

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. RORDORF Renato - Primo Presidente f.f.

Dott. BUCCIANTE Ettore - Presidente Sezione

Dott. AMOROSO Giovanni - Presidente Sezione

Dott. PETITTI Stefano - Presidente Sezione

Dott. NAPPI Aniello - Consigliere

Dott. CHINDEMI Domenico - Consigliere

Dott. MAMMA Felice - Consigliere

Dott. DE CHIARA Carlo - Consigliere

Dott. DE STEFANO Franco - rel. Consigliere

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso 5472/2014 proposto da:

PROVINCIA RELIGIOSA (OMISSIS), in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in (OMISSIS), presso lo studio dell'avvocato (OMISSIS), che la rappresenta e difende, per delega in calce al ricorso;

- ricorrente -

contro

(OMISSIS), in proprio e quale esercente la potestà sul figlio minore (OMISSIS), elettivamente domiciliato in (OMISSIS), presso lo studio degli avvocati (OMISSIS) ed (OMISSIS), che lo rappresentano e difendono, per delega a margine del controricorso;

- controricorrente -

(OMISSIS) S.P.A. (già (OMISSIS) s.p.a.), in persona dei legali rappresentanti pro tempore, elettivamente domiciliata in (OMISSIS), presso lo studio dell'avvocato (OMISSIS), che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato (OMISSIS), per delega a margine del controricorso e ricorso incidentale condizionato;

- controricorrente e ricorrente incidentale -

e contro

(OMISSIS) S.P.A., (OMISSIS);

- intimati -

avverso la sentenza n. 4283/2013 della CORTE D'APPELLO di ROMA, depositata il 29/07/2013;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza dell'8/11/2016 dal Consigliere Dott. FRANCO DE STEFANO;

uditi gli avvocati (OMISSIS), (OMISSIS), (OMISSIS) ed (OMISSIS);

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. SALVATO Luigi, che ha concluso per il rigetto del ricorso principale, assorbito l'incidentale condizionato.

## SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1.- La controversia ha ad oggetto la domanda di garanzia di un ente ospedaliero, convenuto in giudizio per la responsabilita' professionale di un sanitario alle sue dipendenze, soprattutto quanto alla validita' della clausola claims made della polizza di assicurazione della responsabilita' civile stipulata con la sua assicuratrice.

2.- In particolare, la sentenza n. 17550/05 del tribunale di Roma accolse la domanda risarcitoria per responsabilita' professionale medica proposta in data 8.10.01 da (OMISSIS) (o, in altri atti, (OMISSIS)), anche quale genitore esercente la potesta' sul minore (OMISSIS) (n. 31.1.97), nei confronti di un medico dipendente della Provincia Religiosa (OMISSIS) (con la chiamata in causa delle assicuratrici (OMISSIS) e (OMISSIS)) e della Provincia stessa, per il decesso della congiunta (OMISSIS), rispettivamente coniuge e madre; e, per quel che in questa sede ancora interessa, pronunzio' anche la condanna dell'assicuratrice della responsabilita' civile della convenuta, la (OMISSIS) (in forza e nei limiti della polizza n. 276/60/100320), chiamata in causa da questa, a tenerla indenne delle somme oggetto di condanna.

3.- La sentenza di primo grado fu pero' gravata di appello principale dall'assicuratrice ed incidentale dal danneggiato: ed il primo fu accolto dalla corte territoriale, che, escluso il carattere vessatorio e ogni altro profilo di invalidita' o inefficacia della clausola "claims made" apposta alla polizza, in base alla medesima rigetto' la domanda di manleva proposta dall'originaria convenuta, condannandola pure alle spese del doppio grado di lite.

4.- Per la cassazione di tale sentenza, n. 4283 del 29.7.13, ricorre oggi, affidandosi a cinque motivi, la Provincia Religiosa (OMISSIS); resiste con controricorso, dispiegando a sua volta ricorso incidentale condizionato articolato su due motivi, la (OMISSIS) spa (gia' (OMISSIS) spa, succeditrice di (OMISSIS)); notifica controricorso altresì (OMISSIS), ancora nella qualita' di esercente la potesta' (o responsabilita') genitoriale sul minore (OMISSIS).

