con la clausola di compatibilità, si dichiarano applicabili agli uniti civilmente le norme della l. 898/1970 esprimenti la tutela economica dei coniugi uniti in matrimonio, quali, *inter alia*, quelle relative al riparto della pensione di reversibilità (art. 9), all'assegno a carico dell'eredità (art. 9-bis), al diritto del coniuge divorziato ad una quota del TFR dell'altro (art. 12-bis). Rileva anche – per completezza – il richiamo, operato, dal comma 17 dell'art. 1 di questa travagliata legge, agli articoli 2118 e 2120 c.c., relativi al pagamento del trattamento di fine rapporto e dell'indennità relativa, quantificata nella misura del preavviso, che adesso al decesso del lavoratore dovranno corrispondersi anche a chi a quest'ultimo risultasse unito civilmente.

instaura con l'INPS) la pretesa di ricevere di più al momento della maturazione del suo diritto a godere del trattamento previdenziale, fronteggiando in quel caso consapevolmente l'alea di perdere tutti i contributi versati in caso di premorienza rispetto alla data di quella maturazione.

E invece questa promessa si dà (almeno finché la legge vorrà prevederla)³⁸, venendo solo assoggettata a una limitazione quantitativa³⁹, che, rispetto al parametro della pensione goduta (o attesa) dal lavoratore, consiste in decurtazioni percentuali di varia entità, dipendenti dalla categoria degli aventi diritto cui in concreto appartiene il beneficiario⁴⁰.

³⁸ Se è vero che tutte le promesse hanno una dimensione temporale, entro la quale la parola data, se è (e viene considerata) costitutiva di effetti giuridici, deve conservare quegli effetti, c'è da auspicarsi che, se, contro gli auspici di chi scrive, dovesse mai cambiare il contenuto della promessa in discorso, tale cambiamento venga accompagnato da un adeguato apparato di disposizioni transitorie... Il d.d.l. governativo, approvato alla Camera dei Deputati nella seduta del 14 luglio 2016 e poi promulgato come l. 15 marzo 2017, n. 33, recante «Delega al governo per il contrasto alla povertà, al riordino delle prestazioni e il sistema degli interventi e dei servizi sociali», non ha toccato il meccanismo della reversibilità, ma nemmeno l'ha fatta salva, prevedendo fra gli altri obiettivi delle linee di intervento oggetto di delega, «la razionalizzazione delle prestazioni di natura assistenziale, nonché di altre prestazioni di natura previdenziale», con la sibillina precisazione (che sembra dar corpo al realista vaticinio di C. SALVI, *Capitalismo e diritto civile*, cit., 195-196, ricordato nel secondo capitolo), che tali prestazioni siano sottoposte «alla prova dei mezzi».

³⁹ Come noto questa decurtazione è stata introdotta dalla l. 8 agosto 1995, n. 335 (c.d. Riforma Dini, in particolare il comma 41 dell'art. 1 di questa normativa), con la quale l'architettura del sistema previdenziale italiano, in precedenza fondata su uno schema a ripartizione, ha sposato con gradualità (il nuovo calcolo è, infatti, stato applicato a quanti avevano meno di diciotto anni di contributi nel 1995) un sistema contributivo che fa sì che il lavoratore contribuisca con quasi il 33% del suo salario al fondo previdenziale, per maturare all'età di pensionamento un montante pensionistico pari ai contributi versati, capitalizzati tenendo conto del tasso di crescita dell'economia. La pensione è poi calcolata da questo montante attraverso un coefficiente di trasformazione che dipende dall'età di pensionamento del lavoratore e dalla longevità media.

⁴⁰ Sulle condizioni del trattamento pensionistico ai superstiti attualmente praticate si veda il periodico aggiornamento delle Circolari Inps, attualmente recato dalla Circolare Inps n. 185 del 18 novembre 2015. L'art. 18, comma 5, del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98 (Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 15 luglio 2011, n. 111, aveva introdotto una mi-

sura, istigata dalle esigenze contingenti di finanza pubblica derivanti dalla crisi economica, diretta ad arginare i matrimoni, contratti da titolari di posizione pensionistica in età avanzata con coniugi molto più giovani. Si era così dato rilievo legislativo alla presunzione che tali matrimoni fossero contratti per frodare lo Stato, consentendo attraverso matrimoni fittizi di disporre del beneficio conseguibile dopo la celebrazione del matrimonio dal coniuge più giovane di età, non essendo possibile sindacare le reali ragioni che inducono i nubendi a contrarre un negozio personalissimo come quello matrimoniale (il fenomeno era indicato dalle cronache alludendo a matrimoni fittizi celebrati fra persone anziane e le proprie badanti). Corte cost., 14 luglio 2016, n. 174, in *Riv. it. dir. lav.*, 2017, II, 162, con nota di L. TASCHINI, *Solidarietà ed equilibrio di bilancio al tempo della crisi economica – Riflessioni a margine delle sentenze 173 e 174 del 2016 della Corte costituzionale*, ha dichiarato incostituzionale il dispositivo normativo che decurtava, con un meccanismo scalare rimesso a parametri legati alla differenza di età dei coniugi contraenti matrimonio, l'importo della reversibilità attribuita al coniuge sopravvissuto in tali casi, ritenendo la norma in contrasto con gli articoli 3, 36 e 38 Cost. Nel far ciò la corte ha svolto osservazioni che, per la loro rilevanza ai fini della questione qui affrontata, meritano di essere riportate estesamente, omettendo le note di richiami giurisprudenziali presenti nel testo originale:

[N]ella pensione di reversibilità erogata al coniuge superstite, la finalità previdenziale si raccorda a un peculiare fondamento solidaristico. Tale prestazione, difatti, mira a tutelare la continuità del sostentamento e a prevenire lo stato di bisogno che può derivare dalla morte del coniuge. Il perdurare del vincolo di solidarietà coniugale, che proietta la sua forza cogente anche nel tempo successivo alla morte, assume queste precise caratteristiche, avallate da plurimi principi costituzionali. (...) In un ambito che interseca scelte eminentemente personali e libertà intangibili, i principi di eguaglianza e ragionevolezza rivestono un ruolo cruciale nell'orientare l'intervento del legislatore. Quest'ultimo, vincolato a garantire un'adeguata tutela previdenziale, per un verso non deve interferire con le determinazioni dei singoli che, anche in età avanzata, ricercano una piena realizzazione della propria sfera affettiva e, per altro verso, è chiamato a realizzare un equilibrato temperamento di molteplici fattori rilevanti, allo scopo di garantire l'assetto del sistema previdenziale globalmente inteso. (...) La *ratio* della misura restrittiva risiede nella presunzione che i matrimoni contratti da chi abbia più di settant'anni con una persona di vent'anni più giovane traggano origine dall'intento di frodare le ragioni dell'erario, quando non vi siano figli minori, studenti o inabili. Si tratta di una presunzione di frode alla legge, connotata in termini assoluti, che preclude ogni prova contraria. La sua ampia valenza lascia trasparire l'intrinseca irragionevolezza della disposizione impugnata. Pur di accentuare la repressione di illeciti, già sanzionati dall'ordinamento con previsioni mirate, si enfatizza la patologia del fenomeno, partendo dal presupposto di una genesi immancabilmente fraudolenta del matrimonio tardivo. Si tratta, a ben vedere, di un presupposto di valore, sotteso anche a precedenti discipline restrittive, fortemente dissonante rispetto all'evoluzione del costume sociale. Il

Se è vero che la legge ha inteso subordinare il godimento della prestazione da parte di alcune categorie di aventi diritto alla sussistenza di uno stato di bisogno, è altrettanto vero che questa proiezione *post mortem* del welfare previdenziale, avente causa nell'accantonamento forzoso di una quota del reddito del lavoratore, si dà senza che la legge faccia alcun riferimento alla circostanza che il coniuge beneficiario versi in uno stato di bisogno legislativamente presunto⁴¹.

Tutto ciò fa capire che la giustificazione più profonda della reversibilità – e si comincia così a delineare nitidamente il secondo fondamento causale di questo beneficio – non risiede in un ragionamento di tipo indennitario, ma in un assetto legislativo che *istituisce una promessa*

non trascurabile cambiamento di abitudini e propensioni collegate a scelte personali emerge nitidamente dalla costante giurisprudenza di questa Corte, che prende in esame disposizioni dal contenuto affine, volte a negare il diritto alla pensione di reversibilità nell'ipotesi di matrimonio durato meno di due anni, celebrato dopo la cessazione dal servizio e dopo il compimento del sessantacinquesimo anno di età o di matrimonio celebrato dopo il sessantacinquesimo anno di età, a fronte di una differenza di età superiore a vent'anni. Nell'attribuire rilievo all'età del coniuge titolare di trattamento pensionistico diretto al momento del matrimonio e alla differenza di età tra i coniugi, la disposizione in esame introduce una regolamentazione irragionevole, incoerente con il fondamento solidaristico della pensione di reversibilità, che ne determina la finalità previdenziale, presidiata dagli artt. 36 e 38 Cost. e ancorata dal legislatore a presupposti rigorosi. Una tale irragionevolezza diviene ancora più marcata, se si tiene conto dell'ormai riscontrato allungamento dell'aspettativa di vita. La disposizione opera a danno del solo coniuge superstite più giovane e si applica esclusivamente nell'ipotesi di una considerevole differenza di età tra i coniugi. Si conferisce, in tal modo, rilievo a restrizioni "a mero fondamento naturalistico", che la giurisprudenza di questa Corte ha già ritenuto estranee "all'essenza e ai fini del vincolo coniugale", con peculiare riguardo all'età avanzata del contraente e alla durata del matrimonio.

⁴¹ Essa può subire abbattimenti corrispondenti alla percezione da parte del coniuge di quote variabili di reddito di cui il coniuge stesso sia titolare, ma il diritto alla reversibilità (e con esso la *ratio* che ne è a fondamento) non viene mai totalmente eliso dalla sussistenza di un reddito – autonomamente riconducibile al coniuge beneficiario – che appaia tale da azzerare lo stato di bisogno del percettore della reversibilità. Non solo, ma la legge prevede che, non diversamente dalle pensioni, anche le reversibilità possano essere cumulate da uno stesso beneficiario al ricorrere delle condizioni che accompagnano il riconoscimento di ciascuna di esse.

solidaristico-previdenziale nei confronti dell'assicurato, che, col suo lavoro, abbia contribuito ad alimentarla.

La dottrina lavoristica non ha mancato di osservare con acutezza che il vincolo sinallagmatico, nel quale trova causa l'erogazione della prestazione lavorativa, non esaurisce la sua capacità di rendere esigibile la controprestazione datoriale con la previsione (e la corresponsione) della retribuzione, ma comprende anche l'esigibilità di prestazioni dirette a garantire la sicurezza del lavoratore in senso ampio, cui riferire anche la soddisfazione dell'interesse previdenziale del lavoratore, il quale viene soddisfatto, appunto, nella misura in cui il datore adempia gli obblighi connessi all'assicurazione obbligatoria.

Il ragionamento, anche se non riferibile direttamente alla reversibilità pensionistica, mette a nudo l'inequivoco fondamento contrattuale della promessa cui si è fatto cenno. Così, più di cinquanta anni fa, si faceva notare che:

la regolamentazione positiva del contratto di lavoro ha subito un'evoluzione così radicale rispetto all'angusto schema originario della *locatio operarum*, che la causa di questo contratto non può oggi semplicemente essere identificata nello scambio lavoro-retribuzione, intesa la controprestazione del datore di lavoro come semplice prezzo dell'attività lavorativa. Questa regolamentazione si informa al principio fondamentale, oggi per più aspetti costituzionalmente garantito, della tutela più vasta ed incisiva della persona del lavoratore che, di norma, ha nel lavoro l'unica fonte di reddito e l'unico titolo per partecipare ai beni della vita nell'immediato presente e nel più lontano futuro. (...) In tal modo il datore di lavoro è comunemente definito debitore di sicurezza; egli è direttamente obbligato, sotto molteplici aspetti, ad attivarsi per garantire la soddisfazione degli interessi del lavoratore considerati nel sistema (...). Per quanto specificatamente attiene alla tutela del lavoratore rispetto agli eventi abolitivi o menomativi della capacità di guadagno (invalidità e vecchiaia), si provvede nell'ordinamento con la relativa assicurazione obbligatoria nella quale, non essendo posto il principio di automaticità, il regolare adempimento contributivo è condizione indispensabile affinché il soggetto protetto acquisisca il diritto alle prestazioni previdenziali (...). Posto il principio di non automaticità da una parte [il datore] è obbligato ai sensi della legge speciale e dell'art. 2115 c.c. a fare quanto prescritto per garantire al lavoratore la tutela previdenziale; dall'altra, in difetto di questo doveroso comportamento, una norma, l'art. 2116 cpv., esplicitamente prevede che lo stesso datore di lavoro è direttamente ob-

bligato verso il lavoratore per l'equivalente delle prestazioni previdenziali⁴².

Questa promessa – la cui validità si rinnova, mentre si scrive, da quasi ottant'anni – è restata fin qui immune al radicale mutamento del contesto politico e sociale che la vide istituire⁴³, mostrandosi capace di essere riplasmata in coerenza a un rinnovato senso costituzionale repubblicano, il cui rilievo è, se si vuole, reso oggi ancor più stringente dall'incedere di tempi nei quali sulla società italiana si stagliano le ombre di proiezioni demografiche assai cupe, per fugare le quali la reversibilità – fornendo al singolo cittadino-lavoratore un incentivo concreto alla scelta di istituire formazioni sociali che possono rivelarsi funzionali sia alla natalità che al welfare privato dell'individuo giunto a una fase avanzata della sua esistenza senza aver avuto la ventura di procreare – svolge un ruolo che, lungi dall'essere considerato un elemento da cancellare (per effetto, peraltro, non già di una deliberazione democratica maturata in seno alla società, ma di un «certo modo» di vedere l'art. 1223 c.c. affermatosi nella coscienza «tecnica» di un ristretto manipolo di interpreti della legge), una società in grado di guardare al suo futuro dovrebbe pensare di esaltare e se possibile rilanciare.

La reversibilità è, dunque, tesa a incentivare ogni cittadino di una Repubblica fondata sul lavoro a costituire una formazione sociale (nella quale rientrano il coniuge (e adesso anche l'unito civilmente), nonché – fin quando siano a carico e siano incapaci di produrre reddito per decidere di istituire nuove formazioni sociali – i figli e gli altri congiunti) cui garantire, attraverso il sacrificio di una parte del proprio reddito lavorativo, un *welfare* previdenziale istituito e alimentato dal proprio lavoro.

⁴² In questi termini, G. PERA, *La responsabilità del datore di lavoro per omesso versamento di contributi previdenziali e l'art. 13 della legge 12 agosto 1962, n. 1338*, in *Scritti di Giuseppe Pera*, vol. III, Milano, 2007, 1754-55, e già in *Studi in memoria di Ludovico Barassi*, Milano, 1966, e in *Riv. dir. lav.*, 1962, I, 304.

⁴³ Riconosce che «in Italia il “sociale” (...) ha radici varie e profonde e non può essere considerato soltanto patrimonio della cultura marxista», G. MARINI, *Gli anni settanta della responsabilità civile. Uno studio sulla relazione fra pubblico e privato (parte I)*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, 24, 26.

Questo welfare non è suscettibile, per le ragioni appena viste, di essere considerato un beneficio da assoggettare – attraverso un impiego contabilmente causale della *clcd* – a una logica indennitaria e surrogatoria (e, verrebbe da scrivere: surrogatizia).

Torna, dunque, alla ribalta quella dimensione del sacrificio che, come nel secondo capitolo di questo studio si è potuto verificare, è sempre presente, anche se mal veicolata, nella grammatica applicativa che il nostro latinismo ha tradizionalmente affidato alla verifica del requisito della «identità del titolo».

E si potrebbe osservare come in questo caso la tecnica (consentendo di mettere analiticamente a fuoco la causa dell'attribuzione patrimoniale sottesa al beneficio) contenga in sé e permetta di dar voce al senso di una scelta di sistema pienamente conforme al respiro costituzionale della sicurezza sociale italiana, almeno fino a quando il legislatore non dovesse trovare il coraggio di assumersi a viso scoperto – ponendosi al cospetto della propria responsabilità politica di fronte alla valutazione dei cittadini amministrati – la responsabilità di mutare, nel rispetto dei parametri costituzionali, l'orizzonte normativo entro il quale la tecnica civilistica è chiamata ad applicare il suo ragionamento analitico e sistematico.

4. La compensatio lucri cum damno asservita alla surrogazione e l'ipostatizzazione del ruolo del c.d. «principio di indifferenza»: perché i conti non tornano

«Connecting the dots». Nel segno di Steve Jobs e della settimana enigmistica, proviamo a unire i puntini emersi dal nutrito pacchetto di sentenze lusingate nei precedenti capitoli.

Appare, e non certo in trasparenza, una trama unitaria. Con Cass. civ. n. 5119/2002 il principio indennitario sottomette alla sua logica la ricerca di welfare privato che l'assicurazione contro infortuni non mortali promette di soddisfare.

Il prodotto di questa operazione economica diventa così – a seguito di Cass. civ. n. 13233/2014 e del sostanziale rilancio dei medesimi argomenti, unitariamente effettuato depositando la quaterna di ordinanze

del giugno 2017 – idoneo a produrre effetti sul danno gestito dal dispositivo della r.c., laddove capiti che l’inverarsi del rischio alla persona destinato ad essere contrastato da questa operazione economica sia determinato da circostanze che giustificano l’attivazione di quel dispositivo.

Da questa idoneità, che induce a considerare il prodotto dell’operazione economica in parola un beneficio suscettibile di elidere costitutivamente il danno risarcibile, discende che il defalco giustificato dalla teorica della *clcd*, accettando quest’ottica, si rende strutturale, accompagnandosi all’auspicio nemmeno troppo velato che l’*enforcement* del diritto trasferito all’assicuratore per surrogazione sia sempre effettivamente perseguito, per evitare che il frutto di quell’operazione economica si sposti – a quel punto davvero senza ragione alcuna⁴⁴ – dal patri-

⁴⁴ Preoccupazione incisivamente evocata da R. PARDOLESI, *Erogazione previdenziale e danno patrimoniale da morte del familiare*, cit., evocando un brano della motivazione con la quale la Corte Suprema del Kentucky affermò l’incostituzionalità di uno *statute* emanato dal legislatore dello stato del bourbon in piena era reaganiana (correva il 1988 ed erano tempi densi di significato per gli assetti con i quali l’economia politica mondiale avrebbe presto familiarizzato), per abbattere legislativamente i risarcimenti veicolati al danneggiato dalla responsabilità in *tort* o *contract*, quante volte quest’ultimo avesse avuto la possibilità di vedere assorbita una quota del danno inflittogli dal convenuto da un beneficio collaterale di natura assicurativa e/o previdenziale. Il brano di *O’Byran v. Hedgespeth*, 892 S.W. 2d 571, 576 (1995), merita però la riproposizione nei vividi toni dell’originale:

There is no legal reason why the tortfeasor or his liability insurance company should receive a ‘windfall’ for benefits to which the plaintiff may be entitled by reason of his own foresight in paying the premium or as part of what he has earned in his employment.

E, su questo crinale, c’è chi – senza avere timore di sfidare le approssimazioni che sono proprie di un certo tipo di pensiero economico – si perita di fornire evidenze empiriche in merito alla circostanza che l’abolizione della *collateral source rule*, nelle giurisdizioni statali che negli Stati Uniti l’hanno sancita legislativamente, «suggests that modification and abolishment of the collateral source rule are associated with higher death rates», così P.H. RUBIN, J.M. SHEPHERD, *Tort Reform and Accidental Deaths*, in 50 *J. Law & Econ.* 221, 230 (2007). Sembra, però, assai più incisivo e istruttivo ricordare sul punto un celebre *dictum* della House of Lords inglese. In *Parry v. Cleaver* [1969] UKHL 2 (5 February 1969) si discuteva intorno all’opportunità di scomputare una serie di benefici pensionistici e assicurativi dal danno patrimoniale lamentato da un

monio del danneggiato al patrimonio del soggetto che la r.c. chiama a rispondere del danno, in antitesi a un «benefit from accident must lie

lavoratore che, a seguito di un sinistro stradale occorso per colpa del convenuto, aveva perso il lavoro e si era visto riconoscere la pensione d'invalidità e altre indennità assicurative. Quanto a queste ultime, Lord Reid, scrivendo per la maggioranza dei Lords del collegio, affermò:

As regards moneys coming to the plaintiff under a contract of insurance, I think that the real and substantial reason for disregarding them is that the plaintiff has bought them and that it would be unjust and unreasonable to hold that the money, which he prudently spent on premiums and the benefit from it should ensure to the benefit of the tortfeasor. Here again I think that the explanation that this is too remote is artificial and unreal. Why should the plaintiff be left worse off than if he had never insured? In that case he would have got the benefit of the premium money: if he had not spent it he would have had it in his possession at the time of the accident grossed up at compound interest.

Con riferimento alle somme derivanti da trattamento pensionistico Lord Reid puntualizzò:

What, then, is the nature of a contributory pension? Is it in reality a form of insurance or is it something quite different? (...) It is generally recognised that pensionable employment is more valuable to a man than the mere amount of his weekly wage. It is more valuable because by reason of the terms of his employment money is being regularly set aside to swell his ultimate pension rights whether on retirement or on disablement. His earnings are greater than his weekly wage. His employer is willing to pay £24 per week to obtain his services, and it seems to me that he ought to be regarded as having earned that sum per week. The products of the sums paid into the pension fund are in fact delayed remuneration for his current work. That is why pensions are regarded as earned income. But the man does not get back in the end the accumulated sums paid into the fund on his behalf. This is a form of insurance. Like every other kind of insurance what he gets back depends on how things turn out. He may never be off duty and may die before retiring age leaving no dependants. Then he gets nothing back. Or he may by getting a retirement or disablement pension get much more back than has been paid in on his behalf. I can see no relevant difference between this and any other form of insurance. So, if insurance benefits are not deductible in assessing damages and remoteness is out of the way, why should his pension be deductible?

La decisione, per inciso, fu accolta con un misto di disappunto e rispettosa critica da una voce dottrinale che ebbe un ruolo chiave nel propiziare gli sviluppi legislativi che il problema avrebbe conosciuto nell'Inghilterra thatcheriana, su cui ci soffermeremo a tempo debito, P.S. ATIYAH, *Collateral Benefits Again*, 32 *Mod. L. Rev.* 397 (1969), cui replicò, in un gustoso e altrettanto rispettoso *rejoinder*, J.A. JOLOWICZ, *Damages. Collateral Benefits. Disablement Pension*, 27 *Cambridge L. J.* 183 (1969).

where it falls» pronunciabile rovesciando il celebre *dictum* di Oliver Wendell Holmes⁴⁵.

Realizzato l'innesto (che nel secondo capitolo era stato definito uno «xenotrapianto forzoso» per ragioni che ci si auspica siano emerse più nitidamente nei successivi segmenti percorsi da questo studio) dell'art. 1916 c.c. nell'art. 1223 c.c., Cass. civ. n. 13537/2014 e la quaterna di ordinanze che la terza sezione ha depositato nel giugno 2017, si preoccupano di tarare il modo di operare di questa valvola indennitaria sistemata nella struttura del danno risarcibile, estendendone l'applicabilità a ogni beneficio giustificato dalla predisposizione di un meccanismo della sicurezza sociale mirante previdenzialmente ad alleviare lo

⁴⁵ È in base a considerazioni di questo genere che occorre confidare che l'INPS non dimentichi mai di esercitare la surrogazione prevista a suo favore dalla legge 222/1984, in vicende come quella che ha recentemente indotto la Cassazione a ritenere operanti gli effetti della *clcd* con riferimento al risarcimento promosso dalla vittima di lesioni personali nei confronti del responsabile dell'illecito, laddove si è escluso che il risarcimento richiesto dal danneggiato possa comprendere il danno patrimoniale emergente dalla necessità di retribuire un collaboratore per fronteggiare le necessità della vita quotidiana seguite all'invalidità riportata, perché l'INPS aveva già corrisposto l'assegno di accompagnamento al danneggiato, come recentemente stabilito da Cass., 20 aprile 2016, n. 7774, in *Rep. Foro it.*, 2016, voce *Danni civili*, n. 191. C'è peraltro da rilevare come, anche in casi del genere, l'apparente, implacabile nitore delle geometrie surrogative tenda a offuscarsi non poco, fino a spegnersi del tutto. Sol che si consideri che, in una vicenda siffatta, l'INPS dovrebbe succedere a titolo particolare nel credito risarcitorio del danneggiato, e che l'operare della *clcd* sembrerebbe, quindi, escludere che il credito trasferibile a titolo particolare all'INPS (per effetto della surrogazione) possa comprendere, nella sua configurazione originaria, le spese future destinate a far fronte alle esigenze di vita dell'invalido. Ragion per cui, con riferimento agli esborsi sostenuti per l'indennità di accompagnamento erogata all'assistito nel caso in parola, l'INPS non potrebbe agire nei confronti del responsabile dell'illecito versando la sua pretesa nell'alveo dell'art. 14 della legge 222/1984, ma non avrebbe alternative al tentativo di articolare la sua domanda sui binari dell'art. 2043 c.c. A tacer dell'imbarazzo dell'ente previdenziale nel quantificare un danno oggetto di surrogazione che, come già rilevato, nel momento della domanda apparirebbe per lo più futuro, essendo la sua esatta quantificazione rimessa al tempo di permanenza in vita del beneficiario e alle sue mutevoli condizioni di salute che giustifichino, o non, la continuazione dell'assistenza. Una ennesima patata bollente immessa nelle ribollenti agende dei legali dell'INPS. O, molto più verosimilmente, una sistematica esenzione dal peso della responsabilità *in parte qua*, per il responsabile dell'illecito.

stato di bisogno del cittadino avente diritto alla prestazione beneficiale, con un ragionamento i cui effetti si diffondono ben oltre la reversibilità pensionistica.

Una volta assunto come valido sul piano sistematico, questo ragionamento non incontrerebbe soverchie difficoltà a chiedere di essere applicato nei confronti di qualsiasi prestazione della sicurezza sociale somministrata dal nostro ordinamento, rendendosi peraltro subito applicabile, per inciso, alle indennità di accompagnamento previste dalla l. 21 novembre 1988, n. 508 (art. 1), a quelle previste dalla l. 12 giugno 1984, n. 222 (art. 5), nonché, a livello regionale, ai benefici per l'assistenza domiciliare previsti dalla l.r. Lombardia, 30 dicembre 2009, n. 33 (art. 26), essendo tutti questi benefici al centro dell'ultima ordinanza che compone la suddetta quaterna (Cass. civ. n. 15537/2017, la cui motivazione emblematicamente risulta redatta dal medesimo estensore della coppia di sentenze del giugno del 2014, ove, come si è visto, questo articolato tentativo di *revirement* della *clcd* ha assunto la sua compiuta fisionomia argomentativa).

A tacer di pensioni d'invalidità civile e accompagnamento, è per esempio ipotizzabile che il disegno di cui si vanno riassumendo i tratti essenziali dia rinnovato vigore al dibattito intorno alla possibilità che le ASL esercitino la rivalsa per le spese di cura erogate a beneficio di un assistito che abbia avuto necessità di cure a seguito di un fatto di cui qualcuno debba rispondere civilmente, assumendo che tale danno emergente sia autonomamente risarcibile, nel quadro di un illecito plurioffensivo⁴⁶.

