

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

**Rivista**  
**di Diritto Bancario**

dottrina  
e giurisprudenza  
commentata

OTTOBRE/DICEMBRE

**2022**

[rivista.dirittobancario.it](http://rivista.dirittobancario.it)

## **DIREZIONE**

DANNY BUSCH, GUIDO CALABRESI, PIERRE-HENRI CONAC,  
RAFFAELE DI RAIMO, ALDO ANGELO DOLMETTA, GIUSEPPE FERRI  
JR., RAFFAELE LENER, UDO REIFNER, FILIPPO SARTORI,  
ANTONELLA SCIARRONE ALIBRANDI, THOMAS ULEN

## **COMITATO DI DIREZIONE**

FILIPPO ANNUNZIATA, PAOLOEFISIO CORRIAS, MATTEO DE POLI,  
ALBERTO LUPOI, ROBERTO NATOLI, MADDALENA RABITTI,  
MADDALENA SEMERARO, ANDREA TUCCI

## **COMITATO SCIENTIFICO**

STEFANO AMBROSINI, SANDRO AMOROSINO, SIDO BONFATTI,  
FRANCESCO CAPRIGLIONE, FULVIO CORTESE, AURELIO GENTILI,  
GIUSEPPE GUIZZI, BRUNO INZITARI, MARCO LAMANDINI, DANIELE  
MAFFEIS, RAINER MASERA, UGO MATTEI, ALESSANDRO  
MELCHIONDA, UGO PATRONI GRIFFI, GIUSEPPE SANTONI,  
FRANCESCO TESAURO<sup>+</sup>

## **COMITATO ESECUTIVO**

ROBERTO NATOLI, FILIPPO SARTORI, MADDALENA SEMERARO

## **COMITATO EDITORIALE**

GIOVANNI BERTI DE MARINIS, ANDREA CARRISI, GABRIELLA CAZZETTA, ALBERTO GALLARATI, EDOARDO GROSSULE, LUCA SERAFINO LENTINI (SEGRETARIO DI REDAZIONE), PAOLA LUCANTONI, EUGENIA MACCHIAVELLO, UGO MALVAGNA, ALBERTO MAGER, MASSIMO MAZZOLA, EMANUELA MIGLIACCIO, FRANCESCO PETROSINO, ELISABETTA PIRAS, CHIARA PRESCIANI, FRANCESCO QUARTA, CARMELA ROBUSTELLA, GIULIA TERRANOVA

## **COORDINAMENTO EDITORIALE**

UGO MALVAGNA

## **DIRETTORE RESPONSABILE**

FILIPPO SARTORI

## **NORME PER LA VALUTAZIONE E LA PUBBLICAZIONE**

LA RIVISTA DI DIRITTO BANCARIO SELEZIONA I CONTRIBUTI OGGETTO DI PUBBLICAZIONE SULLA BASE DELLE NORME SEGUENTI.

I CONTRIBUTI PROPOSTI ALLA RIVISTA PER LA PUBBLICAZIONE VENGONO ASSEGNATI DAL SISTEMA INFORMATICO A DUE VALUTATORI, SORTEGGIATI ALL'INTERNO DI UN ELENCO DI ORDINARI, ASSOCIATI E RICERCATORI IN MATERIE GIURIDICHE, ESTRATTI DA UNA LISTA PERIODICAMENTE SOGGETTA A RINNOVAMENTO.

I CONTRIBUTI SONO ANONIMIZZATI PRIMA DELL'INVIO AI VALUTATORI.

LE SCHEDE DI VALUTAZIONE SONO INVIATE AGLI AUTORI PREVIA ANONIMIZZAZIONE.

QUALORA UNO O ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO UN PARERE FAVOREVOLE ALLA PUBBLICAZIONE SUBORDINATO ALL'INTRODUZIONE DI MODIFICHE AGGIUNTE E CORREZIONI, LA DIREZIONE ESECUTIVA VERIFICA CHE L'AUTORE ABBIA APPORTATO LE MODIFICHE RICHIESTE.

QUALORA ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO VIENE RIFIUTATO. QUALORA SOLO UNO DEI VALUTATORI ESPRIMA PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO È SOTTOPOSTO AL COMITATO ESECUTIVO, IL QUALE ASSUME LA DECISIONE FINALE IN ORDINE ALLA PUBBLICAZIONE PREVIO PARERE DI UN COMPONENTE DELLA DIREZIONE SCELTO RATIONE MATERIAE.

**SEDE DELLA REDAZIONE**

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO, FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA, VIA VERDI 53,  
(38122) TRENTO – TEL. 0461 283836



**Assicurazione infortuni e *compensatio lucri cum damno*: in attesa delle S.U. l'Italia resta comparatisticamente sola nel sancire l'inderogabilità pattizia dello scomputo dell'indennizzo dal danno risarcibile**

**SOMMARIO:** 1. Se applicare la *compensatio lucri cum damno* all'indennità dell'assicurazione infortuni è questione tutt'ora irrisolta dalla nomofilachia di legittimità. – 2. Il gioco strategico degli assicuratori e il «furore scomputatorio» delle corti di merito. – 3. Alle radici del problema: codificazione e assicurazione «contro le disgrazie accidentali». – 4. La persona è davvero una «cosa» sottomessa al principio indennitario? – 5. Il contratto di assicurazione contro le disgrazie accidentali: sessant'anni di dibattiti nella dottrina assicurativa (...). – 6. (...) cancellati dal tratto di penna di un pur autorevole Estensore. – 7. Ripensare Cass., S.U., 10 aprile 2002, n. 5119. – 8. Commisurare l'interesse extrapatrimoniale alla salute *ex ante* e farlo *ex post* non risponde a logiche omogenee e non rende la funzione e la natura causale dell'indennità sovrapponibile al danno risarcibile ai fini della *clcd*. – 9. La causa del contratto di assicurazione contro gli infortuni invalidanti è una causa previdenziale e il c.d. *moral hazard* è un falso problema. – 10. L'inderogabilità pattizia della surrogazione nell'assicurazione infortuni: una favola inventata da chi la racconta. – 11. Gli argomenti impiegati nella isolata sentenza di legittimità che ha accolto lo scomputo e la loro confutazione. – 12. Incastonare l'art. 1916 c.c. nell'art. 1223 c.c.: ma davvero il danno può concepirsi dopo il welfare? Spunti dalla recente Cass. 8 aprile 2021, n. 9380. – 13. L'isolamento comparatistico della soluzione italiana che pretende di assoggettare il risarcimento del danno allo scomputo dell'indennizzo derivante da assicurazioni infortuni. – 14. Tornare al punto di partenza.

1. *Se applicare la compensatio lucri cum damno all'indennità dell'assicurazione infortuni è questione tutt'ora irrisolta dalla nomofilachia di legittimità*

L'intera dinamica giurisprudenziale che in anni recenti ha innescato il tentativo di ripensare dalle fondamenta portata ed effetti della *compensatio lucri cum damno* (in seguito: *clcd*) nel nostro ordinamento, approdato alla ben nota quaterna composta dalle S.U. nel maggio 2018<sup>1</sup>, ha trovato il suo fondamentale punto di avvio in un'altra

---

<sup>1</sup> Cass., S.U., 22 maggio 2018, nn. 12564, 12565, 12566, 12567, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 1407, con nota di U. IZZO, *Quando è «giusto» il beneficio non si scomputa dal risarcimento del danno*. Per una più ampia valutazione sistematica dell'assetto nomofilattico raggiunto dalla *clcd* dopo il 2018, si veda U. IZZO,

pronuncia della nomofilachia di legittimità<sup>2</sup>, una sentenza che si occupava di qualificare la causa del contratto di «assicurazione contro le disgrazie accidentali», formula che conserva ottime ragioni per continuare ad essere impiegata, anche perché è l'unica espressione che nel Codice del 1942 viene usata — e, come si vedrà, non per caso — per alludere all'esistenza di un tipo assicurativo che nella legislazione del settore assicurativo è comunemente riferito al «ramo infortuni» e che nella prassi commerciale viene attecnicamente definito alludendo alla formula «assicurazione infortuni» *tout-court*.

Quell'arresto è alla base della prima e (mentre si scrive nel novembre 2022) unica sentenza di legittimità che, negli 80 anni trascorsi dalla codificazione, ha allestito un'argomentazione tesa a giustificare la necessità di sottrarre per *clcd* l'indennizzo assicurativo — erogato al beneficiario di un'assicurazione infortuni al ricorrere di una disgrazia accidentale esitata in una compromissione della salute dell'assicurato — dal risarcimento del danno che l'assicurato chiede al danneggiante. Questa sentenza resta Cass. 14 giugno 2014 n. 13233<sup>3</sup>, la quale è giunta a ritenere nulla per contrarietà all'ordine pubblico la rinuncia pattizia

---

Compensatio lucri cum danno – Sub 1223, in E. NAVARRETTA (a cura di), *Codice della responsabilità civile*, Milano, 2021, pp. 277-395.

<sup>2</sup> Cass., S.U., 10 aprile 2002 n. 5119, in *Resp. civ. prev.*, 2002, p. 687, con nota di L. BUGIOLACCHI, *Le Sezioni Unite sul contratto di assicurazione contro gli infortuni tra innovazione e tradizione: natura indennitaria della sola garanzia contro gli infortuni non mortali e carattere misto della disciplina applicabile*; e in *Corr. giur.*, 2002, p. 893, con nota di A. SEGRETO, *Assicurazione privata contro gli infortuni invalidanti e mortali: contratto misto?*

<sup>3</sup> Commentata da L. LOCATELLI, *Assicurazione contro gli infortuni non mortali e cumulo di indennizzo e risarcimento del danno*, in *Resp. civ. prev.*, 2014, p. 1879; su cui in dottrina, R. PARDOLESI, *Sovrapposizione di indennizzo e risarcimento: chi premiare, la vittima o l'autore dell'illecito?*, in *Foro it.*, 2014, I, c. 2064; M. HAZAN, *Risarcimento e indennizzo (nella polizza infortuni): cumulo o scorporo? - il commento*, in *Danno e resp.*, 2014, p. 912; F. MAGNI, *Divieto di cumulo di indennizzo assicurativo e risarcimento del danno: una decisione apparentemente innovativa e non del tutto convincente*, in *Corr. giur.*, 2015, p. 660; 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?*, in *Riv. it. med. leg.*, 2015, p. 681; R. PARDOLESI, P. SANTORO, *Indennizzo e risarcimento del danno: di cumuli e cavoli*, in *Danno e resp.*, 2014, p. 1008; A. PULIGA, *Riflessi pratici di Cass. n. 13233/2014 sul sistema assicurativo*, in *Danno e resp.*, 2014, p. 1019; 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, p. 465.



alla surrogazione recata nella polizza predisposta dall'assicuratore. La pronuncia del 2014 resta tutt'oggi la sola sentenza di legittimità ad aver elaborato una motivazione volta a sorreggere la scelta di scomputare dal risarcimento del danno questa prestazione di welfare frutto dell'autonomia privata, non essendo affatto vero che le argomentazioni prospettate in tale pronuncia abbiano ricevuto conferma dalla risposta nomofilattica formulata dalle S.U. della Cassazione nel maggio 2018<sup>4</sup>.

Fuor di perifrasi, va detto che è palesemente falso quanto affermato in Cass. 27 maggio 2019, n. 14358<sup>5</sup>, in una motivazione ove si chiosa frettolosamente, senza spendere nemmeno un rigo per esercitare la necessaria arte del *distinguishing* (che mai come in questo caso si rendeva doveroso esercitare) e operando un richiamo che sfiora il travisamento in diritto del precedente nomofilattico richiamato, che le S.U. del 2018 *avrebbero dato* il loro autorevole avallo alla soluzione dello scomputo. Si omette di ricordare — non si sa con quale livello di consapevolezza, se non, sembrerebbe, intenzionalmente — che nell'ambito della quaterna già ricordata, con Cass. 22 maggio 2018, n. 12565 le S.U. si sono fin qui potute pronunciare solo con riferimento a un contratto di assicurazione contro i danni a cose, sancendo ovviamente che, in tal caso, le somme ottenute a titolo di indennizzo dall'assicurato elidono per *clcd*, fino a far scomparire del tutto le ragioni risarcitorie che l'assicurato abbia nei confronti del terzo responsabile della distruzione della cosa (e stupisce che l'eclatante omissione non sia stata stigmatizzata a dovere dai primi commentatori della sentenza in parola)<sup>6</sup>. È, pertanto, destituita di fondamento l'affermazione recata

---

<sup>4</sup> Sottolineano il dato G. VILLA, *La tecnica della compensatio lucris cum damno e i limiti all'autonomia privata*, in *Corr. giur.*, 2018, p. 1043, spec. p. 1044; e F. SARTORI, *Appunti sulle assicurazioni infortuni: funzione indennitaria e vantaggi compensativi*, in *Giust. civ.*, 2019, p. 809, spec. p. 829.

<sup>5</sup> In *Foro it.*, 2019, I, c. 3186, con nota di A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Sulla incumulabilità di indennizzo e risarcimento: nitore e furore di una costruzione giurisprudenziale*.

<sup>6</sup> Se il travisamento viene enunciato in Cassazione, non sorprende che gli operatori di settore lo assumano a stella polare nella propria attività consulenziale e divulgativa, si veda ABINT, Scuola Brooker, in rete: <https://www.abint.it/cumulo-assicurativo/#:~:text=%E2%80%9CIndennit%C3%A0%20assicurativa%20e%20risarcimento%20del,12565;> Assinews, in rete: <https://www.assinews.it/06/2019/confermato-divieto-cumulo-indennizzo->

in questo arresto, a tenore del quale le argomentazioni recate in Cass. 14 giugno 2014 n. 13233 identificherebbero

«un indirizzo che ha, di recente, ricevuto il pieno avallo dalle Sezioni Unite di questa Corte, avendo esse ribadito, con l’arresto di cui sopra si diceva, che nella assicurazione contro i danni “l’indennità è erogata in funzione di risarcimento del pregiudizio subito dall’assicurato in conseguenza del verificarsi dell’evento dannoso ed essa soddisfa, neutralizzandola in tutto o in parte, la medesima perdita al cui integrale ristoro mira la disciplina della responsabilità risarcitoria del terzo autore del fatto illecito” (Cass. Sez. Un., 22 maggio 2018, n. 12565, Rv. 648648-01), ravvisandosi, così, nella percezione dell’indennità assicurativa un’ipotesi di c.d. “compensatio lucri cum damno”»<sup>7</sup>.

Rivelando che non si sia trattato di un abbaglio, ma che davvero la terza sessione della Cassazione sia persuasa di un’affermazione che non trova fondamento nella realtà, il medesimo travisamento ricorre in un’altra coeva sentenza depositata da un diverso collegio della Terza sezione:

“la questione era stata tuttavia medio tempore esaminata dalle Sezioni Unite e risolta, mesi prima del deposito della memoria, da Cass. S.U. n. 12565 del maggio 2018, dando continuità all’indirizzo, già espresso da Cass. n. 12333 del 2014, secondo il quale l’assicurazione contro gli infortuni non mortali costituisce un’assicurazione contro i danni ed è soggetta al principio indennitario, in virtù del quale l’indennizzo non può mai eccedere il danno effettivamente patito”<sup>8</sup>.

Questo grave aggiramento del problema nodale che si agita attorno alla possibilità di ritenere che le logiche proprie del principio indennitario possano trasmodare senza colpo ferire da un’aeromobile a una persona e da un’assicurazione danni ad un’assicurazione contro le disgrazie accidentali suggerisce di allestire una trattazione del problema

---

assicurativo-risarcimento-del-danno-anche-prevista-polizza-la-rinuncia-alla-surroga/660064296/.

<sup>7</sup> In questi termini Cass., sez. III, 27 maggio 2019, n. 14358, *cit.*

<sup>8</sup> Così Cass. n. 14361/2019, *cit.* E, per inciso, la stessa affermazione era stata anticipata, seppure in *obiter*, da Cass., sez. III, ord., 28 febbraio 2019, n. 5809.

che affronti il tema nella sua non eludibile complessità, perché solo un'analisi attenta a dar conto delle implicazioni storiche, economiche e comparatistiche che il tema prospetta può permettere di articolare una risposta affidante a una questione tecnica che, mentre si scrive, continua a produrre effetti strategicamente distonici nel mercato assicurativo.

