REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE DI APPELLO DI NAPOLI

OTTAVA SEZIONE CIVILE

così composta

Dr.UMBERTO DI MAURO	Presidente
D.ssa ROSARIA PAPA	Consigliere
D.ssa AURELIA D'AMBROSIO	Consigliere est

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile iscritta al n.3117 del Ruolo Generale degli affari contenziosi dell'anno 2015, avente ad oggetto: appello avverso sentenza del Tribunale di Napoli n.5286/2015 vertente

TRA

Parte_1 , *Parte_2* *[...]* (C.F. *P.IVA_1*), in persona del procuratore speciale *Parte_3* , giusta procura ad negotia per Notar *Per_1* del [redacted] n. rep. [redacted] n. racc. [redacted] elettivamente [redacted] alla [redacted] presso gli avv.ti [redacted] (c.f. *C.F._1*) e [redacted] (c.f. *C.F._2* , dai quali è rappresentata e difesa, in virtù di procura in calce all'atto di appello

APPELLANTE

E

CP_1 (C.F. *C.F._3* , elettivamente [redacted] al [redacted] presso lo studio dell'Avv [redacted] dal quale è rappresentato e difeso, in virtù di procura a margine dell'atto di citazione introduttivo del giudizio di primo grado

APPELLATO

Osservatorio ICA Italia
osservatorioicaitalia.it

NONCHE'

Controparte_2 (nuova denominazione di *Controparte_3* *[...]* (P.IVA: *P.IVA_2*), elettivamente [redacted] al [redacted] presso lo studio dell'Avv [redacted] dal quale è rappresentata e difesa, unitamente all'avv [redacted] in virtù di procura in calce rispettivamente alla memoria di costituzione di nuovo difensore e comparsa di costituzione e risposta.

APPELLATA

CONCLUSIONI

All'udienza di precisazioni delle conclusioni i procuratori delle parti concludono riportandosi ai propri atti.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione notificato in data 19.3.2011 *CP_1* conveniva in giudizio innanzi al Tribunale di Napoli la *Controparte_4* *[...]* in persona del legale rappresentante pro tempore, e l *Controparte_5* ed esponeva che in data 8.6.2005 si recava presso l *Controparte_5* di Napoli per ricovero per "*sospetta artrite acuta all'anca destra*", ove in data 14.6.2005 era sottoposto al primo intervento chirurgico di "*artroprotesi per coxartrosi d'anca destra",* seguito da ulteriori interventi chirurgici in data 6.12.2005, il 14.2.2007, 30.4.2007, 2.11.2007 e 14.12.2007, tutti presso l *Controparte_5* di Napoli; che in data 14.7.2008 era ricoverato all'Istituto *Org_1* di [redacted] per artoprotesi infetta e fistolizzata, ove era posta la diagnosi di *"osteomielite ad ossabacino e femore, infezione e reazione infiammatoria da protesi articolari interne, infezione stafilococcica in condizioni morbose classificate, altri disturbi specifici delle articolazioni, fistola da infezione dell'artroprotesi anca destra, peggioramento delle condizioni cardiache, metaboliche e renali";* che la "*osteomielite cronica*" era esito di non corretto intervento di atroprotesi effettuato in data 14.6.2005 all' *Controparte_5* di Napoli, dalla quale derivava ITT di gg.150 giorni ed una ITP di gg.180 con gravi postumi di invalidità permanente nella misura del 40% di danno biologico.

Tanto premesso, chiedeva *"accertare e dichiarare l'inadempimento contrattuale della parte convenuta e la responsabilità nella produzione dell'evento dannoso per cui è causa; per*

Osservatorio ICA Italia
osservatorioicaitalia.it

l'effetto, previo accertamento e declaratoria, condannare la Parte_1 *e l* Controparte_5 *al pagamento in favore di* CP_1 *, a titolo di risarcimento del danno non patrimoniale per cui è causa, della complessiva somma di € 253.317,00, ovvero della diversa somma che dovesse risultare, oltre interessi e svalutazione monetaria; per l'effetto previo accertamento e declaratoria, condannare la* Parte_1 *e l* Controparte_5 *al pagamento in favore di* CP_1 *, a titolo di risarcimento del danno patrimoniale, dell'importo di € 700,00, ovvero della diversa somma che dovesse risultare, oltre interessi e svalutazione monetaria. Con vittoria di spese, diritti, onorari, rimborso, iva e cpa e con attribuzione».*

Si costituiva in giudizio la Controparte_4 [...] in persona del legale rappresentante pro tempore, contestando la domanda e chiedendone il rigetto con vittoria delle spese del giudizio.

In via preliminare chiedeva il differimento della prima udienza al fine di chiamare in causa la Controparte_3 con la quale aveva stipulato contratto di assicurazione (polizza n [redacted] al fine di essere tenuta indenne da ogni e qualsivoglia conseguenza negativa del presente giudizio.

Chiamata in causa, si costituiva la CP_3 la quale, pur non contestando l'esistenza del rapporto assicurativo a suo tempo intercorso con la [...] Organizzazione_2 eccepiva l'inoperatività della garanzia invocata in ordine al sinistro stante il regime temporale di *claims made* previsto dal contratto assicurativo, trattandosi di richiesta risarcitoria formulata oltre la scadenza pattuita.

Chiedeva, pertanto, che venisse disattesa ogni domanda proposta dall'attore nei riguardi della struttura ospedaliera; in via subordinata, nella denegata ipotesi di declaratoria di responsabilità di quest'ultima, che venisse rigettata la domanda di garanzia spiegata nei suoi confronti, in via ancora più subordinata, nell'ipotesi di accoglimento della domanda di garanzia, che la condanna fosse pronunciata nei limiti del massimale di assicurazione di E.2.500.000,00 per annualità, fatti salvi franchigie e scoperti e detratte le somme eventualmente già corrisposte in altri sinistri nel medesimo periodo assicurativo.

