

## **La *compensatio lucri cum damno* nel caso di pagamento di indennità. Spunti per una nuova lettura sui rapporti con la surrogazione.**

**di Vincenzo Maria TEDESCO \***

**SOMMARIO:** **1.** Introduzione; **2.** Caratteri essenziali della *compensatio lucri cum damno*; **3.** Il nuovo approccio emerge nella Corte di Cassazione; **4.** La questione perviene all'esame delle Sezioni Unite; **5.** Spunti critici di riflessione; **6.** Il problema dell'automaticità della surrogazione.

### **1. Introduzione.**

La materia della responsabilità civile, da sempre oggetto di profondo interesse da parte degli interpreti, sta conoscendo in tempi recenti un' intensa evoluzione sotto il profilo dell'individuazione del concetto di danno risarcibile.

Da due anni a questa parte, infatti, si assiste alla emersione di nuovi orientamenti della Corte di Cassazione che paiono poter incidere notevolmente sull'assetto della tutela risarcitoria (e non solo).

Significativamente, l'evoluzione si svolge su due linee direttrici tendenti verso direzioni opposte, ma aventi un oggetto comune: quello del *quantum* del risarcimento.

Da un lato, infatti, si segnala la tematica dei danni punitivi<sup>1</sup> e, dunque, di forme di *over compensation*, ossia di riparazioni con somme di denaro che superino lo stesso valore del danno, in un'ottica di assegnazione alla responsabilità civile di un ruolo sanzionatorio e di prevenzione fino ad oggi pressoché sconosciuto<sup>2</sup>. Dall'altro lato, al centro dell'interesse degli interpreti c'è l'istituto (o forse sarebbe meglio definirlo come il meccanismo) della *compensatio lucri cum damno*.

Orbene, in questo secondo percorso non si tratta di verificare se possa esistere un risarcimento superiore al danno patito, come accade per i danni punitivi, ma, proprio all'opposto, il punto è comprendere se il risarcimento possa essere

---

\* Specializzato in professioni legali.

<sup>1</sup> A tale proposito si veda il contributo di F. ZAPPATORE *Danni punitivi: brevi considerazioni a margine di una recente ordinanza*, pubblicato sul numero di luglio di questa rivista.

<sup>2</sup> In realtà c'è già chi discorre di funzione sanzionatoria della responsabilità, con riguardo al risarcimento del danno non patrimoniale (F. GAZZONI *Manuale di diritto privato*, Edizioni Scientifiche italiane, Napoli, 2015, p. 743). Si tratta, però, di particolari punti di vista, connotati da un'accentuata visione critica rispetto alla lettura tradizionale e diffusa.

inferiore al pregiudizio arrecato, tenendo conto di eventuali benefici che lo stesso danneggiato abbia ottenuto in ragione dell'illecito (o dell'inadempimento).

Sin a partire da una pronuncia della giurisprudenza di legittimità del 2014, infatti, si discute circa un nuovo modo di intendere la *compensatio lucri cum damno*, con una significativa spinta verso l'ampliamento della sua area di operatività.

Il profondo interesse verso la vicenda di cui si intende trattare discende dal fatto che, a seconda del modo di intendere la *compensatio*, l'ammontare conclusivo del danno risarcibile è destinato ad ampliarsi o a restringersi.

Parallelamente, il nuovo punto di vista è destinato a coinvolgere anche posizioni giuridiche di soggetti terzi, rendendo perciò sovente necessario un riequilibrio delle situazioni interessate.

Ad ogni modo, neppure deve stupire che un concetto giuridico così risalente, già noto al diritto romano<sup>3</sup>, sia ancora circondato da incertezze e dubbi applicativi: non poteva essere altrimenti, essendo la *compensatio lucri cum damno* solo evincibile da talune disposizioni di legge e mai espressamente disciplinata dal legislatore<sup>4</sup>.

## **2. Caratteri essenziali della *compensatio lucri cum damno*.**

Naturalmente, prima di affrontare i recenti sviluppi registratisi in materia e le possibili prospettive future, occorre una definizione della *compensatio lucri cum damno* che renda quanto più chiara possibile la comprensione dell'intera trattazione.

Il fatto stesso della mancanza di una generale previsione normativa affida

---

<sup>3</sup> Le radici storiche della figura in esame sono, ad onor del vero, piuttosto discusse poiché taluni ne escludono la origine romanistica, evidenziando come la *compensatio lucri cum damno* non è citata nelle fonti romane. Tuttavia, l'opinione assolutamente prevalente è nel senso di ritenere che già l'esperienza giuridica romana abbia conosciuto la figura, anche facendo leva sul fatto che diverse *leges* espressamente escludevano la elisione tra vantaggi e danni in certi casi, così implicitamente dando per scontata la operatività della *compensatio* in tutte le altre ipotesi.

<sup>4</sup> Tra le ipotesi applicative di *compensatio lucri cum damno* sono tendenzialmente individuate quelle contemplate dall'art. 1592 co.2° c.c. in tema di locazione, dall'art. 1149 c.c. in tema di restituzione della *res* posseduta, dall'art. 1479 co.2° c.c. in tema di restituzione del prezzo nel caso di risoluzione della vendita del bene altrui e dall'art. 2497 co.1° c.c. nel caso di esercizio di attività di direzione e di coordinamento che, seppur lesiva dei principi di corretta gestione societaria, non abbia cagionato alcun pregiudizio alla redditività della partecipazione sociale o alla integrità del patrimonio. Si considera altresì l'art. 41 co.1° T.U. espropri nella parte in cui dispone la detrazione dall'indennità di esproprio di tutti i vantaggi che il proprietario abbia conseguito in ragione dell'intervento ablatorio.

all'interprete il compito di individuare una nozione chiara e precisa.

Pertanto, anche alla luce della dottrina che si è maggiormente soffermata sul tema, pare possibile affermare che con l'espressione *compensatio lucri cum damno* si intende quel metodo di calcolo del danno risarcibile che si basa sulla presa in considerazione di eventuali vantaggi conseguiti dal danneggiato.

Si tratta, evidentemente, di un momento in cui si articola l'attività del giudice.

Inoltre, essa costituisce un meccanismo di computo che postula sempre e comunque l'avvenuto accertamento della responsabilità della parte; in altri termini, la *compensatio lucri cum damno* opera allorché sia stato già appurato il profilo dell'*an* del risarcimento, per investire in modo esclusivo il momento della definizione del *quantum*.

A prescindere dai più recenti dibattiti, pare possibile affermare che la *compensatio lucri cum damno* richiede una visione complessiva del patrimonio del soggetto danneggiato, onde specificamente verificare quanto sia stato perso e quanto sia stato viceversa conseguito in ragione di un determinato fatto.

Ciò nell'ottica di evitare degli spostamenti di ricchezza ingiustificati e, precisamente, allo scopo di impedire che il fatto produttivo di danno (sia esso l'inadempimento, sia esso un illecito di tipo aquiliano) costituisca per il danneggiato un'occasione di locupletazione.

Non a caso, diversi autori richiamano in materia il principio dell'indifferenza, elaborato sulla scorta della dottrina tedesca e in base al quale il risarcimento dovuto è correttamente determinato nel suo ammontare solo quando consenta di eliminare tutte e solo le conseguenze dannose scaturite dall'illecito, di modo che chi abbia subito il pregiudizio possa dirsi indifferente rispetto all'avvenuta commissione del fatto pregiudizievole<sup>5</sup>.

È la nota *Differenztheorie*, secondo cui il risarcimento deve porre il patrimonio del danneggiato nella stessa situazione in cui si sarebbe trovato ove l'illecito non si fosse verificato<sup>6</sup>.

Orbene, è evidente che tale approccio postula la necessità di tenere in considerazione non soltanto gli effetti pregiudizievoli, ma anche quelli

---

<sup>5</sup> Si ricordi però che la teoria differenziale, unitamente alla teoria naturalistica, è stata superata dall'idea per cui non può farsi riferimento ad un concetto preconstituito di danno risarcibile. Quest'ultimo va piuttosto definito in modo diverso, a seconda della disciplina vigente nell'ordinamento civile. Sul punto si veda A. DI MAJO *La tutela civile dei diritti*, Giuffrè editore, Milano, 2003, pp. da 219 a 225.

<sup>6</sup> E non semplicemente nella situazione anteriore all'illecito, occorrendo anche una proiezione ipotetica degli sviluppi del patrimonio in assenza del danno.

favorevoli e concorrenti da cui il danneggiato abbia eventualmente tratto beneficio.

Così definita, la *compensatio lucri cum damno* è destinata naturalmente a distinguersi da altre figure affini ad essa sotto il solo piano terminologico.

Innanzitutto, la figura in esame non va confusa con la compensazione delle colpe, prevista dall'art. 1227 c.c..

