RG N 361/2011

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

IL TRIBUNALE DI ISERNIA

- Sezione unica -

In composizione monocratica, in persona del dott. Vittorio Cobianchi Bellisari, ai sensi degli articoli 281 *quater*, 281 *quinquies* primo comma del codice di procedura civile vigente ha pronunciato la seguente

SENTENZA

definitivamente pronunciando nella causa iscritta al n. rg. 361/2011, tra le seguenti parti:

Parte_1 **,** [redacted] (*C.F._1* , *Parte_2* *[...]* **,** [redacted] *C.F._2*), rappresentati e difesi dall'avv. [redacted] giusta procura in atti;

- attori

Controparte_1 (di seguito, per brevità: ")**,** in p.l.r.p.t. rappresentata e difesa dall'avv. [redacted] giusta procura in atti;

- convenuta

Controparte_3 già *Controparte_4* in p.l.r.p.t. rappresentata e difesa dagli avv.ti F. [redacted] M. [redacted] e E. [redacted]

- terzo chiamato

Oggetto: Risarcimento danno – responsabilità professionale.

Conclusioni

Come da verbale di udienza del 20.12.2018 da intendersi interamente riportato e trascritto.

Motivi di fatto e di diritto della decisione.

Osservatorio ICA Italia
osservatorioicaitalia.it

Premesso che *Parte_1* e *Parte_2* in proprio e nella qualità di eredi di *Persona_1* [redacted] ed ivi [redacted] hanno convenuto in giudizio l' , chiedendo di accertare la responsabilità della convenuta per il decesso della loro madre (*Persona_1* e condannarla al risarcimento dei danni conseguenti.

A sostegno della domanda hanno rappresentato che *Persona_1* in data 29.9.2009 era stata ricoverata presso l' per sottoporsi ad intervento di "stenosi lombo-sacrale" il successivo 30.9.2009 per poi dimettersi in data 12.10.2009. Dopo le dimissioni la *Per_1* ha presentato sintomi febbrili con alterazione della temperatura corporea e deficit cognitivi. Interpellato dai congiunti il medico curante, previ esami diagnostici, ha adottato una terapia cortisonica ed antibiotica che non ha portato ad alcun miglioramento, pertanto in data 1.12.2009 è stata ricoverata presso [redacted] *Org_1* di Napoli dove le è stata diagnosticata setticemia da stafilococco ed il 2.2.2010 è stata dimessa. Il successivo [redacted] la sig.ra *Per_1* è deceduta.

Gli attori hanno dedotto come l'infezione contratta dalla *Per_1* fosse ascrivibile ad una negligenza nell'operato dei sanitari dell' ed hanno quindi chiesto di condannare quest'ultimo al risarcimento dei danni subiti dalla loro madre quando era ancora in vita, nonché del danno morale da loro stessi patito in conseguenza delle sofferenze e della successiva morte della stessa.

L' , costituendosi in giudizio, ha contestato le avverse deduzioni, svolgendo eccezioni in rito e contestando nel merito le domande degli attori. Ha poi chiamato in causa la compagnia assicurativa *Controparte_4* già *Controparte_5* , per essere da questa garantita.

Si è costituita in giudizio la *Controparte_3* , già *Controparte_4* , eccependo la non applicabilità della polizza al caso oggetto di giudizio, in virtù della clausola di cui all'art. 12 del contratto di assicurazione e comunque, in caso di accoglimento della domanda di garanzia, evidenziando i limiti dei massimali di polizza. Ha poi contestato la fondatezza nel merito delle domande di parte attrice.

Avverso le eccezioni del chiamato in causa l' ha dedotto l'invalidità della clausola claim's made.

Nel corso del processo sono state accolte le istanze istruttorie di parte attrice e rigettate quelle formulate dalla convenuta. Sono quindi state espletate le prove testimoniali ammesse e disposto l'esperimento di una consulenza tecnica.

Esaurita l'istruttoria, rigettate le richieste di chiarimenti formulate dalla convenuta, la causa è stata trattenuta in decisione.

Osservatorio ICA Italia
osservatorioicaitalia.it

OSSERVA

La domanda è fondata e dev'essere accolta, nei limiti di cui si dirà.

- In primo luogo vanno rigettate le eccezioni preliminari formulate dalla convenuta.

Infondata è l'eccezione di estinzione del procedimento per irregolarità nella costituzione in giudizio degli attori, ben potendo questi procedere con l'iscrizione a ruolo della causa sulla base di una copia dell'atto di citazione, in attesa della sua restituzione da parte dell'ufficiale giudiziario, per poi allegare l'atto originale.

Con riferimento all'eccezione relativa alla presunta nullità della citazione, deve rilevarsi che la domanda proposta in giudizio dall'attore è pacificamente basata sul titolo contrattuale, essendo stato formulato espresso riferimento a tale profilo già nell'atto di citazione ed avendo parte attrice compiutamente individuato l'evento lesivo per il quale ha chiesto il risarcimento del danno.

