

prima, alle rispettive rappresentanze sindacali . . . nonché alle rispettive associazioni di categoria . . . L'informazione deve riguardare: a) i motivi del programmato trasferimento d'azienda; b) le sue conseguenze giuridiche economiche e sociali per i lavoratori; c) le eventuali misure nei confronti di questi ultimi . . . » (così il 1° comma del cit. art. 47); la lettera della legge è chiara nel prevedere che l'informativa debba precedere qualsiasi atto dispositivo ed al riguardo, anche se non v'è menzione in atti, occorre precisare che già con il negozio bilaterale di opzione una parte dispone irrevocabilmente del proprio diritto e dunque già prima della stipulazione del negozio i contraenti sono tenuti a dare la comunicazione del cit. art. 47.

Forme, tempi e modalità della comunicazione, nonché la scansione dei tempi del procedimento delineato dal 2° comma dell'art. 47 non ammettono equipollenti; la comunicazione deve essere scritta e provenire dall'alienante e dall'acquirente per dar facoltà al destinatario di richiedere un esame congiunto ad una sola controparte la quale ha irrevocabilmente manifestato unità di intenti circa i contenuti della comunicazione.

La risposta al secondo quesito, dunque, non può che essere negativa poiché nella vicenda per cui è procedimento non si sono osservati gli obblighi derivanti dall'art. 47 cit.

La condotta omissiva del cedente e del cessionario — che non hanno dato la comunicazione con le forme, i tempi ed i contenuti richiesti dalla norma — ha precluso al sindacato l'esercizio della facoltà di richiedere l'esame congiunto sui contenuti richiesti dalla comunicazione prevista dal 1° comma del cit. art. 47.

L'antisindacalità della condotta sopra delineata è nella lettera della legge (« . . . il mancato rispetto, da parte dell'acquirente o dell'alienante, dell'obbligo di esame congiunto . . . costituisce comportamento antisindacale ai sensi dell'art. 28 l. 20 maggio 1970 n. 300 . . . ») ed il giudice è tenuto alla rimozione degli effetti che ne derivano.

Al riguardo, in astratto, potrebbe essere misura idonea a garantire l'effettività della tutela la declaratoria di inefficacia del negozio traslativo sia nei confronti del sindacato destinatario dell'obbligo di informativa, sia nei confronti dei lavoratori coinvolti dalla cessione aziendale, e ciò al precipuo scopo di ripristinare la situazione giuridica e fattuale pregressa alla cessione, per dar modo ai soggetti interessati di effettuare un controllo sui contenuti della comunicazione prevista dalla legge.

Tuttavia, l'antisindacalità della condotta omissiva sopra delineata — e la sanzione penale residuale prevista dall'art. 28 l. 300/70 — qualificano i primi due commi dell'art. 47 cit. come norme inderogabili, dunque imperative, la cui inosservanza comporta la nullità dei negozi stipulati in loro violazione (art. 1418 c.c.).

Nella vicenda all'esame di questo giudice ciascuno dei negozi stipulati (trasferimento di testata fra le due s.r.l., assunzione con soluzione di continuità da parte dell'Alfa dei lavoratori già alle dipendenze della Edisalento, accordo di quest'ultima con i lavoratori dimissionari e condizionato alla successiva assunzione di quest'ultimi presso l'Alfa), individualmente considerati, non integrano *ex se* l'ipotesi dell'art. 2112 c.c. e dunque la violazione dell'art. 47, 1° e 2° comma, ma la loro interconnessione — che emerge dalla condizione apposta all'accordo innanzi alla commissione di conciliazione e alla successiva assunzione presso la cessionaria dei dipendenti della cedente — realizza obiettivamente il trasferimento all'Alfa di parte dell'azienda della Edisalento.

Tale collegamento funzionale fra i singoli negozi (atto di cessione della testata del 24 giugno 1998 in uno con i contratti di assunzione dei ventitré lavoratori della Edisalento alle dipendenze dell'Alfa), in quanto diretto ad eludere l'applicazione di norme imperative è in frode alla legge, e dunque (art. 1344 c.c.) ogni singolo negozio va dichiarato nullo per rimuovere gli effetti della condotta omissiva.

Non si ritiene in tale fase sommaria di dover ordinare la pubblicazione su quotidiani della parte dispositiva del presente decreto.

CORTE DI CASSAZIONE; sezione III civile; sentenza 22 gennaio 1999, n. 589; Pres. BILB, Est. SEGRETO, P.M. FRAZZINI (concl. conf.); Massa (Avv. I. LESTI) c. Fineschi (Avv. BERNARDINI) e altri; Comune di Roma (Avv. G. LESTI, AVENATI) c. Quirinis (Avv. BOTTAI) e altri. *Conferma App. Roma 14 novembre 1995.*

Sanità pubblica — Ex enti ospedalieri — Debiti delle gestioni pregresse — Legittimazione passiva del comune — Successione a titolo particolare «ex lege» della regione in corso di causa — Conseguenze (Cod. proc. civ., art. 111; l. 23 dicembre 1978 n. 883, istituzione del servizio sanitario nazionale, art. 66; d.l. 19 settembre 1987, n. 382, misure necessarie per il ripiano dei bilanci delle unità sanitarie locali e di altri enti che erogano assistenza sanitaria per gli anni 1985 e 1986 nonché per il ripianamento dei debiti degli ex enti ospedalieri; l. 29 ottobre 1987 n. 456, conversione in legge, con modificazioni, del d.l. 19 settembre 1987 n. 382).

Prescrizione e decadenza — Danni da reato — Costituzione di parte civile — Interruzione della prescrizione (Cod. civ., art. 2947).

Professioni intellettuali — Medico dipendente da ente ospedaliero — Responsabilità professionale — Natura (Cod. civ., art. 1173, 2043, 2236).

Il comune, succeduto ex lege nella posizione debitoria dei soppressi enti ospedalieri, ai sensi dell'art. 66 l. 23 dicembre 1978 n. 833, e perciò convenuto in giudizio per il pagamento di un debito di questi enti, non perde la sua legittimazione passiva per effetto del d.l. 19 settembre 1987 n. 382 (convertito con l. n. 456 del 1987). (1)

In tema di risarcimento di danni da fatto illecito avente rilevanza penale, la costituzione di parte civile nel processo penale interrompe la prescrizione del diritto al risarcimento del danno per tutta la durata del processo, e cioè fino a quando la sentenza sia divenuta irrevocabile, ovvero la pronuncia di proscioglimento intervenuta durante la fase istruttoria non sia più soggetta ad impugnazione. (2)

(1) La l. n. 456 del 29 ottobre 1987 — che ha convertito, con alcune modifiche, il d.l. n. 382 del 19 settembre 1987 — ha individuato nelle regioni territorialmente competenti i soggetti tenuti a succedere nelle situazioni debitorie, degli ex enti ospedalieri, ancora gravanti alla data del 31 dicembre 1985. Ciò ha fatto sorgere alcuni dubbi in ordine agli effetti processuali di tale successione *ex lege*. Sul punto, in senso conforme al principio espresso nella sentenza in rassegna, cfr. Cass. 3 luglio 1997, n. 6003, *Foro it.*, Rep. 1997, voce *Sanità pubblica*, n. 369; 5 dicembre 1995, n. 12305, *id.*, Rep. 1995, voce cit., n. 301, e, per altra parte, *id.*, 1996, I, 2494, con nota di LENOCI, e *Danno e resp.*, 1996, 195, con nota di LAZARI; nonché 17 giugno 1995, n. 6862, *Foro it.*, Rep. 1995, voce cit., n. 299.

Per una riflessione più approfondita, si rinvia alle osservazioni di DALFINO, a margine di Trib. Como, ord. 4 novembre 1998, *id.*, 1999, I, 330. Dello stesso a., sul diverso problema della responsabilità per i debiti delle sopresse Usl e della relativa disciplina processuale afferente alla successione nel diritto controverso, v. le osservazioni a margine di Cass. 1° dicembre 1998, n. 12195, *ibid.*, 77, nonché a margine di Cass., sez. un., 18 dicembre 1998, n. 12712, e Prct. Bari 29 dicembre 1998, *ibid.*, 1487.

(2) In tema di diritto al risarcimento del danno derivante da fatto illecito avente rilevanza penale, sul principio per cui l'interruzione della prescrizione, causata dalla costituzione di parte civile, deve — in applicazione dell'art. 2947 c.c. — considerarsi permanente, si segnalano, in senso conforme alla pronuncia in epigrafe, tra le più recenti, Cass. 20 settembre 1996, n. 8367, *Foro it.*, Rep. 1997, voce *Prescrizione e decadenza*, n. 82; 15 novembre 1995, n. 11835, *id.*, Rep. 1996, voce cit., n. 53, e, *in estenso*, *Arch. circolaz.*, 1996, 364; 17 luglio 1991, n. 7937, *Foro it.*, Rep. 1991, voce cit., n. 38; 3 maggio 1991, n. 4846, *ibid.*, n. 37, e, *in estenso*, *Giur. it.*, 1991, I, 1, 1317.