È infatti evidente che il concorso del fatto colposo del creditore, seppure incide sulla quantificazione del risarcimento dovuto e si poggia sulla già accertata sussistenza di una responsabilità di diritto civile, si distingue nettamente dalla *compensatio lucri cum damno* perchè guarda ad un momento anteriore, quale quello della condotta causativa dell'illecito.

Senza considerare che nella fattispecie presa in considerazione dall'art. 1227 c.c. nessun effetto vantaggioso si realizza per il danneggiato; piuttosto, una parte delle conseguenze sfavorevoli indubbiamente prodottesi ed accertate è riconducibile al comportamento dello stesso creditore che vi ha contribuito.

In definitiva può concludersi che l'art. 1227 c.c. implica una riduzione dell'area del danno risarcibile in quanto il creditore danneggiato ha contribuito al verificarsi del danno (co. 1) o comunque non ha tenuto quelle condotte, anche positive, esigibili, utili e possibili, rivolte ad evitare o ridurre il danno (co. 2).

Viceversa, la *compensatio lucri cum damno* comporta anch'essa una riduzione dell'area del danno risarcibile ma semplicemente in considerazione dei vantaggi comunque conseguiti dal danneggiato.

Altro istituto vicino sotto il piano linguistico è quello della compensazione ex artt. 1241 e ss. c.c., come mezzo di estinzione della obbligazione di carattere soddisfattivo dell'interesse del creditore.

La differenza principale pare rinvenibile nel fatto che la *compensatio lucri cum damno* non postula una reciprocità di debiti, visto che, a fronte dell'obbligazione risarcitoria gravante sul danneggiante a favore del danneggiato, nessun obbligo grava a parti inverse, poiché chi ha diritto al risarcimento nulla deve, in ogni caso, all'autore del fatto dannoso.

È allora agevole comprendere anche la diversità di *ratio* tra gli istituti, poiché la *compensatio lucri cum damno* non risponde nè ad un principio di autotutela, nè ad una logica di economia dei mezzi giuridici, ma soltanto al generalissimo divieto di arricchirsi ingiustificatamente a danno di altri.

Probabilmente più vicina alla *compensatio lucri cum damno* è la figura della compensazione impropria, che consiste in un meccanismo di computo delle poste di dare ed avere, in particolare nell'ambito dei rapporti contrattuali di

durata.

Tuttavia, se si eccettua l'aspetto che accomuna compensazione impropria e *compensatio lucri cum damno* come meccanismi di calcolo di quanto dovuto da una parte all'altra, restano notevoli divergenze quanto a presupposti, *modus operandi* ed ambiti applicativi.

Su tutti, basti considerare che la compensazione impropria postula sempre la bilateralità del rapporto e, dunque, due centri di interesse, mentre la *compensatio lucri cum damno* ben può coinvolgere vantaggi patrimoniali riconducibili a soggetti terzi.

Una volta segnata la linea di demarcazione tra *compensatio lucri cum damno* ed altri istituti suscettibili di essere con essa confusi, è bene rilevare che la diminuzione della somma dovuta a titolo di risarcimento opera non in modo pieno ed ampio, ma soltanto subordinatamente alla sussistenza di talune condizioni individuate nel tempo dalla giurisprudenza.

Ed è proprio questo il punto nodale.

Si pone infatti l'esigenza di comprendere quali siano i limiti enucleati dalla Corte di Cassazione nel corso degli anni, anche rispetto a talune fattispecie concrete frequentemente ricorrenti, per poi verificare se e fino a che punto essi siano condivisibili e coerenti con i principi generali del diritto civile.

Scorrendo i repertori della Cassazione e, in particolare, le sentenze annotate a margine dell'art. 1223 c.c. sembrano emergere diverse regole rivolte a circoscrivere l'applicazione della *compensatio lucri cum damno*.

Le formule utilizzate sono svariate e talvolta si trovano citate in via cumulativa. Provando a ricondurre ad unità i requisiti necessari ai fini della *compensatio*, sembra necessario che:

- il guadagno<sup>7</sup> conseguito dal danneggiato non derivi da un titolo diverso

---

<sup>7</sup> In via del tutto preliminare va segnalato che il vantaggio giuridicamente rilevante nel caso di *compensatio lucri cum damno* sta ad indicare la <<utilità entrata a far parte della sfera giuridica del danneggiato tale da incrementare la sua sfera patrimoniale o facilitare la l'esercizio di un proprio diritto soggettivo, valutabili dal giudice, eventualmente anche secondo equità>>. Ancora, «risulta assolutamente ininfluenza che tale beneficio appartenesse al danneggiante (...) ed anzi meglio sarebbe se tale ipotesi risultasse esclusa al fine di non confondere il nostro istituto con l'arricchimento senza giusta causa, ove tipicamente all'arricchimento di un soggetto corrisponde l'impovertimento dell'altro». Infine è dubbio se nel vantaggio compensabile possa rientrare anche un risparmio di spesa, sebbene la soluzione favorevole pare sostenibile alla luce dell'idea per cui, come per il danno vale il binomio danno emergente- lucro cessante, allo stesso modo per i vantaggi dovranno tenersi in conto sia quelli positivi che quelli negativi. Per tali riflessioni, si veda M. FERRARI *La compensatio lucri cum damno quale utile strumento di equa riparazione del danno*, Giuffrè Editore, 2008, pp. 48 e ss..

- ed indipendente dal fatto generatore del danno;
- l'incremento patrimoniale ottenuto dal danneggiato sia una conseguenza immediata e diretta del comportamento illecito che cagiona il danno;
  - il vantaggio cagionato dall'illecito o dall'inadempimento sia inerente al medesimo bene o interesse leso. Ciò vuol dire che non può ammettersi la *compensatio* tra da danni di natura non patrimoniale con vantaggi di natura patrimoniale o, viceversa, tra danni patrimoniali e vantaggi non patrimoniali<sup>8</sup>.

Le ragioni che si trovano alla base di tali restringimenti operativi sono varie, ma di comprensione piuttosto agevole.

In primo luogo è evidente l'intento dei giudici (di merito e di legittimità) di ancorare la *compensatio lucri cum damno* entro confini certi.

In seconda battuta si vuole evitare di svilire la funzione satisfattoria del risarcimento (secondo alcuni concorrente addirittura con quella *lato sensu* sanzionatoria), assicurando pienezza alla tutela civile del danneggiato.

Inoltre in dottrina sono state poste in evidenza ragioni di prevenzione generale volte a disincentivare comunque l'assunzione di comportamenti dannosi anche nell'ipotesi in cui i relativi danni siano in qualche modo compensabili per effetto di benefici imprevedibili e collaterali.

Naturalmente non deve stupire che la attività ermeneutica della Corte di Cassazione si sia spinta fino alla enunciazione di regole così precise e dettagliate, in assenza di spunti normativi (eccezion fatta per l'art. 1223 c.c.) cui fare riferimento.

---

<sup>8</sup> Sotto quest'ultimo punto di vista, è evidente che la giurisprudenza guarda alla figura positiva della compensazione delle obbligazioni, trasferendo in tale materia il requisito della omogeneità dei debiti previsto dall'art. 1243 c.c.. Sebbene attualmente il concetto di omogeneità non risulti in discussione nei recenti sviluppi giurisprudenziali, è bene evidenziare che, anche rispetto a siffatto requisito, la dottrina (M. FERRARI *La compensatio lucri cum damno quale utile strumento di equa riparazione del danno*, Giuffrè Editore, 2008, pp.81 e ss.) ha fatto emergere talune criticità. Ed infatti si è detto che «da un lato a noi pare fuorviante richiedere il requisito dell'omogeneità fra le poste in forza di un rinvio per analogia *iuris* all'istituto della compensazione dei debiti, da tutti considerata estranea alla *compensatio*; dall'altro lato ci pare un falso problema quello dell'omogeneità, se è vero così come è vero, che anche il danno biologico, esistenziale e morale, cioè quelli di recente individuati nella categoria del danno non patrimoniale, comunque vengono liquidati in denaro e tradotti, attraverso una cauta ed equa operazione di liquidazione operata dal giudice di merito, in moneta: in tal caso negare la *compensatio* fra le due poste risulterebbe incomprensibile ed ingiustificato». Quest'ultimo ordine di considerazioni è tanto più convincente alla luce del fatto che è stato adoperato, in modo pressoché identico, da Cass. n. 22601 del 2013 per ammettere la cedibilità del credito al risarcimento del danno non patrimoniale.

L'attività ricostruttiva della giurisprudenza risulta pienamente giustificata e si legittima in considerazione di ciò che la *compensatio lucri cum damno* è un istituto interamente pretorio, poichè mai generalizzato dal legislatore. Pertanto, la stessa riflessione e recezione della figura in esame non poteva avvenire senza la contestuale definizione dei suoi presupposti e contenuti.

Il punto è però un altro: occorre comprendere se i limiti della *compensatio* sono generalmente accettati dagli stessi giudici e, soprattutto, se allo stato attuale possano dirsi destinati a permanere fermi nell'evoluzione giuridica.

