

L'assicurazione della responsabilità civile verso i prestatori d'opera

di Sara Landini*

Abstract IT: In ambito sanitario è all'attenzione la responsabilità dei prestatori d'opera non sufficientemente quella del datore di lavoro verso questi. Il tema ha trovato rinnovato interesse nell'era del Covid in cui i dipendenti di aziende ospedaliere ma anche di cliniche private hanno contratto la malattia anche con risultati tanatologici per effetto di negligenze datoriali nella loro corretta messa in sicurezza.

Abstract EN: In the healthcare sector, attention is paid to the responsibility of workers and not sufficiently that of the employer towards them. The topic has found renewed interest in the Covid era in which employees of hospital companies but also of private clinics have contracted the disease even with thanatological results as a result of employer negligence in their correct safety.

Sommario: 1. Premessa. - 2. L'assicurazione RCO nell'ambito dell'assicurazione contro la responsabilità civile. - 2.1. Il sinistro nella assicurazione contro la responsabilità civile. La copertura con clausola *claims made*. - 2.2. "Responsabilità dedotta nel contratto" di cui all'art. 1917 e problemi di rischio assicurabile. In particolare i danni punitivi e il danno erariale nei rapporti del pubblico impiego. - 2.3. La copertura degli illeciti colposi, l'inassicurabilità del dolo e inassicurabilità degli atti accidentali. - 2.4. Le spese di resistenza. - 2.5. Le coperture accessorie. La garanzia per le malattie professionali. - 2.6 La prescrizione. - 3. Assicurazione RCO e Assicurazione infortuni sul lavoro. Problemi di confine. - 3.1. La natura della polizza infortuni. - 3.2. La stipulazione per conto da parte del datore di lavoro. - 3.3. La surroga nei confronti del responsabile in caso di infortuni sul lavoro. - 3.4. Risarcimento e indennizzo. - 4. D&O *Insurance* e assicurazione RCO.

* Professoressa ordinaria di Diritto dell'Economia, Università degli Studi di Firenze.

1. Premessa.

La responsabilità datoriale ha trovato un rinnovato interesse in combinato con il sempre vivo tema della sicurezza nei luoghi di lavoro.

In ambito sanitario è all'attenzione la responsabilità dei prestatori d'opera non sufficientemente quella del datore di lavoro verso questi. Il tema ha trovato rinnovato interesse nell'era del Covid in cui i dipendenti di aziende ospedaliere ma anche di cliniche private hanno contratto la malattia anche con risultati tanatologici per effetto di negligenze datoriali nella loro corretta messa in sicurezza. Si riporta di seguito i risultati raggiunti in un precedente lavoro pubblicato nel volume S. Landini, C. Silvestri, M. Monaco, Assicurazione della responsabilità civile verso prestatori d'opera e «nuovi danni al lavoratore», Esi, 2016.

Con l'acronimo RCO ci si riferisce alla responsabilità civile del datore di lavoro verso i prestatori d'opera. La cosiddetta assicurazione RCO tiene indenne il datore di lavoro per il risarcimento dei danni subiti dal lavoratore purché accadano in circostanze riconducibili all'attività lavorativa da questi svolta.

La copertura, che include le azioni di rivalsa esperibili dall'INAIL e dall'INPS e le richieste di risarcimento esperibili direttamente dai lavoratori infortunati o dai loro aventi causa, si estende in genere a tutti i prestatori di lavoro dipendenti, nonché parasubordinati, interinali, collaboratori coordinati e continuativi, dipendenti a chiamata, altri prestatori d'opera in genere, addetti all'attività per la quale è prestata l'assicurazione nonché anche da prestatori di lavoro non dipendenti soggetti ad assicurazione INAIL.

Questa polizza, con la frequente aggiunta della copertura delle malattie professionali, ha trovato un rinnovato interesse giustificato da una nuova dimensione del danno al lavoratore e da una diversa impostazione della giurisprudenza in punto di onere di prova.

Si tratta di considerare la funzione sociale che l'assicurazione per la responsabilità civile del datore di lavoro nei confronti dei propri dipendenti può svolgere anche alla luce della evoluzione della giurisprudenza in ambito di danni al lavoratore (stress, mobbing, demansionamenti, etc.).

I danni ai lavoratori sono suscettibili di differenti coperture assicurative. Si potrà avere una copertura attraverso la polizza infortuni stipulata dal lavoratore o dal datore di lavoro per conto del lavoratore che risulterà essere il soggetto assicurato, secondo la formula del contratto di assicurazione per conto di cui all'art. 1891 c.c.. È però ipotizzabile anche una copertura da parte di una polizza per la responsabilità civile stipulata dal datore di lavoro che andrà a coprire i danni al lavoratore cagionati da illecito civile del datore di lavoro medesimo. Appunto la cosiddetta assicurazione RCO.

L'assicurazione infortuni sarà generalmente la forma di garanzia sociale offerta da Inail ex d.p.r. 1124/1965, ma potrà essere anche un'assicurazione privata.

L'importanza di assicurazioni private nasce da alcuni vuoti di copertura che si sono venuti a determinare con riferimento all'assicurazione sociale rispetto a nuove categorie di danno.

Riguardo alla posizione di Inail il Consiglio di Stato ha escluso la copertura del mobbing perché a suo avviso le tecnopatie derivanti da disfunzioni nell'organizzazione del lavoro non rientrerebbero nelle malattie da lavoro

tabellate. Altri sono i danni ai lavoratori di dimensione esistenziale che risultano esclusi dalle tabelle Inail.

L'assunto della Corte è stato criticato dalla dottrina giuslavorista che ha osservato come lo stesso risulti "inaccettabilmente riduttivo della funzione pubblica di tutela previdenziale delle tecnopatie" per come prefigurata dal d.p.r. 1124/1965 e ribadita dalla Corte Costituzionale¹.

Le assicurazioni private potrebbero svolgere una funzione sociale supplendo a tali vuoti.

Come noto l'attribuzione di responsabilità e di obblighi risarcitori, per quanto avente una funzione deterrente, non soddisfa le ragioni compensatorie della vittima, che trovano miglior tutela nella garanzia patrimoniale offerta da soggetti terzi, come una compagnia di assicurazione².

Allo stesso tempo l'assicurazione potrebbe consentire ai datori di lavoro di compensare perdite derivanti da azioni di responsabilità senza escludere l'efficacia deterrente della responsabilità civile. L'assicurazione della responsabilità civile non potrà infatti coprire gli illeciti dolosi. L'assicurazione privata non potrà neppure, come avremo modo di vedere, indennizzare perdite del responsabile derivanti dall'irrogazione di sanzioni punitive.

Si tratta allora di considerare l'estensione della copertura offerta dalla RCO rispetto all'ampliamento della categoria dei danni al lavoratore e di verificare le dinamiche relazionali tra assicurazione della responsabilità civile verso i lavoratori, polizze infortuni e responsabilità civile.

2. L'assicurazione RCO nell'ambito dell'assicurazione contro la responsabilità civile.

L'assicurazione contro la responsabilità civile viene ricondotta all'interno della assicurazione contro i danni e in particolare contro i danni al patrimonio.

Ai sensi dell'art. 1917 nel contratto di assicurazione della responsabilità civile l'assicuratore, verso il corrispettivo di un premio, si obbliga a tenere indenne l'assicurato di quanto questi, in conseguenza del fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione, deve pagare al terzo per la "responsabilità dedotta nel contratto".

Secondo la dottrina e la giurisprudenza dominanti si tratta di un'assicurazione del patrimonio che potrebbe essere depauperato dall'adempimento dagli obblighi risarcitori incombenti sull'assicurato³ e quindi secondo la dicotomia segnata dall'art. 1882 c.c. l'assicurazione contro la responsabilità civile sarebbe ascrivibile al sottotipo dell'assicurazione contro i danni cui si applicano le disposizioni di cui agli artt. 1904-1918.

Questo non importa l'automatica riferibilità a questa ipotesi di tutte le norme previste per l'assicurazione contro i danni.

¹ Cons. Stato 17 marzo 2009, n. 1576, *Foro it.*, 2009, III, 433 con nota critica di S. GIUBBONI, *L'Inail il mobbing e il Consiglio di Stato*.

² Cfr. V. FERRARI, *L'imputazione del danno tra responsabilità civile e assicurazione*, Napoli, 2008.

³ In particolare G. VOLPE PUTZOLU *Il contratto di assicurazione*, in *Tratt. Rescigno*, Torino, 1987, 91 ss.. M. FRANZONI, voce *Responsabilità civile (assicurazione della)*, in *Dig., Disc. Priv., sez. comm.*, XII, Torino, 1993, 396 ss.

La funzione di tale contratto non è quella di risarcire il danno arrecato all'assicurato dalla perdita o dal deterioramento di una cosa propria. Risultano quindi difficilmente applicabili le norme che fanno riferimento al valore della cosa come quelle contenute negli artt. 1907, 1908, 1909⁴.

Dal momento che, in ipotesi di assicurazione contro la responsabilità civile, l'entità dell'indennizzo coincide con la perdita che si è venuta determinando nel patrimonio dell'assicurato, si avrà una sostanziale indeterminabilità *ex ante* del *quantum* dovuto dall'assicuratore con conseguente inapplicabilità delle norme sopraccitate che presuppongono la determinazione del valore della cosa assicurata al momento della conclusione del contratto.

La dottrina comunque ammette l'applicabilità di tali disposizioni ove la possibile perdita patrimoniale sia predeterminata o predeterminabile a monte come nel caso di una responsabilità per custodia di un bene⁵.

Anche l'obbligo di avviso di sinistro *ex art.* 1913 è suscettibile di applicazione anche in caso di polizze sulla responsabilità civile. La denuncia dovuta non potrà riguardare unicamente il fatto illecito oppure la richiesta risarcitoria del terzo, ma dovrà includere pure tutte le richieste provenienti dal terzo danneggiato, nonché gli atti del procedimento civile e di quello penale eventualmente instaurati⁶.

L'art. 1914, in tema di obbligo di salvataggio, viene applicato dalla giurisprudenza precisando però che tale obbligo ha inizio al momento in cui si compie l'azione che genera il sinistro e che, anche il diritto di rivalersi nei confronti dell'assicuratore delle spese a tale scopo affrontate, trova applicazione, in difetto di espressa deroga, ferma però restando la necessità di utilizzare, come base per la quantificazione di detta rivalsa, il parametro della somma assicurata⁷. Si tratterà infatti di spese che fanno parte dei costi dell'illecito⁸.

2.1. Il sinistro nella assicurazione contro la responsabilità civile. La copertura con clausola *claims made o loss occurrence*.

In merito all'individuazione del sinistro nell'assicurazione contro la responsabilità civile due, nella sostanza, erano le scuole di pensiero: da un lato coloro che identificavano il sinistro con la richiesta di risarcimento del danno

⁴ F. PECCENINI, *Dell'Assicurazione*, artt. 1882-1932, in Comm. Scialoja – Branca, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 2011, 174.

⁵ Cfr. V. ANGELONI, *I diritti del terzo danneggiato verso l'assicuratore della responsabilità civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1934, I, 191 ss..

⁶ Cfr. V. SALANDRA, *Dell'assicurazione*, in *Comm. cod. civ.*, Scialoja - Branca, Bologna - Roma, 1966, 362. Per contro una giurisprudenza invero non recentissima ritiene che nella previsione normativa di cui all'art. 1913“ non può farsi rientrare l'obbligo assunto dall'assicurato di dare tempestiva comunicazione delle richieste giudiziali del danneggiato, derivante da una clausola pattizia di gestione della lite da parte dell'assicuratore, trattandosi di comportamento che esula dalla sfera di incidenza sul danno, già verificatosi ed esauritosi nella dinamica del fatto dannoso, e che si ricollega ad un obbligo, non legale, ma contrattuale, la cui inosservanza può solo comportare secondo le regole ordinarie, il diritto dell'assicuratore al risarcimento dei danni, se e nella misura in cui ne venga provata la sussistenza”: così Cass. 12.1.1984, n. 238, in *Giust. Civ.*, 1984, I, 1511.

⁷ Così Cass. civ, 14 giugno 2007, n. 13958, in *Mass. Foro it.*, 2007.

⁸ Per la dottrina si veda G. VOLPE PUTZOLU, *Le assicurazioni. Produzione e distribuzione*, Bologna, 1992, 145.

da parte del terzo⁹, in quanto solo in quel momento si determina il detrimento nel patrimonio dell'assicurato e perché fino a quel momento perdura l'incertezza sulle intenzioni di agire del danneggiato; da un altro coloro che consideravano sinistro il fatto dannoso, perché è col suo determinarsi che sorge la pretesa risarcitoria oggetto della garanzia assicurativa¹⁰.

La questione pareva risolta dal legislatore del 1942 che all'art. 2952 aveva previsto il decorso del diritto all'indennizzo dell'assicurato nell'assicurazione contro la responsabilità civile a far data dalla richiesta risarcitoria del terzo.

Sembrava così che il legislatore avesse posto fine alla questione individuando il sinistro nell'assicurazione della responsabilità civile nella richiesta del terzo.

La dottrina pronunciata sul testo dell'art. 2952 ha, invece, osservato che la ragione per cui la norma in esame fa riferimento alla richiesta del terzo sarebbe piuttosto riferibile al fatto che, prima della richiesta di risarcimento, l'assicurato non sarebbe in grado di avanzare pretese verso l'assicuratore perché non sa se e quanto il terzo pretenderà da lui¹¹. La giurisprudenza più recente ha così affermato che *“nel contratto di assicurazione della responsabilità civile il sinistro, in base al quale sorge l'obbligo per l'assicuratore di tenere indenne l'assicurato di quanto da lui dovuto al danneggiato, si identifica con il fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione e non nella richiesta da parte del danneggiato”*¹².

Pertanto, nelle assicurazioni della responsabilità civile, occorre distinguere la fase in cui si verifica il sinistro, determinante *ex art.* 1917 ai fini della efficacia della garanzia, dalla fase in cui, tramite la richiesta del terzo, l'obbligo di risarcimento si concretizza anche dal punto di vista del *quantum*, rilevante *ex art.* 2952 ai fini del decorso della prescrizione del diritto all'indennizzo dell'assicurato. Resta però così aperta la questione relativa alla determinazione di cosa sia un sinistro.

Al riguardo pare convincente la tesi di parte della dottrina che, secondo un approccio antiformalista e liberale, ha interpretato la norma nel senso che il “fatto” di cui all'art. 1917 può essere identificato soltanto in concreto, alla stregua della volontà delle parti¹³.

La norma ivi contenuta si limiterebbe allora a recuperare il contenuto degli artt. 1882 e 1905 in base al quale l'assicuratore è tenuto ad una obbligazione indennitaria nei confronti dell'assicurato nei modi e limiti stabiliti dal contratto. Da qui la validità di clausole che determinano il sinistro attraverso la formula *claims made* ovvero avuto riguardo alla richiesta risarcitoria anziché secondo la formula *loss occurrence* ovvero avuto riguardo al momento del verificarsi del danno. Quest'ultimo tipo di copertura tende a prevalere nelle assicurazioni contro la

⁹ Sul punto T. ASCARELLI *Sul momento iniziale nella decorrenza della prescrizione nella assicurazione responsabilità civile*, nota a C. ApTorino, in *Assicurazioni*, 1934, II, 194.

¹⁰ Vedi C. VITERBO, *L'assicurazione della responsabilità civile*, Milano, 1936, 77, il quale criticava la tesi di Ascarelli movendo dalla peculiarità del sinistro dell'assicurazione della responsabilità civile che egli identificava come “sinistro giuridico” da individuarsi nella pretesa risarcitoria. In senso analogo anche SALANDRA, *Recensione a C. Viterbo “L'assicurazione della responsabilità civile- Milano 1936”*, in *Assicurazioni*, 1937, 220.

¹¹ In tal senso V. SALANDRA, *Dell'assicurazione*, cit., 358.

¹² Così Cass. Civ, 15 marzo 2005, n. 5624, in *Danno e resp.*, 2005, 1071 con note di R. SIMONE, *Assicurazione claims made, sinistro (latente) e dilatazione (temporale) della responsabilità civile* e di C. LANZANI, *Clausole claims made: legittime, ma vessatorie*. V. *supra* capitolo 1, nota 91.

¹³ G. VOLPE PUTZOLU, *oloc. ult. cit.*

responsabilità civile del datore di lavoro che in genere non riguardano “danni lungo latenti” ovvero danni che vedono una notevole distanza tra il verificarsi dell’evento di danno e il danno in concreto; il che giustifica la necessità di apporre una *claims made* per la difficoltà di individuare il fatto generatore del danno.

Si tratta di clausole che hanno incontrato sospetti di illegittimità sotto differenti profili¹⁴. Da ultimo la Cassazione sembra aver ricondotto l’attenzione degli interpreti alla valutazione del caso concreto¹⁵.

Da ultimo in tal senso Cassazione a Sezioni Unite del 2016 su cui vorremmo soffermarci al di là del principio di diritto massimato¹⁶. In sintesi la Corte accoglie la distinzione della clausole *claims made* pure (indennizzo di tutte le

¹⁴ Così Cass., 15 marzo 2005, n. 5624, in *Danno e resp.*, 2005, 1071 con note di R. SIMONE, *Assicurazione claims made, sinistro (latente) e dilatazione (temporale) della responsabilità civile* e di C. LANZANI, *Clausole claims made: legittime, ma vessatorie*. *Contra* Trib. Milano, 18 marzo 2010, in *Assicurazioni* 2010, 673 con nota di I. PARTENZA, *Assicurazione di rc delle aziende ospedaliere e clausole claims made: un equivoco senza fine* e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, 857, con nota C. LANZANI, *La travagliata storia delle clausole claims made: le incertezze continuano*. Altri giudici di merito hanno attaccato tali clausole dal punto di vista della causa contrattuale: Trib. Genova, 8 aprile 2008, in *Danno e resp.*, 2009, 103 con nota di I. CARASSALE, *La nullità della clausola claims made nel contratto di assicurazione della responsabilità civile*; Trib. Genova, 23 gennaio 2012, in *Assicurazioni*, 2012, 177: “l’inserimento in corso di rapporto assicurativo di una clausola claims made implica una riduzione della garanzia: ove tale modificazione non sia accompagnata da un diverso assetto dell’equilibrio sinallagmatico del contratto (ad es. riduzione del premio, rinuncia al diritto di recesso, estensione della garanzia su altre basi, proroga generale del termine), essa è nulla in quanto priva di causa.”

¹⁵ Cass. Civ., 13 febbraio 2015, n. 2872, in *Redazionegiuffrè*: “La clausola cosiddetta “a richiesta fatta” (*claims made*) inserita in un contratto di assicurazione della responsabilità civile è valida ed efficace, mentre spetta al giudice stabilire, caso per caso, con valutazione di merito, se quella clausola abbia natura vessatoria ai sensi dell’art. 1341 c.c.”.

Nella parte in cui garantisce l’assicurato per i comportamenti tenuti prima della sottoscrizione, se denunciati durante la vigenza del contratto di assicurazione, la clausola “**claims made**”, contenuta in un contratto di assicurazione per la responsabilità civile di un professionista, è valida ed efficace e non può ritenersi che sia nulla per inesistenza del rischio, in quanto l’alea riguarda i comportamenti passati non nella loro materialità, ma nella consapevolezza, da parte dell’assicurato, che si ha solo al momento della richiesta risarcitoria (nell’affermare il suddetto principio, la corte ha ritenuto che la clausola possa porre invece problemi di validità nella diversa fattispecie, che non veniva in considerazione, in cui essa esclude dalla copertura i sinistri denunciati dopo la cessazione del contratto): così Cass. Civ., 17 febbraio 2014, n. 3622, in *Foro it.* 2014, 7-8, I, 2168 (s.m.), con nota di B. TASSONE.

Dati i contrasti sul punto, da ultimo si è pronunciata la Cassazione a Sezioni Unite con il seguente principio di diritto “Nel contratto di assicurazione della responsabilità civile la clausola che subordina l’operatività della copertura assicurativa alla circostanza che tanto il fatto illecito quanto la richiesta risarcitoria intervengano entro il periodo di efficacia del contratto o, comunque, entro determinati periodi di tempo, preventivamente individuati (c.d. clausola *claims made* mista o impura) non è vessatoria; essa, in presenza di determinate condizioni, può tuttavia essere dichiarata nulla per difetto di meritevolezza ovvero, laddove sia applicabile la disciplina di cui al decreto legislativo n. 206 del 2005, per il fatto di determinare, a carico del consumatore, un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto; la relativa valutazione, da effettuarsi dal giudice di merito, è incensurabile in sede di legittimità, ove congruamente motivata”. Così Cass. SS.UU. 6 maggio 2016, n. 9140, in *Diritto & Giustizia* 2016, 9 maggio. Per un primo commento critico rispetto alla atipicità della *claims made* pura M. MAZZOLA, *Le polizze claims made al vaglio delle Sezioni Unite: osservazioni «a margine»*, in *Diritto Bancario*, 2016, 33. Sul punto si vedano anche le osservazioni di G. VOLPE PUTZOLU, *La clausola claims made. Il rischio e il sinistro nell’assicurazione r.c.*, in *Assicurazioni*, 2010, 13 ss..

