

**Roberto Pardolesi**

**Assicurazione e responsabilità civile, risarcimento più indennizzo: troppa grazia?  
Modelli a confronto.**

I.- *Alla ricerca del coordinamento fra responsabilità civile e disciplina assicurativa.*

Le Sezioni unite, investite dell'interrogativo inerente alla rilevanza, ai fini della determinazione del *quantum* risarcitorio, di vantaggi (rivenienti da assicurazioni private/sociali, nonché enti previdenziali) innescati dalla stessa vicenda che ha provocato il danno, inaugurano un nuovo corso<sup>1</sup>. È vero, infatti, ch'esse intimano di non voler offrire una risposta totalizzante, da "one size fits all", optando piuttosto per soluzioni ritagliate per "gruppi di casi" (che, peraltro, schivano l'incubo della *case-by-case adjudication*). Ma la ricetta fornita ha una chiara caratura organica.

In estrema sintesi. Per l'ipotesi in cui il pregiudizio e il beneficio rimontino alla stessa origine, in forza di un nesso di causalità ragionevolmente adeguata, si procederà alla *compensatio* (ovvero alla sottrazione dell'ammontare della provvidenza dal totale del risarcimento) in quanto concorrano due condizioni: a) una qualche misura di convergenza funzionale della elargizione indennitaria con la funzione compensativa del risarcimento; b) la sussistenza di un meccanismo legislativo atto a far sì che, quanto meno in linea teorica, l'autore dell'illecito non sia sollevato dalla pressione connessa all'operare della responsabilità civile.

Le ricadute dell'approccio divisato dalla Cassazione nella sua istanza apicale non sono sempre nette (specie con riguardo al versante dell'assicurazione contro gli infortuni, con deterrenza a rischio per via della rinuncia sistematica alla surrogazione e premi commisurati, prassi alla mano, all'aspettativa di un cumulo che non potrà verificarsi); è particolarmente avvertita la sensazione che la causalità adeguata, chiamata a cogliere la correlatività del danno con l'illecito, come pure di quest'ultimo con il beneficio ("Vorteilausgleichung"), dovrebbe assumere contorni teutonici da "innerer Zusammenhang", ovvero da più intima omologazione valoriale di *Sinn* e *Zweck*, esclusa in radice quando il beneficio venga corrisposto anche in assenza di illecito, perché si tocca allora con mano che il vantaggio pertiene a un'altra dimensione<sup>2</sup>. Ma il superamento dell'orientamento sin

---

<sup>1</sup> Il quadro delineato dalle quattro pronunce rese in pari data -22 maggio 2018, n. da 12564 a 12577, che ho avuto modo di commentare sulle colonne del *Foro it.*, 2018, I, 1935, "Compensatio", cumulo e "second best", e di concerto con P. SANTORO sulle pagine di *Danno e resp.*, 2018, 424, *Sul nuovo corso della compensatio*- va completato, nel segno della corrente nomofilachia diadica di settore, da Cons. Stato, ad. plen., 23 febbraio 2018, n. 1, *Foro it.*, 2018, III, 193, che si legge altresì in *Danno e resp.*, 2018, 165, con nota di M. FRANZONI, *La compensatio lucra cum damno secondo il Consiglio di Stato*, e in *Corriere giur.*, 2018, 523, con nota di E. BELLISARIO, *Divieto di cumulo fra equo indennizzo e risarcimento del danno*.