5.- Rimessa, su istanza di parte, dal Primo Presidente la trattazione del ricorso alle Sezioni Unite e prodotte da ricorrente principale e incidentale memorie ai sensi dell'articolo 378 c.p.c., e' stata disposta tuttavia - con ordinanza interlocutoria 20 aprile 2016, n. 7946 - la rimessione sul ruolo, in mancanza di prova della notifica del ricorso a (OMISSIS), ad (OMISSIS) spa ed a (OMISSIS); e, depositata ulteriore documentazione dalla ricorrente principale, per la pubblica udienza del giorno 8.11.16, quella e la ricorrente incidentale depositano ulteriori memorie ai sensi dell'articolo 378 c.p.c., mentre la prima, dopo la discussione in udienza, deposita altresì note ai sensi dell'articolo 379 c.p.c., u.c..

## MOTIVI DELLA DECISIONE

6.- In via preliminare, si rileva che la ritualita' dell'instaurazione del contraddittorio dinanzi a questa Corte puo' dirsi comprovata anche all'esito dell'ulteriore attivita' della ricorrente principale, come sollecitata dalla precedente ordinanza interlocutoria.

A.- L'oggetto del giudizio di legittimita'.

7.- Cio' posto, si osserva che la ricorrente principale, dopo aver premesso un'articolata ricostruzione critica del contratto di assicurazione con clausola c.d. "claims made" ed illustrando per ciascun mezzo di censura le conseguenze negative, gli svantaggi e le violazioni che, a suo dire, subirebbe l'assicurato dalla stipula di un contratto assicurativo con detta clausola, imposto dalla compagnia senza possibilita' di opzioni alternative, si induce:

- col primo motivo, a lamentare violazione dell'articolo 360 c.p.c., n. 5, per omesso esame della nota datata 17.7.00, qualificata come decisiva per il giudizio, con cui comunicava alla societa' il sequestro penale della cartella clinica della (OMISSIS) e altri atti relativi al procedimento penale apertosi a seguito del decesso della stessa, con denuncia della responsabilita' medica, sostenendo, in estrema sintesi, che tanto equivalessse alla richiesta di risarcimento prevista per l'operativita' della copertura assicurativa;

- con il secondo motivo, ad addurre violazione e falsa applicazione degli articoli 1341 e 1917 c.c. (ex articolo 360 c.p.c., n. 3), nella parte in cui la sentenza disattende la natura vessatoria della clausola, negando l'atipicita' del contratto assicurativo rispetto al modello legale previsto dall'articolo 1917 cod. civ.;

- con il terzo e quarto motivo, a dolersi di violazione e falsa applicazione degli articoli 1341, 1917, 2964, 2965 (articolo 360 c.p.c., n. 3), sotto il profilo della negata natura vessatoria della clausola anche a volere riconoscere l'atipicita' del contratto rispetto al modello legale, sotto il profilo tanto della limitazione della responsabilita' (terzo motivo), quanto della limitazione alla liberta' contrattuale nei rapporti con terzi (quarto motivo);

- con il quinto motivo, a censurare la sentenza per violazione e falsa applicazione dell'articolo 2965 c.c., come pure per omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio, oggetto di discussione tra le parti (articolo 360 c.p.c., nn. 3 e 5), sostenendo la nullita' della clausola, che impone decadenze dall'esercizio del diritto, incompatibili con l'esercizio del diritto dell'assicurato.