Analogamente è infondata l'eccezione di prescrizione, poiché l' intervento chirurgico è stato eseguito in data 30.9.2009, e anche a prescindere da atti interruttivi intermedi, la presente controversia è stata introdotta ben prima della scadenza dei dieci anni previsti a fini di prescrizione.

Inconferente è poi l'eccezione di carenza di legittimazione attiva degli attori, avendo questi prodotto certificati di stato di famiglia da cui emerge con chiarezza il rapporto di parentela con la defunta e dichiarazione sostitutiva della qualità di unici eredi della medesima.

- Quanto al merito della domanda devono essere condivise le conclusioni raggiunte dal CTU nella propria relazione.

Il dott. *Persona_2* , nominato CTU il 22.12.2015 ha ricostruito l'iter sanitario della sig.ra *Per_1* ed il suo pregresso stato di salute, come emergente dalla documentazione versata in atti. Il consulente ha dato atto di una serie di patologie pregresse ed interventi a cui la *Per_1* era stata sottoposta in passato. Ha poi relazionato, con un'attenta analisi, sull'intervento praticato presso l' evidenziando come lo stesso fosse stato correttamente eseguito "da un punto di vista squisitamente tecnico", specificando però come il complessivo trattamento sanitario fosse censurabile sotto diversi profili. In particolare ha evidenziato come il decesso della paziente sia avvenuto in conseguenza della contrazione di un'infezione da Stafilococco in ambiente nosocomiale. La comparsa del processo infettivo è indicata dal CTU come "una complicanza prevedibile ma con elevatissima frequenza prevenibile con adeguata profilassi antibiotica e misure igieniche prevenzionali". Il CTU ha inoltre dato atto come sintomi dell'infezione, fossero già presenti nel corso del ricovero ed in fase post-operatoria, con picchi febbrili, mentre

Osservatorio ICA Italia
osservatorioicaitalia.it

non risulta praticata alcuna profilassi antibiotica in fase post-operatoria. Il CTU ha poi evidenziato come non risulti una corretta sterilizzazione dell'ambiente e dello strumentario operatorio presso l[redacted] mancando i documenti di tracciabilità.
Quanto al nesso di causalità ha evidenziato come lo stato avanzato dell'infezione al momento della sua diagnosi ed il breve lasso di tempo intercorso fra la sua diagnosi e le dimissioni dall[redacted] rendano altamente probabile che l'infezione sia stata contratta in occasione del ricovero presso l[redacted] trattandosi di infezione tipicamente nosocomiale.
Ha inoltre messo in luce come la mancata indicazione di una terapia antibiotica post-operatoria costituisca una grave carenza terapeutica da parte dei sanitai dell[redacted] in ragione delle pregresse condizioni di salute della paziente.
Il consulente ha poi rilevato come la paziente nel lasso di tempo intercorso fra l'insorgenza della patologia flogistica ed il decesso non fosse in condizioni tali da comprendere la propria condizione ed il possibile esito nefasto.
Il consulente ha escluso, con rilievi scevri da vizi logici, che l'intervento eseguito e la diagnosi e cura dell'infezione siano caratterizzati da speciali difficoltà.
Il CTU ha quindi quantificato le conseguenze dannose patite dalla defunta quando era ancora in vita, individuando, in termini di danno biologico, n. 100 giorni di inabilità temporanea assoluta, previa detrazione del periodo di inabilità fisiologicamente connesso con l'esecuzione dell'intervento, ed in una inabilità temporanea per ulteriori 20 giorni nella misura del 50%.
A fronte delle conclusioni raggiunte dal consulente d'ufficio le parti hanno formulato osservazioni a cui il primo ha fornito esauriente e puntuale risposta.

- Ciò posto, come già rilevato, le conclusioni del CTU appaiono meritevoli di condivisione e corretta deve ritenersi la qualificazione e quantificazione operata dal CTU alla luce delle concrete conseguenze lesive patite dalla *Per_1* a seguito del trattamento sanitario eseguito presso l' .
Nessuna eziologia alternativa è emersa nel corso del processo.
Pertanto, deve concludersi che a seguito dell' intervento eseguito presso l' la *Per_1* abbia contratto un'infezione da Stafilococco non correttamente e tempestivamente trattata che ha portato al suo decesso.
Prima dell'infausto evento ed in conseguenza dell'infezione, la *Per_1* ha subito postumi invalidanti assoluti per 100 e una parziale invalidità pari al 50% per ulteriori 20 giorni.
Va esclusa una personalizzazione ulteriore delle conseguenze dannose patite in vita dalla *Per_1* rispetto a quelle ordinariamente previste, non essendo state fornite dimostrazioni specifiche che possano portare a derogare alle stesse.
Concludendo, dalle emergenze istruttorie si ritiene sussistere la responsabilità dell' , che ha avuto in cura la *Per_1* dal 29.09.2009 al 12.10.2009, in quell'occasione

Osservatorio ICA Italia
osservatorioicaitalia.it

praticando intervento di stenosi lombo-sacrale, all'esito del quale la paziente ha contratto infezione da stafilococco che si sarebbe potuta evitare usando l'ordinaria diligenza.