Circa il momento dal quale la prescrizione riprende a decorrere, la corte — dopo aver precisato che «devono ritenersi comprese nel concetto di sentenze penali irrevocabili anche le pronunce intervenute in periodo istruttorio, con formula di proscioglimento» (così, *ex ceteris*, App. Venezia 15 novembre 1989, *Foro it.*, Rep. 1991, voce cit., n. 63, e, *in estenso*, *Arch. circolaz.*, 1991, 479; Cass. 14 febbraio 1987, n. 1636, *Foro it.*, Rep. 1987, voce *Procedimento civile*, n. 111; 5 settembre 1985, n. 4623, *id.*, Rep. 1985, voce *Infortuni sul lavoro*, n. 227, e, *in estenso*, *Giust. civ.*, 1985, I, 3003) — sottolinea che il nuovo termine decorre da quando «dette sentenze non sono più soggette ad impugnazione» (dello stesso avviso, Cass. 2 agosto 1997, n. 7171, *Foro it.*, Rep. 1997, voce *Prescrizione e decadenza*, n. 79; App. Bari 18 marzo 1995, *id.*,

La responsabilità del medico dipendente ospedaliero deve qualificarsi contrattuale, al pari di quella dell'ente gestore del servizio sanitario, non già per l'esistenza di un pregresso rapporto obbligatorio insorto tra le parti, bensì in virtù di un rapporto contrattuale di fatto originato dal «contatto» sociale. (3)

Motivi della decisione. — 1.1. - Anzitutto i due ricorsi vanno riuniti.

Con il primo motivo di ricorso il comune di Roma lamenta la violazione e falsa applicazione di norme di diritto, assumendo che per effetto degli art. 7 e 10 l. 456/87, il comune aveva

perso la sua legittimazione passiva e l'effettivo pagamento dei debiti residui e non estinti alla data del 31 dicembre 1985 dovevano essere posto a carico delle regioni territorialmente competenti, che avrebbero provveduto al pagamento attraverso i mezzi finanziari posti a disposizione dallo Stato.

In ogni caso il ricorrente lamenta che, ove anche fosse accolta la tesi che i comuni conservano la legittimazione passiva a norma dell'art. 111 c.p.c., rimanendo parti nel giudizio, in ogni caso non poteva emettersi una sentenza di condanna nel suo confronti, in quanto al debitore comune era subentrato il debitore regione.

Rep. 1996, voce cit., n. 71, e, in estenso, *Rass. giur. energia elettrica*, 1996, 472; Cass. 16 maggio 1995, n. 5372, *Foro it.*, Rep. 1995, voce cit., n. 51, e, in estenso, *Arch. circolaz.*, 1996, 18; 17 luglio 1991, n. 7937, cit.; 3 maggio 1991, n. 4846, cit.; 30 marzo 1988, n. 2680, *Foro it.*, Rep. 1988, voce cit., nn. 76, 77; 11 febbraio 1988, n. 1478, *ibid.*, n. 79, e, in estenso, *Arch. circolaz.*, 1988, 536; 16 giugno 1987, n. 5286, *Foro it.*, Rep. 1987, voce cit., n. 42, e, in estenso, *Giust. civ.*, 1987, I, 2498; 9 aprile 1987, n. 3526, *Foro it.*, Rep. 1989, voce *Infortuni sul lavoro*, n. 175, e, in estenso, *Riv. infortuni*, 1988, II, 59). In proposito, merita di essere riportata la precisazione compiuta da Trib. Napoli 11 novembre 1985 (*Foro it.*, Rep. 1986, voce *Prescrizione e decadenza*, n. 67, e, in estenso, *Riv. giur. circolaz. e trasp.*, 1986, 542), secondo cui «se il reato si è estinto per amnistia, il termine di prescrizione ricomincia a decorrere dalla data del decreto con il quale l'amnistia è stata concessa, salvo che nel processo penale vi è stata costituzione di parte civile; in quest'ultimo caso, infatti, poiché la costituzione di parte civile produce un effetto interruttivo permanente per tutta la durata del processo, il termine di prescrizione decorre dalla data in cui è divenuta irrevocabile la sentenza del giudice penale che ha dichiarato non doversi procedere per intervenuta estinzione del reato». Cfr. Cass. 1° dicembre 1998, n. 12186, *Foro it.*, 1999, I, 89; 11 marzo 1998, n. 2679, *id.*, Rep. 1998, voce cit., n. 32; 29 aprile 1993, n. 5017, *id.*, Rep. 1993, voce cit., n. 14, e, in estenso, *Arch. circolaz.*, 1993, 681; 4 ottobre 1991, n. 10391, *Foro it.*, Rep. 1991, voce cit., n. 26; Trib. Palermo 31 luglio 1991, *id.*, Rep. 1992, voce cit., n. 16; Cass. 30 marzo 1988, n. 2680, cit.; 11 giugno 1987, n. 5087, *id.*, Rep. 1987, voce cit., n. 43.

Riguardo alla specifica problematica degli effetti dell'estinzione del reato, per morte del reo, sull'interruzione della prescrizione del diritto al risarcimento dei danni per effetto della costituzione di parte civile nel processo penale — tematica rispetto alla quale la giurisprudenza manifesta incertezze —, si rinvia (anche per alcuni riferimenti dottrinali afferenti, più in generale, ai rapporti tra prescrizione del diritto al risarcimento del danno e costituzione di parte civile) alle osservazioni di DI PAOLA a Cass. 28 luglio 1997, n. 7038; *id.*, 1999, I, 999. Rispetto a quest'ultima sentenza, mette conto rilevare come la terza sezione civile mostri di aver cambiato opinione, laddove oggi espressamente esclude che la natura del provvedimento giudiziario, che afferma l'estinzione del reato, possa incidere il carattere permanente dell'interruzione della prescrizione.

(3) Note critiche sui recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità del medico ospedaliero.

1. - *L'odierna pronuncia.* La sentenza in epigrafe — già in *Danno e resp.*, 1999, 294, con nota di CARBONE, *La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto*; *Corriere giur.*, 1999, 441, con commento di DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*; *Resp. civ.*, 1999, 661, con nota di FORZIATI, *La responsabilità contrattuale del medico dipendente: il contatto sociale conquista la Cassazione*; *Giust. civ.*, 1999, I, 1003, con nota di GIACALONE, *La responsabilità del medico dipendente del servizio sanitario nazionale: contrattuale, extracontrattuale, o «transtipica»?* — rappresenta un'utile cartina di tornasole per chi voglia approfondire la delicata (e negli ultimi tempi sempre più dibattuta) problematica della responsabilità del medico, dipendente dell'ente ospedaliero, per danno cagionato al malato da mancata o inesatta prestazione professionale (per una ricognizione allargata, tra i contributi più recenti, v. FIORI, *Medicina della responsabilità medica*, Milano, 1999; STANZIONE-ZAMBRANO, *Attività sanitaria e responsabilità civile*, Milano, 1998; BARNI, *Diritti-doveri, responsabilità del medico - Dalla bioetica al biodiritto*, Milano, 1998; BILANCETTI, *La responsabilità del chirurgo estetico*, in *Riv. it. medicina legale*, 1997, 511; CASTRONOVO, *Profili della responsabilità medica*, in *Vita not.*, 1997, 1222; DE MATTEIS, *Consenso informato e responsabilità del medico*, in *Danno e resp.*, 1996, 215; *id.*, *La responsabilità medica*, Padova, 1995; *id.*, *La responsabilità medica, tra prospettive comunitarie e nuove tendenze giurisprudenziali*, in *Contratto e impr.*, 1995, 489; AUTORINO STANZIONE (a cura di), *Le «responsabilità speciali». Modelli italiani e stranieri*, Napoli, 1994; A. BALDASSARI, S. BALDASSARI, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1993, 609; COPPARI, *Ri-*

flessioni in tema di responsabilità dell'ente ospedaliero per fatto dannoso del dipendente (nota a Trib. Lucca 18 gennaio 1992), in *Foro it.*, 1993, I, 264, nonché PRINCIOALI, *Medici pubblici dipendenti responsabili come liberi professionisti* (nota a Cass. 1° marzo 1988, n. 2144), *id.*, 1988, I, 2296; tal ultima sentenza è altresì riportata in *Giur. it.*, 1989, I, 1, 300, con nota di CERONE).

Sul *punctum controversum* — il sanitario risponde a titolo contrattuale o extracontrattuale — si registrano, come il collegio non manca di rilevare, almeno due divergenti orientamenti giurisprudenziali (che a loro volta si frammentano e perdono unitarietà nel valutare le possibilità applicative dell'art. 2236 c.c.). Il primo — posta la natura contrattuale del rapporto paziente-ente ospedaliero — ritiene che il medico dipendente, operando come organo dell'ente, risponda, a titolo personale, per sola responsabilità aquiliana (così, da ultimo, Cass. 20 novembre 1998, n. 11743, *Foro it.*, Rep. 1998, voce *Professionisti intellettuali*, n. 165; 13 marzo 1998, n. 2750, *id.*, 1998, I, 3521, con nota di richiami; Trib. Orvieto 15 maggio 1997, *id.*, Rep. 1998, voce cit., n. 174, e, in estenso, *Rass. giur. umbra*, 1997, 732, con nota di FIORE; Cass. 26 marzo 1990, n. 2428, *id.*, Rep. 1991, voce cit., n. 106, e, in estenso, *Giur. it.*, 1991, I, 1, 600, con nota di CARUSI). Il secondo orientamento — inscendendo la prestazione del medico nel quadro del rapporto privatistico tra ente gestore e paziente, nonché rilevando il diretto rapporto che lega detta prestazione all'aspettativa del privato richiedente il servizio — ravvisa una responsabilità contrattuale sia del sanitario che dell'ente da cui questi dipende (conformi, Cass. 2 dicembre 1998, n. 12233, *Foro it.*, Rep. 1998, voce cit., n. 167, e *Danno e resp.*, 1999, 777, con nota ricostruttiva di DE MATTEIS; 1° dicembre 1998, n. 12195, *Foro it.*, 1999, I, 77, con note di DALFINO [sugli aspetti processuali della decisione] e di PALMIERI [sui profili sostanziali]; 27 luglio 1998, n. 7336, *id.*, Rep. 1998, voce cit., n. 154; 11 aprile 1995, n. 4152, *id.*, Rep. 1996, voce cit., n. 171, e, in estenso, *Enti pubblici*, 1996, 908; 27 maggio 1993, n. 5939, *Foro it.*, Rep. 1993, voce cit., n. 114; 1° febbraio 1991, n. 977, *id.*, Rep. 1991, voce cit., nn. 107, 108, e, in estenso, *Giur. it.*, 1991, I, 1, 1379, nonché 1° marzo 1988, n. 2144, *id.*). Ciò in quanto, nell'esercizio del servizio pubblico sanitario, non vengono in rilievo pubblici poteri; per conseguenza il privato, entrato in contatto con l'ente, che manifesta disponibilità al servizio, acquisisce un vero e proprio diritto soggettivo, cui corrispondono l'obbligo e la relativa responsabilità dell'ente stesso, nonché, ai sensi dell'art. 28 Cost., dei suoi dipendenti.

