

Tribunale di Milano sezione prima civile, sentenza del 17 giugno 2016 n. 7149

Fatto e Diritto

Con atto di citazione notificato il 15 marzo 2013, De- Ma Ad: De Pa; ha convenuto in giudizio, dinanzi al Tribunale di Milano, l'arch. Mm Ca Ca e la geometra Pa Sa chiedendone la condanna al risarcimento dei danni subiti in conseguenza dell'inesatto adempimento degli obblighi professionali sulle stesse gravanti.

Parte attrice ha dedotto:

che, nel 2003, aveva affidato alla Ca Ca l'incarico di predisporre un progetto per il recupero del sottotetto e la ristrutturazione dell'immobile di sua proprietà, sito in Milano, veniva poi affidata alla Sa;

che la direzione dei lavori e la supervisione delle opere veniva poi affidata alla Sa;

che, in relazione al detto immobile, erano state presentate più DIA (rese necessarie in seguito all'iniziale parere negativo formulato dalla pubblica amministrazione) ed erano poi stati depositati documenti integrativi per la completa istruzione della pratica edilizia;

che i lavori di ristrutturazione si erano conclusi il 5.6.2006 e che, solo il 25.8.2008, il Comune di Milano aveva comunicato di aver avviato un procedimento per la verifica delle opere realizzate, in quanto era stato superato il limite di altezza massima dell'edificio; che, con comunicazione del 25.3.2009, inviata al Comune di Milano, la Sa. aveva riconosciuto che era stata superata l'altezza massima consentita; che il Comune di Milano aveva poi irrogato all'attrice la sanzione pecuniaria di euro 254.000,00;

che le convenute, in qualità di progettista e direttore dei lavori, avevano realizzato opere abusive, apportando modifiche che avevano comportato il superamento dei limiti di altezza massima degli edifici; che il danno subito dall'attrice era pari all'importo della sanzione pecuniaria versata.

Si è costituita Ma . Ca Ca contestando le domande di parte attrice e deducendo, in particolare: che la convenuta aveva adempiuto alle obbligazioni pattuite con diligenza; che le comunicazioni relative alla pratica edilizia erano state inoltrate solo alla Sa , che l'attrice avrebbe potuto contestare i provvedimenti assunti dal Comune di Milano in sede giudiziaria.

Ritualmente citata si è costituita, altresì, Pa. Sa. chiedendo, preliminarmente, l'autorizzazione alla chiamata in causa delle Ge.It S.p.A.

Nel merito ha evidenziato:

che il progetto era stato redatto in vigore di una normativa che ammetteva la deroga agli strumenti ed agli indici urbanistici;

che le questioni affrontate dalla Sa erano di speciale difficoltà, da valutarsi ai sensi dell'art. 2236 c.c.;

che aveva adempiuto alle obbligazioni sulle stesse gravanti con diligenza;

che la De Pa non aveva impugnato il provvedimento di annullamento del titolo edilizio e che, in tal modo, aveva interrotto il nesso di causa ai sensi dell'art. 1227 c.c.;

che l'attrice, inoltre, non aveva impugnato neanche il provvedimento irrogativo della sanzione, che era stata determinata erroneamente dalla pubblica amministrazione;

che la determinazione del danno risarcibile doveva tenere conto del vantaggio percepito dall'attrice (costituito dall'incremento di valore dell'immobile).

La terza chiamata Ge. It. S.p.A. si costituiva eccependo l'inoperatività della polizza assicurativa in ragione dei seguenti motivi: l'errore progettuale risale al 2004, mentre la validità della copertura assicurativa decorreva dal 7.10.2005; al momento in cui la polizza era stata stipulata la convenuta era a conoscenza dell'errore di progettazione, commesso nel 2004.

Acquisiti i documenti prodotti ed espletata una c.t.u., la causa - nelle more definitivamente assegnata a questo giudice - è stata trattenuta in decisione all'udienza, previa concessione dei termini di cui all'art. 190 c.p.c.

Le domande di parte attrice sono parzialmente fondate e possono trovare accoglimento nei limiti che seguono.

Alla fattispecie in esame deve trovare applicazione il costante orientamento della Suprema Corte, a mente del quale il creditore che agisca in giudizio per l'inadempimento del debitore deve solo fornire la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto, posto che incombe sul debitore convenuto l'onere di dimostrare l'avvenuto esatto adempimento dell'obbligazione (Cassazione civile sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533; ed altresì Cassazione civile sez. III, 28 gennaio 2002, n. 982; Cassazione civile sez. lav., 16 luglio 1999, n. 7553; Cassazione civile sez. I, 15 ottobre 1999, n. 11629; Cassazione civile sez. II, 5 dicembre 1994, n. 10446; Cassazione civile, sez. II, 17 agosto 1990 n. 8336; Cassazione civile, sez. II, 31 marzo 1987 n. 3099).

Orbene, passando al presente giudizio, spetta pertanto ai professionisti convenuti l'onere di fornire la prova dello specifico fatto posto a fondamento della propria pretesa creditoria, e cioè la corretta ed esatta esecuzione del contratto di prestazione d'opera intellettuale (corretta esecuzione contestata dall'attrice).

Non è contestato che l'attrice ha conferito alle convenute due incarichi professionali, l'uno (quello conferito alla Ca Ca .) volto alla predisposizione di un progetto per il recupero del sottotetto e la ristrutturazione dell'immobile di sua proprietà e l'altro (quello conferito alla Sa.) avente ad oggetto la direzione dei lavori e la supervisione dell'esecuzione delle opere.

La difesa di parte attrice ha poi lamentato l'inadempimento delle convenute alle obbligazioni sulle stesse gravanti.