⁴⁶ Il punto può essere sviluppato qui tangenzialmente, e sarà ripreso *infra*. La possibilità della rivalsa della ASL aveva avuto modo di essere ammessa, ancora recentemente, da Cass. civ., 16 dicembre 1997, n. 12725, in *Rep. Foro it.*, 1997, voce *Assicurazione (contratto)*, n. 152, mettendo in relazione la formale sopravvivenza del comma 3 dell'art. 1 della l. 3 dicembre 1931, n. 1580, con la surrogazione ex art. 1916 c.c., senza richiamare esplicitamente l'art. 1886 c.c. e senza chiarire i passaggi argomentativi suscettibili di indurre a ritenere esistente il collegamento fra le due norme. Per quanto a tal fine rileva, la norma del 1931 conferiva alle «amministrazioni degli ospedali, dei Comuni o dei manicomi pubblici» la rivalsa «delle spese di ospedalità o manicomiali», prevedendo che l'azione potesse essere esercitata «verso le persone civilmente responsabili delle ferite e delle malattie che resero necessaria l'assistenza nell'ospedale e nel manicomio». La risalente norma era del tutto estranea allo schema generale della surro-

Per far questo, i fautori del *revirement* riprogrammano il modo di operare della *clcd* nel diritto italiano, espungendo dalla funzionalità di questo dispositivo argomentativo la capacità di dar voce a valutazioni impostate sull'analisi della finalità dell'attribuzione patrimoniale recata dal beneficio invocato in sottrazione. Perché ci si è dogmaticamente persuasi che il respiro applicativo del latinismo debba necessariamente appiattirsi su un apprezzamento condotto su un puro registro causale.

Interpellando una prima volta il primo Presidente, Cass., ord. 4 marzo 2015, n. 4447⁴⁷, aveva tentato di congiungere il penultimo puntino del disegno che si va componendo.

L'intento dichiarato – nel rimandare al primo capitolo di questo studio, per l'inquadramento e l'analisi della vicenda che fa da sfondo al-

gazione legale contemplato dall'art. 1203 c.c., posto che essa contemplava il sorgere di un autonomo diritto di credito, istituito *ex novo* dalla legge, in coerenza – al tempo in cui fu emanata – con uno scenario nel quale l'accesso all'assistenza sanitaria non era mai gratuito, posto che la l. 6972/1890, come modificata dal R.D. 2841/1923, all'art. 78 prevedeva che il rimborso delle spese di degenza – comunque erogato solo «nei limiti dei mezzi disponibili» ai «poveri affetti da malattie acute, dei feriti e delle donne nell'imminenza del parto» – fosse a carico del comune al quale la persona ricoverata apparteneva per domicilio di soccorso, sempreché i soggetti così identificati dessero prova di versare in condizioni di povertà. Ed era perfettamente in linea con questo modo di intendere il destino del cittadino nel suo rapporto con la salute prevedere – come fece il contratto collettivo del 3 gennaio 1939 per la tutela di malattia degli operai dell'industria – che

l'iscritto, in casi di malattia o di infortunio che abbia dato luogo in suo favore a refusione di danni da parte di terzi, è tenuto a rimborsare la Mutua dell'ammontare delle indennità corrisposte e delle spese di assistenza prestate fino alla concorrenza della somma che il terzo gli ha versato a titolo di risarcimento

come ricordava G. CANNELLA, *L'assicurazione contro le malattie*, cit., 170, *sub nota* 1.

Oggi, tuttavia, seguendo la sorte a suo tempo incontrata dai contratti collettivi di epoca fascista, anche questo relitto legislativo di un passato nel quale la libertà dal bisogno sanitario dei cittadini non era ancora scolpita fra i compiti dello Stato grazie all'art. 32 Cost. è stato espressamente abrogato dall'art. 24 del d.l. 25 giugno 2008, n. 112. Il problema è tornato di attualità a seguito di Cass. civ., 15 dicembre 2015, n. 25215, in *Rep. Foro it.*, 2015, voce *Responsabilità civile*, n. 162, su cui si tornerà nel capitolo conclusivo di questo studio, che, *de iure condendo*, sembra evocare il rischio che s'innesci un'insidiosa corsa alla regionalizzazione del diritto di rivalsa delle ASL.

⁴⁷ Pubblicata in *Foro it.*, 2015, I, 1204, con annotazione di R. PARDOLESI.

l'ordinanza e per una contestualizzazione critica della stessa, nell'ambito del diritto europeo evocato in applicazione al caso – era quello di scolpire i tratti di una *clcd* che chiudesse definitivamente il cerchio su un'idea di art. 1223 c.c. plasmata da una visione muscolare del principio indennitario, che dall'assicurazione contro i danni mira a diffondersi in ogni direzione, per estendere la cogenza della sua logica su tutti gli istituti della sicurezza sociale del nostro paese, orientando in un senso preciso l'esito di quel gioco delle parti fra tecnica e politica cui si è alluso nell'introdurre questo lavoro.

Questa dinamica, che non è mutata nell'assetto reiterato nella quaterna di ordinanze del giugno 2017 che stanno per trovare risposta nel pronunciamento delle Sezioni Unite, sembra voler valorizzare il pensiero di Mommsen oltre Mommsen, il quale, all'epoca del *Zur Lehre vom dem Interesse*, sebbene non fosse estraneo a realizzare il potenziale che le idee coltivate in quello studio fondativo avrebbero dispiegato, funzionalizzandosi all'operare dell'assicurazione *contro i danni alle cose*, fu il primo a rilevare – in ciò potrebbe dirsi: «costitutivamente» – la necessità di tenere presente il contesto – *legato alle cose* – nel quale i ragionamenti coevi alla prospettazione della *Differenzhypothese* avrebbero potuto essere chiamati in futuro ad alimentare la mistica indennitaria e le sue conseguenze sistematiche⁴⁸.

⁴⁸ In nota, dopo aver citato le Pandette di von Vangerow, nel contesto di un passaggio chiave della propria riflessione, ove veniva messa a fuoco l'importanza giocata dal concetto di interesse nella messa a punto dei fondamenti teorici del dispositivo risarcitorio differenziale, colui che a buon titolo può annoverarsi fra i padri putativi del principio della riparazione integrale del danno curò di somministrare ai posteri un *caveat* esplicito in tal senso, precisando che la circostanza che nei contratti di assicurazione venisse in considerazione solo *il puro valore della cosa* non potesse considerarsi espressione di una regola generale. Mommsen notava già all'epoca che in questa tipologia di contratti per il calcolo dell'indennizzo venivano assunti in molti casi criteri che apparivano differire in modo notevole dalle regole generali dettate per il calcolo dell'interesse risarcibile secondo la teoria differenziale, così infatti F. MOMMSEN, *Beiträge zum Obligationenrecht*, vol. II, *Zur Lehre von dem Interesse*, Braunschweig, 1855, 61, *sub* nota 2:

Die wichtigsten der auf Schadensersatz gerichteten Verträge sind die Versicherungsverträge. Dass bei diesen Verträgen nur der reine Sachwerth in Betracht kommt, lässt sich nicht als allgemeine Regel behaupten; wohl aber sind hier in vielen Fällen für die Berechnung der Entschädigungssumme Grundsätze ange-

Senza riavvolgere troppo il nastro su considerazioni già svolte nel capitolo iniziale di questo studio, le regole europee (l'art. 93 del Reg. 1408/71 e il sostanzialmente equivalente art. 85 del Reg. 883/2004)⁴⁹ imponevano alla corte di legittimità italiana di verificare, con un computo tutto virtuale, l'*an* e il *quantum* del credito risarcitorio esigibile dall'investitore italiano da parte dei parenti dello sciatore di nazionalità tedesca deceduto in esito al tragico investimento occorso sulle nevi della Val di Fassa. Il tutto ragionando in base al diritto italiano, che avrebbe dovuto guidare all'esatta quantificazione del danno ritenuto risarcibile, con riferimento alla componente ascritta a perdita del sostentamento assicurato in vita dal defunto ai propri congiunti.

Terminato il giudizio (a) si sarebbe dovuto condurre il giudizio (b).

Alla corte italiana sarebbe spettato il compito di verificare il lato «surrogativo» della vicenda: si davano nel caso le condizioni previste dall'art. 116 del SGB tedesco? E se sì, per quale esatto importo? A questo punto le somme risultanti dai giudizi (a) e (b) avrebbero dovuto essere messe a confronto aritmetico. Se l'importo (a) fosse risultato capiante rispetto all'importo (b), l'ente pagatore avrebbe recuperato integralmente l'oggetto delle sue pretese.

Ma se – in ipotesi – l'importo (a) fosse risultato irrisarcibile alle condizioni richieste dalla giurisprudenza italiana sul danno patrimoniale da sostentamento cessante, oppure avesse trovato riconoscimento per un importo inferiore alla somma (b), o – ancora – se la corte italiana avesse riscontrato l'assenza delle condizioni previste per il riconoscimento del diritto in gioco nel giudizio (b), questo dato sarebbe risultato vincolante per il dispositivo della decisione.

L'ordinanza di rimessione alla S.U. depositata dalla terza sessione nel 2015 – e qui sta la forzatura (rilevata, come si è visto, nel primo

nommen, welche auf das Erheblichste von den für die Berechnung des Interesse im Allgemeinen geltenden Regeln abweichen.

⁴⁹ Regole che, per inciso, la giurisprudenza europea ha da tempo chiarito non essere invocabili da società o enti assicurativi che abbiano corrisposto benefici ai propri assicurati in forza di un contratto di diritto privato (quale, ad esempio, un'assicurazione contro le disgrazie accidentali), si veda Corte giust. Ce, 15 marzo 1984, causa C-397/84, *NV Tiel-Utrecht Schadeverzekering c. Gemeenschappelijk Motorwaarborgfonds*.

capitolo, sul piano dell'accertamento processuale dal massimo consenso della Corte di legittimità) – aveva invece consapevolmente mischiato i piani, dando per scontato nel suo motivare (forte della conclusione raggiunta in Cass. 13537/2014, quasi si trattasse di un *prospective overruling* anticipato nella struttura del giudizio che giustificava la promozione di quell'ordinanza) che la *clcd* ostasse al riconoscimento del diritto virtuale dedotto nel giudizio (a).

Bene. Si è fin qui cercato di esaminare a fondo, riesaminando origini e struttura dell'argomentazione che in Italia mette in dialogo danno e benefici nel nome di un latinismo di ritorno, i motivi che inducono a respingere questa conclusione.

Non sfugge, però, il grave cortocircuito concettuale che accompagna l'idea di fare operare la *clcd* per preservare le ragioni della surrogazione⁵⁰.

Perché, riconoscere gli effetti del latinismo, significherebbe impedire *ab origine* il trasferimento del diritto che si vorrebbe oggetto di surrogazione. Per la semplice ragione che, ammettendo l'ipotesi, il diritto si direbbe sorto contemplando un limite che sottrae al circuito della risarcibilità del danno, e dunque alla consistenza del diritto di credito destinato a ripianarlo, l'importo del beneficio oggetto della pretesa dell'ente, che con l'effettuazione del pagamento si vorrebbe dire surrogato nel credito risarcitorio⁵¹.

⁵⁰ È utile tornare al testo di Cass. civ. n. 4447/2015, cit., per ricordare che nell'occasione era stato rimesso alle S.U. un contrasto

concernente la portata del principio della c.d. *compensatio lucri cum damno* nell'ambito delle conseguenze risarcitorie da fatto illecito, nella specie rilevante, segnatamente, in relazione alla limitazione del diritto al risarcimento del danno della vittima (o dei suoi aventi causa), in funzione del quale diritto l'assicuratore sociale/ente previdenziale può esercitare l'azione di surrogazione ad esso spettante (nel caso all'esame, secondo il diritto tedesco) nei confronti del responsabile civile.

⁵¹ Nella sua dissertazione giovanile, un autore tedesco che, dopo aver discusso e pubblicato la sua ricerca di dottorato, abbandonò (non è dato sapere se indotto a farlo dopo aver sostenuto questa tesi) la carriera accademica per dedicarsi alla politica (divenne in seguito sindaco di Dortmund), mosse dal ritenere che la semplice esistenza di un contratto di assicurazione concluso dal danneggiato potesse costituire un lucro, per postulare in tal modo che tale lucro fosse idoneo, in base alla teorica della *clcd*, a essere

Clcd e surrogazione sono entità logiche, prim'ancora che giuridiche, destinate a escludersi mutualmente, almeno se si è intuitivamente d'accordo nel ritenere che sia il danno a nascere prima dell'assicurazione, e non viceversa.

Irretito da una visione nella quale la logica indennitaria propria dell'assicurazione contro il danno alle «cose», strettamente intrecciata alle virtù calcolatorie del mercato, s'impossessa egemonicamente della visione di un complesso fenomeno giuridico che a questa logica pan-indennitaria non può essere assoggettato, il ragionamento promosso nella coppia di sentenze del giugno 2014 viene riproposto nella quaterna del giugno di tre anni dopo, ove il *revirement* che ci si propone di accreditare riconduce il problema della *clcd* a una imperativa sottrazione contabile necessitata dal principio di indifferenza e governata da una mera visione eziologica del problema legato alla scomputo del beneficio.

A tal fine la quaterna si fa forte di una visione dogmatica del principio di indifferenza desunto dall'art. 1223 c.c.:

[C]he nella stima del danno risarcibile debba tenersi conto dei vantaggi economici procurati alla vittima dall'illecito è principio che discende dal c.d. "principio di indifferenza" del risarcimento. Il principio di indifferenza è la regola in virtù della quale il risarcimento del danno non può rendere la vittima dell'illecito né più ricca, né più povera, di quanto non fosse prima della commissione dell'illecito⁵².

considerato in defalco nella valutazione del danno cagionato dal responsabile, non quale causa di estinzione dell'obbligazione risarcitoria, ma quale circostanza idonea a impedire il venire a esistenza dell'obbligazione stessa per la parte coperta dall'indennizzo assicurativo (E. EICHHOFF, *Über die Compensatio*, cit., 14).

⁵² Cass. civ., ord. 22 giugno 2017, n. 15534; Cass. civ., ord. 22 giugno 2017, n. 15535; Cass. civ., ord. 22 giugno 2017, n. 15536; Cass. civ., ord. 22 giugno 2017, n. 15537, cit. L'affermazione è corroborata spostando, a supporto dell'affermazione del principio, quali «portatrici di un riferimento implicito al principio» le norme che si è visto essere state richiamate nel precedente infruttuoso «assalto» alla *clcd* tentato da Cass. civ. n. 13537/2014 per dar credito a una visione sistematica assunta come propria dal codice civile, mirante ad ammettere la necessità dello scomputo fra danni e benefici non aventi genetica «medesimezza di fonte». La confutazione degli argomenti desumibili dal rinvio a queste norme è stata già operata nel precedente paragrafo di questo ca-

Ora – di là dalla circostanza che, come si è visto, i fautori del *revelment* sembrano voler ipostatizzare la teoria della differenza momm-seniana persino oltre le intenzioni di chi ne concepì presupposti e ambiti applicativi più di 160 anni fa, e che di questa teoria sono ben noti, e non da oggi, i fondamentali limiti⁵³ – va rilevato che tutte le argomen-

pitolo. Desta qualche sorpresa riscontrare che i medesimi riferimenti normativi siano stati ridispiegati per dare questa volta spessore dogmatico al «principio di indifferenza», che sarebbe – se si considera che la quaterna si premura di ricordare fra i referenti normativi del principio anche gli artt. 1909 e 1910 c.c. – un tutt'uno con il principio indennitario dell'assicurazione contro i danni, confermando ancora una volta l'impressione, già anticipata, che i fautori della tesi tendano a ritenere che l'assicurazione, in qualche modo, nasca prima del danno. Un'altra riprova del valore dogmatico del principio di indifferenza – secondo la quaterna – sarebbe nella vigenza del primo comma dell'art. 1224 c.c., ove si stabilisce che nelle obbligazioni pecuniarie gli interessi legali sono dovuti dal giorno della mora «anche se il creditore non prova di aver sofferto alcun danno», a conferma del fatto che la deroga al «principio di indifferenza» richiederebbe una esplicita previsione di legge.

⁵³ Nella sua seducente attitudine a darsi all'interprete quale operazione mentale vestita di una semplicità intuitiva (che proprio perciò è più apparente che reale), la «costruzione concettualistica» propria della teoria differenziale del danno quasi mezzo secolo fa veniva descritta da R. SCOGNAMIGLIO, *Appunti sulla nozione di danno*, in AA.VV., *Studi in onore di Gioacchino Scaduto*, cit., 223-224, e ora in ID., *Responsabilità civile e danno*, cit., 198-199, come oggetto di vivaci obiezioni in dottrina e in sostanziale declino anche nell'esperienza giuridica da cui era originata (e vedi nello stesso senso, enfatizzando come al più della tradizionale teorica differenziale possa sopravvivere l'idea che il concetto di danno sia un concetto di relazione, riferito però al mutamento peggiorativo di un bene e non di un patrimonio, S. PATTI, *Il danno patrimoniale*, in F. BUSNELLI, S. PATTI, *Danno e responsabilità civile*, cit., 11 ss., spec. 15), minata dalla

pretesa di definire un fenomeno reale, qual è il danno, nei termini di un'entità astratta e preconcepita quale è invece il patrimonio. Cosicché da un lato non ne fornisce una valida immagine (...) dall'altro, e quel che è peggio, delinea una nozione che nell'apparente attitudine ad abbracciare in una formula unitaria il danno e la sua entità (conseguenze), risulta in sostanza fuorviante ed equivoca, creando difficoltà ben maggiori di quelle che non contribuisca a risolvere.

Così R. SCOGNAMIGLIO, *Appunti sulla nozione di danno*, cit.

Perché – proseguiva l'Autore – la concezione della sintesi concettuale che s'incarica sul valore dei beni componenti il patrimonio del soggetto interessato dal fenomeno dannoso e, correlativamente, in un danno che si identifica registrando la perdita di tale valore (*ivi*)

tazioni promosse nella quaterna per dar credito all'idea che il fenomeno dannoso sia retto dal principio di indifferenza con il potere di ridurre il problema posto dalla *clcd* all'impiego di una mera formula causale, sono – per usare una figura retorica assai cara a chi spinge per il *revirement* – frutto di vera e propria metonimia teoretico-legislativa.

Si individuano norme sparse nell'ordinamento che sono espressione dell'idea che, per le disparate ragioni sottese alla loro previsione nei singoli contesti considerati, determinate attribuzioni patrimoniali siano chiamate ad essere esplicitamente e singolarmente considerate nel perimetro del danno risarcibile – norme quindi che si spiegano proprio per l'assenza di una concezione del danno che imponga la soluzione da esse voluta in ossequio alla mera formula teorica ricavabile dall'art. 1223 c.c., per desumere da questi richiami legislativi l'idea che quest'ultima norma codicistica sia portatrice di una visione differenziale del danno asservita all'imperativo categorico dell'indifferenza, nella quale il computo del danno si riduce ad un'operazione rigorosamente aritmetica.

appare inficiata da un salto logico, con cui si procede dalla visualizzazione del fenomeno a quella di una sua fase ulteriore ed eventuale: la liquidazione in denaro dell'intero danno risarcibile. Per vero costituisce uno scoperto errore metodologico voler definire un fatto secondo la sola prospettiva delle sue conseguenze (...) Laddove, e per venire al punto, si tratta nella specie di stabilire innanzi tutto cosa sia il danno, e poi quali siano gli effetti dannosi rilevanti (altresì sotto il profilo quantitativo); e di fissare infine i criteri che debbono seguirsi per la loro valutazione in denaro. (...) la stessa determinazione del danno patrimoniale può riuscire difficile, o addirittura impossibile, ove di assuma come referente un fenomeno lato e indifferenziato, quanto flottante nelle sue componenti e nel suo stesso valore di insieme, quale è il patrimonio del soggetto leso.

In tempi più recenti, si è riscontrata in una sintesi manualistica l'emersione dell'«esigenza di superare l'idea – propria della “teoria della differenza” – che la patrimonialità del danno si esaurisca in un dato aritmetico legato al saldo contabile di un patrimonio», per evidenziare che

[I] carattere patrimoniale (e dunque la risarcibilità, ma anche la misura) del danno discende non da un accertamento contabile di un saldo negativo nello “stato patrimoniale” della vittima (come nella versione originaria della “teoria della differenza”); ma della idoneità del fatto lesivo, secondo una valutazione sociale tipica, a determinare in concreto una diminuzione dei valori e delle utilità economiche di cui il danneggiato può disporre.

Così C. SALVI, *La responsabilità civile*², Milano, 2005, 61.

Le cose, invece, sono molto più complesse e articolate di quanto questa operazione ermeneutica giocata sul filo della retorica argomentativa vorrebbe dare a intendere⁵⁴, e basterebbe richiamare il testo del-

⁵⁴ Si vedano, per un'ancor recente visione di insieme, i dati emersi in un convegno, esitato in un volume dal titolo *La quantificazione del danno patrimoniale*, pubblicato dalla rivista *Danno e responsabilità*, Milanofiori, 2010, ove – *inter alia* – i contributi di R. PARDOLESI, *Il diavolo nei dettagli: le molte insidie della quantificazione del danno patrimoniale*, rilevando come il principio della riparazione integrale, che è un modo di essere del principio di indifferenza, sia sfornito di copertura costituzionale (*ivi*, 5); M. FRANZONI, *Il danno patrimoniale*, osservando, di fronte ai sempre più insistiti riferimenti alla necessità di risarcire integralmente il danno, che «il concetto di integralità ha fatto la sua comparsa proprio come monito per evitare liquidazioni irrisorie del danno non patrimoniale alla persona» (*ivi*, 21); G. VILLA, *La quantificazione del danno contrattuale*, rilevando come il funzionamento di due assiomi del risarcimento del danno contrattuale: la teoria differenziale e la risarcibilità dell'interesse positivo siano costretti ad operare in concreto con notevoli margini di approssimazione, perché (*ivi*, 38)

[I]l meccanismo opererebbe con precisione se fosse possibile misurare in modo oggettivo le funzioni di utilità; in questo caso, il risarcimento del danno dovrebbe essere pari ad una somma che, sostituendosi alla prestazione mancata, riporti il creditore al medesimo livello di utilità in cui si sarebbe trovato dopo l'esatta esecuzione del contratto: si tratterebbe in breve di assicurare alla parte delusa una situazione di indifferenza tra il ricevere la prestazione e l'ottenere il risarcimento. È facile comprendere come nell'effettuare simili stime si debba procedere per approssimazioni: non si dispone normalmente di una misura delle funzioni di utilità, così come è difficilmente quantificabile il c.d. surplus del consumatore, ovvero quelle utilità che inducono ad acquisire una prestazione pagandone il prezzo perché essa ha un valore soggettivamente superiore; si è quindi costretti a ricorrere a ciò che si avvicina a questi valori e può essere misurato. Ciò che può essere misurato quindi sono al più le scelte operate nel mercato, sintetizzate dalle curve di domanda, e quindi i prezzi che esse esprimono per prestazioni analoghe o succedanee. Ne consegue che, quando si utilizzano i due canoni basilari della stima del risarcimento, ovvero interesse positivo e teoria differenziale, in realtà si guarda a valutazioni semplificate, necessariamente influenzate dai limiti di prova di alcune poste (anzitutto il lucro cessante) e in molti casi superate dalla irrinunciabile valvola di sicurezza della valutazione equitativa.

G. TRAVAGLINO, *Il danno patrimoniale extracontrattuale*, ritenendo la teoria della differenza del tutto inadeguata a fungere da criterio risarcitorio per i danni non patrimoniali, con gravi limiti palesati anche nel campo del danno patrimoniale (*ivi*, 49, *sub* nota 22):

[È] il caso dei danni arrecati al proprietario (nella specie, da infiltrazioni di acqua proveniente da lastrici solari e imputabili a gravi difetti costruttivi) che, ol-

l'art. 249 BGB, sulla base del quale nel Paese di origine della *Differenzhypothese* viene fondata tutta la teorica della *Vorteilsausgleichung* (che vedremo all'opera giurisprudenzialmente nel capitolo conclusivo di questo studio), per dimostrare come l'afflato differenziale (che – lo si è visto nel secondo capitolo di questo studio – è scolpito nella norma tedesca in modo molto più genuino di quanto dia prova di fare il dispositivo dell'art. 1223 c.c.) non basti affatto a far premio del problema posto dalla *clcd* al risarcimento del danno.

In conclusione, il *revirement* viene giustificato dall'esigenza di dipanare la ineliminabile (e può dirsi: necessaria) complessità del problema della *clcd* in nome di una pratica esigenza semplificatoria assai spiccia ed assertiva, perché la rimeditazione deve «prescindere dalla ricerca spesso illusoria d'una soluzione dogmaticamente perfetta», per trovare «una sistemazione chiara, idonea ai sensi dell'articolo 65 ord. giud. a prevenire le liti e rendere prevedibili le decisioni giudiziarie»⁵⁵.

È paradossale che questa affermazione accompagni un cambiamento che si è voluto promuovere eccitando le acque di un importante spicchio di esperienza giurisprudenziale di diffusissima applicazione prati-

tre a produrre danno emergente (spese per le riparazioni) e lucro cessante (mancato godimento dei frutti), comporta un ulteriore "sacrificio" per il danneggiato: in questo caso si ricorre al cd. danno figurativo, individuato con riferimento al valore locativo della parte di immobile del cui godimento il proprietario è stato privato.

⁵⁵ La dichiarazione d'intenti è ripetuta verbatim in ciascuna delle quattro ordinanze che compongono la quaterna. La nostra giurisprudenza di legittimità non è nuova a cedere alla tentazione di affrontare questioni complesse con ricette inopportunamente semplificanti. È ormai consegnata alla storia, da questo punto di vista, la paternalistica considerazione, rivolta a chi dovrebbe saper fare il giurista di professione, che si volle concludere nell'affermazione

appare opportuno individuare un criterio di massima caratterizzato, nel maggior grado possibile, da omogeneità. L'eccesso di distinzioni di tipo concettuale e formale è sicuramente fonte di difficoltà per gli operatori pratici del diritto, le cui esigenze di certezza meritano di essere tenute nella dovuta considerazione

posta a corredo della soluzione, che tuttora regge l'onere della prova nella responsabilità da inadempimento, formulata da Sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, 707, con nota critica di G. VILLA, *Onere della prova, inadempimento e criteri di razionalità economica*.

ca, che conosceva assetti consolidati nel tempo (peraltro, come abbiamo visto, non intaccati da reali contrasti che potessero essere effettivamente identificati nella giurisprudenza di legittimità), e che ha fin qui costretto il mondo assicurativo e forense a vivere quattro anni di incertezza, con un collegio delle Sezioni Unite scomodato una prima volta invano, centinaia di controversie bloccate sui ruoli dei tribunali italiani e un settore assicurativo tenuto letteralmente sulla corda in attesa che si compiano i tempi e gli effetti dell'inquietudine giurisprudenziale.

Resta, tuttavia, la necessità di mettere a frutto l'analisi svolta fin qui, per definire in modo più preciso il paradigma teorico che dovrebbe continuare ad accompagnare l'invocazione (più che l'applicazione) di un latinismo che il diritto civile italiano ha mutuato dal pensiero giuridico tedesco circa un secolo fa.