Va allora affermata, per quanto di rilievo, la responsabilità contrattuale della struttura sanitaria convenuta, dal momento che essa risponde del fatto dei propri ausiliari (Sez. 3, Sentenza n. 1620 del 03/02/2012, Rv. 621457 – 01, secondo cui "L'ospedale risponde a titolo contrattuale dei danni patiti dal paziente, per fatto proprio, ex art. 1218 cod. civ., ove tali danni siano dipesi dall'inadeguatezza della struttura, ovvero per fatto altrui, ex art. 1228 cod. civ., ove siano dipesi dalla colpa dei sanitari di cui l'ospedale si avvale"), e non ha assolto all'onere probatorio inerente la dimostrazione dell'esatto adempimento, o la mancanza di causalità, connaturato alla tipologia di responsabilità contrattuale, come detto fatta valere in questa sede (Sez. U, Sentenza n. 577 del 11/01/2008, Rv. 600903 – 01, secondo cui "In tema di responsabilità contrattuale della struttura sanitaria e di responsabilità professionale da contatto sociale del medico, ai fini del riparto dell'onere probatorio l'attore, paziente danneggiato, deve limitarsi a provare l'esistenza del contratto (o il contatto sociale) 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").

- Accertata dunque la responsabilità dell[redacted] nel processo patologico che ha condotto al decesso della *Per_1* e passando all'esame delle domande di risarcimento avanzate nel presente giudizio occorre svolgere alcune considerazioni.

Preme osservare infatti che la Suprema Corte a Sezioni Unite con sentenza n. 26972 del 11.11.2008 ha posto in materia di danno non patrimoniale alcuni punti fermi affermando per quanto di interesse in questa sede che:1) il danno non patrimoniale costituisce una categoria ampia ed onnicomprensiva, all'interno della quale non è possibile ritagliare ulteriori sotto categorie. Pertanto il c.d. danno esistenziale, inteso quale "il pregiudizio alle attività non remunerative della persona" causato dal fatto illecito lesivo di un diritto costituzionalmente garantito, costituisce solo un ordinario danno non patrimoniale, che non può essere liquidato separatamente sol perché diversamente denominato; 2) il danno non patrimoniale è risarcibile nei soli casi previsti dalla legge, i quali si dividono in due gruppi: le ipotesi in cui la risarcibilità è prevista in modo espresso (fatto illecito integrante reato) e quello in cui la risarcibilità, pur non essendo prevista da norma di legge ad hoc, deve ammettersi sulla base di una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 cod. civ., per avere il fatto illecito vulnerato in modo grave un diritto della persona direttamente tutelato dalla legge; 3) dal principio del necessario riconoscimento, per i diritti inviolabili della persona, della minima tutela costituita dal risarcimento, consegue che la lesione dei diritti inviolabili della persona che abbia determinato un danno non

Osservatorio ICA Italia
osservatorioicaitalia.it

patrimoniale comporta l'obbligo di risarcire tale danno, quale che sia la fonte della responsabilità, contrattuale o extracontrattuale 4) Il danno non patrimoniale, anche quando sia determinato dalla lesione di diritti inviolabili della persona, costituisce danno conseguenza che deve essere allegato e provato. Le SU della Suprema Corte hanno, inoltre, evidenziato che l'art. 2059 c.c. va completato con gli elementi strutturali dell'art. 2043. Tale norma, infatti, è norma di rinvio e "non delinea una distinta fattispecie di illecito produttiva di danno non patrimoniale, ma consente la riparazione anche dei danni non patrimoniali, nei casi determinati dalla legge, nel presupposto della sussistenza di tutti gli elementi costitutivi della struttura dell'illecito civile, che si ricavano dall'art. 2043 c.c. (e da altre norme, quali quelle che prevedono ipotesi di responsabilità oggettiva), elementi che consistono nella condotta, nel nesso causale tra condotta ed evento di danno, connotato quest'ultimo dall'ingiustizia, determinata dalla lesione, non giustificata, di interessi meritevoli di tutela, e nel danno che ne consegue (danno-conseguenza, secondo opinione ormai consolidata: Corte cost. n. 372/1994; S.u. n. 576, 581, 582, 584/2008). La rilettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., come norma deputata alla tutela risarcitoria del danno non patrimoniale inteso nella sua più ampia accezione, riporta il sistema della responsabilità aquiliana nell'ambito della bipolarità prevista dal vigente codice civile tra danno patrimoniale (art. 2043 c.c.) e danno non patrimoniale (art. 2059 c.c.) (sent. n.8827/2003; n. 15027/2005; n. 23918/2006). Deve, dunque, ritenersi che al di fuori dei casi espressamente previsti dalla legge sia possibile ottenere il risarcimento del danno non patrimoniale laddove sia accertata la lesione di un diritto inviolabile della persona qualificabile come "ingiustizia costituzionalmente qualificata" laddove il diritto sia stato leso oltre una certa soglia minima, cagionando un pregiudizio serio.