Depositata documentazione, ammessa ed espletata consulenza tecnica di ufficio, precisate le conclusioni, la causa era assegnata in decisione con la concessione dei

Osservatorio ICA Italia
osservatorioicaitalia.it

termini di giorni sessanta e successivi giorni venti per il deposito delle comparse conclusionali e delle memorie di replica.

Con sentenza n.5286/2015 il Tribunale di Napoli cosi provvedeva:

"- *accerta e dichiara l'inadempimento contrattuale della parte convenuta e la responsabilità nella produzione dell'evento dannoso per cui è causa;*

- *condanna la* *Organizzazione_2* *[...]* *in persona del legale rapp.te p.t., al pagamento in favore di* *CP_1* *[...]* *, a titolo di risarcimento del danno, per danno biologico permanente €.85.363,00 con aumento per personalizzazione di €. 10.000,00, per danno biologico temporaneo complessivi €. 34.560,00, il rimborso per le spese documentate €. 700,00, oltre interessi dalla sentenza al saldo;*

- *condanna la convenuta al pagamento delle spese di lite in favore dell'attore che liquida in €. 1.500,00 per esborsi, €. 2.000,00 per diritti ed €. 4.800,00 per onorari, iva e cpa con attribuzione, compensa le spese tra la convenuta e la chiamata in causa, pone definitivamente le spese della CTU a carico della convenuta".*

Avverso tale sentenza con atto notificato in data 22.6.2015 proponeva appello *[...]* *Parte_4* in persona del legale rappresentante pro tempore, sostenendo la erronea valutazione dell'accertamento della colpa, dell'onere probatorio e dell'applicazione della legge Balduzzi; la erronea valutazione della consulenza tecnica di ufficio espletata e sull'accertamento della colpa; la erronea valutazione sulla validità della clausola *claims made.*

Chiedeva, pertanto, previa sospensione dell'esecutività della sentenza impugnata, la riforma della impugnata sentenza e *"1) in accoglimento del primo motivo di appello accertare l'erronea valutazione del Tribunale circa l'accertamento della colpa e l'onere probatorio riformando la sentenza nella parte che afferma la colpa dei sanitari sulla base del criterio della cd. sentenza* *CP_6* *e che l'attore ha assolto al suo onere probatorio non avendo il Giudice di prime cure erroneamente tenuto conto della cd. Legge Balduzzi e della Giurisprudenza recente formatasi sul punto dichiarando che in virtù di tanto non può ritenersi esistente il nesso di causalità, né tantomeno assolto l'onere probatorio gravante su parte attrice e che, dunque, la domanda va dichiarata infondata poiché non provata;*

Osservatorio ICA Italia
osservatorioicaitalia.it

2) in accoglimento del secondo motivo di appello accertare l'erronea valutazione del Tribunale circa l'onere probatorio riformando la sentenza nella parte che afferma che l'attore ha assolto al suo onere probatorio sulla base della consulenza tecnica che non è un mezzo di prova dichiarando che la domanda è infondata perché non provata ed in via subordinata dichiarando che, ove tanto non fosse, che andava disposta la graduazione di responsabilità dei danni conseguenti proprio sulla base della stessa ctu provvedendo a rimodulare le quote di responsabilità e/o riducendo il quantum del 50% e/o comunque rapportandolo all'effettiva responsabilità imputabile alla comparente e/o comunque ridurre il quantum perché non motivato al punto da non essere chiaro se il CTU parla di danno biologico puro o di danno iatrogeno;

3) in via subordinata e comunque, in accoglimento del terzo motivo di appello, riformare la sentenza nella parte in cui ha disposto la inoperatività delle garanzie assicurative accertando la validità della copertura assicurativa invocata e accogliendo quindi la domanda di manleva/garanzia formulata in primo grado dichiarando la CP_3 tenuta a pagare direttamente ex art.1917 codice civile e/o comunque tenute a rimborsare la comparente Parte_1 da ogni e qualsivoglia conseguenza negativa derivata o che dovesse derivare dal giudizio proposto da CP_1 ed oggi all'attenzione della Corte di Appello di Napoli ad impulso del presente atto;

4) in via subordinata e comunque, in accoglimento del quarto motivo di appello, riformare la sentenza nella parte in cui ha disposto la inoperatività della garanzia assicurativa accertando la validità della copertura assicurativa invocata e vessatoria la clausola claims made e accogliendo quindi la domanda di manleva/garanzia formulata in primo grado dichiarando, in virtù dell'appendice di polizza che esclude la doppia sottoscrizione, la CP_3 tenuta a pagare direttamente ex art.1917 codice civile e/o comunque tenute a rimborsare la comparente Parte_1 da ogni e qualsivoglia conseguenza negativa derivata o che dovesse derivare dal giudizio proposto da CP_1 ed oggi all'attenzione della Corte di Appello di Napoli ad impulso del presente atto a causa del fatto che la clausola claims made non è doppiamente sottoscritta avendo le parti con appendice di polizza escluso la doppia sottoscrizione ed i suoi effetti".

Si costituiva l'appellato CP_1 , il quale eccepiva l'inammissibilità dell'appello per violazione dell'art.342 c.p.c.; nel merito contestava l'appello e ne chiedeva il rigetto con conferma dell'impugnata sentenza.

Osservatorio ICA Italia
osservatorioicaitalia.it

Si costituiva altresì la *Controparte_2* (nuova denominazione della *Controparte_3*, la quale contestava l'appello e ne chiedeva il rigetto.