## 2. *Il gioco strategico degli assicuratori e il «furore scomputatorio» delle corti di merito*

Le compagnie assicurative, infatti, seguitano a offrire sul mercato polizze infortuni che, con franca schiettezza negoziale, prospettano all'assicurato contraente la propria volontà di rinunciare convenzionalmente all'esercizio del diritto di surrogazione. Ma quando, assumendo un diverso ruolo assicurativo, esse vengono convenute in giudizio, quali assicuratori della responsabilità civile chiamati ad erogare l'indennizzo a seguito del verificarsi di sinistri implicanti danni di una certa gravità — in casi che offrono il destro per eccepire che, in conseguenza dell'invalidità contratta a seguito del medesimo sinistro, il danneggiato ha percepito l'indennizzo in forza di assicurazione infortuni di cui era beneficiario —, le compagnie assicurative non esitano a far leva sulle indicazioni che lo stato assai confuso della giurisprudenza di legittimità sul tema oggi prospetta, e si arroccano sulla isolata autorità di Cass. n. 13233/2014, per eccepire che dalla richiesta risarcitoria, cui devono rispondere quali assicuratori del civilmente responsabile, sia detratto l'importo già incamerato dal danneggiato in virtù dell'operatività di una polizza infortuni c.d. «first party»<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> Si veda, fra i numerosi casi che attestano la diffusione di questa prassi giudiziale fra i giudici di merito, Trib. Chieti, sez. dist. Ortona, 8 novembre 2017, n. 225, in C. THUN HOHENSTEIN WELSPERG, *Il "ciclista previdente" che si scontrò due volte: con un'auto e col principio indennitario applicato all'assicurazione infortuni*, Trento LawTech Student Paper n. 46, Trento, 2019, in rete: <https://lawtech.jus.unitn.it/main-menu/paper-series/student-paper-series-of-the-trento-lawtech-research-group/2/> e la dettagliata analisi della giurisprudenza di merito nei tre anni post 2014 ivi condotta, cui *adde*, in un campionamento solo rapsodico della giurisprudenza di merito degli ultimi anni: Trib. Cosenza, 11 novembre 2022, n. 1940; Trib. Rieti, 18 ottobre 2022, n. 454; App. Firenze, 22 settembre 2022, n. 2071; App. Venezia, 25 luglio 2022, n. 1754; App. Firenze, 11 maggio 2022, n. 887; App. Milano, 21 aprile 2022, n. 1320; Trib. Pistoia, 9 marzo 2022, n. 236; App. Milano, 23 dicembre 2021, n. 3730; Trib.

Tale è il rischio legato ad un'acritica recezione della soluzione di cui si parla presso i giudici territoriali, dante luogo a un vero e proprio «furore scomputatorio», che può capitare che una corte di merito si spinga a defalcare l'importo dell'indennizzo ricevuto dall'assicurato in forma di polizza infortuni personale dall'importo chiesto dall'INAIL esercitando il regresso per le somme erogate al lavoratore infortunato nei confronti del datore di lavoro<sup>10</sup>.

### *3. Alle radici del problema: codificazione e assicurazione «contro le disgrazie accidentali»*

L'equivoco può comprendersi e dipanarsi solo adottando una visuale storica, per riportarsi al modo nel quale a ridosso del 1942 assicurazione e responsabilità civile, quali sistemi di regole fatalmente interrelati, furono messi allo specchio nel por mano all'assetto che l'assicurazione avrebbe ricevuto nel Codice civile.

---

Milano, sez. X, 15 dicembre 2021, n. 10405; T. Aosta, 22 novembre 2021, n. 343; App. Ancona, 22 ottobre 2021, n. 1168; Trib. Torino, sez. IV, 17 maggio 2021, n. 2438; App. Torino, 3 maggio 2021, n. 475; App. Venezia, 25 maggio 2021, n. 1559; Trib. Civitavecchia, 18 maggio 2021, n. 538; Trib. Milano, 9 aprile 2021, n. 2905; App. Campobasso, 15 ottobre 2020, n. 307; App. Milano, 11 settembre 2020, n. 2234; App. Firenze, 4 agosto 2020, n. 1508; Trib. Busto Arsizio, 17 gennaio 2020, n. 62; Trib. Ascoli Piceno, 18 ottobre 2019, n. 778 (ma respinge l'eccezione per difetto di prova del versamento dell'indennizzo assicurativo); App. Venezia 11 ottobre 2019, n. 4346 (ma non dà luogo a *clcd* fra un indennizzo infortuni dovuto per il rischio di compromissione della capacità lavorativa dell'assicurato e il danno biologico risarcito a quest'ultimo dal responsabile civile); App. Venezia, 11 luglio 2019, n. 2886; Trib. Taranto, 9 luglio 2019, n. 1804; Trib. Rimini, 24 aprile 2019, n. 358; App. Milano, 29 marzo 2019, n. 1426; Trib. Firenze, 18 dicembre 2018; Trib. Bolzano, 8 novembre 2018, n. 1183; Giud. di Pace di Imola, 18 ottobre 2018 (senza però procedere al defalco perché l'assicurazione copriva i danni da perdita permanente della capacità lavorative generica e il danno da risarcire liquidabile era quello biologico); Trib. Ascoli Piceno, 15 maggio 2018, n. 555; Trib. Vicenza, sez. Stralcio, 28 marzo 2018, n. 886; Trib. Reggio Calabria, 8 marzo 2018, n. 363; Trib. Ascoli Piceno, 27 febbraio 2018, n. 274; Trib. Parma, 20 ottobre 2017, n. 1465; Trib. Padova, 13 settembre 2016, n. 2514; Trib. Padova, 11 luglio 2016, n. 2036. *Contra* questa prassi, un manipolo di sentenze decisamente più sparute: Trib. Cuneo, 19 agosto 2022, n. 757; App. Milano, 8 febbraio 2022, n. 425; App. Venezia, 11 ottobre 2019, n. 4346; Trib. Vicenza, 12 maggio 2015, n. 810.

<sup>10</sup> Lo stigmatizza correttamente, riformando la sentenza di primo grado che così aveva deciso, App. Perugia, sez. lav., 8 aprile 2021, n. 71.

Quando si scelse di proporre la disciplina del contratto di assicurazione nel IV libro del codice, facendo venir meno la specialità settoriale che aveva caratterizzato la disciplina dell'assicurazione nel codice previgente, si negò spazio a una considerazione autonoma del sottotipo del contratto sull'assicurazione contro gli infortuni non mortali.

Accanto al contratto di assicurazione sulla vita, il nuovo codice identificava un unico, indistinto, tipo assicurativo destinato ad assorbire contrattualmente i fenomeni dannosi nella società — destinato a obbligare l'assicuratore «a rivalere l'assicurato, entro i limiti convenuti, del danno ad esso prodotto da un sinistro» (art. 1882 c.c.). Questa identificazione avveniva — se si è d'accordo nel ritenere che l'idea del danno sul piano logico preceda l'idea dell'assicurazione concepita 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<sup>11</sup>.

Alla vigilia del 1942 le geometrie patrimoniali nelle quali il danno alla persona si esaurisce, quando tale danno non trovi la propria differente ragion d'essere nell'ideale punitivo cui l'art. 2059 c.c. stava per fare implicito rinvio, assorbono ed esprimono tutto il valore assicurabile agganciato al pregiudizio di cui la «persona» può risentire dopo aver subito un infortunio non mortale conseguente a disgrazia accidentale<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> Per un'analisi di dettaglio su protagonisti e scelte operate nella redazione di quella parte del Codice civile, U. IZZO, *La «giustizia» del beneficio. Fra responsabilità civile e welfare del danneggiato*, Napoli, 2018, 222 ss.

<sup>12</sup> Quanto la concezione del danno storicamente accolta — e si potrebbe dire: intellettualmente metabolizzata — al tempo delle scelte ordinatrici 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 limitò ad annoverarlo fra i contratti aleatori che erano elencati dall'art. 1964 cod. civ. fino all'abrogazione di questa norma operata con l'ordonnance n° 2016-131 del 10 febbraio 2016, 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, ebbe modi liberarsi 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) fu dovuta 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

In coerenza con lo stato dell'arte del tempo, con l'avvento del Codice il valore della persona che risente di un danno, sul versante assicurativo si avviò a restare inglobato in una concezione del danno («sofferto dall'assicurato in conseguenza del sinistro», come recita l'art. 1905 c.c.) avvinta in modo rigoroso ed esclusivo alla considerazione di un individuo produttore di reddito, ma non ancora persona, oggetto di valutazione per il diritto civile dei danni solo nella misura in cui egli dimostrasse attitudine a produrre ricchezza<sup>13</sup>.

---

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 ha mai dovuto 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 responsabilité), 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*)», così *Rapport Lafarge sur le projet de loi relatif au contrat d'assurance*, 5 août 1926, *JORF*, Doc. A.N., 1926, Annexe n. 3316, p. 1159, spec. p. 1161 (enfasi aggiunta).

<sup>13</sup> «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», così, direi plasticamente, A. DURANTE, *L'assicurazione privata contro gli infortuni*, Milano, 1960, p. 306.

Non per caso, la disciplina recata dagli artt. da 1904 a 1918 c.c. (quella descritta sotto la rubrica «assicurazione contro i danni») — che pure all'occorrenza non rinuncia a individuare regole che mostrano di considerare con grande consapevolezza la peculiare natura del bene oggetto di assicurazione (basti pensare alla regola prevista per la 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, 1918 c.c.) in luogo di quella, che si sarebbe mostrata più neutra sotto il profilo qui considerato, di «bene assicurato».

#### 4. *La persona è davvero una «cosa» sottomessa al principio indennitario?*

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 un uso meditato e consapevole<sup>14</sup> — 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 impegnatasi 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 teoria<sup>15</sup>. E dall'altro — consapevole che la «cosa» si dà quale *medium* ideale della relazione simbiotica fra (oggetto

<sup>14</sup> Per tutti, A. BELVEDERE, *Il problema delle definizioni nel codice civile*, Milano, 1977, *passim*.

<sup>15</sup> M. BARCELLONA, *Per una teoria dei beni giuridici*, in *Studi in onore di Tommaso Auletta*, II, 1988, p. 65, spec. p. 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, p. 438, spec. p. 441.

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 – è stato detto – che «esiste un legame strettissimo tra la qualità della cosa e l’individualità del bene dal punto di vista giuridico»<sup>16</sup>).

In questa luce, la «cosa» si rivela quale oggetto risultante dalla qualificazione formale di una *situazione utile* per il soggetto, che si definisce con riferimento al momento della tutela giuridica che quell’oggetto riceve dall’ordinamento, perché quel soggetto possa goderne, esercitando la situazione soggettiva che gli compete<sup>17</sup>.

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 disporre»<sup>18</sup>

Se così è, il profilo più intrigante da considerare nel chiedersi in che misura possa attribuirsi senso all’impiego della nozione di «cosa», operato nella disciplina codicistica assicurativa innervata dal principio indennitario, è quello che mette capo all’idea che, per dirsi tale, una cosa deve obbedire al requisito della patrimonialità.

Si è acutamente osservato 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

---

<sup>16</sup> Così, D. MESSINETTI, *L’oggettività giuridica delle cose incorporali*, Milano, 1970, p. 24.

<sup>17</sup> Ancora, D. MESSINETTI, voce *Oggetto dei diritti*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, pp. 808 ss.

<sup>18</sup> Così, M. COSTANTINO, R. PARDOLESI, D. BELLANTUONO, *Beni in generale, proprietà*, Bari, 1982, pp. 16-17 e p. 19.



suscettibile di appropriazione, può circolare liberamente solo previo consenso dell'avente diritto<sup>19</sup>.

La prospettiva assume rilievo proprio perché qui viene indagato 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 alla forma di valore d'uso e di scambio (riferibile alla funzione distributiva del sistema normativo) che essa può assumere, ma anche e soprattutto alla forma impressa alla tutela assegnata a quella cosa (ascrivibile alla funzione conservativa cui tale forma accede). Con riferimento al tipo di problema qui indagato, dunque, la «cosa» cui il legislatore fa riferimento nella disciplina in esame induce 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'attribuzione<sup>20</sup>. E questa condizione formale dell'attribuzione della «cosa» si declina, appunto, sul requisito della patrimonialità,

un principio che appare sistematicamente utilizzato dal legislatore come indice formale per discriminare i comportamenti appropriativi, ai quali egli intende anettere rilevanza giuridica (...) [e che dunque appare] rappresentativo dell'intenzionalità necessaria dell'ordinamento nel campo della funzione attributiva<sup>21</sup>.

Con il corollario di dover 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

---

<sup>19</sup> 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, p. 505, spec. p. 516 (corsivo originale).

<sup>20</sup> Per dirlo con M. BARCELLONA, *Per una teoria*, cit., pp. 122 ss.

<sup>21</sup> *Ivi*, p. 126.

modo dinamico la somma delle altrimenti infinite e ingovernabili preferenze e utilità individuali.

È vero – e tanto più non sarebbe serio negarlo oggi, dopo il celebre *restatement* 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'assicurazione 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. Valore commisurativo che in tal caso finisce per darsi attraverso la scelta di ristorare, attribuendo ad essa un valore stipulativo, il valore della integrità psico-fisica con una somma di danaro<sup>22</sup>.

Ed è proprio per questo che, come il senso comune induce a osservare d'istinto, una cosa non è (e mai sarà) una persona nella prospettiva indicata dagli artt. 1904 e ss. c.c.

In una disciplina codicistica dell'assicurazione che presuppone, accoglie e 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 — quando ancora l'idea di

---

<sup>22</sup> In questo senso non si fatica ad ascrivere il valore non patrimoniale che l'ordinamento italiano attribuisce alla «persona in quanto tale» alla categoria calabresiana dei *merit good* o beni meritori, beni la cui circolazione è sottratta a meccanismi di mercato, ma che vengono nondimeno tutelati, con una tecnica di tutela *ex post* escogitata sposando l'assunto, che la società fa suo (nel nostro caso per il tramite del riconoscimento costituzionale recato dall'art. 32 Cost.), per il quale l'assenza della protezione di questo bene determinerebbe costi morali (era divenuto socialmente insopportabile seguitare a compensare la persona impiegando i parametri iniqui del «caso Gennarino») che di per sé l'economia e il mercato non sono in grado di catturare, v. G. CALABRESI, *Il rapporto fra diritto, economia e altri campi: la rivincita del diritto*, in G. BELLANTUONO, U. IZZO, *Il rapporto fra diritto, economia e altri campi: la rivincita del diritto*, Atti della *Lectio Magistralis* di Guido Calabresi in occasione della chiusura dell'anno accademico del Dottorato in Studi Giuridici Comparati ed Europei. Facoltà di Giurisprudenza. Trento, 24 ottobre 2019, Napoli, 2021, p. 5, spec. p. 14 ss.

risarcire la compromissione della persona in sé considerata è lungi dall'apparire sui radar, non assume e non può assumere alcun senso prevedere valvole normative predisposte a rapportarsi alla natura non patrimoniale del danno derivante dalla distruzione del valore della integrità della persona, ove tale distruzione non raggiunga la massima intensità con la perdita della vita destinata ad essere compensata ai congiunti. Il valore di questa integrità, a quel tempo, per il diritto civile italiano semplicemente non esiste; non è pensabile sia dal giurista pratico che dal giurista accademico. Se non perde la vita, la persona colpita dalla disgrazia accidentale non può lamentare altro che la sua incapacità di produrre reddito, che, peraltro e non per caso, è esattamente la stessa perdita cui supplisce l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni del lavoro<sup>23</sup>.