8.- Dal canto suo, col controricorso contenente ricorso incidentale condizionato, la (OMISSIS) s.p.a. (gia' (OMISSIS) s.p.a.), dopo aver denunciato profili di inammissibilita' del ricorso per la genericita' dei motivi, il contenuto spesso politico piu' che giuridico delle difese, la falsa rappresentazione del modello contrattuale che regolamentava il rapporto assicurativo tra le parti, contesta poi i singoli motivi di censura e:

- quanto al primo, afferma come non fosse rispondente al vero che la corte d'appello non avesse esaminato la nota del 17.7.00, che invece era stata tardivamente dedotta nel giudizio, sicché della stessa quella corte non poteva tener conto;

- del secondo, terzo e quarto motivo eccepisce l'inammissibilità e comunque l'infondatezza; evidenzia, in particolare, che il ricorso non si concentra tanto sulla ratio decidendi della sentenza impugnata, quanto piuttosto sulla ricostruzione dell'esegesi del precedente di legittimità - Cass. n. 5624 del 2005 - che il giudice di merito non avrebbe tenuto in considerazione; sottolinea vari profili di infondatezza delle ragioni esposte dall'ente ospedaliero; ricostruisce il contratto assicurativo strutturato con la clausola claims made, negandone la natura vessatoria e sostenendone la liceità e tipicità;

- del quinto motivo denuncia l'inammissibilità perché confuso, per mescolanza e sovrapposizione di censure eterogenee e incompatibili, comunque sostenendone l'infondatezza, pure contestando le censure sulla mancanza di buona fede, di cui pure sostiene l'inammissibilità ed infondatezza.

9.- La stessa (OMISSIS) propone infine ricorso incidentale condizionato:

- per il caso di accoglimento del primo motivo di ricorso, per violazione del giudicato interno formatosi a seguito dell'omessa riproposizione di eccezione ai sensi dell'articolo 346 c.p.c., in relazione all'asserita denuncia del sinistro con la nota 17.7.00 (ai sensi dell'articolo 360 c.p.c., n. 4); sul punto censurando la sentenza d'appello per non aver accertato e dichiarato che su quella eccezione si era formato un giudicato interno, per non essere stata riproposta ai sensi dell'articolo 346 cod. proc. civ. in appello;

- per violazione e falsa applicazione dell'articolo 1341 c.c. (articolo 360 c.p.c., n. 3): in particolare censurando la sentenza d'appello, nella ipotesi di accoglimento del ricorso principale, nella parte in cui non ha accertato e deciso se il regolamento contrattuale tra le parti fosse stato o meno unilateralmente predisposto, e ciò al fine della necessaria preliminare verifica della sussistenza di uno squilibrio contrattuale, da cui discende il riconoscimento o meno della vessatorietà della clausola.

10.- Infine, con il suo controricorso (OMISSIS) chiede la conferma della sentenza impugnata, non essendo diretto alcuno dei ricorsi contro i capi della sentenza che coinvolgono lui o suo figlio.

B.- La rituale denuncia di sinistro in costanza di copertura assicurativa.

11.- Vanno esaminati congiuntamente il primo motivo di ricorso principale e, benché condizionato all'accoglimento del primo, il primo motivo di ricorso incidentale, siccome relativi alla questione dell'identificabilità o meno della denuncia di sinistro nella nota del 17.7.00 (con cui era comunicata dall'assicurata all'assicuratrice la circostanza dell'intervenuto sequestro della cartella clinica relativa al decesso di (OMISSIS), avutosi il (OMISSIS), in relazione a procedimento penale apertosi su denuncia degli eredi di responsabilità del personale medico e dell'ospedale).

12.- Un tale fatto e' certamente decisivo, perche' a tale data la copertura assicurativa sarebbe stata operante in ogni caso, vale a dire anche in ipotesi di piena operativita' della contestata clausola "claims made": infatti, nella specie, questa limitava la garanzia ai sinistri occorsi nel periodo di validita' della polizza, cioe' dal 31.12.98 al 31.12.00 (a tale data dall'assicuratrice anticipata l'originaria scadenza del 31.12.01), per i quali fosse intervenuta richiesta di risarcimento, da parte degli assicurati, nello stesso periodo di validita' della polizza; mentre la controversia e' stata decisa in base alla qualificazione, quale prima richiesta di risarcimento, della nota del 22.2.01 degli eredi, pervenuta quindi in tempo in cui la copertura assicurativa era spirata.