Acquisito agli atti il fascicolo di primo grado e precisate le conclusioni in epigrafe trascritte, la causa era assegnata in decisione, con i termini di giorni sessanta e successivi giorni venti per il deposito delle comparse conclusionali e delle memorie di replica.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Va in primo luogo rigettata l'eccezione di inammissibilità dell'appello per difetto di specificità dei motivi sollevata dall'appellato *CP_1*.

L'atto di appello proposto consente infatti di individuare con chiarezza le specifiche critiche alla sentenza impugnata; risultano quindi chiare le ragioni proposte a fondamento delle censure avanzate in contrapposizione con le ragioni addotte dal giudice di primo grado a giustificazione della decisione adottata.

Gli artt.342 e 434 c.p.c., nel testo formulato dal D.L.22.6.2012 n.83, convertito, con modificazioni, nella L.7.8.2012 n.134, vanno interpretati nel senso che l'impugnazione deve contenere una chiara individuazione delle questioni e dei punti contestati della sentenza impugnata e con essi delle relative doglianze, affiancando alla parte volitiva una parte argomentativa che confuti e contrasti le ragioni addotte dal primo giudice.

Non è richiesto quindi che le deduzioni della parte appellante assumano una determinata forma o ricalchino la decisione appellata con diverso contenuto, non è necessaria la trascrizione integrale o parziale della sentenza appellata, né lo svolgimento di un "*progetto alternativo di sentenza*", dovendo l'appellante *"individuare, in modo chiaro ed inequivoco, il "quantum appellatum", formulando, rispetto alle argomentazioni adottate dal primo giudice, pertinenti ragioni di dissenso che consistono, in caso di censure riguardanti la ricostruzione dei fatti, nell'indicazione delle prove che si assumono trascurate o malamente valutate ovvero, per le doglianze afferenti questioni di diritto, nella specificazione della norma applicabile o dell'interpretazione preferibile, nonché, in relazione a denunciati "errores in procedendo", nella precisazione del fatto processuale e della diversa scelta che si sarebbe dovuta compiere*" (Cass.S.U.16.11.2017 n.27199; 5.5.2017 n.10916; 30.5.2018 n.13535).

Ciò che viene richiesto è dunque che la parte appellante ponga il giudice superiore in condizione di comprendere con chiarezza qual è il contenuto della censura proposta,

Osservatorio ICA Italia
osservatorioicaitalia.it

dimostrando di avere compreso le ragioni del primo giudice e indicando il perché queste siano censurabili.

E l'appello proposto dall'appellante, nella sua chiara, pertinente ed esaustiva esposizione delle ragioni di dissenso, risponde senza dubbio a tali requisiti, posto che consente d'individuare in modo chiaro ed esauriente il *quantum appellatum*, risultando circoscritto il giudizio di gravame con riferimento agli specifici capi della sentenza impugnata, nonché ai passaggi argomentativi che la sorreggono, e formulate, sotto il profilo qualitativo, diverse e chiare ragioni di dissenso rispetto al percorso adottato dal primo giudice, sì da esplicitare la (astratta) idoneità di tali ragioni a determinare le modifiche della decisione censurata.

Nel merito l'appello è infondato e va pertanto rigettato.

Prima di esaminare i singoli motivi di appello giova ricordare in punto di fatto che:

- in data 14.6.2005, presso l'ospedale *Controparte_5* il *CP_1* era operato di artroprotesi per coxartrosi d'anca destra;

- dopo pochi giorni in data 16.7.2005 era nuovamente ricoverato presso l *[...]* *Controparte_5* per la sopravvenienza di uno stato febbrile;

- successivamente era ricoverato altre quattro volte presso l *Controparte_5* tra l'altro per lo scollamento acetabolo protesico destro, per grave coxalgia destra, per rimozione della protesi, per sepsi periprotesica anca destra;

- in data 14.7.2008 era ricoverato presso l *Organizzazione_3* di [redacted] dove a seguito di esame colturale dell'area dell'artroprotesi infetta erano individuando i germi responsabili dell'infezione ed era effettuata una terapia specifica antibiotica per via generale e per infiltrazione dell'area protesizzata.

Giova inoltre ricordare che la responsabilità della struttura sanitaria ha natura contrattuale secondo consolidata giurisprudenza, concetto poi recepito anche nella legge n.24/17 art.7 comma 1.

Il rapporto che si instaura tra paziente e casa di cura privata (o ente ospedaliero), ovvero sia che si tratti di una casa di cura privata o di un ospedale pubblico ha fonte in un atipico contratto a prestazioni corrispettive, da cui a fronte dell'obbligazione al pagamento del corrispettivo (che ben può essere adempiuta dal paziente, dall'assicuratore, dal servizio sanitario nazionale o da altro ente), insorgono a carico della casa di cura (o dell'ente), accanto a quelli di tipo "*lato sensu*" alberghieri, obblighi di messa a disposizione del

Osservatorio ICA Italia
osservatorioicaitalia.it

personale medico ausiliario, del personale paramedico e dell'apprestamento di tutte le attrezzature necessarie, anche in vista di eventuali complicazioni od emergenze.

La responsabilità della casa di cura (o dell'ente) nei confronti del paziente ha natura contrattuale, e può conseguire, ai sensi dell'art.1218 c.c., all'inadempimento delle obbligazioni direttamente a suo carico, nonché, ai sensi dell'art.1228 c.c., all'inadempimento della prestazione medico - professionale svolta direttamente dal sanitario, quale suo ausiliario necessario pur in assenza di un rapporto di lavoro subordinato, comunque sussistendo un collegamento tra la prestazione da costui effettuata e la sua organizzazione aziendale, non rilevando in contrario al riguardo la circostanza che il sanitario risulti essere anche "di fiducia" dello stesso paziente, o comunque dal medesimo scelto (vedi per tutte Cass.22.9.2015 n.18610; 14.6.2007 n.13953; 26.1.2006 n.1698; 14.7.2004 n.13066).

