

**Civile Sent. Sez. 3 Num. 13877 Anno 2020**

**Presidente: VIVALDI ROBERTA**

**Relatore: CIGNA MARIO**

**Data pubblicazione: 06/07/2020**

**SENTENZA**

sul ricorso 24054-2017 proposto da:

CIMINO GIUSEPPE, domiciliato ex lege in ROMA, presso  
la CANCELLERIA DELLA CORTE DI CASSAZIONE,  
rappresentato e difeso dall'avvocato FRANCESCO  
RUVOLO;

**- ricorrente -**

**contro**

AGNESE ROSA PATRIZIA, ANSELMI GAETANO, ANSELMI NANCY,  
ANSELMI MARILENA, ANSELMI GIUSEPPE, CASA DI CURA  
MATER DEI DI G NESI & C SPA , SOCIETA' REALE MUTUA DI  
ASSICURAZIONI ;

2020

310

- *intimati* -

Nonché da:

SOCIETA' REALE MUTUA DI ASSICURAZIONI ,in persona di un procuratore speciale, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA CASSIODORO 1/A, presso lo studio dell'avvocato MARCO ANNECCHINO, rappresentata e difesa dall'avvocato SANTO SPAGNOLO;

- *ricorrente incidentale* -

avverso la sentenza n. 573/2017 della CORTE D'APPELLO di CATANIA, depositata il 30/03/2017;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 18/02/2020 dal Consigliere Dott. MARIO CIGNA;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. CORRADO MISTRI che ha concluso per l'accoglimento del ricorso principale e di quello incidentale p.q.r.;

udito l'Avvocato FRANCESCO RUVOLO;

udito l'Avvocato MARCO ANNECCHINO per delega orale;

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

## FATTI DI CAUSA

Con citazione 8/10-1-2007 i coniugi Gaetano Anselmi ed Rosa Patrizia Agnese, in proprio e quali esercenti la potestà genitoriale sulla figlia minore Nancy Anselmi, nonché Marilena e Giuseppe Anselmi (figli dei detti coniugi) convennero in giudizio dinanzi al Tribunale di Catania Giuseppe Cimino e la Casa di Cura Mater Dei di G. Nesi & C. al fine di sentirli condannare al risarcimento di tutti i danni subiti a seguito dell'intervento chirurgico di "isterectomia totale con annessiectomia bilaterale" eseguito dal Cimino sull'Agnese il 20-1-2004 presso la detta struttura sanitaria; intervento ritenuto non necessario e posto in essere senza un valido consenso informato.

Con sentenza 161/2013 del 18-1-2013 l'adito Tribunale, nella contumacia del Cimino, condannò in solido i convenuti al pagamento, in favore della sola Rosa Patrizia Agnese, della somma di euro 171.227,00, oltre accessori; rigettò le domande risarcitorie proposte dagli altri attori nonché la domanda di garanzia avanzata dalla Casa di Cura nei confronti della Società Reale Mutua Assicurazioni.

Con sentenza 573/2017 del 30-3-2017 la Corte d'Appello di Catania ha dichiarato cessata la materia del contendere tra gli Agnese-Anselmi, da un lato, e la Casa di Cura Mater Dei di G. Nesi & C., dall'altro; in accoglimento del gravame proposto dalla Casa di Cura ed in parziale modifica della sentenza di primo grado, ha condannato la Società Reale Mutua Assicurazioni a tenere indenne, nei limiti del massimale, la Casa di Cura dagli effetti pregiudizievoli della detta sentenza; ha dichiarato inammissibile, in quanto proposta per la prima volta in appello, la domanda di rivalsa avanzata dal Cimino nei confronti della detta società assicurativa; ha rigettato l'appello proposto dal Cimino; in accoglimento poi dell'appello incidentale proposto da Rosa Patrizia Agnese e in parziale riforma dell'impugnata sentenza, ha condannato il Cimino a pagare alla Agnese, in proprio, la complessiva somma di euro



207.725,00, oltre accessori; ha rigettato l'appello incidentale proposto da Gaetano, Marilena, Giuseppe e Nancy Anselmi.