¹⁶ Cass. Civ., 6 maggio 2016, n. 9140, in *Redazione Giuffrè*.

richieste risarcitorie pervenute durante la durata del contratto indipendentemente dal momento di verifica dell'evento di danno) da quelle impure (indennizzo di tutte le richieste risarcitorie pervenute durante la durata del contratto purché il momento di verifica dell'evento di danno si sia verificato in un certo arco temporale anteriore alla stipulazione del contratto).

La corte, movendo dall'assunto che esisterebbe un modello legale di assicurazione contro la responsabilità civile di tipo *loss occurrence*, ritiene che:

i- le *claims made* pure introducano un modello contrattuale nuovo distinto da quello di cui all'art. 1917. Si tratterebbe di una assicurazione per la "responsabilità reclamata".

ii- le *claims made* impure vadano valutate in concreto dai giudici di merito ai fini della loro meritevolezza ex art. 1322 con possibile nullità parziale. La possibile valutazione di immeritevolezza inciderebbe poi sui contenuti del contratto potendo il giudice sostituire la *claims made* con una *loss occurrence*. Afferma la Corte:

"quanto poi agli effetti della immeritevolezza, essi, non possono non avere carattere reale, con l'applicazione dello schema legale del contratto di assicurazione della responsabilità civile e cioè la formula loss occurrence". Ad avviso della corte gli art. 1419 c.c. e 2 Cost consentono al giudice di *"intervenire anche in senso modificativo o integrativo sullo statuto negoziale quando ciò sia necessario per garantire l'equo contemperamento delle parti e prevenire e reprimere"*.

Per le ragioni già dette pare dubbio che l'art. 1917 faccia riferimento ad un modello *loss occurrence*. Peraltro, soprattutto in caso di "danni lungo latenti" resterebbe da chiarire quale sia il momento in cui si verifica la perdita: il momento in cui è stata compiuta l'azione o si è realizzata l'omissione del responsabile oppure il momento in cui si è concretizzata la perdita?

Riteniamo invece opportuno valutare se l'inserimento di una *claims made* sia stato accompagnato da un'adeguata informativa all'assicurato circa i contenuti della propria copertura (rilevante anche se l'assicurato è un professionista dal momento che gli art. 182 ss. c.a.p., che regolano la condotta precontrattuale di intermediari e imprese di assicurazione, non si applicano solo ai consumatori) e se la presenza di altre clausole non finisca di svuotare di contenuto la copertura della responsabilità civile con clausola *claims made*. In tali casi forse è troppo dire che manca la causa in concreto¹⁷ e che il contratto è nullo. Del resto ciò porterebbe alla dichiarazione di nullità del contratto che non è di interesse per l'assicurato che perderebbe così l'indennizzo. Ci pare invece indiscutibile che la copertura debba dirsi inadeguata, con quel che ne segue in punto di sanzioni e responsabilità civile, per aver proposto un contratto inadeguato in quanto non rispondente agli interessi dell'assicurato¹⁸. Si pensi al caso di un contratto che

¹⁷ V. *infra* nota 71.

¹⁸ Il riferimento è alla disciplina di cui agli art. 182 ss. del codice delle assicurazioni. In attuazione di tali norme gli istituti di vigilanza interessati (Ivass e Consob) hanno imposto l'obbligo, sia per l'intermediario che per l'impresa assicurativa, prima di far sottoscrivere un contratto, di valutare se il contratto è adeguato alle esigenze del cliente.

Tale obbligo è previsto sia dalla normativa Ivass attraverso la valutazione dell'adeguatezza di una polizza assicurativa (Circolare 551/D del 2005 e Regolamento n. 5 del 2006), che dalla normativa CONSOB attraverso la valutazione di un contratto di natura finanziaria, con la c.d.

preveda una “retroattività” ingiustificatamente limitata laddove, le clausole di retroattività sono quelle che limitano la copertura a tutte le richieste risarcitorie intervenute durante la durata del contratto purché l’evento di danno si sia determinato entro un certo arco temporale dall’inizio della copertura. Parrebbe ingiustificata, ad esempio, una clausola di retroattività che limiti la copertura alle richieste risarcitorie intervenute durante la durata del contratto e relative ad eventi di danno determinatisi entro i due anni precedenti all’inizio della copertura laddove il termine prescrizione del diritto al risarcimento sia quinquennale. La retroattività troverebbe invece giustificazione nell’evitare che l’obbligo all’indennizzo riguardi sinistri avvenuti in epoca così anteriore da non poter essere verificati nella dinamica del loro accadimento.

Ancora pone problemi il combinato della *claims made* con la richiesta del rilascio di dichiarazioni da parte dell’assicurato contenenti una generica affermazione di conoscenza di non avere sinistri pendenti o ancora peggio di non aver conoscenza di circostanze da cui potrebbe dipendere una sua responsabilità verso terzi oggetto della copertura. Una simile dichiarazione non consente all’assicurato, per la sua genericità, di rilasciare attestazioni in assoluto veritiere sullo stato del rischio e questo può portare al momento del verificarsi del sinistro del rifiuto dell’assicuratore a pagare l’indennizzo per dichiarazioni mendaci o omissioni ex artt. 1892 – 1893.

Gli articoli 1892, 1893 e 1894 vanno a comporre un combinato volto a disciplinare le conseguenze relative a false attestazioni sullo stato del rischio, rappresentando la soluzione normativa al problema dell’asimmetria informativa tra le parti contraenti nei contratti di assicurazione.

In base all’ art. 1892, ove il contraente abbia agito con dolo o colpa grave nel riferire informazioni inesatte o nel tacere in relazione a circostanze rilevanti ai fini della determinazione del rischio, tali che l’assicuratore non avrebbe dato il suo consenso o non lo avrebbe dato alle medesime condizioni se avesse conosciuto il vero stato delle cose, il contratto sarà annullabile. L’assicuratore decade dal diritto d’impugnare il contratto se, entro tre mesi dal giorno in cui ha conosciuto l’inesattezza della dichiarazione o la reticenza, non dichiara al contraente di procedere all’impugnazione del contratto. Ove il sinistro si sia verificato prima che sia decorso detto termine, l’assicuratore non è tenuto a pagare la somma assicurata. L’assicuratore ha comunque diritto ai premi relativi al periodo di assicurazione in corso al momento in cui ha domandato l’annullamento e, in ogni caso, al premio convenuto per il primo anno.

L’art. 1893 disciplina il caso in cui le inesattezze o reticenze non dipendono né da dolo né da colpa grave. In questa ipotesi il legislatore prevede come conseguenza il diritto di recesso dell’assicuratore mediante dichiarazione da farsi all’assicurato nei tre mesi dal giorno in cui ha conosciuto l’inesattezza della dichiarazione o la reticenza. Se poi il sinistro si verifica prima che l’inesattezza della dichiarazione o la reticenza sia conosciuta dall’assicuratore, o prima che questi abbia dichiarato di recedere dal contratto, è prevista esclusivamente una riduzione della somma dovuta proporzionalmente alla differenza tra il premio

MIFID, (Deliberazione CONSOB del 2007, n. 15961, recante modifiche ed integrazioni al Regolamento n. 11522 del 1998).

convenuto e quello che sarebbe stato applicato se si fosse conosciuto il vero stato delle cose.

Infine l'art. 1894 estende le disposizioni in esame anche al terzo in caso di assicurazione in nome e per conto terzi, nei limiti in cui questi ha conoscenza delle inesattezze e reticenze.

Secondo orientamenti giurisprudenziali ormai consolidati si ha dolo o colpa grave quando l'assicurato, intenzionalmente o con grave negligenza, compie dichiarazioni inesatte o reticenze in merito a circostanze determinanti il consenso dell'assicuratore, ovvero in merito a circostanze tali da influire sul rischio secondo un collegamento oggettivo¹⁹.

Occorre però che l'assicurato abbia consapevolezza della importanza dell'informazione. Allo scopo di delimitare l'obbligo dell'assicurato, l'assicuratore è, perciò, tenuto, secondo la lettura che gli interpreti danno della norma in esame²⁰, ad indicare le circostanze che egli intende conoscere. A tal fine la giurisprudenza italiana è intervenuta dando una particolare rilevanza al questionario sottoposto all'assicurato al fine di determinare quali sono le circostanze rilevanti da comunicare all'assicuratore. I giudici individuano infatti ex art. 1337 un "dovere dell'assicuratore di ridurre congruamente gli spazi di indeterminatezza delle circostanze alla conoscenza delle quali abbia interesse, considerato che la valutazione di quest'ultimo involge, di regola, apprezzamenti squisitamente soggettivi"²¹. Discutibile è che tale dovere sia stato adempiuto con un questionario generico e che si possano imputare falsità o reticenze all'assicurato in questo caso.

2.2 "Responsabilità dedotta nel contratto" di cui all'art. 1917 e problemi di rischio assicurabile. In particolare i danni punitivi e il danno erariale nei rapporti di pubblico impiego.

Il legislatore nel sancire che la copertura nelle polizze in esame è limitata alla "responsabilità dedotta in contratto" intendeva riferirsi alle tipologie di responsabilità civile (professionale, del padre di famiglia, per cose in custodia ecc.).

Ancora con tale assunto il legislatore intendeva rinviare alle altre delimitazioni di polizza tra cui quelle personali (relative alla categoria delle persone danneggiate), quelle spaziali (relative al luogo in cui dovrebbe essersi verificato il danno) e quelle temporali. Tra queste ultime dobbiamo ricordare le clausole

¹⁹Cfr. Cass. Civ., 31 gennaio 1981, n. 730, in *Giur. It.*, 1982, 1266; Cass. Civ., 20 novembre 1990, n. 11206, in *Giust. Civ.*, 1991, I, 925 e in *Giur. it.*, 1991, I, 1029 con nota di R. WEIGMANN, *L'importanza del questionario per valutare le reticenze dell'assicurato*.

²⁰ Cfr. A. MONTI, *Buona fede e assicurazione*, Milano, 2002, 33.

²¹Così Cass. Civ., 20 novembre 1990, n. 11206, cit. La giurisprudenza ha comunque affermato la rilevanza non esclusiva del questionario attribuendo, tra l'altro importanza, alle clausole contenute nelle condizioni generali di contratto nonché ai prontuari che l'assicuratore fornisce agli agenti. Così Cass. Civ., 12 maggio 1999, n. 4682, in *Resciv. prev.*, 2000, 341 ss. con nota di R. DIETZ, *Gli ultimi interventi della Cassazione in tema di dichiarazioni inesatte o reticenti del contraente quale causa di annullamento del contratto di assicurazione a norma dell'art. 1892 c.c.*; Trib. Torino, 16 luglio 1997, in *Resciv. prev.*, 1998, 1533 con nota di R. DIETZ, *Ancora in tema di annullamento o recesso dal contratto di assicurazione per dichiarazioni inesatte o reticenti del contraente*.

claims made su cui abbiamo già avuto modo di soffermarci in ordine alla loro validità.

Il rischio assicurato è delimitato dall'autonomia del predisponente che non può dirsi però esente da possibili valutazioni

L'art. 1917 parla di "responsabilità" senza aggettivi. La responsabilità civile, una volta superati i dogmi dell'inassicurabilità della colpa e della colpa grave, viene ritenuta assicurabile con esclusione degli atti dolosi²². La responsabilità penale, invece, risulterebbe in generale inassicurabile perchè ordinata non a compensare la perdita subita dalla vittima ma a colpire l'azione anti-giuridica del reo attraverso l'irrogazione di una sanzione punitiva.

Rimane aperto l'interrogativo circa l'assicurabilità delle sanzioni punitive civili. Il tema in Italia trova un problema a monte legato alla stessa ammissibilità di risarcimenti punitivi in senso tecnico²³. La questione deve essere tenuta distinta dalla innegabile funzione punitiva della responsabilità civile²⁴. Questo non esclude evoluzioni per il futuro e anche nell'ambito in esame più volte è stata richiamata la natura punitiva dei danni al lavoratore in presenza di talune fattispecie²⁵.

²² Tra i primi autori che si sono occupati dell'assicurabilità degli illeciti colposi si veda C. VIVANTE, *Contratto di assicurazione: le assicurazioni terrestri*, cit., 204.

Sull'attuale funzione dell'assicurazione contro la responsabilità civile nel sistema dell'allocatione dei danni da incidente si veda G. FERRI, *L'assicurazione dei veicoli a motore*, in *Aspetti della miniriforma dell'assicurazione obbligatoria r.c. auto*, 3, I, Roma, 1982, 18 ss.; ID., *Dalla responsabilità alla riparazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, I, 348 ss ora in *Saggi di diritto civile*, Rimini, 1983, 474 ss.; B.S. MARKESINIS, *La perversion des notions de responsabilité civile délictuelle par la pratique de l'assurance*, in *Rev. Int. Dr. Comp.*, 1983, 301; N. DI PRISCO, *L'assicurazione della r.c.a. tra disciplina codicistica e legislazione speciale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1987, II, 197 ss.; E. QUADRI, *Indennizzo e assicurazione*, in *Responsabilità civile e assicurazione obbligatoria*, a cura di M. Comporti e G. Scalfi, Milano, 1988, 97 ss.; A.D. CANDIAN, *Responsabilità civile e assicurazione*, Milano, 1993; G. ALPA, *L'assicurazione di fronte all'evolversi del concetto di responsabilità*, in *Assicurazioni*, 1995, I, 534 ss.; R. CAVALLO BORGIA, *L'assicurazione della responsabilità civile*, in *Responsabilità e assicurazione*, a cura di Cavallo Borgia, Milano, 2007, 3 ss.; I. PARTENZA, *L'assicurazione di responsabilità civile generale*, Milano, 2009, 33 ss..

²³ Da ultimo Cass. Civ., 15 aprile 2015, n. 7613, in *Mass. Giust. Civ.*, 2015 pronunciandosi sul tema delle cc.dd. pene private "le *astreintes* previste in altri ordinamenti dirette ad attuare, con il pagamento di una somma crescente con il protrarsi dell'inadempimento, una coercizione per propiziare l'adempimento di obblighi non coercibili in forma specifica, non sono incompatibili con l'ordine pubblico italiano". In relazione ad una diversa fattispecie per contro Cass. Civ., 8 febbraio 012, n. 1781, *ivi*, 2012 e in *Danno e Resp.*, 2012, 609 con nota di G. PONZELLI, *La Cassazione bloccata dalla paura di un risarcimento non riparatorio* e in *Corr. Giur.*, 2012, 1068 ss. con nota di R. PARDOLESI, *La Cassazione, i danni punitivi e la natura polifunzionale della responsabilità civile: il triangolo no!* La Corte pronunciandosi sulla riconoscibilità di una sentenza straniera con cui venga concesso un risarcimento notevolmente superiore a quanto richiesto dalla parte attrice, ha ribadito che nel nostro ordinamento il risarcimento del danno deve essere riconosciuto in relazione all'effettivo pregiudizio subito dal titolare del diritto leso.

²⁴ PERLINGIERI, *Le funzioni della responsabilità civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, 119 ss.; F. QUARTA, *La funzione deterrente della responsabilità civile*, 2010, 142 ss..

²⁵ R. DEL PUNTA, *Il «mobbing» illecito e il danno*, in *Lavoro e dir.*, 2003, 542.

Da ultimo la questione del riconoscimento di sentenze straniere di condanna a danni punitivi è stata rimessa alle sezioni unite. V. Cass. Civ., 16 maggio 2016, n. 9978, in *Redazione Giuffrè*: "Deve essere rimessa al Primo Presidente, perché valuti l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite, la questione relativa alla riconoscibilità delle sentenze straniere comminatorie di danni punitivi. L'attuale vigenza nell'ordinamento del principio di non delibabilità, per contrarietà all'ordine pubblico, delle sentenze straniere

Sul punto sembra doveroso far riferimento ad ordinamenti che conoscono, tra le conseguenze degli illeciti civili, l'irrogazione di somme volte non tanto a ricostituire la sfera del soggetto leso, quanto piuttosto ad arrecare un detrimento nella sfera del responsabile in funzione strettamente punitiva.

Intendiamo riferirci al sistema di *common law*²⁶, il quale conosce due paradigmi sanzionatori dell'illecito civile: i *compensatory damages* e i *punitive damages*²⁷; gli uni volti a compensare il danneggiato del detrimento subito in conseguenza dell'illecito altrui; gli altri volti a punire il responsabile²⁸.

Del resto è nel diritto statunitense che il problema dell'assicurabilità di sanzioni punitive si è posto in concreto all'attenzione delle Corti statali dando vita ad un ampio e vario panorama giurisprudenziale²⁹, all'interno del quale sembra difficile individuare un indirizzo unitario o, quanto meno, prevalente.

che riconoscano danni punitivi desta infatti perplessità, alla luce della progressiva evoluzione compiuta dalla giurisprudenza di legittimità nell'interpretazione del principio di ordine pubblico, originariamente inteso come espressione di un limite riferibile esclusivamente all'ordinamento giuridico nazionale, ma che è andato successivamente ad identificarsi con l'"ordine pubblico internazionale", da intendersi come complesso dei principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico, ma fondati su esigenze di tutela, comuni ai diversi ordinamenti, dei diritti fondamentali dell'uomo e desumibili dai sistemi di tutela approntati a livello sovraordinato rispetto alla legislazione ordinaria."

²⁶ Il riferimento generale al sistema di *common law* anziché al diritto americano, in cui i *punitive damages* hanno trovato più piena applicazione, trova spiegazione in due recenti sentenze della *House of Lords* che hanno segnato un distacco dalla passata riluttanza della giurisprudenza inglese a riconoscere a favore del danneggiato *punitive damages*. Intendiamo riferirci ai casi *Attorney-General v. Blake*, 1 A.C. 268 (2001) e *Kuddus (AP) v. Chief Constable of Leicestershire Constabulary*, in U.K.H.L., 2001, 29. Per alcune prime indicazioni comparative si rinvia a E. URSO, *I punitive damages fra regole standards e principi: una indebita vocazione pubblica di un antico strumento privatistico?*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2001, 3 nt. 19 del dattiloscritto aggiornato

²⁷ Una delle questioni, recentemente sottoposte alla attenzione della *Supreme Court*, che ha permesso una presa di posizione della giurisprudenza americana sulla distinzione tra *compensatory damages* e *punitive damages* riguarda la tassazione delle rispettive entrate. Cfr. *O'Gilvie et al. v. United States* 117 S.Ct. 452, 456-457 (1996).

In base allo *Small Business Job Protection Act* del 1996 solo i primi sarebbero esenti da tassazione. La *Supreme Court*, chiamata a rispondere sulla retroattività della suddetta regola, ha argomentato la propria decisione sulla base della diversa funzione di *punitive* e *compensatory damage*: i primi soltanto potrebbero rappresentare delle entrate passibili di tassazione in quanto volti ad arricchire il danneggiato; per contro i *compensatory damages* sarebbero esclusivamente indirizzati a ricostituire la sfera del leso del detrimento subito e non potrebbero così rappresentare una posta attiva nella posizione reddituale del danneggiato.

²⁸ Occorre sin da ora precisare che la giurisprudenza di alcuni Stati americani, pur richiamando la distinzione nominale tra *punitive* e *compensatory damages*, manca di legare la stessa ad una corrispondente distinzione sul piano sostanziale. Cfr. *Lanese v. Carlson*, 344 A.2d 361,364 (Conn. Super. Ct. 1975) ove si afferma che *"In this state, the purpose of exemplary damages and the rules for their determination indicate that they are essentially compensatory, not punitive, in fact and effect"*. Analoghe considerazioni si sono avute da parte di altre Corti statali *Fagot v. Ciravola*, 445 F. Sup342, 345 (E. D. La. 1978); *Ray v. City of Detroit*, 242 N.W.2d 494, 496 (Mich. Ct. Ap1976); *Vratsenes v. New Hampshire Auto, Inc.*, 289 A2d 66, 68 (N.H. 1972).