13.- Nella struttura del vizio motivazionale, come restrittivamente disegnato dalla novella del 2012 (secondo le indicazioni di Cass. Sez. Un., 7 aprile 2014, n. 8053, nonche' di Cass. Sez. Un., 22 settembre 2014, n. 19881), l'omesso esame deve necessariamente intendersi come una difettosa ricostruzione degli elementi rilevanti per il giudizio di fatto; ma, a meno di una impropria confusione di cause ed effetti, tale difetto non deve dipendere da una scelta consapevole del giudicante, legata a valutazioni esplicite o implicite di merito o perfino - come accade nella fattispecie - di rito per la cosciente applicazione di regole processuali; pertanto, la stessa scelta di non considerare un fatto e' essa stessa l'esame del medesimo, ovviamente sub specie di rifiuto di riconoscerne per ragioni di rito - ammissibilita' o - per ragioni di merito - rilevanza ai fini della decisione.

14.- Ne segue che l'omissione dell'esame di fatti, per rilevare ai fini dell'articolo 360 c.p.c., n. 5, novellato, deve risolversi in una pretermissione involontaria o accidentale dell'esistenza di quelli, assai prossima per natura a quella che determina l'errore di fatto rilevante per la revocazione (ai sensi dell'articolo 395 c.p.c., n. 4) ma con la differenza che in questo caso del fatto le parti hanno discusso, dovendo altrimenti censurarsi - nei ristretti limiti in cui il controllo di motivazione sia ancora possibile in sede di legittimita' - gli effetti del relativo ragionamento o il vizio consistente nell'erronea applicazione delle regole processuali che malamente hanno indotto ad escludere l'esame di quello specifico fatto storico.

15.- Invero, nel momento stesso in cui quel fatto fosse stato valutato - anche per implicito e senza bisogno di una sua espressa menzione, ma risultando evidente la sua presa in considerazione - come non esaminabile per determinate ragioni, empiriche o logiche o giuridiche, la sua mancata considerazione dipenderebbe da una valutazione o considerazione a sua volta di merito oppure logico-giuridica e quindi o da un errore di fatto o da un errore di diritto e, cioe', in quest'ultimo caso, da un errore suscettibile di essere denunciato ai sensi dell'articolo 360 c.p.c., nn. 3 o 4, solo quale vizio evidente di sussunzione, oppure, nel primo caso, risolvendosi nella valutazione del merito della controversia, di non essere denunciato affatto, siccome oggetto o segmento del complessivo apprezzamento e della complessiva ponderazione comparativa degli elementi istruttori ad opera del giudice del merito.

16.- Ora, la corte territoriale non ha affatto omesso l'esame di tale fatto storico, ma ne ha ritenuto preclusa la disamina dalla sua qualificazione di tardiva deduzione, in quanto ad essa sottoposto soltanto con comparsa conclusionale: quindi, ne ha escluso l'ammissibilita', non ne ha pretermesso la considerazione; e tanto basta a qualificare di infondatezza il mezzo di censura della ricorrente principale, sotto il profilo formalizzato in rubrica.

17.- Ne' puo' dirsi che la pacifica (lealmente ammettendolo la stessa ricorrente principale a pag. 37 del ricorso) mancata riproposizione della circostanza - della valida od idonea attivazione della garanzia fin dalla nota del luglio 2000, prospettata entro i termini di maturazione delle preclusioni assertive ed a maggior ragione istruttorie di primo grado nella comparsa di costituzione in appello sia senza conseguenze.

18.- Pur senza necessita' di prendere specificamente posizione, perche' non rilevante ai fini della decisione, sul momento preciso di maturazione della decadenza dal potere di riproposizione previsto dall'articolo 346 c.p.c., e' qui sufficiente rilevare che di certo tardiva e' quella operata con la comparsa conclusionale in appello: tanto rispondendo, da un lato, a principi generali in ordine alla funzione ed alla natura di tale specifico atto (che, per giurisprudenza consolidata, e' sempre e soltanto deputato all'illustrazione delle tesi e delle difese gia' ritualmente acquisite al materiale di causa - fra innumerevoli, v. Cass. Sez. Un., 9 marzo 1982, n. 1502 - e giammai all'ampliamento o al recupero di attivita' difensive non espletate nel grado cui si riferisce) e, dall'altro, all'elaborazione specifica maturata in tal senso fin da prima della novella del 1990/95 e, quindi, perfino in epoca in cui vigeva un rito assai piu' permissivo o generoso per le facolta' processuali delle parti (per tutte, Cass. 9 aprile 1984, n. 2267, che individua come sbarramento l'udienza di precisazione delle conclusioni in appello).