Va considerato, altresì, ai fini del riparto degli oneri probatori, che l'attore, paziente danneggiato, deve limitarsi a provare l'esistenza del contratto con la struttura sanitaria e l'insorgenza o l'aggravamento della patologia ed allegare l'inadempimento del debitore, astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato, rimanendo a carico del debitore dimostrare o che tale inadempimento non vi è stato ovvero che, pur esistendo, esso non è stato eziologicamente rilevante. In sostanza il paziente ha il solo onere di dedurre qualificate inadempienze, in tesi idonee a porsi come causa o concausa del danno, restando poi a carico del debitore convenuto l'onere di dimostrare o che nessun rimprovero di scarsa diligenza o di imperizia possa essergli mosso, o che, pur essendovi stato un suo inesatto adempimento, questo non abbia avuto alcuna incidenza causale sulla produzione del danno. (Cass.SS.UU. 11.1.2008 n.577; 21.7.2011 n.15993; 30.9.2014 n.20547; 13.10.2017 n.24073).

In sostanza il creditore deve provare il contratto, il danno subito ed il nesso causale, limitandosi ad allegare il c.d. inadempimento qualificato del debitore (nel caso di specie, la struttura sanitaria e il chirurgo operatore), con indicazione dell'errore del professionista, indice della non corretta esecuzione della prestazione ricevuta; per contro, spetta a quest'ultimo, per il c.d. principio di vicinanza o prossimità della prova, dimostrare il diligente adempimento ovvero, in caso di inadempimento, l'irrilevanza dello stesso sotto il profilo eziologico.

Pertanto, spetta al medico provare che la prestazione professionale sia stata eseguita in modo diligente e che, quindi, gli eventuali esiti peggiorativi siano stati determinati da un

Osservatorio ICA Italia
osservatorioicaitalia.it

evento imprevisto ed imprevedibile con l'ordinaria diligenza, non evitabile anche avendo osservato le regole tecniche del caso.

Circa la consistenza del nesso di causalità la giurisprudenza ha chiarito che nel sistema civilistico del risarcimento del danno da responsabilità medica vige la regola della preponderanza dell'evidenza e il criterio del "più probabile che non" nella ricerca del nesso di causalità tra l'evento dannoso e la condotta del sanitario: il rapporto causale sussiste quando, con un criterio necessariamente probabilistico, si possa ritenere che l'opera del medico, se correttamente e prontamente prestata, avrebbe avuto fondata possibilità di evitare il danno, sicché l'esistenza del nesso causale può affermarsi allorché sia accertato che quella diversa, e migliore, possibilità si sarebbe verificata.

Come è noto il nesso causale è regolato dal principio di cui agli artt. 40 e 41 c.p., per il quale un evento è da considerare causato da un altro se il primo non si sarebbe verificato in assenza del secondo e dal criterio della causalità adeguata, sulla base del quale, all'interno della serie causale occorre dare rilievo solo a quegli eventi che non appaiono, ad una valutazione ex ante, del tutto inverosimili. Tuttavia, in ambito civilistico, vige la regola della preponderanza dell'evidenza predetta e non già quella, applicata in materia penale, della prova oltre il ragionevole dubbio, stante la diversità dei valori sottesi ai due processi. Ciò implica un'analisi puntuale di tutte le risultanze probatorie del singolo processo, sicchè la concorrenza di cause di diversa incidenza probabilistica deve essere attentamente valutata in relazione al singolo caso, "senza potersi fare meccanico e semplicistico ricorso alla regola del 50% plus unum" (Cass. n. 122/20, dove vengono ribaditi tali principi in tema di nesso causale con riguardo alla responsabilità aquiliana, ma l'accertamento del nesso causale segue le medesime regole anche nel caso di responsabilità contrattuale).

E ciò per la diversa funzione svolta dal sistema della responsabilità civile rispetto a quella penale: non già quella di sanzionare un comportamento colpevole a fronte della commissione di un reato, bensì, *in primis*, quella di riparare un danno.

Tutto ciò premesso non sono condivisibili e non meritano accoglimento le censure mosse dall'appellante alla sentenza appellata.

Occorre in primo luogo osservare che diversamente da quanto asserito dall'appellante la giurisprudenza più recente ha avuto modo di sottolineare che, in tema di responsabilità sanitaria, segnatamente con riferimento ai criteri di accertamento della colpa e valutazione

Osservatorio ICA Italia
osservatorioicaitalia.it

della diligenza, le norme poste dagli artt.3 comma 1 del d.l.n.158/12, convertito nella legge n.189/12 (cd.legge Balduzzi in parte de qua oggi abrogata) e 7 comma 3 della successiva legge n.24/17 non hanno efficacia retroattiva e non sono applicabili ai fatti verificatisi anteriormente alla loro entrata in vigore in mancanza di una norma ad hoc che lo preveda (cfr. Cass.8.11.2019 n.28811; Cass.11.11.2019 n.28994).

Non appare pertanto corretto il riferimento alla legge Balduzzi.

Parimenti, per quanto sopra detto, non rilevante è il riferimento dell'appellante alla sentenza cd. Franzese, riguardante la responsabilità medica in sede penale.

In ordine all'affermazione di responsabilità ed all'accertamento della condotta dei sanitari che ebbero in cura il *CP_1*, il primo giudice intese riportarsi alla relazione peritale, ritenendola esaustiva al fine della decisione.