Sebbene le massime giurisprudenziali e le motivazioni utilizzate dalle sentenze non presentino una perfetta coincidenza, la condivisione di tali regole delimitative pareva piuttosto generalizzata<sup>9</sup>.

Non a caso, i presupposti per la riduzione del risarcimento dovuto hanno trovato la loro consacrazione anche in un arresto delle Sezioni Unite della Cassazione nel 2008<sup>10</sup> laddove, relativamente al danno da mancato investimento tempestivo di somme di denaro, si è escluso che i concorrenti vantaggi potessero venire considerati ai fini della condanna del convenuto sulla scorta del principio per cui «la stessa condotta deve avere provocato direttamente tanto le conseguenze positive che quelle negative».

Pertanto, anche in tale autorevole sede, la Corte di Cassazione sembrava avere confermato il proprio approccio, ribadendo il concetto già precedentemente scomposto in tre massime, secondo cui non basta che l'illecito o l'inadempimento sia una mera occasione perché si attivi un rapporto giuridico diverso che, in modo indiretto, provochi il vantaggio.

### **3. Il nuovo approccio emerge nella Corte di Cassazione.**

Ciò nonostante, qualcosa si è mosso nel 2014<sup>11</sup>, prospettandosi un diverso modo di ricostruire la *compensatio lucri cum damno*, con il notevolissimo risultato pratico di restituire alla menzionata figura nuovi e maggiori spazi applicativi.

La vicenda processuale da cui è scaturita la netta presa di posizione della Corte di Cassazione, in controtendenza rispetto all'orientamento sino ad allora

---

<sup>9</sup> Ciò nonostante molto spesso si rende opportuno guardare al fenomeno della *compensatio lucri cum damno* non in modo unitario ma per categorie di fattispecie ricorrenti, al punto da potersi immaginare non già un unico istituto, ma tanti possibili modelli di *compensatio* per ogni classe di ipotesi ricorrenti.

<sup>10</sup> Si tratta di Cass. S.U. n. 28056 del 2008.

<sup>11</sup> Il riferimento è a Cass. n. 13537 del 2014.

dominante, riguardava la responsabilità del conducente di un autobus, il quale, a causa di un sinistro stradale, aveva cagionato la morte di un trasportato.

Più specificamente, tra i diversi motivi di ricorso, l'ente gestore del servizio pubblico di trasporto lamentava la omessa attuazione del meccanismo della *compensatio*, richiedendo che alla somma dovuta a titolo di risarcimento in favore degli eredi del defunto fossero detratti tutti gli importi che gli stessi eredi avessero già percepito a titolo di indennità previste dalla legge ed a carico di enti assistenziali pubblici.

Dunque la sentenza Cass. 13537/2014 si è collocata nell'ampia casistica relativa alla cumulabilità o meno tra indennità (previdenziali, assistenziali, assicurative private o pubbliche) e risarcimenti dovuti a favore degli stessi percettori di tali indennità.

Si tratta di un ambito in cui l'operatività della *compensatio*, pur essendo invocata con notevolissima frequenza nelle aule di giustizia, ha faticato non poco ad affermarsi, a fronte di una giurisprudenza a dir poco restrittiva.

Più precisamente, la stessa Cassazione ha ravvisato nella pregressa giurisprudenza di legittimità un contrasto, definito occulto, tra:

- a) un primo orientamento, maggioritario, volto ad escludere la *compensatio* in considerazione del fatto che, mentre l'obbligazione risarcitoria trova la sua fonte nel fatto illecito, le indennità trovano titolo direttamente nella legge;
- b) un secondo orientamento, minoritario, volto ad affermare una riduzione del montante risarcitorio, in ragione del fatto che, in presenza dell'avvenuto pagamento di indennità, il danno sarebbe in tutto o in parte mancante.

Ebbene, a fronte di siffatto panorama, la pronuncia in esame non solo dichiara di aderire alla tesi fino ad allora minoritaria, ma soprattutto, per quel che più interessa, enuclea una serie di ragioni che spingono ad escludere l'approccio prevalente, essendo questo fonte di una serie di *vulnera*, specificamente elencati ed approfonditi.

Il primo difetto della tesi contrastata viene identificato nell'asserita esigenza di una comunanza di fonte tra pregiudizi e vantaggi, ritenuta assente nelle fattispecie esaminate.

Ad avviso dei giudici di legittimità non si può più continuare a discorrere di medesimezza della fonte, per il semplice fatto che ciò comporta una quasi completa neutralizzazione della *compensatio lucri cum danno*, considerato che quasi mai i vantaggi derivano in modo esclusivo dal fatto illecito, senza alcun



concorso di ulteriori fattori umani e giuridici.

Ecco che, già dal punto di vista logico, si afferma la possibilità di accertare l'effettivo ammontare del danno senza trascurare eventuali benefici prodotti, oltre che dalla condotta del danneggiato, anche da altri fatti o atti o, ancora, da previsioni di legge.

Del resto, la sentenza in esame pone in evidenza che la regola della medesimezza della fonte non trova alcun riscontro nei casi di *compensatio* contenuti in espresse previsioni di legge, laddove, anzi, molto spesso danni e vantaggi si elidono reciprocamente pur non provenendo da una causa comune<sup>12</sup>.

Il secondo vizio della tesi tradizionale viene identificato nel fatto che una regola originariamente relativa alla «condotta» è stata, nel corso del tempo ed indebitamente, riferita alla «fonte» di pregiudizi e vantaggi.

In effetti, richiedere la medesimezza della condotta causativa di danni e vantaggi è cosa ben differente rispetto al chiedere la medesimezza della fonte, per il semplice fatto che, in un caso, ben potrebbero rilevare fattori concomitanti, mentre, nell'altro caso, per essi non vi sarebbe spazio.

Si rimarca inoltre che la dottrina tradizionale abbia richiesto la stessa condotta come requisito della *compensatio* per evitare forme di irragionevolezza e, più specificamente, per impedire che ciò che sarebbe altrimenti permesso all'autore di un illecito (compensare i danni arrecati con vantaggi frutto di una condotta successiva e non ricadenti nel rimedio dell'arricchimento ingiustificato) sia viceversa precluso a chi non sia responsabile di alcun fatto dannoso (appunto per l'assenza dei presupposti dell'arricchimento ingiustificato). In altri termini, la citata dottrina ha inteso affermare la possibilità della *compensatio lucri cum damno* soltanto nel caso di un'unica condotta, visto che nell'ipotesi di più condotte, l'una produttiva di danni, l'altra produttiva di vantaggi, questi ultimi dovranno essere considerati solo se sussistano i presupposti per azionare il rimedio di cui all'art. 2041 c.c..

Ebbene, la genesi ed il senso della «medesimezza della condotta» sarebbero stati ignorati e travisati dall'orientamento prevalente, conducendo alle errate conclusioni che, viceversa, la sentenza in esame mira a superare.

I primi due punti della motivazione sin qui ripercorsi sono dunque rivolti al

---

<sup>12</sup> In tale contesto si evidenzia come la *compensatio lucri cum damno* abbia, della compensazione, soltanto il nome. Tale affermazione viene così adoperata per porre in rilievo che nella *compensatio* non si tratta di obblighi reciproci ma di una mera tecnica di quantizzazione del risarcimento.

totale superamento della condizione consistente nella comunanza della fonte. Ne discende che, ad avviso della sentenza in esame, tutto ruota intorno alla seconda regola limitativa citata nel precedente paragrafo, costituita dalla necessità che, tanto i danni quanto i vantaggi, siano conseguenza immediata e diretta dell'illecito o dell'inadempimento.

Il percorso motivazionale della sentenza del 2014 prosegue in questa prospettiva ed il terzo *vulnus* viene ravvisato proprio nel mancato rispetto dei principi della causalità nel diritto civile.

Come anticipato in precedenza, la tesi giurisprudenziale consolidata nega la *compensatio lucri cum damno* sulla scorta del fatto che la indennità è prevista dalla legge e trova in essa la sua causa.

In tale quadro, si aggiunge, il fatto generatore della responsabilità sarebbe una mera occasione.

Secondo la nuova prospettiva, tuttavia, tale argomentazione risulta scorretta. Sul punto, infatti, si reputa necessario distinguere tra due rapporti: da un lato, quello tra ente erogatore e danneggiato; dall'altro lato, quello tra danneggiante e danneggiato.

Rispetto al primo rapporto, effettivamente, il fatto illecito sarebbe soltanto una occasione: per il diritto previdenziale è del tutto irrilevante la avvenuta commissione di un fatto dannoso, poichè conta esclusivamente la sussistenza dei presupposti cui è legislativamente subordinata la indennità.

Non altrettanto può però sostenersi rispetto al rapporto danneggiante-danneggiato: in questo caso, seguendo la teoria condizionalistica, con i suoi temperamenti, il fatto illecito non è una semplice occasione.