Alla luce della predetta giurisprudenza, dunque, va esaminato il profilo della individuazione e quantificazione dei danni patiti dalla *Per_1* e dai suoi congiunti.

- Esaminando la domanda spiegata dagli attori per il risarcimento del danno conseguente alla perdita del rapporto parentale, è doveroso evidenziare che nessuna specifica allegazione sul punto è stata svolta, essendosi limitati a chiedere il ristoro del danno "morale ed esistenziale subito" adducendo a prova dalla loro sussistenza il fatto della convivenza con la defunta.
Relativamente a tale tipologia di danni la giurisprudenza di legittimità ha avuto più volte modo di affermare che "il soggetto che chiede iure proprio il risarcimento del danno subito in conseguenza della uccisione di un congiunto per la definitiva perdita del rapporto parentale lamenta l'incisione di un interesse giuridico diverso sia dal bene salute, del quale è titolare (la cui tutela ex art. 32 cost., ove risulti intaccata l'integrità psicofisica, si esprime mediante il risarcimento del danno biologico), sia dall'interesse all'integrità morale (la cui tutela, ricollegabile all'art. 2 Cost., ove sia determinata una

Osservatorio ICA Italia
osservatorioicaitalia.it

ingiusta sofferenza contingente, si esprime mediante il risarcimento del danno morale soggettivo), e ciò in quanto l'interesse fatto valere è quello alla intangibilità della sfera degli affetti e della reciproca solidarietà nell'ambito della famiglia e alla inviolabilità della libera e piena esplicazione delle attività realizzatrici della persona umana nell'ambito di quella peculiare formazione sociale costituita dalla famiglia, la cui tutela è ricollegabile agli artt. 2,29 e 30 Cost. Trattasi di interesse protetto, di rilievo costituzionale, non avente natura economica, la cui lesione non apre la via ad un risarcimento ai sensi dell'art. 2043 c.c., nel cui ambito rientrano i danni patrimoniali, ma ad una riparazione ai sensi dell'art. 2059 c.c., senza il limite ivi previsto in correlazione all'art. 185 c.p. in ragione della natura del valore inciso, vertendosi in materia di danno che non si presta ad una valutazione monetaria di mercato" (cfr. per tutte Cass., n. 2557/11).

Circa l'inconfigurabilità dell'autonoma categoria del danno esistenziale, con specifico riguardo alla fattispecie in esame, la giurisprudenza di legittimità si è espressa riconoscendo che "in tema di risarcimento del danno, non è ammissibile nel nostro ordinamento l'autonoma categoria del "danno esistenziale", in quanto, ove in essa si ricomprendano i pregiudizi scaturenti dalla lesione di interessi della persona di rango costituzionale, ovvero derivanti da fatti-reato, essi sono già risarcibili ai sensi dell'art. 2059 c.c., sicché la liquidazione di una ulteriore posta di danno comporterebbe una non consentita duplicazione risarcitoria; ove, invece, si intendesse includere nella categoria i pregiudizi non lesivi di diritti inviolabili della persona, la stessa sarebbe illegittima, posto che simili pregiudizi sono irrisarcibili alla stregua del menzionato articolo (cfr. fra molte Cass., n. 336/16). La Corte, in altra rilevante pronuncia ha chiarito ancora che "ai fini della liquidazione del danno non patrimoniale da perdita di persona cara, costituisce indebita duplicazione di risarcimento la congiunta attribuzione del danno morale - non altrimenti specificato - e del danno da perdita del rapporto parentale, poiché la sofferenza patita nel momento in cui la perdita è percepita, e quella che accompagna l'esistenza del soggetto che l'ha subita, altro non sono che componenti del complesso pregiudizio, che va integralmente ma unitariamente ristorato"(cfr. Cass., n. 25351/15).

Quanto alle condizioni affinché possa essere riconosciuto il diritto al risarcimento, appare doveroso sottolineare che anche tale tipologia di conseguenze dannose soggiace ai principi generali vigenti in tema di responsabilità extracontrattuale.

Pertanto l'esistenza di conseguenze dannose concretamente risarcibili dev'essere allegata e provata da parte di chi ne chiede il ristoro, in applicazione della regola posta dall'art. 2697 c.c..

Invero, il danno da perdita del rapporto parentale non può "considerarsi in re ipsa, in quanto ne risulterebbe snaturata la funzione del risarcimento, che verrebbe ad essere concesso non in conseguenza dell'effettivo accertamento di un danno bensì quale pena privata per un comportamento lesivo" (cfr. Cass., 7/6/2011, n. 12273; Cass., 20/11/2012, n. 20292, nonché, Cass., 3/10/2013, n. 22585; Cass., Sez. Un.,