In proposito va ricordato che non è carente di motivazione la sentenza che recepisca le conclusioni ed i passi salienti di una relazione di consulenza tecnica d'ufficio di cui dichiari di condividerne il merito ancorchè si limiti a riconoscere quelle conclusioni come giustificate dalle indagini esperite e dalle spiegazioni contenute nella relativa relazione (da ultimo Cass.14.2.2019 n. 4352; 11.5.2012 n.7364).

Il C.T.U., d'altro canto, è valido supporto nella valutazione di settori, come quello della colpa medica, in cui è necessario effettuare accertamenti di natura tecnica. In proposito, si rammenta che la consulenza tecnica di ufficio non è certamente mezzo di prova in senso proprio, perché volta ad aiutare il giudice nella valutazione di elementi acquisiti o nella soluzione di questioni necessitanti specifiche conoscenze, ma il giudice può affidare al consulente *"non solo l'incarico di valutare i fatti accertati o dati per esistenti (consulente deducente), ma anche quello di accertare i fatti stessi (consulente percipiente), ed in tal caso è necessario e sufficiente che la parte deduca il fatto che pone a fondamento del suo diritto e che il giudice ritenga che l'accertamento richieda specifiche cognizioni tecniche"* (Cass.8.2.2019 n.3717; 13.3.2019 n.6155).

Orbene, il C.T.U. Dr. *Persona_2* nominato in prime cure accertava che, *nonostante la presenza* dei *tre segni clinici che dovevano far sospettare un'infezione*, dalle cartelle cliniche risulta che *non veniva praticato nei primi tre ricoveri presso l* *[...]* *Controparte_5* *di Napoli alcun esame strumentale (ecografia, RMN)*, né era *praticato alcun esame colturale da dove si potesse evincere la presenza di un'infezione protesica e dei tessuti circostanti* come evidenziato dal C.T.U. (pagg. 20- 21 dell'elaborato

Osservatorio ICA Italia
osservatorioicaitalia.it

peritale) . Esame colturale che (come risulta dalla cartella clinica ed evidenziato dal C.T.P. di parte attrice) venne, invece, effettuato immediatamente presso l'Istituto *Org_1* di [redacted] in tal modo potendo individuare i germi responsabili dell'infezione nello stafilococco aureo ed epidermidis.

La tipologia batterica rientra tra quelle "ospedaliere" ed è idonea a dimostrare che si tratta di un'infezione sorta durante l'operazione chirurgica.

L'accertata responsabilità dei sanitari è consistita nel non aver effettuato gli interventi medici, non solo per evitare l'insorgenza, ma soprattutto per affrontare in maniera tempestiva ed efficace, l'infezione insorta; a causa della mancata tempestiva diagnosi la infezione degenerava in osteomielite.

Concludeva pertanto il C.T.U. che : *"1) l'intervento di artroprotesi non presentava speciali difficoltà tecniche e trattasi di un intervento di routine; 2) l'infezione della protesi d'anca è causa di una condotta dei sanitari alla luce dei criteri di causalità per non avere affrontato correttamente l'infezione nel minor tempo possibile. Sussiste nesso di causalità materiale tra il danno accertato al CP_1 e il comportamento professionale dei sanitari che ebbero in cura il paziente."*

Le conclusioni cui perveniva il C.T.U., fondate su un'analisi completa degli elementi di fatto, rappresentano il risultato di approfondite indagini ed appaiono corrette, immuni di vizi ed adeguatamente motivate e pertanto pienamente condivisibili.

Deve, dunque, ritenersi che il Tribunale abbia correttamente affermato, sulla scorta delle indagini effettuate dal consulente tecnico, con giudizio condiviso anche da questa Corte, che i sanitari operanti presso la struttura sanitaria non agirono secondo le *leges artis,* che se seguite avrebbero potuto evitare il danno lamentato.

Inoltre, la convenuta non forniva la prova dell'inesistenza di inadempimento, ovvero che la prestazione fu eseguita in maniera diligente e che gli esiti peggiorativi siano stati determinati da un evento imprevisto ed imprevedibile.

Va confermata pertanto l'affermazione di responsabilità dell'appellante in ordine alla produzione dell'evento dannoso per cui è causa.

Con il terzo motivo l'appellante contesta il rigetto della domanda di manleva da parte del giudice di prime cure, che, dopo aver dichiarato la vessatorietà della limitazione di responsabilità contenuta nella pattuizione "inizio e termine della garanzia", riteneva tuttavia

Osservatorio ICA Italia
osservatorioicaitalia.it

non operativa la garanzia assicurativa, poiché la polizza era stata oggetto di doppia sottoscrizione e quindi da ritenersi pienamente efficace (cfr.sentenza appellata: pag.8 "*…a parere di questo Tribunale la clausola di cui si discute va qualificata come clausola claims made spuria e va ritenuta vessatoria ex art. 1341 c.c. e poiché è stata espressamente approvata per iscritto è efficace"* e pag.15 *"data la doppia sottoscrizione la clausola è efficace..".)*

A sostegno del motivo di appello, dopo aver ritenuto e condiviso la natura vessatoria della clausola, evidenziava che con appendice di

polizza le parti espressamente convenivano che la clausola (vessatoria) di cui all'art.8, con riferimento alla doppia sottoscrizione "*deve intendersi non sottoscritto*", avendo esse concentrato la loro attenzione sul punto, escludendo espressamente la doppia sottoscrizione proprio per dare efficacia al contratto ed alla operatività della garanzia.

La statuizione di rigetto va confermata, anche se sulla base di considerazioni diverse, alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale intervenuta in materia.