Orbene, dalla relazione di c.t.u. - pienamente condivisa da questo giudice perchè frutto di un attento ed analitico esame dei documenti e dello stato dei luoghi, depositata il 28 luglio 2005 a firma dell'arch. Mm . Bi: - è emerso che Ma . Ca Ca . ha predisposto il progetto architettonico dell'immobile, mentre Pa Sa ha svolto le attività di preparazione della documentazione necessaria alla presentazione della prima Dichiarazione di Inizio Attività comprensiva dell'asseverazione (sottoscrizione della dichiarazione da professionista abilitato) necessari alla realizzazione del progetto architettonico disegnato da Arch. Ca· e della seconda D.I.A. e successive integrazioni richieste dal Comune di Milano.

In particolare dalla relazione di c.t.u. è emerso che:

- Il progetto redatto dalla Ca Ca necessitava di permessi edilizi per realizzarlo. Tali permessi potevano essere autorizzati dal Comune di Milano previa presentazione di una Dichiarazione di Inizio Attività in cui venissero descritte le attività da svolgere e che il tutto fosse asseverato da un tecnico professionista abilitato a tale attività (la Sa. e non la Ca Ca avevano tali abilitazioni);
- Il 29.4.2004 la Commissione Edilizia del Comune di Milano esprimeva parere negativo in merito alla D.I.A. PG 443311/04 e il 29/7/2004 veniva presentata nuova D.I.A. P.G.

812.418/04, alla quale seguiva parere positivo della Commissione Edilizia (parere positivo condizionato all'adozione di una modifica progettuale, ovvero che la realizzazione del parapetto previsto sul lato del fabbricato prospiciente fosse realizzato "totalmente con inferiate di tipo tradizionale");

- Il 5/6/2006 i lavori terminavano e la Sa. depositava la dichiarazione di fine lavori e il certificato di abitabilità;
- il 25/8/2008 il Comune di Milano Sportello Unico per l'Edilizia comunicava alla Sai, e alla parte attrice di aver avviato un procedimento ex art. 7 Legge n. 241/1990 "... omissis ... finalizzato alla verifica della regolarità delle opere in questione ...omissis ..."; il Comune di Milano asseriva che nel progetto presentato "non è dimostrato il rispetto del limite di altezza massima dell'edificio (mt 13,50) così come disposto dall'art. 28.3 delle Norme Tecniche di Attuazione (N.T.A.) del Piano Regolatore Generale (P.R.G.) per la zona RX, in cui è compreso l'edificio interessato dagli interventi di recupero sottotetto;
- Il 25/3/2009 la Sa,. depositava presso il Comune di Milano Settore Sportello Unico per l'Edilizia "...omissis... nuova sezione di progetto con memorie riepilogative ...omissis...". Nelle conclusioni delle "memorie integrative" la Sa: dichiarava: "... omissis... in seguito a/ progetto realizzato con D.I.A. 6210/2004, P.G. n. 812.418/2004 si evince che l'altezza max del fabbricato in oggetto supera erroneamente l'altezza massima consentita nella zona RX, andando pertanto in contrasto con lo strumento urbanistico ... omissis ...";
- Durante le operazioni peritali sono stati svolti due rilievi, uno partendo dalla quota del marciapiede ottenendo una quota totale all'intradosso di c.a. 14,56 che aggiungendo c.a. 0,30 mt (sez. tetto) otteniamo una quota totale di 14,86; il secondo rilievo partendo dalla quota marciapiede rna acquisendo i dati dalla rampa delle scale che collega tutti i piani dell'immobile ha dato come risultato una quota all'intradosso del tetto di 14,26 mt che aggiungendo i 0,30 mt della sezione tetto otteniamo una quota totale di c.a. 14,56 mt. Questo parametro, l'altezza eccedente i 13,50 mt permessi dal PRG, e da considerarsi errata rispetto agli strumenti urbanistici vigenti all'epoca delle operazioni;
- L'altezza massima è uno dei parametri importanti di un progetto, ne definisce le potenzialità volumetriche con le dirette conseguenze sulla resa dell'abitabilità e non solo. Va evidenziato altresì come tecnici del Comune di Milano hanno rilevato questa difformità a distanza di anni dalla presentazione della D.I.A.

Dalla relazione di c.t.u. emerge con certezza come le attività di progettazione, svolte dalla Ca. Ca: e la direzione dei lavori siano state viziata da errori, relativi all'altezza massima dell'immobile. Tale altezza erroneamente indicata sin nella prima D.I.A., 6210/2004, P.G. n. 812.418/2004, presentata sulla base delle indicazioni risultanti dal progetto elaborate dall'arch. Ca. Ca è stata poi realizzata, in violazione delle disposizioni edilizie ed urbanistiche, nelle opere la cui direzione era affidata alla Sa, .

Deve pertanto affermarsi come entrambe le convenute, la Ca. Ca: nelle attività relative alla progettazione, e la Sa. in quelle relative alla direzione dei lavori ed alla preparazione dei documenti necessari ai fini del completamento della pratica edilizia, abbiano adempiuto in modo inesatto alle obbligazioni sulle stesse gravanti.

Le convenute, inoltre, non sono riuscite a dimostrare di aver seguito correttamente ed esattamente le prestazioni alle quali erano tenute.

In primo luogo, con specifico riferimento alle censure svolte dalla difesa della Ca. si osserva quanto segue.

Nel caso in esame l'architetto convenuto, pur conoscendo o comunque essendo tenuta a conoscere la disciplina normativa di settore, ha predisposto un progetto che prevedeva un'altezza massima dell'immobile non consentita dal piano regolatore. In merito al fatto che le comunicazioni del Comune di Milano sono state inoltrate solo alla Sa. : basti osservare che quanto avvenuto in seguito alla presentazione della D.I.A. (presentata sulla base dell'erroneo progetto elaborato dall'architetto convenuto) non rileva ai fini dell'affermazione della responsabilità della convenuta Ca. Ca.

La predisposizione di un progetto e l'esecuzione di lavori che hanno portato a realizzare un immobile di altezza eccedente i 13,50 mt permessi dal PRG, infatti, non può ritenersi scusabile alla luce della complessa disciplina normativa che regola il settore in esame.