---

<sup>23</sup> Eppure questa consapevolezza è ben nota ai giudici di legittimità, che, quando vogliono, sono pronti a rievocarla, sfoggiando dotte digressioni storiche in motivazione, come è accaduto di recente quando si è trattato di prendere posizione sulla differente rilevanza delle lesioni preesistenti nella valutazione dell'indennizzo INAIL e nella valutazione del danno biologico. Si legga questo brano della motivazione di Cass., sez. III, 11 novembre 2021, n. 28986, est. Rossetti: «[L]a stima del danno alla salute avviene, per convenzione, immaginando che sia pari a “100” la “validità” (o “efficienza sociale”, o “salute” *tout court* che dir si voglia) d'una persona sana, e misurando rispetto a questo “benchmark” la perdita causata dai postumi residuati al sinistro. Il grado di invalidità permanente dunque - è bene sottolinearlo sin d'ora - non è il danno, ma è solo l'unità di misura del danno. È la *mensura*, non il *mensuratum*. La tecnica di misurare in percentuale le conseguenze d'una lesione della salute sorse molto tempo prima della nozione di danno alla salute. Essa nacque alla fine del XIX sec., allorché i Paesi europei economicamente più avanzati iniziarono ad introdurre l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro. Il nostro Paese vi provvide con la L. 17 marzo 1898, n. 80, il cui art. 9, comma 1, secondo alinea, stabilì che, in caso di infortunio produttivo di inabilità permanente al lavoro, l'indennizzo spettante alla vittima fosse “eguale a cinque volte la parte di cui è stato o può essere ridotto il salario annuo”. In quell'epoca, infatti, non si concepiva l'autonoma risarcibilità della lesione della salute in sé e per sé considerata, e persino quella del danno non patrimoniale era fortemente contrastata (secondo Cass. Firenze 26 luglio 1915, in *Foro ven.*, 1915, 548, ad esempio, “non è risarcibile il danno consistente nella perdita di un membro del corpo umano (...), se non si dimostri quale diminuzione patrimoniale certa ne sia per conseguire”). Pertanto, l'unico danno concepibile e misurabile, in quell'epoca, non poteva che essere la riduzione del salario: e si suppose, per praticità di calcolo, che tale riduzione potesse misurarsi in misura percentuale, facendo pari a “100” non già l'efficienza sociale della vittima, ma la sua efficienza lavorativa. Il principio venne ribadito dal R.D. 31 gennaio 1904, n. 51, il cui regolamento di attuazione (R.D. 13 marzo 1904, n. 141), agli artt. 94 e 96,

È questa la *fondamentale analogia assiologica* che, indicando l'opportunità di istituire un trattamento giuridico del tutto omogeneo alle convenzioni coltivate dalla dogmatica del tempo, nel codice del 1942 indusse ad accomunare, in base a una evidente razionalità tecnica, le due ipotesi dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni e dell'assicurazione contro le disgrazie accidentali, nel richiamo unitario operato dal quarto comma dell'art. 1916 c.c.

Tracce archetipe di questa analogia sono rinvenibili nella prosa di una pronuncia di merito risalente ai primi anni del secolo scorso, che proprio dalla considerazione solo patrimoniale del danno alla persona (che già all'epoca, sposando l'indignazione gabbiana di fine Ottocento) traeva alimento per dirsi favorevole all'applicazione del principio indennitario all'assicurazione infortuni (in netto contrasto, peraltro, con la visione prevalente della giurisprudenza di legittimità del tempo, che alla fattispecie applicava i dettami dell'assicurazione vita):

«a ciò non osta il riflesso che l'infortunio al quale ha tratto l'assicurazione ricade non sopra cosa mobile od immobile, avente valore venale, ma sulla incolumità e sulla esistenza dell'uomo, le quali non sono in commercio. Invero, alla personalità umana, sotto molti aspetti, e segnatamente se riguardata come fonte di attività produttiva, non può negarsi un valore economico. E se mancano criteri certi e costanti per determinarlo, a ciò nelle assicurazioni soppperiscono, in parte, le ipotesi di molteplici accidenti che possono colpire l'uomo nella incolumità ed integrità della sua persona, ipotesi prospettate come una casistica nelle tariffe delle compagnie assicuratrici; in parte le circostanze peculiari di ogni singola assicurazione; *in parte l'arbitrio*

---

dispose: -) deve ritenersi come invalidità permanente parziale la conseguenza di un infortunio, “la quale diminuisca in parte ma essenzialmente e per tutta la vita, l'attitudine al lavoro” (R.D. cit., art. 94, comma 2); -) “agli effetti della liquidazione dell'indennità, il salario si considera ridotto nelle proporzioni seguenti” (art. 95 R.D. cit.; seguiva una “tabella” delle varie invalidità, con la corrispondente indicazione della percentuale presunta di riduzione del salario: ad es., l'80% per la perdita d'un braccio; il 35% per la perdita d'un occhio, e così via). Tale criterio venne recepito dalle leggi successive in tema di infortuni sul lavoro: il R.D. 17 agosto 1935, n. 1765, ed il relativo regolamento attuativo (R.D. 25 gennaio 1937, n. 200). Dunque, il calcolo percentuale delle conseguenze d'una lesione della salute, quando apparve nel mondo del diritto, vi apparve perché concepito per misurare la perdita del reddito e della capacità di produrlo, non certo la perdita della salute».

*dei contraenti, che può spaziare, essendo l'indennizzo che si pattuisce in relazione col premio che l'assicurando dovrà pagare. E appunto pei coefficienti empirici e discretivi che concorrono, per la natura stessa delle cose, a determinare il quantitativo dovuto in caso di sinistro, tale quantitativo nelle assicurazioni contro gl'infortuni è determinato a priori in cifra fissa, che rappresenta l'indennizzo anticipatamente liquidato e transatto, mentre nelle assicurazioni in genere contro i danni la somma assicurata rappresenta il limite massimo dell'obbligazione dell'assicuratore, ed il danno si stabilisce a posteriori nella sua quantità effettiva, oltre la quale il danneggiato non può accampar pretese»<sup>24</sup>.*

Il progressivo, fatale, tramonto del modo di concepire quell'analogia fra l'*ubi consistam* dell'assicurazione infortuni contro le disgrazie accidentali e l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro lascerà in quel lapidario richiamo codificato nell'art. 1916, quarto comma, c.c. l'unico dato normativo al quale fare riferimento per ricostruire le regole applicabili all'assicurazione facoltativa contro le disgrazie accidentali suscettibili di colpire la persona, accendendo un interminabile dibattito in seno a una dottrina assicurativa tanto attenta a ragionare tecnicamente in base alle geometrie e ai dispositivi interni alla disciplina positiva coltivata con estrema attenzione specialistica, quanto incapace di trarre le dovute conclusioni dalla necessità di avvedersi che nel frattempo, nel contiguo e forse da questi studiosi poco sorvegliato campo della responsabilità civile, il concetto civilistico di danno si andava radicalmente trasfigurando nella lunga stagione che segnò il progressivo adeguamento del Codice ai valori sociali e personalistici della Carta del 1948<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> App. Bologna 3 luglio 1905, in *Foro it.*, 1905, I, c. 1365, spec. c. 1369.

<sup>25</sup> Ammesso che l'osservazione colga nel segno alle nostre latitudini, si potrebbe, quindi, agevolmente rovesciare, in questo caso, 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 M. BUSSANI, A.J. SEBOK, *Comparative Tort Law. Global Perspectives*, Cheltenham-Northampton, 2015, p. 144.

5. *Il contratto di assicurazione contro le disgrazie accidentali: sessant'anni di dibattiti nella dottrina assicurativa (...)*

Il dibattito degli assicurazionisti per decenni si polarizzò su due ipotesi interpretative. Da un lato i fautori di un ideale *tertium genus* tipologico del contratto di assicurazione, atto a riflettere la particolare natura del bene esposto a rischio (né cosa, né vita, ma salute e integrità psicofisica), e tale da concedere di individuare volta per volta, in una prospettiva incline a valorizzare l'autonomia negoziale, le regole applicabili a questo ibrido contrattuale, col rinvio alle regole di quello che, fra i plessi di regole dedicati a regolare i due macrotipi normativi dell'assicurazione, rispettivamente, «danni» e «vita», si fosse rivelato più adatto a rispondere allo specifico problema applicativo che il contratto «infortuni» in concreto avrebbe posto all'interprete<sup>26</sup>.

Dall'altro quanti — convinti della necessità di impedire che il contratto in parola potesse trasmodare (ma per la postura morale alla base delle convinzioni di costoro sarebbe forse più appropriato usare il verbo «degenerare») in uno strumento di illecito arricchimento, atto a stimolare la realizzazione del rischio descritto in polizza — si professavano persuasi che il principio indennitario, proprio della disciplina dell'assicurazione contro i danni, fosse destinato ad imbrigliare anche la natura ontologicamente non patrimoniale del *quid*

---

<sup>26</sup> V. SALANDRA, *Natura giuridica dell'assicurazione facoltativa infortuni*, in *Ass.*, 1942, II, p. 119; ID., *Natura e disciplina giuridica della assicurazione privata contro gl'infortuni*, *ivi*, 1948 I, p. 3; E. PASANISI, *L'assicurazione infortuni nella disciplina legislativa del contratto di assicurazione*, *ivi*, 1962, I, p. 361; A. DONATI, *Il concetto giuridico di assicurazione negli orientamenti della dottrina italiana*, in AA.VV., *Studi in onore di Alberto Asquini*, I, Padova, 1965 p. 368, e in particolare si v. V. LA TORRE, *Un convegno di studi sull'assicurazione infortuni*, in ID., *Cinquant'anni col diritto*, II, Milano, 2008, p. 557, spec. p. 568, per la rievocazione del convegno sul tema promosso dalle imprese assicurative italiane a Napoli e Ischia nell'ottobre del 1961, ove la quasi totalità degli studiosi del settore assicurativo intervenuti, autorevolmente rappresentata dal sommo ordinatore novecentesco del diritto dei contratti di assicurazione Antigono Donati, si espresse a favore della tesi del *tertium genus*, delineando una soluzione che, come si vedrà, all'epoca appariva perfettamente congeniale alle prospettive di sviluppo coltivate da un'industria della neutralizzazione del rischio che proprio in quegli anni vedeva sbocciare impetuosamente il potenziale commerciale del ramo infortuni.

esposto al rischio nella compromissione della integrità fisica della persona assicurata contro le disgrazie accidentali non mortali<sup>27</sup>.

In questo contesto, fino al 2002 la giurisprudenza di legittimità aveva dato prova di grande prudenza ed elasticità nell'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 applicativo posto da questo strumento assicurativo, che — diversamente da quanto avvenuto in altre esperienze giuridiche europee, come a suo luogo vedremo — non aveva ricevuto considerazione a sé stante nella disciplina del 1942, quando — come abbiamo visto — l'esigenza di disciplinamento dell'assicurazione sulla persona, con l'enucleazione di un'autonoma categoria negoziale non aveva le condizioni per darsi, proprio perché a cavallo della codificazione la nozione di danno in voga in Italia espungeva fermamente la persona dal suo orizzonte concettuale di riferimento<sup>28</sup>.

Assai eloquente, sotto questo profilo, questo brano di una sentenza di legittimità risalente alla fine degli anni Settanta:

« 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

---

<sup>27</sup> Instancabile ed autorevole voce di questo orientamento fu Giuseppe Fanelli, che ribadì e affinò più volte il suo pensiero, G. FANELLI, *Natura giuridica dell'assicurazione privata contro gli infortuni ed insieme un contributo alla teoria giuridica dell'assicurazione*, ASS, 1943, p. 186; ID., *L'assicurazione privata contro gli infortuni*, Roma, 1945; ID., *La «summa divisio» delle assicurazioni private: riflessioni su di un vecchio problema*, in *Foro It.*, 1962, IV, c. 51. Dando prova di ferma coerenza, questo Studioso fu l'unico a rifiutarsi di firmare il manifesto degli assicurazionisti italiani sull'assicurazione infortuni che concluse il già ricordato convegno di Ischia del 1961.

<sup>28</sup> Per un'analisi di dettaglio sulle ipotesi nelle quali la Cassazione, nei 60 anni correnti fra il 1942 e il 2002, ha applicato al contratto «infortuni» la disciplina dell'assicurazione vita e di quelle nelle quali sono state, invece, le regole dell'assicurazione danni a trovare applicazione, rinvio a IZZO, *La «giustizia»*, cit., pp. 239 ss.

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 (artt. 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»<sup>29</sup>.

6. (...) *cancellati dal tratto di penna di un pur autorevole estensore*

Vagliando il caso di un assicurato che aveva concluso una pluralità di polizze infortuni (fra le quali, per la verità, solo una contemplava la comune volontà dei contraenti di disapplicare al contratto l'art. 1910 c.c., secondo quanto l'art. 1932 c.c. facoltizza a prevedere), le sezioni unite del 2002 ritennero che, con l'avvento del nuovo millennio, i tempi fossero ormai maturi per operare un completo e autoritativo *restatement* del panorama giurisprudenziale di legittimità stratificatosi nei

---

<sup>29</sup> Sono parole di Cass. 13 maggio 1977, n. 1883, in *Foro it.*, 1978, I, c. 996, spec. cc. 999 s.).



sessant'anni di vita del codice civile sul tema dell'assicurazione infortuni<sup>30</sup>.

Si sancì così 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'art. 1910 c.c.

L'annoso dibattito in merito alla qualificazione dell'assicurazione contro le disgrazie accidentali fu così superato a piè pari nel 2002, ipostatizzando in modo strumentale 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.

Così, mentre la prassi negoziale di questo settore assicurativo da sempre s'ingegna di contrastare unitariamente la minaccia della disgrazia accidentale, proponendo ai potenziali acquirenti contratti che considerano unitariamente tale rischio, sia quando esso s'inverì nella perdita della vita, sia quando esso si verificò determinando una compromissione della salute dell'assicurato, le S.U. si sono dette persuase che vita e salute, una volta incisi dal verificarsi della disgrazia accidentale, devono assumere rilievo autonomo e differenziato, perché espressione di funzioni assicurative e tecniche di commisurazione distinte, che, come tali, sarebbero capaci da retroagire sulla causa del contratto, differenziandone l'ascrivibilità al tipo negoziale dell'assicurazione contro i danni (quando la disgrazia si limiti a colpire, anche se con effetti devastanti, la salute dell'assicurato) o al tipo

---

<sup>30</sup> Cass., S.U., 10 aprile 2002 n. 5119, *cit.*, estensore Roberto Preden.

dell'assicurazione sulla vita (al verificarsi di una disgrazia dagli esiti letali).

Il risultato del ragionamento seguito dalle S.U. è stato, quindi, quello di ravvedere, nell'ambito dell'operazione contrattuale unitaria proposta all'assicurato perché possa cautelarsi dagli esiti incerti di una disgrazia accidentale, due negozi collegati. Il primo causalmente riconducibile all'assicurazione danni, e quindi retto dal principio indennitario, destinato a regolare il rapporto, quando la prestazione indennitaria risponda a una disgrazia che abbia finito per vulnerare la salute dell'assicurato. Il secondo, causalmente assimilabile al tipo dell'assicurazione vita, e quindi libero dalle costrizioni del principio indennitario, destinato a regolare il rapporto quando la disgrazia sia esitata nel totale azzeramento dell'esistenza dell'assicurato.

In tal modo le S.U. del 2002 hanno posto le basi per accreditare una conclusione obbligata, ovvero che la peculiare struttura causale del contratto contro le disgrazie accidentali in caso di disgrazia invalidante obblighi le parti a ponderare l'opportunità dello scambio economico sotteso al negozio tenendo fermo l'assioma che uno dei valori economici oggetto di scambio, quale eventuale indennizzo erogabile al verificarsi del rischio dedotto in polizza, nel realizzare lo scopo della neutralizzazione del rischio cui tende il contratto, non possa mai superare il valore del danno che l'ordinamento attribuisce alla salute dell'assicurato, perché il «bene salute» colpito dalla disgrazia non può in alcun caso vedersi attribuire una stima economica superiore a quella che il medesimo bene riceve quando, però, questo bene viene inciso per diventare un danno risarcibile causato dal terzo, e non un indennizzo causato da una disgrazia. Attenzione: questo è il punto fondamentale della decisione che si va ripercorrendo, che è poi quello che, come adesso si vedrà, attira la critica più radicale che occorre muovere a questa sentenza di nomofilachia che, peraltro, quando apparve, non ricevette l'attenzione che avrebbe meritato di ricevere da parte della dottrina civilistica.