In particolare la Corte, per quanto ancora rileva in questa sede:

ha preso atto di quanto dichiarato dalle parti in sede di udienza di precisazione delle conclusioni in ordine ad un accordo intervenuto tra la Casa di Cura, da un lato, e gli Agnese-Anselmi, dall'altro, ed ha quindi dichiarato tra le dette parti cessata la materia del contendere;

nell'accogliere il gravame proposto dalla Casa di Cura, ha ritenuto parzialmente nulla la clausola n. 8 delle condizioni di polizza, secondo cui "l'assicurazione vale per le richieste di risarcimento presentate per la prima volta all'Assicurato nel corso del periodo di validità dell'assicurazione purchè relative a fatti accaduti non antecedentemente alla stipula del contratto"; siffatta clausola, invero, non coprendo, non solo i fatti accaduti prima del tempo di validità della polizza, ma anche i fatti verificatisi durante la sua vigenza per i quali però la richiesta era intervenuta successivamente (clausola claims made impura), era da ritenersi particolarmente penalizzante, limitando la copertura alle sole ipotesi in cui, durante il tempo dell'assicurazione, fossero intervenuti sia il sinistro sia la richiesta di risarcimento; siffatta deroga contrattuale alla disciplina legale di cui all'art. 1917 cc (secondo cui "nell'assicurazione della responsabilità civile l'assicuratore è obbligato a tenere indenne l'assicurato di quanto questi, in conseguenza del fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione, deve pagare ad un terzo, in dipendenza della responsabilità dedotta in contratto") non era in concreto meritevole di tutela, facendo venir meno il rapporto di corrispettività tra il pagamento del premio ed il diritto all'indennizzo (nel caso in esame, infatti, il periodo di vigenza della polizza era dal 7-1-2004 al 7-1-2007, il fatto illecito si era verificato il 20-1-2004 e la comunicazione era avvenuta con la notifica della citazione in data 8-1-2007);



nel rigettare l'appello del Cimino, ha evidenziato che correttamente il primo Giudice aveva utilizzato, nella liquidazione del danno biologico subito dalla Agnese, le tabelle di Milano; alla fattispecie in esame, invero, non poteva applicarsi l'art. 3, comma 3, del d.l. 158/2012, conv. in legge 189/2012 (c.d. decreto Balduzzi, secondo cui "il danno biologico conseguente all'attività dell'esercente della professione sanitaria è risarcito sulla base delle tabelle di cui agli artt. 138 e 139 del d.lgs. 7-9-2005 n. 209..."); siffatta norma aveva, invero, natura sostanziale, e pertanto, in base al principio di irretroattività di cui all'art. 11 delle preleggi, non poteva trovare applicazione in relazione a rapporti (quale quello di specie) sorti anteriormente alla sua entrata in vigore;

nell'accogliere parzialmente l'appello incidentale proposto dalla Agnese (gravame esaminato solo nei confronti del Cimino), ha ritenuto insufficiente la liquidazione (euro 15.000,00) operata dal Tribunale relativamente alla lesione del diritto all'autodeterminazione subito dalla Agnese per essere stata sottoposta ad intervento chirurgico in assenza di consenso informato, ed ha invece ritenuto equo liquidare a titolo di risarcimento di tale danno la somma di euro 50.000,00; in conseguenza ha quindi determinato in euro 207.725,00 la complessiva somma che il Cimino era tenuto a pagare alla Agnese. Avverso detta sentenza Giuseppe Cimino propone ricorso per Cassazione, affidato a due motivi.

La Società Reale Mutua Assicurazioni presenta controricorso (con il quale aderisce al primo motivo di ricorso principale proposto dal Cimino) e ricorso incidentale, affidato ad un unico motivo, articolato in due subcensure.

Con ordinanza interlocutoria 15102/2019 questa S.C. ha disposto la trattazione della causa in pubblica udienza.