A tal proposito, e con specifico riferimento all'eccezione ex art. 2236 c.c., formulata dalla difesa della Sa. . , si osserva quanto segue.

Come affermato dalla Suprema Corte (con una giurisprudenza relativa al medico, ma con argomentazioni estensibili a diverse figure professionali, come quelle in esame), con orientamento pienamente condiviso da questo giudice, l'art. 2236 c.c. deve essere inteso come contemplante una regola di mera valutazione della condotta del debitore (v. Cass., 13/4/2007. n. 8826; Cass., 28/5/2004. n. 10297; Cass., 21/6/2004. n. 11488).

All'art. 2236 c.c., non va assegnata rilevanza alcuna ai fini della ripartizione dell'onere probatorio, giacché incombe in ogni caso al professionista dare la prova della particolare difficoltà della prestazione, laddove la norma in questione implica solamente una valutazione della colpa del professionista, in relazione alle circostanze del caso concreto (v. Cass., 13/4/2007. n. 8826; Cass., 28/5/2004. n. 10297; Cass., 21/6/2004. n. 11488).

Da ciò discende che ogni caso di "insuccesso" incombe al professionista dare la prova della particolare difficoltà della prestazione (v. Cass., Sez. Un., 11/1/2008, n. 577; Cass., 13/4/2007, n. 8826; Cass., 28/5/2004. n. 10297; Cass., 21/6/2004, n. 11488).

A tali considerazioni deve poi aggiungersi che la limitazione di responsabilità professionale ai soli casi di dolo o colpa grave, ai sensi dell'art. 2236 c.c., attiene esclusivamente alla perizia, per la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà, con esclusione dell'imprudenza e della negligenza. Infatti, anche nei casi di speciale difficoltà, tale limitazione non sussiste con riferimento ai danni causati per negligenza o imprudenza, dei quali il professionista risponde in ogni caso (fra le varie Cass. I.3.2007 n. 4797; Cass. 19.4.2006 n. 9085; Cass. 29.7.2004 n. 14488; Cass. 10.5.2000 n. 5945; Cass. 18.11.1997 n. 11440; Corte Cost. 22.11.1973, n. 166).

Ciò posto, nel caso in esame, si osserva che la conoscenza delle nozioni basilari relative alla disciplina urbanistica contribuisce a costituire il parametro di giudizio della diligenza (sul punto, Cass. 8349/2014). La cospicua produzione di leggi e circolari nel periodo in cui sono state redatte le pratiche edilizie (produzione che ha portato il CTU a ritenere che le prestazioni delle convenute fossero di speciale difficoltà) non può pertanto rilevare ai fini dell'affermazione della fattispecie di cui all'art. 2236 c.c., attenendo al parametro della diligenza e non a quello della perizia.

In conclusione, gli elementi sopra evidenziati consentono di ritenere che le convenute non abbiano fornito la prova di aver esattamente adempiuto alle obbligazioni sulle stesse gravanti.

L'accertato inesatto adempimento di parte delle obbligazioni gravanti sulle convenute comporta l'accoglimento della domanda formulata dall'attrice diretta ad ottenere il risarcimento dei danni subiti.

Con riferimento ai danni risarcibili, si osserva quanto segue.

Parte attrice ha allegato di aver subito un danno corrispondente all'entità della somma versata al Comune di Milano, a titolo di sanzione ex art. 38 DPR 380/2001 (cfr. doc. 14 e 15 di parte attrice), pari ad euro 254.000,00.

Le convenute hanno contestato la determinazione di tali danni, evidenziando in particolare che la De P2 avrebbe potuto impugnare il provvedimento di annullamento del titolo edilizio, emesso dal Comune di Milano il 9.2.2010 e la sanzione emessa ai sensi dell'art. 38 DPR 380/2001, e dunque ridurre i danni subiti ex art. 1227 c.c.

Le censure svolte dalle convenute sono prive di pregio.

L'art. 1227 c.c. prevede due ipotesi distinte. Il primo comma consente di ridurre l'entità del risarcimento se vi è stato un concorso colposo del creditore danneggiato nella causazione del danno. Il secondo comma, invece, esclude proprio dal novero dei danni risarcibili quelli che lo stesso creditore danneggiato avrebbe potuto evitare con un comportamento diligente successivo all'evento dannoso.

Entrambi i commi considerano quindi la 'diligenza' del danneggiato, solo che il primo valuta la condotta del danneggiato nella fase precedente il verificarsi della fattispecie dannosa, mentre il secondo riguarda il comportamento tenuto dallo stesso successivamente al verificarsi del fatto.

Il secondo comma si applica, quindi, al danneggiato estraneo alla produzione dell'evento dannoso, ma che, dopo il suo prodursi, ha ommesso di far uso della normale diligenza per circoscrivere l'incidenza dell'evento stesso (in tal senso Cassazione 2655/1987 e Cassazione 1306/1989).

A parere di questo giudice non sussistono i presupposti per l'applicazione delle due fattispecie considerate.

Con riferimento al primo comma, basti considerare come dall'istruttoria espletata non siano emersi elementi concreti che portino a ritenere che la De Pa, impugnando il provvedimento di annullamento del titolo edilizio, avrebbe potuto evitare l'applicazione della sanzione pecuniaria (applicata proprio in relazione all'avvenuta realizzazione di un edificio con altezza superiore a quella consentita).

Nè a diverse conclusioni può giungersi con riferimento alla mancata impugnazione del provvedimento emesso ai sensi dell'art. 38 DPR 380/2001.

A tal proposito, infatti, basti ricordare che la mancata proposizione di un'azione giudiziaria non può configurare un concorso colposo del danneggiato nella causazione del danno e giustificare una riduzione del risarcimento.

Ciò posto, l'entità del risarcimento deve essere ridotta in ragione dell'aumento di valore che l'immobile ha avuto in conseguenza dell'inadempimento delle convenute (ed in accoglimento dell'eccezione formulata dalla Sa).