La polizza di assicurazione per la Responsabilità Civile n [redacted] all'art.8 stipulata dalle parti con decorrenza dal 31.12.2005 e scadenza al 31.12.2008 prevede quale "condizione speciale", sotto la rubrica "Inizio e termine della garanzia", che "*l'assicurazione vale per le richieste di risarcimento presentate per la prima volta nel corso del periodo di efficacia dell'assicurazione stessa, a condizione che tali richieste siano conseguenti a fatti colposi posti in essere durante il periodo di validità della garanzia e, anche in data antecedente l'effetto della presente polizza e comunque non prima del 31 dicembre 2000*"

Il contratto in questione, dunque, contempla una clausola cd. "*claims made*" o "*a richiesta fatta*", in deroga a quanto previsto dall'art.1917 1 comma c.c., che estende la copertura assicurativa a tutte le condotte illecite sorte durante il periodo di durata del contratto (cd.sistema "*loss occurrence*"). Nella fattispecie in esame, invece, la copertura assicurativa è condizionata alla circostanza che il sinistro sia stato denunciato dal danneggiato all'assicurato e da quest'ultimo comunicato all'assicuratore durante il periodo di vigenza della polizza.

La prassi negoziale negli ultimi anni ha manifestato ampio interesse per dette pattuizioni, in particolare con riferimento ai contratti di assicurazione per la responsabilità civile nel caso di danni lungolatenti (danni da prodotti difettosi, in materia ambientale e responsabilità professionale), rispetto ai quali il tradizionale modello previsto dall'art.1917

Osservatorio ICA Italia
osservatorioicaitalia.it

c.c. non appariva sempre adeguato, potendo intercorrere molto tempo fra la condotta illecita del danneggiante ed il manifestarsi del danno.

Si è soliti distinguere le clausole *claims made* in due categorie.

Le clausole *claims made cd. miste o impure*, che prevedono l'operatività della copertura assicurativa solo quando sia il fatto illecito che la richiesta risarcitoria intervengano nel periodo di efficacia del contratto, con retrodatazione della garanzia (di solito due o tre anni dalla stipula del contratto), e quelle *cd. pure*, destinate a manlevare tutte le richieste risarcitorie inoltrate dal danneggiato all'assicurato e da questi all'assicurazione nel periodo di efficacia della polizza, a prescindere dalla data di commissione del fatto illecito.

Il tema, come è noto, è stato al centro di contrasti sia in dottrina che in giurisprudenza, inizialmente propense a ritenenerle nulle e vessatorie, e solo in tempi più recenti si è verificata una maggiore apertura verso le pattuizione su base *claims made*.

Invero, in passato si affermava che il contratto di assicurazione della responsabilità civile con clausola cosiddetto "*a richiesta fatta*" ("*claims made"*) non rientrasse nella fattispecie tipica prevista dall'art.1917 c.c., ma costituisse un contratto atipico, generalmente lecito *ex* art. 1322 c.c. (cfr.Cass. 15.3.2005 n.5624, laddove si motivava tale conclusione sul presupposto che del suindicato art.1917 c.c. la norma dell'art.1932 c.c. prevede l'inderogabilità – se non in senso più favorevole all'assicurato – del terzo e del quarto comma, ma non anche del primo, in base al quale l'assicuratore assume l'obbligo di tenere indenne l'assicurato di quanto questi deve pagare ad un terzo in conseguenza di tutti i fatti, o sinistri, accaduti durante il tempo dell'assicurazione di cui il medesimo deve rispondere civilmente, per i quali la connessa richiesta di risarcimento del danno da parte del danneggiato sia fatta in un momento anche successivo al tempo di efficacia del contratto, e non solo nel periodo di "efficacia cronologica" del medesimo, tanto desumendosi da un'interpretazione sistematica che tenga conto anche del tenore degli artt. 1917, 1913 e 1914 c.c., i quali individuano l'insorgenza della responsabilità civile nel fatto accaduto; e si aggiungeva che al riguardo non assumeva rilievo l'art.2952 c.c., recante il riferimento alla richiesta di risarcimento fatta dal danneggiato all'assicurato o alla circostanza che sia stata promossa l'azione, trattandosi di norma con differente oggetto e diversa "*ratio*", volta solamente a stabilire la decorrenza del termine di prescrizione dei diritti dell'assicurato nei confronti dell'assicuratore), spettando al giudice di merito accertare, caso per caso, se la clausola, riducendo l'ambito oggettivo della responsabilità

Osservatorio ICA Italia
osservatorioicaitalia.it

dell'assicuratore, fissato dall'art.1917 c.c., configurasse una clausola vessatoria ai sensi dell'art.1341 c.c. (nello stesso senso cfr. Cass.22.3.2013 n.7273 e 10.11.2015 n.22891).

La giurisprudenza successiva ha affermato che la clausola in esame sfugge ad un giudizio di vessatorietà ai sensi dell'art.1341 c.c., trattandosi di contratto atipico che è in linea generale valido e lecito, ed ha poi affidato allo scrutinio del giudice del merito la valutazione circa la meritevolezza dello specifico contratto di assicurazione di cui si discute La Cassazione a Sezione Unite, nel comporre il contrasto creatosi in giurisprudenza, con la pronuncia n.9140 del 6.5.2016 ha affermato che "*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 (cd. clausola "claims made" mista o impura), non è vessatoria, ma, in presenza di determinate condizioni, può essere dichiarata nulla per difetto di meritevolezza ovvero – ove applicabile la disciplina del d.lgs. n. 206 del 2005 – per il fatto di determinare a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e obblighi contrattuali; la relativa valutazione va effettuata dal giudice di merito ed è incensurabile in sede di legittimità quando congruamente motivata.*"