*7. Ripensare Cass., S.U., 10 aprile 2002, n. 5119.*

Il ragionamento seguito da Cass., S.U., 10 aprile 2002, n. 5119, approda a ritenere che il valore (stipulativo: sarebbe il caso di tenerlo sempre a mente) della salute, letto forzosamente (e contro la sua natura

ontologica di bene indisponibile) nel prisma del principio indennitario, debba trovare un limite non valicabile nel prezzo convenzionale che si attribuisce alla salute compromessa quando la causa giuridica di tale compromissione sia una disgrazia accidentale cagionata da un terzo che debba risponderne civilmente. Gli effetti di una disgrazia temuta e solo eventuale quando si conclude il contratto – disgrazia che nel suo imprevedibile prospettarsi è al centro del programma assicurativo voluto dalle parti – devono essere oggetto di commisurazione come se questi effetti, in caso di realizzazione, siano sempre destinati ad essere imputabili a un soggetto tenuto a rispondere civilmente degli esiti della disgrazia.

Alla base di questa conclusione, la convinzione che, così non facendo, le parti (e, più nello specifico, i sempre vigili assicuratori, forse la categoria di paciscenti storicamente e costitutivamente più attenta a soppesare contrattualmente la convenienza e la sostenibilità economica della propria attività negoziale) non sarebbero in grado di regolare i propri interessi all'interno di uno scambio assicurativo liberamente concepito dall'autonomia contrattuale e, in ultima analisi, che questo scambio, laddove ammettesse che l'indennizzo pattuito per rispondere alla compromissione della salute dell'assicurato possa sopravanzare quanto riconosciuto per il risarcimento della lesione dell'integrità fisica causata da un illecito, finirebbe coll'incentivare il *moral hazard* dell'assicurato. E non è difficile scorgere in questo *refrain* argomentativo la medesima ossessione esibita dai cultori del *revirement* sulla *clcd* nella sentenza che nel 2014 dichiarò l'esistenza di un inesistente contrasto occulto su questo tema nella giurisprudenza di legittimità, dando luogo a tutto quello che ne è seguito<sup>31</sup>.

Il modo di vedere le cose fatto proprio dalle sezioni unite nel 2002 con la penna assai nitida di Roberto Preden non può sottrarsi, però, a una critica radicale. Perché ignora il modo nel quale si è evoluta nel corso del Novecento la relazione fra contratto di assicurazione e responsabilità civile. E manca di considerare in una prospettiva storicamente consapevole che la curvatura «surrogatoria» dell'assicurazione contro le disgrazie accidentali iscritta nell'art. 1916

---

<sup>31</sup> Per una verifica intorno alla radicale inesistenza di questo contrasto, assunto a motivo necessitante di un ripensamento del problema sotteso al motivo di ricorso nel caso vagliato dalla Cassazione nel 2014, IZZO, *La «giustizia»*, cit., pp. 307 ss.

c.c. è legata a doppio filo all'idea di una «persona» che con la disgrazia è (o meglio: a quel tempo era) destinata a perdere solo la propria attitudine reddituale, l'unica perdita suscettibile di essere processata quale danno risarcibile dalla responsabilità civile nel 1942.

La medesima curvatura gira invece pericolosamente a vuoto e va attentamente riconsiderata rispetto ai suoi termini originari ottant'anni dopo, in un tempo nel quale la funzionalità risarcitoria della responsabilità civile rispetto alla persona si declina e si sviluppa saldamente nel campo del non patrimoniale, campo nel quale l'idea della «riparazione integrale», connaturata alla compensazione economica per equivalente, con tutte le regole che in concreto si preoccupano di declinarne gli effetti, si rende a dir poco evanescente, perdendo ogni aggancio con la realtà cui pretenderebbe d'essere riferita<sup>32</sup>.

In questo scenario — e il punto si mostra assai delicato — la concezione indennitaria nella quale le sezioni unite del 2002 considerano e «costringono» la perdita non patrimoniale risentita dalla persona colpita dalla disgrazia accidentale finisce per dar luogo a un paradosso, trasponendo una regola di commisurazione sviluppata nel tempo per gestire stipulativamente il problema di attribuire valore alla persona nell'ambito del dispositivo risarcitorio che muove tipicamente da una prospettiva *ex post* al diverso contesto, predisposto ad ammettere negozialmente la determinazione monetaria *ex ante* di quel medesimo interesse, del contratto per l'assicurazione «first party» contro gli infortuni. È stato a tal proposito osservato con giustificati toni critici che

«sull'incredibile incomprensione di questo carattere-altro del danno non-patrimoniale si fondano Cass., S.U., n. 5119/2002 e Cass. n. 13233/1014, che, in modo a dir poco stupefacente, riducono il risarcimento del danno alla persona al risarcimento del danno alle cose e su questa base pretendono di ricondurre l'assicurazione contro gli infortuni e le disgrazie accidentali alla medesima causa

---

<sup>32</sup> Difficile, sotto questo profilo, revocare in dubbio le acute considerazioni di C. SALVI, *Il risarcimento integrale del danno non patrimoniale, una missione impossibile. Osservazione sui criteri per la liquidazione del danno non patrimoniale*, in *Europa e dir. priv.*, 2014, p. 517, spec. p. 530; poi riprese in ID., *La responsabilità civile*<sup>3</sup>, Trattato Iudica-Zatti, Milano, 2019, pp. 40 ss. e p. 258.

dell'assicurazione contro i danni alle cose: come se un risarcimento pari al prezzo di listino per la distruzione di una Panda sia la stessa cosa del risarcimento di € 500.000 liquidato per la perdita del marito o del figlio. Che le tabelle del Tribunale di Milano o di Roma esibiscano la medesima "verità" ed il medesimo "senso" dei listini di una casa automobilistica è una cosa che può concepire solo chi ha smarrito la costitutiva complicazione del rapporto tra universo giuridico e mondo reale»<sup>33</sup>.

8. *Commisurare l'interesse extrapatrimoniale alla salute ex ante e farlo ex post non risponde a logiche omogenee e non rende la funzione e la natura causale dell'indennità sovrapponibile al danno risarcibile ai fini delle clcd.*

Tutto ciò sembra ignorare che il punto di osservazione dal quale muovere per venire a capo del problema di pervenire ad attribuire valore monetario alla perduta integrità corporale della persona risulta conformativo rispetto alla scelta dei parametri che possono essere seguiti per giungere alla commisurazione di questo valore. Poiché, nella prospettiva temporale (invariabilmente successiva rispetto al momento in cui sorge la necessità di effettuare la quantificazione) a partire dalla quale si procede a commisurare il danno civilmente risarcibile alla persona, il *quantum* del risarcimento, pur se individualizzabile (o personalizzabile, e comunque sempre in una misura forfettaria) nell'ambito di ciascuna vicenda processuale e in relazione alle caratteristiche particolari esibite del danneggiato di turno, nella più ampia prospettiva del contenzioso ripetuto e seriale entro cui si colloca ciascuna vicenda risarcitoria è, in realtà, cumulativamente destinato a passare da una pluralità di convenuti a una pluralità di attori, il più delle volte giovandosi della riallocazione sociale collettiva che l'operatività dell'assicurazione contro la r.c. sempre più resa obbligatoria permette di agevolare.

---

<sup>33</sup> Così M. BARCELLONA, *Compensatio lucri cum damno e causa del contratto di assicurazione, Intervento al convegno Risarcimento del danno e welfare del danneggiato nel prisma del diritto civile*, Facoltà di Giurisprudenza, Università di Trento, 7 dicembre 2018, m. 1:41:23 e ss., in rete: <https://www.youtube.com/watch?v=s8H1RynETPM>.

Oltre a riflettere la necessità di assecondare le molteplici funzioni di cui il dispositivo del risarcimento del danno alla persona si rende interprete (compensare ed esprimere deterrenza, *in primis*), la determinazione della misura del danno (sempre stimata *ex post*) in questo contesto deve, quindi, essere impostata ossequiando un canone di razionalità suscettibile di favorire sia la composizione delle liti, che lo stesso funzionamento del meccanismo attuariale dell'assicurazione r.c., che è il contratto col quale le parti concordano di neutralizzare espressamente gli effetti di una condanna risarcitoria dell'assicurato. E non è un caso che l'idea di equità collettiva nella stima del danno non patrimoniale alla persona, giustamente valorizzata dalla nostra giurisprudenza costituzionale, sia stata esplicitamente messa in relazione al canone di eguaglianza<sup>34</sup>.

Questa esigenza di razionalità si fa tutt'uno con la direttiva di cui l'art. 3 Cost. impone il rispetto nel procedere alla commisurazione del danno non patrimoniale alla persona, se è vero che nella storia del pensiero giuridico occidentale, l'emersione del concetto di eguaglianza risale a quando si forgiò l'idea di individuo/persona nella Modernità fra tardo Cinquecento e Seicento, allorché fra il c.d. «paradigma dell'individuale» e dell'umano e l'idea di eguaglianza si creò un legame indissolubile<sup>35</sup>. Questo legame si pone a fondamento del meccanismo tabellare e dei valori commisurativi che convenzionalmente trovano dispiegamento nelle tabelle impiegate per quantificare il danno non patrimoniale alla persona, dove si può dire che il valore base della salute perduta dall'uomo sia «escogitato» (proprio nell'etimo «dell'essere pensato a partire da») attraverso una visione che abbraccia *ante litteram* la relazione fra eguaglianza e impersonalità dell'uomo<sup>36</sup>.

A ciò si aggiunga che è solo nella visuale dell'*ex post* che il danno — ovvero una misura di denaro perimetrata dal dispositivo della

---

<sup>34</sup> Così, infatti, C. cost. 16 ottobre 2014 n. 235, su cui G. GRISI, *Sviluppi sul terreno della liquidazione equitativa del danno e dintorni*, in *Contratto e impresa*, 2014, p. 1171, spec. p. 1177.

<sup>35</sup> Come ricorda A. SCHIAVONE, *Eguaglianza. Una nuova visione sul filo della storia*, Torino, 2019 82-98; e vedi, sul ruolo dell'eguaglianza nel giudizio che accompagna la risarcibilità del danno nella responsabilità civile, più specificatamente, E. NAVARRETTA, *ΔΙΚΑΙΟΝ come ΝΟΜΙΜΟΝ e ΔΙΚΑΙΟΝ come ΉΞΟΝ: 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, p. 617, spec. p. 620.

<sup>36</sup> Su cui sempre SCHIAVONE, *cit.*, pp. 281 ss.

responsabilità civile (quale possa essere in concreto la fonte dell'obbligazione risarcitoria) nella consistenza rispondente alle logiche proprie di questo dispositivo — ha ragione di mettere in relazione il patrimonio di un attore con quello di un convenuto attraverso il sorgere dell'obbligazione di risarcire. Solo nell'ambito di una relazione di tal fatta la valenza paranormativa associabile al principio della riparazione integrale del danno — con tutti i gravi dubbi, indissipabili e non risolvibili, che l'invocazione di questo principio genera quando esso viene invocato sul terreno della extrapatrimonialità — può trovare modo di esplicarsi e giustificarsi con sufficiente ragionevolezza e, aggiungerei, sensatezza.

Questo pacchetto di considerazioni e, in un'ultima analisi, questa logica complessiva sono state oggetto di impropria riproposizione da parte della Cassazione del 2002 in uno scenario radicalmente diverso, dove mancano i presupposti in fatto per seguire un ragionamento suscettibile di concedere spazio alle conseguenze che il principio di eguaglianza necessariamente imprime al tentativo di istituire la commisurazione convenzionale del danno alla persona.

Nello scenario dell'assicurazione contro le disgrazie accidentali — quando, in ragione delle modalità di realizzazione dell'evento disgrazia accidentale, che, nel suo darsi quale rischio unitario da cui l'assicurato intende cautelarsi al momento della conclusione del contratto, le parti considerano senza sapere se, in esito alle modalità con le quali la disgrazia temuta potrebbe realizzarsi, la prestazione dovuta in forza del contratto sarà destinata a reagire alla compromissione della integrità psico-fisica dell'assicurato o si rivolgerà ai beneficiari, ove la disgrazia ponga termine alla vita di quest'ultimo — l'identificazione del valore non patrimoniale della persona si predispone costitutivamente ad essere oggetto di commisurazione *ex ante* (l'assicuratore propone un prodotto contrattuale destinato a essere acquistato da chi vuole cautelarsi dalla disgrazia, il quale non può sapere se — e soprattutto come, con quale eziologia e quali conseguenze — s'invererà l'evento avverso dal cui rischio di verifica discende l'interesse che muove l'acquirente del prodotto assicurativo all'incontro negoziale con l'assicuratore).

In questo scenario, gli artefici di questa ponderazione convenzionale (o, meglio e più specificatamente e concretamente, pattizia, proprio nel senso di una determinazione effettivamente rimessa al libero incontro di volontà dei paciscenti) di tale valore si muovono in un terreno di

computo del tutto indifferente all'imperativo di rispettare canoni di uguaglianza costituzionale. Ove non è presente la preoccupazione di dar voce alle logiche che, invece, intervengono a spiegare, in una considerazione collettiva, la traslazione seriale di un danno che è anche un costo sociale da una pluralità di convenuti a una pluralità di attori. Nella prospettiva *ex ante* che l'assicurazione infortuni imprime alla commisurazione di una entità sottratta alla determinabilità collettiva del valore di scambio espressa dal mercato, com'è quella dell'integrità fisica o del « bene salute » e come pure è quella della vita, o «bene vita», la misura di tale valore trova identificazione in un circuito che non può che essere lasciato alla razionalità mercantile dei protagonisti dello scambio<sup>37</sup>, in una dimensione rigorosamente individuale, neutrale anche rispetto a preoccupazioni di taglio distributivo, perché la scelta di assicurarsi di fronte al rischio della disgrazia accidentale — con o senza esiti mortali — resta del tutto eventuale e discrezionale e dipende, in un'ultima analisi, 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 tale scelta mira a realizzare.

Tutto ciò mette fuori gioco (rendendolo inutile e fuorviante) il richiamo alla necessità di applicare, per portare a compimento l'operazione di scomputo dell'indennizzo assicurativo di una polizza infortuni dal danno risarcibile, «un rigoroso metodo di comparazione», per verificare se le attribuzioni indennitarie recate dalla polizza infortuni corrispondano a voci di danno patrimoniali o extrapatrimoniali<sup>38</sup>, a meno che — beninteso, la polizza infortuni di cui venga in gioco il defalco non si preoccupi di esplicitare che alcune prestazioni indennitarie accessorie a quelle dovute per l'invalidità della persona, valgano a coprire spese mediche o di riabilitazione, ovvero perdite reddituali subite dall'infortunato. Appare altresì ovvio che, ove la polizza infortuni contempli ed espliciti la finalità di indennizzare perdite per voci palesemente patrimoniali (spese di viaggio, di ospedalizzazione, mancati guadagni legati alla perdita della capacità

---

<sup>37</sup> Si evoca qui la lettura della causa negoziale del contratto di assicurazione messa nitidamente a fuoco da M. BARCELLONA, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, Vicenza, 2015, pp. 440 s.

<sup>38</sup> Così L. PAPOFF, *Compensatio lucri cum damno nell'assicurazione privata contro gli infortuni*, in *RIDARE*, 11 luglio 2022



lavorativa specifica dell'assicurato, etc.), il principio indennitario e (a valle di questo) la *clcd* non potranno che trovare piena applicazione, limitatamente agli importi implicati da questo tipo di prestazioni indennitarie.