CAPITOLO SESTO

LA «GIUSTIZIA» DEL BENEFICIO: INDICAZIONI DAL DIRITTO PRIVATO EUROPEO E NON SOLO

SOMMARIO: 1. *L'elemento giuridico del coordinamento fra danni e benefici: riscontri comparatistici.* 1.1. Germania. 1.2. Olanda. 1.3. Spagna. 1.4. Gran Bretagna. 1.5. Stati Uniti. 1.6. Svezia. 2. *La soluzione accolta nei principi di diritto europeo della responsabilità civile: l'enfasi sulla finalità del beneficio.* 2.1. Principles of European Tort Law. 2.2. Draft Common Frame of Reference. 3. *La «giustizia» del beneficio: riflesso dell'ingiustizia del danno ed espressione della causa dell'attribuzione patrimoniale beneficiale.*

1. L'elemento giuridico del coordinamento fra danni e benefici: riscontri comparatistici

Il disegno delineato dai puntini uniti fin qui è, dunque, chiarissimo.

Può avere le sue sbavature, può essere criticato per aver compiuto alcune forzature nient'affatto secondarie e – come si è visto – intrise di sostanza, che rendono l'ornato argomentativo che giustifica la riconsiderazione del meccanismo valutativo che regge il tradizionale modo di applicare la *clcd* assai meno convincente di come a primo sguardo esso sembra mostrarsi.

E non è un caso che l'opportunità continuare a dotare la *clcd* di una visione necessariamente analitica, che esalti e non annichilisca il criterio della ragione giustificatrice del beneficio collaterale ricevuto dal danneggiato, per accertare se esso sia compatibile o incompatibile con la sua imputazione al risarcimento, abbia trovato di recente autorevoli conferme in dottrina¹.

¹ In tal senso, P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Milano, 2017, 603 ss.; G. DE NOVA, *Intorno alla compensatio lucrum cum damno: considerazioni conclusive*, Relazione al convegno dedicato al tema svoltosi nell'Aula Magna

Ogni dialettica argomentativa rischia però di restare fine a sé stessa, se non propone soluzioni al problema che alimenta il contendere. Ci vuole, insomma, la *pars construens*.

La prospettiva storica e la comparazione sono molto importanti per abbozzare gli elementi di un disegno che riconosca alla *clcd* italiana un volto alternativo a quello che un orientamento fin qui minoritario in seno alla giurisprudenza di legittimità vorrebbe imporgli, e al tempo stesso differente (nella giustificazione, non negli effetti) rispetto all'indefinito criterio del «titolo» che dal dopoguerra è stato assunto a modello per dar senso applicativo al latinismo.

Di questo sembrano essere stati consapevoli anche i fautori del *revirement* sottoposto nel giugno 2017 alla valutazione dei massimi consensi di nomofilachia delle giurisdizioni italiane.

Si è visto infatti come nella quaterna di ordinanze della S.C. la storia sia stata usata con una generosità che certamente non è comune nello stile motivazionale dei giudici di legittimità, per puntellare il ragionamento messo a punto e condiviso in quel pacchetto di ordinanze.

E si è visto anche – e nei capitoli che precedono si spera di aver offerto sufficienti elementi di riflessione per valutare la infondatezza dei richiami storici operati dalla terza sezione – come la storia vada usata con estrema circospezione quando si è tentati di proiettare le proprie convinzioni a ritroso nel pensiero giuridico, utilizzando argomenti di taglio storico per dimostrare (addirittura) che un pensiero giuridico condiviso per un assai ampio arco di tempo da una riflessione civilistica fittamente alimentata dal dialogo fra dottrina e giurisprudenza, abbia lungamente errato nell'inquadrare e nel dare una certa soluzione ad un problema di vasto respiro concettuale e di somma importanza pratica come quello che in Italia si è imparato ad evocare ricorrendo alla locuzione *clcd*.

Può darsi che una intera esperienza giuridica abbia commesso (e abbia perseverato per svariati decenni nel reiterare) questo marchiano errore.

della Corte di Cassazione il 31 gennaio 2018, in rete: http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/Relazione_Prof_DE_NOVA_Giorgio.pdf.

Ma, riportando alla sua formulazione originaria il detto reso celebre da Ascarelli e Gorla, «history involves comparison»².

La comparazione, in altre parole, può fungere da decisivo liquido di contrasto per verificare se la storia e il modo di gestire un medesimo problema in varie epifanie della tradizione giuridica occidentale effettivamente convergano nella direzione indicata dai fautori del *revirement*, offrendo conferma dell'errore che questi ultimi rimproverano ad un'esperienza giuridica evolutasi per decenni nel dialogo fra giudici e dottori senza avvedersi di aver travisato le corrette coordinate per risolvere il problema, che pure la storia *avrebbe* fornito loro.

Va da sé che l'economia di questo studio impone di limitare l'analisi comparativa svolgibile in questa sede, concentrandola su cenni all'esperienza tedesca, olandese e spagnola, e a richiami alle soluzioni invalse nei principali sistemi di common law, oltre che nel sistema che rappresenta un'aspirazione ideale quando si allude a un welfare che funziona, come quello svedese, senza naturalmente dimenticare di dar conto – ma lo si farà in un segmento a parte – delle visioni sul problema offerte dal diritto privato europeo e descritte nei principali progetti dottrinali di uniformizzazione.

1.1. Germania

Si era lasciato il diritto tedesco – da cui tutto origina quando si parla di *clcd* – all'indomani della promulgazione del BGB, quando il senso normativo associato alla formula latina era stato precompreso nella formulazione del § 249 BGB, avviando la ricca parabola giurisprudenziale.

² Lo ha ricordato qualche tempo fa A. SOMMA, *Giochi senza frontiere. Diritto comparato e tradizione giuridica*, in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, XXXVII, 2004, 169, spec. 169-70, avendo cura di puntualizzare che questa massima originaria si deve a F.W. MAITLAND, *Why the History of English Law is Not Written*, in H.A.L. FISHER (ed.), *The Collected Papers of Frederic William Maitland*, vol. 1, 1911, 488, mentre il suo (oggi forse ancor più) noto ribaltamento va ascritto a T. ASCARELLI, *Premesse allo studio del diritto comparato* (1945), in *Id.*, *Saggi giuridici*, Milano, 1949, 12, e venne poi consacrato da G. GORLA, voce *Diritto comparato*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 930, *sub* nota 5.

ziale che sarebbe stata conosciuta dalla *Vorteilsausgleichung* nell'ultimo secolo dello scorso millennio.

La storia dei *Vorteile* (vantaggi) nell'evoluzione della risarcibilità del danno amministrato dalla responsabilità civile tedesca è una storia come sempre ben organizzata in *Fallgruppen*³, che trovano usualmente modo di essere censiti nei periodici aggiornamenti dei commentari del codice civile⁴.

In dottrina e giurisprudenza, nella caleidoscopicità fattuale che caratterizza lo spettro delle applicazioni giurisprudenziali della regola, sono condivisi alcuni punti fermi.

La *Vorteilsausgleichung* è, infatti, generalmente tenuta distinta dalla mera tecnica della quantificazione del danno, anche perché il fraseggio assai preciso del § 249 BGB aiuta a mettere a fuoco che il vantaggio il più delle volte si caratterizza per essere una circostanza (*Umstand*) separata, che certo si collega al danno, ma che a rigore non può essere considerata una parte costitutiva della nozione di danno oggetto dell'obbligo di risarcimento⁵.

Ma ciò che più conta, specialmente a fini pratici, è la condivisione che si registra (in dottrina come in giurisprudenza) intorno all'idea che la causalità da sola non basti a spiegare e (soprattutto a) mettere in pratica gli effetti di questo istituto⁶.

³ Analizza in che modo la dottrina tedesca ha impiegato la tecnica del raggruppamento di casi giurisprudenziali simili per dare respiro applicativo alle clausole generali nel diritto civile tedesco, S. PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, Milano, 2013, 37 ss.

⁴ Per limitarsi ai più noti: C. GRÜNEBERG, *Vorbem vor § 249*, in O. PALANDT, *BGB*, München, 2015, par. 67 ss.; J. EKKENGA, T. KUNTZ, *Zum § 249*, in H.-T. SOERGEL, *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, vol. 3/2, Stuttgart, 2014, par. 279 ss.; U. MAGNUS, *Vorbemerkung zu §§ 249-255*, in *Nomos Kommentar zum BGB*, vol. 2/1, Baden-Baden, 2012, par. 116 ss.; G. SCHIEMANN, § 249, in J. VON STAUDINGER, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Berlin, 2004, par. 132 ss.; D. MEDICUS, S. LORENZ, *Schuldrecht I. Allgemeiner Teil*, München, 2012, par. 646 ss.

⁵ H. LANGE, G. SCHIEMANN, *Schadensersatz*, Tübingen, 2003, § 9 I.2.

⁶ Per la considerazione esplicita dello scopo del vantaggio, promossa attraverso il prisma della buona fede, K. CANTZLER, *Die Vorteilsausgleichung bei Schadensersatzanspruch*, in *Archiv für die zivilistische Praxis*, 156, 1957, 29, spec. 51 ss. Insistette sulla necessità di impostare questa valutazione sul parametro della *Treu und Glauben*,

Dopo le feconde meditazioni teorico-speculative che la *clcd* aveva ricevuto dagli autori tedeschi a cavallo dell'entrata in vigore del BGB (come si è visto nel primo capitolo), in una prima fase i giudici del *Reich* imperiale mostrarono di seguire schemi di ragionamento che impostavano la soluzione dei casi su un mero registro causale, ispirandosi a criteri di causalità adeguata⁷.

Già prima della guerra, tuttavia, il RGZ ebbe modo di chiarire che il responsabile della morte di un marito non può invocare in detrazione dal suo obbligo risarcitorio le somme ricevute dalla vedova per effetto di un contratto di assicurazione concluso dal datore di lavoro, proprio facendo leva sull'analisi delle finalità perseguite dal datore di lavoro con la conclusione del contratto assicurativo e sulla necessità di riconoscere che tali finalità rendevano priva di giustificazione la pretesa del responsabile di avvantaggiarsi del beneficio che pure sotto un profilo di causalità materiale appariva determinato dalla sua condotta illecita⁸.

Ma, a partire dal dopoguerra, la giurisprudenza del *Bundesgerichtshof*, mossa da una rinnovata sensibilità, ispirata ai nuovi valori della Costituzione repubblicana federale, ha pienamente realizzato che la prospettiva causale non basta, e che la rilevanza dei vantaggi chiede di essere accertata alla luce di un criterio aggiuntivo, che consenta di valorizzare esplicitamente gli interessi in gioco nella soluzione del problema, con la possibilità di istituire, quando occorra, un contemperamento fra questi interessi: quanto dire che «*Maßgeblich ist eine wertende Betrachtung, nicht eine rein kausale Sicht*»; decisiva è una *considerazione giuridica del problema, non una mera veduta causale*⁹.

Vi è sempre spazio – come da ultimo ribadito dal BGH, ammettendo che un rimborso parziale del prezzo conseguente a un ritardo eccessivo del volo potesse cumularsi col risarcimento previsto dall'art. 12 del Reg. (CE) n. 261/2004 – per una valutazione analitica che, sulla base

soprattutto J. ESSER, *Schuldrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil*, Karlsruhe, 1960, § 63, 6a.

⁷ Si veda RGZ, 28 ottobre 1912, 80, 155, spec. 160; oppure RGZ, 17 aprile 1914, 84, 386, spec. 388.

⁸ Si veda RGZ, 10 gennaio 1935, in *JW*, 1935, 769.

⁹ In questi termini BGH, 15 dicembre 1988, in *NJW*, 1989, 2117.

della buona fede, orienti a giustizia l'equilibrio degli interessi delle parti in conflitto sulla pretesa di defalcare il beneficio dal danno¹⁰.

Questa consapevolezza critica trova voce nella rilevanza attribuita dalle corti a vari criteri analitici che offrono una guida sicura nel risolvere caso per caso il problema posto dalla *Vorteilsausgleichung*.

Il primo di essi è il requisito della congruenza fra danno e vantaggio. I due elementi devono, infatti, rivelare un «innerer Zusammenhang»¹¹, devono, cioè, prospettarsi all'interprete del problema in modo tale da formare sul piano della valutazione giuridica (e non meramente contabile) una singola unità di computo (*Rechnungseinheit*)¹², come si è rite-

¹⁰ Così, in termini oltremodo espliciti, BGH, 30 settembre 2014, in *NJW*, 2015, 553:

Die Rechtsprechung hat daher die Anrechnung eines Vorteils davon abhängig gemacht, ob sie im Einzelfall nach Sinn und Zweck des Schadensersatzrechts unter Berücksichtigung der gesamten Interessenlage der Beteiligten nach Treu und Glauben dem Geschädigten zugemutet werden kann. Dieses wertende Merkmal ist für die Frage, ob ein Vorteil anzurechnen ist oder dem Schädiger zugute kommen soll, das entscheidende Kriterium.

La buona fede sanziona un giudizio di immeritevolezza nell'allocazione del beneficio, cui consegue l'operare della *Vorteilsausgleichung*:

Der Vorteilsausgleich beruht auf dem Gedanken von Treu und Glauben (242 BGB) und erfordert eine wertende Betrachtung (BGHZ 173, 83 = *NJW* 2007, 2695 Rn. 18 mwN). Für die Kl. wäre es ein unverdienter Vorteil, wenn sie die ohnehin vorgesehenen Sanierungsarbeiten teilweise auf Kosten der Bekl. durchführen könnte.

In questi termini, eloquente sulla rilevanza della buona fede nella valutazione sull'idoneità del beneficio ad essere defalcato dal danno, BGH, 4 aprile 2014, in *NJW*, 2015, 468.

¹¹ La fortuna giurisprudenziale conosciuta da questa formula si deve alla elaborazione proposta da W. THIELE, *Gedanken Zur Vorteilsausgleichung*, in *Archiv für die zivilistische Praxis*, 167, 1967, 191, spec. 193 ss. e 201 ss.

¹² In questa formula valutativa confluiscono elementi tesi ad accertare se sia giusto e ragionevole ritenere che il vantaggio in questione possa essere scomputato dal danno:

Danach sind nicht alle Vorteile berücksichtigungsfähig, die durch die Nichterfüllung adäquat kausal verursacht wurden, sondern nur solche, deren Anrechnung dem Sinn und Zweck der Schadensersatzpflicht entspricht, d.h. den Geschädigten nicht unzumutbar belastet und den Schädiger nicht unbillig begünstigt.

Così BGH, 6 giugno 1997, in *NJW*, 1997, 2378, ove la precisazione che: «Diese „Rechnungseinheit“ ist nicht die Folge einer bestimmten Art der Schadensberechnung,

nuto che non avvenga se un meccanico, infortunatosi in conseguenza di un illecito, acquisisca una formazione che gli consenta di diventare odontotecnico, ottenendo una retribuzione più lusinghiera di quella perduta in conseguenza dell'invalidità riportata a causa dell'illecito¹³.

Chiarissima l'idea, sorretta dall'inevitabile riferimento alla buona fede, emergente dalla considerazione che il *sacrificio* di un meccanico – il quale, nonostante l'invalidità permanente cagionatagli dall'illecito, aveva saputo adattarsi alla nuova professione – non può tradursi in un vantaggio per l'autore dell'illecito, inducendo la corte a sottrarre dal danno risarcibile il maggior reddito conseguito dal danneggiato facendo l'odontotecnico¹⁴.

Parzialmente connessa a quest'ordine di ragionamenti è la circostanza che, nel sistema giuridico cui storicamente si deve la messa punto della *clcd*, si rifiuti in modo categorico di far operare la *Vorteilsausgleichung* fra danni materiali e immateriali¹⁵.

sondern das Ergebnis einer wertenden Zuordnung von bestimmten Vor- und Nachteilen aus dem Schadensereignis».

¹³ Nel tirare le fila del denso dibattito svoltosi in occasione dell'incontro di studio tenutosi a Roma il 31 gennaio 2018 presso l'Aula Magna della Corte di Cassazione per discutere il tema rimesso alla valutazione delle Sezioni Unite dopo la quaterna di ordinanze depositate dalla terza sezione della Corte nel giugno 2017, Giorgio De Nova, sviluppando felicemente il senso di un esempio svolto in P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio danno*, Milano, 2017, 604, ha evocato Silvio Pellico, chiedendosi se sia opportuno ritenere che i proventi de «Le mie prigioni» avrebbero dovuto essere portati in detrazione dal danno che Pellico avrebbe potuto lamentare nei confronti di Metternich per l'ingiusta e crudele carcerazione subita nei dieci lunghi anni trascorsi nelle segrete della fortezza di Spielberg.

¹⁴ Così, infatti, BGH, 2 giugno 1987, in *NJW*, 1987, 2741:

Die im Bereich des Schadenersatzrechts entwickelten Grundsätze der Vorteilsausgleichung beruhen auf dem Gedanken, daß sich der Geschädigte – jedenfalls in gewissem Umfang – diejenigen Vorteile anrechnen lassen muß, die mit dem Schadensereignis “korrespondieren”, d.h. die ihm im Zusammenhang mit diesem Ereignis in einer Weise zugeflossen sind, daß ihre Anrechnung nach dem Sinn des Schadenersatzrechts mit dem Zweck des Ersatzanspruchs übereinstimmt; die Anrechnung muß dem Geschädigten unter Berücksichtigung der gesamten Interessenlage nach Treu und Glauben zumutbar sein und darf den Schädiger nicht unangemessen entlasten.

¹⁵ Sul punto, tenendo ferma la non meccanica rapportabilità dello *Schmerzensgeld* al nostro concetto di danno non patrimoniale, si segnala la recente analisi di D. ERM,

Sempre nello spazio valutativo che non è in grado di trovare espressione in un puro apprezzamento causale del rapporto fra danno e beneficio, se non al prezzo di prendere consapevole commiato dalla teoria condizionalistica, si colloca l'idea di valorizzare esplicitamente la circostanza che il defalco possa premiare ingiustamente il responsabile, con la possibilità di attribuire rilievo allo scopo della norma violata dal responsabile, che quindi induce a scrutinare lo *Zweck des Ersatzanspruchs*.

Proprio come si è ritenuto nel caso di un direttore di banca, chiamato a rispondere dei danni cagionati per aver illegittimamente ritardato l'avvio di una procedura di fallimento, laddove – per non premiare la violazione delle norme presidianti l'obbligo disatteso dal direttore di banca – quest'ultimo non è stato ammesso a sottrarre dal risarcimento i proventi, che pure lui aveva dimostrato di aver effettivamente corrisposto in nero al danneggiato prima della bancarotta¹⁶.

Vorteilsanrechnung beim Schmerzensgeld - ein Beitrag zur Fortentwicklung des Schadens(ersatz)rechts, Karlsruhe, 2013, spec. 27 ss.

¹⁶ Eloquentemente in tal senso la sentenza in questione (BGH, 12 marzo 2007, in *NJW*, 2007, 3130):

Die im Bereich des Schadensersatzrechts entwickelten Grundsätze der Vorteilsausgleichung beruhen auf dem Gedanken, dass dem Geschädigten – jedenfalls in gewissem Umfang – diejenigen Vorteile zuzurechnen sind, die ihm in adäquatem Zusammenhang mit dem Schadensereignis zufließen. Angesichts der dem Gesetz zugrunde liegenden Differenzhypothese ist jeweils klärungsbedürftig, ob die dem Geschädigten zufließenden Vorteile auf den Schadensersatzanspruch anzurechnen sind, sie also den Schädiger entlasten. Es soll damit ein gerechter Ausgleich zwischen den bei einem Schadensfall widerstreitenden Interessen herbeigeführt werden. Dazu reicht nicht aus, dass der aus dem schädigenden Ereignis herrührende Vorteil – wie hier unzweifelhaft ist und wie das Berufungsgericht richtig angenommen hat – durch dieses adäquat-kausal verursacht worden ist. Zu der Adäquanz des Vorteils muss hinzutreten, dass die Anrechnung dem Zweck der Ersatzpflicht entspricht. Insbesondere ist eine unbillige Entlastung des Schädigers zu vermeiden. Vor- und Nachteile müssen bei wertender Betrachtungsweise gleichsam zu einer Rechnungseinheit verbunden sein.

1.2. Olanda

Anche in Olanda l'operare della *Voordeelstoerekening* – letteralmente: «allocazione dei benefici», in una definizione, che, quindi, allude senza infingimenti alla necessità di scegliere se allocare fra creditore e debitore dell'obbligazione risarcitoria il beneficio, quando quest'ultimo consegua al danno – è ispirato in modo esplicito a un «normatieve element» che si sovrappone necessariamente all'applicazione dei puri registri causali.

Occorre tenere presente che nell'ancor giovane e moderno codice civile olandese la necessità di apprezzare i vantaggi nel computo del danno non è data per scontata o in qualche altra misura presupposta nel pensiero dottrinale, ma è scandita a chiare lettere nel disposto dell'art. 100 del libro sesto del BW (*Burgerlijk Wetboek*), che, peraltro, con la locuzione «voor zover dit redelijk» («per quanto appaia ragionevole») canonizza sul piano legislativo la necessità che un criterio di ragionevolezza debba guidare le valutazioni compiute dall'interprete¹⁷.

Un canone che ha indotto la *Hoge Raad* ad avallare in un caso di *wrongful birth* l'idea che danni e benefici siano metaforicamente e concettualmente messi allo specchio, con la conseguenza di sancire che la compensabilità possa solo darsi fra entità caratterizzate dalla medesima natura, per cui un danno non patrimoniale (*immateriële schade*) può essere defalcato solo al ricorrere di un beneficio di pari natura (*immateriële voordelen*)¹⁸.

1.3. Spagna

Non diversamente che in Italia, in Spagna – ove, come si è già visto nel secondo capitolo, la *clcd* prese a circolare nei discorsi intessuti dai

¹⁷ Ma già molti anni prima della codificazione del 1992, la migliore dottrina olandese aveva sottolineato la necessità di valutare esplicitamente l'opportunità di procedere al defalco, alla luce di un canone di ragionevolezza che tenesse conto della necessità di non attribuire vantaggi al danneggiante, evocando in senso assai lato la massima inglese «the torfeasor must take his victim as he finds him», A.R. BLOEMBERGEN, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad*, Deventer, 1965, 222.

¹⁸ HR, 21 febbraio 1997, in *Nederlandse Jurisprudentie*, 1999, 145.

civilisti iberici intorno all'art. 1106 del *codigo civil*, sulla scia delle note concettualizzazioni sviluppate dagli autori tedeschi – in linea generale la dottrina riconosce la «compensación de beneficios» quando i benefici siano conseguenza diretta dell'evento dannoso e abbiano la medesima causa¹⁹.

Il requisito della *finalidad* prende, però, corpo nell'idea di non ammettere la deducibilità del beneficio dal danno quando il beneficio sia espressione di «prestaciones que recompensan», a differenza di quanto accade quando il beneficio identifichi «prestaciones que compensan»²⁰.

Nel suffisso «re-» su cui, in un gioco di parole ai limiti dell'evanescenza, prende forma una dicotomia di puro stampo dottrinale, si condensa l'idea di ritenere giusto, perché giustificato sul piano della causa dell'attribuzione, impedire l'operare della *clcd* in presenza di pensioni militari straordinarie²¹, oppure nel caso degli aiuti di Stato alle vittime di delitti violenti e contro la libertà sessuale²², o nell'ipotesi di aiuti

¹⁹ L. DIEZ-PICAZO, *Derecho de daños*, Madrid, 1999, 320; M. YZQUIERDO TOLSA-DA, *Sistema de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual*, Madrid, 2001, 498.

²⁰ Come sottolinea nella sua recente analisi, M. MEDINA CRESPO, *La compensación del beneficio obtenido a partir del daño padecido. Aplicación del principio «compensatio lucri cum damno» en el Derecho de daños*, Barcelona, 2015, 212:

(...) a los efectos de efectuar la computación reductora de las ventajas conseguidas, hay que dilucidar si las ayudas estatales proporcionadas sirven para reparar mezcladamente perjuicios de una y otra índole, con desconocimiento del principio institucional de la vertebración perjudicial; y hay que verificar si esas ayudas corresponden a recompensas que no compensan y que, por definición, no puede ser objeto de computación reductora.

²¹ Per l'analisi della casistica giurisprudenziale che ha provveduto a verificare la natura di ricompensa, con l'effetto di escludere la *clcd* nel caso delle pensioni previste dal Decreto 1211/1972, del 13 aprile 1972, recante «Texto Refundido de Ley de Derechos Pasivos del Personal Militar y Asimilado de las Fuerzas Armadas, Guardia Civil y Policía Armada», M. MEDINA CRESPO, *La compensación del beneficio*, cit., 214-24.

²² La Ley 35/1995, dell'11 dicembre 1995, recante «ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual», prevede però esplicitamente la surrogazione dello Stato beneficiante per l'importo delle provvidenze attribuite alle vittime in base alla legge.

concessi per solidarietà e giustizia alle vittime del terrorismo²³, o nel caso dell'indennizzazione dei partecipanti ad operazioni militari internazionali²⁴.

1.4. *Gran Bretagna*

Non sorprendentemente (si dirà), il problema sotteso alla *clcd* nel *common law* inglese non viene affrontato muovendo dalla formalizzazione di un principio da testare in varie soluzioni, ma è risolto in varie soluzioni dai cui esiti è faticosamente possibile estrapolare i punti fermi di un terreno di confronto argomentativo.

²³ Le prestazioni beneficali concesse dallo Stato, quali «Ayudas a los afectados por delitos de terrorismo», in base all'art. 93 e ss. della Ley 13/1996, del 30 dicembre 1996, recante «Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social», hanno determinato un problema di *clcd* legato alla previsione dell'art. 94.7, ove si prevede che

[L]os resarcimientos por daños corporales previstos en los números anteriores serán compatibles con cualesquiera otros a que tuvieran derecho las víctimas o sus causahabientes, pudiéndose conceder, durante la tramitación de los procedimientos de reconocimiento de los resarcimientos, y en las condiciones que reglamentariamente se determinen, cantidades a cuenta de las que definitivamente correspondan a los beneficiarios.

Il problema è stato risolto in via giurisprudenziale affermando la natura solidaristica delle «prestaciones que recompensan» attribuite dallo Stato nella circostanza, solleccitando accesi dibattiti in dottrina (J.L. MURGA MUNÓZ, *Novedades en la responsabilidad del Estado por actos de terrorismo y su relación con otros sistemas de responsabilidad de las Administraciones Públicas*, in AA.Vv., *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI*, Valencia, 2000, 1741, 1756-57). Emanata in esito al lungo dibattito seguito ai tragici fatti di Madrid del 2004, la più recente Ley 29/2011, del 22 settembre 2011, recante «Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo», ha modificato i termini del problema, prevedendo esplicitamente all'art. 21 un dispositivo surrogatorio a vantaggio dello Stato erogante le prestazioni beneficali, con la previsione che le vittime conservino il diritto al danno differenziale eventualmente reclamabile nei confronti dei responsabili dell'atto terroristico.

²⁴ Il Real Decreto-Ley 8/2004, del 5 novembre 2004, recante «Indemnizaciones a los participantes en operaciones internacionales de paz y seguridad», è in realtà corredato dall'esplicita previsione (art. 6.1), che le somme oggetto dell'indennizzo possano cumularsi con qualsiasi somma percepita dal beneficiario a titolo di pensioni, altre provvidenze o di risarcimento del danno da parte del responsabile dell'incidente occorso.

In questo ambito, l'idea guida della *full compensation*²⁵, nella *personal injury law* prende atto dei suoi ontologici limiti ripristinatori e della dimensione fiabesca che aleggia in chi davvero pensi che al giudice tocchi scoprire la cifra esatta al centesimo che ogni vicenda risarcitoria, al termine del suo compiersi, rivelerà essere misura precisa del «non uno di più, non uno di meno» del caso. E si riposiziona sul più realistico obiettivo di procurare al danneggiato «a fair, reasonable and just compensation»²⁶.