²⁹ Ampi anche i dibattiti dottrinali sul punto in particolare i contributi di G.L. PRIEST, *Insurability and punitive damages*, in *Ala. L. Rev.*, 40 (1989), 1009 ss. e più recentemente A.I. WIDISS, *Liability insurance coverage for punitive damages? Discerning answers to the conundrum created by disputes involving conflicting public policies, pragmatic considerations and political actions*, in *Villanova Law Rev.*, 39 (1994), 455 ss.; D.G.A.OWEN, *A punitive damages overview: functions, problems and reform*,

Il punto è che assicurare un soggetto contro il rischio di incorrere in una sanzione punitiva significa escludere la certezza e la personalità della pena attraverso il trasferimento della stessa in capo ad un terzo non responsabile dell'illecito sanzionato, ovvero l'assicuratore, trasferimento che peraltro avverrebbe a costo parziale in virtù del meccanismo gestionale di ripartizione del rischio all'interno della comunione degli assicurati³⁰.

Problemi di assicurabilità si pongono infine per la responsabilità c.d. erariale. In base alla giurisprudenza dei giudici contabili i danni erariali sarebbero connotati: innanzitutto dall'esistenza di una relazione funzionale tra l'autore di un illecito causativo di danno erariale e l'ente pubblico che subisce tale danno, quale presupposto per un addebito di responsabilità amministrativa, devoluto alla cognizione della Corte dei Conti *ex art.* 103, comma 2 Cost.³¹; in secondo luogo il danno erariale troverebbe fondamento in una responsabilità di tipo contabile oppure in una azione od omissione del dipendente o funzionario pubblico qualificabile in termini di illiceità che abbia cagionato un danno alla pubblica amministrazione ovvero un decremento patrimoniale o un mancato introito³²; rientrerebbero nel concetto di danno erariale anche le perdite subite dalla p.a. non aventi natura strettamente patrimoniale derivanti da una perdita di prestigio da parte della p.a.³³; ancora, in base a quanto sancito all'art. 313, comma 6 del D.lgs 3 aprile 2006, noto come codice dell'ambiente, la Corte dei Conti ha giurisdizione sulle condotte economiche lesive delle risorse ambientali nei limiti in cui tali condotte sono attuate dai soggetti sottoposti alla propria giurisdizione³⁴.

Da tempo era invalsa la prassi per gli Enti pubblici di stipulare, per conto dei propri dirigenti, pagando il relativo premio, polizze aventi ad oggetto anche la copertura della responsabilità erariale e contabile ad esclusione dei soli illeciti dolosi.

La Finanziaria 2008 (l. 244/2007) al comma 59 dell'art. 3 prevede che: *“è nullo il contratto di assicurazione con il quale un ente pubblico assicura propri amministratori per i rischi derivanti dall'espletamento dei compiti istituzionali connessi con la carica e riguardanti la responsabilità per danni cagionati allo Stato o ad enti pubblici e la responsabilità contabile. I contratti di assicurazione in corso alla data di entrata in vigore della presente legge cessano*

ivi, 363 ss in particolare 389; J.W. CARBIN, *Punitive damages and the significance of recent trends for insurers*, in *Int. Ins. L. Rev.*, 6 (1998), 122.

³⁰ In particolare la incompatibilità tra il contratto di assicurazione e lo *“Strafzweck”* proprio anche delle *Privatstrafen* è stata rilevata da uno degli Autori a cui dobbiamo un significativo contributo nella elaborazione concettuale della categoria delle pene private: B. GROSSFELD, *Die Privatstrafe. Ein Beitrag zum Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts*, Berlin, 1961, p114-115.

³¹ Così Cass. SS. UU., 9 settembre 2008, n. 22652, in *Riv. corte conti*, 2008, 180.

³² Cfr. V. TENORE, *La responsabilità amministrativo-contabile*, in *La nuova corte dei conti*, a cura di Tenore, Milano, 2008, 2 ss.

³³“Rientra nella giurisdizione della corte dei conti anche l'azione di responsabilità per il danno arrecato da pubblici dipendenti (o da soggetti comunque inseriti nell'apparato organizzativo di una p.a.) all'immagine dell'ente, trattandosi di danno che, anche se non comporta una diminuzione patrimoniale diretta, è tuttavia suscettibile di valutazione patrimoniale, sotto il profilo della spesa necessaria al ripristino del bene giuridico leso (nel caso di specie, era stato escluso qualsiasi pregiudizio patrimoniale e il danno erariale era stato individuato nel solo danno all'immagine)”: Cass. SS. UU., 15.7. 2005, n. 14990, in *Mass. Foro it.*, 2005.

³⁴ Sul punto E. SANTORO, *Nuovo danno ambientale e giurisdizione contabile (Nota a C.l conti, sez. giur. reg. Molise, 19 novembre 2007, n. 148, M. V.)*, in *Riv. giur. Molise e Sannio*, 2008, 32.

di avere efficacia alla data del 30 giugno 2008. In caso di violazione della presente disposizione, l'amministratore che pone in essere o che proroga il contratto di assicurazione e il beneficiario della copertura assicurativa sono tenuti al rimborso, a titolo di danno erariale, di una somma pari a dieci volte l'ammontare dei premi complessivamente stabiliti nel contratto medesimo".

Ne segue che i dipendenti possono stipulare tali polizze a proprie spese, possono stipulare polizze per la copertura del rischio di rivalsa della Corte dei Conti in caso di responsabilità gravemente colposa. L'ente potrà stipulare polizze per la responsabilità colposa del dipendente che ad ogni modo resterà a suo carico dal momento che il diritto di rivalsa è previsto solo per il dolo e la colpa grave. In base all'art. 1 comma 1 l. 20/1994, infatti, la p.a. potrà essere tenuta a pagare per i danni cagionati dal funzionario o dipendente, e, in caso di illecito del funzionario o dipendente connotato da colpa lieve, non avrà azione di rivalsa³⁵.

Il problema della copertura del danno erariale trova riscontro anche con riferimento all'assicurazione RCO tutte le volte in cui il datore di lavoro è una pubblica amministrazione. Così in caso di mobbing di un dirigente pubblico verso un impiegato compiuto con colpa grave, la pubblica amministrazione di riferimento sarà tenuta a pagare i danni ma poi potrà agire in regresso verso il dirigente il quale non potrà godere di una copertura assicurativa con premio pagato dalla stessa pubblica amministrazione, ma potrà avere una propria copertura per il danno erariale.

Sul mercato sovente si trovano coperture per la responsabilità da danno erariale del dipendente della p.a. che individuano il sinistro e quindi il momento di intervento dell'assicuratore, non nella richiesta risarcitoria, ma nel tempo in cui si ha la sentenza definitiva della Corte dei Conti che condanna il dipendente a rifondere la pubblica amministrazione di appartenenza quanto da questa pagato a titolo di colpa grave.

In caso di danni commessi con colpa lieve non è prevista azione di regresso della pubblica amministrazione. Interverrà l'assicuratore della pubblica amministrazione che potrebbe comunque riservarsi il diritto di surroga nei confronti del diretto responsabile e quindi, nel caso in esempio, del dirigente³⁶. In caso poi di danni commessi con dolo scatterà l'inassicurabilità per dolo di cui andremo ad occuparci a breve.

2.3. La copertura degli illeciti colposi, l'inassicurabilità del dolo e inassicurabilità degli atti accidentali.

Le coperture della responsabilità civile trovano una limitazione legale sotto il profilo soggettivo del rischio nel dolo. In base a quanto previsto dall'art. 1917 sarà invece sempre inclusa la copertura della colpa lieve e la copertura della colpa grave sarà di norma ammessa salvo esclusione. La colpa lieve non potrà essere

³⁵ Sul punto la giurisprudenza contabile, successiva alla finanziaria 2008, risulta orientata nel senso di riconoscere all'ente pubblico la possibilità di assicurare esclusivamente i rischi che rientrano nella sfera della propria responsabilità patrimoniale tra cui le conseguenze di fatti causativi di danno posti in essere da amministratori e dipendenti pubblici con colpa lieve. Così C. Conti, sez. contr. reg. Molise, 14 ottobre 2008, n. 34, in www.corteconti.it

³⁶ Vedi par. 4

esclusa venendo altrimenti meno la funzione in concreto dell'assicurazione contro la responsabilità civile dal momento che la colpa è elemento necessario e sufficiente perché si abbia un fatto illecito. Il nostro ordinamento non conoscerebbe autentiche ipotesi di responsabilità oggettiva, ma solo ipotesi di responsabilità per colpa presunta (v. artt. 2050-2054) o per colpa indiretta (v. responsabilità dei padroni e committenti di cui all'art. 2049)³⁷.

I dubbi in ordine all'assicurabilità della responsabilità civile sollevati dalla dottrina e dalla giurisprudenza, che, verso la fine XIX secolo³⁸, si dovettero confrontare con tale nuovo fenomeno, erano fondati su due principi: quello che vede nella colpevolezza del danneggiante un elemento essenziale della responsabilità civile e quello dell'inassicurabilità della colpa.

Il primo deriva dalla considerazione che non ogni danno trova ristoro, ma solo quello ingiusto imputabile ad una condotta colpevole del danneggiante.

Per tal via la colpa diviene un predicato dell'*iniuria* che rileverà non come mera violazione di una situazione giuridica soggettiva ma come lesione perpetrata in una condizione subiettiva di colpevolezza.

Secondo tale ricostruzione la responsabilità civile non sarebbe allora un mero strumento di allocazione del danno in quanto risulterebbe ispirata anche al principio di autoresponsabilità in virtù del quale ciascuno è chiamato a rispondere delle proprie azioni.

Il secondo principio risulta, invece, fondato, in primo luogo, su ragioni di ordine pubblico: non si può tenere indenne il responsabile di un illecito dalle conseguenze negative della sua azione perché in questo modo si incentiverebbero le condotte antigiuridiche³⁹.

Tale soluzione sembra, però, ispirata anche da motivi legati alla struttura del contratto di assicurazione, una condizione essenziale per la stipulazione del quale è l'esistenza di un interesse dell'assicurato a che l'evento garantito non si verifichi⁴⁰.

³⁷ M. COMPORTE, *Fatti illeciti. Le responsabilità oggettive, art. 2049-2053*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2009, in part. 159 ss..

³⁸ In realtà asserzioni sull'inassicurabilità della responsabilità civile figurano anche in periodi precedenti come corollario dell'inassicurabilità della colpa, ma è con il progresso tecnologico che aumentano le relazioni tra gli individui e le occasioni di danno. Occorre così aspettare la fine del XIX secolo perché si avverta l'esigenza di stipulare polizze contro la responsabilità civile. Per tali osservazioni v. C. VITERBO, *ult. cit.*, 27 ss.

Del resto fino al XVII secolo il mercato assicurativo è dominato dall'assicurazione marittima, all'interno della quale sono rari i casi di copertura di responsabilità civile (v. abbordaggio). E', infatti, solo nel 1684 che viene costituita in Londra la prima società per l'assicurazione terrestre degli incendi. Si tratta della società "*Friendly society fire - office*" come ricorda S. JANNUZZI, *Trattato sulle assicurazioni terrestri a premio*, Napoli, 1869, 30.

³⁹ Sintetica ma eloquente sul punto l'affermazione di A.D.SANTERNA, *Tractatum illustrium*, Venezia, 1633, vol. VI, 354: "*culpa assecurati non tenetur promissor*" e ancora sul punto ID., *Tractatus perutilis et quotidianus de assecurationibus et sponsonibus mercatorum*, in *Tractatus de fideiussionibus*, Torino, 1615, 545 nn. 10-11.

⁴⁰ Si tratta di un principio che in Italia ha trovato espressione nell'art. 423 cod. comm. del 1882 e attualmente nell'art. 1904 c.c.

L'interesse viene definito in dottrina come il "rapporto economico della persona con la cosa": così tra gli altri in particolare S. FERRARINI, *L'interesse nell'assicurazione*, in *Saggi in scienze*

Sembrerebbe, infatti, difficile rinvenire un simile interesse in un contratto che garantisca eventi il cui accadimento trova origine in un atto compiuto dello stesso assicurato.

Queste paiono essere le principali ragioni che hanno condotto alla formazione della regola dell'inassicurabilità della colpa la quale ha trovato peraltro espressione nel contenuto di testi normativi.

Così l'art. 27 dell' *Ordonnance de la Marine* del 1681 prevedeva che “*Si toutefois le changement de route...arrive par l'ordre de l'assuré, sans le consentement des assureurs; ils feront déchargés de risques, ce qui aura pareillement lieu entoutes autres pertes et dommages qui arriveront, par le fait ou la faute des assurés, sans que les assureurs soient tenus de restituer la prime, s'ils ont commencé à courir les risques*”⁴¹.

In Italia tale regola trovava espressione nell'art. 434 del cod. comm. del 1882 ove si disponeva al riguardo che “*l'assicuratore non risponde delle perdite e dei danni...cagionati da fatto o colpa dell'assicurato*”.

Occorrerà pertanto attendere l'erosione del principio della colpevolezza del soggetto civilmente responsabile e del dogma dell'inassicurabilità della colpa per arrivare ad ammettere la piena liceità del contratto di assicurazione della responsabilità civile.

L'idea della responsabilità per colpa, sebbene abbia trovato delle fratture nell'individuazione di eccezioni di fonte legale che ammettono ipotesi di responsabilità civile c.d. oggettiva, non può dirsi ad oggi superata se è vero che autorevole dottrina e parte della giurisprudenza continuano ad individuare nella colpevolezza uno degli elementi essenziali della responsabilità civile⁴².

E' così piuttosto il dogma dell'inassicurabilità della colpa per ragioni di ordine pubblico che viene messo in crisi dalla dimostrazione dei vuoti pregiudizi su cui lo stesso era fondato.

Al riguardo sono stati, forse, gli studi della scienza giuridica relativi al diverso atteggiarsi dell'interesse dell'assicurato, nell'assicurazione danni in genere e nell'assicurazione della responsabilità civile, nonché alla distinguibilità degli stati soggettivi del dolo e della colpa, che hanno portato nuovi elementi mediante i quali riconsiderare il suddetto assioma al fine di operarne un superamento

assicurative pubblicati dalla R. Università di Pisa sotto la direzione dei professori L. Tonelli e L. Mossa, Pisa, 1935, 97.

Sulla rilevanza dell'interesse nel contratto di assicurazione: C. VIVANTE, *oult. cit.*, 114 ss. e A. DONATI, *oult. cit.*, 231 ss. il quale considera l'interesse elemento costitutivo della causa del contratto di assicurazione con la conseguenza che la mancanza di interesse *ab initio* comporterà la nullità del contratto, per contro la sopravvenuta cessazione dell'interesse comporta la risoluzione del contratto. Riconduce invece l'interesse all'oggetto S. FERRARINI, *ocit.*, 103 ss.

L'interesse è stato altresì assunto dai fautori della teoria indennitaria dell'assicurazione come elemento attraverso cui operare la distinzione tra assicurazione e scommessa. In particolare in tal senso v. L. BUTTARO, voce *Assicurazione sulla vita*, in *Enc. dir.*, vol. III, Milano, 1958, 612-614.

⁴¹ Sul punto R. J. VALIN, *Nouveau Commentaire sur l'Ordonnance de la Marine de mois d'août 1681*, La Rochelle, 1776, 77 ss..

⁴² Cfr. F.D. BUSNELLI, voce *Illecito civile*, cit., 3 ss. In giurisprudenza recentemente v. per tutte Cass. Civ., 18 febbraio 2000 n. 1863, in *Mass. Foro it.*, 2000. V. *amplius supra* capitolo 1 note 82 e 83.

secondo l'attuale soluzione che individua l'unico limite all'assicurabilità della responsabilità civile nel divieto di assicurare illeciti dolosi.

Al fine di giustificare simili asserzioni consideriamo i casi in cui si è posto il problema dell'assicurabilità della responsabilità civile nella prassi e quali risposte sono state offerte sul punto da dottrina e giurisprudenza.

L'illiceità di tale contratto viene affermata per la prima volta in giurisprudenza dal Tribunale del Commercio di Parigi con sentenza del 21 agosto 1844⁴³, il quale si pone sulla scia di una lunga tradizione dottrinale⁴⁴.

I giudici francesi reputavano, in particolare, contrario all'ordine pubblico il contratto di assicurazione stipulato dai proprietari di vetture a cavalli avente ad oggetto la responsabilità degli assicurati per i danni dagli stessi cagionati a terzi durante la circolazione.

Sul caso fu chiamato a redigere parere uno dei più noti giuristi competenti in materia a quel tempo, il quale ebbe a sottolineare come il contratto di assicurazione garantisca più la vittima che l'assicurato autore del danno il quale non trova alcun interesse nel recare pregiudizi a terzi⁴⁵.

Un simile contratto non contrasterebbe quindi con ragioni di ordine pubblico, ma anzi troverebbe in esse la propria giustificazione in quanto rappresenterebbe nient'altro che una garanzia del ristoro della vittima.

Fu poi sulla base di identiche considerazioni che la Corte di Appello di Parigi respinse le conclusioni del Tribunale con sentenza del 1 luglio 1845, affermando la validità dell'assicurazione della responsabilità civile⁴⁶.

Una simile soluzione è fondata, però, solo su considerazioni di tipo politico - sociale volte a rilevare l'importanza della tutela della vittima in relazione alla scarsa spinta incentivante alla commissione di illeciti che può avere un'assicurazione della responsabilità civile.

Più convincenti ci paiono le conclusioni cui giunge la dottrina, con riferimento all'assicurabilità degli atti dell'assicurato, distinguendo tra assicurazione danni in genere e assicurazione della responsabilità civile e tra atti dolosi, gravemente colposi e colposi⁴⁷.

Riguardo alla prima bipartizione, si osserva come la regola dell'inassicurabilità della colpa sia nata con riferimento all'assicurazione marittima e all'assicurazione terrestre contro i danni.

In tali ipotesi l'interesse, che può muovere l'assicurato a lucrare l'indennizzo mediante il danneggiamento della *res*, costituisce un primo limite all'assicurabilità delle colpe.

Analoghe conclusioni non valgono per l'assicurazione della responsabilità civile, in cui il danneggiante non trarrebbe alcun vantaggio diretto dall'essere assicurato per la propria responsabilità. L'unico soggetto, infatti, che potrebbe

⁴³ Come riportata da J.M. PARDESSUS, *Assurance contre les accidents des voitures*, Consultation, Paris, 1860, 68 ss.

⁴⁴ Cfr. G. R. POTHIER, *Trattato del contratto di assicurazione*, in *Opere di G.R. Pothier*, a cura di Dupin Seniore, Livorno, 1841, 46 ss.

⁴⁵ PARDESSUS, *op. cit.*, 16.

⁴⁶ C. App. Parigi 1 luglio 1845, in *D.P.*, 1845, 2.126.

⁴⁷ Cfr. C. VITERBO, *op. ult. cit.*, 37 ss..

avvantaggiarsi di tale situazione è il terzo che vedrebbe così meglio garantita la soddisfazione delle proprie pretese risarcitorie⁴⁸.

Si osserva inoltre come colpa, colpa grave e dolo debbano avere un trattamento diverso⁴⁹.

Solo l'assicurazione di atti intenzionali, come tali soggetti al controllo dell'assicurato, può importare un incentivo per quest'ultimo alla commissione di illeciti.

Per contro gli atti colposi sarebbero nella sostanza equiparabili al caso fortuito, in quanto dovuti ad una mera negligenza o imperizia dell'agente senza che questi abbia intenzione di darvi luogo.

Diverso è il discorso della colpa grave in cui il livello di negligenza è tale che il soggetto, anche se non ha agito con l'intenzione di dar luogo a quel determinato evento, poteva quanto meno prospettarsi l'accadimento dello stesso ed evitarlo⁵⁰.

Per tali ragioni Vivante conclude nel senso dell'assicurabilità della colpa nell'assicurazione della responsabilità civile, mantenendo però fermo il divieto di coprire con garanzia assicurativa illeciti dolosi o gravemente colposi in quanto "*simile patto metterebbe in pericolo la sicurezza sociale*"⁵¹.

Rispetto alla norma contenuta nell'attuale art. 1917, residuerebbe allora un limite all'assicurabilità della responsabilità civile, quello della colpa grave.

La tendenza ad aprire anche all'assicurabilità degli illeciti gravemente colposi emerge, comunque, già nella relazione del deputato Lafarge alla legge francese del 13 luglio 1930 sul contratto di assicurazione ove si legge che "*la colpa grave, che non implica da parte del suo autore alcuna intenzione fraudolenta...rimane un rischio (...) mancando l'intenzione di nuocere*"⁵².

Questo *excursus* storico ci è parso fondamentale tenuto conto di come, anche a livello internazionale, il problema dell'assicurabilità della responsabilità civile si rinnova. Basti pensare da ultimo alla *DC&O Insurance*⁵³.

Il principio di inassicurabilità degli atti intenzionali dell'assicurato trova espressione anche in ambito di assicurazione della responsabilità civile all'art.

⁴⁸ Cfr. C. VITERBO, *op. ult. cit.*, 37.