<sup>2</sup> Basterebbe questo argomento a confutare la soluzione divisata dall'adunanza plenaria n. 1/2018 per la terza categoria di rapporti nella sua ambiziosa elaborazione tassonomica, quelli bilaterali caratterizzati dalla presenza di un'unica condotta responsabile, un solo soggetto obbligato ma titoli differenti delle obbligazioni: soluzione su cui si appuntano gli strali di U. IZZO, *Quando è "giusto" il beneficio non si scomputa dal risarcimento del danno*, in questa rivista, ..., nonché di E. BELLISARIO, *Divieto di cumulo fra equo indennizzo e risarcimento del danno*, in *Corriere giur.*, 2018, 523. L'equo indennizzo spetta(va) anche per il caso in cui il dipendente della pubblica amministrazione sia colpito dal fulmine mentre è intento allo svolgimento delle sue funzioni. Dal che è lecito desumere che si tratta(va) di "una misura destinata a sovvenzionare la vittima di una lesione all'integrità fisica contratta nello svolgimento dei compiti riconducibili al rapporto di pubblico impiego, in una logica che – in assenza di una diversa, esplicita volontà legislativa nel segno del non cumulo – è destinata ad entrare, oggi come nel 1957, nel sinallagma legislativamente conformato cui accede il pubblico dipendente che, in esito a pubblico concorso, ottenga di entrare nei ranghi della pubblica amministrazione". Il ragionamento è formalmente ineccepibile (anche se rischia di attribuire al legislatore una razionalità che non gli appartiene e si espone a un 'puntilismo' che mortifica qualsivoglia tentativo di ricostruzione a valenza sistemica). Ma non toglie –e a questo pensava verosimilmente l'adunanza plenaria- che, quando si dia illecito, l'equo indennizzo si sovrappone funzionalmente al risarcimento, concretando un 'privilegio' pubblicistico che il

qui prevalente, nel segno della valorizzazione della diversità formale del titolo (risarcimento e indennizzo) e, per conseguenza, del cumulo tendenziale, può darsi per acquisito. La ‘crociata’ promossa dalla Terza sezione della corte di legittimità ha sortito, per questo aspetto, il risultato voluto.

Le ragioni per invocare il divieto di cumulo erano state compiutamente esposte molto prima che si scatenasse l’offensiva culminata nelle quattro ordinanze coeve (e nel sottostante “teorema”, come mi è parso di poter definire la loro trama argomentativa, distinguendo tra una versione ‘debole’ e un’altra più radicale e, dunque, ‘forte’) che hanno portato all’intervento nomofilattico delle Sezioni Unite<sup>3</sup>; e non saranno ripercorse per l’ennesima volta in questa sede. Ci si limiterà a ricordare come: i) esse discendano in linea retta dal principio di indifferenza (se si preferisce, di integrale risarcimento del danno), in funzione del quale la vittima va riportata sulla stessa curva d’indifferenza –come si esprimerebbero gli economisti- in cui si sarebbe trovata se l’illecito non avesse avuto luogo, evitando un ristoro che vada oltre il segno e comporti indebita locupletazione, e dal principio indennitario (che racconta la stessa storia sul versante assicurativo, ammonendo che il pagamento dell’indennizzo non deve tradursi in un arricchimento del danneggiato); ii) spianino la via al rifiuto dell’assicuratore di erogare l’indennizzo ove l’assicurato sia già stato risarcito, ma anche al rifiuto dell’autore dell’illecito di ristorare il pregiudizio ove l’assicurato abbia già ottenuto l’indennizzo assicurativo<sup>4</sup>. Con qualche disagio per chi riguardi la vicenda nella prospettiva dell’illecito, che sparisce nelle pieghe di una sorta di catarsi indennitaria<sup>5</sup>.

Senonché, nel pensiero delle Sezioni unite, perché si realizzi questo risultato occorre –come si è anticipato- che la legge abbia fissato un meccanismo di surrogazione, o comunque di rivalsa, in forza del quale chi ha concesso il beneficio a ristoro della vittima possa agire nei confronti del responsabile. E qui entra in gioco il sostegno alla funzione deterrente della responsabilità civile<sup>6</sup>, che, messa troppe volte in ombra dall’ansia compensatoria, continua tuttavia a operare e, anzi, subirebbe un serio *vulnus* se il soggetto che infligge un danno ingiusto fosse liberato dall’onere del ristoro solo perché, mettiamo, la vittima prudente si era dotata di copertura contro gli infortuni.