19.- D'altra parte, la mera produzione di un documento in appello non equivale ad allegare in modo univoco i fatti che esso rappresenta: tanto e' espressamente affermato per i documenti prodotti dall'appellante, in ossequio al principio di specificita' dei motivi di appello (Cass. n. 8377 del 2009), ma si tratta di conclusione estensibile al contenuto minimo del precetto dell'articolo 346 c.p.c., per le parti diverse da chi ha proposto l'impugnazione, non essendo ammessa una riproposizione per facta concludentia per l'esigenza della chiarezza ed univocita' dei comportamenti cui collegare l'esclusione della formazione del giudicato per mancata impugnazione.

20.- Il primo motivo di ricorso principale e' quindi infondato e resta assorbito il correlativo primo motivo di ricorso incidentale, condizionato all'accoglimento di quello.

C.- La problematica dell'efficacia della clausola claims made.

21.- Cio' posto, i quattro restanti motivi di ricorso principale possono essere congiuntamente esaminati, attesa l'intima connessione, alla stregua della pronuncia resa, col n. 9140 il 6 maggio 2016, da queste Sezioni Unite in ricorso vertente su questione in larga parte analoga.

22.- Devono, al riguardo, preliminarmente disattendersi le richieste della ricorrente principale di riconsiderare la questione alla stregua degli argomenti sviluppati da Cass. 10 novembre 2015, n. 22891, come pure quelle della ricorrente incidentale di ulteriori puntualizzazioni in merito ai principi affermati con detto precedente: bastando qui rilevare che, per la completezza della ponderazione di tutti gli argomenti rilevanti per la risoluzione della questione, la pronuncia di queste Sezioni Unite n. 9140/16 deve ritenersi estesa anche a quelli diversamente valutati dal precedente a sezione semplice, a prescindere dal fatto che questo sia stato o meno espressamente preso in considerazione; mentre le ulteriori precisazioni richieste dalla ricorrente incidentale sono del tutto

irrilevanti ai fini della decisione della presente fattispecie e le questioni che involgono vanno lasciate del tutto impregiudicate.

23.- Ora, il detto precedente di queste Sezioni Unite, all'esito di ampie argomentazioni e facendosi carico sostanzialmente di tutti gli argomenti agitati dall'odierna ricorrente principale ed esclusa pure la pretesa nullità della clausola in esame sotto qualsiasi profilo, ha concluso, in punto di diritto, nel senso 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 (c.d. clausola claims made mista o impura) non è vessatoria; essa, in presenza di determinate condizioni, può tuttavia essere dichiarata nulla per difetto di meritevolezza ovvero, laddove sia applicabile la disciplina di cui al Decreto Legislativo n. 206 del 2005, per il fatto di determinare, a carico del consumatore, un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto; la relativa valutazione, da effettuarsi dal giudice di merito, è incensurabile in sede di legittimità, ove congruamente motivata".

24.- A tale orientamento, di recente enunciazione e per rimeditare il quale non si colgono elementi di novità nelle pur diffuse e reiterate argomentazioni della ricorrente, riprodotte di tesi esaurientemente affrontate nel richiamato precedente, si stima doveroso assicurare continuità e garantire inoltre applicazione alla fattispecie concreta, per l'identità dei relativi elementi costitutivi.