Nel caso in esame, infatti, ricorra la cosiddetta "compensatio lucri cum danno", che la giurisprudenza colloca nell'ambito del rapporto di causalità, con la precisazione che trova applicazione solo quando sia il danno che il vantaggio sono conseguenza diretta ed immediata dello stesso fatto che abbia l'idoneità a produrli entrambi (Cfr. Cass. 13401/2005).

Con riferimento alla giurisprudenza invocata dalla difesa di parte attrice (che deduce l'impossibilità di applicare il predetto principio alla fattispecie in esame), basti osservare che, a differenza della pronuncia delle Sezioni Unite (28056/2008), richiamata nella

memoria di replica dalla difesa della De Pa nel caso in esame il fatto generatore del pregiudizio patrimoniale subito dall'attrice è uguale a quello che le ha procurato un vantaggio.

Ciò posto, nel caso in esame, dalla relazione di c.t.u. è emerso che l'immobile per cui e causa, per effetto dell'inesatto adempimento alle obbligazioni gravanti sulle convenute- segnatamente per effetto della nuova porzione di sottotetto abitabile- ha acquistato un maggior valore, pari ad euro 163,271,00.

Tale vantaggio va detratto dal risarcimento, risolvendosi altrimenti in una indebita locupletazione.

In conclusione, il credito risarcitorio vantato dall'attrice nei confronti delle convenute è pari ad euro 90.729,00, al valore attuale.

Va, altresì, riconosciuto il danno derivante dal mancato tempestivo godimento dell'equivalente pecuniario che, in difetto di diversi elementi probatori, si ritiene di compensare adottando quale parametro quello degli interessi legali da calcolarsi, secondo l'insegnamento delle Sezioni Unite della Suprema Corte (SS.UU. n.1712/95), sulla somma via via rivalutata dalla produzione dell'evento di danno sino a oggi, tempo della liquidazione. Così, tenuto conto di questo criterio, - previa devalutazione alla data del fatto della somma espressa in moneta attuale - vanno aggiunti alla somma rivalutata annualmente gli interessi compensativi nella misura legale dall'evento fino alla data odierna. Da oggi, giorno della liquidazione, all'effettivo saldo decorrono gli interessi legali sulla somma sopra liquidata complessivamente.

Pa Sa ha chiesto la condanna delle Ge As S.p.A. al pagamento di tutto quanto la stessa sarà tenuta a pagare all'attrice in dipendenza della presenza sentenza.

Le domande della convenuta nei confronti della terza chiamata meritano accoglimento, atteso che le doglianze spiegate dalla difesa delle Ge sono infondate.

In primo luogo, la difesa della terza chiamata ha eccepito l'inoperatività della polizza assicurativa in ragione delle previsioni contenute all'art. 7 ("inizio e termine dell'assicurazione") delle Condizioni Generali di Contratto.

L'art. 7 dispone che "l'assicurazione è operante per le richieste di risarcimento pervenute per la prima volta all'Assicurato durante il periodo di efficacia dell'Assicurazione, semprechè originati da errori professionali commessi durante il medesimo periodo, ovvero limitatamente all'attività di progettazione, anche precedentemente alla sua data di decorrenza a condizione che l'opera per la quale l'Assicurato ha eseguito la sua prestazione non sia stata ancora iniziata,...".

Gli elementi contenuti nel citato art. 7 valgono a definire la polizza in oggetto come contratto di assicurazione impostato e connotato integralmente dal regime "claims made" o "a richiesta fatta", in cui oggetto dell'assicurazione è proprio la richiesta risarcitoria avanzata dal terzo garantito, determinata da un evento dannoso ascrivibile a responsabilità dell'assicurato.

Trattasi, dunque, di contratto assicurativo in cui l'obbligazione di garanzia non sorge con il fatto generatore di responsabilità ma con la richiesta risarcitoria del terzo.

La polizza in esame, "a richiesta fatta", certamente diverge dallo schema generale del contratto assicurativo della responsabilità civile, così come definito all'art. 1917, comma I, c.c. in cui il sinistro coperto dalla garanzia assicurativa è il "fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione" e di cui l'assicurato deve rispondere civilmente.

Tali clausole possono dividersi in due grandi categorie:

- a) clausole c.d. miste o impure, che prevedono l'operatività della copertura assicurativa solo quando tanto il fatto illecito quanto la richiesta risarcitoria intervengano nel periodo di efficacia del contratto, con retrodatazione della garanzia, in taluni casi, come quello in esame per quanto riguarda l'attività di progettazione, alle condotte poste in essere anteriormente;
- b) clausole c.d. pure, destinate alla manleva di tutte le richieste risarcitorie inoltrate dal danneggiato all'assicurato e da questi all'assicurazione nel periodo di efficacia della polizza, indipendentemente dalla data di commissione del fatto illecito.

In merito a tali clausole non può prescindersi dal recente arresto delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione.

Nella pronuncia n. 9140/2016 la Suprema Corte ha affermato: che il patto claims made è volta a stabilire quali siano, rispetto all'archetipo fissato dall'art. 1917 c.c., i sinistri indennizzabili, così venendo a delimitare l'oggetto, piuttosto che la responsabilità; 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"; che tale clausola, "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". Le Sezioni Unite hanno dunque definitivamente chiarito che il contratto di assicurazione con clausola claims made è un contratto tipico, caratterizzato dalla presenza di un patto atipico.

Ciò posto, occorre compiere uno scrutinio di validità sotto il profilo di meritevolezza di tutela della clausola (giudizio che le stesse Sezioni Unite, ricordando l'approdo pacifico della teoria generale del contratto", ritengono possibile compiere anche non sull'intero contratto, ma sulla singola clausola) che consente una deroga al regime legale previsto dalla disciplina del contratto di assicurazione.