9. *La causa del contratto di assicurazione contro gli infortuni invalidanti è una causa previdenziale e il c.d. moral hazard è un falso problema.*

L'orizzonte negoziale nel quale prende corpo la scelta discrezionale di chi si assicura contro la disgrazia accidentale è scandito esclusivamente dalla volontà di acquisire, in tempi certi, rapidi e in proporzioni dipendenti dalla propria capacità di spesa e dalla propria propensione all'investimento previdenziale, risorse economiche che consentano di reagire (meglio di come sarebbe altrimenti) alle conseguenze legate al verificarsi di una disgrazia accidentale<sup>39</sup>,

---

<sup>39</sup> Esplicita in tal senso una sentenza di appello che non si è accodata alle semplicistiche conclusioni reiterate da molte corti di merito all'indomani di Cass. n. 13233/2014. Così App. Milano, 8 febbraio 2022, n. 425, cit. ha attentamente ripercorso la motivazione di Cass. S.U. 1265/2018: «[C]ome affermato nell'autorevole precedente richiamato dall'appellante, la Suprema Corte, lungi dal sancire un principio meccanicamente applicabile a tutte le ipotesi di concorso di titoli determinanti un ristoro trovante fonte generatrice in un fatto illecito, ha articolato una approfondita disamina che ha portato ad affermare come “non possono rientrare nel raggio di operatività della compensatio i casi in cui il vantaggio si presenta come il frutto di scelte autonome e del sacrificio del danneggiato (...) le conseguenze vantaggiose, come quelle dannose, possono computarsi solo finché rientrino nella serie causale dell'illecito, da determinarsi secondo un criterio adeguato di causalità, sicché il beneficio non è computabile in detrazione con l'applicazione della compensatio allorché trovi altrove la sua fonte e nell'illecito solo un coefficiente causale (...) affidare il criterio di selezione tra i casi in cui ammettere o negare il cumulo all'asettico utilizzo delle medesime regole anche per il vantaggio, finisc(e) per ridurre la quantificazione del danno, e l'accertamento della sua stessa esistenza, ad una mera operazione contabile, trascurando così la doverosa indagine sulla ragione giustificatrice dell'attribuzione patrimoniale entrata nel patrimonio del danneggiato (...) Invece, ai fini della delineazione di quel criterio di selezione, proprio da tale indagine occorre muovere, guardando alla funzione di cui il beneficio collaterale si rivela essere espressione, per accertare se esso sia compatibile o meno con una imputazione al risarcimento (...) La prospettiva non è quindi quella della coincidenza formale dei titoli, ma quella del collegamento funzionale tra la causa dell'attribuzione patrimoniale e l'obbligazione risarcitoria (...) si è ben lontani dal

pianificando al ricorrere di una tale evenienza l'attribuzione di una somma di danaro all'assicurato. Nella consapevolezza che solo in casi particolari (e minoritari sul piano statistico) l'evenienza temuta potrà verificarsi in circostanze tali da ritenerla coincidente con un danno civilmente imputabile a un terzo estraneo al rapporto contrattuale da cui trae causa l'erogazione dell'indennizzo. Questa scelta negoziale, del tutto eventuale e non sottoposta a vincoli di obbligatorietà, fa leva su una disponibilità di risorse che, alla conclusione del contratto, confluisce nella prestazione del pagamento del premio. Ed è solo l'entità del pagamento del premio, e la dimensione dell'investimento effettuato con esso, che, al reificarsi del rischio (a sua volta opportunamente dimensionato dall'assicuratore a partire dall'investimento voluto dall'assicurato, anche tenendo conto della sua esplicitata volontà di rinunciare alla surrogazione), giustifica e a sua volta finisce per dimensionare, dopo essere stata incrociata con il profilo di rischio descritto dalla raccolta di informazioni sulle attività svolte dall'assicurato, il *quantum* della prestazione monetaria istituita

---

*suggerire una regola categoriale destinata ad operare in modo 'bilancistico': c'è, piuttosto, l'invito ad instaurare un confronto tra il danno e il vantaggio che di volta in volta viene in rilievo, alla ricerca della ragione giustificatrice del beneficio collaterale e, quindi, di una ragionevole applicazione del diffalco (...). Così, nel caso di assicurazione sulla vita, l'indennità si cumula con il risarcimento, perché si è di fronte ad una forma di risparmio posta in essere dall'assicurato sopportando l'onere dei premi, e l'indennità, vera e propria contropartita di quei premi, svolge una funzione diversa da quella risarcitoria ed è corrisposta per un interesse che non è quello di beneficiare il danneggiante". La causa del contratto quale misura dell'esercizio dell'autonomia negoziale è idonea pertanto a fare sì che l'indennizzo possa atteggiarsi in termini non meccanicamente riconducibili nell'alveo del principio della 'compensatio lucri cum damno', ciò in considerazione della possibilità di riferire un valore all'integrità fisica, da reperire consensualmente nella misura dell'indennizzo, costituendo la polizza una modalità di quantificazione delle conseguenze dannose dell'evento pregiudizievole. L'assicurazione sull'infortunio può quindi trovare la propria ragione non solo in relazione alla rimozione del danno ma anche nella precauzione — a fronte di un evento negativo che può colpire la persona nella sua integrità psicofisica o nella sua capacità di produrre reddito — di introdurre una forma di previdenza che non si sostituisce ma si affianca a quella indennitaria. Trattasi di prestazione funzionale a garantire, proprio a fronte dell'evento negativo incidente sull'integrità fisica, non solo l'elisione del danno attraverso il processo indennitario, ma anche una maggiore tranquillità economica, introducendo così anche una forma di risparmio di pieno valore sociale» (corsivo originale).*

dalla scelta previdenziale del soggetto che ha voluto cautelarsi dal rischio di disgrazia. Quale possa essere la causa della disgrazia e a prescindere dalla circostanza, del tutto casuale, che essa possa, in talune imprevedibili situazioni, apparire idonea, sul piano giuridico, a istituire un'obbligazione risarcitoria di cui il beneficiario possa scoprire di diventare creditore.

È, dunque, l'assicuratore il contraente razionale che pondera la congruità e la profittabilità dello scambio fra premio e indennizzo oggetto della promessa, potendo impiegare una molteplicità di strumenti idonei a far sì che lo scambio non venga trasfigurato in un dispositivo idoneo a incrementare il *moral hazard* dell'assicurato al punto da farne uno strumento per la ricerca di illecite occasioni di guadagno ottenute al prezzo di una compromissione dolosa della propria salute<sup>40</sup>.

Oltre alla previsione di franchigie e di obblighi d'informazione – sottovalutata, sotto questo profilo, ma indubbiamente ricca di potenzialità è la possibilità che le compagnie assicurative facciano un impiego più consapevole e stringente dei questionari precontrattuali, giovandosi della rilevanza negoziale della eventuale reticenza o malafede di chi si assicura per la disgrazia accidentale<sup>41</sup> – e di collaborazione posti a carico dell'assicurato e diretti a favorire l'acquisizione di dati tesi a segnalare (prima) l'affidabilità del contraente nell'illustrare il suo profilo di rischio individuale, per agevolare (poi) la verifica intorno alla prova della natura non dolosa della disgrazia accaduta, l'assicuratore può contare sulla *moral suasion* espressa dall'art. 642 c.p., fra l'altro riformato, inasprendo notevolmente le sanzioni previste dalla norma, proprio nel 2002.

Condivisibile appare, in ultima analisi, l'opinione di chi ha realisticamente osservato che

---

<sup>40</sup> Convincentemente è stato osservato che «il 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, oppure con coperture parziali stabilite nelle polizze, per ridurre i costi che comporta», così V. DE LORENZI, *Contratto di assicurazione. Disciplina giuridica e analisi economica*, Padova, 2008, p. 192.

<sup>41</sup> S. MONTI, *Il silenzio e il questionario assicurativo: "Un bel tacer non fu mai scritto"*, in *Danno e resp.*, 2016, p. 1193.

«non si vede come l'ipotizzato cumulo possa modificare il comportamento degli assicurati, riducendo la prudenza necessaria per evitare o minimizzare le conseguenze di una lesione al corpo e alla mente. Né pare credibilmente sostenibile che una classe di individui sia financo incentivata a favorire il verificarsi dell'evento, almeno se di rilevante momento»<sup>42</sup>.

10. *L'inderogabilità pattizia della surrogazione nell'assicurazione infortuni: una favola inventata da chi la racconta.*

Affermare a tinte nette e perentorie che la causa del contratto dell'assicurazione privata contro le disgrazie accidentali con esiti non mortali obbedisce, in via generale e astratta, al principio indennitario, comporta una radicale e (a ben vedere) ingiustificata 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 mercato. Per esempio con riferimento all'opportunità di contemplare l'obbligo di comunicazione rilevante ai sensi dell'art. 1910 c.c., che solo ove richiamato dalle parti può conformare in senso indennitario il contratto<sup>43</sup>. Oppure con riguardo al libero, liberissimo esercizio della derogabilità pattizia dell'art. 1916 c.c., norma a proposito della quale non si è mancato di osservare che il congiunto richiamo testuale (e «additivo», perché operato all'interno di una disposizione — l'art. 1916 c.c. — già collocata nella sezione dedicata alle assicurazioni contro i danni) delle «assicurazioni contro gli

---

<sup>42</sup> Così SARTORI, *cit.*, p. 833.

<sup>43</sup> Così ancora Trib. Genova 18 giugno 1993, in *Rep. Foro it.*, 1994, voce *Assicurazione - contratto di*, n. 99; Trib. Napoli 14 marzo 1974, in *id.*, 1976, voce *cit.*, n. 337; si è anche giunti a ritenere che «nell'assicurazione contro gli infortuni, che è un *genus tertium* o *mixtum* di assicurazione, la clausola di polizza che eleva a causa di decadenza dal diritto all'indennizzo l'omessa comunicazione della stipulazione di più polizze deve essere considerata invalida o *tamquam non esset* perché in contrasto con le norme inderogabili degli art. 1892 e 1893 c.c.», così App. Napoli 7 maggio 1993, in *Rass. dir. civ.*, 1995, p. 435, con nota di A. TAFURI)

infortuni del lavoro e contro le disgrazie accidentali» assuma senso solo ove si consideri che tale tipo contrattuale non possiede le caratteristiche proprie della 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 alcuna giustificazione, rivelandosi inutilmente superfetante<sup>44</sup>.

Che la norma sfugga a un canone d'inderogabilità discendente dalla sua ascrizione a un principio di ordine pubblico imperniato sul rispetto del principio indennitario (del resto la norma che nel contratto di assicurazione perimetra i limiti invalicabili dell'autonomia contrattuale, ossia l'art. 1932 c.c., nulla dice riguardo all'articolo in questione), ma rifletta uno strumento rimesso alla scelta delle parti, per determinare la maggiore o minore misura del premio, e dunque il costo dell'operazione assicurativa, è acquisizione consolidata nella migliore dottrina assicurativa<sup>45</sup>. Già in passato, del resto, il problema era stato collocato nella sua esatta dimensione:

«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

---

<sup>44</sup> L'osservazione si deve a V. COLASSO, *L'assicurazione infortuni. Profili giuridici*, Milano, 1970, p. 26.

<sup>45</sup> G. VOLPE PUTZOLU, *Le assicurazioni. Produzione e distribuzione. Problemi giuridici*, Bologna, 1992, pp. 124 ss.; F. DENOZZA, *Contratto e impresa nell'assicurazione a premio*, Milano, 1978, p. 94.

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»<sup>46</sup>.

E con riguardo alla valutazione di questa convenienza economica, sullo sfondo dell'argomento focalizzato sull'incentivo determinato dal *moral hazard* dell'assicurato, restano attualissime le autorevoli considerazioni di chi realisticamente osservava:

«non è esatto che la surroga impedisca un artificioso aumento dei sinistri autoprovocati 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»<sup>47</sup>.

Considerazioni svolte quasi settant'anni fa, che si mostrano attualissime e che vanno rispeditte all'indirizzo di quanti sostengono che, con l'intervento dell'ordine pubblico sull'autonomia negoziale delle parti nel contratto di assicurazione contro le disgrazie accidentali, le compagnie saprebbero offrire sul mercato polizze a prezzi ridotti, come se fosse plausibile ritenere che i costi di transazione richiesti alle compagnie per esercitare la surrogazione nelle aule giudiziarie (appesantendo la già congestionata macchina della giustizia) siano oggi cumulativamente inferiori a quelli che si davano al principio degli anni

---

<sup>46</sup> Così G. CASTELLANO, *La rinuncia al diritto di surroga nell'assicurazione della responsabilità civile*, in *Foro it.*, 1960, I, c. 1844, spec. cc. 1849-50.

<sup>47</sup> A. DONATI, *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, II, Milano, 1954, p. 482.

Cinquanta del secolo scorso, nella realtà attentamente osservata da Antigono Donati.

11. *Gli argomenti impiegati nella isolata sentenza di legittimità che ha accolto lo scomputo e la loro confutazione.*

Dunque, l'impostazione accolta nel 2002 dalle S.U. è alla base dell'unica decisione di legittimità (Cass. n. 13233/2014) che — mentre si scrive nel 2022 e determinando un contrasto che resta insoluto (e che, pertanto, andrebbe senza indugio demandato alle cure nomofilattiche delle S.U., se la terza sezione della Cassazione non continuasse a far finta di non vederlo, forse per timore di vedere contraddetta la direttiva maturata al suo interno sulla quale le sentenze che la sezione deposita mostrano di arroccarsi) con i numerosi arresti di legittimità che avevano costantemente respinto l'idea di applicare la *clcd* all'indennizzo infortuni<sup>48</sup> — ha sancito la sottoposizione dell'assicurazione infortuni al principio indennitario e l'applicazione della *clcd* all'indennizzo corrisposto all'assicurato danneggiato da un terzo, con la conseguenza di imporre di defalcare il danno richiesto dal danneggiato a quest'ultimo e concedendo all'assicuratore di decidere, una volta acquisito col pagamento dell'indennizzo il credito risarcitorio oggetto di surrogazione, se portarlo a realizzazione nel patrimonio del responsabile. Resta attuale, pertanto, lumeggiare da presso i cinque argomenti che l'isolato precedente di legittimità del 2014 ha messo in fila per giustificare la soluzione propugnata.

Il primo e il secondo di essi, ovvero che

«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 [e che] per contro, il riferimento del medesimo art. 1882 c.c. agli eventi attinenti

---

<sup>48</sup> Cass. 23 dicembre 2003, n. 19766, in *Arch. civ.*, 2004, p. 1201; Cass. 10 febbraio 1999, n. 1135, in *Giur. it.*, 2000, I, c. 507; Cass. 15 aprile 1993, n. 4475, in *Rep. Foro it.* 1993, voce *Danni in materia civile*, n. 162; Cass. 26 febbraio 1988, n. 2051, in *Rep. Foro it.*, 1988, voce *Assicurazione — contratto di*, n. 142; senza dimenticare l'avallo nomofilattico che l'interpretazione precedente a Cass. 13233/2014 aveva ricevuto a sezioni unite da Cass., S.U., 13 marzo 1987, n. 2639, in *Giur. it.*, 1988, I, 1, c. 825.

alla vita umana, quali presupposto dell'assicurazione sulla vita, va inteso con esclusivo riferimento ai fatti concernenti la morte o la sopravvivenza»

sembrano per la verità risolversi in esercizi di ermeneutica soggettiva della lettera della norma che definisce il contratto di assicurazione, e si mostrano 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 dal fraseggio normativo dell'art. 1882 c.c. le indicazioni univoche che invece la Cassazione del 2014 trae con sicurezza eccessiva dall'enunciato codicistico. Una sicurezza che si può revocare in dubbio rileggendo altri pensieri di legittimità che non sembrano affatto intaccati dal tempo trascorso dacché furono messi su carta:

«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 atteggiano *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 qualificarne 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»<sup>49</sup>.*

Vi sono, peraltro, pregnanti argomenti, imperniati 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<sup>50</sup>, che individuano la ragione principale che induce a dismettere l'idea che la definizione codicistica dell'art. 1882 c.c. debba essere letta appiattendolo la vita nella rigida dicotomia sopravvivenza/morte. E che, invece, inducono ad ammettere,

---

<sup>49</sup> Così, limpidamente, Cass. 9 settembre 1968, n. 2915, in *Foro it.*, 1968, I, c. 2707 (corsivo aggiunto).

<sup>50</sup> Molto bene riassunti da 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, p. 813, spec. pp. 835 ss.; ID., *Il contratto di assicurazione (Profili strutturali e funzionali)*, Napoli, 2016, p. 53.

contrariamente a quanto ritenuto dalla Cassazione del 2014, che il «requisito dell'attinenza dell'evento alla vita», letteralmente implicato dalla norma che apre il capo dedicato dal Codice al contratto di assicurazione, possieda 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 investire risorse destinate a fronteggiare le avversità che, quali «eventi temuti», possono segnare il proprio personale inoltrarsi in ciò che il Codice definisce la «vita umana»<sup>51</sup>. È, in definitiva, proprio su questo che il consumatore di coperture assicurative pondera la sua scelta, pensando a quell'*unicum* che è la sua incerta esistenza futura.