La percezione dell'indennità, infatti, senz'altro è dipesa dall'applicazione di una legge in materia, ma comunque non vi sarebbe stata se nessun fatto dannoso fosse mai stato commesso.

In altri termini, senza l'illecito aquiliano o l'inadempimento non vi sarebbe stato pagamento di alcuna indennità e ciò è una ragione sufficiente a far sì che le somme erogate siano detratte da quanto dovuto a titolo di responsabilità del danneggiante.

Si tratta di un passaggio motivazionale assolutamente centrale e, secondo taluni, del tutto persuasivo.

La Cassazione, infatti, richiama infatti quella giurisprudenza secondo cui «tutti gli antecedenti in mancanza dei quali un evento dannoso non si sarebbe verificato debbono considerarsi sue cause, abbiano essi agito in via diretta e

prossima o in via indiretta e remota».

Non solo, vengono altresì evocate tutte le sentenze secondo cui «il nesso di causalità va inteso in modo da ricomprendere anche i danni indiretti e mediati che si presentino come effetto normale secondo il principio della cd. regolarità causale, con la conseguenza che, ai fini del sorgere dell'obbligazione di risarcimento, il rapporto tra illecito ed evento può anche non essere diretto ed immediato se, ferme restando le altre condizioni, il primo non si sarebbe verificato senza il secondo».

Nel ragionamento dei giudici, quindi, quella stessa attenuazione del rigore che, in tema di causalità, viene operata rispetto alle conseguenze dannose non può non riguardare anche la causalità rispetto agli effetti vantaggiosi da prendere in esame in sede di *compensatio*.

Sarebbe infatti irragionevole pretendere che i vantaggi derivino in modo diretto dall'illecito e contemporaneamente ammettere il risarcimento di quei danni che siano solo indiretti o mediati.

Si tratterebbe, secondo il collegio, di una «interpretazione asimmetrica» dell'art. 1223 c.c..

Irragionevolezza, peraltro, tanto più accentuata in ragione del fatto che la giurisprudenza restrittiva che si intende superare e che fa leva sul rigoroso accertamento del nesso di causalità tra condotta e vantaggio non è neppure univoca, essendo rinvenibili diversi filoni, a seconda della materia trattata.

Viene non a caso citato quanto più volte ribadito in tema di *aliunde perceptum*, ai fini del calcolo del risarcimento dovuto dal datore di lavoro per licenziamento illegittimo del lavoratore.

Sebbene una rigorosa applicazione della causalità ne sarebbe di ostacolo, ciò nonostante la Cassazione è del tutto assestata nel senso di scomputare dal montante risarcitorio tutto quanto il lavoratore abbia *medio tempore* conseguito in ragione della diversa attività prestata a favore di un terzo datore di lavoro.

Ebbene, è evidente che anche in questo caso il vantaggio del danneggiato non è frutto diretto ed immediato del licenziamento, ma quest'ultimo ne rappresenta esclusivamente una occasione<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup>In questa medesima prospettiva è bene evidenziare come le Sezioni Unite della Corte di Cassazione sono pervenute allo stesso risultato pratico nel 2008, in tema di danno da emotrasfusioni, ammettendo la *compensatio lucri cum damno* tra quanto il Ministero della Salute dovesse corrispondere a titolo risarcitorio e quanto lo stesso Ministero fosse tenuto a pagare a titolo di indennizzo *ex lege*.

L'ultimo *vulnus* ravvisato da Cass. 13537/2014, che spinge ad operare un netto *revirement* rispetto alla tesi tradizionale, riguarda il profilo della esperibilità della azione surrogatoria.

Tale passaggio presenta una notevole rilevanza, poiché coinvolge il complessivo assetto di interessi tra i soggetti coinvolti (di regola tre).

La pronuncia in esame, infatti, pone in luce l'incongruenza della negazione della azione surrogatoria in favore dell'ente pubblico o della società di assicurazione che abbia pagato l'indennità a favore del danneggiato.

La comprensione di tale aspetto merita tuttavia una premessa.

Come noto, la legge ammette in diversi casi (su tutti, si veda l'art. 1916 c.c. in tema di assicurazione) che il soggetto tenuto a corrispondere una indennità a colui che abbia subito un determinato danno possa surrogarsi allo stesso danneggiato per far valere le sue pretese nei confronti del danneggiante.

In altri termini si delinea un meccanismo tale per cui l'assicuratore paga il danneggiato e successivamente agisce contro il danneggiante per ottenere la condanna di quest'ultimo a corrispondergli quanto dovuto in via risarcitoria.

Si tratta, evidentemente, di una ben precisa scelta riallocativa operata dal legislatore che lascia intatto il debito del danneggiante (che sarà sempre e

---

Tale sentenza va in questo momento richiamata poichè ha rappresentato nella giurisprudenza più recente un punto fermo in tema di nesso causale nell'ambito della responsabilità civile.

Con ciò si vuole evidenziare che, non a caso, in uno degli arresti più rilevanti della Cassazione in tema di causalità nel diritto civile si è giunti ad ammettere la *compensatio* tra risarcimento ed indennità pagate.

Dunque, attraverso siffatto riferimento giurisprudenziale potrebbe affermarsi che il nesso causale non è di ostacolo (ma anzi favorisce) il meccanismo della *compensatio*.

Tuttavia, in senso dubitativo, va sottolineato che l'arresto delle Sezioni Unite della Cassazione in materia di emotrasfusioni presenta, quale peculiarità, quella di riguardare un rapporto bilaterale (tra danneggiato e Ministero). Tale dato risulta tuttavia dirimente, poiché rende molto più semplice affermare la possibilità di operare una *compensatio*.

Tale bilateralità non si riscontra tuttavia negli altri casi che, di regola, si tratta di decidere nelle aule di giustizia.

Anzi, la quasi totalità delle fattispecie in cui emerge il tema della *compensatio* è caratterizzata dal fatto che alla dialettica danneggiante- danneggiato si sovrappone la sfera giuridica di un soggetto terzo tenuto, per contratto o per legge, alla corresponsione di un indennizzo.

Ecco allora che il principio contenuto in Cass. S.U. 584/2008 sembra perdere di vigore e risulta più difficilmente esportabile in altri casi posti alla attenzione dei giudici di merito e di legittimità. Ciò vuol dire che non basta invocare la sentenza citata, ma l'estensione della area applicativa della *compensatio lucri cum damno* deve inevitabilmente transitare per un'analisi critica dei presupposti dell'istituto, come in effetti avviene con Cass. 15357/2014. Sulla peculiarità della citata pronuncia delle Sezioni Unite e proprio sul fatto di riguardare, significativamente, un rapporto bilaterale si veda anche M. SANTISE *Aliunde perceptum e compensatio lucri cum damno* in [www.iurisprudenzia.it](http://www.iurisprudenzia.it)

comunque tenuto a pagare una somma corrispondente ai danni arrecati), ma parallelamente consente all'assicuratore di rivalersi e dunque di recuperare quanto pagato, attraverso il meccanismo di modifica soggettiva della obbligazione risarcitoria.

Ciò posto, la surrogazione si trova ad essere logicamente limitata dall'ammontare del danno, nel senso che l'assicuratore non può mai chiedere che il danneggiante venga condannato a rifodergli una somma maggiore rispetto a quella dovuta a titolo risarcitorio ed equivalente ai pregiudizi arrecati. Ciò, per la semplice considerazione che l'autore del danno non può essere chiamato a rispondere per due volte dello stesso fatto, anche se, in ipotesi, la somma pagata a titolo di indennità sia superiore alla somma dovuta a titolo risarcitorio.

Ebbene, secondo la citata sentenza, tale limite oggettivo della surrogazione fungerebbe anche da presupposto invalicabile per la stessa possibilità di applicazione dell'istituto: una volta che il danneggiante abbia pagato quanto dovuto a titolo risarcitorio, nulla sarà dovuto all'assicuratore e dunque l'esercizio dell'azione scaturente dalla surrogazione sarebbe destinato ad un esito negativo.

Ecco allora la critica mossa dalla Cassazione *de quo* alla tesi prevalente: negando la *compensatio lucri cum damno* si finisce per disapplicare tutte le disposizioni di legge che contemplano la surrogazione.

Viceversa, se si consentisse un abbattimento del *quantum debeatur* a titolo risarcitorio «compensando» danni ed indennità percepite, il danneggiante ben potrebbe essere condannato a pagare le somme scomutate all'assicuratore che agisca in surrogazione.

Senza trascurare che, quando l'obbligato a corrispondere l'indennità è un ente pubblico a fini di solidarietà sociale, la preclusione *de facto* della surrogazione legale finisce con l'incidere sulla fiscalità generale, gravando su di essa il costo finale e non, come invece si ritiene opportuno, sul patrimonio del danneggiante.