In via generale, appare opportuno ricordare che, come da tempo chiarito dalla dottrina, l'autonomia negoziale non può essere disancorata dalla natura degli interessi sui quali una data disposizione è destinata ad incidere. E poiché ogni interesse è correlabile ad un valore, attraverso l'analisi degli interessi si dovrà individuare quali fra essi estrinsecano valori che hanno nella Carta costituzionale il loro riconoscimento e la loro tutela.

Il controllo di meritevolezza degli interessi deve essere condotto, per quel che rileva in questa sede, alla stregua dell'art. 2 Cost., il quale tutela i diritti inviolabili dell'uomo e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà.

Quest'ultima, come efficacemente ricordato dalla Suprema Corte, costituisce "supremo principio costituzionale, esprime cooperazione e si caratterizza per una valenza etica, identificandosi con un "ideale di partecipazione piena all'altrui vicenda" che non può non assumere aspetti di reciprocità. La persona è inseparabile dalla solidarietà che non può

essere pertanto limitata alla sfera dei rapporti economici dato che il principio solidaristico, oltre a svolgere una funzione emancipatoria ed a garantire l'adempimento dei doveri del singolo verso la comunità, assume rilevanza anche nell'ambito dei rapporti interindividuali. In altre parole, il principio solidaristico non è più soltanto caratterizzato in senso economico, rivolto a scapi nazionalistici, di efficientismo del sistema o di aumento della produttività, ma ha fini ad un tempo politici, economici, sociali" (Cass. 14343/2009).

Alla stregua di queste premesse, deve rilevarsi che il contenuto dell'art. 7 del contratto concluso tra la S e le Ge. - limitando la copertura alla sola ipotesi che, durante il tempo dell'assicurazione, intervenga sia il sinistro che la richiesta di risarcimento - appare del tutto incompatibile proprio con lo schema della responsabilità professionale come quella in esame, nella quale, in ragione delle caratteristiche dell'opera intellettuale prestata e della inevitabile discrasia temporale tra l'esecuzione della prestazione e la manifestazione del danno, e pressochè impossibile che in uno stesso anno si verifichi sia la condotta (o l'omissione) del professionista che la richiesta risarcitoria da parte del terzo danneggiato.

A tali considerazioni deve poi aggiungersi che la predetta incompatibilità spiega effetti anche alla luce dell'introduzione, in taluni settori, dell'obbligo di assicurare la responsabilità civile connessa all'esercizio della propria attività (cfr. art. 3, comma 5, del d.l. 138/2011, convertito con la l. 148/2011, che, nell'elencare i principi ai quali devono ispirarsi le riforme degli ordinamenti professionali da approvarsi nel termine di un anno dall'entrata in vigore del decreto, ha previsto, alla lettera e), l'obbligo per tutti di stipulare "idonea assicurazione per i rischi derivanti dall'esercizio dell'attività professionale", nonché di rendere noti al cliente, al momento dell'assunzione dell'incarico, gli estremi della polizza stipulata e il relativo massimale).

In conclusione, ritiene questa giudice che una clausola come quella contenuta nel citato art. 7 - caratterizzata, peraltro, da una spiccata asimmetria informativa nella quale il contraente non predisponente (sebbene professionista, come nel caso di specie) non è in possesso di tutte le informazioni sui complicati meccanismi giuridici che governano il sistema della responsabilità civile, delle quali dispone, invece, la società di assicurazione - , anche a fronte dell'entità del premio pagato dall'assicurato (pari, nel caso in esame ad euro 475,00 annue) non sia meritevole di tutela e debba, pertanto, essere dichiarata nulla. Trattandosi di clausola che deroga in senso meno favorevole all'assicurato, la stessa, ai sensi dell'art. 1932 II comma c.c.; è sostituita di diritto dalla corrispondente disposizione di legge (costituita dall'art. 1917 comma I c.c.)

In conclusione, ritiene questo Tribunale che l'inefficacia della clausola relativa alla validità della garanzia debba essere limitata a quella parte della pattuizione che, invece di coprire i rischi verificatisi nei dieci anni precedenti alla stipulazione della polizza, limita la garanzia ai rischi nel descritto limitato periodo temporale. Tale inefficacia non si estende a tutta la clausola relativa alla validità della garanzia che resta efficace nella parte in cui delimita l'oggetto del contratto e prevede che l'assicurazione vale per le richieste di risarcimento presentate per la prima volta all'Assicurato nel corso del periodo di validità dell'assicurazione (fino alla maturazione dei termini di prescrizione decennale, ancora non compiuti nel caso in esame).

Da tali considerazioni deriva che, avendo la SI denunciato il sinistro il 13.11.2012, in periodo di vigenza di polizza (decorrente dal 7.10.2008), dovendosi sostituire la clausola

dichiarata nulla con la disposizione di legge corrispondente, prevista dall'art. 1917 comma 1 c.c.,- e per un fatto relativo ad un'attività di progettazione svolta nel 2004, la garanzia deve ritenersi operante.

Ancora, in merito all'eccezione relativa all'art. 2 ("errori pregressi": L'Assicurazione è altresì operante, sempreché la presente polizza non sostituisca altra in corso con la Società per il medesimo rischio, per le richieste di risarcimento conseguenti a fatti posti in essere dall'assicurato: a) nei tre anni antecedenti la data di effetto dell'assicurazione relativamente all'attività di progettazione, direzione e collaudo dei lavori...) si osserva che, contrariamente a quanto dedotto dalla difesa della terza chiamata, limitando la garanzia ai tre anni precedenti alla stipulazione della polizza, riduce il lasso di tempo - altrimenti decennale, fino al decorso della prescrizione - entro il quale rimane fermo l'obbligo dell'assicuratore di tenere indenne l'assicurato.