---

legislatore del 2011 ha inteso elidere. Quanto dire che l’impostazione d’insieme è più che plausibile, anche se non toccava al giudice amministrativo tirarne le conseguenze.

<sup>3</sup> Cfr. segnatamente M. ROSSETTI, *Il diritto delle assicurazioni*, II, *Le assicurazioni contro i danni*, Torino, 2012, 7 ss.

<sup>4</sup> Alternativa disorientante, perché aperta a comportamenti opportunistici: v. diffusamente R. PARDOLESI e P. SANTORO, *Indennizzo e risarcimento del danno: di cumuli e cavoli*, in *Danno e resp.*, 2014, 1008.

<sup>5</sup> Sotto questo profilo, la vicenda cui si riferisce Cass. n.12565/2018 è emblematica. Il responsabile dell’abbattimento del DC9 (istanze ministeriali dello Stato, ahinoi!) sfugge all’obbligo di risarcirne la perdita perché quest’ultima è stata, a suo tempo, “generosamente” coperta dall’indennizzo assicurativo. La soluzione appare corretta a IZZO, *Quando è “giusto”* cit., in quanto “[I]a causa di un contratto di assicurazione contro i danni guarda al trasferimento di un rischio ... originariamente oggetto di precisa quantificazione economica, perché attinente alla perdita di una «cosa» di cui è data la possibilità di apprezzamento economico attraverso una valutazione che il mercato giunge a fornire senza la supplenza necessaria di un meccanismo giuridico ulteriore, escogitato per rispondere alla ben diversa esigenza di attribuire un valore stipulativo a un bene altrimenti incommensurabile, come accade quando il danno riguarda la salute del danneggiato e protagonista di questa quantificazione stipulativa finiscano per essere le tabelle di computo del danno alla persona. È questo l’argomento sostanziale, perfettamente allineato alla logica commisurativa scolpita nell’art. 1223 c.c., che spiega perché l’eccezione di *clcd* spiegata dal Ministero per paralizzare la pretesa risarcitoria promossa di Itavia ha piena ragione d’essere accolta”. Come, però, i problemi di quantificazione, che scavano un ovvio solco fra assicurazione contro il danno e assicurazione (sulla vita e) contro gli infortuni invalidanti non mortali, possano rilevare rispetto alla questione se il ristoro accordato dall’assicuratore elida l’obbligo risarcitorio rimane, per me, oscuro, senza che il riferimento al principio indennitario (e alla sua applicabilità *in thesi* limitata ai contratti di assicurazione per i danni a cose dal valore agevolmente computabile) aiuti a far chiarezza. Meno che mai soccorre la necessità equitativa di allineare la soluzione a quella divisa dalla l. 8 agosto 1995, n. 340, per i familiari delle vittime del disastro aereo, per l’ovvia diversità dei presupposti delle elargizioni che si vogliono scomputare dal risarcimento del danno.

<sup>6</sup> Valga, al riguardo, il rinvio alle dense considerazioni di C. SALVI, *Le funzioni della responsabilità civile e il volto italiano dei danni punitivi*, nota a Cass., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, *Foro it.*, 2018, I, ...