Giuseppe Cimino e Reale Mutua Assicurazioni hanno presentato ulteriori memorie.

RAGIONI DELLA DECISIONE



Con il primo motivo il Cimino, denunciando –ex art. 360 n. 3 cpc- violazione e falsa applicazione dell’art. 1304 cc, si duole che la Corte territoriale, dopo avere dichiarato la cessazione della materia del contendere tra la Casa di Cura e gli Agnese-Anselmi per intervenuta transazione tra dette parti, lo abbia poi condannato in proprio al pagamento della complessiva somma di euro 207.725,00 (e cioè all’intera somma di cui alla sentenza di primo grado ed all’ulteriore importo stabilito in appello per la lesione al diritto all’autodeterminazione); secondo il ricorrente, la sentenza di primo grado aveva condannato in solido la Casa di Cura ed il Cimino per l’intero, senza stabilire quote di responsabilità, sicchè la Corte, in virtù dell’intervenuta transazione, avrebbe dovuto, ai sensi dell’art. 1304 cc, ritenere liberati entrambi i condebitori per l’importo oggetto di pagamento, e semmai condannare il Cimino esclusivamente per il residuo stabilito in appello; il Cimino, infatti, non poteva che volere “approfittare” di detta transazione in ragione del rapporto sottostante.

Con il secondo motivo il Cimino, denunciando –ex art. 360 n. 3 cpc- violazione e falsa applicazione dell’art. 3, comma 3, del d.l. 158/2012, conv. in legge 189/2012, e dell’art. 11 preleggi, si duole che la Corte territoriale, nel ritenere non applicabile il decreto Balduzzi (e le tabelle in essa previste), non abbia considerato che la Agnese aveva riportato danni permanenti già sussistenti al momento dell’entrata in vigore del detto decreto.

Con l’unico motivo di ricorso incidentale la Società Reale Mutua Assicurazioni, denunciando –ex art. 360 n. 3 cpc- violazione e falsa applicazione degli artt. 1322 e 1917 cc nonché dell’art. 8 delle condizioni generali di polizza, si duole, in primo luogo, che la Corte abbia dichiarato la nullità parziale della detta clausola n. 8, senza valutare in concreto la meritevolezza di detta clausola; in particolare senza considerare, né l’entità del premio, né la circostanza che la cessazione della garanzia era dipesa, nella specie, dalla decisione unilaterale della Casa di Cura di



interrompere il rapporto contrattuale (v., al riguardo, lettera 18-9-2006, ove la Casa di Cura esprimeva la volontà di disdire la polizza a partire dal 7-1-2007), né infine la circostanza che il fatto illecito si era verificato in data 20-1-2004 nella vigenza della polizza.

Lamenta, inoltre, che la Corte territoriale abbia provveduto alla sostituzione automatica di detta clausola con il sistema legale di cui all'art. 1917 cc, esponendo in tal modo la Compagnia assicuratrice ad un rischio esorbitante, con conseguente alterazione del sinallagma contrattuale; nell'ipotesi, quindi, che la clausola fosse ritenuta non meritevole, ha chiesto la sua sostituzione parziale, con conseguente nullità della sola parte che escludeva la retroattività della garanzia.

Il primo motivo di ricorso principale è fondato.

Come già precisato da questa S.C, l'art. 1304, comma 1, c.c., secondo cui "la transazione fatta dal creditore con uno dei debitori in solido non produce effetto nei confronti degli altri se questi non dichiara di volerne profittare", si "riferisce unicamente alla transazione che abbia ad oggetto l'intero debito, e non la sola quota del debitore con cui è stipulata, poiché è la comunanza dell'oggetto della transazione che comporta, in deroga al principio secondo cui il contratto produce effetti solo tra le parti, la possibilità per il condebitore solidale di avvalersene pur non avendo partecipato alla sua stipulazione. Se, invece, la transazione stipulata tra il creditore ed uno dei condebitori solidali ha avuto ad oggetto la sola quota del condebitore che l'ha stipulata, occorre distinguere: nel caso in cui il condebitore che ha transatto ha versato una somma pari o superiore alla sua quota ideale di debito, il residuo debito gravante sugli altri debitori in solido si riduce in misura corrispondente all'importo pagato; nel caso in cui, invece, il pagamento è stato inferiore, il debito residuo gravante sugli altri coobbligati deve essere ridotto in misura pari alla quota di chi ha transatto" (Cass. 23418/2016; conf. 20107/2015; v. anche Cass. S.U. 30174/2011).