Osservatorio ICA Italia
osservatorioicaitalia.it

11/11/2008, n. 26972; Cass., Sez. Un., 11/11/2008, n. 26973; Cass., Sez. Un., 11/11/2008, n. 26974; Cass., Sez. Un., 11/11/2008, n. 26975). Esso va dal danneggiato allegato e provato, secondo la regola generale ex art. 2697 c.c. (cfr.. Cass., 16/2/2012, n. 2228; Cass., 13/5/2011, n. 10527). L'allegazione a tal fine necessaria, "si è da questa Corte precisato, deve concernere fatti precisi e specifici del caso concreto, essere cioè circostanziata e non già purchessia formulata non potendo invero risolversi in mere enunciazioni di carattere del tutto generico e astratto, eventuale ed ipotetico" (cfr. Cass., n. 16992/15 e la giurisprudenza ivi citata).
Dunque, "ai fini del ristoro del pregiudizio esistenziale da lesione del rapporto parentale, soltanto l'allegazione circostanziata - mercé l'indicazione di fatti precisi e specifici nel caso concreto - di fondamentali e radicali cambiamenti dello stile di vita, ovvero del compimento di scelte di vita diverse, determina l'inversione dell'onere della prova tipica delle presunzioni" (cfr. fra molte, Cass., n. 10527/11).
La prassi giurisprudenziale ha a tal fine individuato alcune circostanze "tipiche" da prendere in considerazione, quali, per esempio, l'età dei soggetti coinvolti, la convivenza con la vittima primaria, la consistenza (più o meno ampia) del nucleo familiare (cfr. fra molte Cass., n. 9231/13 e n. 14931/12).
Il giudice sarà poi chiamato a valutare tutti gli elementi fattuali acquisiti, capaci di evidenziare la reale intensità del vincolo parentale. Più è stretto il vincolo parentale con la "vittima primaria" dell'illecito, maggiore incidenza potrà avere il meccanismo probatorio presuntivo ex art. 2729 c.c. (cfr. Cass., n. 12146/16).

Alla luce di tali principi, deve rilevarsi che nel caso di specie non è stata fornita alcuna prova o elemento utile a sostegno della domanda. Vero è che la stretta natura del legame parentale può in astratto consentire il ricorso a meccanismi presuntivi, tuttavia nel caso di specie non è stata dedotta nessuna circostanza utile, se non il rapporto parentale con la vittima, e pertanto mancando elementi idonei a ritenere effettivamente patito un danno in capo ai congiunti, la domanda deve sul punto essere rigettata.

- Venendo ai danni subiti dalla scomparsa, sig.ra *Per_1* il cui risarcimento è stato domandato dagli attori nella qualità di eredi, si osserva quanto segue.

In primo luogo gli attori hanno chiesto di accertare il diritto al risarcimento del danno non patrimoniale derivante dalla lucida e cosciente consapevolezza dell'imminenza della morte. Danno che spetterebbe, secondo la ricostruzione attorea per il solo fatto che fra l'insorgenza dell'infezione ed il decesso sia trascorso un apprezzabile lasso di tempo.
Tale tipologia di pregiudizio astrattamente risarcibile, e qualificato come danno catastrofale, soggiace anch'esso, come ogni conseguenza dannosa alle regole di cui all'art. 2697 c.c. per cui affinché possa essere riconosciuto un diritto al risarcimento è necessaria l'allegazione di circostanze specifiche idonee a consentire il funzionamento di

Osservatorio ICA Italia
osservatorioicaitalia.it

meccanismi presuntivi altrimenti incombendo sull'attore la prova di aver subito tali sofferenze.
Nel caso di specie non si dispone di tali elementi né in forma di allegazione, né in via istruttoria. Non si desumono poi dagli atti elementi capaci di far ritenere che lo scomparso avesse percepito, durante il periodo di ricovero l'imminenza della propria morte. Anzi il contrario, come evidenziato dal consulente d'ufficio.
Deve invece essere riconosciuta l'esistenza di un danno di natura non patrimoniale derivante dalle sofferenze patite dalla defunta a causa dell'omissione dei sanitari.
Tali sofferenze sono qualificabili, in via meramente descrittiva, come danno alla salute e danno propriamente morale.
Detta sofferenza deve quindi essere risarcita e per la quantificazione, dovendo la stessa avvenire in vi equitativa, si farà riferimento ai parametri contenuti nella tabella messa a punto dall'Osservatorio sulla giustizia civile del Tribunale di Milano, non ritenendosi ammissibile una valutazione equitativa pura, alla luce delle indicazioni fornite dal consulente. Pertanto il danno patito dal sig. *Parte_3* si ritiene quantificabile in € 9.800,00 per il danno da inabilità temporanea assoluta, € 980,00 per il danno da inabilità temporanea parziale al 50% (importi già rivalutati).
Sull'importo indicato vanno riconosciuti gli interessi legali dalla domanda e sino al soddisfo.

In conclusione la domanda va accolta in relazione all'importo complessivo di € 10.780,00, oltre agli interessi legali dalla domanda al soddisfo.

La condanna al pagamento va pronunciata nei confronti dell' .

- Quanto al rapporto tra l' , e la società di assicurazione, terza chiamata, si precisa quanto segue, con riferimento ai principi giurisprudenziali affermati dalla Suprema Corte in materia.