In via del tutto riassuntiva può allora dirsi che Cass. 13537/2014:

- abbandona la tesi che nega la *compensatio* e dunque consente il cumulo tra indennità e risarcimento;
- afferma l'inesistenza di un danno in capo a chi abbia percepito l'indennità di guisa che l'ammontare del risarcimento va senz'altro ridotto;
- sostiene altresì che l'ente (privato o pubblico) erogatore della indennità, in applicazione delle norme (generali e speciali) sulla surrogazione,

potrà agire in surrogazione nei confronti del danneggiante facendo valere nei suoi confronti una pretesa creditizia corrispondente alla somma pagata a titolo di indennità e scomputata dal risarcimento.

#### **4. La questione perviene all'esame delle Sezioni Unite.**

Il tentativo della Corte di Cassazione di imprimere una notevole svolta alla materia non è rimasto privo di conseguenze; anzi, esso ha sollevato un gran dibattito tra gli studiosi.

Ma soprattutto, per quel che in questo momento interessa, la stessa Corte di Cassazione si è trovata di fronte ad un precedente di segno contrario all'approccio tradizionale, corredato da un'ampia riflessione ed analisi dell'istituto (condivisibile o meno).

Tutto ciò è stato sufficiente affinché venisse rilevato un contrasto nella giurisprudenza di legittimità e conseguentemente fossero investite le Sezioni Unite, nella prima occasione in cui si è riproposta la medesima questione circa la *compensatio* tra risarcimento ed indennità.

Più precisamente, nella vicenda sottoposta all'attenzione delle Sezioni Unite con ordinanza 4447/2015 è venuta in discussione la azione di surrogazione che un istituto di assistenza tedesco aveva promosso, dopo avere indennizzato gli eredi della vittima di un incidente sciistico, nei confronti dell'autore del fatto produttivo di danno.

La trattazione del ricorso poneva innanzitutto l'esigenza di risolvere questioni di diritto internazionale privato relative alla normativa applicabile, alla luce del fatto che l'incidente si era verificato in Italia, mentre l'istituto che assumeva la veste di attore aveva sede in Germania.

Attraverso una ricognizione dei regolamenti eurounitari che disciplinano la materia, nonché a seguito del richiamo della giurisprudenza della Corte di Giustizia, la Sezione rimettente era giunta alla conclusione per cui: la responsabilità aquiliana dovesse essere disciplinata dalla legge del luogo in cui il fatto si è verificato (dunque, la legge italiana), mentre la azione di surrogazione dovesse essere disciplinata dalla legge del luogo in cui ha sede il creditore (la legge tedesca).

Tanto premesso, ad avviso della Terza Sezione rimettente, allo scopo di verificare se l'istituto di assistenza potesse agire nei confronti dell'autore del fatto produttivo di danno, si rendeva necessario affrontare il problema relativo all'operatività o meno del meccanismo della *compensatio lucri cum damno*.

Ciò perché, come già osservato in precedenza, a seconda della posizione

assunta in tema di applicabilità della *compensatio*, si ritiene di dovere ammettere o escludere la operatività della surrogazione.

Ecco allora che la Corte di Cassazione, nell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite, dopo aver ravvisato un contrasto tra l'orientamento tradizionale propenso ad escludere la *compensatio* e, viceversa, un altro approccio più recente volto a considerare le indennità versate ai fini del *quantum* dovuto in sede di risarcimento, ritiene fondamentale una netta presa di posizione tra le due soluzioni.

Ciò in quanto ci si troverebbe dinanzi all'alternativa di ammettere la surrogazione in un caso ed escluderla nell'altro, alla stregua dell'orientamento più recente.

Sul punto non è però pervenuta una risposta delle Sezioni Unite<sup>14</sup>.

Queste ultime, infatti, pur rilevando che si tratti di una questione di notevole interesse giuridico, hanno tuttavia ritenuto impossibile pronunciarsi in materia, in ragione del fatto che nel caso di specie dovesse dapprima chiarirsi se vi fosse o meno un danno effettivamente risarcibile.

Infatti i giudici dei precedenti gradi di giudizio hanno trascurato un dato di fatto di centrale e di dirimente rilievo, ossia che gli eredi del defunto hanno rilasciato una quietanza a favore del responsabile civile ivi dichiarando di non avere più alcunché da pretendere nei suoi confronti.

In altri termini, le Sezioni Unite hanno posto in evidenza che, nel dubbio circa la sussistenza di un diritto al risarcimento, non si potesse affrontare la questione della *compensatio*. Se, infatti, in via transattiva gli eredi hanno rinunciato a qualsiasi diritto nei confronti del responsabile civile, non si pone proprio in discussione il tema della determinazione del risarcimento, né quello della possibilità che un terzo assicuratore si avvalga del meccanismo della surrogazione.

Come detto in via di premessa, la *compensatio lucri cum damno* riguarda il *quantum* del risarcimento e postula come già risolto il problema dell'*an*. Ecco allora che, proprio in ossequio a tale priorità logico giuridica, le Sezioni Unite hanno escluso di potere affrontare un tema logicamente successivo, senza prima che fosse chiarito, nel merito, il punto della stessa sussistenza di un pregiudizio risarcibile.

Dunque la tanto attesa risposta delle Sezioni Unite non è arrivata; o meglio, non è potuta arrivare.

---

<sup>14</sup> Si tratta di Cass. S.U. n. 13372 del 2016.

Ciò nonostante la sentenza sembra offrire un relevantissimo spunto di riflessione nella sua parte conclusiva ove si legge: «non senza osservare che la riscossione dell'indennizzo da parte del danneggiato elidrebbe in misura corrispondente il suo credito risarcitorio nei confronti del danneggiante, che pertanto si estinguerebbe e non potrebbe essere più preteso né azionato».

Secondo una prima lettura potrebbe pensarsi che in tale passaggio si sia voluto propendere per la tesi della *compensatio*, dovendosi appunto ritenere che il danno fosse *eliso* dalla percezione della indennità.

Tuttavia, una più attenta riflessione pare condurre all'idea per cui le Sezioni Unite hanno piuttosto inteso chiarire che il pagamento dell'indennità determini *ipso iure* il trasferimento del diritto di credito dal danneggiato all'assicuratore o, comunque, al soggetto che abbia pagato l'indennità.

Una indicazione in questa seconda direzione pare potersi desumere dal fatto che la sentenza esplicitamente afferma che il danneggiato, ricevuta l'indennità, non potrà né pretendere né azionare il diritto al risarcimento, in misura corrispondente.

Ciò perché egli non è più titolare del diritto automaticamente trasferitosi, in via di surrogazione, in capo a chi ha pagato l'indennità.

La Cassazione pare dunque lanciare un monito a chiunque dovesse in futuro occuparsi della medesima questione dei rapporti tra *compensatio* e surrogazione: quest'ultima viene ad operare in via automatica con il pagamento dell'indennizzo ed esclude il risarcimento in favore del danneggiato. Si tratta di una osservazione, senz'altro utile ai fini della futura risoluzione del caso concreto nel procedimento giunto fino alle Sezioni Unite, ma altrettanto preziosa ai fini di una più ampia riflessione sulla *compensatio* e sui suoi rapporti con la surrogazione.

## **5. Spunti critici di riflessione.**

Nel percorso tracciato dalla giurisprudenza l'alternativa tra *compensatio* e cumulo tra indennità e risarcimento viene fatta coincidere con quella tra ammissibilità e non ammissibilità della surrogazione.

Tale prospettiva risulta comune sia alla tesi tradizionale sia alla tesi più recente. In altre parole la giurisprudenza nella sua interezza (salvo lo spunto tratto da Cass. S.U. 13372/2016 che si intende qui sviluppare) ritiene di legare a doppio filo la tematica della *compensatio* e quella della surrogazione, nel senso di far dipendere l'una dall'altra.

Come si è visto, infatti, l'idea di partenza è quella per cui la surrogazione trova



un suo limite nell'ammontare del risarcimento in favore del danneggiato: onde evitare un illegittimo impoverimento del responsabile, la surrogazione può operare soltanto se questi non sia stato già costretto a risarcire il pregiudizio causato.

In caso contrario, si osserva, il responsabile civile si vedrebbe costretto a pagare due volte: la prima al danneggiato, la seconda all'assicuratore o all'ente pubblico di assistenza e previdenza.

Ecco che allora, al fine di evitare tale incongruenza, coloro che escludono la *compensatio* e ritengono doversi cumulare indennità e risarcimento, concludono nel senso di ritenere preclusa la azione surrogatoria.

Viceversa, la tesi più recente ribalta la prospettiva. Se il risarcimento viene ridotto attraverso la *compensatio*, ciò vuol dire che il responsabile avrà corrisposto al danneggiato soltanto quella parte dei danni che eccede la misura dell'indennità. Ecco che allora la restante parte dovrà essere corrisposta all'assicuratore/ente che agisce in via di surrogazione dopo aver pagato l'indennità, senza alcun ingiusto impoverimento del responsabile.