Erroneamente, pertanto, la Corte, in violazione dei predetti principi, pur dando atto della transazione intervenuta tra i creditori (Agnese-Anselmi) ed un debitore solidale (Casa di Cura), ha poi condannato l'altro debitore solidale (il medico dott. Giuseppe Cimino) a pagare alla Agnese, in proprio, la complessiva somma di euro 207.725,00 (oltre accessori), senza accertare se la detta transazione avesse avuto ad oggetto l'intero debito o la sola quota del debitore con cui era stata stipulata, e senza accertare tempi e luoghi dell'eventuale dichiarazione del medico di volerne profittare; omesso accertamento particolarmente rilevante nel caso in questione, in quanto la condanna in primo grado era solidale e la Casa di Cura aveva iniziato la rivalsa nei confronti del Cimino.

Il secondo motivo è infondato.

E' vero che questa S.C. ha affermato che "in tema di risarcimento del danno alla salute conseguente ad attività sanitaria, la norma contenuta nell'art. 3, comma 3, del d.l. n. 158 del 2012 (convertito dalla l. n. 189 del 2012) e sostanzialmente riprodotta nell'art. 7, comma 4, della l. n. 24 del 2017 -la quale prevede il criterio equitativo di liquidazione del danno non patrimoniale fondato sulle tabelle elaborate in base agli artt. 138 e 139 del d.lgs. n. 209 del 2005 (Codice delle assicurazioni private)- trova applicazione anche nelle controversie relative ad illeciti commessi e a danni prodotti anteriormente alla sua entrata in vigore, nonché ai giudizi pendenti a tale data (con il solo limite del giudicato interno sul "quantum"), in quanto la disposizione, non incidendo retroattivamente sugli elementi costitutivi della fattispecie legale della responsabilità civile, non intacca situazioni giuridiche precostituite ed acquisite al patrimonio del soggetto leso, ma si rivolge direttamente al giudice, delimitandone l'ambito di discrezionalità e indicando il criterio tabellare quale parametro equitativo nella liquidazione del danno." (Cass. 28990/2019).

Nella specie va, tuttavia, rilevato che la richiamata norma è stata attuata, con l'emanazione dei relativi decreti ministeriali, solo per le





lesioni micro permanenti, mentre non ha trovato ancora attuazione in ordine alle tabelle per il danno da macro permanente, sicchè correttamente la Corte territoriale nel caso in questione (ove era stata accertata una lesione del 30%, e quindi una lesione di non lieve entità), ha proceduto ad una liquidazione equitativa in base alle tabelle milanesi.

L'unico motivo di ricorso incidentale è fondato.