Questa idea ha dovuto confrontarsi con l'eventualità che l'evento dannoso metta in moto trasferimenti di ricchezza destinati ad assolvere questa funzione per motivi diversi da quelli che obbligano il *tortfeasor* a ricostituire la ricchezza perduta dal danneggiato.

Nella dialettica delle corti inglesi il problema di coordinare col danno i benefici che, conseguendo all'evento dannoso, entrano nel patrimonio del danneggiato, è stato risolto mostrando attenzione per una sintesi di giustizia, ragionevolezza e sensibilità in termini di *policy*²⁷, a ridosso della quale si sono date visioni intensamente politiche che, però, i Lords sono stati attenti a non rendere mai esplicite.

L'idea che la causa del trasferimento di ricchezza, sotteso al beneficio, sia riconducibile al sacrificio della parte che di questo beneficio si avvale quando si tratti di determinare il danno risarcibile, evocata per mantenere la piena spettanza del beneficio al danneggiato²⁸, è stata così

²⁵ Accolta – non senza preoccuparsi di inserire l'inciso «so far as money can do it» – quale principio della *law of contract* fin dalla famosa locazione mancata su cui ragionò Baron Parke, in *Robinson v. Harman* (1848) 154 ER 363, 365, la regola della riparazione integrale trasmutò sul palcoscenico della tutela offerta alla proprietà dai *torts* nella prosa di Lord Blackburn in *Livingstone v. Rawyards Coal co.* (1880) 5 App. Cas., 25, 29.

²⁶ In *Rowley v. London and North Western Ry. Co.* (1873) LR 8 Exch. 221, 231.

²⁷ Come si è avuto modo di verificare in una sentenza che si è già ricordata, in *Parry v. Cleaver*, cit., 13, Lord Reid non esitò a riassumere l'idea, chiosando: «[T]he common law has treated this matter as one depending on justice, reasonableness and public policy».

²⁸ Così, si è osservato che una:

(...) convincing policy reason for the non-deductibility of insurance payments is thus that the victim has 'paid for' the benefits which he now receives, whether through the payment of insurance premiums or occupational pension con-

sottoposta a rilievi critici incapaci di trovare un limite nella vigenza di un valore normativo sovraordinato, cui riferire la solidarietà incarnata nella collettività dei *tax-payers*²⁹.

tributions, or simply through past service for his employer. At the very least, then, the benefit should not go to the tortfeasor (or his insurer) in the form of a reduced damage award.

Così S. DEAKIN, B. MARKESINIS, A. JOHNSTON, *Tort Law*⁷, Oxford-New York, 2013, 809.

²⁹ È, in fondo, una reinterpretazione «politica» di questa idea di giustizia che ha fatto sì che in *Hodgson v. Trapp* [1988] *UKHL* 9, la *House of Lords*, nella elegante prosa di Lord Bridge of Harwich, affermasse che, in linea generale, quando si tratta di stabilire i danni aventi natura puramente economica seguiti a un illecito, in quanto frutto della perdita di un guadagno che il danneggiato avrebbe conseguito, se non fosse stato vittima dall'illecito, sia ragionevole partire dall'idea che tali benefici debbano essere defalcati dalla richiesta di danni economici promossa dal danneggiato, salvo osservare che la regola non possa giustificarsi quando il danneggiato riceva un'indennità conseguente a una copertura assicurativa per la quale egli ha pagato il premio [soluzione anticamente adottata in *Bradburn v. Great Western Railway Co.* (1864) *L.R.* 10 Ex. 1, ove l'idea di detrarre il premio del beneficiario di una polizza infortuni dal computo del risarcimento dovuto dal responsabile fu senza mezzi termini dipinta come «the most unreasonable thing in the world»], ovvero somme donategli per spirito di benevolenza e solidarietà da terzi sensibili al suo stato di bisogno [come sancito in *Redpath v. Belfast and County Down Railway* (1947) *N.I.* 147]. Lord Bridge, però, si spinse a riconsiderare il convincimento che aveva indotto Lord Reid (in *Parry v. Cleaver*, cit.), a dubitare che, in assenza di un'esplicita previsione sul punto individuata dallo strumento legislativo che regge l'erogazione, le varie misure del *welfare state* inglese fossero state concepite dal Parlamento accogliendo l'idea che le risorse della collettività allocate attraverso il beneficio potessero finire per tradursi in un beneficio per il responsabile dell'illecito. La metafora – che indirettamente Lord Reid aveva istituito nella sua *opinion* del 1969 – di uno Stato che agisce come un privato benefattore, con la necessità di verificare caso per caso se, dall'interpretazione complessiva del testo di legge conferente la prestazione, tale beneficiabilità potesse essere confermata, alla fine degli anni Ottanta parve a Lord Bridge esser divenuta poco persuasiva:

[I]n these cases is not so much one of statutory construction as of public policy. If we have regard to the realities, awards of damages for personal injuries are met from the insurance premiums payable by motorists, employers, occupiers of property, professional men and others. Statutory benefits payable to those in need by reason of impecuniosity or disability are met by the taxpayer. In this context to ask whether the taxpayer, as the “benevolent donor”, intends to benefit “the wrongdoer” as represented by the insurer who meets the claim at the

Nessun dubbio, in ogni caso, che nella terra che ha preso commiato dal «sogno europeo» l'indennizzo assicurativo spettante al danneggiato per effetto di un'assicurazione infortuni per la quale quest'ultimo abbia corrisposto i premi non possa mai essere oggetto di defalco nel quantificare il danno dovuto da chi debba rispondere civilmente dell'infortunio³⁰.

I *dicta* delle corti di *common law* hanno certamente avuto il loro peso nella definizione casistico-argomentativa del problema generale su cui ragioniamo, ma è un fatto che la deducibilità dei benefici concessi alla vittima di un incidente dal *welfare state* inglese, quando l'incidente sia ascrivibile al responsabile di un illecito, sia, oggi più che mai, affidata alle cure, oltremodo puntigliose, del legislatore³¹.

expense of the appropriate class of policy holders, seems to me entirely artificial.

Così, Hodgson v. Trapp, cit.

Hodgson v. Trapp si conclude, pertanto, affermando la necessità di defalcare le somme ricevute a titolo di indennità di accompagnamento e mobilità dalla vittima di un incidente stradale rimasta in stato vegetativo, dall'importo che la vittima aveva visto riconosciute a suo favore quale danno emergente futuro discendente dalle spese di cura.

³⁰ Regola reiterata in Parry v. Cleaver, cit., 14; Hodgson v. Trapp, cit., 819; e più di recente in Hussai v. New Taplow Paper Mills, [1998] A.C. 514, 527. E anche un paladino del controllo legislativo teso a evitare la *double recovery* del danneggiato è costretto ad ammettere che l'assicurazione c.d. «first party» contro gli infortuni non ammette una visione indennitaria del problema, tesa a favorire dinamiche di scomputo:

After all, what is a leg, arm or life worth? The sums must be artificial - there are no market values. If a plaintiff suffers paraplegia in a car crash, even though he recovers both damages in tort and accident insurance moneys, it is difficult to assert that he has been overcompensated given that no precise market value can be placed upon his pain and suffering and loss of amenity. Nor can we suggest, as we could with property insurance, that the cumulation of payment provides an incentive for the injury to be caused, and is thus a temptation to fraud; self-mutilation in order to obtain insurance moneys remains unknown, whereas arson to one's own property is relatively common.

Così, R. LEWIS, *Deducting collateral benefits from damages: principle and policy*, 18 *Leg. Stud.*, 1998, 15, 26.

³¹ Può essere significativo annotare come solo in tempi recenti la *scholarship* inglese abbia provveduto, prima a denunciare esplicitamente (A. BURROWS, *The Relationship Between Common Law and Statute in the Law of Obligations*, [2012] 128 *L.Q.R.* 232), e poi a recuperare (si vedano in contributi raccolti in T.T. ARVIN,

Dal *Law Reform (Personal Injuries) Act* del 1948³², passando per il *Social Security Act* del 1989, fino al vigente *Social Security (Recovery of Benefits) Act* del 1997 (SSRBA) –, in una dinamica che ha visto per anni lievitare il livello complessivo delle prestazioni sociali garantite ai cittadini inglesi³³ – l'attenzione legislativa per il coordinamento fra le risorse erogate dal sistema e l'estensione dei danni reclamabili in giudi-

J. STEELE, *Tort Law and Legislature. Common Law, Statute and Dynamics of Legal Change*, Oxford, 2013) il ritardo accumulato nel realizzare a livello sistematico la decisiva influenza che il *statute law* ha manifestato dal dopoguerra in poi sulle dinamiche evolutive del *common law of torts*. Per converso, la *social security law* inglese identifica un riconosciuto paradigma di complessità giuridica, oggetto di non meno complesse analisi accademiche, che in tempi recenti hanno accompagnato la realizzazione dell'idea che la selva di provvidenze e benefici garantita ai cittadini inglesi dovesse essere disboscata, come avvenuto nel 2013, con l'introduzione del sistema del c.d. «universal credit», nel quale hanno trovato riorganizzazione vari sottosistemi del welfare britannico. Sul tema, N. HARRIS, *Law in a Complex State: Complexity in the Law & Structure of Welfare*, Oxford, 2013, *passim*.

³² Il problema del *double recovery* del danneggiato/beneficiario fu avvertito fin dalla prima stesura del celebre *Beveridge Report* del 1942, ove si convenne sulla necessità di approfondire la questione in uno studio specifico che vide la luce nel 1946 (anno in cui il c.d. *Monkton Committee* pubblicò il *Report of the Inter-Departmental Committee on Alternative Remedies*). Tali rapporti, opera di *Law Commissions* composte da giudici, avvocati, accademici ed esponenti del mondo assicurativo e dell'amministrazione hanno in seguito continuato a essere redatti periodicamente, ponendosi a base delle modifiche legislative intervenute fino all'ultima riforma organica del settore del 1997. Per approfondimenti, R. LEWIS, *Deducting Benefits from Damages for Personal Injuries*, Oxford-New York, 1999, 7 ss. e 117 ss.

Lo studioso che più di tutti ha preparato il terreno sul piano accademico perché la dinamica legislativa in discorso si compisse – fra l'altro, nel medesimo anno in cui fu dato alle stampe da questo stesso Autore un celebre pamphlet contro le iniquità prodotte dal sistema della responsabilità civile inglese – è Patrick Selim Atiyah (cui si deve l'ormai classico *The Damages Lottery*, Oxford, 1997), il quale aveva avviato la sua opera di coagulazione del consenso intorno a una visione legislativa del problema della *compensation law*, con la prima edizione del suo classico, oggi giunto all'ottava edizione, *Accidents, Compensation and the Law*, London, 1970.

³³ Il costo legato al mantenimento delle prestazioni del sistema di welfare in Gran Bretagna è a tutt'oggi assai consistente, se si considera che esso equivale al 28% delle uscite del bilancio statale (a fronte del 18% richiesto per il mantenimento dell'assistenza sanitaria garantita dal *National Health Service*), in base ai dati riferiti al biennio 2009-10, come presentati nell'analisi di N. HARRIS, *Law in a Complex State*, cit., 13.

zio dalla vittima destinataria di tali prestazioni si è resa via via più stringente, nel verboso cipiglio, unito alla nota (e in qualche misura voluta o rivendicata) indisponibilità a padroneggiare un lessico concettuale rigoroso, che tipicamente connota il linguaggio del legislatore inglese.

Tale attenzione si è stabilizzata con il SSRBA del 1997, ove si è previsto un assai articolato meccanismo di *recoupment*³⁴, costruito su due presupposti normativi: che le somme risarcibili alla vittima di un danno alla persona a titolo di *general damages* non debbano mai considerare l'ammontare dei benefici che la vittima riceve dal sistema³⁵, mentre i benefici sono detratti dalle somme risarcibili alla vittima in base a una specifica lista di cespiti dannosi rientranti nella categoria degli *specific damages*, e che il *compensator*, ovvero il destinatario della richiesta risarcitoria avanzata dalla vittima, sia collateralmente obbligato a restituire all'amministrazione le somme di cui l'amministrazione ha curato l'erogazione alla vittima, che la stessa amministrazione provvede a quantificare nel corso di un'apposita procedura amministrativa, producendo un certificato³⁶.

La normativa contempla un meccanismo di raccordo distributivo nell'allocazione del danno che il responsabile (*compensator*) è complessivamente tenuto a liquidare, in una formula legislativa che si guar-

³⁴ Il meccanismo per la verità era stato introdotto nel *Social Security Act* del 1989, ma fu compiutamente messo a punto solo nella riforma del 1997. Per quanto questa disciplina abbia la pretesa di costruire uno schema generale per le rivalse della *social security* inglese, alcuni strumenti legislativi *ad hoc*, che pure contribuiscono a comporre il quadro complessivo del sistema, come il *Fatal Accidents Act* del 1976, il *Criminal Injuries Compensation Scheme* istituito fin dal 1964, il *Vaccine Damage Payments Act* del 1979 restano assoggettati alle regole specifiche con le quali in queste normative è gestito il coordinamento con il risarcimento del danno delle singole ipotesi indennitarie.

³⁵ Lo prevede la Section 17 del SSRBA, statuendo – con una tecnica legislativa consapevolmente irrispettosa del valore dei concetti, volta a veicolare un precetto operativo rivolto alle corti inglesi – che «[I]n assessing damages in respect of any accident, injury or disease, the amount of any listed benefits paid or likely to be paid is to be disregarded».

³⁶ Lo prevede la section 6 del SSRBA, statuendo che «[A] person who makes a compensation payment in any case is liable to pay to the Secretary of State an amount equal to the total amount of the recoverable benefits».

da bene dal seguire schemi surrogativi, preferendo istituire un diritto di rivalsa³⁷ (per quanto *sui generis*, se considerato alla luce delle particolarità che caratterizzano la procedura di accertamento del beneficio), che viene sistematicamente esercitato dall'amministrazione verso il responsabile con forme e modalità peculiari, tali da aver reso necessaria l'istituzione di un apparato burocratico *ad hoc* e trasversale nella pubblica amministrazione inglese, che prende il nome di *Compensation Recovery Unit* (CRU)³⁸.

³⁷ Una delle conseguenze più notevoli di questa scelta è che l'amministrazione recuperante procede per l'intero degli esborsi oggetto di rivalsa, restando insensibile alla circostanza che nella determinazione del danno risarcibile versato nell'obbligazione risarcitoria del danneggiante vi sia spazio per una riduzione determinata dal concorso di colpa del danneggiato. L'effetto si ritorce contro il danneggiato, che vede così diminuire in modo più che proporzionale la sua aspettativa risarcitoria. Un secondo aspetto che va sottolineato è che la procedura di rivalsa realizza una ibridazione fra il potere di determinare il danno prodotto dal *compensator*, che spetta al giudice, sempreché – come assai sovente accade – le parti non trovino un accordo transattivo, e il potere di quantificare il beneficio, che è determinato dall'amministrazione e che può essere contestato dal danneggiato con un'apposita procedura di carattere amministrativo. Quel che colpisce è che il giudice è tenuto a dare esecuzione al certificato finale che rappresenta il prodotto decisorio della procedura amministrativa, e che ovviamente lo stesso facciano le parti quando conducono il gioco transattivo che le porta a definire la controversia in via anticipata.

³⁸ Il che permette di concretizzare in numeri precisi, legati ai costi di gestione e alle retribuzioni del personale che opera nel CRU, i costi transattivi che l'intero marchegno riserva alla collettività, anche se dal 1997 in poi il continuo sviluppo dell'informatizzazione e della dematerializzazione dei processi informativi ha permesso una riduzione di costi e una migliore efficienza del sistema. La procedura è completamente telematica (<<https://www.gov.uk/government/collections/cru>>). L'analisi costi/benefici è ovviamente attentamente monitorata dal sistema, mercé dettagliati reports annuali. Così, nel 2016 risultano essere state recuperate a beneficio dell'*Exchequer* 125,758,675 sterline, mentre in letteratura si afferma, riportando un dato risalente però al 1998, che quell'anno, a fronte del recupero di 177 milioni di sterline, il funzionamento dell'ufficio era costato poco più di 4 milioni di sterline, ossia poco più del 2% della somma recuperata, P. CANE, *Atiyah's Accidents, Compensation and the Law*⁸, Cambridge, 2013, 388. Una valutazione diversa, e molto meno rosea sul punto, è invece svolta da S. DEAKIN, B. MARKESINIS, A. JOHNSTON, *Tort Law*, cit., 815. Il numero di casi trattati annualmente dal CRU (agevolmente verificabile sul web) è relativamente stabile, attestandosi sul milione di casi annui (con lievi discostamenti dai 987.000 del 2011 ai 981.000 del 2016), mentre può essere interessante riportare la distribuzione

La rivalsa dell'ente pagatore è concepita prestando spasmodica attenzione alla sua effettività³⁹.

Non essendo questa la sede per entrare con la necessaria, minuziosa profondità nei complessi dettagli applicativi dello schema⁴⁰, se ne possono sintetizzare i tratti salienti. Il primo è che le deduzioni sono ammesse solo nei confronti delle componenti del danno patrimoniale: mancati guadagni, costi di cura e di assistenza nella vita quotidiana.

Per converso, la corrispondente lista dei benefici oggetto di rivalsa è assoggettata a un *numerus clausus* a due cifre, oggetto di minuziosa e tassativa elencazione legislativa, con tanto di incrocio con la corrispon-

annuale (per l'anno 2016) dei casi, in relazione alla fonte della responsabilità: responsabilità medica (circa 18.000); responsabilità datoriale (circa 86.000); responsabilità automobilistica (circa 771.000); responsabilità della pubblica amministrazione (circa 11.000); altri (circa 92.000). Per uno studio che ricava dettagliate prospettive di analisi dall'esame dei dati relativi al funzionamento del CRU, ricavando conferme in merito alla tendenziale sottocompensazione del soggetto tutelato dalla *personal injury law* inglese, R. LEWIS, A. MORRIS, K. OLIPHANT, *Tort personal injury claims statistics: Is there a compensation culture in the United Kingdom?*, (2006) 14 *Torts Law Journal* 118.

³⁹ Il meccanismo funziona prevedendo l'obbligo che chiunque effettui un pagamento «to o in respect to any other person in consequence of any accident, injury or disease suffered by the other» (section 1.1, SSRBA), sia obbligato a inoltrare domanda al Segretario di Stato per ottenere un *certificate of recoverable benefits* (section 4.1, SSRBA). L'amministrazione è tenuta a quantificare le somme oggetto della rivalsa determinata dall'illecito entro un termine perentorio di 28 giorni dalla presentazione della domanda effettuata dal *compensator* dopo aver ricevuto la richiesta risarcitoria, essendo previsto in caso contrario che l'amministrazione perda il diritto alla rivalsa. Per converso – e qui sta l'incentivo di sistema che fa sì che il *compensator* avvii automaticamente la procedura di notificazione – quest'ultimo sa di essere comunque obbligato nei confronti dell'amministrazione per le somme che risultino da lui dovute, una volta che abbia omesso di avviare la procedura per l'ottenimento del certificato e abbia perso, a quel punto, la possibilità di rivalersi sul danneggiato/beneficiario/non notificato.

⁴⁰ In assenza di sostanziali modifiche legislative intervenute sullo specifico punto dal 1997 a oggi, la più compiuta analisi di taglio accademico, che può accompagnare nella comprensione degli ingranaggi del sistema, resta il lavoro di R. LEWIS, *Deducting Benefits from Damage for Personal Injury*, cit., 27 ss.

dente tabella delle componenti del danno patrimoniale liquidato dal giudice⁴¹.

Essenziale, e fonte di puntigliose dispute nella pratica, è che le parti (in un contesto transattivo) o il giudice (in sede contenziosa) siano attenti a specificare, quando il danno patrimoniale astrattamente liquidabile è ormai vivisezionato in un florilegio di cifre, cosa viene sottratto da cosa, seguendo la tabella di corrispondenza legislativa e le cifre riportate nel certificato validamente rilasciato in ciascun caso specifico dalla CRU⁴².

⁴¹ Sono così elencate nella *Schedule 2* del SSRBA, perché ritenute corrispondenti alla perdita di guadagno nel periodo oggetto dell'accertamento del danno: le indennità di invalidità lavorativa; le pensioni di invalidità erogabili in base al *Social Security Contributions and Benefits Act* del 1992; i benefici legati allo stato incapacità; i contributi al reddito; le pensioni di invalidità non lavorative e le indennità di accompagnamento; le indennità per la ricerca di una nuova occupazione; l'indennità per la diminuzione di reddito; le indennità aggiuntive per le invalidità gravi; i benefici malattia generali; i contributi malattia previsti da normative *ad hoc*; le integrazioni di disoccupazione e i benefici di disoccupazione. Vengono invece considerate espressione di costi di cura incorsi nel periodo di accertamento del danno: le indennità di assistenza; la componente legata alle esigenze di cura dell'indennità di disabilità; l'aumento della pensione di invalidità previsto in base al *Social Security Contributions and Benefits Act* del 1992. Sono, infine, associate alla perdita di mobilità, sofferta nel periodo rilevante per l'accertamento del danno, le indennità di mobilità e l'ulteriore aumento della pensione di invalidità previsto in base al *Social Security Contributions and Benefits Act* del 1992.

⁴² Un esempio didascalico può aiutare a comprendere il meccanismo col quale la CRU interviene in una vicenda risarcitoria, assumendo – come routinariamente accade in UK – che le parti liquidino il danno raggiungendo una transazione (ma il meccanismo non cambia in caso di liquidazione giudiziale). Di fronte a una quantificazione del danno risarcibile complessivo determinata dalle parti in £100,000, di cui £40,000 dovuti a titolo di *general damages*, £30,000 per mancati guadagni e £30,000 a titolo di danno emergente per sovvenire alle esigenze di mobilità della vittima, s'instaura la procedura amministrativa della CRU, che emette un certificato nel quale accerta che la macchina assistenziale inglese, in relazione al caso, eroga al danneggiato benefici per fronteggiare l'incapacità per complessivi £5,000, benefici per supportare il reddito del danneggiato per complessivi £10,000 e un contributo assistenziale per fronteggiare le necessità della ridotta mobilità per complessivi £10,000. Nell'esempio, il responsabile del danno sarebbe tenuto a corrispondere al danneggiato integralmente i £40,000, mentre, a norma delle corrispondenze previste nelle tabelle recate dalla legge, i mancati guadagni sarebbero defalcati per £15,000 e le esigenze di mobilità sarebbero effettivamente liquidate

Le valutazioni sul congegno che si è sommariamente descritto sembrano politicamente positive, come testimonia l'avvicinarsi del ventennale del SSRBA, senza che si siano mai levate serie voci che abbiano gridato alla necessità di ripensare il sistema.

I *personal injury lawyers* e gli assicuratori hanno ormai acquisito dimestichezza con il meccanismo di *recoupment*, metabolizzandone le complesse procedure.

Per conto loro, i *torfeasors* si sono rassegnati alla preoccupazione di far gestire la procedura ai propri patrocinatori, non meno di quanto abbiano dovuto fare i danneggiati, acquisendo in più la consapevolezza di essere destinati a fronteggiare le conseguenze della propria *personal injury* con un portafoglio più leggero, cui rimediare, potendo, rivolgendosi con previdenziale fiducia al mercato della *private first party insurance* (che, come detto, sfugge al *panopticon* amministrativo, mercé il quale l'amministrazione inglese cerca ossessivamente di allineare il risarcimento ai *collateral benefits*).

Sta di fatto che un recente consuntivo accademico sugli effetti prodotti sul campo dalla riforma del 1997, che resta in chiaroscuro in corso di analisi, si produce in un giudizio finale che non esita ad accreditare l'idea che «the recovery of benefit legislation was against and not for the welfare state»⁴³.

in £20,000. Alla fine della procedura, il responsabile sarebbe tenuto a corrispondere £75,000 al danneggiato, versando alla CRU l'importo di £25,000.

⁴³ Così R. LEWIS, *Recovery of State Benefits from Tort Damages: Legislating For or Against the Welfare State?*, in T.T. ARVIN, J. STEELE (eds.), *Tort Law and Legislation*, Oxford, 2012, 285, 301, dopo aver sottolineato che: 1) l'obiettivo di prevenire la sovra compensazione dei danneggiati nel sistema inglese è malposto, in considerazione della tradizionalmente parsimonia risarcitoria che ne costituisce un noto tratto distintivo, e che di certo non si può la riforma abbia contribuito a invertire nel segno di una maggiore generosità; 2) sul piano della deterrenza la misura ha avuto effetti non misurabili, dato che proprio i numeri legati al funzionamento del CRU dimostrano che nella stragrande maggioranza dei casi il *compensator* che effettua il pagamento è una compagnia di assicurazione; 3) in termini di giustizia ed efficienza la misura non ha sortito gli effetti sperati, considerando che ancora oggi per ogni *pound* mosso dalla *tort law* inglese, 55 *pennies* vanno al danneggiato e 45 si consumano in costi di transazione; 4) il ricavo netto, assicurato annualmente all'erario dal funzionamento del sistema, copre solo lo 0,1% del totale della spesa pubblica necessaria per alimentare gli elevatissimi costi del welfare inglese.

1.5. Stati Uniti

Nel *common law* statunitense il problema sottostante al latinismo ha saputo conquistare l'autorevole palcoscenico della *Supreme Court* fin dalla metà del XIX secolo, quando, dopo l'affondamento di una goletta ad opera di un piroscalo nelle acque di un lago nello Stato di New York, si trattò di stabilire se l'armatore del naviglio responsabile del sinistro potesse paralizzare l'azione di danni promossa nei suoi confronti dai proprietari della goletta, valendosi della circostanza che costoro fossero stati già indennizzati dal proprio assicuratore⁴⁴.

Nel respingere la difesa dell'armatore responsabile, la *Supreme Court* si uniformò a un (all'epoca ancor fresco) precedente della *Court of Admiralty* inglese⁴⁵, e sottolineò come il contratto intercorso fra danneggiato e il suo assicuratore non potesse manifestare alcun effetto limitativo sulla piena soggezione del primo alla pretesa risarcitoria del danneggiato⁴⁶.

Forse la c.d. *collateral source rule* (*csr*) statunitense deve le sue fortune, in una prospettiva storica, al fatto di essere stata autorevolmente enunciata in una circostanza che presentava uno scenario diverso da

⁴⁴ The Propeller Monticello v. Mollison, 58 U.S. 152 (1854).

⁴⁵ Yates v. Whyte (1838) 4 Bingham New Cases 272.

⁴⁶ Così, Justice Grier in The Propeller Monticello v. Mollison, 58 U.S. 156 (1854) (*ivi*, 57):

[T]he defense set up in the answer, that the libellants have received satisfaction from the insurers, cannot avail the respondent. The contract with the insurer is in the nature of a wager between third parties, with which the trespasser has no concern. The insurer does not stand in the relation of a joint trespasser, so that satisfaction accepted from him shall be a release of others. This is a doctrine well established at common law and received in courts of admiralty.

La motivazione soggiunse:

[T]he respondent is not presumed to know or bound to inquire as to the relative equities of parties claiming the damages. He is bound to make satisfaction for the injury he has done. When he has once made it to the injured party, he cannot be made liable to another suit at the instance of any merely equitable claimant. If notified of such a claim before payment, he may compel the claimants to interplead; otherwise, in making reparation for a wrong done, he need look no further than to the party injured. If others claim a right to stand in his place, they must intervene in proper time or lose their recourse to the respondent.

quello tipico di un'epoca nella quale, di norma, il danno risarcibile dalle corti statunitensi non era quantificato in circostanze tali da determinare una «bonanza» compensativa per il danneggiato⁴⁷.