Ora, in verità, nessuna delle opposte tesi appare del tutto ed in tutto convincente.

Il dubbio che aleggia riguarda lo stesso metodo adoperato dalle tesi contrapposte, in via di premessa.

Soprattutto non persuade né la lettura che implicitamente viene data all'istituto della surrogazione, né tantomeno il nesso di consequenzialità che lega, nelle citate prospettive, la *compensatio* e la surrogazione.

Il punto di fondo riguarda la stessa operatività della surrogazione.

In via preliminare non sembra superfluo evidenziare che le ipotesi legali di surrogazione cui si fa riferimento sono senz'altro riconducibili al vasto *genus* previsto dagli artt. 1202 e 1203 c.c. e, dunque, descrivono pur sempre delle modificazioni soggettive del lato attivo dell'obbligazione (in questo caso risarcitoria).

Orbene, la surrogazione è concetto da non confondere con la rivalsa o comunque con il regresso<sup>15</sup>.

In un caso l'obbligazione, che resta immutata sotto il profilo oggettivo, diviene riconducibile ad un creditore diverso da quello originario. Nell'altro caso, chi ha pagato un certo debito diviene creditore nei confronti del terzo (classico è il

---

<sup>15</sup> In proposito si possono consultare gli studi contenuti in A. ALPINI *Regresso e surrogazione rimedi non alternativi*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2014.

meccanismo del fideiussore e, più in generale, dell'art. 1299 c.c.), con la evidente e non trascurabile differenza che la seconda obbligazione è distinta e non si identifica con quella già adempiuta, con tutto ciò che ne consegue in termini di eccezioni opponibili e termini di prescrizione.

Tutto ciò premesso, occorre valorizzare due aspetti logico- giuridici:

- in primo luogo che l'avvenuto risarcimento del danneggiato ad opera del responsabile esclude la possibilità di surrogazione<sup>16</sup>, purché preceda il pagamento dell'indennità;
- in secondo luogo che la corresponsione dell'indennità determina in modo automatico la modificazione del lato attivo dell'obbligazione risarcitoria, cosicché creditore non sarà più il danneggiato ma il suo assicuratore.

Quanto al primo profilo, non c'è dubbio che per esservi surrogazione dell'assicuratore resta indispensabile che il danneggiato non abbia ancora ottenuto la corresponsione del risarcimento, anche se, in ipotesi, il responsabile sia già stato condannato con pronuncia definitiva.

È evidente, infatti, che se il responsabile ha già pagato al danneggiato, il credito risarcitorio si è già estinto e dunque non può più esserci surrogazione.

Ciò per l'intuitiva ragione che non si può modificare ciò che più non esiste.

È, questa, la stessa logica per cui, in tema di surrogazione volontaria, la dichiarazione del debitore che riceve il pagamento del terzo deve essere contestuale al pagamento: in caso contrario il debito sarebbe *medio tempore* estinto e non più suscettibile di realizzare l'ingresso di un nuovo creditore.

L'idea è pertanto quella di ritenere che la surrogazione possa operare esclusivamente quando la pretesa del danneggiato nei confronti del responsabile (sia stata o meno accertata in giudizio con sentenza definitiva) sia rimasta insoddisfatta<sup>17</sup>.

In questo senso, si comprende perfettamente la ragione di essere delle indennità (ove previste dalla legge) che è certamente quella di porre il danneggiato in una situazione tale da non dover sopportare (perlomeno in parte) il pregiudizio patito, ottenendone un serio ristoro, in tempi certamente più rapidi rispetto a quelli necessari alla celebrazione di un giudizio civile volto

---

<sup>16</sup> Come osservato anche da Cass. S.U. n. 13372 del 2016. E lo stesso si dica anche nel caso di rinuncia alla pretesa risarcitoria, ad esempio in sede transattiva, come accaduto proprio in quel giudizio.

<sup>17</sup> Oppure non si sia comunque estinta, come per ipotesi di intervenuta rinuncia mediante transazione.

all'accertamento della responsabilità ed alla condanna dell'autore del fatto illecito.

Quanto al secondo aspetto, una volta pagato l'indennizzo, è evidente che l'esborso economico non resterà a carico del danneggiato (e quindi della collettività, se si tratta di un ente pubblico), ma chi ha erogato l'indennizzo possa far valere nei confronti del responsabile quella stessa pretesa che il danneggiato avrebbe azionato in assenza della prestazione indennitaria.

Ed è altrettanto evidente che in questo giudizio, che vede contrapposti l'assicuratore divenuto creditore in base alla surrogazione e il responsabile, non si tratterà di compensare il danno ed il lucro, poiché l'indennità pagata non potrà essere considerata come un guadagno scaturente dall'illecito, trattandosi piuttosto di una mera ed immediata forma di ristoro.

Il punto centrale consiste dunque nel fatto che quando l'assicuratore paga l'indennità dovuta (che trova giustificazione nel pregresso versamento dei premi) egli diviene unico creditore nei confronti del responsabile.

Ed è verosimilmente proprio questo concetto che le Sezioni Unite della Cassazione hanno inteso esprimere allorquando, nel rinviare la causa al giudice di merito, hanno evidenziato in un *obiter dictum* finale che la riscossione dell'indennizzo da parte dell'assicurato elide in misura corrispondente il suo credito risarcitorio nei confronti del danneggiante, che pertanto si estinguerebbe e non potrebbe più essere preteso, né azionato.

Dunque, lo si ripete, in tale contesto, la *compensatio lucri cum damno* risulta inconfidente, integrando una tecnica di quantificazione che verrebbe in rilievo nei soli giudizi che dovessero vedere contrapposti danneggiato e responsabile.

In tale prospettiva, inoltre, il fatto che l'art. 1916 c.c. riconosca all'assicuratore una mera facoltà di avvalersi della surrogazione non vuol dire che l'azione risarcitoria nei confronti del responsabile può essere esperita alternativamente dall'assicuratore o dal danneggiato, visto che quest'ultimo, una volta percepita l'indennità ha perso il credito risarcitorio, di cui è divenuto titolare il solo assicuratore.

La facoltà riconosciuta dalla legge con l'espressione «può surrogarsi» vuol dire piuttosto che l'assicuratore è libero di decidere se intraprendere o meno l'azione risarcitoria ed ottenere il pagamento di quanto il responsabile è tenuto a rifondere a titolo di danni.

Riassumendo, il meccanismo classico, implicitamente prefigurato dallo stesso legislatore, è quello per cui:

- 1) l'assicuratore paga la indennità e diviene così titolare, in luogo del

danneggiato, del credito risarcitorio nella misura corrispondente a quanto versato;

- 2) l'assicuratore (e non anche il danneggiato) può agire in giudizio contro il responsabile per ottenere la sua condanna ed eventualmente la esecuzione forzata del suo patrimonio.

Ora, così stando le cose, è del tutto irrilevante il tema della *compensatio*, visto che quest'ultima (sia essa ammessa, sia essa esclusa) riguarda solo la attività che il giudice sarebbe chiamato a svolgere in una causa tra danneggiato e responsabile: un giudizio che non è destinato a celebrarsi nella vicenda giuridica appena descritta.

Proprio questo aspetto segna una netta differenza rispetto alla logica seguita dalla giurisprudenza della Cassazione (sia essa favorevole, sia essa contraria alla *compensatio*). Quest'ultima, infatti, immagina il pagamento dell'indennità, la successiva azione risarcitoria del danneggiato nei confronti del danneggiante ed, infine, l'azione surrogatoria dell'assicuratore.

Nella lettura che si intende proporre, invece, risarcimento e surrogazione vanno posti su un piano di assoluta alternatività, tale per cui o c'è l'uno o c'è l'altra.

Così, se prima del pagamento dell'indennità interviene il risarcimento o comunque la estinzione dell'obbligazione di danno, non c'è questione di surrogazione dell'assicuratore.

All'opposto, se c'è pagamento dell'indennità la pretesa risarcitoria resta ma si radica esclusivamente in capo all'assicuratore, proprio attraverso il meccanismo della surrogazione.

Certo, a questo punto si potrebbe obiettare che la sequenza indennità - surrogazione *ex lege* - azione dell'assicuratore nei confronti del responsabile è frutto di una ricostruzione meramente ideale ed ipotetica (tutto al più corrispondente all'*id quod plerumque accidit*), mentre in concreto ben potrebbe verificarsi che il danneggiato, conseguita l'indennità, agisca comunque nei confronti del responsabile per ottenere il risarcimento.

Si potrebbe quindi porre in rilievo un differente modo di svolgimento della vicenda, immaginando che il danneggiato punti ad ottenere, oltre all'indennità, anche la stessa medesima somma a titolo di risarcimento e, a tal fine, intraprenda egli stesso azione nei confronti del responsabile.