Nel caso in rassegna, la terza sezione della Cassazione civile — competente in materia ed autrice di quasi tutte le sentenze richiamate — condivide la tesi contrattualistica, ma non le ragioni che ad essa sostengono; di qui una motivazione per molti versi innovativa.

2. - *Alla ricerca di un confine evanescente.* Parlare di «confini instabili» in tema di responsabilità civile è ormai esercizio tanto facile, quanto retorico. Negli ultimi vent'anni, la dottrina italiana ha lamentato, a più riprese, l'evaporazione dei diversi punti di riferimento utilizzati per distinguere il danno giusto dall'ingiusto, la posizione meritevole di tutela da quella giuridicamente irrilevante, nonché il fatto illecito da quello giustificato o lecito. Insistere su un simile canovaccio, costituito da osservazioni argute (ma già mille volte ripetute) e luoghi comuni (tanto ovvi, quanto inutili), equivarrebbe a pestar acqua nel mortaio. Mette conto, tuttavia, evidenziare, alla luce della riflessione condotta dalla Suprema corte nel caso in rassegna, come oggi sia pressoché totale il disorientamento dell'operatore che voglia tracciare un confine netto, anche soltanto teorico, tra fonti di responsabilità contrattuale ed aquiliana. Che tale confine esista, nessuno può (o avrebbe il coraggio di) negarlo; dove esso risieda, soprattutto alla luce del più recenti orientamenti giurisprudenziali, è difficile indicarlo con certezza.

Come anticipato, la Cassazione, nella sentenza in epigrafe — pur condividendo l'orientamento (tutt'altro che consolidato) che ravvisa, in caso di danno al paziente, una responsabilità contrattuale sia del medico che dell'ente da cui questi dipende — contesta le ragioni tradizionalmente poste a fondamento di tale tesi. In primis, la corte evidenzia come il richiamo all'art. 28 Cost. non sia risolutivo, in quanto esso non chiarisce a quale titolo la responsabilità diretta del funzionario o dipendente possa essere fatta valere. Allo stesso modo, la Cassazione non reputa decisivo l'argomento che fa leva sulla «radice» comune della responsabilità («non diligente o errata prestazione sanitaria da parte

1.2. - Il motivo è infondato e va rigettato.

Infatti, come questa corte ha già rilevato (Cass. 17 giugno 1995, n. 6862, *Foro it.*, Rep. 1995, voce *Sanità pubblica*, n. 299), il comune succeduto *ex lege* nella posizione debitoria dei soppressi enti ospedalieri (nella specie di cui al precedente, Pio istituto S. Spirito ed ospedali riuniti di Roma) — ai sensi dell'art. 66 l. 23 dicembre 1978 n. 833 — e, perciò, convenuto in giudizio per il pagamento di un debito di questi enti non perde la sua legittimazione passiva per effetto del d.l. 19 settembre 1987 n. 382 (convertito in l. n. 456 del 1987), che ha

del medico», ben potendo uno stesso fatto comportare, anche a carico di soggetti diversi, il concorso di entrambi i tipi di responsabilità. Né ritiene di accogliere la tesi del contratto (nella fattispecie sarebbe quello tra ente e medico) a favore di terzo, ovvero con effetti protettivi nei confronti dei terzi (per la cui configurabilità, v. Cass. 22 novembre 1993, n. 11503, *Foro it.*, 1994, I, 2479, e *Nuova giur. civ.*, 1994, I, 690, con nota di ZENO ZENCOVICI; *Corriere giur.*, 1994, 479, con nota di BATA; *Resp. civ.*, 1994, 403, con nota di IORIATTI; *Giur. it.*, 1994, I, 1, 550, con nota di CARUSI; *Russ. dir. civ.*, 1995, 908, con nota di VENERI).

Spazzato via il campo dalle argomentazioni tradizionali, in quanto inidonee a reggere il peso dell'affermazione che pretendevano di legittimare, la corte s'ingegna di elaborare una propria teoria contrattualistica (avente come corollario l'applicazione diretta, e non analogica, dell'art. 2236 c.c., il cui ambito di efficacia viene, però, circoscritto alle ipotesi di prestazioni sanitarie di particolare difficoltà).

È qui che la pronuncia in rassegna solleva i maggiori dubbi. Da un lato, infatti, si afferma che il paziente «danneggiato che agisce non aziona il 'contratto' esistente tra l'ente e il medico [...], ma [...] il diverso contratto intervenuto tra lui e l'ente gestore per ottenere la prestazione sanitaria»; e che l'attività sanitaria è dovuta dall'ente nei confronti del paziente in virtù del contratto d'opera professionale, mentre l'attività del medico «è dovuta nei confronti dell'ente ospedaliero nell'ambito del rapporto d'impiego». Dall'altro, si dichiara totale adesione al «recente, ma sempre più consistente, orientamento della dottrina», secondo il quale la responsabilità contrattuale del medico nascerebbe da «un'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto» (cfr. CASTRONOVO, *Liability between Contract and Tort, in Perspectives of Critical Contract Law*, Aldershot, 1993, 273; Id., *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, in *Scritti in onore di Mengoni*, I, Milano, 1995, 197). Viene così recepita la categoria del «rapporto contrattuale di fatto o da contatto sociale», in virtù della quale, sempre a detta della terza sezione, sarebbe possibile dissociare la fonte dall'obbligazione che ne scaturisce, in modo tale che quest'ultima può essere sottoposta alle regole proprie dell'obbligazione contrattuale, pur se il fatto generatore non è il contratto» (cfr., tra le riflessioni più recenti, SACCO, *Il contatto di fatto*, in *Trattato di diritto privato* diretto da RESCIGNO, X, 2ª ed., Torino, 1995; FRANCESCHELLI, *Rapporti contrattuali di fatto*, in *Contratti*, 1994, 646; Id., *Rapporti contrattuali di fatto: un cinquantenario*, id., 1993, 705; GRANATO, *Contratto di lavoro a termine, illiceità della causa e rapporto contrattuale di fatto negli enti pubblici*, in *Dir. lav.*, 1993, I, 476; ROFFO, *Il contatto sociale e i rapporti contrattuali di fatto*, in BESSONE, *Casi e questioni di diritto privato*, V, Milano, 1993; АНОВЛІСІ, *Rapporti contrattuali di fatto*, voce dell'*Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1991, XXV).

Per questa via, però, si rischia di andare oltre il segno. È ben possibile pensare che anche da un contatto sociale possa sorgere un vincolo che va al di là del semplice dovere di *neminem laedere*; ma i più ritengono che, nel nostro ordinamento, ciò possa avvenire soltanto quando tale contatto abbia una base negoziale, assumendo come indeclinabile presupposto della responsabilità contrattuale (almeno) una volontà (quella dell'obbligato) orientata a creare detto vincolo. Nel caso specifico della responsabilità del medico dipendente, questi svolge la sua prestazione solo in adempimento dell'obbligo assunto, con il contratto di lavoro, nei confronti dell'ente preposto; e, dunque — poiché l'adempimento è, in termini giuridici, un atto necessitato e non libero, che, infatti, secondo la dottrina più moderna, non va assolutamente qualificato come negoziale — l'applicazione della categoria appare problematica. D'altro canto, stando a quanto dalla stessa corte affermato, risulta di tutta evidenza come la situazione consti di due rapporti contrattuali che, vincolando tra loro i tre soggetti (ente ospedaliero, medico e paziente), consentono il perfezionamento della fattispecie e il soddisfacimento delle rispettive pretese, per cui addirittura privo di causa potrebbe essere considerato l'ulteriore atto negoziale che dovrebbe legare il paziente al sanitario. Sul punto, v. FRACCHIA, *Osservazioni in tema di responsabilità del dipendente pubblico e attività contrattuale*, in *Foro it.*, 1999, I, 1194, il quale osserva che, qualora la soluzione prospettata da parte della giurisprudenza in materia sanitaria, incline ad individuare una responsabilità contrattuale del dipendente pubblico nei confronti del terzo, «dovesse imporsi come principio generale, sarebbe criticabile, atteso che il rapporto contrattuale corre tra soggetto terzo ed ente, mentre

posto a carico del bilancio statale i debiti dei predetti enti non ancora estinti alla data del 31 dicembre 1985 e ne ha dettato le modalità di ripianamento disponendo, per alcuni di essi (art. 8: debiti verso le aziende di credito, la cassa depositi e prestiti e gli istituti previdenziali) il soddisfacimento tramite il ministero del tesoro, per altri l'estinzione del diritto (art. 9: debiti verso lo Stato, le province, i comuni e le Usl), per altri ancora (art. 10) il pagamento, ad opera delle regioni, con mezzi finanziari messi a disposizione dallo Stato, per i residuali (art. 12) l'imputazione alla gestione corrente delle Usl nelle quali sono confluiti

il dipendente rimane ad esso estraneo, essendo legato da distinto rapporto contrattuale solo con l'ente».