Con la sentenza n. 9140/2016, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, pur avendo escluso la natura vessatoria della clausola claim's made, nella parte in cui subordina l'indennizzabilità del sinistro alla circostanza che il terzo danneggiato abbia chiesto all'assicurato il risarcimento entro i termini di vigenza del contratto, sul rilievo che questa delimita l'oggetto del contratto stesso, e non la responsabilità dell'assicuratore, avevano tuttavia avvertito che la pattuizione – atipica rispetto allo schema normativo, delineato dall'art. 1917 c.c. secondo il modello c.d. loss occurence - potrebbe tuttavia risultare in singoli casi specifici non diretta a "realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico", ai sensi dell'art. 1322 c.c..
Quest'ultima valutazione andrebbe compiuta in concreto e non in astratto, valutando:

Osservatorio ICA Italia
osservatorioicaitalia.it

a) se la clausola subordini l'indennizzo alla circostanza che sia il danno, sia la richiesta di risarcimento da parte del terzo avvengano nella vigenza del contratto (c.d. claim's made impura);
b) la qualità delle parti;
c) la circostanza che la clausola possa esporre l'assicurato a "buchi di garanzia".

In linea generale, affinché un patto atipico possa dirsi "immeritevole", ai sensi dell'art. 1322 c.c., non è necessario che contrasti con norme positive: in tale ipotesi sarebbe infatti di per sé nullo ai sensi dell'art. 1418 c.c..
L'immeritevolezza discenderà invece dalla contrarietà (non del patto, ma) del risultato che il patto atipico intende perseguire con i princìpi di solidarietà, parità e non prevaricazione che il nostro ordinamento pone a fondamento dei rapporti tra i privati.
La "meritevolezza" di cui all'art. 1322, comma secondo, c.c., non si esaurisce nella liceità del contratto, del suo oggetto o della sua causa. Secondo la Relazione al Codice civile, la meritevolezza è un giudizio (non un requisito del contratto) e deve investire non il contratto in sé, ma il risultato con esso perseguito.
All'indomani, dunque, della pronuncia della Suprema Corte, la stessa si è trovata a scrutinare la clausola del contratto assicurativo per la responsabilità civile che escluda il diritto all'indennizzo nel caso di richieste risarcitorie c.d. postume, alla luce di tali indicazioni e dei criteri desunti dai precedenti di legittimità che hanno ritenuto immeritevoli, ai sensi dell'art. 1322, comma secondo, c.c., contratti o patti contrattuali che, pur formalmente rispettosi della legge, avevano per scopo o per effetto di:

a) attribuire ad una delle parti un vantaggio ingiusto e sproporzionato, senza contropartita per l'altra (Cfr. in tal senso Cass. nn. 22950/15; 19559/15.);
b) porre una delle parti in una posizione di indeterminata soggezione rispetto all'altra (Cfr. in tal senso Cass. nn. 4222/17; 3080/13; 12454/09; 1898/00; 9975/95);
c) costringere una delle parti a tenere condotte contrastanti coi superiori doveri di solidarietà costituzionalmente imposti (Cass. n. 14343/09).

La Suprema Corte ne ha tratto il convincimento che una clausola siffatta, inserita in un contratto di assicurazione della responsabilità civile stipulata da un esercente la professione sanitaria, ed a copertura dei rischi propri di questa, attribuisce all'assicuratore un vantaggio ingiusto e sproporzionato, senza contropartita, poiché riduce di fatto il periodo effettivo di copertura assicurativa, dal quale resteranno verosimilmente esclusi tutti i danni causati dall'assicurato nella prossimità della scadenza del contratto (e anche prima, per quelli c.d. lungolatenti).
Questo iato temporale diverrebbe inconciliabile con il tipo di responsabilità professionale cui può andare incontro il medico, la cui opera può talora produrre effetti dannosi a decorso occulto, e rispetto ai quali la richiesta risarcitoria del danneggiato può