A fronte di tale prospettiva occorrerà ripetere quanto detto: il solo fatto della corresponsione dell'indennità determina la situazione per cui l'assicuratore diviene unico titolare del credito risarcitorio. Con l'ulteriore effetto che, ai fini

processuali, il giudizio di risarcimento (in ipotesi già iniziato al momento del pagamento dell'indennità) prosegue tra le parti originarie agli effetti dell'art. 111 co. 1° c.p.c..

Fin qui dunque si sono già esaminate due ipotesi:

- a) l'assicuratore paga l'indennità al danneggiato che non ha ancora agito nei confronti del responsabile.

In questo frangente non rileva la *compensatio* visto che non c'è un giudizio (danneggiato-responsabile) in cui essa possa trovare esplicazione. Il pagamento dell'indennità, come pagamento del debito altrui, implica surrogazione dell'assicuratore che diviene l'unico titolare del credito.

L'eventuale domanda risarcitoria successivamente proposta dal solo danneggiato nei confronti del responsabile andrà rigettata dal giudice per difetto, in capo all'attore, della titolarità del diritto.

- b) l'assicuratore paga l'indennità al danneggiato che ha già agito nei confronti del responsabile.

In questo altro frangente neppure rileva la *compensatio* visto che tale tecnica di quantificazione riguarda solo i rapporti tra danneggiato e responsabile. Ebbene, se vi è pagamento dell'indennità, vi sarà anche surrogazione e, intanto il processo prosegue nei confronti del danneggiato, in quanto opera l'art. 111 c.p.c. essendosi registrata una successione a titolo particolare. Ma, così stando le cose, nulla è (più) dovuto al danneggiato e pertanto non ha senso discorrere di *compensatio*, visto che il *lucrum* ha costituito, in realtà, l'unica forma di ristoro ed il *damnum* riguarda il credito risarcitorio di spettanza ormai esclusiva dell'assicuratore.

L'avvenuto pagamento della indennità, quindi, determina la successione a titolo particolare nel diritto controverso e consente, ai fini processuali, l'intervento dell'assicuratore e l'estromissione del danneggiato. Il giudice potrà allora valutare la domanda originaria senza porsi il problema della *compensatio*.

Laddove, poi, non vi fosse intervento dell'assicuratore, la condanna al risarcimento dei danni pronunciata in giudizio farà stato anche nei confronti dell'assicuratore che potrà agire esecutivamente nei confronti del responsabile soccombente.

Accanto a queste due ipotesi se ne può prospettare una terza che, tuttavia, pare confermare l'assenza di ogni dipendenza tra la tematica della *compensatio*

e quella della azione di surrogazione.

In particolare si allude ai casi in cui:

- c) il danneggiato ottenga il risarcimento effettivo del danno patito prima che vi sia pagamento dell'indennità da parte dell'assicuratore.

Si tratta dell'ipotesi maggiormente complessa, in cui emergono tutte le problematiche legate alla trilateralità del rapporto ed in cui occorre un effettivo riequilibrio delle posizioni coinvolte.

Innanzitutto va evidenziato che anche in siffatta casistica non esiste alcun profilo concernente la *compensatio*: non essendovi stata alcuna indennità, non esiste un *lucrum* che il giudice debba considerare in sede di quantificazione del risarcimento.

Tanto premesso, laddove successivamente l'assicuratore (privato o pubblico) dovesse comunque corrispondere l'indennità, in osservanza delle prescrizioni contrattuali o di legge, la surrogazione non avrebbe più spazio, in ragione del fatto che si tratterebbe di una modificazione soggettiva di un rapporto obbligatorio che è ormai estinto in ragione dell'avvenuto adempimento del risarcimento da parte del responsabile ed in favore del danneggiato.

È infatti chiaro che l'assicuratore non può surrogarsi nelle ragioni del danneggiato se tali ragioni sono già state soddisfatte.

Potrebbe tuttavia osservarsi che, così ragionando, il danneggiato - assicurato otterrà sia il risarcimento che l'indennità, con ciò realizzandosi un arricchimento in suo favore ed a danno delle altre due posizioni coinvolte.

Tuttavia questo arricchimento non potrebbe ritenersi ingiustificato, in quanto, da un lato, il risarcimento sarebbe fondato sul principio per cui ogni fatto dannoso obbliga al risarcimento colui che l'abbia causato e, dall'altro lato, l'indennità, troverebbe quale giustificazione il pregresso versamento dei premi assicurativi o la specifica volontà di legge di assistere le vittime di determinati fatti pregiudizievoli.

Al massimo, ribaltando i termini soggettivi della *compensatio*, non più riferita al rapporto danneggiato - responsabile, ma al rapporto danneggiato - assicuratore, potrebbe prospettarsi il venir meno del pagamento della indennità, visto che essa è dovuta in ragione di un danno che, una volta intervenuto il risarcimento, è ormai eliminato e non più rilevante.

In altri termini, potrebbe immaginarsi un legittimo rifiuto di

corresponsione dell'indennità da parte dell'assicuratore/ente assistenziale, in considerazione del fatto che il richiedente abbia già ottenuto un pieno ristoro ad opera del responsabile.

Tutte le considerazioni svolte rispetto ai tre possibili casi individuati fin ora, ben possono valere anche nel caso di giudizio in cui siano contestualmente parte tanto il danneggiato, tanto il responsabile, quanto l'assicuratore.

A tale proposito, va immaginato il caso in cui il danneggiato agisca in giudizio per ottenere l'indennità e vi sia la chiamata in causa del terzo responsabile.

In effetti va segnalato che la giurisprudenza, in passato, ha riconosciuto la facoltà dell'assicuratore di chiamare in causa l'effettivo responsabile anche prima dell'erogazione della prestazione all'assicurato, al fine di ottenere, in una ottica di economia di giudizi, una sentenza di condanna al rimborso di quanto l'assicuratore dovesse essere tenuto a pagare a titolo indennitario.

Secondo l'orientamento più recente, tuttavia, la chiamata in giudizio del responsabile deve essere promossa direttamente dal danneggiato – assicurato in sede di propria costituzione in giudizio, onde evitare la decadenza ex art. 167 c.p.c., risultando l'esercizio di tale facoltà preclusa anche ai suoi assicuratori. Ciò sul presupposto che l'assicuratore viene a subentrare nell'identica posizione sostanziale e processuale dei danneggiati verso il terzo autore del fatto dannoso.

Recependo tale recente posizione, i giudici di merito hanno dichiarato la estromissione delle parti chiamate in causa dagli assicuratori convenuti, poiché tale chiamata in causa poteva essere promossa dal solo soggetto assicurato, nei limiti dell'art. 167 c.p.c.<sup>18</sup>.

Se ciò vale sul piano processuale, dal punto di vista sostanziale resta il fatto che, una volta chiamato in causa il terzo danneggiante, il giudice dovrà: condannare l'assicuratore al pagamento dell'indennità in favore del danneggiante; condannare il terzo a corrispondere una somma pari all'indennità in favore dell'assicuratore, in attuazione del meccanismo della surrogazione; condannare il danneggiante a risarcire il danneggiato di tutti (e solo) gli eventuali danni eccedenti l'indennità percepita.

È quasi superfluo poi evidenziare che un giudizio trilatero potrà porsi solo in questo caso e non anche in quello del processo promosso dal danneggiato nei confronti del danneggiante (con eventuale intervento o chiamata in causa dell'assicuratore).

---

<sup>18</sup> Sul punto, oltre alla giurisprudenza di merito, si veda Cass. n. 13342 del 2004.

Infatti, in attuazione dei principi sopra esposti:

- se l'indennità non è ancora stata corrisposta, il giudice ben potrà pronunciarsi sulla domanda, senza che sia in alcun modo coinvolta la posizione dell'assicuratore;
- se l'indennità è già stata corrisposta, prima del giudizio, il giudice dovrà rigettare la domanda risarcitoria nel merito (perlomeno nella parte corrispondente all'indennità) per difetto di titolarità della pretesa in capo all'attore, essendo il diritto di credito al risarcimento già automaticamente trasferitosi in capo all'assicuratore attraverso la surrogazione;
- se l'indennità è stata corrisposta in corso di giudizio, varranno le regole relative alla successione a titolo particolare nel diritto controverso, come descritte dall'art.111 c.p.c..

## **6. Il problema dell'automaticità della surrogazione.**

Ben diverso sarebbe invece il complessivo ragionamento da svolgere nel caso in cui si aderisse alla tesi, invero maggioritaria<sup>19</sup>, che esclude l'automaticità della surrogazione dell'assicuratore, per il solo fatto della avvenuta corresponsione dell'indennità.

Secondo questo differente punto di vista, infatti, ai fini della surrogazione non basta il pagamento dell'indennizzo, ma occorre altresì che l'assicuratore comunichi al terzo responsabile la propria intenzione di surrogarsi nei diritti spettanti al danneggiato.