La soluzione, nel suo impianto generale (perché di questo si tratta, nonostante la studiata umiltà con cui si rinuncia *ex ante* a presentarla come tale), è compromissoria. Di quelle su cui è comunque possibile trovare motivi di dissenso (ma anche larghe aree per le quali la costruzione appare affatto condivisibile). Si è osservato, ad esempio<sup>7</sup>, che “la surroga è regola di allocazione del costo del risarcimento del danno, non di accertamento della sua esistenza e misura”, sì che quest’ultima “è indipendente, e tale dovrebbe rimanere, dal numero dei soggetti obbligati, dai meccanismi di allocazione del suo costo, dalla giustizia e dalle funzioni della responsabilità civile”: dimenticando, però, che così si dà per scontato proprio il problema da affrontare, ossia quello del raccordo fra responsabilità e assicurazione (perché, non lo si trascuri, è la copertura assicurativa a far ‘sparire’ il danno)<sup>8</sup>. Si è sottolineato -e qui è inutile nascondersi, dato che si tratta di farina del mio sacco) che, nel caso specifico dell’assicurazione contro gli infortuni, emerge un brusco distacco dalla prassi, che, allo stato, registra, in virtù della sistematica rinuncia preventiva degli assicuratori all’esercizio della surroga, premi conformati in vista di un indennizzo sovrapponibile al risarcimento del danno, sulla scorta di un assetto che risulta ora tolto dal giro (inconveniente che, sia detto per inciso, verrà rimosso solo quando la ridefinizione dell’entità dei premi consentirà di scontare *ex ante* l’impossibilità del cumulo): argomento che s’imbatte nell’ovvia replica secondo la quale la surrogazione, in quanto successione a titolo particolare dell’assicuratore nel diritto dell’assicurato, appartiene alla sfera del giuridico, mentre l’eventuale rinuncia a farla valere staziona a livello di mero fatto (salvo, di nuovo, misurarsi con la constatazione che quel fatto plasma la *lex contractus* e, quindi, a conti fatti, il diritto tra le parti<sup>9</sup>).

A questo punto dovrebbe essere chiaro che l’avvilupparsi di argomentazioni di dettaglio rischia di offuscare il quadro complessivo. Che continua ad essere, nella sostanza, quello della ricerca del coordinamento fra responsabilità civile e assicurazione, suscettibile di essere declinato secondo tre assetti di massima: 1) cumulo integrale, o *non-offset* (la *collateral source rule* nella sua versione originaria<sup>10</sup>, che permette alla vittima di un incidente, la quale abbia ottenuto l’indennizzo assicurativo o altro beneficio simile, di ritenere il risarcimento che gli sia corrisposto dal responsabile del sinistro); 2) deduzione del vantaggio (il *benefits offset* di tante leggi di riforma della *tort law* statunitense<sup>11</sup>, a tenore del quale il beneficio ricevuto dalla vittima va dedotto dall’ammontare del risarcimento); 3) rivalsa dell’assicuratore, in qualche sua versione (surrogazione in senso tecnico, azione diretta, litisconsorzio, *lien* sulla somma corrisposta dal responsabile o dal suo assicuratore, ecc.) e misura (“make whole”, totale ecc.). Proviamo a vagliarne le implicazioni in una prospettiva allargata, perché arricchita di una metrica aggiuntiva.

---

<sup>7</sup> E. BELLISARIO, *Compensatio lucri cum damno: il responso delle Sezioni Unite*, in *Danno e resp.*, 2018, 438, 446.

<sup>8</sup> Lo sottolinea incisivamente C. SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni Unite e la compensatio lucri cum damno: un altro tassello nella costruzione del sistema della responsabilità civile e delle sue funzioni*, in questa rivista, ...

<sup>9</sup> Richiama l’attenzione su questi profili G. VILLA, *Brevi annotazioni al confine tra compensatio e autonomia privata*, in questa rivista, ...

<sup>10</sup> Letteratura sconfinata. Scegliendo nel mucchio (relativamente ristretto) degli anti-abolizionisti, v., per una “concise history” e un’accurata ricognizione dello stato dell’arte, M. I. KRAUSS e J. KIDD, *Collateral Source and Tort’s Soul*, 48 *U. Louisville L. Rev.* 1 (2009); una caratura ancor più nostalgica in K. S. MARSHALL e P. W. FITZGERALD, *The Collateral Source Rule and Its Abolition: An Economic Perspective*, 15 *Kan. J.L. & Pub. Pol’y* 57 (2005).