⁴⁹ Sul punto C. VIVANTE, *op. ult. cit.*, 204 ss..

⁵⁰ Del resto Vivante definisce il concetto di colpa grave proprio partendo dall'effetto che la copertura assicurativa può avere sul soggetto nel senso di ridurre il livello di diligenza del medesimo. Si avrebbe allora colpa grave quando "*l'assicurato omette quelle ordinarie cautele che avrebbe usato, se non si fosse coperto coll'assicurazione*": così C. VIVANTE, *oloc. ult. cit.*

⁵¹ In tal senso C. VIVANTE, *op. ult. cit.*, 204.

⁵² Come riportata da J. BONNECASE, *Osservazioni critiche d'insieme sulla legge francese del 13 luglio 1930 relativa al contratto di assicurazione*, in *Assic.*, 1935, I, 332 ss. La regola dell'inassicurabilità della colpa è, però, fortemente radicata nel sistema come risulta dalle faticose argomentazioni della dottrina italiana degli anni '30 volte a ricondurre le ipotesi di responsabilità civile, solitamente assicurate in quell'epoca, all'interno della categoria della responsabilità oggettiva in modo da non dovervi riconoscere violazioni del suddetto assioma. Intendiamo riferirci a C. VITERBO, *op. ult. cit.*, 54 ss. Qui si nota come la regola dell'inassicurabilità della colpa è, però, fortemente radicata nel sistema come risulta dalle faticose argomentazioni della dottrina italiana degli anni '30 volte a ricondurre le ipotesi di responsabilità civile, solitamente assicurate in quell'epoca, all'interno della categoria della responsabilità oggettiva in modo da non dovervi riconoscere violazioni del suddetto assioma

⁵³ V. *infra* par. 4.

1917⁵⁴. La disposizione ivi contenuta risulta fondata su ragioni di ordine pubblico ovvero di deterrenza degli illeciti. Non sarebbe infatti ammissibile, in una logica di ordine pubblico, tenere indenne il responsabile di un fatto illecito dalle conseguenze giuridiche della propria azione intenzionale perché ciò porterebbe ad incentivare le condotte antiggiuridiche⁵⁵.

Da tempo il problema dell'assicurabilità degli illeciti dolosi si è posto con riferimento in ambito di responsabilità civile automobilistica.

Da parte di alcuni si è ritenuto che, in tal caso, l'assicuratore è tenuto a pagare l'indennizzo anche in ipotesi di illeciti dolosi, riservandosi la facoltà di agire in rivalsa contro l'assicurato-danneggiante⁵⁶.

Più recentemente la Suprema Corte è addirittura arrivata ad affermare che, in ambito di assicurazione obbligatoria dei veicoli a motore, non trova applicazione la norma di cui all'art. 1917 c.c., non ripreso dalla normativa speciale in materia

⁵⁴ La giurisprudenza ha però recentemente distinto, in ipotesi di reati dolosi, l'intenzionalità dell'illecito dall'intenzionale produzione del danno. Si è così affermato che "dopo la condanna penale per il delitto doloso effettivamente voluto dall'agente e dal quale sia derivata, quale conseguenza non voluta, la morte di una persona, compete al giudice civile investito della causa per il risarcimento dei danni cagionati da quella morte di accertare, in relazione al disposto dell'art. 1917 c.c., se la condotta dell'agente in ordine all'evento non voluto sia qualificabile autonomamente come colposa, distinta da quella dello stesso agente qualificata come dolosa in riferimento al delitto voluto": così Cass. Civ., 17 dicembre 2009, n. 26505, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, con nota di V.C. GARRANO, *Quando la condotta dolosa del medico nega la copertura assicurativa*.

⁵⁵ Il problema dell'inassicurabilità degli illeciti dolosi ha trovato da ultimo un rinnovato interesse con riguardo all'assicurabilità della responsabilità civile del datore di lavoro per i danni da mobbing derivanti da vessazioni intenzionali. Cfr. Cass., 26.3.2010, n. 7382, in *Foro it.*, 2010, 2056 con nota di S. LANDINI, *Il problema dell'assicurabilità del «mobbing»*. Non constano precedenti in tal senso. Il Consiglio di Stato (Cons. Stato, 17 marzo 2009, n. 1576, in *Foro it.*, 2009, III, 433 con nota critica di S. GIUBBONI, *L'Inail il mobbing e il Consiglio di Stato*) ha affermato l'inassicurabilità del mobbing con riferimento alla copertura Inail ai sensi del d.p.r. 1124/1965 sulla base di un'argomentazione incentrata sulla funzione dell'indennizzo delle tecnopatie causate da costrittività organizzativa sul lavoro. La suprema corte della giustizia amministrativa muove da un'idea di ritipizzazione del rischio professionale, che importerebbe l'esclusione dalla copertura delle tecnopatie non tabellate in base al d.p.r. 1124/1965.

Si tratta quindi di una problematica diversa dalla presente concernente un'ipotesi di contratto di assicurazione a premio per la responsabilità civile del datore di lavoro ed incentrata sull'esclusione dalla copertura degli illeciti dolosi ex art. 1917 c.c..

Sulla necessaria intenzionalità del mobbing S. MAZZAMUTO, *Mobbing*, Milano, 2004, 5. Critico rispetto a questa posizione in particolare R. DEL PUNTA, *Il mobbing: l'illecito e il danno*, in *Lav. dir.*, 2003, 542; ID., *Diritto del lavoro*, 2a ed., Milano, 2008, 514.

⁵⁶ Il dolo dell'assicurato dovrebbe ritenersi coperto e, ove escluso in via convenzionale, tale esclusione non sarà opponibile al terzo danneggiato ex art. 18 della l. 990/1969 (ora art. 144 cod. ass) nei limiti del massimale. In tal senso GERI, *Osservazioni sulla inopponibilità delle eccezioni contrattuali nell'assicurazione obbligatoria automobilistica*, in *Assicurazioni*, 1979, II, 269 ss. In quest'ultimo caso l'assicuratore, pur non essendo esentato dalla corresponsione dell'indennizzo al danneggiato, vanterebbe comunque un diritto di rivalsa verso l'assicurato.

La giurisprudenza ha anche ritenuto esistente un implicito divieto di escludere convenzionalmente il dolo dell'assicurato in caso di assicurazione sulla responsabilità civile automobilistica. In tal senso Cass. Civ., 18 febbraio 1997 n. 1502, in *Resciv. e prev.*, 1998, I, 1082, con note di G. COLAIACOMO, *Il problema del dolo nell'assicurazione obbligatoria R.C.A. e l'eterointegrazione normativa del contratto* e di E. RICCIARDIELLO, *L'assicurazione del fatto doloso*.

e non rispondente al principio di solidarietà verso il danneggiato⁵⁷. Il dolo dovrebbe pertanto ritenersi coperto salva esclusione convenzionale inopponibile al terzo danneggiato ex art. 144 c.d.a. Solo per tale ipotesi varrebbe il diritto di rivalsa dell'assicuratore.

Al riguardo è bene ricordare che una simile interpretazione si è sviluppata in un ambito, regolato da una disciplina speciale, in cui è prevista l'azione diretta del danneggiato verso l'assicuratore del responsabile⁵⁸, che può giustificare interpretazioni che individuano un rapporto solidaristico tra assicuratore e danneggiato, pur con tutte le perplessità del caso in quanto indirettamente si arriva ad ammettere una copertura degli illeciti dolosi. Sembrano inoltre da escludere le interpretazioni che non ammettono il diritto di rivalsa dell'assicuratore nei confronti del responsabile perché finirebbero per svilire ogni forma di deterrenza degli illeciti dolosi.

Questa condizione non si presenta in ambito di assicurazione privata della responsabilità civile in genere stante il disposto di cui all'art. 1917.

Ne emerge una distanza tra la disciplina generale della responsabilità civile e la disciplina particolare della responsabilità civile automobilistica che sarà bene considerare anche con riferimento alla assicurazione RCO la quale, mancando di una disciplina speciale, risulta disciplinata dalla normativa sulla assicurazione contro la responsabilità civile in generale a parte qualche problema particolare che dovrà tener conto della peculiare funzione della polizza.

In tal senso pare leggibile anche una certa giurisprudenza della Corte Costituzionale. Con particolare riguardo alla copertura degli illeciti civili del datore di lavoro ai danni dei propri dipendenti, la norma in esame è stata sottoposta al vaglio del giudice costituzionale. La Corte si è pronunciata sul punto dichiarando inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1917, II comma, c.c., nella parte in cui non prevede in favore del lavoratore azione diretta contro l'assicuratore del datore di lavoro per il credito risarcitorio da danno differenziale derivante da infortunio sul lavoro, in riferimento agli art. 3, 24, 35 e 111 Cost.⁵⁹. Ovviamente questa pronuncia non deve portarci alla soluzione estrema che, tenuto conto della lettera dell'art. 1917 ove si parla di indennizzo all'assicurato, non siano ammissibili pagamenti direttamente al terzo da parte dell'assicuratore. Si ammette in genere un pagamento spontaneo dell'assicuratore nelle mani del terzo danneggiato, perché tale facoltà è prevista all'art. 1188 c.c.; oppure un pagamento nelle mani del terzo su richiesta dell'assicurato, perché tali ipotesi risulterebbe pienamente ascrivibile alla fattispecie di cui all'art. 1269 della delegazione in pagamento⁶⁰.

In corrispondenza alla inassicurabilità del dolo potremmo porre l'inassicurabilità degli atti accidentali che in quanto esorbitanti nella loro determinazione rispetto

⁵⁷ Così Cass. Civ., 21 giugno 2004, n. 11471, *Foro it.*, Rep., 2004, voce Assicurazione (contratto), n. 158.

⁵⁸ Sul rapporto *ex lege* tra danneggiato e assicuratore in tale ipotesi cfr. M. FRANZONI, *Il terzo danneggiato nell'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile*, Padova, 1986., 43 ss.; ID. *L'inopponibilità delle eccezioni nell'assicurazione obbligatoria della RCA*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, I, 36 ss.

⁵⁹ Così C. Cost., 5 marzo 2009, n. 63, in *Foro it.*, 2009, I, 1696 con nota di A. PALMIERI.

⁶⁰ Vedi F. PECCENINI, *op. ult. cit.*, 190.

alla sfera di autoresponsabilità dell'assicurato non possono rientrare nella copertura della sua responsabilità⁶¹.

I concetti di caso fortuito e di causa di forza maggiore sono individuati come ipotesi di esclusione della responsabilità dell'agente. L'art. 2043 viene, infatti, letto in combinato con l'art. 45, ove si prevede che *“non è punibile chi ha commesso il fatto per caso fortuito o per forza maggiore”*, laddove il caso fortuito rappresenterebbe un potere eccezionale impreveduto e imprevedibile idoneo ad escludere l'elemento psicologico del reato e la forza maggiore si avrebbe quando l'agente ha incontrato una *vis major* per cui *“agitur sed non agit”* ovvero non ha agito, ma è stato fatto agire; il che varrebbe ad interrompere il nesso di causalità tra l'agente e l'evento di danno⁶².

Ad una prima lettura del combinato sopra disposto tra codice civile e codice penale risulta che le forze della natura possono quindi agire sia sul piano eziologico sia su quello della colpa: possono infatti valere ad interrompere il nesso causale tra l'agente e l'evento di danno, laddove le stesse abbiano avuto un ruolo determinate nella produzione dello stesso.

Anche ove, per il determinarsi del procedimento di causazione dell'evento di danno, la catena eziologica che lo riconduce all'agente non risulti interrotta, l'inarrestabilità e l'imprevedibilità della *vis major* potrebbero escludere la sussistenza di una condotta colpevole in capo all'agente. Si pensi al caso della mancata adozione di misure preventive, aventi un'alta probabilità di evitare o ridurre i danni, in presenza di una forza devastatrice che per la sua straordinarietà è andata ogni oltre possibile previsione. In tale ipotesi la scelta,

⁶¹ Sul punto E. BOTTIGLIERI, *Dell'assicurazione contro i danni*, in *Codice civile commentato Schlesinger continuato da Busnelli*, Artt. 1904-1918, Milano, 2010, 270-271. La giurisprudenza, sul punto, è costante nell'affermare che l'assicurazione della responsabilità civile, non può concernere fatti meramente accidentali dovuti cioè a caso fortuito o forza maggiore, dai quali non sorge responsabilità. È quindi necessariamente coperta la colpa dell'assicurato. È invece esclusa la copertura degli illeciti dolosi. *Ex plurimis* Cass. Civ., 28 febbraio 2008, n. 5273, *id.*, Rep., 2009, voce Assicurazione (contratto), n. 111; Cass. Civ., 13 marzo 2009, n. 6155, *ibidem*, voce cit., n. 129.

⁶² I nostri giudici, sulla base di una lettura combinata dell'art. 2043 con l'art. 45 c. arrivano a concludere che il caso fortuito e la causa maggiore *“escludono la responsabilità dell'agente, incidendo il caso fortuito sulla colpevolezza e la forza maggiore sul nesso psichico. La relativa nozione va desunta all'art. 45 cod. pen., rimanendo integrata con il concorso dell'imprevedibilità ed inevitabilità da accertare positivamente mediante specifica indagine”*: così *ex plurimis* recentemente Cass. Civ., 29 aprile 2010, n. 10343, in *Mass Foro it.*, 2010.

Ancora si afferma da parte dei giudici di merito che: *“è da escludersi la colpa del proprietario dell'immobile se il distacco della copertura del tetto è stato provocato da una violenta tempesta di vento, in quanto forza maggiore della natura, improvvisa, irresistibile ovvero imprevedibile, interruttiva del nesso eziologico, al ricorrere della quale il proprietario va mandato assolto da responsabilità per i danni cagionati.”*: così Trib. di Busto Arsizio, 20 gennaio 2010, in www.altalex.it.

Anche in ambito di relazioni contrattuali le cause di forza maggiore rappresentano esclusioni della responsabilità per l'inadempimento determinato dalla loro sopravvenienza. Così in un caso di annullamento del volo causa mal tempo i giudici assumevano che *“nel merito, non vi è dubbio che il blocco dei voli da Malpensa causa neve non possa di per sé essere addebitato alla responsabilità della convenuta, essendo causato da ragioni di forza maggiore. È tuttavia fuor di dubbio che il venir meno del preventivato volo da Malpensa onerava il Tour Operator (organizzatore del pacchetto turistico venduto agli attori), in quanto tale, a riprogrammare immediatamente il pacchetto turistico venduto agli odierni attori, offrendo altra data ed ora di partenza”*: così G.d.P. Verona, 11 dicembre 2008, in www.difesaconsumatori.it.

da parte dei soggetti deputati ad attività di controllo e di prevenzione, di non dare applicazione alle norme contenenti specifiche misure preventive, pur entrando nel processo eziologico secondo il criterio del “più probabile che non”, potrebbe essere giustificata dalla impossibilità di prevedere che la situazione si sarebbe evoluta secondo dinamiche tali da costituire la fattispecie di particolare allarme ambientale costituente la premessa sostanziale per l'adozione delle suddette misure.

Un evento, secondo l'orientamento della giurisprudenza di legittimità “...può qualificarsi accidentale quando, pur sussistendo la generica possibilità del suo accadimento, intervengano circostanze estranee all'attività dell'agente (predisposta con le cautele necessarie ad evitare l'altrui pregiudizio) che concretino l'astratta potenzialità dannosa di tale attività in uno specifico danno a carico di un determinato bene appartenente ad un terzo”.

L'accidentalità va invece esclusa quando l'evento dannoso si verifichi naturalmente in dipendenza della sola attività dell'agente e delle stesse modalità con cui essa è stata predisposta ed eseguita”⁶³.

In tale logica devono essere lette le clausole contrattuali delle polizze contro la responsabilità civile che definiscono il “rischio assicurato”, prevedendo l'obbligo per l'assicuratore di tenere indenne l'assicurato “...per danni involontariamente cagionati a terzi...in conseguenza di un fatto accidentale...” La garanzia assicurativa “... non si estende a tutti i fatti colposi, ma soltanto a quelli colposi accidentali, inteso il concetto di accidentalità elaborato nella prassi assicurativa, non in coincidenza di quello del fortuito, ma con esplicito riferimento alla repentinità e brevità del comportamento e con esclusione nella previsione pattizia di ogni comportamento attivo prolungato, permanente o reiterato”⁶⁴. Alla luce della giurisprudenza richiamata tali polizze dovrebbero essere ritenute nulle o forse meglio dire improduttive di effetti in quanto in presenza del caso fortuito, escludente la responsabilità civile dell'assicurato, la garanzia assicurativa non opera⁶⁵. Per contro si potrebbe dire che l'inclusione pure del caso fortuito o del fatto accidentale (come sopra inteso per distinguerlo dal puro caso fortuito) è volta a garantire il terzo che ha subito il danno. In pratica la responsabilità civile viene per tal via ad includere una copertura per danni conto terzi .

2.4. Le spese di resistenza.

L'art. 1917, III comma disciplina la ripartizione delle spese giudiziali in caso di assicurazione della responsabilità civile ove si prevede che le spese di resistenza,

⁶³ In tal senso Cass. Civ., 4 febbraio 1992, n. 1214, in *Mass. Foro it.*, 1992.

⁶⁴ Così C. App. essina, 12 maggio 1980, in *Resp. Civ e Prev.* 1980, 552. Una giurisprudenza più recente ha invece assimilato il caso fortuito alla accidentalità interpretando però la polizza in modo da far salve le clausole e renderle produttive di effetti. Il problema è legato alla interpretazione del contratto. “L'assicurazione della responsabilità civile, mentre non può concernere fatti meramente accidentali, dovuti, cioè, a caso fortuito o forza maggiore, dai quali non sorge responsabilità, per la sua stessa natura importa necessariamente l'estensione ai fatti colposi, restando escluso, in mancanza di espresse clausole limitative del rischio, che la garanzia assicurativa non copra alcune forme di colpa. Pertanto la clausola della polizza stipulata da un condominio, la quale preveda la copertura dei danni “involontariamente cagionati a terzi in conseguenza di un fatto accidentale”, senza contenere alcuna limitazione con riguardo a determinati gradi di colpa, fa ritenere operante la garanzia anche in ipotesi di comportamento gravemente colposo dell'assicurato (nella specie, per il difetto di manutenzione di una tubazione idrica condominiale), con la sola eccezione delle condotte dolose”: in Cass. Civ., 26 febbraio 2013, n. 4799, in *Resciv. prev.*, 2013, 3, 995.

⁶⁵ Cfr. Cass. Civ., 26 febbraio 2013, n. 4799, cit.

ovvero quelle sostenute per resistere all'azione del danneggiato contro l'assicurato, sono a carico dell'assicuratore nei limiti del quarto della somma assicurata. Nel caso in cui, però, sia dovuta al danneggiato una somma superiore al capitale le spese giudiziali si ripartiscono tra assicuratore e assicurato in proporzione al rispettivo interesse.

Si tratta peraltro di una delle disposizioni non derogabili in senso sfavorevole all'assicurato *ex art.* 1932.

Secondo l'orientamento maggioritario le spese relative alla c.d. regola del quarto non comprendono quelle di soccombenza di cui all'art. 91 c.c. che rientrerebbero invece nell'obbligazione risarcitoria e sarebbero sottoposte al limite generale del massimale fatta salva l'ipotesi della *mala gestio*⁶⁶.

Tale obbligo peraltro sussiste anche laddove, pure in presenza di un patto gestione lite presente solitamente nei contratti di assicurazione contro la responsabilità civile in base al quale si prevede la facoltà per l'assicuratore di assumere direttamente rapporti col danneggiato⁶⁷, l'assicuratore non ha assunto direttamente la difesa dell'assicurato. Non saranno invece rimborsabili le spese che derivano da un procedimento penale ove non vi sia stata costituzione di parte civile.

Va detto che altro è la copertura accessoria delle spese legali che si estende a tutte le spese sostenute per la difesa nei giudizi civili, penali e amministrativi, salvo diversa delimitazione, sostenute dall'assicurato in ragione del fatto da cui origina la sua responsabilità.

Resta il dubbio circa la ammissibilità della operatività della copertura per i costi derivanti dall'applicazione dell'art. 96, 3 comma c.p.c. che secondo la ricostruzione più accreditata avrebbe una funzione segnatamente sanzionatorio/punitivo volta a scoraggiare l'abuso del processo e a colpire iniziative processuali pretestuose o strumentali⁶⁸. La giurisprudenza ritiene che debba essere considerato piuttosto come pena privata senza essere qualificato come "danno punitivo" non riconosciuto dal nostro ordinamento⁶⁹.