25.- Similmente a quanto accaduto in quella fattispecie, infatti, relativa ad una situazione analoga a quella per cui è causa, in cui era assicurata la medesima odierna ricorrente, anche qui deve ritenersi dirimente, in ordine alla meritevolezza, il rilievo che la Corte capitolina ha valorizzato, ancorché al fine di escludere la vessatorietà della clausola, la condizione di favore per l'assicurato rappresentata dall'allargamento della garanzia ai fatti dannosi verificatisi prima della conclusione del contratto: ciò che pure nella fattispecie oggi vagliata dimostra, in maniera inequivocabile, che il giudice di merito ha condotto lo scrutinio anche e soprattutto in chiave di (complessiva) meritevolezza della disciplina pattizia che era chiamato ad applicare; e che porta a concludere come un simile positivo apprezzamento della sua sussistenza, in assenza di elementi volti ad evidenziarne irragionevolezza od arbitrarietà, debba, in applicazione dei principi affermati nella richiamata sentenza n. 9140/16 di questa Corte, ritenersi incensurabile nella presente sede di legittimità.

26.- A tanto si aggiunga, quanto alla doglianza di nullità ai sensi dell'articolo 2965 c.c., o circa la modalità subdola d'inserimento della clausola nel regolamento contrattuale, che la Corte territoriale, sia pure con motivazione molto sintetica, ha escluso (pag. 5) che la clausola stessa integri violazione di qualunque norma imperativa e quindi anche di quella invocata dall'odierna ricorrente e ha motivato (pag. 4) sul fatto che il contratto era stato concluso all'esito di una specifica trattativa anche sul punto specifico: così motivando sull'insussistenza dei fatti costitutivi adottati, i quali peraltro resterebbero irrilevanti nella ricostruzione di Cass. S.U. n. 9140 del 2016.

27.- Pertanto, si impone il rigetto degli ultimi quattro motivi di ricorso principale, ciò che determina l'assorbimento del secondo motivo di ricorso incidentale: appena essendo il caso di notare che nessuna ulteriore eventuale questione proposta per la prima volta con una delle memorie ai sensi dell'articolo 378 c.p.c., come ad esempio quella della rilevanza del recesso ad nutum da parte dell'assicuratrice nel complessivo equilibrio del sinallagma contrattuale, sarebbe ammissibile, visto



che il ruolo di quelle memorie e' soltanto quello di illustrare le tesi gia' ritualmente proposte e non quello di ampliare il tema della decisione di questa Corte di legittimita'.

D.- Conclusioni.

28.- Il ricorso principale va, nel suo complesso, rigettato, con assorbimento del ricorso incidentale condizionato.

29.- Tuttavia, l'estrema complessita' della materia, gia' considerata nel richiamato precedente di questa Corte, vale ad integrare gli estremi I dei giusti motivi - in applicazione dell'articolo 92 c.p.c., nel testo applicabile ratione temporis, essendo iniziato in primo grado il giudizio in data 8.10.01 - per una totale compensazione delle spese del presente giudizio di legittimita', anche quanto ai rapporti tra la ricorrente principale ed il controricorrente (OMISSIS).

30.- Infine, solo per la ricorrente principale, visto che il ricorso incidentale condizionato e' stato dichiarato assorbito, trova applicazione mancando ogni discrezionalita' al riguardo (Cass. 14 marzo 2014, n. 5955) - il Decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115, articolo 13, comma 1 quater, inserito dalla L. 24 dicembre 2012, n. 228, articolo 1, comma 17, in tema di contributo unificato per i gradi o i giudizi di impugnazione: norma in forza della quale il giudice dell'impugnazione e' vincolato, pronunciando il provvedimento che definisce quest'ultima, a dare atto della sussistenza dei presupposti (rigetto integrale o inammissibilita' o improcedibilita' dell'impugnazione) per il versamento, da parte dell'impugnante soccombente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per l'impugnazione da essa proposta, a norma del detto articolo 13, comma 1 bis.

P.Q.M.

La Corte, pronunciando a sezioni unite:

- rigetta il ricorso principale;
- dichiara assorbito il ricorso incidentale condizionato;
- compensa le spese del giudizio di legittimita';
- ai sensi del Decreto del Presidente della Repubblica n. 115 del 2002, articolo 13, comma 1 quater, come modif. dalla L. n. 228 del 2012, da' atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte della sola ricorrente principale, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato, pari a quello dovuto per il ricorso principale, a norma dello stesso articolo 13, comma 1 bis.