Sta di fatto che la regola, sebbene al suo indirizzo non avessero mancato di levarsi critiche revisioniste quando le cose erano ormai decisamente cambiate⁴⁸, trovò modo di cristallizzarsi nella *Section 920 A(2)* del *Second Restatement of Torts* del 1964, e in termini assai netti: «[P]ayments made to or benefits conferred on the injured party from other sources are not credited against the tortfeasor's liability, although they cover all or a part of the harm for which the tortfeasor is liable»⁴⁹.

⁴⁷ Così, alludendo al fatto che nel XIX secolo la piena manifestazione del fenomeno assicurativo e la *social security* fossero di là da venire, l'incipit del celebre saggio che nella *scholarship* statunitense identifica tuttora il *landmark* dottrinale nella riflessione sul problema, J.G. FLEMING, *The Collateral Source Rule and Loss Allocation in Tort Law*, 54 *Cal. L. Rev.* 1478 (1966), il quale anni dopo regalò alla letteratura italiana un affascinante vaticinio che fin lì era rimasto inedito, ID., *C'è un futuro per i torts?* (trad. C. Rossello e R. Pardolesi), in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 271, sul cui tasso di avveramento, trent'anni dopo, è a tutti dato farsi un'opinione. Sul lascito di Fleming, F. WERRO, *Tort Law at the Beginning of the New Millennium. A Tribute to John G. Fleming's Legacy*, in 49 *Am. J. Comp. L.* 147 (2001).

⁴⁸ Una nota non firmata, ma ben collocata, *Unreason in the Law of Damages: The Collateral Source Rule Source*, 77 *Harv. L. Rev.* 741 (1964), evidenziò come il problema posto dalla possibilità che il danneggiato cumulasse danni di natura patrimoniale e benefici non trovasse risposta nel *common law* statunitense. Solo il *common law* dell'Alabama si rifiutava di applicare la regola nei confronti dell'assicurazione sulla vita, sulle spese di cura e sugli infortuni (ammettendola solo per i benefici donativi). Per il resto, le corti riconoscevano in *equity* la surrogazione nell'assicurazione contro i danni al patrimonio, mentre pensioni e welfare non erano tenuti in defalco nel computo del risarcibile, salvo l'operare di appositi *statutes*. L'articolo concludeva la sua analisi, ritenendo che fosse giunto il tempo di lasciarsi alle spalle una regola ritenuta legittimata solo dalla sua tradizione: «[t]he nub of the problem seems to be the very existence of this particular legal formula. Invocation of the "rule" has too often been a substitute for analysis of the merits of the parties' claim» (*ivi*, 753). E, già in precedenza, un'altra nota aveva perorato l'opportunità di sovvertire la regola a vantaggio della possibilità di accedere alla surrogazione dell'erogatore di benefici, *Mitigating Effect on Damages of Social Welfare Programs*, 63 *Harv. L. Rev.* 330 (1949).

⁴⁹ Va tenuto presente che il noto argomento della *overcompensation*, che sarebbe in-dotta in Italia impedendo alla *clcd* di operare e negli USA applicando la *collateral source rule*, almeno nel sistema statunitense si scolora in modo radicale, avendo in

Nel *Second Restatement of Contracts*, invece, la vigenza della *csr* è stata predicata in termini meno netti, aprendosi a una verifica casistica della finalità del beneficio:

[the collateral source rule] is less compelling in the case of a breach of contract than in the case of a tort (...) [F]or example, the effect of the receipt of unemployment benefits by a discharged employee will turn on legislative policy rather than on the [general rule limiting damages to his actual loss in the value of the expected bargain]⁵⁰.

Negli ultimi lustri, gli attacchi alla *collateral source rule* sono stati portati in via legislativa nelle singole giurisdizioni statali⁵¹, sull'onda

mente la regola generale che sovrintende alla sopportazione dei costi legati all'accesso alla giustizia, col noto meccanismo della *contingent-fee*. L'attitudine a compensare le spese in molti casi, e comunque la circostanza che spesso quanto il giudice pone a capo del soccombente non copre fino in fondo l'ammontare delle spese sostenute da chi abbia prevalso in giudizio, potrebbe indurre a recuperare il senso di questa constatazione anche nel nostro sistema.

⁵⁰ Restatement (second) of Contracts, § 347, Comment e (1979), Illustration 14. Come attesta l'analisi svolta sul tema da Fleming [J.G. FLEMING, *The Collateral Source Rule and Contract Damages*, 71 *Calif. L. Rev.* 56, 79-85 (1983)], l'applicazione di questo parametro nella giurisprudenza statunitense ha il più delle volte significato consentire alle corti di dare spazio nella soluzione casistica (riconducibile alla scelta di ammettere, o non, il defalco al cospetto di casi implicanti la percezione di benefici di disoccupazione da parte del danneggiato, o di casi aventi ad oggetto il pagamento del beneficio indotto dall'operare di un contratto di assicurazione) a considerazioni nelle quali veniva in rilievo la valutazione della gravità dell'inadempimento del creditore, o la considerazione dello scopo del contributo per la disoccupazione (diretto a sovvenzionare il debitore danneggiato del caso, e non a premiare il debitore infedele), o il perverso incentivo indotto dalla scelta di sollevare in parte il debitore dalle conseguenze del suo inadempimento, oppure la circostanza che, anche laddove l'erogatore del beneficio e il debitore inadempiente in concreto coincidano, il lavoratore abbia titolo a ricevere il beneficio a fronte dell'accertamento che nel caso specifico il beneficio abbia causa nel contratto di lavoro e acceda quindi, nel caso specifico, ad una natura retributiva o – ancora – all'idea che la disapplicazione della regola seguita da surrogazione comporti costi transattivi destinati a rendere inutile l'operazione economica avallata, rendendo desiderabile, piuttosto, lasciare che quelle somme vadano a beneficio del creditore.

⁵¹ Veicolo di questo attacco, e politicamente vicini allo *zeitgeist* di quei tempi, sono stati voci della *scholarship* statunitense non accademiche, spesso impegnate in prima persona nel ruolo professionale di rappresentanti del mondo assicurativo, come quella

della potente retorica concessa dall'incedere di una *liability crisis* (non sorprendentemente) deflagrata durante i mandati presidenziali di un divo di Hollywood di seconda fascia⁵².

Senza dimenticare che la regola è sempre ricordata, con la reiterata ambizione di abrogarla per quel tipo di contenzioso, nelle proposte di legge federale che puntualmente si succedono per tamponare con una soluzione nazionale l'ormai ingravescente *medical malpractice crisis* indotta dall'eccesso precauzionale nel quale la responsabilità civile fa vivere gli operatori del sistema sanitario statunitense⁵³.

Sta di fatto che nel 2009 erano ben 42 i legislatori statali che avevano modificato l'impatto della regola sancita in *common law*, emanando previsioni di legge variamente formulate⁵⁴.

di V.E. SCHWARTZ, *Tort Law Reform: Strict Liability and the Collateral Source Rule Do Not Mix*, 39 *Vand. L. Rev.* 569 (1986).

⁵² Nella letteratura italiana ha descritto con grande efficacia questa stagione recessiva (a conti fatti, però, più «in the books» che «in action»), sperimentata dalla *tort law* statunitense, G. PONZANELLI, *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, Bologna, 1992, *passim*, e 213 (con specifico riferimento alla *collateral source rule*); e già, mentre la stagione raggiungeva il suo zenit, ID., *Diritto privato, diritto pubblico, diritto misto nella responsabilità civile nordamericana negli anni 80*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, 289.

Per una visione che in tempi più recenti ha incisivamente esplicitato l'idea che esistano caratteri immanenti e strutturali nella natura del *tort law* statunitense, che militano per porre un freno concettuale e sistematico all'interventismo dei legislatori statali nel dominio della responsabilità civile d'oltreoceano, J.C.P. GOLDBERG, *The Constitutional Status of Tort Law: Due Process and the Right to a Law for the Redress of Wrongs*, 115 *Yale L.J.* 524 (2005).

⁵³ Fra le più recenti proposte legislative miranti a introdurre l'abbandono della regola, D.W. ELMENDORF, *Letter to Senator Orrin G. Hatch 2-5 (Congressional Budget Office, Oct 9, 2009)*, in rete: <<http://perma.cc/P7KS-SQE8>>.

⁵⁴ Lo stato dell'arte è lontano dall'essere uniforme, come quasi sempre accade quando si scopercchia il vaso di pandora delle leggi statali negli USA. Nella maggior parte dei casi l'abrogazione si dà solo per i casi di responsabilità medica, in altri essa vale per tutte le azioni promosse in *tort* nello stato in questione. In alcune si dà ingresso alla prova del beneficio, affinché le giurie possano tenerne conto nella quantificazione del danno. In altre la deduzione si rende possibile dopo la sentenza. Solo nel primo caso il beneficiario può chiedere che la deduzione avvenga, tenendo conto di quanto il danneggiato abbia corrisposto per acquisire diritto al beneficio. Nella più parte dei casi si fa dipendere la sopravvivenza della regola dalla surrogazione del beneficiante, e in non

L'entrata in vigore del *Patient Protection and Affordable Care Act* (PPACA) voluto dall'amministrazione Obama nel 2009 ha determinato nuovi problemi in un quadro già fortemente innervato di complessità⁵⁵.

Nell'insieme, gli ultimi trent'anni di evoluzione del *tort law* statunitense rivelano che il problema vagliato in questo studio ha conosciuto su questo quadrante tentativi di coordinamento sul piano legislativo, accompagnandosi, però, alla convinzione che, per favorire l'operare della surrogazione⁵⁶, nelle ipotesi ove sia previsto il suo operare, sia sempre necessario predicare la *non* abolizione della *collateral source rule*⁵⁷.

poche ipotesi l'effettività della deduzione dipende dalla circostanza che il creditore surrogato abbia esercitato il suo diritto. Per i dettagli legislativi, B. BENJET, *A Review of State Law Modifying the Collateral Source Rule: Seeking Greater Fairness in Economic Damage Awards*, in 76 *Def. Couns. J.* 210 (2009); per un quadro d'insieme, M.I. KRAUSS, J. KIDD, *Collateral Source and Tort's Soul*, in 48 *U. Louisville L. Rev.* 1 (2009); T.S. ULEN, *The View from Abroad: Tort Law and Liability Insurance in the United States*, in G. WAGNER (ed.), *Tort Liability and Insurance*, Wien-New York, 2005, 212, 216 ss.

⁵⁵ Approfondiscono il tema, R. LEVENSON, *Allocating the Costs of Harm to Whom They are Due: Modifying the Collateral Source Rule after Health Care Reform*, in 160 *U. Pa. L. Rev.* 921 (2012); A.S. LEVIN, *The Fate of the Collateral Source Rule After Healthcare Reform*, in 60 *UCLA L. Rev.* 736 (2013).

⁵⁶ Sotto questo profilo, l'entusiasmo verso la previsione di schemi legislativi che prevedano la surrogazione sembra dimentico dei riscontri empirici prodotti monitorando i reali effetti virtuosi che la surrogazione determina quando i vantaggi recuperabili dal pagatore sia valutati al netto dei costi di transazione (i più volti costi terziari degli incidenti cari a Calabresi) che si rendono necessari per conseguirli, in una visione del problema che chiede di interrogarsi se sia una scelta socialmente desiderabile allocare le risorse necessarie a garantire operatività alla surrogazione alla copertura dei costi che l'attivazione della macchina giudiziaria a questo fine prospetta, o se non sia meglio allocarli alle vittime di un danno non propriamente commensurabile come quello che si riconnette alla perdita della salute, si veda G.T. SCHWARTZ, *A National Health Care Program: What Its Effect Would Be On American Tort Law and Malpractice Law*, 79 *Cornell L. Rev.* 1339, 1348-49 (1994); J. O'CONNELL, *A Proposal to Abolish Contributory and Comparative Fault, With Compensatory Savings by also Abolishing the Collateral Source Rule*, 1979 *U. Ill. L.F.* 591, 604-05; W.C. LEATHERBERRY, *No-Fault Automobile Insurance: Will the Poor Pay More Again?*, 26 *Case W. Res. L. Rev.* 101, 150 (1975).

⁵⁷ Spiega cristallinamente nel suo manuale, K.S. ABRAHAM, *The Forms and Functions of Tort Law*², New York, 2002, 216:

1.6. Svezia

Dal sistema dove il danno è, di norma, «la» misura che reagisce al bisogno, al paese dove del danno il bisogno potrebbe (o avrebbe potuto), in linea di principio, fare a meno.

Persino in una terra tradizionalmente fredda (concettualmente, oltre che climaticamente) per la responsabilità civile come quella svedese – terra elettiva di un universalismo welfaristico cresciuto vertiginosamente fino agli anni Settanta per poi conoscere la stagione di una graduale contrazione, che ha ricondotto al crudo realismo dei conti gli obiettivi che lo Stato scandinavo si era ambiziosamente posto per garantire il benessere e la protezione sociale integrale dei propri cittadini⁵⁸ – è data

[T]he insurer with a right of subrogation steps into the shoes of the plaintiff (...) to the extent of payment made by the insurer to the plaintiff. Thus, whatever right the plaintiff has against the defendant the plaintiff's insurer also has, though only to the extent of the insurers's payments to the plaintiff (...) and by virtue of the collateral source rule (...), that tort recovery will be for all the losses incurred as result of the defendant's act, including those paid by the insurer.

⁵⁸ Illustra diacronicamente questa parabola, in un percorso che offre interessanti dettagli sulle misure del welfare sanitario, pensionistico e assistenziale, sul funzionamento dei sottosistemi di risarcimento pubblico previsti per le vittime degli incidenti del lavoro, dei reati, dei danni del traffico (stradale), nonché sui regimi assicurativi per la sicurezza del lavoro, per i pazienti e per i farmaci, che trovano applicazione avendo sullo sfondo un regime di responsabilità civile generale (collocato in una legge organica autonoma dal codice civile svedese, non diversamente dalla trasposizione nazionale della normativa sulla responsabilità da prodotto, che la Svezia ha subito per effetto dell'integrazione europea) ricco di soluzioni originali, che, però, proprio in funzione della sua acquisita, fattuale marginalità, ha potuto sottrarsi alla necessità di accomiarsi dalla centralità della colpa, per essere messo in opera da giudici cui è sovente concesso di accompagnare l'applicazione delle regole tenendo conto della ragionevolezza, oltre che di una clausola di chiusura che permette al *domare* (ovvero «il giudice» nella lingua di Strindberg – le vie dell'etimologia comparata possono rivelarsi infinite...) svedese di temperare l'obbligo risarcitorio, A. SIMONI, *Una macchina risarcitoria. Regole, attori, problemi nel modello svedese di riparazione del danno alla persona*, Torino, 2001, 77 ss. e *passim*. Il modello svedese non aveva mancato di sollecitare stimolanti confronti, in una stagione in cui in Italia era parso possibile ipotizzare l'imminente attraversamento della (per nulla) sottile linea rossa che separa un sistema di riparazione del danno alla persona che assume la necessità dell'accertamento giudiziale, da quello che rovescia i piani a favore di un sistema di sicurezza sociale multisettoriale o addirittura

la possibilità che alcuni *collateral benefits* siano esclusi dall'esigenza di coordinarsi con il danno.

In coerenza con il disegno complessivo promosso dalla politica di Olaf Palme nella prima metà degli anni Settanta (venata da uno slancio ideale che la storia si è incaricata di dimostrare velleitario, almeno nella sua proiezione più vertiginosamente integralista), il sistema presta puntigliosa attenzione (con tanto di preciso elenco dei benefici scomputabili) alla necessità che non si dia la possibilità di cumulare il danno veicolato dallo *Skadeståndslag* (la legge sulla responsabilità civile) con le numerose risorse che il welfare mette a disposizione dello svedese in difficoltà, in un contesto, però, nel quale proprio la pervasiva ricchezza di questi mezzi collettivi di contrasto al bisogno aveva indotto – materialisticamente – ad affermare la necessità di combattere ogni «utilizzazione irrazionale delle risorse economiche complessive della società»⁵⁹.

L'assunto è interessante, e varrebbe la pena ragionarci su, avendo però a mente un sistema a noi italiani molto familiare, dove, diversamente che in Svezia, non solo il welfare non è mai stato pervasivo, ma dove si registra da tempo un deciso arretramento della sicurezza sociale. E dove si vorrebbe, per giunta, realizzare in via giurisprudenziale una misura di coordinamento fra responsabilità civile e sistemi di welfare ispirata ad una soluzione che sembra non trovare epifanie in cui rispecchiarsi nella tradizione giuridica occidentale.

Tuttavia, diversamente da come opina chi nella Cassazione italiana ha altre convinzioni, persino in Svezia – dove, secondo alcuni, alla teoria della sicurezza sociale cui stiamo accennando, è fatalmente seguita un'assai sconsolante «teoria dell'amore»⁶⁰ – al momento di determinare il danno non si defalcano gli indennizzi delle assicurazioni infortuni,

diffuso, F. BUSNELLI, *Modelli e tecniche di indennizzo del danno alla persona. L'esperienza italiana a confronto con «l'alternativa svedese»*, in *Jus*, 1986, 219.

⁵⁹ Così, traducendo il testo di un disegno di legge svedese risalente al 1975, A. SIMONI, *Una macchina risarcitoria*, cit., 214.

⁶⁰ E. GANDINI, *The Swedish Theory of Love*, Svezia, 2016, visionabile – per misurare empiricamente come l'istituzione famiglia e l'istituzione Stato possano contendersi il campo per soddisfare il bisogno di welfare dell'individuo, e con quali effetti sul lungo periodo sulla natura stessa dell'individuo – come *La teoria svedese dell'amore*, in rete: <https://vimeo.com/244529715>.

purché tali benefici non si prospettino quali benefici legati all'impiego lavorativo, né si ravvede l'ipotizzabilità di far operare lo scomputo su poste di danno che si connotino in senso non patrimoniale⁶¹.

2. La soluzione accolta nei principi di diritto europeo della responsabilità civile: l'enfasi sulla finalità del beneficio

Ma – di là da un giro di orizzonte che qui si è dovuto contenere in una trattazione per lo più didascalica, funzionale al discorso svolto in questo studio – è dalla considerazione riservata al problema della *clcd* nei più noti tentativi di identificare i principi comuni del diritto privato europeo della responsabilità civile (ci si riferisce al *Draft Common Frame of Reference* del gruppo Von Bar e ai *Principle of European Tort Law* del gruppo di Tilburg) che si ricava la definitiva conferma che i fondamenti del diritto europeo della responsabilità civile, per come essi risultano condivisi da un confronto intellettuale che nasce in seno alla dottrina civilistica continentale, convergano nel respingere con forza l'idea che oggi (e non un secolo fa)⁶² possa attribuirsi «alla mera formula tecnica» della causalità un ruolo assorbente nell'accompagnare l'interprete, interpellato dal confronto fra danno e vantaggio di turno, verso l'identificazione delle circostanze suscettibili di giustificare, o non, l'applicazione dello scomputo.

2.1. Principles of European Tort Law

La direttiva seguita dai PETL è, in questa prospettiva, quella di attribuire rilevanza esplicita allo scopo (*purpose, finalitat, objet* [per i fran-

⁶¹ Per i dettagli, A. SIMONI, *Una macchina risarcitoria*, cit., 215-16.

⁶² È del tutto evidente che l'accento sulla causalità, non per caso centrale nella riflessione che sulla *clcd* fu svolta nella dottrina tedesca fra il XIX e il XX secolo, si rivela anche oggi funzionale alla realizzazione di una ideologia nella quale la valutazione del danno rivendica la sua attitudine a farsi guidare (in apparenza) dalla tecnica, espungendo dal palcoscenico dell'argomentazione esplicita considerazioni che si facciano carico di soppesare la mutevole rilevanza valoriale degli interessi che si contrappongono in molte delle soluzioni date al problema sottostante alla *clcd*.

cesi, ovviamente, è una questione di orgoglio rivendicare che l'oggetto assolve la funzione che altrove si attribuisce alla causa dei trasferimenti patrimoniali]⁶³, *zweck*, *σκοπός*, *celem*, *finalidade*, *самой природы у целям* [i russi, notoriamente diffidenti, hanno preferito estendere la valutazione alla «natura e scopo»], *namenom*, *finalidad*) del vantaggio.

L'art. 10:103, rubricato «Vantaggi derivati dall'evento dannoso», prevede, infatti, che «nel determinare l'ammontare dei danni, i vantaggi ottenuti dal danneggiato a causa dell'evento dannoso devono essere presi in considerazione, *salvo che ciò non sia conciliabile con lo scopo dei vantaggi*»⁶⁴.

L'inciso espresso in corsivo nel testo è menzionato nel lapidario richiamo dell'enunciato dei PETL operato nella quaterna di ordinanze di rimessione depositate dalla terza sezione della Corte di Cassazione nel giugno 2017, senza però che le ordinanze abbiano avvertito il bisogno di confrontarsi con un dato suscettibile di mettere in crisi la tesi di fondo che le medesime ordinanze avallano nel ricostruire le fondamenta e lo spazio applicativo della *clcd* nell'ordinamento italiano⁶⁵.

Scopo, causa, titolo (e anche oggetto, *à la* francese). Come si vede, al variare della formula definitoria (anche nelle sue declinazioni linguistiche), l'orizzonte della valutazione commessa all'interprete resta

⁶³ Sul punto, G.O. CRICENTI, *Aspetti della causa in diritto civile francese – L'avant-projet di riforma*, in *Europa e dir. privato*, 2007, 853.

⁶⁴ Corsivo, va da sé, aggiunto. Sottolineano come la regola debba essere riferita a entrambe le categorie della responsabilità civile, e anche alle azioni di arricchimento senza causa, P. SIRENA, Y. ADAR, *La prospettiva dei rimedi nel diritto privato europeo*, *Riv. dir. civ.*, 2012, I, 359. Specifica M. MARTIN CASALS, *Una panoramica sui Principles on European Tort Law (dalla prospettiva spagnola)*, in *Resp. civ. prev.*, 2005, 1277, spec. 1297:

che la finalità di ogni tipo di beneficio sarà offrire un aiuto economico alla vittima, non liberare dalla responsabilità l'autore del danno, in quanto sebbene la riduzione sia tesa ad evitare l'arricchimento della vittima deve anche essere evitato di beneficiare il danneggiante. In quest'ottica più specifica, dovrà essere deciso in ciascun caso concreto se la riduzione è compatibile o meno con la finalità del beneficio corrispondente.

⁶⁵ Cass. civ., ord. 22 giugno 2017, n. 15534; Cass. civ., ord. 22 giugno 2017, n. 15535; Cass. civ., ord. 22 giugno 2017, n. 15536; Cass. civ., ord. 22 giugno 2017, n. 15537, cit.

sempre definito dall'esigenza di stabilire un contemperamento fra interessi, che muova dal riconoscimento della *funzione* di cui le attribuzioni patrimoniali vantaggiose si rivelano essere espressione.

2.2. Draft Common Frame of Reference

Diverso nella sua più articolata formulazione, ma non nella sostanza, il rilievo che il DCFR attribuisce allo scopo del beneficio, nel procedere a definire i contorni di ciò che il *Draft* neologicisticamente definisce in inglese la «equalisation of benefits» (ma nel testo del commento ufficiale della regola l'equiparazione alla *clcd* è resa esplicita).

Viene previsto, infatti, che i benefici derivanti al soggetto che abbia sofferto un danno giuridicamente rilevante in conseguenza dell'evento dannoso non siano presi in considerazione nel quantificare il danno, a meno che sembri «fair and reasonable» farlo, avuto riguardo al tipo di danno sofferto, alla natura della responsabilità imputata alla persona che ha causato il danno e, quando il beneficio sia conferito da un terzo, allo *scopo* perseguito conferendo il beneficio.

L'art. 6:103 del VI libro del DCFR recita:

Equalisation of benefits

- (1) Benefits arising to the person suffering legally relevant damage as a result of the damaging event are to be disregarded unless it would be fair and reasonable to take them into account.
- (2) In deciding whether it would be fair and reasonable to take the benefits into account, regard shall be had to the kind of damage sustained, the nature of the accountability of the person causing the damage and, where the benefits are conferred by a third person, the *purpose* of conferring those benefits⁶⁶.

Riferendosi alle *policy considerations* che giustificano la soluzione adottata nel *Draft*, il commento generale alla regola non solo distilla una regola base in ossequio alla quale i benefici occasionati dall'inflizione di un danno, di regola, «are to be disregarded», ma circonda di

⁶⁶ C. VON BAR et al., *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, 2008, 3581, in rete www.ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_en.pdf (corsivo aggiunto).

cautele la possibilità del defalco, prendendo una posizione assai netta sulla necessità di consentire all'interprete di valutare esplicitamente la «giustizia» della soluzione applicativa prescelta, non senza riferirsi esplicitamente alla circostanza che la ricognizione comparativa del diritto delle assicurazioni sociali dei paesi considerati nel redigere il *Draft* confermi a tutto tondo l'opportunità di seguire la scelta che ha trovato cristallizzazione nella *Rule*:

[T]he basic rule (no set-off) seems to be substantively imperative due to the variety of insurance systems and provisions on sick pay resting upon the model that the insurer or a party performing a comparable service acquires the injured person's rights against the injuring person in the amount of the performance rendered. Such an acquisition of rights would be impossible if the right to damages were to be reduced. Naturally, only an existing right can be assigned. In other words, the basic rule is required and confirmed by insurance law. However, it also follows from considerations of justice inherent in the present branch of the law. In principle, the acts of third parties benefiting the injured person are no concern of the liable person; the fact that others are looking after the victim does not free the liable person of personal responsibility⁶⁷.

Una notazione conclusiva va spesa in merito alla circostanza che «la regola secondo cui nella stima del danno deve tenersi conto dei vantaggi realizzati dalla vittima, che siano conseguenza dell'illecito», ossia la nuda regola base veicolata dalla formula *clcd*, ritratta in una configurazione risolutamente insensibile al problema della finalità del beneficio, sia stata oggetto di positivo recepimento in chiave generale addirittura dalla giurisprudenza della CGCE, che ne avrebbe fatto espressa applicazione nel caso *DGV*⁶⁸.

⁶⁷ C. VON BAR et al., *Principles*, cit.

⁶⁸ Corte giust. Ce, 4 ottobre 1979, *DGV - Deutsche Getreideverwertung und Rheinische Kraftfutterwerke GmbH ed altri*, in Cause riunite Consiglio e Commissione, 241, 242, da 245 a 250/78, in *Racc.* 1979, 3017. Il caso è oggetto di un estemporaneo richiamo, sapientemente collocato a supporto argomentativo della tesi ivi propugnata, che viene reiterato nella quaterna di motivazioni (in larga misura oggetto di reprografia) redatte a sostegno di Cass. civ., ord. 22 giugno 2017, n. 15534; Cass. civ., ord. 22 giugno 2017, n. 15535; Cass. civ., ord. 22 giugno 2017, n. 15536; Cass. civ., ord. 22 giugno 2017, n. 15537, cit. In tutte queste pronunce viene condiviso l'asserto:

Sennonché in questo precedente la Corte europea, avendo riconosciuto la responsabilità civile della Commissione nei confronti di alcune cooperative di produttori francesi di cereali destinati all'industria della birra, per una vicenda che qui mette conto sintetizzare all'estremo (era stata ritenuta illegittima la mancata reiterazione da parte della Commissione di misure di sostegno che avrebbero dovuto essere destinate alle ricorrenti, determinando loro un danno patrimoniale risarcibile), si era limitata ad affermare – senza neppure dare a vedere di esserne troppo convinta e comunque dando idealmente applicazione alla regola espressa dal secondo comma dell'art. 1227 c.c. più che alla *clcd* – che, nel determinare il danno, si sarebbe potuto tener conto dell'inerzia colpevole dei danneggiati, i quali, riscontrando il mancato introito atteso dalle misure di sostegno illegittimamente negate, avrebbero avuto la possibilità di mitigare il danno, recuperando il costo del mancato introito degli aiuti dovuti dalla Commissione con la facoltà di incrementare il prezzo finale di vendita dei propri prodotti.