Osservatorio ICA Italia
osservatorioicaitalia.it

intervenire a distanza anche di molto tempo dal momento in cui venne tenuta la condotta colposa fonte di danno, soltanto nel momento in cui la malattia diviene oggettivamente percepibile e riconoscibile anche in relazione alla sua rilevanza giuridica (tra le tante, Cass. 21715/13; S.U. 576/08).
Una clausola di questo tipo, inoltre, finisce col porre l'assicurato che sappia di aver causato un danno dinanzi ad una difficile scelta: aspettare che sia il danneggiato a chiedergli il risarcimento, col rischio di perdere la copertura; sollecitare il danneggiato a chiedergli il risarcimento, violando con ciò l'obbligo di salvataggio di cui all'art. 1915 c.c.
Lo espone, inoltre, certamente ad un vuoto di copertura, in considerazione degli obblighi posti a suo carico dagli artt. 1892 e 1893 c.c. rispetto alla stipulazione di una nuova polizza, e lo pone comunque in una condizione di debolezza contrattuale che potrebbe tradursi nella conclusione di un nuovo contratto assicurativo a condizioni inique. E' proprio rispetto al concreto atteggiarsi di simili pattuizioni nella varietà dei rapporti assicurativi, che continua ad essere opportuna "un'indagine a più ampio spettro, che non si arresti alla sola conformazione genetica del contratto assicurativo, ma ne investa anche il momento precedente alla sua conclusione e quello relativo all'attuazione del rapporto".
Proprio questo principio ha orientato la recentissima pronuncia della Suprema Corte a Sezioni Unite, investite ancora una volta delle problematiche giuridiche nella materia del contratto di assicurazione per la responsabilità civile.
Con la sentenza n. 22436/18 il modello dell'assicurazione della responsabilità civile con clausole "on claim's made basis" è stato ricondotto nello schema tipico del codice civile in tema di assicurazione contro i danni, "quale deroga consentita al primo comma dell'art. 1917 c.c., non incidendo sulla funzione assicurativa il meccanismo di operatività della polizza legato alla richiesta risarcitoria del terzo danneggiato comunicata all'assicuratore, con la conseguenza che, rispetto al singolo contratto, non si impone un test di meritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti ai sensi dell'art. 1322 co. 2 c.c., ma la tutela invocabile dal contraente assicurato può investire, in termini di effettività, diversi piani, dalla fase che precede la conclusione del contratto sino a quella dell'attuazione del rapporto, con attivazione dei rimedi pertinenti ai profili implicati".
In altri termini, la riconosciuta tipicità del contratto assicurativo non fa venir meno l'esigenza di verificare, nel singolo caso concreto, se la libera determinazione del contenuto del contratto assicurativo, tramite la scelta del modello claim's made, rispetti anzitutto i limiti imposti dalla legge, esigenza che il primo comma dell'art. 1322 c.c. pone per ogni intervento conformativo sul contratto inerente il tipo, in ragione del suo farsi concreto regolamento dell'assetto di interessi perseguiti dalle parti, secondo quella che viene definita "causa in concreto" del negozio.
E' dunque l'ottica di adeguatezza del contratto agli interessi in concreto avuti di mira dai contraenti, quella che costituisce il fulcro dell'indagine richiesta dalla Giurisprudenza della Suprema Corte con tale sua ultima pronuncia sul tema; indagine che impone una

Osservatorio ICA Italia
osservatorioicaitalia.it

verifica di idoneità del regolamento effettivamente pattuito rispetto allo scopo pratico perseguito, quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione.
In quest'ottica, secondo la Corte, l'analisi dell'assetto sinallagmatico del contratto assicurativo rappresenta un veicolo utile per apprezzare se, effettivamente, ne sia realizzata la funzione pratica, quale assicurazione adeguata allo scopo, "là dove l'emersione di un disequibrio palese di detto assetto si presta ad essere interpretato come sintomo di carenza della causa in concreto dell'operazione".
Tra gli interessi che entrano nel contratto, chiaramente, non v'è solo quello dell'assicurato, a trasferire sul proprio assicuratore il rischio di danni cagionati a terzi e derivanti dall'esercizio della propria attività professionale, ma anche quello, di natura superindividuale, di una corretta allocazione dei costi sociali dell'illecito, che sarebbe frustrata ove il terzo danneggiato non potesse essere risarcito del pregiudizio patito a motivo dell'incapienza patrimoniale del danneggiante, privo di copertura assicurativa.

Applicando siffatti principi giurisprudenziale al caso che ci occupa deve riferirsi quanto segue.

L' ha stipulato con la *Controparte_5* (poi ora *Controparte_3* *[...]* una polizza in corso di validità dalle ore 24.00 del 31.12.2006 alle ore 24.00 del 31.12.2009. La polizza prevedeva inoltre un periodo di copertura "retroattiva" per i fatti posti in essere sino alle ore 24.00 del 31.12.2003 (art. 12 condizioni generali contratto).
Orbene, emerge chiaramente che l' , alla data dell'intervento era assicurata con la *CP_6* . L'art. 12 della polizza stabilisce che la garanzia assicurativa opera esclusivamente per le richiese di risarcimento di cui il contraente sia venuto a conoscenza per la prima volta durante il periodo di efficacia della polizza.
La clausola quindi subordina l'operare della copertura assicurativa al verificarsi del sinistro ed alla sua denuncia nel periodo di efficacia della polizza.
Una siffatta condizione non può ritenersi idonea a soddisfare in concreto gli interessi delle parti, determinando – a causa della mancanza di una clausola di ultrattività (c.d. sunset clause) o di una pattuizione che consenta all'assicurato, in aggiunta alla richiesta del danneggiato, di comunicare all'assicuratore, al fine dell'operatività della polizza, anche le circostanze di fatto conosciute in corso di contratto, e dalle quali potrebbe in futuro originarsi una richiesta risarcitoria (c.d. deeming clause) – un vuoto di copertura che non trova adeguato compenso in altri vantaggi, tal che possa dirsi rispettato l'equilibrio sinallagmatico tra le reciproche prestazioni.