<sup>11</sup> Per un’efficace ricognizione degli interventi di riforma della *collateral source rule* v., in prima approssimazione, M-C- MCCABE, *An Introduction to the Economics of Collateral Source*, [www.northmainconsulting.com](http://www.northmainconsulting.com) (2009). Il sommovimento statutario è massivo, ma controverso: v., riassuntivamente, il commento di S. HERSHOVITZ, *Treating Wrongs as Wrongs: An Expressive Argument for Tort Law*, [www.ssrn.com](http://www.ssrn.com) (2017): “[m]any recent changes to tort law serve mainly to muck up the messages that tort aims to send. In jurisdictions that have abandoned the collateral source rule, for example, damages no longer reliably convey the seriousness of the injuries inflicted. That is a problem, because tort assigns responsibility for injuries by demanding that the defendant pay for them”.

## II.- *Un profilo da recuperare: la distribuzione delle perdite.*

Prima di procedere, sia pure *per summa capita*, nella direzione indicata, conviene fare una precisazione. L'invito a dilatare l'angolo di visuale non è una fuga nella complessità, là dove l'esigenza scientifica ne postulerebbe la riduzione; mira piuttosto a recuperare una dimensione di cruciale importanza, quella della distribuzione delle perdite. Che la responsabilità civile non sia solo meccanica riparatoria è acquisizione che va oltre l'obiettivo di metter nel conto la deterrenza implicita nel suo fissare un prezzo all'attività potenzialmente pregiudizievole degli operatori: vi si riconnette il problema dell'allocazione/socializzazione di costi e rischi, in una logica evocata dalla dottrina più sensibile –vien fatto di pensare al primo Calabresi e, naturalmente, a Fleming James, nonché, di qua dall'Atlantico, ad André Tunc, Patrick Atiyah e Stefano Rodotà-, che riguarda la *tort law* come una fra le tecniche disponibili per governare e distribuire le perdite. Giusto una componente, dunque, di un esteso sistema di *redress* per malattie e accidenti vari; per di più, una componente relativamente modesta, perché –ci spiegano gli specialisti<sup>12</sup>- conta per il 10% delle risorse impegnate nel settore e governa il 7% dei benefici erogati alle vittime, con l'aggravante di esibire costi elevatissimi, posto che più della metà di quanto investito in r.c. viene assorbito dagli oneri di funzionamento del sistema (la “forensic lottery”). Ecco perché bisogna riconoscere, con Kenneth Abraham, che “[w]hatever rule governs the relationship between tort damages and these other sources, such compensation inevitably will have a loss-distributional (or antidistributional) impact. Tort must therefore confront the question of how it will deal with these sources, as well as the loss-distributional effects of the options that are available”.<sup>13</sup>

A dispetto della scarsa attenzione riservatela in tempi recenti, la *loss distribution* rappresenta un parametro ineludibile di ogni riflessione in materia di responsabilità civile, come dimostra, per evocare un esempio di plateale evidenza, il dibattito intorno alla responsabilità sanitaria (gli irriducibili, del resto, sono invitati ad una gita agli antipodi, per una presa di contatto col sistema neozelandese, che da quarant'anni sopravvive alla sua pretesa controintuitività). Per quanto qui interessa, la morale è chiarissima: molto prima che immolarsi sulla scelta, secca e tecnica, “cumulo sì/no”, mette conto: *a*) chiedersi come la responsabilità civile si rapporti alle altre modalità di distribuzione delle perdite, nella consapevolezza che il sistema a ciò deputato, pur essendo straordinariamente articolato, rivela inevitabili smagliature; e *b*) su questa base, individuare chi, nei frangenti rispetto ai quali emerge l'interrogativo sulla cumulabilità di indennizzo e risarcimento, debba assumere il ruolo di “primary cost bearer” e chi agire in qualità di “gap filler”. Per meglio intendersi sulla metrica da aggiungere al nostro bagaglio, se si inclina a ritenere che gli assicuratori, sociali o privati, siano meglio attrezzati per ovviare alle ripercussioni negative di eventi pregiudizievoli e debbano, pertanto, caricarsi del ruolo primario, il risarcimento del danno andrà tendenzialmente decurtato dei benefici; mentre l'opzione per il cumulo esprimerà la preferenza per la responsabilizzazione piena dell'autore dell'illecito.