Cosa tutto ciò abbia a che fare con il problema sotteso alla *clcd* e con l'idea che la giurisprudenza della Corte europea di giustizia avalli la soluzione promossa nella quaterna di ordinanze del giugno 2017 resta un interrogativo cui non sembra agevole dar risposta.

(...) non sarà superfluo ricordare che la regola secondo cui nella stima del danno deve tenersi conto dei vantaggi realizzati dalla vittima, che siano conseguenza dell'illecito, risulta (...) condivisa dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, la quale ha affermato che in un giudizio di responsabilità l'eccezione di compensatio “non si può, in via di principio, considerare infondata” (Corte giust. CE, 4 ottobre 1979, *Deutsche Getreideverwertung*, in cause riunite C-241/78 ed altre).

Non è superfluo rilevare che una lettura accorta della motivazione dei giudici europei citata dalla Cassazione sembra lasciare intuire che quest'ultima abbia indugiato in una estrapolazione testuale decisamente inutile a dar corpo argomentativo alla propria tesi, a tacer d'altro.

3. La «giustizia» del beneficio: riflesso dell'ingiustizia del danno ed espressione della causa dell'attribuzione patrimoniale beneficiale

Si hanno a questo punto gli elementi necessari e sufficienti per riassumere le tante considerazioni svolte in questo studio in una prospettiva indirizzata a concretezza, che – ci si auspica – possa costruttivamente contribuire a dare soluzione ai problemi applicativi che il «latinismo di ritorno» sottopone e continuerà a sottoporre all'interprete, quale possa essere l'orientamento che il massimo consesso della nostra giurisprudenza di legittimità vorrà sposare sul punto.

Com'è stato convincentemente rilevato, in Italia emergiamo da un lungo periodo nel quale, per scelte ricostruttive, ideologie interpretative e interessi fra loro eterogenei, il filtro dell'ingiustizia del danno (vivido esempio di creatività normativa *made in Italy*⁶⁹, almeno se si compie un giro di orizzonte comparatistico sul diritto privato della responsabilità civile a formulazione codicistica/legislativa) è stato sottoposto a un pensiero riduzionista, se non negazionista⁷⁰.

⁶⁹ Scava storicamente nelle ragioni che hanno propiziato questa creatività e trae conferma di un senso che vede nell'ingiustizia del danno un indice normativo suscettibile di recuperare il modo di vedere le cose proprio della nozione di «abuso» contemplata dal secondo comma dell'art. 74 del «Progetto di codice delle obbligazioni e dei contratti comuni all'Italia e alla Francia», con una formula che avrebbe indotto l'interprete ad applicare un modello di responsabilità diverso da quello legato alla colpa (descritto al primo comma della norma del progetto) e suscettibile di assorbire la tradizionale rilevanza del dolo quale elemento di imputazione del danno nella ben più ampia idea che la risarcibilità del danno si sarebbe data quale reazione a un «esercizio disfunzionale del diritto», M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, cit., 174.

⁷⁰ Se è vero che:

[L]a responsabilità civile non è però soltanto la grande narrazione di interessi, alla fine approdati alla tutela aquiliana. È anche il luogo in cui inspiegabilmente si è consumato un processo di vero e proprio occultamento, meglio sarebbe dire, di vera e propria rimozione, del criterio fondativo della tutela aquilana: il principio appunto di ingiustizia del danno.

In questi termini, per poi spiegare incisivamente le ragioni che hanno propiziato questo occultamento, V. SCALISI, *Danno e ingiustizia nella teoria della responsabilità civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 785, spec. 798-800, note omesse.

A margine delle considerazioni di questo A., si può qui osservare come verosimilmente l'occultamento sia stato dovuto alla circostanza che il parametro dell'ingiustizia

Certo, allenando a maturare un necessario distacco da concetti e dispositivi argomentativi aventi matrice esclusivamente municipale, la comparazione ha l'innegabile merito di insegnare che quello che si può fare in Italia con l'ingiustizia, altrove si può fare con il *duty of care*, con il gioco causale e a volte persino valorizzando il ruolo del dolo nell'imputazione del danno.

È un fatto, però, che l'ingiustizia si dia, quasi tautologicamente (come pure qualcuno potrebbe dire, per tentare ancora una volta di relativizzare l'importanza che questo dato normativo riveste nella struttura applicativa del dispositivo risarcitorio aquiliano), per rendere (però) *esplicito* sul piano argomentativo quell'«orientamento a giustizia» – cui si è recentemente alluso discorrendo d'interpretazione, rinnovando la richiesta di cogliere fino in fondo le opportunità concesse da un dispositivo ermeneutico virtuoso – che permette all'interprete di somministrare la «regola che, commisurandosi allo specifico interesse che con il fatto prende vita e si costituisce, nel contempo recepisce e si conforma alla prescrittiva normatività insita nel fatto stesso»⁷¹.

Ciò può accadere, però, solo convenendo di tener distinto il danno, quale lesione dell'interesse meritevole di tutela, dall'ingiustizia, quale connotato che caratterizza un particolare modo di essere del danno, che però è essenziale per la «traslabilità» di quest'ultimo attraverso una

negli anni sia stato a un tempo sovraesposto e appiattito nella epica lotta condotta per liberarsi di due dogmi che incatenavano la traiettoria evolutiva della r.c. italiana: prima, nella riflessione avviata da Sacco, Schlesinger, Rodotà e Busnelli, per dire addio al peso che la formula diritto assoluto/relativo assumeva culturalmente nello stabilire, in linea generale, la risarcibilità del danno; poi per prendere commiato dal dogma della irrisarcibilità dell'interesse legittimo, con una sentenza (la storica Sez. Un., 22 luglio 1999, n. 500, in *Foro it.*, 1999, I, 2487) che ha realizzato questo cruciale passaggio interpretativo, prendendo atto del compiersi di altre circostanze ordinamentali contestualmente realizzatesi in quel torno di anni, le quali hanno indotto a ritenere maturo il momento per dichiarare quel risultato a lungo atteso.

⁷¹ Seguendo un evidente filo conduttore, ancora V. SCALISI, *Per un'ermeneutica giuridica «veritativa» orientata a giustizia*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 1249, spec. 1260.

somma che, nella sua consistenza finale, rifletta l'esito del giudizio risarcitorio aquiliano⁷².

Una qualifica che consegue a un giudizio relazionale, ove, nella naturale alterità delle posizioni rivestite dai due protagonisti della contesa risarcitoria, in fin dei conti non si fa altro che analizzare la finalità dei trasferimenti di ricchezza, che sarebbero resi possibili dal considerare ciò che, nel darsi inizialmente come una semplice perdita, può diventare un danno vestito dall'ingiustizia e, come tale, risarcibile.

Il modo di valutare questa finalità (o anche: sensibilità) normativa si mette in dialogo con due set di considerazioni che non conoscono un ordine di evasione necessario, ma che, per mera esigenza espositiva, possono essere scanditi in due momenti distinti.

Nel primo di questi momenti, va da sé, l'esplorazione di questa finalità dialoga con i valori costituzionali sottesi a qualsiasi temperamento d'interessi che prende luogo nella società, quasi si trattasse ogni volta di rinnovare un ideale giudizio di costituzionalità avente oggetto la «microregola» di responsabilità in base alla quale ogni singolo esercizio di aggiudicazione perviene a definire il dispositivo processuale, componendo la contesa risarcitoria insorta fra le parti nel contesto fattuale di ciascuna vicenda che accende la domanda di giustizia risarcitoria.

È in questo segmento del giudizio che – con licenza di spingere la metafora fino in fondo – a ogni interprete è concesso il potere/dovere di

⁷² Opportunamente è stato osservato che

[I] problema dell'ingiustizia, come quello della direzione della risarcibilità del danno, che sono due aspetti tra loro collegati, non attengono (...) al nascere della fattispecie di responsabilità, ossia al suo momento costitutivo, bensì piuttosto al momento applicativo della norma, ossia al momento in cui si dovrà decidere quale soggetto è tenuto a rispondere del danno. È questo, pertanto, un problema che è tipicamente di natura rimediale e, come tale, funzionale, in quanto consiste nel preferire una ragione di tutela (quella relativa alla sfera del danneggiato) piuttosto che un'altra (quella attinente alla sfera di libertà del danneggiante, non vincolata alla prima da alcun rapporto preesistente).

Così, D. MESSINETTI, *Processi di formazione della norma e tecniche «rimediali» della tutela giuridica*, in V. SCALISI (a cura di), *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia* – Convegno di studi in onore del prof. Angelo Falzea, Messina 4-7 giugno 2002, Milano, 2004, 199, 239.

salire sul colle del Quirinale per farsi guidare dalla lettura della Costituzione, per poi ridiscendere la salita del Grillo avendo sotto braccio la lettura della Carta fondamentale privilegiata dal senso dell'aggiudicazione operata⁷³.

Nel secondo momento valutativo, che, per quanto s'è appena detto, potrebbe essere anche il primo, possono venire in autonomo ed esplicito rilievo le macrofunzioni della responsabilità civile.

Soprattutto il compensare e prevenire su cui si è soliti polarizzare questo discorso.

Ma – non è precluso pensarlo – anche altre idee, che in questo momento valutativo potrebbero conoscere la possibilità di contribuire a definire la giustizia della riparazione del danno, non certo in relazione alla giustizia del singolo caso concreto, ma alla classe di casi nei quali sia suscettibile di darsi serialmente il senso di quella giustizia che nel caso concreto finisce per essere amministrata.

Come, ad esempio, l'idea (o la funzione) organizzativa della r.c., che, alludendo implicitamente al *floodgate argument*⁷⁴, sovente percorre sottotraccia il ragionamento messo a capo di sentenze che approdano a soluzioni destinate a porre argini al proliferare della litigiosità⁷⁵, di-

⁷³ Trova realizzazione in questo segmento valutativo, quella caratteristica apertura del principio di atipicità che permette di eterointegrare il contenuto dell'art. 2043 c.c. guardando a una disciplina ben più articolata rispetto a quella attributiva di diritti assoluti, ove regole settoriali e principi costituzionali si costituiscono in elementi capaci di guidare l'interprete verso l'esito di una valutazione complessa, dalla quale discende la decisione sulla risarcibilità del danno, così, con estrema chiarezza, C. SALVI, *La responsabilità civile*², cit., 89. Riflette sulla natura di clausola generale della «ingiustizia del danno», che va decifrata «sulla base di uno standard, di un criterio (interno o esterno che sia) selezionato tra quelli in competizione», V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010, 93.

⁷⁴ Da tempo ormai eretto ad autonomo *topos* nella riflessione accademica transistematica, J. SPIER (ed.), *The Limits of Liability: Keeping the Floodgate Shut*, The Hague-London-New York, 1996.

⁷⁵ Si pensi, per un esempio sistemicamente assai significativo, alla soluzione ad ampio raggio divinata da Sez. Un., 11 novembre 2008, n. 26972, n. 26973, n. 26974, n. 26975, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 97, con commento di F. BUSNELLI, *Le Sezioni Unite e il danno non patrimoniale*, in ordine alla necessità di tollerare il danno non patrimoniale la cui incidenza non superi il vaglio della sufficiente gravità, di cui un'epifania settoriale recente in Sez. Un., 25 febbraio 2016, n. 3727, in *Nuova giur. civ.*, 2016, 1014, con

mostrando una sostanziale e sempre più acuta sensibilità per un problema che anche in Italia l'ormai metabolizzata attenzione per la comparazione ha reso familiare all'interprete non solo accademico della responsabilità civile.

Ragionamenti che spingono per il radicarsi di una attenzione argomentativa per il problema rappresentato dai maggiori costi di transazione che una data soluzione, in luogo di un'altra, può prospettare, in un'ottica attenta a verificare in che modo la singola aggiudicazione si renda prospetticamente partecipe della dimensione collettiva del funzionamento della giustizia.

Sono, a tutti gli effetti, le *policy considerations* con cui il giudice di *common law* è costitutivamente allenato a instaurare un dialogo franco e diretto nell'ordire la propria trama di argomentazioni, senza richiedere la mediazione di troppe mediazioni concettuali.

Nel meccanismo della r.c. italiana queste valutazioni stanno tutte, se si vuole, nell'ingiustizia del danno, con una possibilità tecnica di cui si è opportunamente sottolineata l'apertura cognitiva rispetto «agli *inputs* che provengono dall'ambiente sociale, deducendo un pregiudizio e la richiesta di compensarlo»⁷⁶.

La giurisprudenza si appropria di questi discorsi e li mette in pratica – con esiti che, appunto, dipendono dalla sintesi nella quale la «giustizia» del danno permette di far confluire tutti questi discorsi – quando decide che il pregiudizio determinato al consumatore da pratiche collusive sorvegliate da un apparato di regole, che pure poteva apparire non essere espressamente concepito per esprimere quella dimensione di tutela, è nondimeno un danno di cui l'utente del mercato può chiedere il

nota di L. DELLI PRISCOLI, *La non risarcibilità del danno non patrimoniale di lieve entità, anche se derivante da reato*. O si pensi alla necessità di non far coincidere il giudizio relativo alla ingiustizia del danno con il mero riscontro della violazione di norme esprimenti la liceità del trattamento dei dati personali, su cui in giurisprudenza Cass., 3 luglio 2014, n. 15240, in *Foro it.*, Rep. 2015, voce *Responsabilità civile*, n. 133; Cass., 15 luglio 2014, n. 16133, in *Foro it.*, 2015, I, 120; Cass., 13 ottobre 2016, n. 20615, in *Arch. circolaz.*, 2017, 432 e in dottrina, in luogo di molti, E. NAVARRETTA, *Ingiustizia del danno e nuovi interessi*, in N. LIPARI, P. RESCIGNO (diretto da), *La responsabilità e il danno*, vol. IV/III, *Diritto civile*, Milano, 2009, 163, spec. 169 s.

⁷⁶ Così, con linguaggio dichiaratamente luhmaniano, M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, cit., 231.

risarcimento, che merita di essere «processato» dalla giustizia nell'ottica, che si assume virtuosa, di concedere rinnovato vigore al *private enforcement* delle regole⁷⁷.

O che non è risarcibile il danno non patrimoniale richiesto al coniuge che abbia violato il mai così attuale (almeno nei *verba* di una delle fazioni frappestesi alla difficile ascesa alla Gazzetta ufficiale dell'ormai celebre d.d.l. Cirinnà) obbligo di fedeltà⁷⁸, allacciando una relazione extraconiugale con una persona del suo stesso sesso⁷⁹.

⁷⁷ Sez. Un. civ., 4 febbraio 2005, n. 2207, in *Resp. civ. prev.*, con nota di A. GUARNERI, *L'illecito antitrust degli assicuratori, le azioni degli assicurati e una questione di competenza risolta dalle sezioni unite*, e in *Europa e dir. priv.*, 2005, 444, con nota di C. CASTRONOVO, *Sezioni più unite che antitrust*, nonché in *Corriere giur.*, 2005, 1093, con nota di M. LIBERTINI, *Le azioni civili del consumatore contro gli illeciti antitrust*. Sul punto – all'indomani del celebre caso *Courage v. Crehan*, v. CGCE, sent. 20 settembre 2001, causa C-453/99, in *Foro it.*, 2002, IV, 75, con nota di A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Intesa illecita e risarcimento a favore di una parte: «chi è causa del suo mal... si lagni e chieda i danni»* – nell'intenso dibattito dottrinale fiorito a margine dei rivolgimenti che hanno impegnato la giurisprudenza di legittimità prima che pervenisse a valutare ingiusto il danno subito dai consumatori per pratiche collusive poste in essere dagli operatori del mercato assicurativo, meritano di essere ricordate le contrapposte letture espresse sul respiro dell'ingiustizia del danno da R. PARDOLESI, *Cartello e contratti dei consumatori: da Leibniz a Sansone?* (nota a Cass., sez. III, ord. 17 ottobre 2003, n. 15538), in *Foro it.*, 2004, I, 469, e da C. CASTRONOVO, *Antitrust e abuso di responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 2004, 469. Da ultimo, la soluzione ormai stabilmente raggiunta nella giurisprudenza italiana è ribadita dal d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, il quale, dando attuazione alla Direttiva 26 novembre 2014, n. 2014/104/UE, disciplina, anche con riferimento alle azioni collettive previste dall'art. 140-bis *cod. cons.*, il diritto al risarcimento in favore di chiunque ha subito un danno a causa di una violazione del diritto della concorrenza da parte di un'impresa o di un'associazione di imprese. Si veda, per l'analisi del più recente stato dell'arte sul tema, E. CAMILLERI, *Il risarcimento per violazione del diritto della concorrenza*, in *NLCC*, 2018, 143.

⁷⁸ Che alle lunghe potrebbe rivelarsi una questione destinata ad assumere un senso poco più che terminologico, nella misura in cui sembra darsi la possibilità di prospettare che l'obbligo in questione (che, però, qualcuno, nel tradizionale contesto matrimoniale, preferisce considerare in guisa di «dovere», M. SESTA, *La responsabilità nelle relazioni familiari*, Torino, 2008, 112) possa vivificarsi alla luce dell'idea di lealtà, emergente quale paradigma di riferimento nella lettura del rapporto fra coniugi svolta dalla più recente giurisprudenza di legittimità, per dotarsi di un coefficiente di effettività anche all'interno del rapporto di unione, avvalendosi di una giustiziabilità concessa per le vie, sempre aperte, dell'art. 2043 c.c. [così G. IORIO, *Costituzione dell'unione civile* (ecc.),

Non è nemmeno risarcibile, secondo una lettura dell'ingiustizia del danno attenta a soppesare i valori costituzionali e gli altri dati ordinali in gioco nella decisione, il pregiudizio dovuto allo stigma e all'esclusione, unitamente alla lesione della propria identità personale, sofferta dal testimone di Geova che abbia legittimamente esercitato il proprio diritto di recesso da un'associazione riconosciuta di aderenti a questo credo confessionale e che, nonostante la diffida contraria prodotta all'atto del recesso, a seguito della perdita della qualità di socio, sia stato menzionato nel c.d. «annuncio», col quale durante le proprie assemblee di culto i membri di questa comunità religiosa ricevono pubblica notizia che il soggetto recedente non è più un adepto, con la conseguenza – dettata dalle regole del credo confessionale geovista – di essere tenuti a interrompere ogni frequentazione e relazione con l'ormai ex compagno di fede, praticando nei suoi confronti ciò che il proprio credo canonizza senza giri di parole nei termini di un vero e proprio «ostracismo»⁸⁰.

O, ancora, per venire a un tema già incrociato nel percorso compiuto in queste pagine, quando non si ammette a tutela risarcitoria il danno patrimoniale che l'azienda sanitaria, irretita dalle «misure di razionaliz-

in M. GORGONI (a cura di), *Unioni civili e convivenze di fatto*, cit., 69, spec. 90 ss.], che, però, oggi devono temere la concorrenza delle ancor più rapide strade privilegiate da chi crede nell'autopoiesi risarcitoria dell'art. 1173 c.c., avallando anche in campo familiare la costruzione che sorregge l'obbligazione senza obbligo primario di prestazione, E. LA ROSA, *I danni nelle dinamiche familiari tra illecito, responsabilità e strumenti sanzionatori. Funzionalità ed efficienza dei rimedi*, in R. TOMMASINI, *La responsabilità civile nel terzo millennio. Linee di una evoluzione*, Torino, 2011, 373, 392 ss.

⁷⁹ Così App. Brescia, 5 giugno 2007, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 2073, con nota di S. CATERBI, cassando Trib. Brescia, 14 ottobre 2006, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 81, con note di F. BILOTTA e P. CENDON.

⁸⁰ Così Trib. Bari, 13 dicembre 2013, G.U. F. Caso, in *Dir. eccles.*, 2014, 785, con nota di S. MARTUCCI, *Appartenenza confessionale e ostracismo: qualcosa di nuovo, anzi d'antico, nelle dinamiche dell'affiliazione religiosa*, nell'osservare conclusivamente che

le condotte che nella specie lamenta l'attore non possono essere considerate discriminatorie per motivi religiosi, nel senso sin qui chiarito, appaiono penalmente irrilevanti (...), e neanche foriere di danno ingiusto ex art. 2043 c.c. (per quello che interessa in questa sede civile).

zazione della spesa pubblica sanitaria» (le quali finiscono sempre per esprimersi in una riduzione delle risorse disponibili al bilancio aziendale), tenta di recuperare dal danneggiante, che con la sua condotta illecita ha propiziato una richiesta di cura, implicante l'intervento dell'art. 32 Cost., nella proiezione che ha permesso a questo valore costituzionalmente protetto di garantire, dal 1978 in poi, l'erogazione gratuita delle prestazioni a tutti i cittadini entro livelli uniformi di assistenza, definiti dal piano sanitario nazionale⁸¹.

⁸¹ Cass. civ., 15 dicembre 2015, n. 25215, cit., la cui massima recita:

gli esborsi sostenuti dalla ASL in conseguenza del fatto illecito di un terzo (nella specie, spese per cure mediche somministrate a centinaia di persone intossicate da una fornitura di cibo contaminato) non costituiscono danno risarcibile ex art. 2043 c.c., difettando il carattere dell'ingiustizia del danno, in quanto i costi gravano sul servizio sanitario finanziato dalla generalità dei cittadini, e quindi sulle sue articolazioni territoriali, in applicazione della legge istitutiva del servizio sanitario nazionale, che prevede la erogazione gratuita delle prestazioni a tutti i cittadini entro livelli di assistenza uniformi definiti con il piano sanitario nazionale, sicché le regioni, ove vogliano rivalersi sui terzi responsabili, debbono provvedere ad emanare apposite norme

ha in realtà più semplicemente statuito che

il pregiudizio economico lamentato dalla ASL non assume il carattere dell'ingiustizia in quanto i costi per i ricoveri e le cure mediche prestate gravano sul servizio sanitario, finanziato con i contributi che gravano sulla generalità dei cittadini, e quindi sulle sue articolazioni territoriali in applicazione della legge generale istitutiva del servizio sanitario nazionale che prevede la erogazione gratuita delle prestazioni a tutti i cittadini entro i livelli di assistenza uniformi definiti con il piano sanitario nazionale (L. n. 833 del 1978, articoli 1, 3, 19, 53 e 63).

La medesima sentenza ha, però, opinato in un *obiter* (che, come tale, non avrebbe dovuto essere inserito nella massima su ricordata) che possa rivelarsi conforme a Costituzione prevedere, *de iure condendo*, da parte delle singole legislazioni regionali il diritto delle ASL di recuperare le somme sostenute per la cura delle vittime di un fatto illecito, esercitando un diritto di rivalsa i cui contorni dovrebbero essere appunto definiti dalle singole legislazioni regionali. Su tale prospettiva, sulla cui fondatezza non è qui possibile aprire un adeguato cantiere di riflessione, anche alla luce dei delicati problemi costituzionali che essa sembra sollevare, ci si limita a osservare quanto segue.

La menzione, effettuata all'art. 69 della legge 833/1978, dei «recuperi, anche a titolo di rivalsa» nell'elenco delle voci che concorrono ad alimentare il finanziamento del fondo sanitario nazionale, è stata interpretata, anche in virtù della sua topica (essendo inserita nel titolo della legge destinato a dettare le norme transitorie e finali della nor-

Si pongono a questo punto alcune domande che, non solo retoricamente, restituiscono l'approdo finale del discorso condotto fin qui.

mativa che istituì il SSN), quale enunciato normativo destinato a considerare, *ratione temporis*, le rivalse avviate dagli enti ospedalieri prima dell'entrata in vigore della legge (così, condivisibilmente, R. DIES, *Le ragioni della giurisprudenza minoritaria che esclude il diritto di rivalsa*, in M. BOCCHI (a cura di), *Il recupero crediti in sanità*, Trento, 2003, 61). Sta di fatto che, se è vero che numerose regioni e province autonome avevano legiferato sul punto a metà degli anni Settanta, con normative oggetto in seguito di abrogazione esplicita in conseguenza del mutato quadro legislativo seguito all'istituzione del SSN, ancora oggi, nel contesto delle regioni e province autonome italiane, si danno, quali norme regionali formalmente vigenti, previsioni legislative che contemplano esplicitamente la rivalsa. Così è in Puglia, ove l'art. 2 della l.r. Puglia, 2 aprile 1981, n. 24, recante «Azioni di rivalsa sanitaria», riferisce la rivalsa a «prestazioni mediche rese in regime ambulatoriale e di ricovero, eseguite in favore di pazienti che necessitano di assistenza a causa di eventi o azioni attribuibili a responsabilità di terzi», cui in tempi più recenti si è aggiunta la l.r. Puglia, 9 febbraio 2011, n. 2, recante «Approvazione del Piano di rientro della Regione Puglia 2010-2012», ove si prevedono misure operative per applicare le «rivalse delle spese sanitarie derivanti da responsabilità civile di terzi», richiamando apoditticamente l'art. 1916 c.c. per fondare la base giuridica della rivalsa. E lo stesso accade in Toscana, con la l.r. Toscana, 19 agosto 1983, n. 62, recante «Procedimento per il recupero a titolo di rivalsa delle spese di assistenza sanitaria». Anche in questo caso si dà – fra le righe del problema prospettato nell'*obiter* della Cassazione e per prevenire il disordinato dispiegarsi delle velleità legislative dei legislatori regionali in un materia che, riguardando a tutti gli effetti l'ordinamento civile in base all'art. 117 Cost., dovrebbe restare astretta ad una soluzione unitaria sul piano nazionale – la necessità di scriminare ulteriormente nella valutazione della ingiustizia del danno (ricevuto dalla ASL dall'illecito del terzo che abbia reso necessario le cure apprestate al danneggiato), nel segno di un criterio che dia conto del perché il danneggiante possa essere esposto alla pretesa recuperatoria della collettività per le spese così sostenute, causate dal comportamento di quest'ultimo. Questo criterio – di fronte ad una valutazione che si predisponga ad ammettere questa evenienza anche sulla spinta di valutazioni di equità collettiva fondate in ultima analisi sul problema della limitatezza delle risorse disponibili alla collettività e sulla necessità di promuoverne un impiego razionale e oculato (sempreché i costi transattivi del recupero diano effettivamente prova di non eccedere il beneficio conseguibile dalle casse delle ASL) – potrebbe darsi nella possibilità di subordinare la valutazione dell'ingiustizia del danno ricevuto dalla ASL al riscontro di una condotta dolosa da parte del danneggiante, per continuare, di contro, a ritenere «giusto» il danno sostenuto dalla ASL quando l'occasione della cura mostri di essere determinata da una condotta meramente colposa o comunque civilmente imputabile al responsabile per effetto di una fattispecie di responsabilità c.d. «oggettiva».