Del pari inconferente la censura relativa all'asserita conoscenza, da parte dell'assicurato, al momento della sottoscrizione della polizza del fatto potenzialmente generatore di danno. La polizza in esame, infatti, è stata stipulata il 7.10.2008 quando ancora la Sa. non era a conoscenza dell'avvenuto superamento del limite di altezza massimo (atteso che, nella comunicazione del 25.8.2008 - doc. 8 di parte attrice - il Comune di Milano aveva solo evidenziato come fosse indimostrato il rispetto del limite di 13,5 m. ed aveva indicato agli interessati la facoltà di produrre memorie).

In conclusione, la domanda spiegata dalla Sa. nei confronti delle Ge It S.p.A. deve essere accolta. Quest'ultima deve essere condannata a tenere indenne e manlevare la convenuta Sa. da quanto la stessa dovrà pagare all'attrice in dipendenza della presente sentenza, con il solo limite relativo alla franchigia contrattuale (art. 11 delle Condizioni Generali di contratto, in forza delle quali rimane a carico dell'assicurato uno scoperto del 10% , con il minimo di euro 500,00).

Le spese di lite seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

Le spese di c.t.u., già liquidate con separato provvedimento, devono essere poste definitivamente a carico dei convenuti, in solido.

P.Q.M.

Il Tribunale di Milano, definitivamente pronunciando, ogni diversa domanda, istanza ed eccezione disattesa, così provvede:

- a) Accoglie la domanda di parte attrice e, per l'effetto, condanna Ma Ca Ca: e P. Sa., in solido, al pagamento in favore di De MaJ Adt . De Pa , a titolo di risarcimento dei danni, della somma di euro 90.729,00;
- b) Condanna i convenuti, in solido, al pagamento degli interessi compensativi nella misura legale sulla somma riconosciuta, via via rivalutata annualmente dal 23.7.2012 alla data della sentenza, e gli interessi legali dalla sentenza al saldo;
- c) Condanna la terza chiamata Ge. i. It S.p.A. a tenere indenne e manlevare l'assicurato P. Sa di quanta andrà a pagare in dipendenza della presente sentenza, con il limite di franchigia contrattualmente previsto;
- d) Condanna le convenute, in solido, al pagamento, in favore di parte attrice, delle spese

di lite, che liquida in complessivi euro 11.490,00, oltre 660,00 euro per il contributo unificato, oltre spese generali al 15%, i.v.a. e c.p.a. come per legge;

- e) pone definitivamente a carico dei convenuti, in solido, le spese di c.t.u., già liquidate con separato provvedimento;
- f) condanna le Ge S.p.A. al pagamento, in favore di Pat Sa , delle spese di lite, che liquida in complessivi euro 7.880,00, oltre spese generali al 15%, i.v.a. e c.p.a. come per legge.

Milano, 17 giugno 2016

Il Giudice

www.assweb.net

Chiamata in causa

Per l'attrice: accertare e dichiarare la responsabilità dell'Ospedale di Napoli per le lesioni riportate dall'attrice per le lesioni da essa riportate causa dell'inadeguata prestazione medica eseguita dai sanitari dell'Ospedale, condanna dell'Ospedale convenuto al pagamento, in favore dell'istante della somma di 26.885,36 € o della somma minore o maggiore che dovesse risultare all'esito di c.t.u., a titolo di risarcimento dei danni patrimoniale e non patrimoniali, subiti, vittoria di spese.

per la Pn Rc di S Pi - Ordine Ospedaliero di S Gi rigetto della domanda per prescrizione; rigetto per infondatezza; per il caso di accoglimento della domanda condanna della Ca Ass s.p.a. e della Ge s.p.a. tenute contrattualmente a mallevarla in relazione ai periodi contrattuali nei quali si sono avvicendati, quali istituti assicuratori della responsabilità professionale, vittoria di spese.

per la Cc assicurativa, As. società cooperativa: rigetto della domanda per inoperatività della polizza

per le s.p.a.: rigetto della domanda per inoperatività della polizza, vittoria di spese.

Motivi della decisione

Ba Lu , dopo avere esposto di essere caduta in una buca posta sul manto stradale in data 9-12-1998 e di essere stata prontamente trasportata presso l'Ospedale di Napoli ove le venivano diagnosticate "frattura plurirammentana scomposta epilisi distale radio destro e della stiloide ulnare e le veniva eseguita l'immobilizzazione dell'arto destro, ha proposto domanda di risarcimento del danno, patrimoniale e non, subito per effetto dell'inadeguato trattamento medico subito nella svolgimento dell'attività medica pasta in essere presso la struttura ospedaliera, ove le veniva praticato un intervento di riduzione della frattura con immobilizzazione al quale residuava una neuropatia del nervo mediano e postumi consistenti in una invalidità commisurata al 10 %.

Per effetto di tale rappresentazione dei la Bal Lu citava l'Ospedale presso il Tribunale di Napoli per sentire emettere provvedimento di condanna.

Si costituiva con comparsa di intervento volontario la Pr- re dis p; - Ordine Ospedaliero di s, G la quale preliminarmente eccepiva l'erroneità della citazione in giudizio dell'Ospedale privo di soggettività, facendo la struttura ospedaliera capo ad essa interventrice.

In ogni caso parte convenuta eccepiva la nullità della domanda per assenza delle ragioni di diritto paste a base della domanda, il diletto di legittimazione attiva e l'intervenuta prescrizione per essersi il fatto posta a base della domanda verificato nel 1998, ovvero 9 anni prima della proposizione del giudizio.

In ogni caso l'interventrice chiedeva chiamarsi in causa la c As i società cooperativa e la As: As s.p.a., tenute contrattualmente a manlevarle per eventi del genere di quelli per cui è causa.

Si costituivano entrambe le società assicuratrici chiamate in causa che contestavano, ciascuna per proprio canto, la inoperatività del contratto assicurativo per l'inserimento, in

polizza, di clausola cd claims made, ave risultava previsto che "l'assicurazione vale per le richieste di risarcimento presentate per la prima volta all'assicurato nel corso del periodo di efficacia dell'assicurazione stessa, purchè il fatto che ha dato origine alla richiesta di risarcimento sia stato commesso nella stesso periodo ma comunque non prima di Ire ani dalla data di perfezionamento del presente contratto".