In linea con le recenti pronunce di questa S.C. a sezioni unite (9140/2016 e 22437/2018), va innanzitutto premesso, in termini generali, che, nel corpo del tipo "assicurazione contro i danni" (artt. 1882 e 1904-1918 cc), si inquadra il sottotipo "assicurazione della responsabilità civile", caratterizzato dalla circostanza che il sinistro, delle cui conseguenze patrimoniali l'assicurato intende traslare il rischio sul garante, è collegato non solo alla condotta dell'assicurato danneggiante, ma anche alla richiesta, avanzata dal danneggiato, di risarcimento per detta condotta; ove, infatti, al comportamento lesivo non faccia seguito alcuna domanda di ristoro, non sorge ovviamente nessun diritto di indennizzo e, specularmente, nessun obbligo di manleva; siffatto sottotipo, delineato dall'art. 1917 cc, è improntato al sistema "loss occurrence" o "act committed" (e cioè della "insorgenza del danno"), ove la copertura opera, come evidente dal tenore letterale del menzionato art. 1917, comma 1, cc, in relazione a tutte le condotte generatrici di domande risarcitorie insorte nel periodo di durata del contratto, indipendentemente dalla data della richiesta risarcitoria; siffatto modello codicistico, tuttavia, non essendo l'art. 1917, comma 1, cc, menzionato dall'art. 1932 cc tra le norme inderogabili, non è intangibile, sicchè è consentito alle parti, nell'esercizio della loro facoltà di determinare il contenuto del contratto (art. 1322, comma 1 cc), modulare il predetto obbligo del garante di tenere indenne il garantito; nell'ambito di detta determinazione del contenuto contrattuale va inquadrato il contratto di assicurazione per responsabilità civile con clausola

"claims made" (e, cioè, "a richiesta fatta"), che si caratterizza per il fatto che la copertura assicurativa è condizionata alla circostanza che il sinistro venga denunciato (dal danneggiato all'assicurato e da questi all'assicurazione) nel periodo di vigenza della polizza (o anche in un delimitato arco temporale successivo, ove sia pattuita la c.d. "sunset clause"); detta clausola "claims made", a sua volta, può essere "pura", se la copertura assicurativa è condizionata solo alla circostanza che il sinistro venga denunciato nel periodo di vigenza della polizza, indipendentemente dalla data di commissione del fatto illecito; oppure "impura" (o "mista"), se la copertura assicurativa è condizionata alla circostanza che sia la denuncia sia il fatto illecito intervengano nel periodo di efficacia del contratto (con retrodatazione, in alcuni casi, alle condotte poste in essere anteriormente; in genere due o tre anni dalla stipula del contratto). Ciò precisato in termini generali, va poi evidenziato, in particolare, che, per quanto concerne la sostenuta vessatorietà, 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 (e, cioè, la clausola "claims made" mista o impura), non è vessatoria, in quanto non può essere qualificata come limitativa della responsabilità, per gli effetti dell'art. 1341 cc (Cass. S.U. 9140/2016).

Una clausola, invero, è limitativa di responsabilità quando limita le conseguenze della colpa o dell'inadempimento o esclude il rischio garantito, e cioè esclude una responsabilità che, rientrando nell'oggetto del contratto, sarebbe altrimenti (in mancanza appunto della clausola) insorta; la clausola, "claims made", invece, è da ritenersi limitativa dell'oggetto del contratto, in quanto riguarda il contenuto ed i limiti stessi della garanzia assicurativa, atteso che la stessa specifica il rischio garantito, allo scopo di stabilire gli obblighi concretamente assunti dalle parti; in altre



parole, la clausola in questione circoscrive la copertura assicurativa in dipendenza di un fattore temporale aggiuntivo rispetto al dato costituito dall'epoca in cui è stata realizzata la condotta lesiva, e stabilisce quali siano, rispetto all'archetipo fissato dall'art. 1917 cc, i sinistri indennizzabili, così venendo a delimitare l'oggetto, piuttosto che la responsabilità (Cass. 17783/2014; Cass. S.U. 9140/2016).