Deve essere pertanto ritenuta immeritevole di tutela, nel caso concreto, la deroga all'art. 1917 co. 1 c.c., apportata mediante la clausola claim's made contenuta nell'art. 12 delle condizioni contrattuali. La stessa previsione va reputata nulla con conseguente

Osservatorio ICA Italia
osservatorioicaitalia.it

operatività della garanzia per il sinistro oggetto di causa, verificatosi in pendenza della polizza n. [redacted] in essere tra *Controparte_3* e l . In accoglimento della domanda spiegata dagli attori, quindi, la *CP_3* va pertanto condanna a tenere indenne il convenuto, , da quanto questo è obbligato a versare agli attori in dipendenza di questa decisione.

- Quanto alle spese, si precisa quanto segue.

Le spese di lite saranno imputate secondo il principio della soccombenza, pertanto, poiché le domande degli attori sono state accolte solo in parte, si ritiene doveroso disporre la compensazione parziale delle stesse, nella misura del 50%. La liquidazione delle stesse avverrà dunque in dispositivo sulla base dei parametri previsti dal D.M. 55 del 2014, applicando i valori medi con riferimento allo scaglione (fino ad € 26.000,00) pertinente all'entità della somma attribuita all'attrice (e non a quella domandata), riducendo gli importi tabellari della metà, in ragione della parziale compensazione.

Lo stesso dicasi per le spese di CTU.

Anche queste somme vanno comprese in quelle oggetto di garanzia, ai sensi dell'art. 1917 comma 3 cod. civ..

Nel rapporto tra l' e la chiamata *CP_7* la regolamentazione delle spese deve tener conto del principio di causalità (sul quale Sez. 3, Sentenza n. 3835 del 01/09/1989, Rv. 463702 – 01, secondo cui "In applicazione del principio di causalità, di cui la soccombenza è solo un elemento rivelatore, il rimborso delle spese processuali sostenute dal terzo chiamato in garanzia - propria od impropria - deve essere posto a carico dell'attore soccombente, ove la chiamata in causa del terzo si sia resa necessaria in relazione alla tesi sostenuta dall'attore e risultata infondata. Tale necessità, dovendo essere intesa in senso non assoluto, quale imprescindibile esigenza di difesa, ma relativo, va riconosciuta anche nel caso in cui, con la chiamata del terzo in garanzia (propria od impropria), il convenuto, per l'eventualità di accoglimento della domanda proposta dall'attore contro di lui, intenda, sulla base di un affermato titolo giuridico (anche se diverso da quello dedotto in causa dall'attore), proporre domanda di cosiddetta manleva contro il terzo garante, riversando su questo gli effetti per lui negativi dell'eventuale accoglimento della domanda attorea" . Sussistono tuttavia i necessari motivi per disporre la compensazione delle relative spese, tenuto conto del mutevole orientamento giurisprudenziale in materia ciò che integra le condizioni di cui all'art. 92 comma 2 c.p.c. al fine di giustificare tale statuizione.

Nel rapporto tra gli attori e la *Controparte_3* le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

Osservatorio ICA Italia
osservatorioicaitalia.it

PQM

Il Tribunale di Isernia nella persona del Giudice unico dott. Vittorio Cobianchi Bellisari, ogni altra istanza o deduzione disattesa, così provvede:

- rigetta la domanda spiegata da *Parte_1* e *Parte_2* per perdita del rapporto parentale;

- accoglie la domanda di risarcimento dei danni patiti dalla sig.ra *Per_1* proposta da *Parte_1* e *Parte_2*, in qualità di eredi della prima, nei confronti del convenuto;

- per l'effetto condanna l' *Controparte_8* in persona del legale rapp.te pro tempore, al risarcimento del danno in favore di *Parte_1* *[...]* e *Parte_2*, che liquida all'attualità in complessivi € 10.780,00, oltre interessi legali dalla domanda fino al soddisfo;

- nel rapporto processuale tra attori e convenuta, condanna l' *[...]* *Controparte_8* in persona del legale rapp.te pro tempore, al pagamento in favore dell'attore delle spese di lite, che liquida in complessivi € 2.417,50 (importo già ridotto del 50% in ragione della parziale compensazione), oltre il 15 % a titolo di rimborso forfettario, IVA e CPA come per legge;

- pone definitivamente a carico dell' *Controparte_8* *[...]* in persona del legale rapp.te pro tempore, la metà delle spese di CTU e la condanna alla restituzione in favore della parte attrice della metà somme che questa avesse anticipato a tale titolo;

- condanna la *Controparte_3* spa, già *Controparte_5* in persona del legale rapp.te pro tempore, a rifondere in favore dell' *Controparte_8* *[...]* n persona del legale rapp.te pro tempore, le somme che a qualunque titolo questi dovesse versare all'attore per effetto della presente sentenza;

- compensa le spese fra l' *Controparte_8* e la *Controparte_9* .

Isernia 28/08/2019

Il giudice

Vittorio Cobianchi Bellisari

Osservatorio ICA Italia
osservatorioicaitalia.it