Risulta come l'importo dovuto *ex art.* 96, 3° comma c.p.c. altro sia rispetto al risarcimento del danno e rispetto alle spese legali, talché il suo costo non può ritenersi incluso nella assicurazione contro la responsabilità civile, nelle polizze tutela legale e spese legali. Seguendo l'impostazione della nostra giurisprudenza ed arrivando ad escludere per queste l'applicazione del principio di inassicurabilità delle sanzioni punitive, si dovrebbe comunque ammettere la loro espressa copertura.

⁶⁶ Da ultimo F. PECCENINI, *op. ult. cit.*, 192-193.

⁶⁷ Riguardo l'inquadramento di tale negozio la giurisprudenza afferma che "Il patto con cui l'assicuratore assume la gestione della lite configura un negozio atipico accessorio al contratto di assicurazione, costituendo un mezzo attraverso il quale viene data esecuzione al rapporto stesso; ne consegue che il diritto che l'assicurato esercita, in forza del patto suddetto, di essere tenuto indenne dalla pretesa risarcitoria fatta valere nei suoi esclusivi confronti dal danneggiato per la somma eccedente il massimale di polizza, trovando titolo nel contratto assicurativo, è assoggettato alla prescrizione annuale di cui all'art. 2952, 2° comma, c.c.": così Cass. Civ., 30 gennaio 2006, n. 1872, in *Mass. Foro it.*, 2006.

⁶⁸ Cfr. F. D. BUSNELLI, *L'enigmatico ultimo comma dell'art. 96 c.p.c.: responsabilità aggravata o "condanna punitiva"?*, in *Danno e Resp.*, 2012, 585 ss..

⁶⁹ Cfr. Trib. Bari 28 aprile 2011, in *Foro it.*, 2011, I, 2171; Trib. Varese, 30 ottobre 2009, in *NGCC*, 2010, 488; Cass. Civ., 30 luglio 2010, n. 17902, in *Foro it.*, 2011, I, 3134.

2.5 Le coperture accessorie. La garanzia malattie professionali e la assicurazione per le spese legali.

Distinta dalla copertura RCO è l'assicurazione per le malattie professionali sebbene i due contratti presentino possibili profili funzionali comuni. La presenza di una simile garanzia facilita l'indennizzo del lavoratore che presenti degli stati morbosì eziologicamente riferibili alla attività lavorativa svolta indipendentemente dalla prova di una responsabilità del datore di lavoro.

Ove poi sia anche provata una responsabilità del datore di lavoro sorgeranno problemi di cumulo tra indennizzo e risarcimento che andremo ad affrontare nel prosieguo del discorso⁷⁰.

Le assicurazioni malattie, distinte dalle assicurazioni spese mediche volte a garantire il patrimonio dell'assicurato in caso di costi sanitari, l'interesse assicurato è l'integrità della persona. In questa ipotesi, data la natura del danno e la sua indeterminabilità in concreto, la quantificazione dell'indennizzo è rimessa a criteri predeterminati convenzionalmente ordinati secondo il tipo e la gravità della lesione personale. Come osserva la dottrina⁷¹, seguita dalla giurisprudenza maggioritaria⁷², il fatto che l'indennizzo in queste ipotesi sia determinato in astratto come nelle assicurazioni sulla vita, non toglie che si tratti di assicurazioni contro i danni. L'infortunio e la malattia sono, infatti, considerati nelle polizze come eventi dannosi la cui gravità rileva ai fini della determinazione dell'indennizzo.

Come detto è importante distinguere le assicurazioni malattie da altre assicurazioni aventi ad oggetto lo stesso evento, ma rientranti piuttosto nell'assicurazione del patrimonio. È il caso dell'assicurazione per le spese mediche.

Come osservato dalla dottrina per le assicurazioni infortuni e malattie la loro classificazione all'interno del ramo danni ad opera oggi del codice delle assicurazioni private, non deve essere sopravvalutato nel senso di ritenere a tali contratti automaticamente applicabili tutte le norme di cui agli art. 1904 ss.⁷³.

Dubbi, inoltre, potrebbero essere sollevati circa l'applicabilità della disciplina del contratto di assicurazione sulla vita o del contratto di assicurazione contro i danni a quelle polizze difficilmente riconducibili alla rigida distinzione assicurazioni contro i danni - assicurazioni sulla vita di cui all'art. 1882.

Accanto a polizze malattia tradizionali in cui l'assicuratore verso il pagamento di un premio si impegna a indennizzare l'assicurato per stati morbosì in base ad una tabella da lui predeterminata, abbiamo da tempo garanzie particolari.

Mi riferisco alle *permanent health insurance*. In questo caso l'assicuratore si impegna a pagare al *Grantee* una somma in caso di *Total o Partial Disability* dell'assicurato, somma che verrà calcolata sulla base della percentuale di invalidità e che verrà

⁷⁰ V. *infra*.

⁷¹ In tal senso G. VOLPE PUTZOLU, *ult. oloc. cit.*

⁷² La giurisprudenza tende ad applicare le norme sull'assicurazione contro i danni, e in particolare gli artt. 1904, 1913 e 1915, anche alle assicurazioni contro gli infortuni. Cfr. Cass. Civ., 25 novembre 1999, n. 13140, in *Mass. Foro it.*, 1999; Cass. Civ., 11 marzo 2005, n. 5435, in *Dir. ed economia assicuraz.*, 2006, 159.

⁷³ V. G. VOLPE PUTZOLU, *Le assicurazioni. Produzione e distribuzione*, cit., 152.

corrisposta al *Grantee* a partire dalla fine del *Deffered Period* stabilito nella polizza. La copertura assicurativa, però, cesserà in caso di morte, pensionamento o mancato pagamento del premio⁷⁴. In questo caso la funzione indennitaria del contratto viene ad arricchirsi di una funzione previdenziale in quanto si mira altresì a fornire all'assicurato risorse per affrontare stati di bisogno futuro per la patologia.

Oltre alla *permanent health insurance*, un'altra copertura con funzione previdenziale è quella *dread disease*. Con tale formula si intende una copertura complementare, abbinata ad una assicurazione vita, contro il rischio di insorgenza di una malattia particolarmente grave. Questo polizza ha finalità soprattutto previdenziali, offrendo sostegno economico in caso di una grave malattia che richiede costosi interventi chirurgici. Le malattie più frequenti previste dalla *dread disease* sono: infarto del miocardio; malattie che richiedono interventi di chirurgia cardiovascolare; ictus cerebrale; tumore o neoplasia maligna; insufficienza renale irreversibile; malattie che comportano la necessità di un trapianto d'organo.

Anche in questo caso però la funzione non vale a qualificare il contratto in termini di un contratto di assicurazione sulla vita. Non intendiamo qui entrare sulla questione della funzione strettamente previdenziale delle polizze vita, si tratta caso mai di indagare sugli aspetti rilevanti nella qualificazione dei contratti di assicurazione.

Se si distoglie l'attenzione dalla funzione economico sociale in senso astratto, per piegarla piuttosto sulla causa in concreto e sulla funzione economico individuale ovvero sulla funzione disegnata dalle parti⁷⁵, con riferimento al contratto di assicurazione, assume rilievo centrale il rapporto rischio/premio.

Mentre nelle polizze vita il rischio è disegnato sulla base di tavole di mortalità e dalla probabilità di sopravvivenza, in caso di polizze malattia altri sono i dati sul

⁷⁴ V. G. VOLPE PUTZOLU, *oult. cit.*, 190.

⁷⁵ Così G. B. FERRI, *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, Rimini, 1995, 208-209. La teorizzazione della causa come funzione del negozio in senso soggettivo trova in vero luogo in data anteriore rispetto all'opera dell'autore citato. V. in particolare F. CARUSI, *La causa dei negozi giuridici e l'autonomia della volontà nel diritto privato italiano*, Napoli, 1947, 150-152. Rilevanza degli interessi delle parti contraenti sotto il profilo causale è riconosciuta da C. SCOGNAMIGLIO. *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992, 225 ss. Si è parlato altresì di causa come "interesse obiettivato nel regolamento contrattuale" così: D. CARUSI, *La disciplina della causa*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, t. 1, Torino, 1999, 532 e ancora la causa è stata identificata "con l'assetto astratto di interessi cui la norma subordina l'assunzione di rilevanza giuridica dell'affare privato": U. LA PORTA, *Il problema della causa del contratto*, I, *La causa ed il trasferimento dei diritti*, Torino, 2000, 25. Sul punto, solo per motivi di completezza, ricordiamo le osservazioni di Betti sulle teorie soggettiviste di S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di causa nel negozio giuridico*, in *Nuova riv. dir. comm.*, 1947, 13-21. Betti rilevava in particolare l'errore di una visione unilaterale soggettiva dal momento che una ragione variabile e contingente non potrebbe costituire motivo di interesse e tutela degli atti di autonomia privata da parte dell'ordinamento. Così E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, II ed., Torino, 1960, 172 ss. L'approccio funzionale al problema della causa pone dei dubbi dal punto di vista del significato pratico di tale soluzione, dal momento che una funzione, sia essa intesa in senso oggettivo o soggettivo, sarà immanente in ogni atto posto in essere dai privati e non nei soli contratti. Sul punto v. R. SACCO, in R. Sacco G. De Nova, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile diretto da R. Sacco*, t.1, Torino, 1993, 635 ss.; M BESSONE - V. ROPPO, *La causa nei suoi profili attuali (materiali per una discussione)*, in *Causa e consideration*, Padova, 1984, 3 ss. e in particolare 13.

piano attuariale che vengono considerati e sulla base dei quali viene disegnata l'economia del contratto ovvero sugli interessi condivisi dalle parti nella formazione del vincolo contrattuale⁷⁶.

Nelle assicurazioni danni il rischio è la possibilità che si verifichi il sinistro ovvero un pregiudizio al patrimonio, alle cose o all'integrità fisica dell'assicurato. Nell'assicurazione vita il rischio è il possibile verificarsi di un evento della vita umana. La distanza che intercorre sul piano attuariale tra un sinistro ed un evento legato alla vita umana anche in termine di fattori esogeni ed endogeni incidenti sul calcolo delle probabilità finisce per incidere sulle regole proprie dell'assicurazione contro i danni e dell'assicurazione sulla vita oltre che sul calcolo delle riserve. Aspetti come la presenza dell'interesse a contrarre, il principio indennitario, la copertura degli atti intenzionali presentano diversità a seconda che li si considerino per l'uno o l'altro sottotipo di contratto di assicurazione. Con riferimento alle assicurazioni sulla salute si nota come in caso di polizze annuali nel calcolo del rischio assumono importanza aspetti di previsione di sinistrosità e inflazione tipici dei contratti di assicurazione contro i danni. Per contro nel caso contratti *long term* assumono maggior rilievo problemi connessi con la durata aleatoria della vita dell'assicurato il che legittimerebbe ad usare basi di calcolo proprie delle assicurazioni sulla vita⁷⁷.

E' vero che in caso di *longevity risk*⁷⁸, coperto ad esempio con le polizze *long term care (LTC)*. In questo caso abbiamo una stretta commistione tra funzione previdenziale e indennitaria anche dal punto di vista del calcolo rischio.

Per LTC si intende quel contratto con cui l'assicuratore si impegna a provvedere con interventi necessari a fronte di situazioni di bisogno di assistenza che si possono verificare soprattutto in età avanzata, situazioni di bisogno non necessariamente provocate da infortunio o specifica malattia ma anche da senescenza e conseguente riduzione dell'autosufficienza.

Le prestazioni fornite da una copertura LTC possono essere sia una diaria prestabilita, di norma variabile con il grado di autosufficienza, sia il rimborso delle spese per l'assistenza ancorché non integrale per la presenza di *franchise*, scoperti e massimali; sia la prestazione alternativa di rendita ed assistenza (senza alcun onere di spesa) in istituti convenzionati.

Nei casi in cui la copertura assicurativa preveda una prestazione pecuniaria, occorre stabilire le condizioni al verificarsi delle quali la prestazione stessa deve essere erogata. Di norma si tiene conto o della richiesta di assistenza LTC domiciliare o con ricovero; oppure della comprovata mancanza di autosufficienza nello svolgere determinate "attività elementari" (le c.d. "*activities*

⁷⁶ S. PIMONT, *L'économie du contrat*, Aix En Provence, 2004, 25 sottolinea attraverso un'attenta indagine giurisprudenziale "*une tendance utilitaire et pragmatique qui, prenant en compte la réalité de l'opération économique formant le substrat de la convention, protège les intérêts très concrets attendus par les parties*".

⁷⁷ E. PITACCO, *Il rischio salute nell'ambito delle assicurazioni vita. Profili tecnico-attuariali*, in Atti del V Congresso nazionale di Scienza delle assicurazioni, Torino, 1996, 69-70.

⁷⁸ Inteso come "*rischio "sistematico" derivante dalla futura evoluzione dello scenario demografico, ed alle sue conseguenze sulla gestione tecnica di prodotti previdenziali e di coperture assicurative sulla salute quali le assicurazioni malattia per anziani e le assicurazioni Long Term Care, sia a livello individuale che a livello di collettività*". E. PITACCO, *Prodotti assicurativi sanitari e previdenziali nel nuovo scenario demografico. Profili attuariali, Relazione al congresso di scienze e tecnica delle assicurazioni*, 2004, in www.ecostat.unical.it

of daily living”), usuali nella vita quotidiana; o infine del raggiungimento di un determinato *score* partendo da schemi di “punteggio” .

Tornando alla questione della qualificazione delle polizze malattia, la verità è che, come osservava la dottrina in materia di assicurazione infortuni⁷⁹, forse occorre superare il bipolarismo danni e vita recuperando la unitarietà funzionale del contratto di assicurazione che mira alla traslazione di un rischio

Un'altra garanzia accessoria all'RCO è quella per spese legali e tutela legale a carico del responsabile.

Il contratto di tutela legale copre l'esigenza di trovare copertura finanziaria e assistenza tecnica rispetto all'insorgenza di una lite che in genere importa la necessità di sostenere spese per l'assistenza legale, spese di giudizio (ove sia avviata un'azione giudiziale), nonché oneri per consulenze di varia natura (consulenze tecniche, investigazioni, perizie medico-legali, ecc.).

Attraverso il contratto di assicurazione di tutela legale un'impresa di assicurazione si obbliga, verso il pagamento di un premio, a garantire copertura economica all'assicurato per le spese legali e/o peritali nonché a fornire prestazioni di altra natura (ad esempio consulenza legale, investigazioni ecc.), ove l'assicurato si trovi nella necessità di difendere propri interessi giuridicamente rilevanti in sede giudiziale o extragiudiziale.

Un simile contratto trova oggi una “definizione” nell'ordinamento italiano in una norma, ora contenuta nel codice delle assicurazioni private (art. 173 dlgs 209/2005 da ora in poi indicato come c.a.p.) di derivazione comunitaria⁸⁰.

Il primo aspetto problematico dei contratti di assicurazione legale riguarda la loro qualificazione all'interno del tipo “contratto di assicurazione”. *Nulla questio* invece, ovviamente, relativamente alla natura assicurativa dei contratti di assicurazione spese legali con cui l'assicuratore, verso il pagamento di un premio si obbliga a tenere indenne l'assicurato dei costi che questi si trova a dover fronteggiare per difendere i propri interessi.

Anche nella “definizione” di assicurazione di tutela legale di cui sopra, risulta infatti che l'assicuratore si assume non solo un obbligo indennitario, ma anche una prestazione di servizi eventuale legata all'alea di una necessità per l'assicurato di dovere difendere i propri interessi in via legale.

Va detto che il contratto di assicurazione di tutela legale importa una copertura di un bisogno eventuale (la tutela dell'interesse giuridicamente rilevante dell'assicurato in caso di conflitto giudiziale o stragiudiziale) a costo parziale (in quanto i costi della tutela legale sono ripartiti all'interno della comunione degli

⁷⁹ V. *infra* nota 85. V. inoltre G. VOLPE PUTZOLU, *L'evoluzione dell'assicurazione sulla vita. Problemi giuridici*, in *Atti del V congresso nazionale di scienza delle assicurazioni*, cit., 85 ss.

⁸⁰ In origine la disciplina era contenuta nel decreto legislativo 26 novembre 1991, n. 393 capo II intitolato “*assicurazione tutela giudiziaria*”. Dettato in attuazione delle direttive 84/641/CEE, 87/343/CEE e 87/344/CEE. In particolare la direttiva 87/344 “*recante coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative relative all'assicurazione tutela giudiziaria*” è stata emanata considerando “*che, allo scopo di tutelare gli assicurati, occorre evitare il più possibile ogni eventuale conflitto di interessi fra un assicurato coperto per la tutela giudiziaria ed il suo assicuratore*”. Tale decreto è stato successivamente abrogato dal d.lgs 175/1995 e poi dal d.lgs 209/2005 c.d. codice delle assicurazioni private.

assicurati). Non solo, ma anche la prestazione di assistenza assume comunque i contenuti di una prestazione indennitaria in quanto volta a tenere indenne l'assicurato da condizioni pregiudizievoli. Nel caso di specie, infatti, l'assicuratore tiene indenne l'assicurato dei costi che avrebbe dovuto altrimenti sostenere per quelle attività di assistenza che gli vengono direttamente prestate dall'assicuratore, per tal via gravato anche di una prestazione non pecuniaria.

2.6. La prescrizione dei diritti dell'assicurato.

Tra le prescrizioni brevi dettate dal legislatore si annovera l'art. 2952 in materia di materia di assicurazione.

La norma prende in considerazione varie situazioni soggettive derivanti dal rapporto assicurativo.

Il diritto al pagamento delle rate di premio si prescrive in un anno dalle singole scadenze, mentre *“gli altri diritti derivanti dal contratto di assicurazione e dal contratto di riassicurazione si prescrivono in due anni dal giorno in cui si è verificato il fatto su cui il diritto si fonda, ad esclusione del contratto di assicurazione sulla vita i cui diritti si prescrivono in dieci anni”*⁸¹.

Il termine inizia a decorrere *ex art.* 2935 dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere. Sul punto occorre ricordare come frequente nei contratti di assicurazione è la presenza di uno *spatium deliberandi* che differisce tale termine. Si tratta di un termine sospensivo della esigibilità della prestazione indennitaria dell'assicuratore. In tema di assicurazione obbligatoria della responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli, uno *spatium deliberandi* è previsto all'art. 22 l. 24 dicembre 1969 n. 990 oggi abrogato e trasfuso nell'art. 145 c.a.p.

Talvolta sono presenti in contratto clausole che concedono all'assicuratore debitore uno *spatium deliberandi* ai fini della valutazione dell'*an* e del *quantum debeatur*. Come affermato anche in giurisprudenza nell'assicurazione contro i danni, ove sia prevista una perizia contrattuale che rende inesigibile il diritto all'indennizzo fino alla conclusione delle operazioni peritali, si ha sospensione fino a tale momento la decorrenza del relativo termine di prescrizione *ex art.*

⁸¹ Curiosa la storia normativa che ha portato alla norma attuale. Il II comma dell'art. 2952 è stato sostituito dall'art. 22, comma 14, d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, e modificato in sede di conversione dalla l. 17 dicembre 2012, n. 221. Il testo del d.l. prima della conversione, recitava: *“Gli altri diritti derivanti dal contratto di assicurazione e dal contratto di riassicurazione si prescrivono in dieci anni dal giorno in cui si è verificato il fatto su cui il diritto si fonda”*. In tal modo pareva che il termine decennale riguardasse sia le polizze danni sia quelle vita. In realtà si sapeva che il governo nel dettare la norma intendeva allungare a dieci anni il solo termine previsto per le polizze vita anche al fine di risolvere il problema delle polizze dormienti”. Cfr. P. MARANO, *Prescrizione e “dormienza” delle polizze assicurative*, in *Resciv. e prev.*, 2009, 12, 2424 ss.. Il testo dell'art. 2952 prima dell'intervento del d.l. era: *«Gli altri diritti derivanti dal contratto di assicurazione e dal contratto di riassicurazione si prescrivono in due anni dal giorno in cui si è verificato il fatto su cui il diritto si fonda»*. Precedentemente il comma era già stato sostituito dall'art. 3, comma 2 *ter*, del d.l. 28 agosto 2008, n. 134, conv., con modif., in l. 27 ottobre 2008, n. 166. Il testo precedente a tale modifica recitava: *“Gli altri diritti derivanti dal contratto di assicurazione si prescrivono in un anno e quelli derivanti dal contratto di riassicurazione in due anni dal giorno in cui si è verificato il fatto su cui il diritto si fonda”*.

2952, 2° comma, c.c.; a condizione, tuttavia, che il sinistro sia stato denunciato all'assicuratore entro il termine di prescrizione del diritto all'indennizzo, decorrente dal giorno in cui si è verificato, in tal modo potendosi attivare la procedura di accertamento del diritto ed evitandosi che la richiesta di indennizzo sia dilazionata all'infinito⁸².