In ordine, poi, alla meritevolezza, va ribadito che il modello dell'assicurazione della responsabilità civile con clausole "on claims made basis", caratterizzato dal predetto meccanismo di operatività della polizza legato alla richiesta risarcitoria del terzo danneggiato comunicata all'assicuratore, non incide sulla funzione assicurativa (e, quindi, sulla causa in astratto del contratto), in quanto il contratto assicurativo è pur sempre volto ad indennizzare il rischio dell'impoverimento del patrimonio dell'assicurato; siffatto modello, già ampiamente diffuso nell'ambito del mercato assicurativo (anche internazionale), ha trovato, peraltro, di recente, espresso riconoscimento legislativo (con particolare riferimento all'art. 11 L. 24/2017 e 3, comma 5, d.l. 138/2011, convertito con modificazioni in L. 148/2011, come novellato dall'art. 1, comma 26, L. 124/2017), ed è divenuto, pertanto, legalmente tipico; dette disposizioni, infatti, nell'imporre l'obbligatorietà (per le strutture sanitarie) dell'assicurazione per la responsabilità civile, prevedono, al riguardo, un meccanismo non legato al "fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione", di cui al primo comma dell'art. 1917 cc (le dette norme stabiliscono, infatti, tra l'altro, una operatività temporale della garanzia anche per gli eventi accaduti nei dieci anni antecedenti la conclusione del contratto, purchè denunciati all'impresa di assicurazione durante la vigenza temporale della polizza, e, in caso di cessazione definitiva dell'attività professionale, prevedono un periodo di ultrattività della copertura per le richieste di risarcimento presentate per la prima volta entro i dieci anni successivi); da siffatta collocazione del modello "claims made"



nell'area della tipicità legale, consegue che, rispetto al singolo contratto di assicurazione, non si impone un test di meritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti, ai sensi dell'art. 1322, secondo comma, c.c. (che presuppone l'aticipità), e la tutela invocabile dal contraente assicurato agisce invece sul solo piano della libera determinazione del contenuto contrattuale e della "causa concreta" del contratto (e, cioè dello scopo pratico del negozio, quale sintesi degli interessi che lo stesso negozio è concretamente diretto a realizzare), e concerne il rispetto, in detta determinazione, dei "limiti imposti dalla legge", ai sensi dell'art. 1322, comma 1, cc; siffatto test, necessario per ogni intervento conformativo sul contratto inerente al tipo (in ragione del suo farsi concreto regolamento dell'assetto di interessi perseguiti dai contraenti), può investire, in termini di effettività, diversi piani, dalla fase che precede la conclusione del contratto (v. obblighi informativi sul contenuto del contratto) sino a quella dell'attuazione del rapporto (v. facoltà di recesso, da parte dell'assicuratore, al verificarsi del sinistro compreso nei rischi assicurati), con attivazione dei rimedi pertinenti ai profili implicati; a tal fine va dato massimo rilievo all'equilibrio sinallagmatico tra le prestazioni, occorrendo accertare se vi sia stato un "arbitrario squilibrio giuridico" tra rischio assicurato e premio (Cass. 22437/2018).

Nella specie la Corte territoriale, non adeguandosi ai detti principi, ha omesso di riferire il giudizio di meritevolezza alla causa in concreto del contratto di assicurazione, anche valutando le conseguenze determinatesi con l'applicazione della fattispecie legale di cui all'art. 1917 cc, sicchè anche su detto punto la sentenza va cassata.

In conclusione, pertanto, va rigettato il secondo motivo di ricorso principale, mentre vanno accolti il primo motivo di ricorso principale ed il ricorso incidentale; di conseguenza va cassata, in relazione ai motivi accolti, l'impugnata sentenza, con rinvio per nuova valutazione alla Corte d'Appello di Catania, diversa

composizione, che provvederà anche alla regolamentazione delle spese del presente giudizio di legittimità.

P.Q.M.

La Corte rigetta il secondo motivo di ricorso principale; accoglie il primo motivo di ricorso principale ed il ricorso incidentale; cassa, in relazione ai motivi accolti, l'impugnata sentenza, con rinvio per nuova valutazione alla Corte d'Appello di Catania, diversa composizione, che provvederà anche alla regolamentazione delle spese del presente giudizio di legittimità.

Così deciso in Roma in data 18-2-2020

Il Consigliere est.

dott. Mario Cigna

Il Presidente

dott.ssa Roberta Vivaldi

Il Funzionario Giudiziario  
Francesco CATANIA

DEPOSITATO IN CANCELLERIA

oggi 6 LUG 2020

Il Funzionario Giudiziario  
Francesco CATANIA