## III.- *Un abbozzo tassonomico degli assetti praticabili.*

Forti di quanto asseverato sul piano dei paradigmi valutativi su cui confidare, possiamo ora riprendere l'esercizio tassonomico. Con l'avvertenza che, in questa sede, lo si ridurrà ai minimi

---

<sup>12</sup> Per chi voglia misurarsi con numeri (riferiti al quadrante nordamericano) può essere utile il rinvio al *2011 Update on U.S. Tort Cost Trends*, <https://www.casact.org/library/studynotes/> (per quel che consta, il più aggiornato a disposizione).

<sup>13</sup> K. S. ABRAHAM, *Twenty-First-Century Insurance and Loss Distribution in Tort Law*, in [www.ssrn.com](http://www.ssrn.com) (2008).

termini (scontando margini di approssimazione degni del proverbiale apprendista stregone: ma è persino ovvio che un'impostazione rigorosa ci porterebbe troppo lontano).

1) Il primo modello da considerare è quello del cumulo integrale (corrispondente, si è detto, al calco originario della “collateral benefit rule” e invalso, per quanto attiene alla nostra esperienza, nella prassi dell'assicurazione per infortuni non mortali). Non si dà decurtazione, non si prevede surrogazione.

Contro le aspettative dei più, l'analisi economica non accredita l'idea che un siffatto regime induca il potenziale *injurer* all'adozione del livello ottimale di precauzioni<sup>14</sup>; ma, senza entrare in dettagli di estenuato tecnicismo, si può convenire che il regime in parola convogli il costo delle perdite causate dall'illecito in capo al suo autore (o al suo assicuratore). La duplicazione del ristoro è in agguato, anche se non scontata. La copertura assicurativa è più onerosa (come, del resto, più dispendiosa risulta, per quanto su detto, la compensazione affidata al risarcimento del danno). In vista di un indennizzo da corrispondersi senza possibilità di deduzioni, il premio di polizza sarà più elevato: il *surplus* corrisponderà al prezzo di acquisto del biglietto di una lotteria, a vantaggio di chi subisca un danno ingiusto e riesca a ottenere piena compensazione<sup>15</sup>. Per questa parte, il contratto di assicurazione si volge a scommessa<sup>16</sup>.

2) Il modello speculare ed opposto (*offset*) è rappresentato dallo scomputo del beneficio dall'entità del risarcimento dovuto, senza possibilità di surrogazione. Esso sacrifica la deterrenza, perché sgrava il potenziale responsabile di una parte o dell'intero obbligo riparatorio, a seconda del grado di copertura assicurativa della vittima (è come se la celebre formula di Learned Hand,  $a < Bp$ , venisse corretta al ribasso, riducendo l'entità del danno atteso); ma elide il rischio di duplicazione indennitaria e si vuole implichino minori costi amministrativi e giudiziali (anche se le diffuse convinzioni al riguardo appaiono, ad un'analisi attenta, assai labili, se non del tutto infondate). In questo ambiente, la responsabilità civile svolge il ruolo gregario di *gap-filler*, ossia di fonte secondaria –perché tendenzialmente più dispersiva– di compensazione, per il caso in cui in cui la vittima non sia assicurata pienamente. Ma, come osserva un accorsato commentatore, “this is just a complicated way of saying that tort is a comparatively inefficient insurance mechanism, and of underscoring that it is mainly the nondistributional purposes of deterrence and corrective justice that lie behind the non-offset approaches”.<sup>17</sup>