Al fine di legittimare il suo convincimento, la corte richiama il tradizionale insegnamento per cui sarebbe possibile parlare di responsabilità extracontrattuale solo quando, tra autore dell'illecito e soggetto passivo, non sussiste alcun rapporto obbligatorio sorto prima del fatto lesivo, mentre il medico è obbligato nei confronti del paziente a svolgere diligentemente la sua prestazione. Una tale affermazione, sovrà da qualsiasi considerazione circa la negoziabilità dell'atteggiamento assunto dal sanitario, vale quanto dire che, ad esempio, il dipendente di un ufficio postale addetto al servizio telegrammi (la cui posizione, da questo punto di vista, pare del tutto simile a quella del medico), qualora non trasmetta precisamente, a causa di sua imperizia, il messaggio di cui è stato richiesto, risponde a titolo contrattuale nei confronti del cittadino-cliente, in quanto, verso quest'ultimo, egli ha precisi obblighi di comportamento (sulla responsabilità dei dipendenti pubblici, cfr. FRACCHIA, *op. cit.*). L'esempio proposto palesa l'eccessiva rigidità del criterio di serietà su cui la corte dimostra di far affidamento. Detto criterio — che scricchiola da tempo — pare oggi necessitare di una definitiva rivisitazione, con conseguente ridimensionamento della sua portata, soprattutto alla luce della recente pronuncia con cui le sezioni unite hanno sancito la responsabilità aquiliana della pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi (Cass. n. 500/SU del 1999, *Foro it.*, 1999, I, 2487).

Maigrado, dunque, il fine perseguito nella pronuncia in epigrafe — fondare una responsabilità contrattuale del medico — meriti ampio consenso, nell'ottica di una più completa tutela del paziente (che così potrà, tra l'altro, lamentare anche l'inadempimento dei doveri accessori che integrano *ex lege* il contratto), l'impiego teorico adottato risulta alquanto fragile. Esso pare, infatti, necessitare di ulteriori interventi integrativi e chiarificatori, considerato che un'ipotesi ricostruttiva plausibile, e preferibile, sembrerebbe proprio quella — accennata in precedenza — del contratto con effetti protettivi nei confronti dei terzi; sulla base del quale, in capo al medico, graverebbero, nei confronti del paziente, gli stessi obblighi scaturiti da un eventuale rapporto contrattuale tra i due (in quanto il malato potrà agire sulla base del contratto, tra ente e sanitario, con cui quest'ultimo si è obbligato a prestare la sua attività professionale), con conseguente applicazione, in via analogica, dell'art. 2236 c.c. nei limiti indicati dalla pronuncia in epigrafe. In proposito, si individua, nella sentenza in rassegna, un ulteriore profilo meritevole di approfondimento critico: laddove essa distingue il rapporto di pubblico impiego dal contratto privatistico tra medico ed ente, ovvero casa di cura privata.

3. - *Le incertezze in tema di responsabilità per omessa informazione.* Sulla responsabilità del medico si registrano, negli ultimi mesi, alcune pronunce che affrontano lo specifico problema del diritto al risarcimento della paziente, futura genitrice (o di entrambi i genitori) per mancata o inesatta informazione circa la malformazione del nascituro. I risultati a cui, in tali casi, si è giunti sono, per lo meno, contraddittori e confermano la fondatezza dei dubbi in ordine alla bontà dell'orientamento di cui si è fatta promotrice la sentenza in rassegna. Si impone, dunque, una rapida ricognizione.

La sentenza 24 marzo 1999, n. 2793, *ibid.*, 1804, con osservazioni di PALMIERI, anch'essa emessa dalla terza sezione della Suprema corte, recepisce in modo ambiguo l'insegnamento della pronuncia in epigrafe, che la anticipa di oltre due mesi. Infatti, pur non emergendo in motivazione a che titolo sia invocata la responsabilità del medico e dell'ente ospedaliero, i giudici — come appresso si chiarirà — sembrano muoversi nell'area dell'illecito aquiliano. Più corretta pare l'impostazione seguita da Trib. Perugia 7 settembre 1998, *ibid.*, che, facendo leva sul mancato assolvimento dell'obbligo di informazione (la cui esistenza è ritenuta, dal collegio umbro, *ius receptum*) da parte del sanitario, dichiara lo stesso *sic et simpliciter* responsabile di un danno biologico da quantificare in via equitativa (cfr. Cass. 6 ottobre 1997, n. 9703, *id.*, Rep. 1998, voce cit., n. 152, nonché, *in extenso*, *Resp. civ.*, 1998, 667, con nota di CITARELLA, e *Giur. it.*, 1998, 1816, con nota di PIZZETTI; 15 gennaio 1997, n. 364, *Foro it.*, 1997, I, 771, con nota di PALMIERI, nonché *Contratti*, 1997, 339, con nota di YACCA, *Nuova giur. civ.*, 1997, I, 573, con nota di FUSARO, e *Danno e resp.*, 1997, 178, con nota di CARBONE; 8 luglio 1994, n. 6464, *Foro it.*, Rep. 1995, voce cit., nn. 163, 164, nonché, *in extenso*, *Giur. it.*, 1995, I, 1, 790, con

i soppressi enti ospedalieri; infatti, le predette disposizioni del d.l. n. 382 del 1987, avendo contenuto innovativo di carattere sostanziale, non sono applicabili retroattivamente e determinano, quindi, solo una forma di successione *ex lege* nella titolarità passiva del rapporto che, ai sensi dell'art. 111 c.p.c., non implica l'estromissione del rapporto processuale del comune, originario debitore, cui spetta attivare i meccanismi stabiliti dalla legge per l'estinzione del debito (conf. Cass. 5 dicembre 1995, n. 12505, *id.*, 1996, I, 2494; 3 luglio 1997, n. 6003, *id.*, Rep. 1997, voce cit., n. 369).

note di FASCELLA, VENTURELLO, e *Resp. civ.*, 1994, 1029, con nota di GORGONI).

Nel caso perugino, il danno risarcito è quello arrecato all'integrità psicofisica dei genitori che avevano diritto a conoscere per tempo le malformazioni del figlio nascituro, al fine di prepararsi adeguatamente alla nascita nonché di evitare il, tutt'altro che imprevedibile, *shock post partum*. A ben vedere, lo stesso possibile itinerario logico si offriva alla Cassazione nella sentenza 2793/99, cit., la quale, al contrario — invece che sanzionare l'inadempimento contrattuale del medico per omessa informazione, ritenendo, come ha fatto il Tribunale di Perugia, comunque leso il diritto a sapere, *id est* ad essere informati, del paziente e dei suoi familiari — manifesta un'eccessiva esigenza di rintracciare il nesso di causalità ed il diritto leso, esigenza giustificabile solo pensando che i giudici abbiano ritenuto di dover circoscrivere la fattispecie nel campo, pochi mesi prima (pronuncia in epigrafe) sconfessato, dell'illecito aquiliano. Infatti, come rileva PALMIERI a margine di Cass. 1° dicembre 1998, n. 12195, *Foro it.*, 1999, I, 77, se la pronuncia si muove «sul piano della responsabilità contrattuale del medico (e dell'ospedale per cui egli presta servizio), non si comprende perché, sul piano teorico, si debba andare a ricercare la lesione di un diritto — ad interrompere la gravidanza — della parte danneggiata, quasi che si volesse far riemergere in materia contrattuale il principio della tipicità degli illeciti». In altre parole, se il medico assume l'obbligo contrattuale di adempiere diligentemente la sua prestazione sanitaria, l'inadempimento di uno o più obblighi contrattuali — quali, ad esempio, quello ad una corretta informazione del paziente — dovrebbe comportare automaticamente una sua responsabilità diretta.

Del resto, la sussistenza di un obbligo contrattuale ad informare il paziente fu affermata dalla Cassazione (pur nel diverso settore della chirurgia estetica), già in uno dei primissimi casi in cui si affrontò l'argomento (Cass. 8 agosto 1985, n. 4394, *id.*, 1986, I, 121, con nota di PRINCIGALLI, nonché *Giust. civ.*, 1986, I, 1432, con nota di COSTANZA, e *Resp. civ.*, 1986, 44, con nota di DANOVÌ). Ed inoltre essa emerge positivamente, tra l'altro, dal combinato disposto degli art. 1 (ai sensi del quale «è garantito il diritto alla procreazione cosciente e responsabile»), 2 e 14 l. n. 194 del 1978. Appare, dunque, evidente l'inadempimento da parte di quei sanitari che non informino in maniera adeguata e completa la gestante circa le condizioni sue e del nascituro durante l'intero periodo prenatale; cosicché, una volta accertata la lesione del diritto ad essere informati, resta soltanto da quantificare il danno.