Le ragioni a sostegno della tesi della non automaticità sono varie<sup>20</sup>.

Tra esse si segnala in primo luogo l'esigenza di evitare gli inconvenienti dell'inerzia dell'assicuratore, che potrebbero condurre ad una situazione tale per cui il responsabile si sottragga alle conseguenze del pregiudizio cagionato.

In secondo luogo, si vuole evitare che l'assicuratore, mediante il meccanismo della automaticità della surrogazione, si veda costretto ad agire nei confronti

---

<sup>19</sup> L'elenco sarebbe piuttosto cospicuo. *Ex multis*: TORRENTE *Ancora in tema di diritto di surrogazione dell'assicuratore*, in *Assicurazioni*, 1958; VOLPE PUTZOLU *L'assicurazione, Trattato di diritto privato diretto da Pietro Rescigno*, Torino, 1965, vol. XIII, P. 125.

Anche in giurisprudenza è emersa l'idea di subordinare la surrogazione ad una *denuntiatio*: si veda, ad esempio, Cass. n. 24806 del 2005.

Ma si veda anche in senso contrario, e dunque a favore della automaticità, MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1954, vol. III, p. 170; SANTAGATA *L'automaticità della surrogazione assicuratoria*, *Rivista trimestrale diritto e procedura civile*, 1961, pp. 1225 e 1226.

<sup>20</sup> Per una loro efficace esposizione si veda E. GROSSI *Surrogazione dell'assicuratore*, cap. II parte I, [www.diritto.it](http://www.diritto.it).



del terzo responsabile che, in ipotesi, sia a sua volta assicurato con la medesima società.

Inoltre si evidenzia che l'automaticità della surrogazione ben potrebbe implicare una situazione per cui il terzo responsabile, ignorando l'avvenuto pagamento dell'indennità, paghi al danneggiato e possa invocare nei confronti dell'assicuratore il meccanismo liberatorio previsto dall'art. 1189 c.c. a favore del *solvens* in buona fede. Tale ipotesi costringerebbe l'assicuratore ad agire in via di ripetizione nei confronti dell'assicurato, così determinando una complicazione dei rapporti che, invece, l'istituto della surrogazione mira a semplificare.

Queste ragioni, di carattere prettamente pratico, spingono dunque a sostenere l'idea per cui, in tanto vi è surrogazione, in quanto vi sia stata una manifestazione di volontà dell'assicuratore rivolta al terzo responsabile.

Orbene, in tale prospettiva si giustificano le preoccupazioni della Corte di Cassazione espresse nel 2014 che spingono i giudici di legittimità ad ammettere la *compensatio lucri cum damno* al fine di non paralizzare l'istituto della surrogazione.

Ovviamente, il problema non si pone allorché la volontà dell'assicuratore di surrogarsi sia resa nota al terzo responsabile prima o durante il processo di risarcimento promosso dal danneggiato.

Il problema riguarderebbe invece il solo caso in cui, al momento della pronuncia del giudice e della quantificazione del risarcimento, l'assicuratore non abbia ancora preso posizione, esercitando il proprio diritto potestativo che si risolve in una modificazione soggettiva dell'obbligazione risarcitoria.

Dunque, la tesi della Cassazione sottintende l'accoglimento della non automaticità della surrogazione e, proprio per tale ragione, suggerisce un ampliamento della area di operatività della *compensatio lucri cum damno*.

Il fatto è che, tuttavia, tale metodologia non convince.

Né quanto ai presupposti, né con riguardo alle conseguenze che si vogliono trarre.

Quanto ai presupposti, se è vero che l'orientamento maggioritario nega l'automaticità della surrogazione, ciò nonostante la tesi minoritaria pare doversi preferire.

Nessuna delle esigenze denunciate dalla tesi prevalente sembra infatti pienamente convincente.

Innanzitutto non risulta decisivo adombrare il rischio che il responsabile del sinistro si sottragga alle conseguenze risarcitorie del proprio operato in ragione

dell'inerzia dell'assicuratore. Ciò in quanto il medesimo rischio è ravvisabile, né più né meno, nell'inerzia del danneggiato (che, anzi, di regola dispone di capacità economiche inferiori rispetto all'assicuratore e dunque potrebbe essere dissuaso dall'affrontare un processo lungo e faticoso, accontentandosi perciò dell'indennità percepita).

Neppure persuade la denunciata esigenza di evitare che l'assicuratore si trovi costretto ad agire in via di surrogazione nei confronti di un altro suo cliente. Si tratta infatti di una eventualità che è insita nella stessa attività di impresa e di cui non si può fare carico il diritto, aggiungendo un requisito alla surrogazione che viceversa non è previsto da alcuna norma (né dall'art. 1203 c.c., né tantomeno dall'art. 1916 c.c.). Del resto, è bene considerare che l'automaticità della surrogazione lascia comunque l'assicuratore libero di non azionare la propria pretesa nei confronti del responsabile, così preservandosi ugualmente i rapporti con la propria clientela.

In terzo luogo non pare davvero decisivo l'argomento che fa leva sulla necessità di evitare l'applicazione del meccanismo liberatorio ex art. 1189 c.c. con conseguente insorgenza del diritto alla ripetizione dell'indebito in capo all'assicuratore e nei confronti dell'assicurato che abbia *medio tempore* conseguito anche il risarcimento del danno oltre all'indennità. Tale ricostruzione non tiene conto del fatto che, ammettendo la automaticità, il responsabile comunque non pagherebbe il debito (ormai spettante al solo assicuratore) perché ogni pretesa avanzata dal danneggiato è naturalmente destinata a convogliare in un giudizio civile ed è altresì destinata ad essere rigettata dal giudice per difetto di titolarità attiva della situazione azionata.

Dunque non vi sarebbe alcuna traccia della paventata complicazione dei rapporti.

Pertanto, rispetto al tema in esame il rischio di un pagamento indebito sarebbe fuori luogo.

Anzi, tornando ad uno sguardo più generale, la netta impressione è che la tesi della non automaticità della surrogazione, con il corollario della necessità della *compensatio*, sia essa stessa fonte di complessità inutili e di una ingiustificata ed evitabile moltiplicazione dei tempi processuali.

Aderendo a tale impostazione, infatti, si avrà un primo processo destinato a concludersi con la condanna del responsabile al risarcimento (al netto della *compensatio*) del danneggiato ed un secondo processo che veda contrapposti l'assicuratore che abbia comunicato la volontà di surrogazione e lo stesso responsabile, per la parte di danno residua e corrispondente all'indennità.

Viceversa la tesi che si ritiene preferibile e che fa leva sull'automaticità della surrogazione consentirebbe una rapida conclusione del primo giudizio, con il respingimento della domanda del danneggiato per difetto di titolarità del diritto azionato nella misura corrispondente alla indennità, e il successivo processo avente ad oggetto la pretesa della dell'assicuratore.

Ora in una situazione di sistema quale quella attuale, ove il tempo di attuazione della tutela giurisdizionale si pone al centro dell'attenzione del legislatore e della giurisprudenza<sup>21</sup>, non sembra pensabile dare spazio a soluzioni che allungano i tempi, piuttosto che abbreviarli.

In conclusione, il tentativo della Corte di Cassazione di ampliare i margini di operatività della *compensatio lucri cum damno* pare doversi svolgere sul solo piano della causalità di diritto civile, nonché su quello della approfondita disamina dei presupposti (identità del fatto, omogeneità tra danni e vantaggi) cui l'istituto è tradizionalmente ancorato.

Non sembra invece pertinente e rilevante l'aggancio all'istituto della surrogazione dell'assicuratore, visto che, come si è cercato di dimostrare, quest'ultimo rimedio vive di logiche sue proprie che prescindono dal modo in cui si voglia fare operare il meccanismo della *compensatio*.

In tal senso, l'inciso finale delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione pare eloquente ed indicativo del fatto che la questione di diritto appare mal posta.

---

<sup>21</sup> Si veda, tra le numerosissime sentenze recenti ispirate ad argomenti di economia processuale, Cass. S.U. n. 18131 del 2015 che indaga sulla possibilità del curatore di esercitare la facoltà concessagli dall'art. 72 l. fall., di sciogliersi dal contratto preliminare con il quale l'imprenditore poi fallito ha promesso in vendita un immobile ad un terzo, anche nel caso il terzo promissario acquirente abbia trascritto, anteriormente al fallimento, la domanda ex art. 2932 c.c.. Ebbene, la pronuncia in esame si basa anche sull'idea secondo cui debba prevalere l'interesse del promissario acquirente a vedersi assicurata la tutela processuale rispetto all'interesse della massa dei creditori ad assoggettare il bene al concorso fallimentare, proprio in ragione del principio (art. 41 C.E.D.U. e art. 111 Cost.) per cui la durata del processo non può tornare a danno di chi ha ragione.