Di cosa si parla, se non di una sorta d'ingiustizia riflessa (o «allo specchio», per farsi ispirare fino in fondo dall'immagine icasticamente emersa nel dialogo fra dottrina e corti olandesi), quando – come si è estesamente verificato nel corso di questo studio, in particolare nel terzo capitolo – si avverte l'esigenza di tenere i riflettori puntati sul *titolo* dell'attribuzione patrimoniale entrata nel patrimonio del danneggiato per effetto dell'evento dannoso subito?

E perché – come continuano a insegnarci *in primis* i tedeschi (che, però, s'è visto non essere isolati in questa convinzione nel più ampio panorama comparativo vagliato in queste pagine), i quali pure hanno storicamente accompagnato la nostra iniziale comprensione di questo tema chiave della modernità del danno – appare sempre necessario svolgere un analitico giudizio normativo/valoriale distinto dalla mera contabilità causale del pregiudizio, quando un beneficio è considerato idoneo ad alleggerire l'entità del danno destinato a trovare soddisfazione nel patrimonio del responsabile?

E, ancora, come mai gli studiosi riunitisi dall'intento di mettere la responsabilità civile europea a fattore comune nei diritti nazionali dei paesi membri hanno convenuto sulla necessità di assegnare un ruolo esplicito alla finalità del beneficio, che è cosa altra, sia sul piano concettuale, che per sistemazione nell'ordine delle regole distillate nelle varie declinazioni dei *Principles* o del *Draft*, rispetto al tardo ottocentesco scopo della norma violata, ancora idolatrato, con tutte le fragilità e le insufficienze esplicative che questa ermeneutica causale può disvelare alla prova dei fatti, dagli aruspici delle formule causali?

Dove si colloca e si valorizza in modo esplicito quella dimensione del sacrificio che abbiamo visto costantemente emergere nel percorso compiuto in questo studio, tecnicamente per dare ragione dell'incapacità dell'obbligazione che veicola il senso di quel sacrificio economico di estinguere integralmente o parzialmente un'obbligazione sorta per una finalità risarcitoria di cui è gravato un responsabile che nessuna parte ha nel conseguimento del corrispettivo di quel sacrificio, e quindi – sempre tecnicamente – per sancire un non-defalco giustificato dal riscontro di due finalità che mostrano di non collimare?

Ma poi per dare ragione del perché certe operazioni di scomputo non possono darsi, se non al prezzo di calpestare un senso di giustizia

che nessuna crisi economica dovrebbe essere autorizzata a mettere in sordina, e tanto meno per effetto di manovre ridistributive mediate in modo apparentemente asettico dalla tecnica e non assunte responsabilmente dalla politica, in un'arena di confronto, di mediazione e di scelta che della politica costituisce il tratto più significativo, problematico e, tuttavia, nonostante il diffuso senso di allontanamento dalla sfera della politica che molti amaramente avvertono, oggi proprio per questo più che mai ineludibile?

Nessuna ingenuità in queste domande. Non si devono e non si vogliono confondere i piani⁸².

L'ingiustizia resta un attributo esclusivo del danno, anche se, quando il beneficio incontra un danno risarcibile a seguito del sorgere di un'obbligazione derivante da fatto illecito, nulla impedisce di valorizzare sul piano argomentativo l'osmosi che si realizza fra «ingiustizia del

⁸² Sembra poco desiderabile impegnarsi nell'articolazione di un'idea di *clcd* che, stingendo esclusivamente nel danno ingiusto e cedendo alla tentazione di fondare in negativo i propri parametri di controllo esclusivamente nella nozione dell'ingiustizia del danno, si esponga, così facendo, al rischio di restare prigioniera di una pur importantissima ontologia del sistema della r.c. italiana qual è, a fianco di altre ontologie di questo sistema, l'obbligazione che origina dal fatto illecito. Ciò, almeno, se si pone mente alla realtà composita di questo sistema di tutele e al conflitto sistematico in atto, fra obbligazioni che preesistono o che originano dal danno, nell'intercettare aree di operatività utili ad interpretare il concreto bisogno di protezione dei soggetti operanti sotto l'impalcatura di quelle obbligazioni. Con questo *caveat* possono ricordarsi le interessanti considerazioni espresse da una sentenza di legittimità che in questo studio è già stata considerata (al termine del terzo capitolo). Rilevando giustamente che «l'istituto della *compensatio* è ricavato all'interno del sistema della risarcibilità (da responsabilità contrattuale ed extracontrattuale)» e non senza avvertire che «dottrina e giurisprudenza devono dar conto del metodo ermeneutico adottato e sul punto le reticenze sono rivelatrici di una difficoltà sistematica».

Cass. civ., 15 aprile 1998, n. 3807, già citata illustrando l'applicazione della *clcd* al caso del Vajont, aveva esternato la condivisibile preoccupazione che

costruire la *compensatio lucri cum danno*, all'interno della responsabilità da illecito aquiliano, come una clausola di esonero che prescinde dagli elementi strutturali che costituiscono tale illecito (elementi chiaramente indicati nel testo dell'art. 2043 c.c.), significa pervenire alla costruzione di un principio estraneo alla logica del sistema giuridico italiano e contrario ai principi del diritto comune europeo.

danno» e «giustizia del beneficio», per consentire all'interprete di pervenire a una valutazione ragionata in ordine agli elementi al ricorrere dei quali appare possibile sancire la non scomputabilità del beneficio, evitando così di perpetuare tralatiziamente la litania astratta della omogeneità del «titolo», nella quale gli elementi che in ciascuna fattispecie devono governare questa delicata valutazione finiscono per rimanere occultati o non espressi in modo esplicito sul piano argomentativo.

Il beneficio, dal canto suo, ha la capacità di prospettarsi attraverso una gamma di corridoi causali virtualmente in(de)finita.

Riportando il solco di queste considerazioni nel loro originario alveo di scorrimento, scavato dalla domanda che ha istigato il loro proporsi, tutto quanto si è osservato intorno al concetto di «giustizia del beneficio» va ricondotto alla necessità (e alla capacità) di leggere e selezionare le finalità dei benefici, che, per potersi annullare compensandosi nel danno, devono assumere (quella che potremmo definire) una teleologia risarcitoria rispetto alla specifica vicenda che appare produttiva del danno cagionato dallo specifico destinatario dell'azione risarcitoria che miri ad avvalersi del beneficio spettante al danneggiato. Individuando i tratti di una vicenda che, così inquadrata, induca a ritenere l'attitudine genetica del beneficio a entrare col segno meno nel computo del risarcibile, all'esito di un'operazione ermeneutica che chiede all'interprete di tenere sempre a mente, quando verifica questa finalità, tutto ciò che si accerta prima che un danno viene detto risarcibile per essere ammes- so a transitare da un patrimonio all'altro.

Per un verso – in una dimensione che finisce per interpellare senza molte mediazioni l'idea di cittadinanza (italiana e, come si è visto, non ancora europea) e il senso che oggi ci si dichiara d'accordo a riconoscere all'idea di uno Stato sociale fondato sul lavoro e tenuto assieme (anche e con sempre maggiore difficoltà) dalla solidarietà⁸³ – il concetto di

⁸³ Scrive A. SUPIOT, *Grandeur et misère de l'État social*, Paris, 2013, 26 (corsivo in parte originale, in parte aggiunto):

[L]ors de son apparition dans le vocabulaire juridique à la fin du XVII^e siècle, *solidarité* eut un moment pour synonyme le mot *solidité*, encore employé par Pothier dans son *Traité des obligations* en 1761. De fait, *solidarité* dans son sens le plus large désigne *ce qui solidifie un groupe humain, sans préjuger de la nature et de la composition de la colle qui fait tenir ensemble les membres de ce groupe*. Elle a ainsi une généralité et une neutralité que ne possèdent ni la

giustizia del beneficio può trovare una naturale sede di lettura nella dimensione costituzionale che illumina il rapporto fra danno e sicurezza sociale.

Per altro verso, occorre evitare che, sul piano della tecnica civilistica, l'istanza evocata dalla necessità di indagare la «giustizia del beneficio», e la gamma di valutazioni che essa consente di decifrare ed esprimere, corra il rischio di rimanere adespota fra gli elementi normativi che dovrebbero consentirne la verifica operativa su base casistica.

Come accade quando il risarcimento corrisponde all'inadempimento di un'obbligazione di cui il danneggiato sia creditore prim'ancora che il danno appaia all'orizzonte, quando il beneficio non incontra, nel suo prospettarsi quale somma candidata al defalco, un referente normativo – un «danno ingiusto» – in cui rifrangersi nel momento della valutazione della sua defalcabilità⁸⁴.

Sta di fatto che il canone della «giustizia del beneficio», oltre a rispecchiarsi nella speculare nozione del danno ingiusto in ambito extracontrattuale, presta coerenza a un principio ancor più generale del diritto privato. A tenore del quale ogni trasferimento di ricchezza deve essere assistito da una giusta causa, latamente intesa quale esigenza che le attribuzioni patrimoniali possiedano una causa di giustificazione idonea a sorreggere lo spostamento di ricchezza avvenuto⁸⁵, rendendo in quest'ottica «giusto» e non aggredibile con il rimedio restitutorio, l'arric-

notion de charité (et encore moins son avatar contemporain: le *care*), ni celle de fraternité (qui postule un ancêtre mythique). C'est la raison pour laquelle le concept de solidarité, bien que d'un maniement délicat, conserve une grande valeur heuristique pour étudier le sort de l'État social dans le contexte de ce que, d'un terme aussi imprécis qu'omniprésent, on appelle *globalisation*.

⁸⁴ Ricorda la radicale diversità fra il giudizio di responsabilità da inadempimento di una obbligazione preesistente rispetto a quello discendente da «un'ipotetica qualificazione in termini di ingiustizia del danno che dall'inadempimento stesso derivi», C. SCOGNAMIGLIO, *Voce Ingiustizia del danno*, in *Enc. giur. Treccani*, III, Roma, 1996, 3. E vedi estensivamente sulla distinzione G.M. UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, Torino, 2004, 298 ss.

⁸⁵ Annovera il principio di causalità dei trasferimenti patrimoniali fra i principi generali del diritto privato, intesi quali «principi assiomatici o dogmatici», i quali «forniscono punti di vista, basi di partenza per argomentazioni del giudice nelle forme dialettiche della logica preferenziale», L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in AA.VV., *Il principio di buona fede*, Milano, 1987, 3, 9 s.

chimento della parte che di esso benefici a scapito dell'altra, cui la ricchezza è sottratta.

Nell'ottica di una generale indicazione di sistema, questa direttiva ermeneutica trascende l'ambito specifico (di cui, però, non si è mai mancato di sottolineare il respiro di valvola di chiusura del sistema rimediale) nel quale l'ordinamento colloca l'azione di arricchimento e la tutela residuale che quest'azione permette di esperire contro l'arricchito⁸⁶.

⁸⁶ Gli studi in materia di arricchimento senza causa nel diritto italiano sono stati tradizionalmente poco propensi – per non dire: restii – a valorizzare un dato legislativo che pure allude apertamente alla «giustizia» nel qualificare normativamente «giusta» la causa dell'arricchimento, l'elemento in assenza del quale l'art. 2041 c.c. legittima l'impoverito a reagire all'arricchimento ottenuto a suo danno, costringendo l'arricchito a indennizzarlo della diminuzione patrimoniale subita, nei limiti dell'arricchimento conseguito. L'osservazione può trovare conferma nella disamina compiuta da A. NICOLUSI, *Lesione del potere di disposizione e arricchimento. Un'indagine sul danno non aquilano*, Milano, 1998, 428 ss., ma sarebbe imprecisa se omettesse di ricordare la fuga in avanti in cui si produsse P. BARCELLONA, *Note critiche in tema di rapporti fra negozio e giusta causa dell'attribuzione*, in AA.VV., *Studi in onore di Gaetano Zingali*, II, Milano, 1965, 69, e in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, 11, prospettando l'opportunità di guardare alla giustificazione causale dell'attribuzione in modo autonomo rispetto alla causa negoziale, per ammettere la possibilità di svolgere un controllo sulla giustificazione dello spostamento di ricchezza indotto dal contratto.

Non è questa – evidentemente – la sede per aprire un fronte di dialogo a tutto tondo con la letteratura sul tema. E la ragione è presto detta: l'arricchimento senza giusta causa non viene qui evocato per trarre dall'applicazione diretta dell'istituto spunti utili a risolvere il problema che si sta analizzando, ma per ricavarne l'orizzonte di senso sullo sfondo del quale la ricchezza è ammessa circolare nel sistema del diritto privato, e per orientare la soluzione del problema su cui si sta ragionando in coerenza all'indicazione ermeneutica dischiusa da questo più generale orizzonte, che appare immanente rispetto al sistema del diritto privato.

L'osservazione svolta nell'incipit di questa nota, del resto, è stata puntualmente sviluppata anche da E. MOSCATI [*Un'occasione perduta: la codificazione di una clausola generale di arricchimento (primo bilancio e prospettive)*, in *Quadrimestre*, 1989, 433, ora in ID., *Studi sull'indebito e sull'arricchimento senza causa*, Padova, 2012, 261, 266 s., ove – riassumendo quanto già lumeggiato in ID., voce *Arricchimento (azione di)* nel diritto civile, in *Dig. disc. priv. civ.*, I, Torino, 1987, 447, anch'essa ora in ID., *Studi sull'indebito*, cit., 281, 303-312 – sono puntualmente richiamati i principali riferimenti alla dottrina che all'indomani del codice aveva promosso questa impostazione (Schlesinger, Trabucchi, Sacco, Trimarchi, Barbiera) e che in seguito l'ha tenuta ferma (Brec-

cia, lo stesso Moscati, Pardolesi e Di Paola, cui almeno *adde*, non citato da Moscati perché posteriore al suo scritto, P. GALLO, *L'arricchimento senza causa*, Padova, 1990, spec. 25-26, il quale, peraltro, svolge (*ivi*, 386-87) interessanti considerazioni sull'evoluzione conosciuta dall'ingiustizia del danno e dall'ingiustizia dell'arricchimento nel segno di quanto l'A. descrive come una sorta di «convergenza parallela», se è vero che l'iniziale identificazione del concetto di ingiustizia nella lesione di un diritto ha lasciato progressivamente il passo alla considerazione che anche situazioni diverse dalla lesione di un diritto possano dar luogo alla tutela risarcitoria – nel caso dell'ingiustizia del danno – o alla tutela restitutoria – nel caso dell'ingiustificato arricchimento, laddove l'obbligo restitutorio è stato sancito per la tutela del marchio notorio o dell'invenzione non brevettata], illustrando le antinomie e le tautologie di cui sono apparsi lastricati i tentativi di ricavare un senso tecnicamente spendibile dalla formulazione di un concetto generale di arricchimento *ingiustificato* (e appare emblematico che, nel sottolinearlo, sia evocata «la contrapposizione ottocentesca di Rudolf Stammler fra un diritto “tecnico” e un diritto “giusto”», così E. MOSCATI, *Studi sull'indebito*, cit., 306) che si potesse proporre all'interprete nei termini di una clausola generale attraverso la quale dare rilievo operativo alla valutazione della giustizia dell'arricchimento.

Depurata dal riferimento all'atecnica e «moraleggiante» (l'espressione è ancora di E. MOSCATI, *Ibid.*) idea di giustizia – scarsamente valorizzata all'indomani dell'enunciazione del proposito legislativo di lasciare che fosse l'interprete a chiarire la qualificazione data all'arricchimento (così, infatti, la *Relazione al Re*, § 792, ove l'accoglimento dell'idea di formulare un'azione generale di arricchimento è giustificata «perché corrispondente agli scopi di giustizia ed equità che l'ordinamento giuridico deve realizzare, specie se vuole esprimere dal suo seno uno spirito di solidarietà; questo spirito [prosegue la Relazione] non può tollerare spostamenti patrimoniali disgiunti da una causa giustificatrice. Il *suum cuique tribuere*, principio etico assunto nella sfera del diritto, vieta che si tuteli l'aumento patrimoniale conseguito ingiustamente, per non attribuire ad un soggetto un vantaggio che spetta invece ad altri, e correlativamente per non assoggettare quest'ultimo a un'ingiusta perdita») – la menzione codicistica della «giusta causa» ha finito per essere sussunta e sterilizzata nel parametro dell'assenza di causa, trovando in questa formula occasione di essere vagliata in dottrina solo nel momento di una verifica casistica, condotta volta per volta sulle singole fattispecie di arricchimento (in tal senso si spiega il riferimento a una «dottrina che ripiega» effettuato da A. NICOLUSSI, *Lesione del potere di disposizione e arricchimento*, cit., 444), ovvero una dottrina che finisce «per interpretare la norma dell'art. 2041 c.c. come se in essa una clausola generale non fosse contenuta» (*ivi*, 445).

Muovendo dalla più aperta curvatura assunta dall'istituto sul proprio quadrante giuridico di riferimento e dai fecondi sviluppi applicativi che per tale ragione esso ha avuto modo di conoscere in quell'esperienza, è stata la voce di un autore tedesco a esortare i civilisti italiani a considerare che «dietro l'espressione arricchimento ingiustificato si nascondono istituti singolarmente differenziati, aventi, quale unico denominatore co-

mune, lo scopo di impedire situazioni illecite, perequare le posizioni, attuare *finalità di giustizia*» (così, P. SCHLECHTRIEM, *Osservazioni sulla disciplina dell'arricchimento senza causa nell'ordinamento tedesco*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 355, corsivo aggiunto). Del resto, anche nella riflessione municipale non si era mancato di osservare che «[L]a reazione contro l'ingiustificato arricchimento è quella valvola del sistema circolatorio attraverso il quale si afferma, pur con inevitabili limitazioni, il valore della giustizia nella sua essenza primitiva di contraccambio» (così, L. BARBIERA, *L'ingiustificato arricchimento*, Napoli, 1964, 79). E ha discusso di una «interpretazione razionale che sembra soggiacere alla redazione dell'art. 2041 c.c.» e che può ritrovarsi in altre disposizioni del codice civile, per poi circostanziare l'allusione riferendosi alla causa contrattuale, «che, sebbene non sia certo da confondere con la causa degli spostamenti patrimoniali, le è per certi versi imparentata», e concludere, affermando in nota, che la «[R]egola della causa dei contratti e regola della giusta causa dei trasferimenti patrimoniali sono (...) due regole ispirate al perseguimento di un valore analogo», A. NICOLUSI, *Lesione del potere di disposizione e arricchimento*, cit., 473.

In tempi più recenti, lo scrutinio dell'idea di «giustizia» scolpita nella struttura dell'istituto dell'arricchimento senza causa ha indotto a formulare l'interessante osservazione per la quale gli

spostamenti di ricchezza tra soggetti sono conformi a criteri di giustizia solo se, tra l'altro, l'attribuzione patrimoniale può essere giustificata da meccanismi di giustizia posti nell'interesse generale, essendo richiesto dalle condizioni di giustizia la ricerca di regole che annullino la casualità [dell'attribuzione]

per poi concludere che l'arricchimento ingiustificato, assieme alla ripetizione dell'indebito, trova un «duplice fondamento nella coerenza logica del sistema giuridico e nel suo porsi in una direzione di giustizia, per quanto imperfetta sia tale tendenza» [così A. GAMBARO, *Arricchimento ingiustificato e ripetizione dell'indebito. Note introduttive*, in L. VACCA (a cura di), *Arricchimento ingiustificato e ripetizione dell'indebito*, cit., I, 4].

Riferisce incidentalmente il fondamento assiologico dell'istituto dell'arricchimento ingiustificato a un ideale di giustizia commutativa anche P. SIRENA, *La restituzione dell'arricchimento e il risarcimento del danno*, in *Studi in onore di Davide Messinetti*, cit., 917, 929. E va ricordato chi, nello svolgere un'osservazione a un livello di analisi più specifico, nell'ambito di un'impostazione più generale tesa ad allargare l'area di operatività dell'istituto (rimeditando, fra l'altro, il ruolo tradizionalmente assegnato al carattere sussidiario del rimedio, come poi più compiutamente proposto in A. ALBANESE, *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, cit., *passim*), con riferimento al requisito dell'ingiustizia dell'arricchimento ha osservato che la

causa dell'arricchimento non è ingiusta perché vi è l'impovertimento, ma perché vi è la lesione di una posizione giuridica meritevole di protezione: è la *modalità di produzione della ricchezza che non trova riscontro nei fondamentali principi di giustizia*, non la differenza fra danno e svantaggio

Quando il creditore della prestazione inadempita ottiene di veder sancito il soddisfacimento in via risarcitoria del suo diritto di credito sul patrimonio del debitore e – nella perimetrazione del danno conseguente all'inadempimento operata in base all'art. 1223 c.c. – è chiamato a fare i conti con la *clcd*, perché, secondo una lettura puramente contabile e causale, il patrimonio del creditore della prestazione mostrerebbe di aver ricevuto un incremento contabile in conseguenza dell'inadempimento, la questione della giustizia o della giusta causa dell'attribuzione beneficiale suscettiva di diminuire l'entità del risarcimento dovuto dal debitore infedele si propone nei medesimi termini esplorati nel contesto extracontrattuale, pur se alla luce di differenti referenti normativi.

Dall'indagine sulla finalità dell'attribuzione patrimoniale beneficiale pervenuta nel patrimonio del creditore dell'obbligazione inadempita, discende, in ultima analisi, la decisione di riallocare tale attribuzione al debitore inadempiente, dichiarandone l'idoneità ad assorbire le ragioni risarcitorie del creditore fino all'importo dedotto nel beneficio, o di lasciare che tale importo resti al creditore insoddisfatto, senza sovrapporsi al risarcimento del danno destinato a realizzare per equivalente l'interesse del creditore dopo il riscontro giudiziale dell'inadempimento.

Anche in questo caso, l'analisi della finalità del beneficio offre all'interprete tutti gli elementi per comprendere se esso sia destinato, o non, a incidere sul soddisfacimento dell'interesse alla prestazione sotteso all'obbligazione inadempita, che la quantificazione del risarcimento del danno mira a surrogare nel patrimonio del creditore insoddisfatto.

Si dà, in altre parole, la consapevolezza che sia proprio l'interrogazione di quella finalità a permettere di stabilire se, in esito al beneficio pervenuto al creditore, il debitore infedele, tenuto al risarcimento, possa

per poi osservare che, perché si abbia responsabilità,

importa soltanto che l'arricchimento, ossia l'effetto economico, che deriva dal comportamento abusivo, [sia] ingiusto. Dal punto di vista giuridico l'arricchimento può essere l'effetto economico di un fatto qualunque, che il legislatore non ha avuto interesse a qualificare, perché una sua qualificazione sarebbe stata irrilevante ai fini della reazione approntata dalla legge.

Così ID., *Fatto illecito, fatto ingiusto e restituzione dell'arricchimento in assenza di danno*, in *Resp. civ. prev.*, 2004, 538, rispettivamente 550 e 552, corsivo in parte originale, in parte aggiunto.

essere ammesso a giovare di un arricchimento idoneo a soddisfare la giusta causa dell'attribuzione, nell'approdo finale che quest'ultima conosce quando essa è ritenuta idonea, per la sua finalità risarcitoria, a istituire una giusta correlazione fra la perdita del creditore, destinatario del beneficio, e il guadagno del debitore, cui il beneficio del creditore finisce per essere allocato, nella misura in cui quest'ultimo ottiene per tal via un correlativo esonero dal debito risarcitorio discendente dal proprio inadempimento⁸⁷.

Si è già verificato, nell'avviare questo capitolo, come in Germania dottrina e giurisprudenza dal dopoguerra in poi abbiano stabilmente fatto ricorso alla clausola generale del § 242 BGB per giustificare l'operare della *Vorteilsausgleichung* nella determinazione delle conseguenze risarcitorie imposte dalla violazione dell'obbligo derivante dal rapporto obbligatorio.

⁸⁷ Lo schema di ragionamento evoca, con la differenza che il destinatario finale dell'impovertimento in questo caso è un terzo e non il danneggiato, lo scenario che tipicamente prende corpo quando si dà l'arricchimento dell'autore di un illecito, il quale, impedendo al danneggiato di erogare la propria prestazione lavorativa, trae vantaggio dalla circostanza che in tale evenienza l'art. 2110 c.c., derogando all'art. 1463 c.c., obbliga il datore di lavoro a continuare a retribuire il lavoratore. La lesione del credito del datore è – oggi – pacificamente risarcibile, essendo a quest'ultimo attribuita azione nei confronti dell'autore dell'illecito. Lo schema, tuttavia, è indicativo di un'esigenza di riequilibrio fra sfere patrimoniali di fronte a un arricchimento ingiusto, perché, nella circostanza, l'autore dell'illecito acquisisce un vantaggio sotto forma di una diminuzione del proprio debito risarcitorio in modo del tutto casuale e in assenza di titolo e quindi di una giustificazione giuridica, proprio come accade quando un debitore inadempiente è ammesso a giovare di una riduzione del proprio debito risarcitorio per effetto di un beneficio giunto nel patrimonio del danneggiato/creditore per finalità che – messe a confronto con il titolo che giustifica il proprio debito risarcitorio – rivelano l'assenza di una causa idonea a giustificare lo spostamento patrimoniale, che per giunta, decidendo nel segno di una sottrazione, finirebbe per darsi al soggetto che diverrebbe il destinatario finale del beneficio in modo del tutto casuale.

Ha ascritto lo schema dell'arricchimento neutralizzato mediante l'ammissione dell'azione per il risarcimento del diritto di credito del datore a conferma della circostanza che l'arricchimento possa rivestire i tratti di un rimedio sia al danno considerato quale lesione del potere di disposizione, che all'arricchimento a quest'ultimo correlato, A. NICOLUSSI, *Lesione del potere di disposizione e arricchimento*, cit., 425-428.

Evocare la buona fede per disegnare attorno al problema evocato dalla *clcd* italiana una regola di giudizio che imponga all'interprete di valutare in modo esplicito se la causa dell'attribuzione beneficiale pervenuta al creditore insoddisfatto appaia geneticamente connotata dalla finalità di soddisfare il medesimo interesse riposto da quest'ultimo nella prestazione, oggetto dell'obbligazione inadempita dal debitore, e sia di conseguenza idonea a limitare, in misura corrispondente, la latitudine del danno risarcibile discendente dalla mancata o non esatta esecuzione della prestazione dovuta dal debitore, può apparire alle nostre latitudini un esercizio azzardato⁸⁸.

È un fatto, però, che da più di sessant'anni il nostro diritto applicato, nel sostanziale silenzio della dottrina, si è predisposto a praticare il test sull'omogeneità del titolo per ragionare intorno al latinismo *clcd*, senza mai approfondire in modo tecnicamente convincente le ragioni profonde che inducono a spiegare il senso di questa prassi applicativa⁸⁹.

In questo studio si è seguito un percorso che ha messo a nudo come il problema sotteso all'impiego della *clcd* non sia, nella sua essenza, solo un problema di *quantum debeatur*, ma caratterizzi un tema che implica la valutazione di elementi di giudizio in qualche misura collocati a monte della mera contabilità causale del danno ricavabile tentando di identificare le «conseguenze immediate e dirette» di cui fa menzione l'art. 1223 c.c.

Non diversamente che in Germania⁹⁰, è da tempo acquisito presso la dottrina italiana che la risoluzione per inadempimento trasforma l'asset-

⁸⁸ Sono ben noti gli eccessi raggiunti nel dopoguerra dalla dottrina e della giurisprudenza tedesche per effetto dalla tendenza a contaminare la *Treu und Glauben* con considerazioni riferite al concetto di equità, su cui, per tutti, L. MENGONI, *Una teoria delle clausole generali*, cit., 8.