Con ciò non si vuol negare, in ambito contrattuale, la rilevanza del nesso di causalità, bensì sottolineare il ruolo peculiare e diverso che esso svolge nelle due ipotesi tradizionali di responsabilità. Nell'ipotesi contrattuale un danno è *in re ipsa* e il nesso deve sussistere tra comportamento negligente ed inadempimento, mentre in ambito aquiliano il collegamento causale riguarda più direttamente fatto e danno.

Rebus sic stantibus, risulta quanto meno paradossale constatare che — come rilevato ancora da PALMIERI, in *Foro it.*, 1999, I, 1805 — mentre il collegio umbro non poteva conoscere la pronuncia della Cassazione datata 1° dicembre 1998, n. 12195, recante la decisa affermazione della responsabilità contrattuale del medico dipendente di un ente ospedaliero, né naturalmente quella in epigrafe, l'estensore della pronuncia 2793/99, cit., trascura la sentenza a margine della quale si scrive, ma richiama espressamente, pur disattendendola, la 12195/98, secondo cui «il solo inadempimento del dovere di esatta informazione da parte del sanitario potrà dar luogo, nel concorso degli altri elementi, a diritto al risarcimento del danno derivante da detta causale, ma non al risarcimento del danno conseguente alla lesione del diritto all'interruzione della gravidanza, se non nelle ipotesi in cui sia provata l'esistenza degli elementi integrativi della fattispecie per il legittimo esercizio di tale diritto». Come dire: l'inadempimento dell'obbligo informativo, qualora dipenda da negligenza o imperizia del sanitario, fa scattare la sua responsabilità contrattuale, indipendentemente (ed è qui che la pronuncia 2793/99 non concorda) dalla possibilità, per i genitori non informati, di chiedere l'interruzione della gravidanza, la quale rileva solo al fine di pronunciare un ulteriore diritto al risarcimento per il danno biologico derivante dalla nascita non desiderata. Nell'ottica contrattualistica, questa appare la soluzione più corretta.

FRANCESCO DI CIOMMO

1.3. - Essendo pacifico il suddetto principio, risulta infondata anche la doglianza secondo cui, pur rimanendo parte nel giudizio il comune, nei suoi confronti non poteva emettersi una sentenza di condanna.

Infatti, proprio perché a norma dell'art. 111 c.p.c. il trasferimento a titolo particolare nel corso del processo del diritto controverso non spiega alcun effetto sul rapporto processuale, che continua a svolgersi tra le parti originarie, detto trasferimento non può comportare una riduzione della domanda, da domanda di condanna in domanda di accertamento, poiché per questa

• • •

L'obbligazione del medico dipendente è un'obbligazione senza prestazione o una prestazione senza obbligazione?

I. - Il viaggio intrapreso dalla giurisprudenza attorno al poliedrico sistema della responsabilità del medico (1) (*rectius*, medica) approda sui lidi inesplorati della responsabilità da contatto sociale.

I giudici di legittimità, muovendo dal rilievo che la semplicistica esclusione dall'alveo contrattualistico della responsabilità del sanitario dipendente non è giustificabile sulla scorta della sola mancanza di un preesistente vincolo obbligatorio tra le parti (ancorché confortata dalla rigida catalogazione delle fonti delle obbligazioni: art. 1173 c.c.), suggeriscono la possibilità che la responsabilità del medico, dipendente dalla Asl o dagli enti ospedalieri, tragga la sua ragion d'essere da «una obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto», imposta al medico dall'arte che professa (2).

L'individuazione di una *nova res*, volta ad ancorare la responsabilità del medico nelle chete acque della responsabilità *ex contractu*, sembra invece fomentare l'annosa disputa circa la distinzione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, considerata dalla dottrina più recente «ad un tempo, arbitraria ed inesatta» (3), per il costante interagire degli illeciti, provocato dall'estensione delle rispettive aree di responsabilità. Infatti, la proposizione di un nuovo assetto obbligatorio, capace di inglobare nel suo nucleo centrale (obbligo di prestazione) nuovi obblighi accessori (i c.d. doveri di protezione) (4), non specificamente contemplati ma imposti alle parti per rafforzare le rispettive posizioni anche di natura patrimoniale, ha provocato l'estensione del raggio d'azione della responsabilità contrattuale, facendo ricadere al suo interno anche la violazione degli obblighi «esterni» alla prestazione principale, naturalmente destinati a ricevere tutela *ex lege aquiliana*.

Parimenti, il superamento del binomio «danno ingiusto-lesione di un diritto assoluto» ha attratto nell'orbita dell'art. 2043 c.c. numerose ipotesi di danno aventi natura contrattuale.

Questo fenomeno osmotico, delineatosi tra il vincolo obbligatorio e la regola del *neminem laedere*, è osservabile altresì negli ordinamenti

(1) Incontrovertibile è il passaggio dal tradizionale profilo della responsabilità del medico a quello più complesso della responsabilità medica: la salute dell'individuo non è più tutelabile attraverso una generica responsabilità del singolo professionista, essendo l'opera del medico affiancata e/o collegata a quella di altri operatori, sanitari e non. Ragion per cui il quadro normativo di riferimento cambia veste, «non si esaurisce più nella logica patrimonialistica e sinallagmatica della disciplina di un contratto d'opera intellettuale», ma, traendo ispirazione dai principi costituzionali (art. 32), cerca altresì di omogeneizzarsi ai predicati normativi dell'amministrazione sanitaria a cui, giocoforza, appartiene il professionista-dipendente.

(2) Cfr. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 1997, 177.

(3) In questi termini, ALPA, *Responsabilità civile e danno. Lineamenti e questioni*, Bologna, 1991, 17; VISINTINI, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, voce dell'*Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1991, XXVI. Parlano di crisi, GIARDINA, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: una distinzione attuale?*, in *Riv. critica dir. privato*, 1987, 79 ss.; TURCO, *Brevi considerazioni sul principio di prevedibilità del danno come profilo distintivo fra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, *ibid.*, 93 ss. Rivaluta invece il *discrimen* tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, SALVI, *Responsabilità extracontrattuale* (diritto vigente), voce dell'*Enciclopedia del diritto*, Milano, 1988, XXXIX, 1190.

(4) Anoverano, tra i più importanti, il dovere di informazione e di avviso. Sul punto, DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1988, 315 ss.; BENATTI, *Doveri di protezione*, voce del *Digesto civ.*, Torino, 1991, VII, 221. In giurisprudenza, v. Cass. 15 gennaio 1997, n. 364, *Foro it.*, 1997, I, 771, con nota di PALMIERI, *Relazione medico-paziente tra consenso globale e responsabilità del professionista*; 25 novembre 1994, n. 10014, *id.*, 1995, I, 2913, con nota di SCODITTI, *Chirurgia estetica e responsabilità contrattuale*, e *Nuova giur. civ.*, 1995, I, 937, con nota di FERRANDO, *Chirurgia estetica, «consenso informato» del paziente e responsabilità del medico*.

via egualmente si realizzerebbe un'ipotesi di sopravvenuta carenza di legittimazione passiva del dante causa, quanto meno limitatamente alla domanda di condanna, che, invece, la norma in questione esclude.

Il principio della continuazione del processo tra le parti originarie, allorché sia trasferito il diritto controverso, determina infatti la non influenza rispetto ai termini della controversia delle vicende attinenti a posizioni giuridiche attive o passive successive all'inizio della controversia stessa, che prosegue negli esatti termini (e non in termini ridotti, come ritenuto dal ricorrente) tra le parti individuate dalla loro originaria posizione giuridica.

di *common law*, notoriamente impornati sulla tipicità dell'illecito civile (5). I numerosi *tort remedies for breach of contract* testimoniano, infatti, la stigmatizzazione, da parte dell'ordinamento americano, della tradizionale distinzione tra *contract* e *tort* (6), divenuta oramai fluttuante anche per la dottrina d'oltralpe che, con il *savoir faire* di sempre, la considera «tanto precisa quanto poco utilizzabile» (7).

Quanto al sistema italiano, il deperimento della demarcazione tra le due aree di responsabilità si manifesta in modo articolato proprio nell'ambito della responsabilità medica, precipuamente in quella in cui incorre il sanitario dipendente da struttura pubblica o privata, qualora nell'esercizio della sua attività professionale produca lesioni all'integrità fisica di un soggetto sottoposto a trattamento sanitario.

II. - Lasciando da parte la natura contrattuale della responsabilità che ancora la struttura ospedaliera al paziente-creditore (8), sembra opportuno concentrare l'attenzione sul formante giurisprudenziale, sviluppatosi intorno alla qualificazione della responsabilità del medico dipendente, da sempre alla ricerca di una veste giuridica quanto più aderente all'atteggiarsi concreto del rapporto. Infatti, la giurisprudenza di legittimità, partendo da alcune indicazioni tracciate dalla dottrina — a tenore delle quali la responsabilità del sanitario sarebbe neutralizzata da quella dell'ente gestore (9) o, al contrario, vivrebbe di «luce propria» (nel senso di una responsabilità autonoma rispetto a quella dell'ospedale) —

(5) Cfr. GALGANO, *Tipicità ed atipicità dell'illecito in «common law»*, in *L'atlante di diritto comparato*, Bologna, 1992, 145 ss.

(6) La letteratura statunitense rileva, in alcuni *leading cases*, l'impalpabilità di tale distinzione. A titolo d'esempio, v. CHUTORIAN, *Tort remedies for breach of contract: the expansion of tortious breach of the implied covenant of good faith and fair dealing into the commercial realm*, in *Col. L. Rev.*, 1986, 377 ss. Per un confronto comparatistico, GALGANO, in *L'atlante di diritto comparato*, cit., 115 ss.; FERRARI, *Atipicità dell'illecito. Una comparazione*, Milano, 1992, *passim*.