Sono poi previste speciali ipotesi sospensive. Al IV comma dell'art.2952 si prevede che la comunicazione all'assicuratore della richiesta del terzo danneggiato o dell'azione da questo proposta sospende il corso della prescrizione finché il credito del danneggiato non sia divenuto liquido ed esigibile oppure il diritto del terzo danneggiato non sia prescritto⁸³.

3. Assicurazione RCO e Assicurazione infortuni sul lavoro. Problemi di confine

Un istituto confinante con la assicurazione RCO è la polizza infortuni. I lavoratori dipendenti saranno infatti assistiti dalla copertura obbligatoria INAIL, non solo ma è possibile che, a complemento di tale copertura, sia prevista una copertura privata degli infortuni sul lavoro.

Una simile copertura potrà essere stipulata dal lavoratore in autonomia oppure attraverso una stipulazione per conto effettuata dal proprio datore di lavoro offrire un efficace strumento indennitario al proprio dipendente in caso di sinistri che non sono coperti da INAIL.

Ove il datore di lavoro sia responsabile è possibile che sia prevista rivalsa di INAIL o la surroga dell'assicuratore privato contro gli infortuni.

Si tratta poi di capire se, sempre in caso di assicurazione contro gli infortuni, il lavoratore danneggiato che abbia ricevuto l'indennizzo dal proprio assicuratore possa agire per il risarcimento danni nei confronti del danneggiante.

La presenza di una polizza infortuni presenta allora una serie di problemi rispetto al possibile contratto dell'assicurazione contro la responsabilità civile stipulato dal datore di lavoro.

3.1. La natura della polizza infortuni.

Si discute ancora circa la natura delle polizze infortuni. Come per le polizze malattia, di cui abbiamo già parlato⁸⁴, in caso di polizze infortuni abbiamo un sinistro che riguarda l'integrità fisica dell'assicurato e quindi l'indennizzo sarà determinato in via astratta non essendo quantificabile in concreto per esatto equivalente in denaro un pregiudizio alla persona. Questo ha portato ad

⁸² Cass.,13.03.2012, n. 3961, in *Mass. Foro it.*, 2012.

⁸³ Come anche recentemente statuito "nell'assicurazione contro i danni, la previsione della perizia contrattuale, rendendo inesigibile il diritto all'indennizzo fino alla conclusione delle operazioni peritali, sospende fino a tale momento la decorrenza del relativo termine di prescrizione ex art. 2952, secondo comma, cod. civ.; a condizione, tuttavia, che il sinistro sia stato denunciato all'assicuratore entro il termine di prescrizione del diritto all'indennizzo, decorrente dal giorno in cui si è verificato, in tal modo potendosi attivare la procedura di accertamento del diritto ed evitandosi che la richiesta di indennizzo sia dilazionata all'infinito": così Cass. Civ., 13 marzo 2012, n. 3961, in *Mass. Foro it.*, 2012.

⁸⁴ V. *supra*.

avvicinarlo alle polizze vita anche tenuto conto della funzione previdenziale che le coperture aventi ad oggetto la persona rivestono⁸⁵.

In dottrina, tenuto conto della natura dannosa dell'evento coperto, si è teso piuttosto ad avvicinare l'assicurazione contro gli infortuni ai contratti di assicurazione contro i danni quanto meno in caso di sinistri non mortali⁸⁶. Vi è stato infine chi ha preferito parlare di un *tertium genus*⁸⁷.

Sembrano rimaste non pienamente colte, anche dalla dottrina più recente che tende a parlare di un netto bipolarismo tipologico tra assicurazione sulla vita e assicurazione contro i danni⁸⁸, le osservazioni di chi metteva in discussione l'esistenza di una reale incompatibilità e incomunicabilità tra disciplina della assicurazione contro i danni e di quella sulla vita sottolineando come le diverse posizioni sul punto muovevano da considerazioni relative alla determinazione della prestazione dell'assicuratore e dell'evento assicurato, determinazioni quindi contrattuali rimesse all'autonomia delle parti e quindi non suscettibili di consentire in inquadramento sistematico in astratto del contratto di assicurazione contro gli infortuni⁸⁹.

La Cassazione a Sezioni Unite nel 2002, senza considerare tali osservazioni della dottrina, ha ricondotto le assicurazioni contro gli infortuni non mortali alla disciplina dell'assicurazione contro i danni in quando il rischio sarebbe fondato sulla probabilità di accadimento di un evento dannoso e non di un evento attinente alla vita umana⁹⁰.

Il punto è che se si guarda alle modalità di calcolo del premio nelle assicurazioni infortuni anche mortali non ci si attiene unicamente alle tavole di mortalità ma vengono considerati altri fattori legati proprio alla caratteristica dell'infortunio coperto in analogia con quanto fatto per le polizze infortuni non mortali.

Rigide partizioni risultano allora discutibili e forse, a monte, è discutibile, come già detto, anche una netta contrapposizione tra contratti di assicurazione contro i danni e contratti di assicurazione sulla vita⁹¹.

⁸⁵ Su questa posizione si veda già Cass. Civ., 19 maggio 1951, n. 1259, in *Assic.*, 1952, II, 2. In dottrina V. COLASSO, *L'assicurazione infortuni - Profili giuridici*, Milano, 1970, 13.

⁸⁶ A. DONATI, *Natura giuridica dell'assicurazione contro gli infortuni*, in *Assic.*, 1961, I, 435.

⁸⁷ V. SALANDRA, *Natura e disciplina giuridica dell'assicurazione privata contro gli infortuni*, in *Assic.*, 1948, I, 3.

⁸⁸ CORRIAS, *La causa del contratto di assicurazione: tipo assicurativo o tipi assicurativi?*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 45.

⁸⁹ G. VOLPE PUTZOLU, *L'assicurazione privata contro gli infortuni*, Milano, 1968, 5.

⁹⁰ Cass.Civ., SS.UU 10 aprile 2002, n. 5119, in *Res.Civ. Prev.*, 2002, 677.

⁹¹ L'art. 1882 nel definire il contratto di assicurazione recupera la dicotomia classica tra assicurazioni contro i danni e assicurazioni sulla vita. Nel primo caso l'assicuratore è tenuto, verso il pagamento del premio dell'assicurato, a tenere questi indenne dai danni subiti in occasione di un sinistro entro i limiti convenuti. La funzione di tale contratto sarebbe pertanto strettamente indennitaria. Nell'assicurazione sulla vita, invece, l'assicuratore, sempre verso il pagamento di un premio, assume l'obbligo di pagare una data rendita o capitale nel caso si verifichi un evento attinente alla vita umana. La funzione di tale contratto sarebbe pertanto più propriamente previdenziale. Nell'assicurazione sulla vita l'assicuratore non assume il rischio di un evento dannoso, ma si impegna a farsi carico di un bisogno economico futuro dell'assicurato.

Sebbene possa dirsi superata la tesi che vedeva nel contratto di assicurazione una unitaria funzione indennitaria presente anche nelle assicurazioni sulla vita, che avrebbero tenuto indenne l'assicurato dal "danno da morte o da sopravvivenza" (In tal senso B. KROSTA, *Über*

3.2. La stipulazione per conto da parte del datore di lavoro

Un altro aspetto da considerare per comprendere il fenomeno e i problemi che può porre riguarda la forma con cui solitamente viene stipulato. Si tratta, come detto, in genere di polizze stipulate in forma collettiva dal datore di lavoro.

L'art. 1891 disciplina l'assicurazione per conto altrui o per conto di chi spetta ovvero quei contratti di assicurazione che vedono una dissociazione tra la persona dell'assicurato e la persona del contraente. La polizza, in tali ipotesi, è stipulata dal contraente in nome proprio, ma per coprire un interesse all'assicurazione altrui ovvero un interesse di un altro soggetto che sarà l'assicurato.

Si distingue poi tra assicurazione per conto altrui e per conto di chi spetta: la prima si ha nel caso in cui, al momento della stipulazione del contratto, il contraente ha già individuato il soggetto assicurato: l'assicurazione per conto di chi spetta si ha quando il titolare dell'interesse garantito viene individuato solo

den Begriff der Versicherung, Berlin. 1911, 63. Recentemente si è detto che l'art. 1882 "esprimerebbe due modelli irriducibili ad unità": così P. CORRIAS, *La causa del contratto di assicurazione: tipo assicurativo o tipi assicurativi?*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 45), altre teorie sono state elaborate nel tentativo di dare fondamento ad una definizione unitaria del contratto di assicurazione.

Si è così sostenuto che la funzione unitaria del contratto di assicurazione riposerebbe nella copertura di un bisogno eventuale (Cfr. F. SANTORO PASSARELLI, *Rischio e bisogno nella previdenza sociale*, in *Riv. it. prev. soc.*, 1948, 8 ss.; ID., *La causa del contratto di assicurazione*, in *Studi sulle assicurazioni raccolti in occasione del cinquantenario dell'istituto nazionale delle assicurazioni*, Roma, 1963, 207 ss.). Si tratterebbe però di una definizione che, nella sua genericità, finirebbe per non riuscire a rappresentare una connotazione giuridica caratterizzante il contratto di assicurazione. È innegabile il fatto che molte altre operazioni contrattuali sono volte a soddisfare bisogni non attuali ma meramente eventuali, basti pensare al contratto di rendita (Per questa critica si veda G. SCALFI, *Assicurazione (contratto di)*, in *Digesto comm.*, I, Torino, 1987, 335).

La dottrina tedesca ha elaborato una definizione unitaria di contratto di assicurazione movendo dall'osservazione che la prestazione dell'assicuratore sarebbe costituita, oltre che da un obbligo di dare (pagare l'indennizzo, la rendita o il capitale), da un'assunzione del rischio (*Gefahrtragung*) (E. BRUCK, *Das Privatversicherungsrecht*, Mannheim - Berlin - Leipzig, 1930, 364 ss.) e quindi da un fare ovvero ottemperare ad una serie di attività di gestione del rischio trasferitogli dall'assicurato. Una simile tesi si collega ad un'altra ricostruzione teorica del fenomeno assicurativo in chiave unitarista: quella che individua un elemento essenziale, caratterizzante la stessa funzione del contratto di assicurazione, la presenza necessaria di un'impresa di assicurazione tra le parti del contratto. Queste teorie risultano attualmente in stretta frizione con la riconosciuta funzione previdenziale dell'assicurazione sulla vita, fatta propria dalla nostra giurisprudenza (Cass. SS. UU., 3 marzo 2008, n. 8271, in *Foro it.*, 2008, I, 1434, con nota di V. FERRARI, *La funzione previdenziale fra diritto pubblico e diritto privato.*) e dallo stesso legislatore che ha individuato nelle polizze vita uno strumento di attuazione della previdenza complementare. Intendiamo riferirci all'art. 13 del d.lg. 252/2005. Sulla funzione previdenziale dell'assicurazione vita si veda inoltre in particolare G. COTTINO – M. IRRERA, *Il contratto di assicurazione in generale*, in O. CAGNASCO, G. COTTINO, M. IRRERA, *L'assicurazione: l'impresa e il contratto*, X, Padova, 2001, 70; S. FORNI, *Assicurazione e impresa*, Milano, 2009, 233. Va detto che, pur tenuto conto dell'evoluzione dell'assicurazione sulla vita, sembra difficile negare unitarietà, dal punto di vista causale, al fenomeno dell'assicurazione considerato come anche nell'assicurazione sulla vita vi sia comunque l'assunzione di un rischio, non indennitario ma demografico, da parte dell'assicuratore.

in una fase successiva alla stipulazione del contratto ovvero nel momento del verificarsi del sinistro, momento in cui sono concretamente individuati i danneggiati dall'evento coperto.

Il codice disciplina il fenomeno del contratto per conto attribuendo gli obblighi derivanti da contratto al contraente, ad eccezione di quelli che per loro natura non possono essere da lui adempiuti perché riferiti ad attività eseguibili solo dall'assicurato. Il riferimento più immediato è alle c.d. condizioni di assicurabilità (tra cui gli obblighi di adottare determinati sistemi per prevenire furti o incendi nei locali assicurati), all'obbligo di fornire all'assicuratore indicazioni veritiere sullo stato del rischio *ex art. 1892 c.c.*⁹², all'obbligo di riferire all'assicuratore eventuali aggravamenti del rischio *ex art. 1893*.

L'art. 1891, III comma prevede inoltre che all'assicurato siano opponibili le eccezioni derivanti dal contratto e quelle relative agli obblighi procedurali da rispettare per non incorrere in decadenza dal diritto all'indennità anche se tali eccezioni non erano conosciute dall'assicurato⁹³.

Una simile regola risulta, però, contraria a ragioni di giustizia sostanziale se si considera che l'assicurato, non essendo parte del contratto, potrebbe non conoscere i contenuti del contratto⁹⁴. La nostra giurisprudenza ha trovato una soluzione al problema applicando, all'ipotesi *de qua*, il principio di buona fede e riconoscendo in capo al contraente l'obbligo di informare l'assicurato sia dell'esistenza dell'assicurazione, sia delle condizioni contrattuali e degli eventuali limiti posti *ex contractu* all'esercizio del diritto al pagamento dell'indennità. La violazione dell'obbligo di buona fede comporterebbe l'inopponibilità all'assicurato delle eccezioni fondate sul contratto delle quali egli non ha avuto conoscenza⁹⁵. Anche in questo caso la soluzione è stata poi prevalentemente

⁹² Si veda inoltre quanto previsto all'art. 1894 c.c. "Nelle assicurazioni in nome o per conto di terzi, se questi hanno conoscenza dell'inesattezza delle dichiarazioni o delle reticenze relative al rischio, si applicano a favore dell'assicuratore le disposizioni degli artt. 1892 e 1893".

⁹³ "Nell'assicurazione stipulata dal datore di lavoro a favore dei lavoratori, come nel contratto di assicurazione per conto altrui o per conto di chi spetta, secondo l'art. 1891, 3° comma, c.c., all'assicurato sono opponibili, a prescindere dalla conoscenza o meno che egli ne abbia avuta, le eccezioni che si possono opporre al contraente in dipendenza del contratto e, di conseguenza, anche quelle relative agli obblighi procedurali da rispettare per non incorrere in decadenza." : così Cass. Civ., 8 agosto 2003, n. 12024, in *Mass. Foro it.*, 2003. In senso analogo più recentemente la Suprema Corte ha affermato che "nell'assicurazione per conto di chi spetta, come nell'assicurazione per conto altrui, poiché il diritto dell'assicurato nasce così come lo aveva costituito lo stipulante, sono a lui opponibili da parte dell'assicuratore le stesse eccezioni di carattere reale opponibili al contraente in dipendenza del contratto assicurativo, mentre sono inopponibili all'assicurato le eccezioni che sono estranee al contratto e quelle personali ai precedenti titolari dell'interesse assicurato o al solo contraente" : così Cass. Civ., 28 ottobre 2009, n. 22809, in *Mass. Foro it.*, 2009. Sarebbe pertanto eccezionale all'assicurato il mancato pagamento del premio da parte del contraente.

⁹⁴ Cfr. L.V. MOSCARINI, *Il contratto a favore di terzi*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1997, 4 ss. Con riferimento al problema della opponibilità all'assicurato, nell'assicurazione a favore, degli oneri e obblighi accessori: N. GASPERONI, *Apposizione di oneri al beneficiario nel contratto a favore di terzo*, in *Assicurazioni*, 1955, I, 30 ss. ritiene che siano opponibili al terzo soltanto oneri. In senso contrario A. GENOVESE, *Gli obblighi del terzo beneficiario nell'assicurazione vita*, in *Giur. it.*, 1953, II, 865 ss.; A. LA TORRE, *Sull'opponibilità delle clausole limitative al terzo beneficiario del contratto*, in *Assicurazioni*, 1960, II, 32. Questi ultimi ritengono infatti che siano applicabili all'assicurato sia oneri che obbligazioni accessorie al diritto da questi acquistato in virtù della stipulazione.

⁹⁵ Così Cass. Civ., 9 aprile 2009, n. 8670, in *Assicurazioni*, 2009, 2, 305 e in *Assicurazioni*, 2010, 70 (m) con nota di I. RIVA, *Il "diritto all'informazione" quale espressione del principio di buona fede*

sviluppata a livello di autonomia contrattuale nel senso che tali obblighi di informativa a carico del contraente vengono di norma specificati nel contratto tra assicuratore e contraente per conto altrui o per conto di chi spetta.

I diritti derivanti da contratto e, in particolare, il diritto alla corresponsione dell'indennizzo spetteranno all'assicurato. Il contraente non vanta diritti alla corresponsione dell'indennizzo a meno che l'assicurato non abbia dato consenso a tal fine.

Quest'ultima previsione, contenuta nell'art. 1891, II comma, pone non pochi problemi dal punto di vista applicativo: ad esempio, stante la lettera della norma, il vettore contraente della polizza assicurativa per conto di chi spetta il quale intenda conseguire l'indennizzo dovuto dall'assicuratore dopo aver corrisposto *ex art. 1693 c.c.* il controvalore della merce stessa a seguito di furto, danneggiamento o perimento della medesima, senza il consenso espresso del contraente, non potrà ottenere l'indennizzo per il danno patito.

Al fine di risolvere la questione, la giurisprudenza ha cercato di ascrivere l'ipotesi di cui all'art. 1891 allo schema del contratto a favore di terzo affermando che l'accettazione del risarcimento potesse valere come rifiuto del credito assicurativo da parte dell'assicurato con conseguente trasferimento del medesimo al contraente *ex art. 1411, III comma*⁹⁶.

Da parte di altri, per contro, si è osservato che al contratto per conto altrui o per conto di chi spetta non può applicarsi l'art. 1411. Tale norma presuppone, infatti, che la posizione del beneficiario possa essere acquisita dallo stipulante in caso di rifiuto del beneficiario medesimo. Nell'ipotesi di cui all'art. 1891, invece, il contraente non può rivestire la posizione dell'assicurato in quanto non è titolare dell'interesse assicurato⁹⁷.

Del resto la dottrina afferma che l'art. 1891, II comma è applicazione del principio indennitario in base al quale assicurato può essere unicamente il soggetto titolare dell'interesse. Se il contraente potesse riscuotere l'indennità senza il consenso dell'assicurato, il contratto non coprirebbe più un bisogno eventuale dell'interessato e verrebbe meno la funzione del contratto di assicurazione⁹⁸.

nell'esecuzione del contratto di assicurazione; Cass. Civ., 1 aprile 2003, n. 4917, in *Giust. civ.*, 2003, I, 1189.

⁹⁶Così Cass. Civ., 25 maggio 1995, n. 5747, *Mass. Foro it.*, 1995; Cass. Civ., 20 agosto 1997, n. 7769, *ivi*, 1998; Cass. Civ., 14 aprile 1988, n. 2961, in *Giur. comm.*, 1988, II, 853, con nota di M. STELLA RICHTER, *Osservazioni in tema di assicurazione per conto di chi spetta*.

⁹⁷ Cfr. Cass. SS. UU., 18 aprile 2002, n. 5556, in *Foro it.*, 2002, I, 2009. In senso conforme Cass. Civ., 3 luglio 1996, n. 6086, in *Foro it.*, 1997, I, 1925 e in *Contratti*, 1997, 500, con nota di G. FIORETTI, *Diritti del contraente e consenso dell'assicurato*; Cass. Civ., 14 marzo 1996, n. 2120, in *Dir. maritt.*, 1998, 372, con nota di C. MEDINA, *Ancora sull'assicurazione per conto di chi spetta*; Cass. Civ., 25 febbraio 1995, n. 2140, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, 817, con nota di M. BELLARDINI, *Note in tema di assicurazione per conto di chi spetta stipulata dal vettore*; Cass., 3.2.1995, n. 1333, in *Mass. Foro it.*, 1996; Cass. Civ., 15 dicembre 1994, n. 10718, *ivi*, 1995; Cass. Civ., 15 novembre 1994, n. 9584, *ivi*, 1994; Cass. Civ., 1 dicembre 1993, n. 11890, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 710; Cass. Civ., 11 gennaio 1993, n. 187, in *Foro it.*, 1993, I, 1483, con nota di R. SIMONE. Sul punto in dottrina R. CALVO, *Il contratto di assicurazione. Fattispecie ed effetti*, in *Tratt. Franzoni*, Milano, 2012, 44.

⁹⁸ Così G. VOLPE PUTZOLU, *Le assicurazioni. Produzione e distribuzione*, cit., 93. Del resto qualificare l'ipotesi di cui all'art. 1891 come contratto a favore di terzi importerebbe che, nell'assicurazione per conto altrui o per conto di chi spetta, debba sussistere, pena la nullità,

È vero comunque che generalmente un simile interesse del contraente, ancorché indiretto, sussiste sempre. Si pensi al vettore che assicura le merci da lui trasportate contro danni, perdita o furto di cui dovrebbe rispondere lui stesso, oppure al conduttore che assicura l'immobile locato contro i danni che potrebbe essere chiamato a risarcire.