Alla udienza del 21-3-2016, sulle conclusioni indicate in epigrafe la causa veniva assegnata in decisione con la concessione dei termini di cui all'art. 190 c.p.c..

La domanda è fondata e, pertanto, meritevole di accoglimento per quanto di ragione.

Preliminarmente deve ritenersi sanato il vizio della vocatio in jus dell'Ospedale in luogo della Pr Re . di S Pi - Ordine Ospedaliero di S G Fi r, per essersi quest'ultimo costituito con comparsa di intervento volontario e per avere lo stesso accettato il contraddittorio non sollevando formalmente nessuna eccezione di difetto di legittimazione passiva nè nella comparsa di intervento nè ancor meno negli scritti conclusionali.

Preliminarmente deve rigettarsi l'eccezione di prescrizione sollevata dall'interventore, avuto riguardo al termine di prescrizione quinquennale, sui presupposti della necessaria applicazione, nella fattispecie in esame, della disciplina della responsabilità extracontrattuale.

Soccorre, infatti, nel caso in esame, ove viene dedotta una responsabilità della struttura ospedaliera per danni cagionati nell'esercizio dell'attività medica, il costante orientamento della Suprema Corte, la quale ravvisa, per le ipotesi in cui l'attività medica sia volontariamente contratta, sebbene imposta dalla legge, e fondata, comunque su un contatto socialmente rilevante, la ricostruzione della fattispecie in termini di responsabilità contrattuale, con tutto ciò che ne consegue in termini di prescrizione, soggetta al termine decennale.

Pertanto, riferendosi i fatti ad un episodio verificatosi nel dicembre 1998, può ritenersi che, alla data della proposizione della domanda, la prescrizione non era ancora maturata.

Procedendo nel merito nell'accertamento della responsabilità professionale in capo ai sanitari della struttura che non avrebbero agito con diligenza, secondo la ricostruzione offerta dalla parte attrice, questo Tribunale ritiene di potere dichiarare, come sostenuto dal c.t.u., Doll. Ma Gu . con affermazioni condivisibili, che possa riconoscersi un difetto di diligenza nella condotta dell'operatore, per avere lo stesso operato senza il rispetto delle leges artis che avrebbero scongiurato il verificarsi del danno lamentato dalla parte attrice e avrebbero, comunque, lasciato residuale una invalidità di minor rilievo ed intensità.

u:

Per queste ragioni si riconosce il diritto di Battista Luisa ad essere risarcita dalla Pr Re di S P 1 - Ordine Ospedaliero di S- F; i, per il danno lamentato che può quantificarsi nella misura del 6 % di invalidità, detratto dal danno totale del 10% il 4% che sarebbe comunque residuo anche in caso di successo dell'operazione, con il riconoscimento del una I.T.P di 15 giorni al 75 % e di 20 giorni al 50 %.

Procedendo, ancora, nella quantificazione del danno, mediante l'utilizzo delle tabelle previste per il risarcimento del danno micropermanente in materia di infortunistica, utilizzabili per assimilazione delle fattispecie, deve riconoscersi, tenuto conto dell'età dell'attrice al momento dell'incidente, in applicazione delle tabelle, la somma di 6.313,25 € a titolo di danno biologico, nonchè la somma di 520,76 € e 462,90 € per la I.T.P. sopra descritta, oltre 2.432,06 € per il danno morale, per un totale di 9.728,97 €, liquidata

all'attualità, al cui pagamento deve essere condannata la Pr IRE di S: P ' -Ordine Ospedaliero di s D - F

A tale somma, dovranno aggiungersi gli interessi legali da computarsi sulla delta somma, prima svalutata con riguardo alla data dell'evento e poi annualmente rivalutata.

Per quanta attiene alla domanda di manleva azionata dalla interventrice nei confronti della Cal As: s.c.p.a. e della Ina As s.p.a., oggi Ge Il s.p.a., deve osservarsi, innanzitutto, che, avendo l'attrice dedotto una condotta dei sanitari dell'Ospedale che si sarebbe verificata il 10-12-1998, la polizza alla quale occorre fare riferimento e quella contratta con la Ca As e non quella contratta con l' As la cui decorrenza è dal 1-1-1999.

Ciò premesso, deve, quindi, valutarsi l'operatività della polizza azionata dalla parte interventrice, avuto riguardo alla eccezione di inoperatività sollevata dalla Ca e fondata sulla natura della polizza stessa denominata claims made, articolata in modo tale da coprire solo i sinistri le cui richieste siano state avanzate entro il periodo di durata della polizza, e fino a tre anni antecedenti, e non anche quelli richiesti successivamente, pur essendosi verificati durante la vigenza della polizza.

Sulla validità ed operatività di tale clausola, le eccezioni sollevate dalla Ca e le controrepliche svolte dalla parte che ha chiesto, invece, di ritenere applicabile ed operativa la polizza hanno trovato terreno fertile nel contrastante dibattito giurisprudenziale intervenuto in relazione a tale clausola, quanta alla validità della clausola ed alla natura vessatoria della stessa.

Anche la Cassazione ha avuto in varia modo e in molteplici occasioni modo di pronunciarsi su tale tematica, escludendo, per lo più, la natura vessatoria di tale clausola, e a tali orientamenti si sono conformati i tribunali di merito che hanno per lo più condiviso il detto orientamento dopa avere sottolineato la natura atipica del contratto di assicurazione caratterizzato dall'apposizione della clausola claims made, non rientrante nella disciplina tipica dell'art. 1917 c.c..