L'evoluzione della responsabilità civile ha maggiormente attecchito nelle fattispecie caratterizzate dall'elemento dell'informazione. Sul punto, v. BUSNELLI, *Itinerari europei nella «terra di nessuno tra contratto e fatto illecito»: la responsabilità da informazione inesatta*, in *Contratto e impr.*, 1991, 539. Per una illustrazione più generale del problema, CASTRONOVO, *Liability between contract and tort*, in *Perspectives of critical contract law* (Th. Wilhelmsson ed.), Atti del convegno di Tuusula, Finlandia, 7-10 maggio 1992, Aldershat, 1993, 273 ss.

(7) Cfr. ALPA, *Responsabilità civile*, cit., 17; MATTEI-MONATERI, *Introduzione breve al diritto comparato*, Padova, 1997, 26 ss.

(8) La giurisprudenza (da Cass. 21 dicembre 1978, n. 6141, *Foro it.*, 1979, I, 4), è orientata ad attribuire all'ente gestore del servizio di specializzazione responsabilità contrattuale di tipo professionale. Ne consegue che i principi che regolano la responsabilità del medico libero professionista, compreso quello racchiuso nell'art. 2236, traslucano verso la responsabilità dell'ente ospedaliero. Un tale assunto ha riscosso larghi consensi anche nella giurisprudenza di legittimità: cfr. Cass. 7 ottobre 1998, n. 9911, e 13 marzo 1998, n. 2750, *id.*, 1998, I, 3520; 11 aprile 1995, n. 4152, *id.*, Rep. 1995, voce *Professioni intellettuali*, n. 167; 27 maggio 1993, n. 5939, *id.*, Rep. 1993, voce cit., n. 114. Segue questo orientamento anche la recente giurisprudenza di merito: App. Torino 20 giugno 1997, *id.*, 1998, I, 586; Trib. Genova 3 gennaio 1996, *id.*, Rep. 1997, voce cit., n. 115, e *Danno e resp.*, 1997, 94, con nota di BENEDETTI.

Esclude l'estensione all'ente ospedaliero dei principi di cui all'art. 2236, Trib. Lucca 18 gennaio 1992, *Foro it.*, 1993, I, 264, con nota di COPPARI.

Per VISINTINI, *I fatti illeciti*, Padova, 1990, II, 83 ss., il rapporto di natura pubblicistica, venutosi a creare tra lo Stato e il privato, configurerebbe non già un'ipotesi di contratto assimilabile *tout court* al contratto d'opera professionale, bensì quello di un contratto atipico per la natura composita delle prestazioni poste a carico dell'ente che non si limiterebbero solo a quelle mediche sanitarie.

Individuano, invece, una responsabilità extracontrattuale dell'unità sanitaria locale: Cass. 5 gennaio 1979, n. 31, *Foro it.*, Rep. 1979, voce *Responsabilità civile*, nn. 44, 104; Trib. Latina 4 dicembre 1990, *id.*, 1992, I, 3149. In dottrina, v. VIGOTTA, *La responsabilità del professionista*, in *Giur. sist. civ. e comm.* fondata da BIGNAVI, Torino, 1987, IV, 255.

(9) Cfr. CASETTA, *La responsabilità degli ospedali e dei sanitari ospedalieri*, in *Gli ospedali e le farmacie* (a cura di BODDA), Vicenza, 1967, 43.

2.1. - Infondato è anche il secondo motivo del ricorso del comune di Roma, con il quale lo stesso lamenta la violazione e falsa applicazione dell'art. 2945 c.c. ed il difetto di motivazione, ai sensi dell'art. 360, nn. 3 e 5, c.p.c.

Nella prima parte di questo motivo il ricorrente censura l'impugnata sentenza per aver ritenuto che la costituzione di parte civile svolgesse funzione interruttiva permanente, mentre essa, a parere del ricorrente aveva una funzione interruttiva istantanea, con l'effetto che, essendo intervenuta detta costituzione in data 9 luglio 1968, da quella data iniziava a decorrere un nuovo termine prescrizione.

ha creduto in primo momento che la responsabilità di tipo extracontrattuale potesse meglio rappresentare l'illecito compiuto dal professionista dipendente (10). Una siffatta soluzione è stata completamente «disattesa» dalla decisione in epigrafe, la quale ha ravvisato in tale scelta una sorta di attentato alla «realtà materiale», denunciando come improponibile la comparazione tra l'illecito perpetrato dal medico in danno del paziente con quello compiuto causalmente dall'uomo della strada (11).

La scissione tra responsabilità contrattuale dell'ente gestore e quella extracontrattuale del medico dipendente, è ben presto risultata stantia, proprio per la tendenza espansiva delle regole che disciplinano la responsabilità *ex contractu*. La giurisprudenza di legittimità è venuta formando un'unica «provincia» di responsabilità medica di tipo professionale, ascrivibile, sulla base di una comune radice (il carattere tipicamente professionale di entrambe), sia al medico che all'istituto sanitario, col vantaggioso risultato di schivare annullando di fatto l'arduo compito di individuare la natura dell'una o dell'altra. In pratica, prescindendo dalle qualificazioni, si è giunti a formulare un regime di responsabilità medica «uniforme e per così dire transtipico nel senso che taglia orizzontalmente e supera i comparti corrispondenti ai due classici tipi della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, definendosi piuttosto in funzione del genere di attività regolata e del genere di conseguenze che possono derivarne» (12). Tale assetto «cumulativo» della responsabilità professionale ha condotto, inevitabilmente, alla trasmutazione di alcune regole dal regime contrattuale a quello aquiliano. Importanza pivotale deve attribuirsi all'art. 2236 c.c. che, superando l'originaria ghetizzazione nell'ambito della responsabilità del prestatore d'opera, estende i suoi effetti anche nell'area dei fatti illeciti, valorizzando l'elemento della colpa grave, strettamente collegato alla difficoltà tecnica della prestazione (13). Su questa base è dato prospettare un identico regime probatorio (il paziente-danneggiato, dopo aver dimo-

(10) Sul punto, v. MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile* diretto da SACCO, Torino, 1998, III, 770. VISINTINI, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale (una distinzione in crisi?)*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, 1077, riferisce che l'estraneità del medico dipendente dal rapporto obbligatorio (che, invece, coinvolge la struttura ospedaliera), ha come conseguenza obbligata l'improprietà di una domanda risarcitoria *ex contractu*: questi, qualora commettano un fatto illecito, risponderanno esclusivamente *ex art. 2043*.

In giurisprudenza, aderiscono alla tesi extracontrattuale, Cass. 24 marzo 1979, n. 1716, *Foro it.*, 1980, I, 1115; 26 marzo 1990, n. 2428, *id.*, Rep. 1991, voce *Professioni intellettuali*, n. 106, e *Giur. it.*, 1991, I, 1, 600, con nota di CARUSI; Trib. Vicenza 27 gennaio 1990, *Foro it.*, Rep. 1991, voce *Responsabilità civile*, n. 83; App. Venezia 11 febbraio 1993, *id.*, Rep. 1994, voce *Danni civili*, n. 154, e *Resp. civ.*, 1993, 984, con nota di COMANDÈ, e *Giur. merito*, 1994, 37, con nota di SCARDILLO; Trib. Trieste 14 aprile 1994, *Foro it.*, Rep. 1995, voce *Responsabilità civile*, n. 94, e *Resp. civ.*, 1994, 768, con nota di F. PONTONIO e C. PONTONIO.

Particolare attenzione merita da ultimo Cass. 13 marzo 1998, n. 2750, cit., alla stregua della quale, in rapporto alla responsabilità aquiliana del sanitario dipendente per i danni cagionati al nascituro per una cattiva assistenza al parto, l'errore causato da una delle persone che coordinano la sua prestazione, non vale ad escludere la sua colpa, qualora egli non abbia coordinato l'attività del personale infermieristico in modo tale da evitare l'errore e non si sia posto nella condizione di poterlo superare agevolmente e tempestivamente.

(11) CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *La nuova responsabilità civile*, 2ª ed., Milano, 1997, 180 ss., parla al riguardo di «responsabilità del passante».

Non condivide l'uso di tale espressione, BUSNELLI, *Itinerari europei nella terra di nessuno tra contratto e fatto illecito*, in *Contratto e impr.*, 1991, 571 ss.

(12) In questi termini, ROPPO, *La responsabilità civile dell'imprenditore nel settore dei servizi innovativi*, in *Contratto e impr.*, 1993, 891, spec. 894. Si inserisce nel medesimo solco, DE MATTEI, *La responsabilità medica tra prospettive comunitarie e nuove tendenze giurisprudenziali*, in *Contratto e impr.*, 1995, 489, *passim*.

(13) Numerose pronunce estendono l'applicabilità dell'art. 2236 anche alla responsabilità extracontrattuale. Da ultimo, v. Cass. 20 novembre 1998, n. 11743, *Foro it.*, Mass., 1231.

2.2. - Il motivo è analogo al secondo motivo di ricorso proposto dal Massa, con la particolarità che questo ricorrente ritiene che vada escluso l'effetto permanente dalla costituzione di parte civile, in quanto il processo si è concluso con sentenza istruttoria di proscioglimento e non con sentenza soggetta a giudicato.

2.3. - I due motivi vanno trattati congiuntamente. Essi sono infondati e vanno rigettati.