Il terzo argomento evocato da Cass. n. 13233/2014, ovvero che

«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»

sembra rifiutare 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 considerare quando registra la stabile e prolungata reiterazione di una prassi nella realtà del mercato, che la previsione dell'art. 1916 c.c. è stata per decenni (e, come visto, continua tutt'ora ad essere) oggetto della facoltà dispositiva delle parti (e nel § precedente si è visto come la migliore dottrina assicurazionista non abbia mai nutrito dubbi sulla rinunciabilità del diritto di surroga) nell'assicurazione contro le disgrazie accidentali con esiti non mortali, essendo oggetto di espressa rinuncia nei contratti infortuni formulati dalle compagnie assicurative, per lo meno a far tempo dal 1961, quando, come si è già ricordato, l'industria assicurativa fece sue le conclusioni raggiunte dagli stati generali della dottrina assicurativa italiana su questo «tipo» contrattuale. Senza contare che non è dall'assunto della inderogabilità della surroga che si può argomentare in ordine alla causa di questo tipo di assicurazione, ma è solo dalla piena comprensione della causa di

---

<sup>51</sup> In tal senso anche C. F. GIAMPAOLINO, *Le assicurazioni. L'impresa. I contratti*, Torino, 2013, p. 444.

questo tipo contrattuale che si può correttamente ragionare in ordine alla disponibilità della surroga.

Il quarto argomento addotto in pro alla tesi della sottoponibilità a *clcd* dell'indennizzo dell'assicurazione infortuni si risolve all'affermazione che

«l'invalidità causata dall'infortunio costituisce sempre un “danno” per i fini di cui all'art. 1882 c.c.: sicuramente biologico, ed eventualmente patrimoniale».

L'argomento 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 implicato 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, evenienza che sul piano statistico costituisce la determinante più frequente dell'erogazione indennitaria susseguente alla conclusione del contratto. Viene poi obliterata la circostanza che in tale «danno» possa essere considerato, da chi lo subisce, la volontà di sovvenire previdenzialmente alla lesione di interessi non necessariamente riducibili a un danno patrimoniale, o a un danno non patrimoniale strettamente biologico, quand'anche letto alla luce dei metodi tabellari in voga a Roma o Milano (anzi: sarebbe proprio questo il contesto adatto per predisporre a concedere spazio idealmente commisurativo, offerto dalla prospettiva *ex ante* che caratterizza la considerazione della perdita nella visione negoziale, alla facoltà di attribuire valore monetario alla lesione di interessi idiosincraticamente legati al «fare reddituale» del beneficiario, per dirla con lo slogan costitutivo degli esistenzialisti, 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 responsabile, destinato a subire la decurtazione patrimoniale associata all'obbligo risarcitorio.

Sotto questo profilo è stato condivisibilmente osservato che

«negare la possibilità ad un consociato di stipulare una polizza assicurativa infortuni che operi anche quando a copertura del danno causato dal sinistro intervenga (in tesi anche integralmente) il risarcimento versato dal danneggiante (o dalla di lui compagnia assicurativa), significa negare a priori la possibilità per ogni consociato di garantirsi, nel caso di sinistro, il recupero del valore che egli effettivamente attribuisce al bene esposto al rischio, e che può essere molto diverso da quello di mercato, ovvero (asseritamente) oggettivo»<sup>52</sup>.

Il quinto e ultimo argomento evocato da Cass. n. 13233/2014 fa leva sul fatto che la

«circostanza che la misura dell'indennizzo sia liberamente predeterminata 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.)».

Ora, di là dal fatto che alla previsione del secondo comma dell'art. 1908 c.c. in dottrina si attribuisce il ben più 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 assume 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<sup>53</sup>, il punto di caduta, suscettibile di confutare la validità di questa argomentazione, è un altro. Perché l'argomento allude a un meccanismo – la stima del valore – concepito per addivenire alla stima di un *quid* (l'art. 1908 c.c. continua a essere rubricato «valore della cosa assicurata») che resta commensurabile 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

---

<sup>52</sup> Così, F. DI CIOMMO, *Principio indennitario e traslazione dei costi sociali*, in L. RUGGERI, C. PERLINGIERI, *Il mercato assicurativo nell'unitarietà dell'ordinamento giuridico*, Napoli, 2017, p. 33, spec. pp. 53-54, evocando implicitamente la nozione calabresiana di *merit good* cui si è già alluso.

<sup>53</sup> PARTESOTTI, *cit.*, pp. 157 ss., V. LA TORRE, *Scritti di diritto assicurativo*, Milano, 1979, p. 23.

prima o dopo il verificarsi del danno, a una somma che trova il suo unico parametro di controllo finale nella scambiabilità di questo valore, e che, dunque, elegge il mercato a dispositivo naturale e insopprimibile della sua commisurazione, rivelando il senso più compiuto e profondo della logica che presiede al principio indennitario<sup>54</sup>.

Sicché questo principio continua a rivelarsi ontologicamente estraneo alla possibilità di ponderare somme idonee a monetizzare la salute compromessa. Se non al prezzo di prestare una (difficile) 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 richiamata dalla tesi qui criticata (l'art. 1908 c.c.) — da quello applicato ai prodotti del suolo (l'integrità psico-fisica della persona come un melete colpito da una grandinata, per intendersi banalizzando, e senza neanche potersi giovare delle mercuriali in uso al tempo del raccolto atteso...).

12. *Incastonare l'art. 1916 c.c. nell'art. 1223 c.c.: ma davvero il danno può concepirsi dopo il welfare? Spunti dalla recente Cass. 8 aprile 2021, n. 9380.*

Netta è la sensazione che Cass. n. 13233/2014 abbia tentato di rimodellare il concetto del danno risarcibile alla persona per aprirlo (in una dimensione solo 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 accade nel caso dell'equo indennizzo del pubblico dipendente<sup>55</sup>) attraverso cui si determina il

---

<sup>54</sup> Osservava a tal proposito A. CANDIAN, *Responsabilità civile e assicurazione*, Milano, 1993, p. 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 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».

<sup>55</sup> Per una serrata critica dell'argomentazione elaborata dall'adunanza plenaria del Consiglio di Stato (sentenza 24 febbraio 2018, n.1) per sancire la necessità di defalcare l'equo indennizzo percepito dal pubblico impiegato dal risarcimento del

livello di sicurezza sociale che a ciascun consociato è dato di sperimentare in concreto di fronte ai mutevoli stati di bisogno conseguenti all'avverarsi di eventi avversi della vita.

Nelle intenzioni di chi si affanna ad accreditare 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 recessivo, il danno può scoprire di nascere (è più precisamente: di darsi e svilupparsi concettualmente) dopo il welfare. Muovendo dall'omaggio all'antica preoccupazione mommseniana, che nel sistema del risarcimento del danno ha trovato approdo, in tempi assai più recenti, nella ipostatizzazione del «principio della riparazione integrale del danno», si impiega il dispositivo tecnico *clcd* per invocare la 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 inoperante il latinismo e ammetteva pacificamente il cumulo fra indennizzo assicurativo conseguente all'assicurazione infortuni e risarcimento del danno.

Una operazione portata avanti senza curarsi del caos prodottosi nell'industria assicurativa, da otto anni in attesa di conoscere la parola fine a questo sommovimento giurisprudenziale suscettibile di alterare le basi di partenza da cui muovere per predisporre l'offerta contrattuale del ramo infortuni, rispetto alla quale andrebbe rispedito al mittente, per le ragioni appena lumeggiate, l'auspicio che tale operazione sia ritenuta «immeritevole d'esser ulteriormente coltivata».

Di recente, un'articolata e riccamente motivata sentenza di legittimità è tornata a lambire il tema qui analizzato<sup>56</sup>, muovendo da un caso particolare, che vedeva il ricorrente, figlio di un medico perito nella caduta dell'elicottero impegnato in un'operazione di soccorso, accettare, rilasciando quietanza transattiva anche ai sensi dell'art. 1916 c.c., la somma offerta a titolo di risarcimento dall'assicuratore spagnolo della r.c. verso terzi del proprietario del velivolo e contestualmente azionare l'assicurazione contro le disgrazie accidentali che nella

---

danno a quest'ultimo spettante, si rinvia a IZZO, *Compensatio lucri cum damno* – Sub 1223, cit., pp. 300 e ss.

<sup>56</sup> Si tratta di Cass., sez. III, 8 aprile 2021, n. 9380, in *Foro it.*, 2021, I, c. 3977.

circostanza il vettore aveva stipulato, nella formula dell'assicurazione per chi spetta, a beneficio dei terzi trasportati (gli assicurati) ed eventualmente dei loro eredi (indicati quali beneficiari nel caso di morte dell'assicurato passeggero). Il secondo assicuratore rifiutava di pagare la somma, assumendo che la transazione operata dal figlio beneficiario avesse pregiudicato la possibilità di esercitare la propria surrogazione nei confronti dell'assicuratore della r.c.<sup>57</sup>.

Dopo un responso negativo in primo grado, il secondo assicuratore trovava ascolto in appello. La decisione territoriale viene cassata da Cass. 8 aprile 2021, n. 9380 (estensore il presidente protempore della III sezione), accertando che la prestazione dell'assicuratore contro le disgrazie accidentali, dovuta per il caso di morte dell'assicurato agli eredi, identifica una somma assoggettata alla logica non indennitaria dell'assicurazione sulla vita, e così giustificando appieno la «locupletazione» contro la quale era insorto il secondo assicuratore.

Con un esito ineccepibile, la decisione qui ricordata ne approfitta per allestire una densa rievocazione – in quello che resta un *obiter* per chi fosse tentato di trarre da questa rievocazione motivi per riferirne il senso al problema dell'assoggettabilità a *clcd* dell'indennizzo erogato in forza di assicurazione contro gli infortuni invalidanti – della traccia argomentativa percorsa da Cass., S.U., n. 5119/2002. Viene così prestato ossequio alle argomentazioni che avevano indotto nel 2002 ad approdare alla soluzione del contratto misto ampiamente descritta e criticata *supra*. Una lettura, afferma Cass. n. 9380/2021, che sembra trovare conferma guardando alla dicotomia confermata dal Codice delle Assicurazioni Private, successivo alla pronuncia del 2002, perché approvato con D.L.vo 7 settembre 2005, n. 209, il quale, all'art. 2, distingue i rami assicurativi, riconducibili rispettivamente alle

---

<sup>57</sup> Una situazione per molti versi simile a quella di uno sciatore tedesco perito in Val di Fassa, ove gli eredi avevano riscosso l'offerta dell'assicuratore della r.c., rilasciando quietanza, e un fondo pensionistico tedesco lamentava il pregiudizio del diritto, fondato sul diritto tedesco applicabile, di agire in surrogazione per recuperare le somme concesse agli eredi a titolo di benefici pensionistici, il caso che aveva costituito il canovaccio in fatto del primo tentativo di attenzionare le S.U. sul problema della *clcd*, su cui però Cass., S.U., 30 giugno 2016, n. 133372, aveva fatto scendere un temporaneo sipario, v. la vicenda compiutamente analizzata in IZZO, *La giustizia*, cit., pp. 55 ss.

assicurazioni sulla vita ed alle assicurazioni contro i danni, pur dovendo riconoscere all'esito di un tale esame

«che, ai fini della individuazione della disciplina normativa del c.c. applicabile alle due tipologie di contratti assicurativi contro gli infortuni (morte od invalidità), la predetta classificazione operata dal CAP riveste soltanto carattere marginale, atteso che nel sistema normativo del Codice delle Assicurazioni del 2005 la definizione dei rami assicurativi, non è rivolta a fornire criteri di qualificazione giuridica delle tipologie di contratti, ma a definire le differenti prescrizioni degli obblighi organizzativi, di esercizio e di vigilanza cui sono sottoposte le società assicurative che operano in ciascun ramo, nonché a definire i diversi criteri attuariali e prudenziali che tali società devono applicare nella corretta gestione dei rischi, così da assicurare la prescritta garanzia di solvibilità»<sup>58</sup>.

Quel che, però, preme mettere in risalto della motivazione in discorso è questo secondo brano, sul quale l'Estensore si sofferma analiticamente, avvertendo la necessità di spiegare perché la prestazione della somma promessa nel caso morte, anche nello schema negoziale dell'assicurazione infortuni, non può mai assolvere una funzione indennitaria:

«Non può essere negato che, con la stipula del contratto di assicurazione dal rischio di “infortuni mortali”, il soggetto assicurato (quello la cui durata della vita viene in rilievo) intenda perseguire un interesse altruistico od indirettamente anche liberale, volendo assicurare al terzo beneficiario una attribuzione economica (in capitale od in rendita) che possa sopperire alle esigenze e necessità quotidiane ed in genere di vita del superstite, perché in ipotesi divenuto bisognoso in conseguenza del venire meno dell'apporto economico continuativo che il “de cuius” gli forniva (come ad esempio nel caso in cui al deceduto sopravvivano i propri familiari non autosufficienti). Ma questa possibile funzione indennitaria (in quanto compensativa della perdita di un apporto economico continuativo), svolta dal capitale costituito con il pagamento dei premi della polizza “infortuni mortali”,

---

<sup>58</sup> Così, Cass. n. 9380/2021, *cit.*



*viene a configurarsi nello schema contrattuale come un mero motivo del negozio* – riferibile ad una sola delle parti contraenti – rimanendo invece estraneo alla causa negoziale, che consiste nell’assunzione da parte dell’Assicuratore del rischio connesso al differimento temporale (relazionato alla durata della vita dell’assicurato) del pagamento di un capitale (o di una rendita) ad un terzo, al verificarsi dell’evento-morte dell’assicurato, dietro il corrispettivo costituito dal pagamento di un premio: causa negoziale che può, quindi, ritenersi interamente assorbita dalla funzione di costituzione di un capitale - variabile nell’importo in dipendenza del tasso interesse o del coefficiente di incremento pattuito - la cui attribuzione al beneficiario è certa, ma viene differita nel tempo in quanto ricollegata al rischio-morte, ossia alla durata effettiva della vita dell’assicurato. Ed è proprio la considerazione che, nella causa del contratto, assume un evento attinente alla durata della vita umana ed aleatorio quanto al tempo del suo accadimento (fine vita), cui è condizionata la esigibilità della prestazione, che viene infatti a contraddistinguere il contratto di assicurazione contro gli “infortuni mortali”, dal “contratto di capitalizzazione”, previsto dall’art. 179 CAP, normativamente definito come “il contratto mediante il quale l’impresa di assicurazione si impegna, senza convenzione relativa alla durata della vita umana, a pagare somme determinate al decorso di un termine prestabilito in corrispettivo di premi, unici o periodici, che sono effettuati in denaro o mediante altre attività”<sup>59</sup>.

La stimolante analogia esplicativa che questo argomentare istituisce fra causa e motivi del contratto, potrebbe, a ben vedere, seguire ad essere utilizzata per comprendere una volta per tutte anche il problema che si pone nella qualificazione del contratto di assicurazione contro le disgrazie accidentali, quando quest’ultimo provveda alla prestazione di una somma predefinita e liquidabile in conseguenza dell’infortunio invalidante (venendo concretamente calcolata in relazione alla gravità dell’invalidità riportata dall’assicurato).

Quando in tali contratti l’assicuratore propone al contraente la sua rinuncia pattizia (assentita dall’art. 1932 c.c.) a surrogarsi nella titolarità del diritto risarcitorio della persona dell’assicurato, costui a ben vedere – e restando sul crinale delle suggestioni evocate da una analogia

---

<sup>59</sup> Così, sempre Cass. n. 9380/2021, *cit.*, corsivo aggiunto.

puramente esplicativa, non diversa da quella escogitata dal relatore Presidente Travaglino appena ripercorsa – non fa altro che conformare, attraverso un motivo condiviso con la controparte, un elemento del negozio che modifica la causa del contratto contro le disgrazie accidentali, anche rispetto alla biscazione della causa contrattuale di questo tipo contrattuale che le S.U. hanno – ancorché erroneamente, come già argomentato – accolto nel 2002.