E' stato, infatti, affermato che "il discostamento dal modello codicistico introdotto dalla clausola claims made impura, mirando a circoscrivere la copertura assicurativa in dipendenza di un fattore temporale aggiuntivo, rispetto al data costituito dall'epoca in cui è stata realizzata la condotta lesiva, si iscrive a pieno titolo nei modi e limiti stabiliti dal contratto, entro i quali, a norma del 1905 c.c., l'assicuratore è tenuto a risarcire il danno sofferto dall'assicurato. e poichè non è seriamente predicabile che l'assicurazione della responsabilità civile sia ontologicamente incompatibile con tale disposizione, il patto claims made è volta in definitiva a stabilire quali siano, rispetto all'archetipo fissato dall'art. 1917 c.c. i sinistri indennizzabili, così venendo a delimitare l'oggetto piuttosto che la responsabilità" (Cass. 9140/2016).

E' stato, anche, al proposito, affermato che la detta clausola non può ritenersi limitativa della responsabilità escludendo, così, una siffatta natura in capo alle clausole che abbiano per contenuto una mera determinazione della effettiva estensione delle reciproche prestazioni dedotte in obbligazione, riguardando contenuto ed i limiti della garanzia assicurativa e che specificano il rischio garantito (Cass. 5390/1997, Cass. 23741/2009, Cass. 1280472006)

Molto significativo al proposito è quanto statuito dalla Cassazione nella recente sentenza

n. 9140/2016, a Sezioni Unite, nella quale, escluso ancora una volta il carattere di vessatorietà della clausola claims made, si è spostata l'indagine sul differente terreno della meritevolezza dell'assetto di interessi sotteso alla delta clausola, ipotizzandosi, quanto meno con riguardo alla cd. claims made pura, destinata alla manleva di tutte le richieste risarcitorie inoltrate dal danneggiato all'assicurato e da questi all'assicurazione nel periodo di efficacia della polizza indipendentemente dalla commissione del fatto illecito, un carattere di maggiore meritevolezza, per il fatto che la mancata copertura di sinistri verificatisi durante il periodo di efficacia del contratto rna denunciati solo successivamente e compensata dalla copertura di quelli verificatisi prima della stipula della polizza.

Soggetta ad un più attento e personalizzato giudizio di meritevolezza sarà, invece, la vicenda relativa ai contratti caratterizzati dalla clausola claims made c.d. mista e a quella impura, avendo la recente pronuncia a Sezione Unite (Cass. 9140/2016) lasciato un minimo varco interpretativo con riguardo alle clausole miste, sottintendendo, invece, una sicura sanzione di immeritevolezza per quelle impure, a partire da quella particolarmente penalizzante che limita la copertura alla sola ipotesi che durante il tempo dell'assicurazione intervengano sia il sinistro che la richiesta di risarcimento.

Particolarmente interessante è, infatti, quanto sostenuto con riguardo alle clausole miste, ovvero quelle che estendono, sia pure con limitati confini temporali, la garanzia al pregresso, per le quali l'apprezzamento di meritevolezza non potrà non farsi carico del rilievo che il sinallagma contrattuale, che nell'ultimo periodo di vita è destinato ad operare in misura molto modesta, per la copertura delle condotte realizzate nel relativo arco temporale, continuerà ad operare con riferimento alle richieste risarcirei avanzate fronte di comportamenti dell'assicurato antecedenti alla stipula.

Ritiene questo Giudicante, in ossequio a questa riflessione, che, attesa la continuità di prestazioni mediche offerte dall'assicurato, quale struttura ospedaliera, il cui interesse a vedersi tutelato eventi verificatisi anteriormente alla entrata in vigore della polizza realizza una sufficiente meritevolezza, - diversamente che nel soggetto esordiente che della copertura del rischio pregresso per nulla potrà giovare, mancando l'interesse ad assicurare inesistenti sue condotte precedenti alla stipula -, la clausola in questione, per come articolata, possa dirsi lecita e meritevole di tutela, senza dovere essere integrata o modificata, ex art. 1419 c.c. secondo comma, per conseguire un più corretto contemperamento di interessi, così come suggerito dalla Suprema Corte per l'ipotesi di vaglio negativo della delta meritevolezza.

Per quanto sin qui esposto, non può accogliersi la domanda di manleva proposta dalla interventrice nei confronti della Ca As i scpa..

Le spese seguono la soccombenza, rna, considerato il vivace contrasto giurisprudenziale che, soltanto in tempi recentissimi, ha portato ad una pronuncia della Suprema Corte a sezioni Unite, sussistono giusti motivi per compensare le spese interamente tra la Pr Re di s. P ' - Ordine Ospedaliero di S; n G e le società assicuratrici chiamate in causa.

P.Q.M.

Il Tribunale, in persona del Giudice Istruttore, in funzione di giudice unico, disattesa ogni contraria istanza, eccezione e difesa, definitivamente pronunciando nella causa promossa

iscritta al N. R.G. 41224/2008, così provvede:

- 1) accoglie la domanda proposta da Ba Lu nei confronti della Pr 1 Re I di S Pi Ordine Ospedaliero di SG 1 F. e, per l'effetto, condanna la Pre religiosa di S P- Ordine Ospedaliero di S Gi F; , al pagamento in favore di Ba' Lu della somma di 9.728,97 €, oltre interessi legali da computarsi sulla delta somma, prima svalutata con riguardo alla data dell'evento e poi sulla delta somma, annualmente rivalutata,
- 2) condanna la Pr religiosa di S; P 1 - Ordine Ospedaliero di S G F in persona del legale rappresentante p.t., al pagamento in favore di Ba 1 L delle spese di lite che liquida in complessive 4.700,00 € così suddivise 4.200,00 € per compenso avvocato e 500,00 € per spese, oltre spese di c.t.u. per 1.250,00 € oltre rimborso spese generali, I.V.A e C.P.A. con attribuzione agli Avv. ti Re. D'E: e Gi. dichiaratisi anticipatari.
- 3) rigetta la domanda di manleva,
- 4) compensa interamente le spese di lite tra la convenuta e le società assicuratrici chiamate in causa.
- 5) Così deciso in Napoli, in data 20-6-2016

Il Giudice