3) Quel che resta, più che rappresentare un ulteriore modello, sviluppa una qualche variazione sul tema della surrogazione di quanto già elargito (o da elargire) dall'assicuratore sociale o privato, oppure della sua pretesa di ottenere dalla vittima il rimborso delle provvidenze erogate a suo favore. Si potrà così avere un meccanismo di *non-offset*, ma solo fino al punto in cui la vittima è pienamente compensata (“made whole”); dalle nostre parti, tale soluzione corrisponde tendenzialmente a quella adottata dall'art. 142, comma, cod. ass. priv., a tenore del quale

---

<sup>14</sup> Cfr., a mo' di elaborazione meglio curata rispetto alle molteplici implicazioni (e, proprio per questo, irriducibile a slogan di facile presa), F. GOMEZ e J. PENALVA, *Tort Reform and the Theory of Coordinating Tort and Insurance*, 43 *Int'l Rev. Law & Econ.* 83 (2105), che così concludono (p. 93): “The trend against the Collateral Source Rule, which is just one of the main schemes to decide such coordination, has been more a response to advocacy groups than the outcome of a theoretical consensus on the matter. And the same happens with the traditional subrogation rule in insurance, where one observes a similar trend towards erosion of subrogation, while the proposals advanced in the literature advocating the elimination of subrogation rights in medical malpractice in workers' compensation, and more generally, in mandatory and social insurance do not seem to respond to thorough theoretical examination of all the alternatives and their consequences on the different dimensions affected” (note a pie' pagina omesse).

<sup>15</sup> ABRAHAM, cit., 97.

<sup>16</sup> ROSSETTI, cit., 15.

<sup>17</sup> ABRAHAM, cit., 101.

l'assicuratore sociale ha azione diretta nei confronti dell'assicuratore r.c.a. del danneggiante, salvo che ciò pregiudichi il diritto dell'assistito al ristoro dei danni alla persona non altrimenti risarciti. Ovvero si darà ingresso all'alternativa consistente nella facoltà di subentro delle fonti collaterali nei diritti vantati dal danneggiato verso l'autore dell'illecito sino a concorrenza delle erogazioni eseguite, anche se ciò comporta limitazione del risarcimento al danneggiato: tecnica prossima alla dinamica di cui all'art. 1916 c.c., ma affine, nella sostanza, alla prassi statunitense della richiesta di rimborso nei confronti della vittima che abbia cumulato indennizzo e risarcimento. Da notare come questa deriva possa, in linea teorica, convivere con entrambi i modelli precitati, anche se, di fatto, essa trova spazio reale solo al cospetto di un assetto improntato all'esclusione del cumulo<sup>18</sup>, che potremmo a questo punto definire *offset* impuro (come tale, non sovrapponibile al modello di cui *sub 2*).

Il regime in parola si raccomanda per il contenimento del livello dei premi assicurativi (pur se in misura ridotta rispetto a quanto sarebbe dato sortire nel modello di *offset* puro); e salvaguarda, a livello formale, l'incentivo a tenere comportamenti diligenti, posto che l'autore dell'illecito dovrà comunque fronteggiare una richiesta di rimborso (peraltro, tale qualità è in parte erosa dalle difficoltà cui va incontro l'assicuratore nel seguire gli sviluppi della vicenda contenziosa aliena e viene tolta dal giro quando, come accade nel caso dell'assicurazione sugli infortuni non mortali, si determini rinuncia preventiva sistematica alla surrogazione). In equilibrio, lo schema non presenta sbavature (nessuna duplicazione risarcitoria, nessun abbuono per il *tortfeasor*), ma segna al passivo costi amministrativi (legati alla rivalsa) di un certo rilievo.