La giurisprudenza più recente sembra orientata secondo una posizione intermedia con riferimento alla possibilità di qualificare il contratto di assicurazione per conto altrui o per conto di chi spetta come contratto a favore di terzo: l'assicurazione per conto altrui o per conto di chi spetta costituirebbe "una vicenda negoziale sui generis di contratto a favore di terzo"⁹⁹, a cui si applicano tanto le norme proprie dell'istituto *ex art.* 1411 ss. del codice civile, quanto quelle del contratto di assicurazione nella parte in cui derogano ai principi generali dettati dalla legge per il contratto a favore di terzo.

Ciò posto, in una logica di giustizia sostanziale, al fine di tutelare il contraente che ha pagato il risarcimento all'assicurato e intenda rifarsi sul diritto all'indennizzo nei confronti dell'assicuratore in assenza di un espresso consenso dell'assicurato, parte della nostra giurisprudenza ha ipotizzato che detto consenso possa essere anche tacito o per fatti concludenti¹⁰⁰.

Va detto che il problema, anche in questo caso, è solitamente risolto a livello di autonomia contrattuale. Nel mercato, infatti, si contano polizze per conto che contengono clausole che riconoscono il diritto al contraente di riscuotere l'indennità senza il consenso dell'assicurato, in contrasto con il dettato di cui all'art. 1891, II comma. Del resto l'art. 1891, II comma non è compreso tra le norme sul contratto di assicurazione inderogabili indicate all'art. 1932 c.c.¹⁰¹.

Peraltro simili condizioni non risultano neppure contrarie al principio indennitario e alla necessità della sussistenza di un interesse all'assicurazione *ex*

un interesse del contraente alla stipulazione. Cfr. Cass. Civ., 20 agosto 1997, n. 7769, in *Mass. Foro it.*, 1997.

⁹⁹Così Cass. Civ., 4 maggio 2005, n. 9284, in *Mass. Foro it.*, 2005; Cass. Civ., 5 giugno 2007, n. 13058, *ivi*.

¹⁰⁰ Cass. Civ., 3 luglio 1996, n. 6086, in *Foro it.*, 1997, I, 1925 *contra* Cass. Civ., 16 aprile 2007, n. 9053, in *Mass. Foro it.*, 2007. In dottrina M. ORIO, *Il silenzio del contraente all'atto della stipulazione di un contratto di assicurazione e la volontà di ottenere la copertura di un rischio per conto altrui o di chi spetta*, in *Dir. ed econ. assicuraz.*, 1994, 759; A. SMIROLDO, *Ancora in tema di assicurazione per conto di chi spetta*, in *Dir. trasporti*, 1995, 177; S. FERRARINI, *Le assicurazioni marittime*, Milano, 1991, 225.

¹⁰¹L'art. 1891, 2° comma, c.c., secondo il quale "i diritti derivanti dal contratto spettano all'assicurato e il contraente non può farli valere senza espresso consenso dell'assicurato medesimo" non è compreso tra le disposizioni che l'art. 1932 c.c. dichiara espressamente inderogabili se non in senso più favorevole all'assicurato e, pertanto, in un contratto di assicurazione per conto di chi spetta, è lecita la clausola secondo la quale solo il contraente può esercitare i diritti e le azioni nascenti dal contratto": così Cass. Civ., 21 gennaio 1995, n. 709, in *Dir. maritt.*, 1997, 79.

La giurisprudenza ha recentemente riconosciuto il fenomeno in ipotesi di clausole del contratto di assicurazione con cui si attribuisce al finanziatore della somma utilizzata per l'acquisto del bene assicurato il diritto di soddisfarsi, nel caso di furto o perdita della cosa assicurata, sull'indennità dovuta all'assicuratore. In tal caso, ad avviso della Suprema Corte, si creerebbe peraltro un collegamento tra il contratto di finanziamento ed il contratto di assicurazione, lasciando comunque l'assicurato esposto verso il finanziatore per l'importo non corrisposto dall'assicuratore, per cui sarebbe configurabile in capo all'assicurato l'interesse a far valere in appello l'erronea liquidazione degli interessi compensativi sulla somma dovuta a titolo di indennizzo. In tal senso Cass. Civ., 20 maggio 2009, n. 11706, in *Foro it.*, 2010, I, 528.

art. 1904. Nelle polizze in cui sono inserite tali clausole è infatti dato individuare un interesse proprio del contraente alla copertura¹⁰², in quanto si tratta solitamente di polizze contro i danni con cui il contraente copre la perdita o il pregiudizio di beni dell'assicurato, che potrebbe essere chiamato a risarcire. In pratica si avrebbe una coesistenza di un'assicurazione contro la responsabilità civile per conto proprio insieme ad un'assicurazione contro i danni per conto altrui. In tali casi la sussistenza dell'interesse all'assicurazione è meglio garantita dall'apposizione di una clausola con la quale il contraente si riserva il diritto di imputare l'indennità pagata in conto del risarcimento¹⁰³. Così è ad esempio in genere nelle polizze infortuni del lavoratore che riguardano eventi pregiudizievoli che il datore di lavoro può essere chiamato a risarcire ove sia individuata una sua responsabilità.

3.3 La surroga nei confronti del responsabile in caso di infortuni sul lavoro

Come detto in caso di assicurazione contro gli infortuni l'assicuratore potrà surrogarsi nei diritti dell'assicurato verso il responsabile secondo quando previsto all'art. 1916 fatta eccezione per i casi in cui in polizza è prevista la rinuncia alla surroga.

Il diritto dell'assicuratore, che ha pagato l'indennità, di surrogarsi nei diritti dell'assicurato verso terzi responsabili del danno¹⁰⁴ era già presente nell'art. 438 del codice di commercio del 1882 il quale a sua volta recuperava un'antica tradizione presente nell'assicurazione marittima¹⁰⁵.

Sotto il codice previgente la dottrina giustificava tale diritto come un ristoro per i danni che l'assicuratore aveva patito per colpa del terzo a causa del quale si trovava a dover corrispondere l'indennizzo all'assicurato¹⁰⁶.

A ben vedere, però, anche alla luce della normativa attuale, il danno cagionato dal terzo all'assicuratore è meramente indiretto e quindi non risarcibile in base al disposto di cui all'art. 1223 c.c. che limita il risarcimento ai soli pregiudizi immediati e diretti¹⁰⁷.

Una più recente dottrina ritiene che la surroga sarebbe una condizione propria della fattispecie del contratto di assicurazione che opererebbe una sostituzione integrale dell'assicuratore all'assicurato nella sua situazione patrimoniale rispetto ad un rischio determinato. Un simile fenomeno sostitutorio giustificerebbe la

¹⁰² Cfr. G. VOLPE PUTZOLU, *oult. cit.*, 93.

¹⁰³ Per tali osservazioni cfr. G. VOLPE PUTZOLU, *oult. cit.*, 94.

¹⁰⁴ Sul punto A. SRAFFA, *La costituzione di parte civile dell'assicuratore che ha pagato l'indennità all'assicurato*, in *Riv. dir. comm.*, 1927, 257. L'autore compie una riflessione sulla natura e la ratio dell'istituto in critica alla giurisprudenza dell'epoca che individuava il fondamento della surroga dell'assicuratore nel fatto che, a seguito dell'atto illegittimo del terzo, "si sposta e si altera, oltre il corso normale dell'alea, l'equilibrio dei rapporti fra assicurato e assicuratore": così Cass. Civ., 11 marzo 1924, in *Giur. it.*, 1924, I, 346.

¹⁰⁵ Sull'art. 438 N. GASPERONI, *Assicurazione (in generale)*, in *Nuovo Dig.*, I, Torino, 1937, 838.

¹⁰⁶ In tal senso A. SRAFFA, *oloc. cit.*

¹⁰⁷ Cfr. V. SALANDRA, *oult. cit.*, 346.

sopportazione delle perdite connesse con la posizione dell'assicurato, ma anche l'attribuzione dei diritti ad essa relativi¹⁰⁸.

Se così fosse non sarebbe, però, ammissibile (come invece è, stante la derogabilità dell'art. 1916) un'eventuale rinuncia dell'assicuratore al proprio diritto di surroga¹⁰⁹.

Né potrebbe ammettersi che la rinuncia alla surroga importi un ingiustificato arricchimento dell'assicurato dal momento che il pagamento dell'indennità e il risarcimento trovano fondamento in due fattispecie diverse e rispettivamente: il contratto e il fatto illecito¹¹⁰. Si tende così a vedere nella surroga una mera facoltà dell'assicuratore finalizzata ad una riduzione dei costi e quindi dei premi¹¹¹.

Altri configurano nel meccanismo della surroga un'applicazione del principio indennitario in quanto, se l'assicurato potesse percepire oltre all'indennizzo da parte dell'assicuratore anche il risarcimento da parte del terzo, avrebbe delle entrate superiori al danno patito¹¹². Al riguardo ricordiamo che il principio indennitario, ricavabile dagli art. 1905-1907, non risulta inderogabile essendo tali norme, relative ai rapporti tra danno e indennizzo, in generale derogabili. L'autonomia del predisponente è limitata unicamente da profili di contenimento di fenomeni di azzardo morale, esclusi nel caso in cui l'arricchimento rispetto al danno subito si fondi su eventi esterni alla sfera di autoreponsabilità dell'assicurato. La rinuncia alla surroga dell'assicuratore non potrà incentivare condotte imprudenti e negligenti dell'assicurato, posto che tutte le volte in cui sorge il diritto di surroga vi è una responsabilità di un terzo per il determinarsi del sinistro. Laddove poi vi sia un concorso tra terzo danneggiante e danneggiato- assicurato, l'estensione dell'obbligazione risarcitoria, e quindi anche l'estensione del diritto di surroga, sarà proporzionale alla gravità della colpa del terzo e all'entità delle conseguenze che ne sono derivata *ex art. 1227*. Un simile inquadramento del diritto di surroga dell'assicuratore consente di ammettere la rinunciabilità della surroga e incide anche sul modo di configurare la natura e la struttura del fenomeno in esame.

¹⁰⁸ Così SALANDRA, *op. ult. loc. cit.*

¹⁰⁹ A favore della rinunciabilità alla surroga v. in particolare G. VOLPE PUTZOLU, *Assicurazione contro i danni*, in *Dig. Comm.*, I, Torino, 1988, 416. La giurisprudenza del resto ha ormai da tempo affermato la validità delle clausole di rinuncia alla surroga ponendosi piuttosto il problema dell'oggetto del contratto nelle ipotesi in cui è apposta una simile clausola. Con particolare riguardo all'assicurazione, stipulata dal vettore per i danni alla merce trasportata, contenente una clausola per conto di chi spetta, anche se l'assicuratore ha rinunciato a rivalersi nei confronti del vettore per l'indennizzo corrisposto, questo contratto non può essere parificato ad una assicurazione della responsabilità civile del vettore stante la diversità di oggetto tra i due tipi di assicurazione. Dalla rinuncia sorge soltanto il potere del vettore di respingere in via di eccezione le pretese di rivalsa dell'assicuratore. In tal senso Cass. Civ., 18 maggio 2006, n. 11679, in *Dir. maritt.*, 2007, 823

¹¹⁰ In tal senso A. DONATI, G. VOLPE PUTZOLU, *op. cit.*, 163.

¹¹¹ V. E. BOTTIGLIERI, *op. cit.*, 243 il quale conseguentemente afferma la piena rinunciabilità della surroga.

¹¹² Cfr. V. MUNGARI, *Riflessioni sulla surrogazione dell'assicuratore*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1964, II, 378; S. SOTGIA, *Valore ed effetti della notificazione dell'assicuratore al responsabile del danno di voler esercitare a suo tempo il diritto di surroga secondo l'art. 1916 c.c.*, in *Assicurazioni*, 1960, I, 210.

Quanto alla natura si può escludere che si tratti di una surroga legale *ex art.* 1203 in quanto in tale ipotesi non sussisterebbero i requisiti ivi previsti¹¹³, in particolare l'assicuratore paga una prestazione diversa rispetto a quella del responsabile: indennizza e non risarcisce il danno¹¹⁴.

Si afferma, in particolare da parte dei giudici, che la surroga dell'assicuratore nella posizione dell'assicurato verso il danneggiante responsabile si risolve in una peculiare forma di successione nel diritto di credito dell'assicurato verso il terzo responsabile, nei limiti dell'indennizzo versato¹¹⁵.

La surroga comporta, per l'assicuratore, l'acquisto di diritti verso il responsabile del danno nel medesimo stato, con lo stesso contenuto e con gli stessi limiti in cui essi spettavano all'assicurato. L'assicuratore avrà inoltre diritto anche agli interessi e all'intero ammontare dei danni oggetto di risarcimento fino alla concorrenza del valore dell'indennità. Ne consegue che, in tema di prescrizione, rimane applicabile il termine previsto dalla legge in relazione all'originaria natura del credito e l'assicuratore può giovare degli atti interruttivi posti in essere dal danneggiato prima del verificarsi della surrogazione, così come il suo diritto può risultare pregiudicato dalla prescrizione anteriormente maturatasi per l'inerzia del medesimo danneggiato¹¹⁶. Quanto alle eccezioni opponibili, anche recentemente, la Suprema Corte ha chiarito che ove l'assicuratore agisca, ai sensi dell'art. 1916 c.c., in surrogazione nei confronti del terzo responsabile, questi, non può far valere motivi di annullabilità, rescissione o risoluzione del contratto, deducibili solo dall'assicurato, ma è legittimato a contrastare, in via di eccezione, i presupposti della surrogazione medesima, e, quindi, ad opporre la nullità del contratto stesso, ivi compresa quella per inesistenza del rischio o carenza di interesse, nonché l'avvenuto pagamento dell'indennizzo a persona diversa dal titolare del relativo diritto¹¹⁷.

Da siffatta ricostruzione, unitamente alla rinunciabilità del diritto di surroga, deriva che la stessa non dovrebbe operare automaticamente con il pagamento

¹¹³ V. SALANDRA, *oult. cit.*, 346. Considera invece la surroga di cui all'art. 1916 una particolare forma di surroga legale *ex art.* 1203, comma 3 Cass. Civ., 17 settembre 2005, n. 28446, in *Mass. Foro it.*, 2005.

¹¹⁴ Cfr. F. PECCENINI, *Dell'Assicurazione*, artt. 1882-1932, in Comm. Scialoja – Branca, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 2011, 162.

¹¹⁵ Così Cass. Civ., 23 febbraio 2009, n. 4347, in *Mass. Foro it.*, 2009; Cass. Civ., 3 dicembre 2007, n. 25182, in *Assicurazioni*, 2008, II, 2, 186; Cass. Civ., 24 novembre 2005, n. 24806, in *Mass. Foro it.*, 2005.

¹¹⁶ Tale diritto seguirà la prescrizione prevista per il risarcimento del danno e, in base ad un principio di diritto ormai consolidatosi in giurisprudenza, l'inerzia del danneggiato, protrattasi fino alla scadenza del termine prescrizione, può essere fatta valere dal terzo responsabile nei confronti dell'assicuratore che agisce in surrogazione, quale causa estintiva del diritto, solo se tale scadenza è anteriore all'esercizio della surrogazione. In caso contrario, dal momento che la titolarità del credito si è trasferita in capo all'assicuratore prima della maturazione della prescrizione, la comunicazione da parte dell'assicuratore dell'intento di surrogarsi vale anche come atto interruttivo e l'estinzione per prescrizione del credito trasferito può discendere esclusivamente da successiva inattività dell'assicuratore medesimo. Cfr. Cass. Civ., 17 maggio 2007, n. 11457, in *Foro it.*, 2008, I, 1216; Cass. Civ., 19 maggio 2004, n. 9469, in *Mass. Foro it.* 2005; Cass. Civ., 27 novembre 1989, n. 5146, in *Arch. circolaz.*, 1990, 306. L'assicuratore avrà inoltre diritto anche agli interessi e all'intero ammontare dei danni oggetto di risarcimento fino alla concorrenza del valore dell'indennità.

¹¹⁷ Cass. Civ., 9 marzo 2010, n. 5668, in *Mass. Foro it.*, 2010.

dell'indennità, ma richiede una comunicazione, dell'assicuratore al terzo responsabile, di aver pagato e di volersi surrogare all'indennizzato. Questa comunicazione, in base al principio generale di cui all'art. 1335 c.c., si reputa conosciuta nel momento in cui perviene all'indirizzo del destinatario e può essere compresa, anche implicitamente, nell'atto sostanziale o processuale contenente la domanda di surroga. Tale atto produrrebbe il duplice effetto: di far perdere all'assicurato la legittimazione ad agire contro il responsabile, trasferendola all'assicuratore, e di interrompere la prescrizione nonostante l'inerzia dell'assicurato¹¹⁸.

Resta da chiarire quali sono le regole che ordinano la condotta dell'assicurato in pendenza del diritto di surroga dell'assicuratore.

Il comma 3 dell'articolo 1916 prevede, infatti, l'obbligo dell'assicurato, che abbia pregiudicato il diritto di surroga dell'assicuratore, di risarcire il danno a questi cagionato. Ne segue che in rispondenza al diritto di surroga è individuabile un obbligo dell'assicurato di non pregiudicare il diritto di surroga dell'assicuratore con azioni o omissioni rispetto alla propria posizione verso il terzo danneggiante. L'assicurato potrebbe infatti omettere di procedere all'interruzione della prescrizione dopo il pagamento dell'indennità e prima della comunicazione dell'assicuratore dell'intenzione di surrogarsi¹¹⁹.

L'aver percepito il risarcimento prima di essere indennizzato invece non dovrebbe costituire lesione del diritto di surroga. L'assicurato non perde l'azione risarcitoria verso il terzo prima dell'indennizzo. Il fatto che si sia ottenuta soddisfazione del pregiudizio patito attraverso l'utile esercizio del diritto al risarcimento del danno incide unicamente nel senso di una relativa diminuzione dell'indennizzo dovuto dall'assicuratore, sempreché l'assicuratore, rinunciando alla surroga, non abbia ammesso la possibile sommatoria di risarcimento e indennizzo¹²⁰.

Quanto all'ambito di applicazione del diritto di surroga l'art. 1916, II comma esclude l'applicazione della surroga se il danno è causato dai figli, dagli affiliati, dagli ascendenti, da altri parenti e affini dell'assicurato con esso stabilmente conviventi, salvo il caso di dolo.

Tale disposto normativo è stato sottoposto al vaglio della Corte Costituzionale, la quale lo ha ritenuto contrastante con l'art. 3 della Costituzione, nella parte in cui non annovera, tra le persone nei confronti delle quali non è ammessa la surroga, il coniuge dell'assicurato, giacché non vi è alcuna giustificazione al trattamento peggiore fatto a quest'ultimo¹²¹.

Simile conclusione trova rispondenza nella funzione della norma in esame. La dottrina motiva, infatti, tale norma sulla base dell'assunto che nei suddetti casi l'assicurato non agirebbe per ottenere il risarcimento del danno¹²².

¹¹⁸ In tal senso VOLPE PUTZOLU, *ult. oloc. cit.*. In giurisprudenza Cass. Civ., 24 novembre 2005, n. 24806, cit. Cass. Civ., 26 giugno 2012, n. 10649, in *Mass. Foro it.*, 2012. *Contra* E. BOTTIGLIERI, *ocit.*, 244.

¹¹⁹ Cfr. Cass. Civ., 17 maggio 2007, n. 11457, in *Foro it.*, 2008, I, 1216; Cass. Civ., 19 maggio 2004, n. 9469, in *Mass. Foro it.* 2005; Cass. Civ., 27 novembre 1989, n. 5146, in *Arch. circolaz.*, 1990, 306.

¹²⁰ V. *infra* par. 3.4..

¹²¹ Così C. Cost. 21 maggio 1975, n. 117, in *Giur.it.*, 1975, I, 21, 1741.

¹²² Cfr. V. SALANDRA, *ocit.*, 349.

La surrogazione non si applica alle assicurazioni sulla vita¹²³, si applica *ex art.* 1916, 4° comma, invece alle assicurazioni contro gli infortuni anche mortali¹²⁴. Al fine di delimitare l'ambito di applicazione dell'art. 1916 è anche necessario definire chi sono i "terzi responsabili" di cui al I comma della norma. Secondo alcuni tali sarebbero i soggetti, estranei al rapporto assicurativo, che sono tenuti a rispondere dell'evento dannoso a titolo di responsabilità civile verso l'assicurato. Sarebbero allora esclusi gli altri soggetti tenuti a rispondere per contratto o per legge, come l'assicuratore del terzo responsabile¹²⁵.