La deroga allo schema previsto dall'art.1917 c.c. ha ritenuto la Cassazione, pone in capo al giudice di merito la necessità di effettuare un sindacato di meritevolezza sulla clausola *claims made* inserita nel singolo contratto di assicurazione. E se le clausole *claims made* pure, che non prevedono limitazioni temporali alla loro retroattività, devono ritenersi "*tendenzialmente meritevoli di tutela"* comportando vantaggi e svantaggi reciproci per le parti, giacchè l'effetto svantaggioso derivante dalla mancata copertura assicurativa di fatti illeciti verificatisi prima della scadenza del contratto la cui richiesta sia intervenuta dopo la scadenza stessa, si affianca l'effetto vantaggioso in quanto che la copertura comprende anche i fatti illeciti verificatisi prima della vigenza del contratto a condizione che la richiesta risarcitoria sia intervenuta durante la vigenza del contratto, più complessa è l'indagine qualora si tratti di clausole impure o miste.

Il sindacato del giudice, quindi, per la Corte di Cassazione, in tali evenienze ha ad oggetto il rapporto sinallagmatico tra le rispettive obbligazioni, vale a dire tra il pagamento del premio ed il diritto all'indennizzo, e l'incidenza della singola pattuizione sulla causa del contratto di assicurazione. In tale valutazione, pertanto, utili parametri sono l'asimmetria tra le parti, il complessivo regolamento contrattuale e l'ammontare del premio corrisposto.

Osservatorio ICA Italia
osservatorioicaitalia.it

Qualora all'esito di tale valutazione la clausola risulti non meritevole di tutela, secondo la Cassazione deve applicarsi l'art. 1917 c.c..

Questa sentenza ha trovato conferma anche in altre due sentenze della Cassazione, sempre a Sezioni Unite, che però non hanno indicato o meglio precisato i criteri che dovrebbero guidare il giudice di merito nell'effettuare il sindacato di meritevolezza (cfr Cass. S.U. n. 24645/16; Cass. S.U. n. 24646/16).

In tempi più recenti la Corte di Cassazione a Sezioni Unite è nuovamente intervenuta sull'argomento, a tanto sollecitata per risolvere questioni ulteriori e divese rispetto a quelle affrontate con la sentenza n.9140/16, segnatamente la possibilità di elevare "a rango di sinistri" fatti diversi da quelli previsti dagli artt.1882 c.c. e 1917 comma primo c.c. e la meritevolezza di tutela della clausola *claims made* (cfr. Cass. S.U. 24.9.18 n. 22437).

La Corte di Cassazione ha dunque ribadito, nel riordinare organicamente l'argomento, che la clausola *claims made* è strumento negoziale valido ed anche tipizzato in vari settori dell'assicurazione della responsabilità civile.

L'art.11 della legge n.24/17, ad esempio, nel settore della responsabilità medica ha tipizzato detta clausola prevedendo una retroattività di dieci anni ed in caso di cessazione dell'attività professionale una copertura postuma di ulteriori dieci anni. Nel settore della responsabilità professionale degli avvocati, il DM 22.9.16 ha stabilito che la polizza contempli un'irretroattività illimitata ed una ultrattività almeno decennale in caso di cessazione dell'attività ed anche in favore degli eredi.

Di conseguenza, secondo la Corte di Cassazione "*Il modello di assicurazione della responsabilità civile con clausole "on claims made basis", quale deroga convenzionale all'art.1917, comma 1 c.c., consentita dall'art.1932 c.c., è riconducibile al tipo dell'assicurazione contro i danni e, pertanto, non è soggetto al controllo di meritevolezza di cui all'art.1322 comma 2 c.c., ma alla verifica, ai sensi dell'art.1322 1 comma c.c., della rispondenza della conformazione del tipo, operata attraverso l'adozione delle suddette clausole, ai limiti imposti dalla legge, da intendersi come l'ordinamento giuridico nella sua complessità, comprensivo delle norme di rango costituzionale e sovranazionale. Tale indagine riguarda, innazitutto, la causa concreta del contratto sotto il profilo della liceità e dell'adeguatezza dell'assetto sinallagmatico rispetto agli specifici interessi perseguiti dalle parti, ma non si arresta al momento della genesi del regolamento negoziale, investendo anche la fase precontrattuale (in cui occorre verificare l'osservanza, da parte dell'impresa*

Osservatorio ICA Italia
osservatorioicaitalia.it

assicurativa, degli obblighi di informazione sul contenuto delle "claims made") e quella dell'attuazione del rapporto (come nel caso in cui nel regolamento contrattuale "on claims made basis" vengano inserite clausole abusive), con la conseguenza che la tutela invocabile dall'assicurato può esplicarsi, in termini di effettività, su diversi piani, con attivazione dei rimedi pertinenti ai profili di volta in volata implicati".

Detta indagine, suggerisce la Cassazione, implica una considerazione complessiva dell'atteggiarsi della vicenda dedotta in giudizio, la sua incidenza sugli obblighi informativi, la corrispettività tra premio e rischio assicurato, strettamente collegati, la presenza della clausola di recesso in costanza di rapporto.