#### IV.- "Second best" e *compromesso imperfetto*.

Quale morale derivare da queste succinte notazioni? Ad occhio e croce, e tagliando con l'accetta, si può convenire che l'*offset* cui ambiva il "teorema della Terza" sacrifichi la deterrenza allo scopo (commendevole) di garantire alle assicurazioni private/sociali priorità sul versante della distribuzione delle perdite; mentre il cumulo tradizionale preserva(va) la funzione deterrente, ma al costo di una qualche combinazione di sovracompensazione duplicativa, costi amministrativi cospicui e, soprattutto, scelta della responsabilità civile (relativamente inefficiente) come fonte primaria di compensazione. Appare comunque evidente che la coperta è corta: a tirarla da una parte, si perde qualcosa su un altro fronte. La ricerca da Santo Graal di una modalità di coordinamento tra responsabilità delittuale e apparato assicurativo/previdenziale, che sia davvero rispettoso di tutti gli interessi coinvolti, è destinata all'insuccesso. Ci si dovrà comunque accontentare di una scelta fra alternative non pienamente soddisfacenti, di un "second best" che almeno non si pieghi a vocazioni smaccatamente unilaterali.

Il compromesso avallato dalle Sezioni unite, nei limiti concessi dalla disciplina di riferimento, è ibrido. Dominato virtualmente dalla surrogazione di diritto, ammette episodicamente fasce di cumulabilità, talora anche integrale, ma si apre all'*offset* impuro, ossia abbinato al diritto di azione

---

<sup>18</sup> Applicata al primo modello, rilevano GOMEZ e PENALVA, cit., 84, la surrogazione risulta nei fatti impraticabile, perché comporta duplicazione dell'esposizione risarcitoria del responsabile. Quanto all'altro modello, "[t]he question is that, in order to prevent double liability of the injurer, insurance subrogation must necessarily entail either (i) a bar of any tort claim by the victim herself if insurance coverage was full, and thus, she was made whole or; (ii) a reduction of the award if coverage was only partial." Ed ecco, allora, la precisazione cruciale: "[...] this implies that the benefits offset is, as such, an essential part of the insurance subrogation scheme, and that the former only acquires existence and distinctiveness as an independent rule precisely when it contradicts the latter, that is, when the benefits are deducted from the damage award and subrogation is at the same time excluded".

La confusione terminologica, al riguardo, è dilagante (cfr., ad es., ABRAHAM, cit., 99 ss.). Ma le nebbie si diradano col semplice espediente di avvertire che, nella misura in cui opera, la surrogazione/rivalsa elide il cumulo.

dell'assicuratore nei confronti del responsabile dell'illecito; e, nella misura in cui lo fa, guarda al comparto assicurativo come vocazionale *primary cost bearer*, ingegnandosi, però, di recuperare la pressione deterrente della responsabilità (e il suo ruolo strategico) attraverso, appunto, il trasferimento legale delle pretese riparatorie in capo a chi ha elargito le provvidenze (per inciso, rimanendo in questo solco, altri avrebbe preferito una surrogazione piena volontaria<sup>19</sup>, che nella sostanza autorizza la vittima dell'illecito a 'vendere' al proprio assicuratore le pretese di riparazione spettante verso il terzo autore dell'illecito in cambio di premi più bassi e copertura assicurativa allargata –ed efficiente- delle *out of-pocket losses*).

In definitiva, il modello aspira a presentarsi come virtuoso, perché contamina e smussa le dimensioni estreme delle alternative disponibili. È un compromesso (inevitabilmente imperfetto) segnato da talune sconessioni, riconducibili al mutamento in corsa delle regole del gioco: sconessioni che oggi pesano, e non poco, ma che potranno essere in gran parte ovviate *de futuro* dall'adattamento del mercato al nuovo corso.

Difficile fare di meglio, dato il contesto normativo sottostante. E, forse, difficile in ogni caso.

---

<sup>19</sup> V., ad es., K. S. REINKER e D. ROSENBERG, *Unlimited Subrogation: Improving Medical Malpractice Liability by Allowing Insurers to Take Charge*, 36 *J. Leg Studies* 261 (2007). Ma la lista dei predecessori è affollata: cfr. già J. O'CONNELL e J. BECK, *Overcoming Legal Barriers to the Transfer of Third-Party Tort Claims as a Means of Financing First-Party No-Fault Insurance*, 58 *Wash. Univ. L. Quart.* 55 (1979).