Ne risulta così un contratto contrassegnato da una causa del tutto lecita (e anzi socialmente desiderabile, a dispetto di chi invoca la sua contrarietà all'ordine pubblico), che è quella di un negozio che mira a neutralizzare le conseguenze sfavorevoli derivanti alla propria integrità fisica dalla disgrazia accidentale, garantendo all'assicurato una attribuzione economica idonea a consentire di sopperire alle esigenze e alle necessità quotidiane di vita dell'infortunato meglio di come sarebbe stato in assenza del contratto, anche qualora le circostanze di verifica dell'infortunio offrano all'assicurato il destro per promuovere l'azione risarcitoria contro il responsabile civile dell'infortunio.

Per i motivi ampiamente illustrati in questo paragrafo è davvero un errore fatale (che comprime irragionevolmente l'autonomia negoziale delle parti) aver arbitrariamente assimilato a una somma che può essere misurata oggettivamente dal mercato, la diversa somma che l'assicuratore promette di corrispondere al verificarsi di un evento della vita umana che colpisce l'interesse non patrimoniale alla salute dell'infortunato, in una misura che dipende solo dalla disponibilità di spesa dell'assicurato e che l'assicuratore è libero di perimetrare con ogni cautela negoziale, verificando da par suo la sua convenienza alla conclusione del contratto che viene proposto sul mercato assicurativo.

*13. L'isolamento comparatistico della soluzione italiana che pretende di assoggettare il risarcimento del danno allo scomputo dell'indennizzo derivante da assicurazioni infortuni.*

L'esplorazione dello stato dell'arte — tutt'altro che pacifico, come visto — nel quale si colloca la sorte attribuibile in Italia all'indennizzo assicurativo erogato al verificarsi di una disgrazia accidentale dagli esiti non mortali, quando l'assicurato scopra di ricevere dal suo assicuratore l'indennizzo in conseguenza di una disgrazia causata da un terzo che

debba risponderne civilmente, induce a sottolineare come l'indirizzo defalcatorio che la terza sezione della Cassazione allo stato sembra intenzionata a coltivare a oltranza, negando la perdurante esistenza di un contrasto che reclamerebbe l'intervento delle S.U. per essere adeguatamente risolto, non sia affatto una soluzione appianata dalla nomofilachia di legittimità, e debba fin d'ora indurre i giudici di merito a discostarsi dall'adesione acritica alle convinzioni della terza sezione. Queste convinzioni, peraltro, finiscono per collocare l'Italia in una posizione di splendido isolamento nel quadro del diritto privato europeo, collidendo del pari con l'opposta soluzione da sempre invalsa sul tema in ambiente di common law, come adesso mette conto, sia pur brevemente, verificare.

In Francia si è assai distanti dal promuovere la visione «pan-surrogatoria» della terza sezione con riferimento all'assicurazione infortuni. L'esperienza francese conferma che non può essere il tema della surrogazione *tout-court* a governare indistintamente il problema del defalco dell'indennizzo assicurativo dal risarcimento del danno. Risulta in tal senso frettolosa l'allusione comparatistica alla soluzione transalpina — operata in Cass., S.U., 22 maggio 2018, n. 12565, cit., e mirante in quella sede a confortare la scelta di sposare la tesi che la surrogazione operi di pieno diritto al verificarsi del pagamento dell'assicuratore, per ricavare conferma della tesi della non cumulabilità, beninteso nel caso di un'assicurazione contro i danni in quel contesto — con la quale le S.U. hanno fatto un episodico riferimento alla soluzione favorevole allo scomputo ammessa nel lontano *decisum* di Cass., 1<sup>ère</sup> civ., 29 aprile 1975<sup>60</sup>, anche perché nel diritto francese oggi vigente quella soluzione è stata legislativamente conformata nei termini di una scelta derogatoria rimessa all'autonomia contrattuale dell'assicuratore dalla *loi* 16 luglio 1992. Il vigente articolo L 131-2 del *Code des assurances* recita, impiegando un «peut» che merita sottolineatura doppia:

« Dans l'assurance de personnes, l'assureur, après paiement de la somme assurée, ne peut être subrogé aux droits du contractant ou du bénéficiaire contre des tiers à raison du sinistre. Toutefois, dans les contrats garantissant l'indemnisation des préjudices résultant d'une

---

<sup>60</sup> In *JCP G*, 1976, II, 18212, obs. A. BESSON.

atteinte à la personne, l'assureur *peut* être subrogé dans les droits du contractant ou des ayants droits contre le tiers responsable, pour le remboursement des prestations à caractère indemnitaire prévues au contrat ».

Piuttosto, la citazione del precedente di legittimità transalpino operata dalle S.U. induce ad accreditare una strada opposta a quella desunta operando quel richiamo, se si considera che in tempi più recenti il consesso di nomofilachia ospitato a *Quai de l'Horloge* ha statuito, con riferimento all'indennizzo corrisposto al lavoratore in forza di assicurazione infortuni accessoria conclusa dal datore di lavoro quale beneficio connesso al rapporto di lavoro,

« que les prestations servies par l'assureur au titre de l'incapacité temporaire totale de travail et de l'incapacité permanente partielle sont indépendantes dans leurs modalités de calcul et d'attribution de celles de la réparation du préjudice selon le droit commun; que la cour d'appel en a exactement déduit, en l'état des textes alors en vigueur, sans encourir les griefs du moyen, que ces prestations, servies au titre d'une assurance de personnes, n'avaient pas un caractère indemnitaire »<sup>61</sup>.

Del resto, come è stato acutamente osservato in dottrina, l'idea che l'indennizzazione assicurativa del pregiudizio subito alla persona, nel quadro di un'assicurazione infortuni che in Francia rientra nel *genus* della « *assurance de personnes* », risponda a criteri forfettari, del tutto estranei alle logiche del danno cui accede il principio indennitario, è

« issu de la peur du législateur, comme de la doctrine, de voir l'individu faire l'objet d'un commerce (...) Le contrat d'assurance ne doit pas conduire à ce qu'il soit porté atteinte à la vie d'un individu quel qu'il soit. Le corps humain est indisponible »<sup>62</sup>.

Persino in Svezia, dove in via generale vigono regole assai puntuali e stringenti per coordinare le onnipresenti erogazioni del welfare state

---

<sup>61</sup> Così Cass., ass. plén., 19 déc. 2003, *Responsabilité civile et Assurances* 2004, comm. 87, chron. 7, nt. H. GROUDEL.

<sup>62</sup> Così, V. NICOLAS, *Essai d'une nouvelle analyse du contrat d'assurance*, Paris, 1996, p. 288.

baltico con il risarcimento del danno, al momento di determinare il *quantum* risarcitorio non si defalcano gli indennizzi delle assicurazioni infortuni, purché tali benefici non si prospettino quali *benefits* legati all'impiego lavorativo<sup>63</sup>.

In ambiente di common law nessuno si sogna di perorare l'idea che l'indennizzo derivante dall'assicurazione infortuni di cui il danneggiato si sia voluto dotare, possa dare luogo a defalco del risarcimento dovuto dal responsabile, trasferendo in via surrogatoria l'obbligazione risarcitoria all'assicuratore erogante l'indennizzo. In UK almeno a far tempo da un mai messo in discussione arresto ottocentesco della House of Lords, ove l'idea di detrarre l'indennizzo del beneficiario di una polizza infortuni dal computo del risarcimento dovuto dal responsabile fu etichettata, senza mezzi termini, come «the most unreasonable thing in the world»<sup>64</sup>.

Negli Stati Uniti la stessa soluzione è indefettibilmente seguita a partire dall'ancor più risalente *The Propeller Monticello v. Mollison*, 58 U.S. 152 (1854), che diede l'abbrivio allo sviluppo della c.d. *collateral source rule*, il cui *holding* — nel prescrivere che al danneggiante sia addirittura precluso allegare processualmente che in conseguenza del danno la vittima abbia ricevuto benefici collaterali, quali quello derivante da assicurazioni infortuni *first party* — è tutt'ora diritto vigente nella common law applicata oltreoceano.

Conosciamo, e lo ha opportunamente considerato la quaterna delle sezioni unite del maggio 2018, il peso che va attribuito alla comparazione con il diritto privato europeo nell'offrire conferma della bontà delle soluzioni ermeneutiche distillate dalla giurisprudenza italiana, come attesta il rinvio adesivo operato in quelle sentenze di nomofilachia alle soluzioni invalse sul tema della *clcd* che vengono descritte quale diritto uniforme europeo nei PETL e nel DCFR del gruppo Von Bar Draft, e su cui si tornerà concludendo questo scritto.

Ma poiché la storia della *clcd* è nata in Germania, dove peraltro ha operato Frederick Mommsen, il giurista che ha portato a definitiva emersione a metà del XIX secolo l'idea archetipica della *Differenztheorie* nella stima del danno processato dal diritto civile nelle

---

<sup>63</sup> A. SIMONI, *Una macchina risarcitoria. Regole, attori, problemi nel modello svedese di riparazione del danno alla persona*, Torino, 2001, pp. 215-16.

<sup>64</sup> *Bradburn v Great Western Railway Co.* (1874) L.R. 10 Ex. 1.

epifanie mondiali del civil law, è quanto mai opportuno tornare a quell'ideale luogo natio della *clcd*, per verificare se, e in che misura, la difesa ad oltranza del principio della riparazione integrale e l'assioma che la *clcd* abbia motivo di essere impiegata per impedire ogni sconfinamento del danno nell'abisso della locupletazione trovino cittadinanza nel diritto civile tedesco.

È noto che la precoce attenzione per la *clcd* prestata dalla dottrina tedesca a cavallo dell'emanazione del *BGB* sublimò nell'istituto della *Vorteilsausgleichung*, senza imporre una regola generale diritto positivo, ma lasciando che la soluzione del problema per classi di casi fosse affidata alla elaborazione dottrinale e giurisprudenziale. Ciò non toglie che il *BGB* contenga singole disposizioni che prevedono soluzioni di *clcd* positive o negative. Così il § 642 II, in tema di quantificazione dell'adeguata indennità dovuta dal committente all'appaltatore in caso di *mora debendi*, ove la direttiva dello scomputo trova positivo riconoscimento. Oppure, in una forma negativa, il § 618 III nell'ambito del *Dienstvertrag* (il contratto di lavoro) che, in caso di inadempimento degli obblighi di protezione dovuti dal datore al lavoratore obbligato a prestare servizi a favore del debitore di questi obblighi di protezione, esclude lo scomputo nella conseguente azione di risarcimento del danno. O ancora, ed emblematicamente, il § 843 IV, laddove sancisce, nel campo del risarcimento del danno extracontrattuale, che se, a seguito ad una lesione del corpo e della salute, viene azzerata o ridotta la capacità di guadagno del soggetto leso o si verifica un aumento dei suoi bisogni, al danneggiato deve essere prestato risarcimento mediante il pagamento di una rendita in denaro, precisando che tale diritto non viene escluso per *clcd* dal fatto che vi siano terzi tenuti a prestare il mantenimento al danneggiato. Una soluzione non defalcatoria che il § 844 II provvede ad estendere anche nel caso di lesione del diritto al mantenimento goduto dai soggetti in vita dell'ucciso, che va risarcita attraverso una rendita in denaro.

La medesima soluzione è osservata anche fuori dal *BGB*, in una serie di leggi speciali come il § 8 II *HaftPflG* (in tema di responsabilità civile delle società di gestione delle ferrovie), o il § 13 II *StVG* (in tema di responsabilità da circolazione stradale), § 30 II *AtG* (in tema di responsabilità da attività nucleari), § 38 II *LuftVG* (in tema di responsabilità del vettore aereo). Tuttavia, la dottrina tedesca si guarda bene dal desumere da tali disposizioni speciali conclusioni generali

riguardanti il modo di operare della *clcd* (nella foggia teutonica della *Vorteilsausgleichung*, di seguito V.).

Come in Italia prima e dopo la quaterna delle S.U. del 2018, la dottrina tedesca è ferma nel ritenere che non esista una soluzione generale al problema della *clcd/V*. Non esiste un teorema generale che possa chiarire quali tipi di benefici debbano essere compensati con quali danni e a quali condizioni<sup>65</sup>. Le ricostruzioni promosse in dottrina si adattano solo a singoli gruppi di casi, anche se è opinione condivisa che il beneficio – così come il danno – debba essere ricondotto all'illecito o all'inadempimento da un nesso di causalità adeguata<sup>66</sup>.

La giurisprudenza, invece, ritiene che la V. possa produrre esiti di defalco se, (1) oltre alla presenza di un nesso di causalità adeguato tra l'evento lesivo e il beneficio, quest'ultimo (2) svolga la stessa funzione cui tende la pretesa risarcitoria e (3) appaia ragionevole per il danneggiato, senza peraltro (4) sollevare in modo ingiusto il danneggiante dall'adempimento del suo obbligo risarcitorio. Inoltre, (5) la natura del beneficio deve corrispondere a quella della voce di danno considerata in defalco. Il tutto (6) nel quadro dei poteri correttivi concessi dalla buona fede<sup>67</sup>.

Per comprendere come la V. viene messa in opera dalle corti tedesche è fondamentale il requisito sub (5) poc'anzi menzionato, definito principio di congruenza (*Kongruenzprinzip*), il quale richiede che il beneficio sia oggetto di defalco solo con la voce di danno corrispondente a quel tipo di beneficio, e che si accerti che la congruenza esista sia sotto il profilo fattuale che temporale<sup>68</sup>. Se, ad esempio, in conseguenza dell'evento dannoso il danneggiato ha ottenuto un reddito, la compensazione opererà solo per la perdita di capacità lavorativa, non per i danni alla proprietà o per lo *Schmerzensgeld* (danno non patrimoniale)<sup>69</sup>. Questa regola conserva

---

<sup>65</sup> H. OETKER, *BGB § 249 Art und Umfang des Schandenersatzes*, in F. J. SÄCKER, R. RIXECKER, H. OETKER (a cura di), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 2, IX ed., München, 2022.

<sup>66</sup> BGH, 16 dicembre 1975 - VI ZR 180/73; in dottrina, OETKER, *cit.*, § 235 ss.

<sup>67</sup> BGH, 15 dicembre 1988 - III ZR 110/87; BGH, 15 luglio 2010 - III ZR 336/08; BGH 4 aprile 2014 - V ZR 275/1.

<sup>68</sup> BGH, 19 dicembre 1978 - VI ZR 218/76, in NJW, 1979, p. 760.

<sup>69</sup> OETKER, *cit.*, § 277; fondamentale per chiarire una volta per tutte le ragioni dell'impossibilità di compensare il danno non patrimoniale con una voce beneficiale

validità anche se l'importo del beneficio è maggiore della equivalente voce di danno, con la conseguenza che il primo potrà azzerare il risarcimento di quella voce di danno, ma non potrà essere portato in detrazione sulle altre voci<sup>70</sup>.

Nella elaborazione dommatica tedesca sulla V. la differenza tra il requisito della causalità (*Adäquanz*) *sub* (1) e il *Kongruenzprinzip*, *sub* (5) viene intesa riferendo il requisito della causalità al diritto leso, mentre la congruenza viene riferita alla voce di danno. In tal modo, con riguardo a questi due presupposti, l'analisi viene a strutturarsi in due fasi<sup>71</sup>: prima si verifica che il beneficio derivi dalla lesione del diritto dal quale è scaturito il danno da compensare. Se il beneficio scaturisce dalla lesione di un altro diritto, non potrà operarsi la compensazione. Verificata la causalità, si procede a verificare la congruenza, per accertare che il beneficio sia ricollegabile alla stessa voce di danno considerata, ossia che il beneficio sia volto, ontologicamente, a far fronte alla situazione della vita che, in negativo, si è tradotta in un danno.

Non per questo è sempre escluso che la V. possa applicarsi anche ai danni non patrimoniali. Nella misura in cui l'evento dannoso provoca, oltre al danno, anche benefici non patrimoniali, questi devono essere presi in considerazione nel valutare e quantificare il danno non patrimoniale<sup>72</sup>. Un esempio di scuola vuole che se una persona gravemente ferita ricoverata in ospedale in conseguenza di un illecito incontra durante la degenza la sua futura moglie e quindi vive la sua convalescenza innamorandosi, egli non può ottenere la quantificazione per i danni non patrimoniali sofferti nella stessa misura nella quale sarebbero liquidati a una persona che nelle stesse condizioni non abbia avuto in sorte di vivere la medesima sensazione positiva<sup>73</sup>. Come detto, i benefici di natura patrimoniale non possono essere compensati con i danni non patrimoniali, perché non rispondono al *Kongruenzprinzip*, e

---

di carattere patrimoniale resta lo studio W. THIELE, *Gedanken zur Vorteilsausgleichung*, in *AcP*, 1967, p. 193, spec. p. 220.