Anzitutto entrambi i motivi riposano sul presupposto implicito che nella fattispecie ricorra l'ipotesi della prescrizione quin-

strato che il trattamento sanitario non oltrepassa la soglia di speciale difficoltà, perché ad esempio routinario, si libera dal fardello probatorio, presumendosi che la prestazione lesiva sia stata eseguita con negligenza, nonché una identica valutazione della condotta (in entrambi i casi la diligenza cui è tenuto il «debitore» è quella prevista dall'art. 1176, 2° comma, c.c.).

Ma la pronuncia in epigrafe ripudia l'assunto sostenuto quasi incondizionatamente dalla giurisprudenza più recente (14), ritenendo che la «comune radice» della responsabilità dell'ente gestore e del medico (rappresentata dall'esecuzione non diligente del sanitario dipendente) non comporti necessariamente l'individuazione di una responsabilità contrattuale in capo ad entrambi i soggetti passivi, posto che «parte» del rapporto obbligatorio è esclusivamente l'ente gestore.

Per sciogliere il nodo gordiano, i giudici di legittimità hanno individuato, nell'obbligo di cura imposto al professionista-dipendente dalla deontologia professionale, il *vinculum* che lo lega al paziente, capace di traghettare la responsabilità del medico sulle sponde della responsabilità contrattuale, benché non si intraveda un obbligo di prestazione.

L'intraprendenza mostrata dai giudici di legittimità è apprezzabile. Mossi dall'esigenza di costruire una forma giuridica che fosse lontana dalle mistificazioni della realtà, accettano di allinearsi con quella della dottrina (15) che (ri)scopre uno schema nel quale convogliare gli obblighi generati dalla realtà materiale, non riconducibili ad alcuna categoria contrattuale e tantomeno all'obbligo generico del *neminem laedere*, posto a baluardo della sfera giuridica altrui: «l'obbligazione senza obbligo primario di prestazione». Mutuato dall'esperienza tedesca (16), l'obbligo senza prestazione, è stato impiantato, dai giudici della Suprema corte, nel terreno dei rapporti contrattuali di fatto, con l'avvertenza di intendere come tali non semplicemente situazioni diverse dal contratto, bensì fattispecie che concretamente realizzino le vicende di un determinato rapporto contrattuale. A questo punto vien fatto di chiedersi se la prestazione del medico dipendente realizzi gli elementi del contratto d'opera professionale. Parrebbe di sì, ma la diatriba, ancora in corso, circa l'individuazione di una regola che detti le condizioni necessarie ad attribuire a un atto socialmente tipizzato valore contrattuale, invita alla cautela (17).

Tuttavia, glissando sulle critiche e i dubbi ventilati dalla dottrina con riguardo al contratto di fatto, la sentenza in rassegna usa la formula «contatto sociale», per estendere l'ambito delle fonti di obbligazioni (così come previsto dal dettato codicistico, che all'art. 1173 include «altri fatti o atti idonei a produrre obbligazioni»), ed applicare la normativa contrattuale anche ai rapporti che sorgono attraverso l'obbligo sociale di prestazione. È il caso dell'operatore sanitario, il quale, esercitando una professione c.d. protetta (da ricordare, la speciale abilitazione richiesta per l'esercizio dell'attività professionale, nonché la previsione normativa — art. 348 c.p. — che ne vieta l'esercizio abusivo), dà vita ad una obbligazione impostagli dall'arte che professa, senza che vi sia un obbligo primario alla prestazione derivante da contratto.

Quindi, mettendo in pratica la teoria dell'obbligazione senza prestazione (così come individuata dai giudici di legittimità), si configurerebbe, nel caso di specie, un obbligo di prestazione in capo all'ente sanitario, a cui corrisponderebbe un dovere di protezione del medico dipendente. Ma ad un attento esame delle sequenze secondo cui si articola

(14) Il riferimento «storico» è costituito da Cass. 1° marzo 1988, n. 2144, *Foro It.*, 1988, I, 2296.

(15) CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, cit., 177 ss.

(16) L'ideatore di questa nuova categoria, infatti, considerava il rapporto obbligatorio articolato in un obbligo di prestazione (*Leistungspflichten*) e in uno di comportamento (*Verhaltenspflichten*) collaterale alla prestazione: LARENZ, *Schuldrecht*, München, 1982, I, 100 ss.

(17) Per un recente contributo sui rapporti contrattuali di fatto, cfr. DI MAJO, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1998, 194 ss.; SACCO, *Il contratto di fatto*, in *Trattato di diritto privato* diretto da RESCIANO, Torino, 1995, X, 54 ss., nonché, *Il contratto di fatto*, in SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile* diretto da SACCO, Torino, 1993, I, 122 ss. In generale, cfr. BETTI, *Sui rapporti contrattuali di fatto*, in *Jus*, 1957, 353 ss.; CAMPAIGNA, *I negozi di attuazione e la manifestazione dell'intento negoziale*, Milano, 1958, 139 ss.; SACCO, *op. cit.* Critica l'idea del «contatto sociale», RICCA, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, Milano, 1965, 33 ss.

quennale di cui all'art. 2947 c.c., trattandosi di responsabilità aquiliana sia dell'ente gestore del servizio sanitario sia del medico.

Senonché, come si dirà diffusamente in seguito (punti 5 e 6), detta responsabilità ha natura contrattuale.

In ogni caso, anche prescindendo da tale presupposto ed esaminando i motivi di ricorso nei soli espressi termini in cui sono stati proposti, essi risultano infondati.

Infatti, in tema di risarcimento di danni da fatto illecito, avente rilevanza penale, la costituzione di parte civile nel processo penale ha un effetto interruttivo permanente della prescrizione del diritto al risarcimento del danno per tutta la durata del processo, sicché anche nel caso di estinzione del reato per amnistia il termine di prescrizione ricomincia a decorrere dalla data in cui non è più soggetta ad impugnazione la sentenza che ha dichiarato l'estinzione del reato e non dalla data del decreto di amnistia (Cass. 20 settembre 1996, n. 8367, *id.*, Rep. 1996, voce *Prescrizione e decadenza*, nn. 45, 49; 15 novembre 1995, n. 11835, *ibid.*, n. 53).

Quindi, proprio perché l'effetto interruttivo permanente è conseguenza della costituzione di parte civile è irrilevante la natura della sentenza che ha dichiarato l'estinzione del reato.

In ogni caso, ai fini dell'applicazione dell'art. 2947, 3° comma, c.c., devono ritenersi comprese nel concetto di sentenze penali irrevocabili anche le pronunce intervenute in periodo istruttorio, con formula di proscioglimento, con riguardo alle quali il termine di prescrizione dell'azione civile di risarcimento dei danni decorre dal momento in cui dette sentenze non sono più soggette ad impugnazione (Cass. 11 febbraio 1988, n. 1478, *id.*, Rep. 1988, voce cit., n. 79; 16 giugno 1987, n. 5286, *id.*, Rep. 1987, voce cit., n. 42; 30 marzo 1988, n. 2680, *id.*, Rep. 1988, voce cit., nn. 76, 77, che ha equiparato alla sentenza, ai suddetti fini, anche il decreto di archiviazione emesso a seguito di una vera istruttoria). (*Omissis*)

3. - Infondato è anche il ricorso del Massa.

Sul secondo motivo si è già detto (2.2).

Con il primo motivo il Massa lamenta la violazione e falsa applicazione di norme di diritto ed in particolare dell'art. 2043 c.c., in relazione all'art. 360, n. 3, c.p.c.

Ritiene il ricorrente, anzitutto, che è stata affermata illegittimamente una responsabilità solidale sua, medico dipendente della struttura ospedaliera, senza specificare a che titolo e sulla base di quale norma.

Ritiene il ricorrente che il diritto all'eventuale risarcimento del danno poteva essere esercitato dalla danneggiata esclusivamente nei confronti dell'ente ospedaliero, e non nei confronti del medico dipendente, il quale se, del caso, poteva rispondere del suo operato al suo datore di lavoro.

Secondo il ricorrente in ogni caso egli «non può essere condannato in solido ai sensi dell'art. 2043 c.c. in quanto tale previsione è ascrivibile solo all'ente».

Inoltre, poiché la sentenza impugnata ha ritenuto che gli effetti negativi dell'intervento erano riconducibili alla mancanza di diligenza e prudenza del primo chirurgo, in effetti essa ha ritenuto la sussistenza di una sua colpa lieve, per cui a norma dell'art. 2236 c.c., non poteva sussistere una sua responsabilità

la responsabilità del medico-dipendente, sembra affiorare un difetto di montaggio. In vero, l'assenza di un contratto (tecnicamente inteso) in capo al sanitario dipendente — con conseguente assenza di un'obbligazione iniziale — fa sì che la responsabilità «prenda forma» non già nel momento in cui si assume l'obbligazione, bensì in quello successivo dell'intervento, ossia dopo l'esecuzione dell'attività professionale, diretta a migliorare lo *status quo* del paziente. Una tale scansione della prestazione sanitaria, complessivamente intesa, invertirebbe il normale ordine degli addendi: l'assunzione dell'obbligo, anziché precedere la prestazione, viene ad essere postposta, giacché la prestazione dell'opera finisce col precedere l'obbligazione, e quindi, la responsabilità. Ne consegue che la locuzione più appropriata dovrebbe essere quella di «prestazione senza obbligazione», dato che l'attività che si esige dal medico-dipendente non è semplicemente di protezione dal rischio di danno proveniente dalla prestazione principale, ma consiste di un vero e proprio *facere* (18).