Per contro in dottrina si ritiene che il termine terzo responsabile possa essere riferito più latamente a tutti coloro che rivestono una posizione di terzietà rispetto al rapporto assicurativo e che sono tenuti a rispondere per contratto, fatto illecito o per altra causa legittima di obbligazione¹²⁶. Responsabile è infatti non solo il danneggiante imputabile dell'illecito civile, ma, anche chi è tenuto a rispondere dell'obbligazione assunta in via generale.

Va detto che, avuto riguardo alla casistica concreta, la maggior parte delle ipotesi, in cui la questione si è posta, riguarda azioni di surroga esercitate da Inail verso l'assicuratore della responsabilità civile automobilistica del terzo responsabile. In questo caso il problema è risolto dal legislatore il quale all'art. 28 della l. 990/1969, ora art. 142 del codice delle assicurazioni (d.lg. 209/2005), prevede che l'ente gestore dell'assicurazione sociale, per le prestazioni erogate al danneggiato, abbia azione di surroga verso l'assicuratore del responsabile¹²⁷.

La Consulta ha dichiarato incostituzionale l'art. 1916 nella parte in cui consente all'assicuratore di ottenere, agendo in surroga, anche le somme corrisposte dal terzo per il risarcimento del danno biologico¹²⁸. Tale pronuncia risulta fondata sull'assunto che il danno biologico non sia coperto dalla garanzia dell'assicurazione sociale per gli infortuni sul lavoro.

Un simile limite alla surroga non pare quindi applicabile alle altre ipotesi di assicurazione contro i danni. Attualmente pare che un simile assunto debba essere rivisto anche per la copertura Inail alla luce del d.lg. 38/2000 che ha esteso la copertura dell'assicurazione sociale anche al danno biologico per come ivi definito¹²⁹.

¹²³ Sul punto G. VOLPE PUTZOLU, *ult. oloc. cit.*

¹²⁴ Tra le prime pronunce in tema di surroga negli infortuni mortali Cass. Civ., 14 maggio 1972, n. 1881, in *Assicurazioni*, 1973, II, 2, 141.

¹²⁵ Così Cass. Civ., 27 giugno 1991, n. 7218, in *Arch. giur. circolaz.*, 1991, 739.

¹²⁶ Cfr. A. LA TORRE, *Il punto sulla surrogazione dell'assicuratore*, in *Assicurazioni*, 1978, I, 341 ss..

¹²⁷ "In tema di recupero di prestazioni previdenziali ed assistenziali erogate al danneggiato a seguito di un sinistro stradale, all'ente gestore dell'assicurazione sociale spetta la scelta di agire in surrogatoria nei confronti del terzo responsabile del danno ai sensi dell'art. 1916 c.c., ovvero di esperire l'azione diretta, ai sensi dell'art. 28 l. 24 dicembre 1969 n. 990, nei confronti dell'assicuratore della responsabilità civile di detto terzo responsabile, giacché i due rimedi, che attribuiscono il diritto di successione nel credito rispetto a due diversi soggetti obbligati, non risultano tra loro incompatibili, ma alternativi": così Cass. Civ., 6 settembre 2012, n. 14941, in *Mass. Foro it.*, 2012.

¹²⁸ Così C. Cost., 18 luglio 1991, n. 356, in *Giur. It.*, 1992, I, 1, 425. In tal senso si vedano le osservazioni da tempo compiute da A. ANTINOZZI, *Inammissibilità della surroga dell'INAIL nei danni non coperti dalla garanzia assicurativa*, in *Dir. e prat. assic.*, 1972, 750.

¹²⁹ Sulla copertura Inail del danno biologico dopo il d.lg. 38/2000 v. S. GIUBBONI, *Infortunio, malattia professionale e risarcimento del danno differenziale*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2007, 331. Sul tema del divieto di cumulare indennizzo da polizza infortuni e risarcimento si veda la giurisprudenza

3.4. Indennizzo e risarcimento.

La presenza di una copertura infortuni pone problemi con riferimento al possibile cumulo tra risarcimento e indennizzo dal momento i relativi diritti si fondano su titoli distinti: la responsabilità civile e il contratto di assicurazione.

Recentemente la Suprema Corte, riferendo alle polizze contro gli infortuni il principio indennitario proprio dei contratti di assicurazione contro i danni, è arrivata a sostenere il divieto assoluto di cumulo¹³⁰. La suprema Corte prende le mosse dalla sentenza della Cassazione a Sezioni Unite del 2002¹³¹ ed arriva a dire che le polizze contro gli infortuni essendo contratti di assicurazione contro i danni sono regolate dal principio indennitario che deve essere inteso nel senso di un divieto di generare forme di arricchimento del danneggiato. Ne segue che non potrà esservi cumulo tra risarcimento e indennizzo. Ne segue ancora che in caso di infortunio sul lavoro, ove il lavoratore sia stato indennizzato dall'assicuratore in virtù della copertura infortuni, non potrà agire né contro il responsabile civile, né contro l'assicuratore del responsabile civile. Per converso ove sia stato risarcito dal responsabile non potrà azionare il proprio credito indennitario verso l'assicuratore.

In vero riteniamo che si debba distinguere due piani: quello della posizione debitoria dell'assicuratore contro gli infortuni nel caso in cui l'assicurato sia stato risarcito e quello della posizione debitoria del responsabile nel caso in cui il danneggiato sia stato indennizzato dal proprio assicuratore.

Con riferimento al primo aspetto occorre tenere conto di due aspetti: della distanza tra risarcimento e indennizzo, da un lato, e del contenuto del principio indennitario, dall'altro.

Riguardo al rapporto tra risarcimento e indennizzo l'art. 1905 definisce il criterio di determinazione della prestazione dell'assicuratore utilizzando il termine "risarcimento", "risarcire". La dottrina ha da sempre sottolineato l'improprietà di un simile linguaggio che potrebbe indurre a riferire alla prestazione dell'assicuratore i principi propri dell'obbligazione risarcitoria: la risarcibilità del lucro cessante e l'integrale risarcimento del danno¹³². L'assicurato è obbligato per contratto e non per fatto illecito.

Ancora, sempre in base al dettato della norma in esame, l'assicuratore paga "nei limiti stabiliti dal contratto", il che risulta in contrasto col principio dell'integrale risarcimento¹³³. A ciò aggiungiamo che in taluni casi è il legislatore a porre limiti

più recente richiamata nel nostro S. LANDINI, *Compensatio lucri cum damno e surroga nei rapporti assicurativi*, in Giur. it., 2019, 2292.

¹³⁰ Cass. Civ., 11 giugno 2014, n. 13233, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2014, 6, 1879 (s.m.) con nota di L. LOCATELLI, **Assicurazione contro gli infortuni non mortali e cumulo di indennizzo e risarcimento del danno**.

¹³¹ Cass. Civ., SS.UU., 10 aprile 2002, cit.

¹³² Cfr. in particolare V. SALANDRA, *Dell'assicurazione*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna – Roma, 1966, 304; G. PARTESOTTI, *La polizza stimata*, Padova, 1967, 34; G. FANELLI, *Le assicurazioni*, in *Tratt. Cicu – Messineo*, XXXVI, 1, Milano, 1973, 159; G. VOLPE PUTZOLU, *Il contratto di assicurazione*, in *Tratt. Rescigno*, Torino, 1987, 91.

¹³³ Sul principio di integrale riparazione del danno, con particolare riguardo a recenti interventi normativi di limitazione al risarcimento delle micro permanenti, G. PONZANELLI, *Il diritto all'integrale riparazione del danno: il caso delle micropermanenti*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, 535.

alla prestazione dell'assicuratore. Pensiamo alle norme contenute negli artt. 138 e 139 del codice delle assicurazioni private (d.lgs. 209/2005) ove vengono posti limiti alla determinazione del danno biologico indennizzabile dall'assicuratore. Con riferimento alla prestazione dell'assicuratore, nonostante la lettera dell'art. 1905, risulta allora più corretto parlare di indennizzo, piuttosto che di risarcimento.

Tale indennizzo sarà delimitato nel suo ammontare dall'entità del danno, come espresso nell'articolo in esame, ma ciò non importa una sovrapposizione tra credito risarcitorio e credito indennitario.

Il *quantum debeatur* è determinato in concreto delle parti e, in caso di disaccordo tra le stesse, la questione potrà essere rimessa alla decisione del giudice. È comunque frequente la presenza, nelle condizioni di polizza, di clausole che rimettono la determinazione del danno e quindi dell'entità della prestazione dell'assicuratore ad un collegio di periti.

Quanto al principio indennitario si ritiene che in base all'art. 1905, appunto, l'assicurato non dovrà ricevere somme in eccesso rispetto all'entità del danno sofferto. Simile principio sarebbe fondato sulla necessità di evitare comportamenti non prudentziali dell'assicurato stesso improntati ad una logica di "*Moral Hazard*". Alla luce delle nuove esigenze assicurative, la dottrina ha ripensato in ordine all'assunto relativo all'inderogabilità di tale principio. Piuttosto che parlare di esistenza o meno del principio indennitario, si potrebbe però riflettere sulla sua inderogabilità. La stessa potrebbe essere assunta non in una logica formale, ma in una logica funzionale che renda veramente aderente il principio alla funzione per cui è dettato¹³⁴.

Sarebbero allora valide le clausole poste in deroga all'art. 1905 laddove sussistano dei correttivi che arginino il rischio di "*Moral Hazard*"¹³⁵.

Dubbi di legittimità costituzionale sono stati a suo tempo sollevati in ordine all'art. 5 della L. 57/2001 sul risarcimento delle micro permanenti. In particolare si rilevata il contrasto della norma con un principio di riparazione integrale dei danni alla persona sussumibile all'interno dell'art. 2 Cost. in quanto corollario del riconoscimento del diritto alla salute quale valore di rango costituzionale al quale deve riconoscersi tutela piena sotto ogni profilo e quindi anche sul piano risarcitorio. Tra i giudici che hanno sollevato questione di costituzionalità in relazione alla norma in esame si può ricordare G.d.P. Roma, 14 gennaio 2002, in *Giur. it.* 2002, 291 con nota di nota M. BONA, *L'art. 5 l. n. 57 del 2001 perviene all'esame della Consulta: profili di illegittimità costituzionale dei criteri di liquidazione del danno biologico*; in *Danno e resp.*, 2002, 309 con nota di G. PONZANELLI. Il problema è stato posto anche prima dell'entrata in vigore della L.57/2001. Cfr. F. D. BUSNELLI et AL., *Osservazioni sul disegno di legge "unificato" per la riforma dell'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile derivante dalla circolazione di veicoli a motore*, in *Foro it.*, 1991, V, 447; C. CASTRONOVO, *Danno biologico- Un itinerario giurisprudenziale*, Milano, 1998, XIV.

Il principio dell'integrale riparazione del danno acquisterebbe poi particolare rilevanza in ipotesi di lesione di diritti fondamentali. Come ha osservato la Corte Costituzionale in una delle sue storiche sentenze sull'art. 2059: "*quand'anche si sostenesse che il riconoscimento, in un determinato ramo dell'ordinamento, di un diritto subiettivo non esclude che siano posti limiti alla sua tutela risarcitoria...va energicamente sottolineato che ciò, in ogni caso, non può accadere per i diritti e gli interessi dalla Costituzione dichiarati fondamentali*": così C. Cost., 14 luglio 1986 n. 184, in *Foro it.*, 1986, II, 2067.

¹³⁴ Come già affermava, con riferimento al problema della inderogabilità delle norme sulla forma, P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987, dovrebbe essere possibile "*una gamma intermedia tra l'inderogabilità e la derogabilità*".

¹³⁵ Cfr. V. DE LORENZI, *Contratto di assicurazione: disciplina giuridica e analisi economica*, Padova, 2008, 192-194.

Così in caso di cumulo di risarcimento e indennizzo non dovrebbe esservi violazione del principio indennitario, inteso appunto in funzione di un contenimento di condotte non ispirate a logiche prudenziali, in quanto l'obbligazione risarcitoria non potrà determinarsi per volontà del danneggiato. Il danno dovrà essere determinato dall'atto o fatto del terzo; potrà solo ammettersi un concorso della vittima che verrà considerato nella quantificazione del danno.

Quanto alla posizione debitoria del responsabile, ove il danneggiato sia stato indennizzato dall'assicuratore contro gli infortuni, escludere l'obbligazione risarcitoria del responsabile sulla base dell'assunto di un divieto di cumulo tra le due poste (risarcitoria e indennitaria) inciderebbe sulla funzione deterrente della responsabilità civile a meno che, come solitamente avviene in caso di polizze infortuni stipulate dal datore di lavoro per conto dei propri dipendenti con premio a carico del datore di lavoro, l'indennizzo non sia stato corrisposto grazie all'intervento anche economico del danneggiante.

4. D&O Insurance e assicurazione RCO

Con il termine polizze D&O si indica la *Directors and Officers Liability Insurance*¹³⁶ ovvero polizze che coprono il rischio di responsabilità di soggetti che coprono cariche direttive all'interno di una società. Si differenzia così dalla RCO con cui si copre la responsabilità del datore di lavoro che potrà essere una persona fisica (si pensi al libero professionista) oppure una persona giuridica (una società).

Di norma la polizza è stipula nella formula per conto: contraente è l'ente per cui l'assicurato opera e assicurati sono le persone fisiche che sono state, sono o saranno nominate: amministratore unico; consigliere di amministrazione; amministratore di fatto; membro del consiglio direttivo o dell'organismo sociale equivalente; membro del consiglio di sorveglianza; membro del consiglio di gestione; membro del comitato di controllo sulla gestione; revisore contabile; membro effettivo o supplente del collegio sindacale; direttore generale; "director & officer"; dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari (262/2005); dirigenti o dipendenti con deleghe speciali da parte del consiglio di amministrazione della società o riconosciuti responsabili quali amministratori di fatto; membri dell'organismo speciale di vigilanza ai sensi del d.Lgs. 231/2001; persona responsabile della sicurezza ai sensi del d.Lgs. 81/2008 e successive modifiche; persona responsabile del trattamento dei dati personali ai sensi del d.lgs.196/2003. Di norma sono compresi nel novero degli assicurati gli eredi e aventi diritto degli assicurati, ogni dipendente passato, attuale o futuro della società limitatamente ai sinistri in materia di lavoro.

¹³⁶ Lo sviluppo delle polizze D&O viene fatto risalire alla fine degli anni '30 nel periodo della grande crisi per poi avere un'ampia diffusione negli anni '70 con un periodo di crisi negli anni '80. D. M. GISCHE, V. FISHMAN, *Directors and Officers Liability Insurance Overview*, in <http://www.cnapro.com/pdf/D&O-InsOvrvu.pdf>; R. ROMANO, 1989, *What Went Wrong With Directors' and Officers' Liability Insurance?*, in *Delaware Journal of Corporate Law*, Number 1, Volume 14., 1 ss. e in particolare 16 ss.

Quanto alla individuazione del sinistro si introduce di norma una copertura claim's made con una retroattività fino a cinque anni dalla stipula e con possibili periodi di ultrattività. Per richiesta di risarcimento si intendono in genere: la richiesta scritta di risarcimento per danni ad eccezione delle richieste dell'assicurato o della società; il procedimento civile, il procedimento penale intrapreso mediante denuncia o querela; il procedimento amministrativo intrapreso con un provvedimento formale avanzato per la prima volta durante il periodo assicurativo nei confronti di un assicurato in conseguenza di un atto dannoso.

Tra le richieste risarcitorie vi possono essere anche quelle relative a cause di lavoro ovvero la richiesta di risarcimento avanzata da un dipendente o da un assicurato passato, attuale o potenziale o comunque avanzata da un'autorità competente in materia lavorativa, basata su o in conseguenza di licenziamento ingiustificato, cessazione, inadempienza del contratto di lavoro, "mobbing", diffamazione, maltrattamenti, grave mancanza di considerazione o violazione di leggi sul lavoro in tema di discriminazione. Da qui la connessione con la assicurazione per la responsabilità civile del datore di lavoro.

Sono garantite le richieste risarcitorie che pervengono durante il periodo di validità della polizza (e del c.d. *Discovery Period*, se previsto) relative ad atti commessi durante il periodo di validità della polizza (e del periodo di retroattività, se previsto). Per *Discovery Period* si intende un termine di estensione della durata ove previsto. Nel caso in cui la polizza non venisse rinnovata o dovesse cessare per motivi diversi dal mancato pagamento del premio o dell'avvenuta risoluzione per dolo, la società e/o gli assicurati avranno la facoltà di richiedere un'estensione del periodo del termine per la denuncia del sinistro secondo i termini stabiliti in polizza e che per comodità andiamo a evidenziarvi. Tale è appunto il c.d. *Discovery Period*.

La polizza per la responsabilità civile degli amministratori tiene indenne l'assicurato di quanto questi sia tenuto a pagare quale civilmente responsabile, per perdite pecuniarie derivanti da richiesta di risarcimento avanzata da terzi, compresa la società, nei confronti dell'assicurato in seguito ad un atto illecito, reale o presunto, commesso dall'assicurato, anche per il caso di colpa grave, nell'esercizio delle mansioni di amministratore, sindaco o dirigente della società e come disciplinato nella definizione di assicurato nelle condizioni di polizza. Il danno coperto è individuato nell'importo che ogni assicurato è tenuto a versare singolarmente o solidalmente, in conseguenza di qualsiasi sinistro, comprese: le spese legali; spese di rappresentanza legale; le spese di pubblicità; i danni riconosciuti da sentenza, lodo arbitrale, transazione giudiziaria o stragiudiziaria, inclusi i "danni punitivi o esemplari" così come riconosciuti in alcune giurisdizioni, ad eccezione dei sinistri in materia di lavoro.

Si individuano di norma due livelli di copertura D&O: nel caso in cui sia compresa la c.d. *Indemnity clause* la compagnia tiene indenne gli assicurati per gli importi che sono tenuti a versare in conseguenza di richieste di risarcimento avanzate nei loro confronti

Nel caso in cui sia compresa la *Company Reimbursement Clause* la compagnia rimborsa la società nel caso e nella misura in cui la stessa ha indennizzato il danneggiato per responsabilità ascrivibili agli assicurati.

Le esclusioni più comuni riguardano invece: azioni od omissioni fraudolente o dolose con anticipo spese legali fino al riconoscimento del fatto doloso; compensi, benefici personali degli assicurati; lesioni a persone/danni a cose; inquinamento con *carve-back* spese legali; assicurazioni precedenti: fatti o circostanze comunicate per iscritto su altre assicurazioni; sinistri precedenti; gestione fondi pensione; emissione titoli; sinistri avanzati da congiunti salvo in qualità di soci/azionisti.

La polizza offre maggiori garanzie al danneggiato¹³⁷, ma non sono mancate voci dissonanti sulla sua liceità in quanto in astratto idonea ad incentivare condotte imprudenti degli assicurati¹³⁸. La verità è che qui si possono ripetere le osservazioni storiche già riportate sul basso effetto antideterrente delle coperture nei limiti del responsabilità per dolo che è appunto esclusa secondo quanto imperativamente disposto all'art. 1917. Oltre all'esclusione per il caso del dolo, l'apposizione di *franchise* e scoperti nonché l'individuazione come condizioni di assicurabilità dell'adozione di particolari modelli di *compliance* può svolgere una funzione addirittura di prevenzione di eventuali errori e favorire una corretta attività gestionale e direttiva.

E nel presente dibattito ritroviamo le passate discussioni sulla liceità del contratto di assicurazione contro la responsabilità civile che non dovrebbero essere dimenticate, non tanto per un vezzo di arricchimento culturale, ma per la loro attualità.

¹³⁷ U. TOMBARI, *L'assicurazione della responsabilità civile degli amministratori di società per azioni*, in *BBTC*, 1999, 196.

¹³⁸ Si veda A. GAMBINO, *La valutazione del rischio della responsabilità civile di amministratori e managers nelle società per azioni*, in *Assicurazioni*, I, 1994, 130 e ss.; C. GRANELLI, *L'assicurazione della responsabilità civile dei componenti l'organo di gestione di società di capitali*, in *Resciv.*, 2005, 102 e ss.; D. REGOLI, *Le polizze assicurative professionali: nuovi profili*, in AA.VV., *Responsabilità societarie e assicurazione*, a cura di Montalenti, Giuffrè, Milano, 2009, 103 e ss.; C. RUSSO, *L'assicurazione di responsabilità civile degli amministratori e dei sindaci*, in *Assicurazioni*, I, 2000, 142 e ss.; P. TESSORE, *Le coperture assicurative della responsabilità di amministratori, sindaci e revisori nel mercato italiano*, in AA.VV. *Responsabilità societarie e assicurazione*, cit., 131 e ss.; U. TOMBARI, *ocit.*, 180 e ss..