<sup>70</sup> OETKER, *cit.*, § 277; B. PAUGE, *Vorteilsausgleich bei Sach- und Personenschäden*, in *VersR*, 2007, p. 569, spec. p. 571.

<sup>71</sup> THIELE, *cit.*, p. 206.

<sup>72</sup> OETKER, *cit.*, § 239; D. ERM, *Vorteilsanrechnung beim Schmerzensgeld – ein Beitrag zur Fortentwicklung des Schadensersatzrechts*, Düsseldorf, 2013, p. 205.

<sup>73</sup> L'esempio è di PAUGE, *cit.*, p. 576.



viceversa<sup>74</sup>. Si pensi a un caso di responsabilità medica per nascita indesiderata, ove la gioia di veder nascere il proprio bambino non risponde al requisito della congruenza e non può in alcun modo essere tradotta in un valore monetario da defalcare dal danno patrimoniale consistente nei maggiori costi imposti dal mantenimento del figlio affetto da disabilità<sup>75</sup>.

Venendo alla possibilità di applicare la V. all'assicurazione infortuni nel diritto tedesco, il beneficio espresso dall'indennizzo avente causa in questa tipologia di contratto assicurativo è ricondotto, nei meticolosi *Fallengroup* che descrivono giurisprudenzialmente l'applicazione dell'istituto, ai benefici derivanti da una obbligazione preesistente di un terzo (alla categoria, oltre all'assicurazione infortuni sono ascritti l'obbligo di mantenimento legale, l'obbligo di retribuire il lavoratore durante la malattia, distinguendo ancora i risparmi di spesa – *ersparte Aufwendungen* – dalle prestazioni volontarie dei terzi – *freiwillige Leistungen Dritter* – e dalle obbligazioni di terzi sorte successivamente all'evento lesivo – *neu begründete Leistungspflichten Dritter*<sup>76</sup>.

La linea direttiva generale impiegata per chiarire se la V. possa operare quando un terzo esegua una prestazione in favore del danneggiato in base ad un'obbligazione preesistente all'evento dannoso, dipende dalla possibilità di accertare che l'obbligazione del terzo possieda (anche) lo scopo di sollevare il danneggiante dalla sua responsabilità.

Con riguardo specifico al contratto di assicurazione, va innanzitutto considerata la dicotomia sistematica, scolpita nel *Gesetz über den Versicherungsvertrag* (VVG), fra assicurazioni contro i danni (*Schadensversicherungen*) e assicurazioni di una somma di denaro (*Summenversicherungen*).

Nelle assicurazioni contro i danni, l'assicuratore si obbliga ad indennizzare i danni conseguenti all'evento dannoso dedotto nel

---

<sup>74</sup> G. THÜSING, *Wertende Schadensberechnung*, München, 2001, pp. 456 ss.; R. PLETZER, *Vorteilsausgleich beim Schmerzensgeld*, in *JB*, 2007, p. 430.

<sup>75</sup> H. HARRER, *Zivilrechtliche Haftung bei durchkreuzter Familienplanung*, Frankfurt, 1989, p. 94.

<sup>76</sup> OETKER, *cit.*, § 241 ss.; THIELE, *cit.*, p. 207 ss.

contratto di assicurazione<sup>77</sup>, per assecondare la funzione di tenere indenne il responsabile dai danni concretamente cagionati<sup>78</sup>.

Nelle assicurazioni di somme, l'assicuratore si obbliga a pagare all'assicurato la somma convenuta al verificarsi dell'evento dedotto nel contratto. Questo tipo negoziale assicurativo soddisfa, dunque, un bisogno astratto, irrelato al danno che si verifica in concreto, e si risolve nel pagamento della somma di denaro dedotta in contratto al mero verificarsi dell'evento<sup>79</sup>. La teoria del bisogno astratto si spiega storicamente in reazione alle teorie più risalenti che tentavano di dare una cornice unitaria alla funzione dell'assicurazione, come la *Bedarfsdeckungstheorie*<sup>80</sup>, secondo la quale il contratto di assicurazione sarebbe volto a soddisfare un bisogno patrimoniale o monetario accidentale, ma nel complesso pur sempre stimabile, causato dall'evento assicurato. O come la teoria indennitaria, che tentava di ricondurre la funzione generale dell'assicurazione allo scopo di eliminare o ridurre le conseguenze negative patrimoniali conseguenti a eventi futuri e incerti<sup>81</sup>.

Entrambe le teorie si scontrano col fatto che non sempre è dato ravvisare nella *Summenversicherung* (somma assicurata) l'esigenza di tutelare il patrimonio attraverso un indennizzo o comunque un bisogno di tutela patrimoniale<sup>82</sup>.

Sono così state enucleate in tempi più recenti due teorie – quella della pianificazione patrimoniale<sup>83</sup> e quella della protezione della

---

<sup>77</sup> D. LOOSCHELDERS, VVG § 1 *Vertragstypische Leistungen*, in T. LANGHEID, M. WANDT (a cura di), *Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz*, III ed., vol. 1, München, 2022, § 25.

<sup>78</sup> BGH 26 settembre 1979, IV ZR 94/78, in *VersR*, 1979, p. 1120.

<sup>79</sup> BGH 26 settembre 1979, *cit.*; LOOSCHELDERS, § 25; H. DÖRNER, *Vorbemerkungen zu §§ 178 bis 191*, in T. LANGHEID, M. WANDT (a cura di), *Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz*, vol. 2, II ed., München, 2017, § 4; C. ARMBRÜSTER, *Privatversicherungsrecht*, Tübingen, 2019, § 12.

<sup>80</sup> Risalente a U. GOBBI, *Die Theorie der Versicherung begründet auf dem Begriff der eventuellen Bedürfnisse*, *Zeitschrift für Versicherungs-Recht und -Wissenschaft*, vol. III, Straßburg, 1897.

<sup>81</sup> A. MANES, *Versicherungswörterbuch*, III ed., Berlin, 1930.

<sup>82</sup> M. N. KRAUSE, *Der Begriff des versicherten Interesses und seine Auswirkungen auf die Versicherung für fremde Rechnung*, Karlsruhe, 1997, pp. 138 ss.

<sup>83</sup> W. SCHMIDT-RIMPLER, *Zum Begriff der Versicherung*, in *VersR*, 1963, pp. 493 ss.

pianificazione<sup>84</sup>, che condividono l'idea di funzionalizzare il contratto di assicurazione allo scopo di proteggere gli obiettivi di gestione patrimoniale o la pianificazione economica dell'assicurato dalle perturbazioni provocate da eventi futuri e incerti, offrendo così la possibilità di ricondurre in un'ampia struttura funzionale unitaria i due macrotipi del contratto di assicurazione della *Schaden-* e della *Summenversicherung*.

Tornando al diritto positivo, alle assicurazioni contro i danni si applica la surrogazione prevista dal § 86 VVG, il cui primo comma recita:

«quando l'assicurato è titolare di una obbligazione risarcitoria nei confronti di un terzo, tale obbligazione si trasferisce all'assicuratore nella misura in cui quest'ultimo risarcisce il danno all'assicurato. Il trasferimento non può comunque essere fatto valere contro l'assicurato a suo svantaggio».

Lo scopo della norma non è diverso da quello assolto dal primo comma dell'art. 1916 c.c.: evitare che il danneggiante possa avvantaggiarsi della prestazione dell'assicuratore, liberandosi dall'obbligazione risarcitoria, e impedire che l'assicurato possa arricchirsi in conseguenza dell'evento dannoso conseguendo un *plus* del risarcimento che altrimenti gli spetterebbe<sup>85</sup>.

Nel caso di prestazioni assicurative che non si basano su un contratto di assicurazione contro i danni (dunque le *Summenversicherungen*), per le quali non è prevista la surrogazione dell'assicuratore nella posizione del danneggiato ai sensi del § 86 VVG, la V. è sempre ritenuta inoperante, poiché l'assicurazione è funzionalmente connotata dallo scopo di beneficiare l'assicurato, anche quando la realizzazione del rischio, per la cui neutralizzazione parziale o totale il contratto sia stato concluso, sia determinato dall'illecito di un terzo, con la conseguenza

---

<sup>84</sup> P. BRAEß, *Elemente einer dynamischen Versicherungskonzeption aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht*, in ZVersWiss, 1970, pp. 1 ss.

<sup>85</sup> S. SEGGER, *VVG § 86 Übergang von Ersatzansprüchen*, in T. LANGHEID, M. WANDT (a cura di), *Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz*, III ed., vol. 1, München, 2022, § 17.

che la prestazione assicurativa e il risarcimento del danno devono ritenersi pienamente cumulabili<sup>86</sup>.

Venendo alla disciplina specifica dell'assicurazione contro gli infortuni (*Unfallversicherung*), essa è regolata dai §§ 178 ss. VVG. Il § 178, co. 1, VVG dispone che nel caso dell'assicurazione contro gli infortuni

«l'assicuratore si obbliga, in caso di infortunio/incidente dell'assicurato o in caso di altro evento equiparato all'infortunio, ad eseguire la prestazione convenuta»,

mentre il comma 2 prosegue, precisando che

«sussiste un infortunio/incidente se l'assicurato subisce involontariamente un danno alla salute a causa di un evento improvviso che agisce sul suo corpo dall'esterno».

La *Unfallversicherung* rientra nella categoria delle *Summenversicherungen*, per le quali come visto, è escluso in generale, salva esplicita pattuizione contraria, che la V. possa operare<sup>87</sup>.

Questo è lo stato dell'arte sul nostro problema nel sistema giuridico che ha dato i natali alla preoccupazione di coordinare danno e benefici, evocando il latinismo di ritorno *clcd* importato dal diritto civile italiano nel corso del Novecento.

L'isolamento comparatistico nel quale oggi si colloca un Paese nel quale, in forza del riscontro di un contrasto occulto inesistente, una singola pronuncia di legittimità continua a consentire alle compagnie assicurative italiane di collocare sul mercato polizze assicurative per le disgrazie accidentali nelle quali gli assicuratori rinunciano espressamente alla surroga per via pattizia, salvo giovare di quell'unico precedente di legittimità per defalcare il danno che sono tenute a risarcire quando, in una diversa veste negoziale, le medesime compagnie assicurative devono prestare garanzia per la RC dei contraenti, allorché terzi abbiano in sorte di cagionare danni alla

---

<sup>86</sup> SEGGER, *cit.*, § 34; e già THIELE, *cit.*, p. 199 s.; H. MÖLLER, *Versicherungsvertragsrecht*, Wiesbaden, 1971, p. 203.

<sup>87</sup> DÖRNER, *cit.*, § 4.

persona di un soggetto che si è previdenzialmente curato di acquisire una copertura per qualsiasi invalidità dovuta a causa fortuita, violenta ed esterna che riguardi la propria persona, non può che sollecitare, dunque, molte domande.

Domande che si rifrangono nell'orizzonte europeo nel quale oggi si sviluppa il mercato assicurativo, 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, ove l'incontro fra il *collateral benefit* assicurativo e il danno risarcibile venga amministrato da una corte del nostro Paese. Una considerazione che assume tinte più vivide all'indomani dell'azione con la quale l'Europa, in risposta al costante aumento delle attività assicurative transfrontaliere, si è attivata per rafforzare lo scambio di informazioni e la cooperazione tra le autorità di vigilanza nazionali e l'Autorità europea di vigilanza con la Direttiva (UE) 2019/2177, trasposta di recente con la legge europea del 2021 (l. 23 dicembre 2021, n. 238).

Ma dispetto di questa grave distonia comparatistica, che ha riflessi concreti in un mercato, quello dei servizi assicurativi, che sempre più tende ad avere una dimensione continentale, in Italia il problema che si è analizzato in questo scritto sembra destinato a restare prigioniero di qualcosa di più una «nomofilachia inversa»<sup>88</sup>, quando ormai appare nell'ordine delle cose, e non desta più soverchia sorpresa, che una singola sezione della corte di legittimità assuma su un problema interpretativo di rilevante importanza la «sua» opzione interpretativa, rifiutandosi di deferire la questione all'organo di quel consesso di

---

<sup>88</sup> L'espressione è stata tenuta a battesimo da R. PARDOLESI, *Dottrina e giurisprudenza: conflitti, dialoghi, monologhi*, in G. PINO, *La scienza giuridica oggi: un confronto multidisciplinare*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2019, 1, p. 53, spec. pp. 55 ss. (in OA: [http://www.dirittoquestionipubbliche.org/page/2019\\_n19-1/04\\_mono\\_03\\_Pardolesi.pdf](http://www.dirittoquestionipubbliche.org/page/2019_n19-1/04_mono_03_Pardolesi.pdf)), descrivendo il declino della funzione nomofilattica e della stessa autorità delle sezioni unite, vinta da una «nomofilachia dal basso e giacobina, perché butta il cuore oltre l'ostacolo e, quando può, spiana il conflitto con l'espedito di negarlo», di cui si rendono sempre più spesso autoreferenziali protagoniste le singole sezioni della Corte di legittimità.

legittimità – le sezioni unite – che per legge dovrebbe avere l'autorità e la legittimazione per dire l'ultima parola sul punto. Per i motivi evidenziati nel primo paragrafo di questo scritto, sembrerebbe che in questa vicenda ci si debba rassegnare a dover subire l'imposizione di una sorta di «soliloquio nomofilattico».

#### 14. *Tornare al punto di partenza.*

Il padre putativo della moderna teorica del danno dispiegata in tutti i quadranti di civil law, il primo escogitatore della necessità di osservare la teoria fondativa della differenza fra patrimoni nel mettere in opera il risarcimento del danno, aveva messo in guardia dal rischio nel quale la soluzione oggi tenacemente difesa dalla III sezione della Cassazione è incorsa.

In nota, dopo aver citato le Pandette di von Vangerow, nel contesto di un passaggio chiave della propria riflessione, ove viene messa a fuoco l'importanza giocata dal concetto di interesse nella messa a punto dei fondamenti teorici del dispositivo risarcitorio differenziale, in un paragrafo che reca sulla testatina destra proprio l'espressione latina “*compensatio lucri cum damno*”, escogitata per vestire le proprie argomentazioni di una storicità che non si dava (e non poteva darsi) nelle fonti romane, colui che a buon titolo può annoverarsi fra i padri putativi del principio della riparazione integrale del danno e di una concezione attenta a non fare di quest'ultimo strumento locupletativo curava di somministrare ai posteri un *caveat* esplicito ai futuri partigiani della *clcd*, 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.

Già nel suo tempo Friedrich Mommsen si avvedeva – mentre elaborava una teoria del danno che implicava (e che da lì in poi avrebbe seguito ad implicare) la necessità di porsi il problema dei benefici giunti collateralmente al danneggiato, e proprio nel paragrafo della sua opera che sottolineava questa necessità con riferimento, *inter alia*, all'indennizzo assicurativo – che vi erano tipologie di contratti assicurativi nelle quali il calcolo dell'indennizzo veniva effettuato seguendo criteri che apparivano differire in modo notevole dalle regole generali che si sarebbero dovute seguire per calcolare l'interesse risarcibile secondo la teoria differenziale, e che dunque non si sarebbero

prestati allo scomputo. Queste le parole profetiche del grande calcolatore del danno nel diritto civile della Modernità:

“Fra i più importanti fra i contratti finalizzati al risarcimento dei danni vi sono i contratti assicurativi. (N)on si può affermare come regola generale che con questi contratti venga preso in considerazione solo il puro valore materiale; tuttavia, in molti casi in questa categoria di contratti vengono adottati principi per il calcolo dell’importo dell’indennizzo che si discostano notevolmente dalle regole generalmente applicabili alla quantificazione degli interessi risarcibili”<sup>89</sup>.

---

<sup>89</sup> F. MOMMSEN, *Beiträge zum Obligationenrecht*, vol. II, *Zur Lehre von dem Interesse*, Braunschweig, 1855, p. 61, *sub* nota 2, traduzione mia.