⁸⁹ Potrebbe a tal proposito evocarsi l'immagine di un crittotipo argomentativo, adattando al contesto l'idea che si diano «regole che esistono e sono rilevanti, ma che l'operatore non formula (e che anche volendo non saprebbe formulare)», regole «che [il giurista] pratica senza esserne pienamente consapevole», così R. SACCO, voce *Crittotipo*, in *Dig. disc. priv. civ.*, V, Torino, 1989, 39.

⁹⁰ Almeno a far tempo da H. STOLL, *Rücktritt und Schadensersatz*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 1929, 141, spec. 183 ss.

to degli interessi dedotti nel contratto in reciproche obbligazioni, senza azzerare il rapporto obbligatorio per sostituirlo con qualcosa di nuovo⁹¹.

La domanda risarcitoria conseguente all'inadempimento idealmente ambisce a perpetuare l'assetto patrimoniale nella misura programmata dallo scambio voluto fra le parti, trasponendo tale assetto nei termini offerti dal risarcimento del danno⁹². E la quantificazione del danno da inadempimento si fa carico di riflettere quest'anelito, almeno nella mi-

⁹¹ Per i prolegomeni di questa impostazione già L. COVIELLO, *Risoluzione per inadempimento: retroattività e risarcimento del danno*, in *Riv. dir. comm.*, 1935, I, 1, 34 ss., seguito da G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942, 140. Per l'idea che il risarcimento stia in una relazione di continuità con l'obbligazione inadempita, L. MENGONI, voce *Responsabilità contrattuale (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1072 ss.; F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Napoli, 2011, 651 ss.; S. MAZZAMUTO, *Le nuove frontiere della responsabilità contrattuale*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, 723 ss. Il discorso non muta ove si acceda all'idea che la risoluzione del contratto non dia luogo al risarcimento dell'interesse positivo, ma predisponga a rendere risarcibile solo l'interesse negativo (così A. MONTANARI, *Il danno da risoluzione*, Napoli, 2013, 117 ss.), se è vero che anche in tale ipotesi si afferma che (*ivi*, 132)

l'efficacia ablativa della risoluzione incide esclusivamente sul sinallagma in seguito [e] lascia impregiudicata la tutela dei pregiudizi di natura patrimoniale e non patrimoniale che il "contatto" tra i contraenti ha sollecitato (...) [per tendere] alla compensazione del danno provocato dalla vicenda contrattuale alla persona e al patrimonio della parte non inadempiente.

⁹² Mette in luce questa prospettiva, ragionando sulla risoluzione per inadempimento, quale effetto unitario determinato da una pluralità di ragioni, tutte rimesse a una valutazione imperniata sul parametro della gravità dell'inadempimento (con varie correzioni sancite da norme settoriali del codice civile), A. BELFIORE, *Risoluzione per inadempimento e obbligazioni restitutorie*, in *Studi in onore di Tommaso Auletta*, II, 1988, 243, spec. 313 e ss. Considerando all'interno di un fenomeno unitario i rimedi restitutori e risarcitori che accedono alla fattispecie dell'inadempimento, l'A. avverte che «ad un eventuale enunciato sulla retroattività della risoluzione non spetterà il compito di far considerare il contratto risolto come mai esistito, di modo che tale enunciato sarà restrittivamente interpretato», per poi osservare che

il principio di retroattività è deputato a privare *ab origine* di rilevanza il regolamento contrattuale solo nella misura in cui ciò sia necessario per garantire al contraente fedele il recupero di quella diminuzione che il suo patrimonio ha subito a seguito del diverso valore oggettivo delle posizioni giuridiche sorte con il contratto che poi viene impugnato.

sura in cui sia concesso di perseguirlo fronteggiando i problemi connotati alla volontà di risarcire l'interesse positivo, e nella consapevolezza che «la responsabilità contrattuale non ha solo una funzione di incentivo per il debitore, ma anche di protezione degli interessi del creditore»⁹³.

Se, sotto quest'angolo visuale, il danno riflette la prestazione mancata o inesatta, non è precluso far retroagire la esatta determinazione della misura del danno – che, infatti, nella logica scandita dall'art. 1225 c.c. e in un verso opposto, non resta insensibile a una valutazione che qualifica il contegno sfociante nell'inattuazione del rapporto obbligatorio (il dolo del debitore) – alla considerazione di un elemento suscettibile di influenzare il comportamento negoziale del debitore, quando esso esiti nell'inadempimento e per tal via dia luogo al danno⁹⁴.

In questo senso, quando si tratta di determinare la rilevanza che il beneficio assume nella perimetrazione quantitativa delle conseguenze risarcitorie dell'inadempimento, la riscontrata autonomia della causa dell'attribuzione patrimoniale recata nel patrimonio del debitore in veste di «beneficio» si erge ad elemento valutabile alla luce dell'esigenza di preservare l'interesse positivo riposto dal creditore nella regolare esecuzione del programma contrattuale disatteso dal debitore (interesse di cui il risarcimento del danno – nella sua quantificazione finale – è

⁹³ Così, P. TRIMARCHI, *Il contratto*, cit., 87.

⁹⁴ Interessanti, in proposito, le osservazioni svolte da M. GRONDONA, *Diritto dispositivo contrattuale. Funzioni, usi, problemi*, Torino, 2011, discorrendo della funzione che – dopo la conclusione del contratto – la buona fede può assolvere per tenere allineata l'economia del contratto al programma negoziale (*ivi*, 78):

Le condotte che attraverso la buona fede possono e debbono essere colpite sono allora quelle volte ad ostacolare l'operatività della *ratio* economica dell'affare; in questo senso il primo compito della buona fede è appunto quello di consentire ciò che le parti hanno determinato con la pattuizione e che nella pattuizione possa trovare esecuzione integrale; donde si può notare che il primario problema di compatibilità va riferito alle pretese delle parti (volontà ed interessi) emerse solo dopo la conclusione del contratto e con riferimento al suo contenuto; e dunque la buona fede, se e quando è antagonista della volontà dei privati, lo è perché è solidale con il programma economico che il contratto esprime. Da questo angolo visuale si può, allora, certamente accostare la buona fede alla solidarietà, ma in senso opposto a quello tradizionale, cioè quale meccanismo di supporto e di sostegno del funzionamento economico del contratto.

espressione). La buona fede, in uno con la ragionevolezza⁹⁵, impedisce di concedere al debitore inadempiente un vantaggio che non gli spetta, e che finirebbe per costituirsi in un incentivo alla violazione del vincolo. E lo fa impedendo che un elemento estraneo al contratto, perché dotato di giustificazione causale autonoma, entri in una vicenda contrattuale già consumatasi con l'inadempimento, che attende di chiudersi dando effettività al rimedio risarcitorio, con la quantificazione del danno spettante al creditore insoddisfatto in coerenza col programma negoziale disatteso.

Il ragionamento si rende persuasivo nella misura in cui si convenga che il vantaggio conseguito dal debitore riconoscendo applicazione alla *clcd* è idoneo a tradursi nel parziale esonero delle conseguenze risarcitorie dovute per effetto della risoluzione per inadempimento, esibendo una ragione giustificatrice che, per di più, alligna esclusivamente nella sfera giuridica del creditore insoddisfatto e non conosce punti di contatto con la sfera del debitore, se non quando la erogazione beneficiale si trovi ad essere corrisposta dal medesimo debitore, e solo – lo si è ribadito più volte in questa ricerca, in piena coincidenza con le direttive desumibili dal diritto privato europeo – nella misura in cui quest'ultima si dia con una finalità suscettibile di sovrapporsi fino in fondo, nel senso che nell'itinerario percorso ci si auspica di aver chiarito, a quella del risarcimento da lui dovuto.

È solo in questo caso, infatti, che la veste causale ravvisabile nell'attribuzione beneficiale ha modo di giustificare il suo inserimento nella

⁹⁵ Il binomio buona fede e ragionevolezza non è del resto estraneo all'idea di «giustizia» esplorata in questo studio promuovendo l'idea che non sia dato venire a capo del problema posto dalla *clcd* espungendo dal quadro valutativo necessario a risolverlo l'idea della «giustizia» del beneficio. Come ricorda A. RICCI, *Il criterio di ragionevolezza nel diritto privato*, Padova, 2007, 159, rievocando il pensiero di G. CRISCUOLI, *Buona fede e ragionevolezza*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, 709, 724,

ragionevolezza e buona fede, più che avere una comunanza di significato, cospirano e tendono insieme al giusto, come si può ricavare dall'espressione anglosassone, che si esprime nel criterio del “fair, just, and reasonable”, nel quale correttezza e lealtà da una parte, ragionevolezza dall'altra, sembrano fare da corona ciò che è giusto.

logica dello scambio da cui origina la domanda risarcitoria conseguente all'inattuazione del rapporto obbligatorio.

Su questo – non foss'altro che per la certezza di aver consumato fino in fondo l'indulgenza del lettore (avvisato, però, nell'incipit che il tema esplorato non era dei più semplici) – questa ricerca si chiude, nel segno di una convinzione che ha idealmente accompagnato l'elaborazione delle riflessioni proposte fin qui:

il diritto non è solo certezza, e non è solo di certezza che andiamo alla ricerca. Andiamo, *non dispiaccia vederlo scritto da un empirico preoccupato assai di ciò che è stato detto “al di qua” del diritto, e cioè di economia*, anche in cerca di giustizia che è in noi, una giustizia che un empirico scrive magari con la g maiuscola, che non crede appesa fuori dal mondo, ma in noi, in una storia che è “commedia umana”, ma pur sempre storia etica e dove veramente sacro è l'uomo⁹⁶.

⁹⁶ La citazione, assai nota, ma troppo spesso proposta omettendo l'inciso segnalato in corsivo (quando si preferisce sorvolare sull'apertura interdisciplinare che connotava la ricerca svolta dal grande maestro romano), è ovviamente uno dei preziosi legati che ci ha lasciato T. ASCARELLI, *Il codice civile e la sua vigenza*, in *Riv. dir. comm.*, 1953, I, 181, e poi in *ID.*, *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1955, 461, spec. 476.

INDICE DEI NOMI

I numeri indicano la pagina del volume ove un autore o un'opera di un autore (o una sua curatela) viene menzionata. I siti citati nelle note di questo volume sono stati visitati l'ultima volta nel maggio 2018.

- ABRAHAM 373
ADAR 377
ALBANESE A. 312, 396, 397
ALIBRANDI 322
ALPA 159, 290
AMATO A. 48
AMATO C. 186
AMBANELLI 121
ANDREOLI 113, 268
ANDRIOLI 123, 233, 235
ANTINOZZI 178, 244
ARVIN 362, 368
ASCARELLI 21, 22, 258, 260, 351, 403
ASQUINI 222, 223
ASTONE A. 53
ASTUTI 95
ATIYAH 336, 363
AULETTA G. 400
AULETTA T. 328
- BALANDI 42, 134
BALDIN 179
BARBIERA 394, 396
BARCELLONA M. 4, 16, 17, 18, 19, 48, 112, 117, 125, 126, 136, 227, 229, 252, 315, 381, 385
BARCELLONA P. 19, 394
BARON PARKE 360
BARR 6
BASINI 177, 210
BATTINI 312
BAYER R. 184
BELFIORE 400
BELLANTUONO D. 228
BELLISARIO 46, 318
BELVEDERE 126, 227
BENJET 373
- BERNASCONI 66
BETTI 234, 249
BIANCA C.M. 44
BIELA 79
BILOTTA 387
BIONDI 95
BIROCCHI 130, 222
BISORI 274
BLOEMBERGEN 357
BOCCHI 389
BONA M. 58
BONILINI 99
BORSELLINO 31
BRECCIA 51
BRETONE 108
BRÜGGEMEIER 83
BUGIOLACCHI 219
BURROWS 362
BUSNELLI 44, 103, 344, 375, 382, 384
BUSSANI 10, 231
BUTTARO 252
- CABELLA PISU 44
CADOPPI 274
CALABRESI 2, 52, 190, 193, 302
CALAMANDREI 203, 223
CAMACHO DE LOS RIOS 96
CANCELLI 308
CANDIAN A. 272, 279
CANE 365
CANESTRARI 274
CANNATA 108
CANNELLA 324, 339
CANTZLER 352
CAPITANT 231
CAPOGRASSI 253
CAPOTOSTI 226, 234

INDICE DEI NOMI

- CARBONE V. 118
 CAREDDA 248
 CARICATO 192
 CARLSON 10
 CARNELUTTI 10, 134, 137
 CARUSO 12, 47
 CASAMENTO 165
 CASTELLANO 266
 CASTRONOVO 155, 386
 CATALDI 42, 50
 CATTANEO 249
 CAZZETTA 99, 134, 155
 CENDON 10, 387
 CERAMI 99
 CERINI 82, 305
 CERRI 40
 CESAREO CONSOLO G. 90
 CHIARLONI 309
 CHIRONI 99, 101, 103
 CINELLI 42, 45, 57, 289, 322
 CIPOLLETTA 49
 CIRIELLO 159
 CIVELLO 207
 CLEMENTE 251
 COGLIOLO 43, 112
 COLAPIETRO 47
 COLASSO 267
 COLONNA 44, 210
 COMENALE PINTO 204
 CORNELISSEN 80
 CORNELL 10
 CORRADI 45
 CORRIAS 263, 276
 CORTESE E. 130
 COSTANTINO M. 228
 COVA 57
 COVIELLO 400
 CRICENTI 377
 CRISCUOLI 402
 CUTURI 98
 D'ANTONA 166
 DE CUPIS 101, 112, 114, 118, 119, 120, 121, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 308
 DE GREGORIO 222, 272
 DE LA ROSA DÍEAZ 96
 DE LITALA 50
 DE LORENZI 216, 256, 272, 273, 296
 DE MATTEIS 53
 DE NOVA 349, 355
 DE RUGGIERO 112
 DEAKIN 361, 365
 DEL PRATO 126, 155
 DELFINI 310
 DELLA RAGIONE 274
 DELLI PRISCOLI 385
 DENOZZA 266
 DERRIDA 10
 DI LALLA 177
 DI NAPOLI 58
 DI PAOLA 395
 DIES 389
 DIEZ-PICAZO 358
 DONATI 221, 234, 257, 258, 259, 260, 278
 DURANTE 221, 226
 EBERT F. 89
 EBERT I. 230
 EHRLICH E. 270
 EHRLICH I. 52
 EICHHOFF 89, 343
 EKKENGA 352
 ELMENDORF 372
 ESPOSITO 123
 ESSER 353
 EWALD 237
 FACCI 43
 FACCIOLI 54
 FANELLI G. 233, 235, 250, 272, 282, 295

INDICE DEI NOMI

- FANTETTI 274
 FAURE 303
 FEINBERG 197
 FELDMAN E.A.184
 FERRANDO 121
 FERRARA 271
 FERRARA JR. 222
 FERRARI G. 123, 141
 FERRARI M. 43, 155, 195
 FERRARI V. 139
 FERRARINI 278
 FERRI 222
 FERRINI 101
 FIANDACA 274
 FIORE 274
 FIORELLI 86
 FISHER A.L. 351
 FISCHER H. A.L. 351
 FISCHER J. M.100, 103, 195
 FLEMING 301, 370, 371
 FONTANA 12, 47, 49
 FORDE 61
 FORNASARI 55
 FRAIOLI 322
 FRANZINI 11
 FRANZONI 44, 45, 201, 244, 290, 346
 FUCHS 80
 FUMI 57

 GABBA 99
 GAGLIARDI 82, 290, 301
 GALLIZIOLI 44
 GALLO 395
 GAMBARO 396
 GAMBINO A. 255
 GANDINI 375
 GÀRCIA SANCHEZ 96
 GAROFOLI L. 108
 GENOVESE 295
 GENTILE G. 124
 GENTILE S.L. 164
 GIAMPAOLINO 277

 GIANNATTASIO 244
 GIANNINI M.S. 114
 GIANTI 45
 GIORGI C. 42, 174
 GIORGI G. 98
 GITTI 310
 GIUBBONI 11, 12, 57
 GIUSIANA 103
 GIUSTI G. 44
 GODART 231
 GOLDBERG 372
 GORGONI 191, 328, 387
 GORLA 20, 351
 GRASSELLI 40
 GRAZIANI 100
 GRECO P. 222
 GREEN 54
 GRISI 126
 GRONDONA 290, 401
 GROSSI 100, 112
 GROSSO 274
 GRÜNEBERG 352
 GUARINO 42
 GUARNERI 97, 204, 386
 GUELI 322
 GUFFANTI PESENTI 262

 HAAS 13
 HANEGRAAF XI
 HARRIS 363
 HARTLIEF 303
 HAZAN 82, 218
 HERRIOT 231
 HOBBS 11, 22
 HUBERT 129

 INZITARI 43
 IORIO 386
 IRRERA 295
 IRTI 15, 16, 18, 22, 97, 101, 222
 IZZO 2, 10, 46, 55, 87, 159, 183, 185,
 186, 187, 190, 191, 201, 220, 315

INDICE DEI NOMI

- JEMOLO 120, 300
 JOBS 334
 JOHNSTON 361, 365
 JOLOWICZ 336
 JUSTICE GRIER 369
- KATZ 206
 KATZENSTEIN 13
 KEOHANE 13
 KIDD 373
 KNETSCH 189
 KRAUSS 373
 KUNTZ 352
 KUPITSCH 99
- LA ROCCA 39, 228, 264
 LA ROSA 387
 LA TORRE A. 5, 234, 249, 269, 271, 272, 279, 294
 LACCHÈ 98
 LANDINI 237
 LANGE 352
 LARENZ 89
 LAZZARA 44, 96, 313, 319
 LE GOFF 6
 LEATHERBERRY 373
 LEIBNIZ 22
 LENTI 55, 91, 96, 97, 99, 100
 LEONE 88, 89, 90, 95, 101, 107, 310
 LEVENSON 373
 LEVI SANDRI 41
 LEVIN 373
 LEWIS 362, 363, 366, 368
 LIBERTINI 386
 LIPARI 34, 45, 269, 385
 LOCATELLI 82, 218, 275, 300
 LOMONACO 99
 LORD BLACKBURN 360
 LORD BRIDGE OF HARWITCH, 361
 LORD PEARSON 8
 LORD REID 336, 360, 361
 LORENZ 352
- LOSCHIAVO 222
 LUDOVICO 134, 159
 LUGATO 63
 LUMINOSO 103
 LYON-CAEN 60
- MACARIO 48, 108
 MADAMA 7, 41
 MADISON 32
 MAFFEIS 310
 MAGNI 82
 MAGNUS 303, 352
 MAITLAND 351
 MANDÒ 137
 MANDRIOLI 112, 222
 MANNA 274
 MANTELERO 143, 210
 MANTOVANI 274
 MARELLA 59
 MARINI 333
 MARKESINIS 361, 365
 MARTIN CASALS 377
 MARTUCCI 387
 MATAJA 100
 MATTONE 130
 MAUSS 129
 MAZZAMUTO 400
 MEDICUS 352
 MEDINA CRESPO 104, 358
 MENGONI 269, 393, 399, 400
 MESSINETTI D. 227, 228, 383
 MEZZETTI 274
 MILETTI 48, 108, 130
 MILLO 223
 MINOZZI 88
 MIRABELLI DI LAURO 134
 MOCELLA 165
 MOMMSEN F. 90, 108, 109, 340
 MONACO 237
 MONATERI 45, 172
 MONETA 308
 MONTAGNANI 223

INDICE DEI NOMI

- MONTANARI 400
MORANDI 55
MORRIS 366
MOSCATI 394, 395
MOSSA 223
MURGA MUNÔZ 188, 359
MUSCO 274
- NAPOLETANO V. 120
NAPOLI 134
NATALINI 274
NATOWICZ- LAURENT 53
NATULLO 159
NAVARRETTA 160, 264, 385
NEAL 64
NIBLETT 52
NICOLÒ 129, 222
NICOLUSSI 394, 395, 396, 398
NIVARRA 130, 215
- O'CONNELL 373
OERTMANN 89, 110, 116, 118
OFFROY DE LAMETTRIE 226
OLIPHANT 366
OLIVI 324
ORECCHIA 31
ORESTANO 97
ORGAZ 103
ORLANDINI 12
ORLANDO CASCIO 112, 130, 131, 132
OSTI 222
- PACCHIONI 99, 102, 112
PADOVANI 274
PAGLIARO 274
PALANDT 352
PALME 375
PALMENTOLA 40
PALMIERI A. 73, 192, 215, 290, 386
PALMIERI N. W. 210
PAPA 274
PAPARELLA E. 11
- PARDOLESI R. 17, 25, 40, 82, 215, 218, 219, 228, 290, 296, 298, 305, 335, 339, 346, 370, 386, 395
PARTESOTTI 279
PASCUZZI 1
PASSERONE 143
PATTI S. 44, 103, 107, 110, 344, 352
PELLICO 355
PERA 333
PERLINGIERI P. 292
PERSIANI 42, 49, 155, 322
PETTI 95
PINELLI 11
PINORI 45
PIRAINO 400
PIRSIG XI
PIZZOTTI 273
PLAIA 215
POLACCO 99
POLETTI 45, 155, 158, 160
POLOTTI DI ZUMAGLIA 272
PONZANELLI 290, 372
POSNER 52
POUND 270
PRASSL 59
PRATI 211
PRINCIGALLI 244
PROCCHI 108
PUGLIATTI 249
PULEO 115
PULIGA 82, 218
- QUADRI 261, 328
QUARTICELLI 163
QUERZOLA 328
- RAUTI 47
REICH 7
RESCIGNO 42, 44, 45, 385
RESTA E. 271
RICCI 402
RICOUEUR 310

INDICE DEI NOMI

- RIZZETTO 143
 ROBERTI 41
 ROCES SUÁREZ 103
 RODOTÀ 21, 382
 ROMA 273
 ROMANO 328
 RONDINONE 112, 222
 ROSENFELD 10
 ROSSELLO 370
 ROSSETTI 178, 192, 263
 RUBIN 335
 RUGGIE 13
 RUSCELLO 228

 SACCO 45, 382, 395, 399
 SALANDRA 233
 SALARDI 31
 SALVI 15, 44, 47, 57, 111, 215, 262, 329, 345, 384
 SANGIORGI 319
 SANTARONI 272, 301
 SANTORO 82, 218, 219, 298
 SANTORO PASSARELLI F. 42
 SAPORITI 31
 SATTA 113, 295
 SCALFI 223. 295
 SCALISI 126, 381, 382, 383
 SCARPELLI 31, 32, 33, 34
 SCHIAVONE 15, 87, 112
 SCHIEMANN 352
 SCHLECHTRIEM 396
 SCHLESINGER 382, 394
 SCHMITTER 13
 SCHWARTZ B. 2
 SCHWARTZ G.T. 373
 SCHWARTZ V. E. 372
 SCIALOJA A. 271
 SCIARRA 58
 SCOGNAMIGLIO C. 53, 262, 290, 393
 SCOGNAMIGLIO R. 109, 110, 114, 115, 116, 117, 159, 211, 344
 SCOLARI 270

 SEBOK 231
 SEGRETO 220, 250
 SESTA 386
 SEVERINO 15
 SHEPHERD 335
 SHLEIFER 52
 SILIQUINI CINELLI 45
 SILVESTRI C. 237
 SIMONI 374, 375, 376
 SIRENA 255, 377, 396
 SMORTO 45
 SOERGEL 352
 SOLAZZI 95
 SOMMA 174, 351
 SOTGIA 295
 SOTGIU 139
 SPADARO 12
 SPALAZZI CAPRONI 192
 SPIER 384
 STAMMLER 395
 STEELE 363, 368
 STELLA G.A 181, 194
 STINTZING 89
 STOLFI 88, 103
 STOLL 399
 SUEBA TORREBLANCA 189
 SÜLZEN 103
 SUNSTEIN 2
 SUPLOT 6, 392
 SUPPA 177
 SYLOS LABINI F. 207

 TARUFFO 310
 TASCHINI 59, 330
 TASSONE 17
 TEDESCHI 102, 103, 112
 TETI 223
 THIELE 354
 TOMMASINI 387
 TOMSON 79
 TORRENT RUIZ 96
 TORRENTE 129, 295

INDICE DEI NOMI

TRAVAGLINO 346
TRIGGIANI 11
TRIMARCHI P. 17, 22, 45, 125, 312,
315, 316, 317, 349, 355, 394, 401
TULLINI 159

UDA 393
ULEN 373

VACCA 99, 396
VALBONESI 207
VALCAVI 103
VATTIMO 10
VELLUZZI 384
VENDITTI 124
VENEZIAN 100
VIOLA 143
VILLA 346, 347
VISINTINI 44, 25
VITALE 74
VOLPE PUTZOLU 266, 278
VON BAR 376, 378, 379
VON HAYEK 52
VON STAUDINGER 352
VON VANGEROW 340

WAGNER 373
WALSMANN 89
WERRO 370
WINKLER 58

YZQUIERDO TOLSADA 358

ZENO-ZENCOVICH 227
ZIMMERMANN 96
ZIVIZ 262

COLLANA DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

1. *Il GEIE «italiano» tra impresa e società* - ALESSIO BARTOLACELLI (2014)

2. *Sovranità e autonomia finanziaria negli ordinamenti composti. La norma costituzionale come limite e garanzia per le dimensioni della spesa pubblica territoriale* - FLAVIO GUELLA (2014)

3. *La dimensione proprietaria delle indicazioni geografiche. Uno studio di diritto comparato* - MATTEO FERRARI (2015)

4. *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita* - SIMONE PENASA (2015)

5. *Diritto e teologia alle soglie dell'età moderna. Il problema della potentia Dei absoluta in Giordano Bruno*. Prefazione di Diego Quagliani - MASSIMILIANO TRAVERSINO (2015)

6. *La successione a titolo particolare nel diritto controverso* - PAOLA WIDMANN (2015)

7. *Contributo allo studio del filtro in appello* - SILVANA DALLA BONTÀ (2015)

8. *«BONUS IUDEX». Saggi sulla tutela della giustizia tra Medioevo e prima età moderna* - CECILIA NATALINI (2016)

9. *BANNITI NOSTRI TEMPORIS. Studi su bando e consuetudine nel diritto comune* - CHRISTIAN ZENDRI (2016)

10. *L'elemento normativo nella fattispecie penale. Questioni sistematiche e costituzionali* - SERGIO BONINI (2016)
11. *L'omicidio stradale. Scelte di politica criminale e frammentazione del sistema* - ANTONIA MENGhini (2016)
12. *L'abbandono mero degli immobili* - CARLO BONA (2017)
13. *Il decreto legislativo di attuazione statutaria nelle Regioni ad autonomia speciale* - MATTEO COSULICH (2017)
14. *Una giustizia più riparativa. Mediazione e riparazione in materia penale* - ELENA MATTEVI (2017)
15. *Il femminicidio come fattispecie penale. Storia, comparazione, prospettive* - EMANUELE CORN (2017)
16. *L'illecito dell'amministrazione. Questioni attuali e spunti ricostruttivi alla luce dell'indagine comparata* - SILVIA PELLIZZARI (2017)
17. *Contrasto al lavoro infantile e decent work* - MATTEO BORZAGA (2018)
18. *Retroattività e diritti reali* - CARLO BONA (2018)
19. *Fallimento e arbitrato rituale. Profili di interrelazione e autonomia tra i due procedimenti* - LAURA BACCAGLINI (2018)
20. *La funzione simbolica nel diritto penale del bene giuridico* - SERGIO BONINI (2018)
21. *La «giustizia» del beneficio. Fra responsabilità civile e welfare del danneggiato* - UMBERTO IZZO (2018)