Qualora il giudice rilevi l'inadeguatezza del negozio, asserisce la Cassazione, è possibile porre rimedio alla nullità anche parziale del contratto attraverso l'art.1419 comma 2 c.c., integrando quest'ultimo non già attraverso il modello cd.*loss occurance* di cui all'art.1917 comma 1 c.c., ma "…*attingendo quanto necessario per ripristinare in modo coerente l'equilibrio dell'assetto vulnerato dalle indicazioni reperibili dalla stessa regolamentazione legislativa con conformazione secondo le congruenti indicazioni di legge o comunque secondo il principio dell'adeguatezza del contratto assicurativo allo scopo pratico perseguito dai contraenti".*

Ciò detto, ritiene la Corte che la clausola in esame supera il giudizio di merito sollecitato dai massimi giudici, considerata l'assenza di clausole abusive (quali il recesso dell'assicuratore in caso di denunce di sinistro) e di condizioni svantaggiose per l'assicurata, la conservazione dello scopo pratico perseguito dalle parti, l'estensione del periodo di retroattività della garanzia assicurativa – destinata ad operare anche per i sinistri verificatisi dopo il 31 dicembre 2000, quindi cinque anni prima della stipula del contratto, risalente al 31 dicembre 2005, sicché la copertura era estesa a ben 8 anni e mezzo –, l'adeguatezza del premio di polizza rispetto ai rischi assunti dall'assicuratore, il rispetto degli obblighi informativi, che l'assicurato neppure revoca in dubbio, in considerazione delle concrete modalità di negoziazione, svoltesi in condizioni paritetiche – affidate dalla *Parte_1* alla società *Org_4*, broker mondiale – e con piena consapevolezza della suddivisione dei rischi assicurati: il contenuto del contratto consente di affermare che gli interessi delle parti, affatto squilibrati, abbiano trovato un adeguato assetto negoziale, anche alla luce dell'informativa precontrattuale.

Ciò posto e solo per completezza va osservato che con l'approvazione dell'Appendice al contratto le parti hanno "revocato" la (sola) specifica sottoscrizione dell'art.8 del

Osservatorio ICA Italia
osservatorioicaitalia.it

regolamento negoziale, che le parti avevano inizialmente sottoscritto specificamente ai sensi dell'art.1341, co. 2, c.c.: intenzione delle parti era soltanto porre nel nulla la duplice sottoscrizione – infatti, la proposizione "*deve intendersi non sottoscritto*", da leggersi in relazione alla precedente frase "*Con riferimento a quanto concerne la sottoscrizione delle clausole vessatorie previste a pagina 16 dei documenti di polizza così normato. "Ai sensi dell'art. 1341 del C.C., 2° Comma, il sottoscritto dichiara di approvare espressamente le disposizioni dei seguenti articoli delle Condizioni di Assicurazione""*", non si riferisce all'art.8 in sé, che, pertanto, riportato a pag.7 del contratto, era e resta sottoscritto e valido insieme ed al pari delle altre disposizioni contrattuali, bensì alla sua specifica sottoscrizione nella prospettiva del richiamato art.1341 c.c. – ma non hanno certo inteso trasformare il contenuto e il significato del contratto, sottraendo dal regolamento negoziale la clausola in esame.

Tanto premesso, se il sinistro dedotto in lite – cioè l'evento lesivo patito dall'attore – risale al 14.6.2005, in piena vigenza della polizza avente scadenza il 31.12.2008, e la denuncia alla *CP_3* è stata fatta in data 9.10.2009, successiva alla scadenza del rapporto contrattuale assicurativo, deve affermarsi che esso non è coperto dalla garanzia, con conseguente infondatezza della domanda di manleva spiegata dalla *Parte_1* nei confronti della – *Controparte_3* oggi – *Controparte_2*

Alla stregua delle considerzioni che precedono l'appello va rigettato con conferma della impugnata sentenza.

Le spese del presente grado di giudizio, con riferimento ai rapporti fra l'appellante e *[...]* *CP_1* , seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo a norma del DM n. 55/14, come aggiornato dal DM n.37/18 in considerazione del valore della causa e delle questioni trattate.

Per quanto concerne i rapporti fra l'appellante e la impresa assicuratrice, deve ritenersi che le questioni affrontate, unitamente ai diversi orientamenti giurisprudenziali formatisi al riguardo, giustifichi ai sensi dell'art. 92 c.p.c. *ratione temporis* vigente la compensazione delle spese di lite.

Infine, giova rammentare che, trattandosi di appello introdotto in epoca successiva al 31.1.13, trova applicazione nella fattispecie l'art.13 comma 1 quater del D.P.R. n. 115/02, introdotto dall'art.1 comma 17 della legge n.228/12.

P.Q.M.

Osservatorio ICA Italia
osservatorioicaitalia.it

La Corte di Appello di Napoli, definitivamente pronunciando sull'appello proposto da *Parte_4* *[...]* in persona del legale rappresentante pro tempore, avverso la sentenza n.5286/2015 del Tribunale di Napoli nei confronti di *CP_1* e di *[...]* *Controparte_2* (nuova denominazione della *Controparte_3*, in persona del legale rappresentante pro tempore, con atto notificato in data 22.6.2015, così provvede:

a) rigetta l'appello e conferma la impugnata sentenza;

b) condanna *Organizzazione_2* *[...]* al pagamento in favore di *CP_1* delle spese del presente grado del giudizio, che liquida in complessivi E.5.006,00 per compensi, oltre spese generali, IVA e CPA come per legge, con attribuzione al procuratore anticipatario avv [redacted]

c) dichiara interamente compensate le spese del presente grado tra l'appellante e l'appellata *Controparte_2* (nuova denominazione della *Controparte_3*;

c) dà atto che sussistono i presupposti per il versamento da parte dell'appellante di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato rispetto a quello già versato per proporre l'impugnazione.

Così deciso, addì 15.5.2020

IL CONSIGLIERE ESTENSORE **IL PRESIDENTE**

D.ssa Aurelia D'Ambrosio **Dr.Umberto Di Mauro**

Osservatorio ICA Italia
osservatorioicaitalia.it