Siamo di fronte a un nuovo modo di intendere l'obbligazione?

ANGELA LANOTTE

(18) In tal senso, v. CAFAGGI, *La responsabilità del professionista*, voce del *Digesto civ.*, Torino, 1998, XVII, 180.

civile, essendo la stessa limitata ai casi di dolo o colpa grave.

4.1. - Quanto alla natura della responsabilità professionale del medico, osserva preliminarmente questa corte che, contrariamente a quanto avviene negli ordinamenti dell'area di *common law*, ove persiste la tendenza a radicare la detta responsabilità nell'ambito della responsabilità aquiliana (*faults*), nei paesi dell'area romanistica, come nel nostro ordinamento, si inquadra detta responsabilità nell'ambito contrattuale.

Invece controversa è in giurisprudenza la natura della responsabilità del medico dipendente di una struttura pubblica nei confronti del paziente.

Secondo un primo orientamento (Cass. 24 marzo 1979, n. 1716, *id.*, 1980, I, 1115; 21 dicembre 1978; n. 6141, *id.*, 1979, I, 4; 26 marzo 1990, n. 2428, *id.*, Rep. 1991, voce *Professioni intellettuali*, n. 106; 13 marzo 1998, n. 2750, *id.*, 1998, I, 3521), l'accettazione del paziente nell'ospedale, ai fini del ricovero oppure di una visita ambulatoriale, comporta la conclusione di un contratto d'opera professionale tra il paziente e l'ente ospedaliero, il quale assume a proprio carico, nei confronti del malato l'obbligazione di compiere l'attività diagnostica e la conseguente attività terapeutica in relazione alla specifica situazione patologica del paziente preso in cura.

Poiché a questo rapporto contrattuale non partecipa il medico dipendente, che provvede allo svolgimento dell'attività diagnostica o terapeutica, quale organo dell'ente ospedaliero, la responsabilità del predetto sanitario verso il paziente per danno cagionato da un suo danno diagnostico o terapeutico è soltanto extracontrattuale, con la conseguenza che il diritto al risarcimento del danno spettante al paziente si prescrive in cinque anni.

Costantemente si è affermato che la extracontrattualità dell'illecito del medico dipendente non osta all'applicazione analogica dell'art. 2236, in quanto la *ratio* di questa norma consiste nella necessità di non mortificare l'iniziativa del professionista nella risoluzione di casi di particolare difficoltà e ricorre, pertanto, indipendentemente dalla qualificazione dell'illecito (Cass. 6 maggio 1971, n. 1282, *id.*, 1971, I, 1476; 18 novembre 1997, n. 11440, *id.*, Rep. 1997, voce cit., n. 118).

4.2. - Senonché l'iscrizione dell'attività del medico dipendente della struttura sanitaria alla responsabilità extracontrattuale non appare persuasiva.

Anzitutto proprio colui (il medico) che si presenta al paziente come apprestatore di cure all'uopo designato dalla struttura sanitaria, viene considerato come l'autore di un qualsiasi fatto illecito (un *quisque*). L'esito sembra cozzare contro l'esigenza che la forma giuridica sia il più possibile aderente alla realtà materiale.

Detta impostazione riduce al momento terminale, cioè al danno, una vicenda che non incomincia con il danno, ma si struttura prima come «rapporto», in cui il paziente, quanto meno in punto di fatto, si affida alle cure del medico ed il medico accetta di prestargliele.

Inoltre se la responsabilità del medico (dipendente) fosse tutta ristretta esclusivamente nell'ambito della responsabilità aquiliana, essa sarebbe configurabile solo nel caso di lesione della salute del paziente conseguente all'attività del sanitario e quindi di violazione dell'obbligo di protezione dell'altrui sfera giuridica (inteso come interesse negativo).

In altri termini la responsabilità aquiliana del medico, intesa come conseguenza della violazione del principio *alterum non laedere*, sarebbe configurabile solo allorché, per effetto dell'intervento del sanitario (connotato da colpa), il paziente si trovi in una posizione peggiore rispetto a quella precedente il contatto con il medico.

Se, invece, il paziente non realizza il risultato positivo che, secondo le normali tecniche sanitarie, avrebbe dovuto raggiungere (ma, ciononostante, non è «peggiorato»), non sarebbe configurabile una responsabilità aquiliana del medico, per il semplice fatto che egli non ha subito un danno rispetto alla situazione *qua ante*, ma solo ha raggiunto un risultato positivo (o migliorativo), che, se gli è dovuto nell'ambito di un rapporto di natura contrattuale (e quindi da parte dell'ente ospedaliero), non altrettanto può dirsi fuori di esso.

Senonché pacificamente anche coloro che considerano la responsabilità del medico dipendente nei confronti del paziente di natura extracontrattuale, ritengono poi che essa copra entrambe le situazioni suddette.

5.1. - Secondo un altro orientamento, che trae origine da Cass.

1° marzo 1988, n. 2144 (*id.*, 1988, I, 2296), ma che è stato successivamente ribadito (Cass. 11 aprile 1995, n. 4152, *id.*, Rep. 1995, voce cit., n. 167; 27 maggio 1993, n. 5939, *id.*, Rep. 1993, voce cit., n. 114; 1° febbraio 1991, n. 977, *id.*, Rep. 1991, voce cit., n. 107), la responsabilità dell'ente ospedaliero, gestore di un servizio pubblico sanitario, e del medico suo dipendente per i danni subiti da un privato a causa della non diligente esecuzione della prestazione medica, inserendosi nell'ambito del rapporto giuridico pubblico (o privato) tra l'ente gestore ed il privato che ha richiesto ed usufruito del servizio, ha natura contrattuale di tipo professionale.

Premesso che lo Stato o altro ente pubblico, nell'esercizio di un servizio pubblico, predisposto nell'interesse dei privati che ne fanno richiesta, non esercita poteri pubblicistici, in quanto il privato, fatta la richiesta del servizio, acquista un diritto soggettivo a cui corrisponde il dovere dello Stato o dell'ente pubblico di effettuare la prestazione, l'indirizzo in esame osserva che in questo caso si costituisce un rapporto giuridico tra i due soggetti, strutturato da un diritto soggettivo e da un correlato dovere di prestazione, per cui la responsabilità dell'ente pubblico verso il privato per il danno a questo causato per la non diligente esecuzione della prestazione non è extracontrattuale, essendo configurabile questo tipo di responsabilità solo quando non preesista tra il danneggiante ed il danneggiato un rapporto giuridico nel cui ambito venga svolto dal primo l'attività causativa del danno.

Pertanto nel servizio sanitario l'attività svolta dall'ente gestore a mezzo dei suoi dipendenti è di tipo professionale medico, similare all'attività svolta nell'esecuzione dell'obbligazione privatistica di prestazione, dal medico che abbia concluso con il paziente un contratto d'opera professionale. La responsabilità dell'ente gestore del servizio è diretta, essendo riferibile all'ente, per il principio dell'immedesimazione organica, l'operato del medico dipendente inserito nell'organizzazione del servizio, che con il suo operato, nell'esecuzione non diligente della prestazione sanitaria, ha causato danni al privato che ha richiesto ed usufruito del servizio.

Dalla suddetta ricostruzione della responsabilità dell'ente gestore del servizio sanitario pubblico (intesa, quindi, come responsabilità diretta) il predetto orientamento desume che vanno applicate analogicamente le norme che regolano la responsabilità in tema di prestazione professionale medica in esecuzione di un contratto d'opera professionale; in particolare quella di cui all'art. 2236 c.c.

In tal senso questo secondo indirizzo ribadisce la natura contrattuale della responsabilità dell'ente gestore del servizio, anche se ne definisce, con maggior rigore, il fondamento dogmatico ed i limiti.

Quando passa a valutare la natura della responsabilità del medico il predetto orientamento osserva che, per l'art. 28 Cost., accanto alla responsabilità dell'ente esiste la responsabilità del medico dipendente; che tali responsabilità hanno entrambe radice nell'esecuzione non diligente della prestazione sanitaria del medico, nell'ambito dell'organizzazione sanitaria, che, stante detta comune radice, la responsabilità del medico dipendente è come quella dell'ente pubblico di tipo professionale contrattuale; che pertanto ad essa vanno applicate analogicamente le norme che regolano la responsabilità del medico in tema di prestazione professionale, in esecuzione di un contratto d'opera professionale.

5.2. - Senonché, questa tesi pur affermando la natura di responsabilità contrattuale da parte del medico, pubblico dipendente, non ne spiega compiutamente il fondamento.

Infatti non è esaustivo il richiamo all'art. 28 Cost., che si limita ad affermare una responsabilità diretta dei funzionari e dei dipendenti dello Stato e degli enti pubblici per gli atti compiuti con violazione dei diritti, rinviando però alle «leggi penali, civili ed amministrative».

In altri termini detta norma non statuisce sulla natura della responsabilità, che è rimessa alle leggi ordinarie, ma solo sulla natura diretta di essa.

Ne consegue che, poiché la legge civile tra l'altro contempla sia una responsabilità contrattuale che extracontrattuale, il solo richiamo al citato art. 28 Cost. non è esaustivo del problema relativo alla natura della responsabilità del medico dipendente.

Né la questione è risolta per il richiamo al fatto che sia la responsabilità del medico che quella dell'ente gestore hanno radice nell'esecuzione non diligente della prestazione sanitaria

da parte del medico dipendente nell'ambito dell'organizzazione sanitaria».

Infatti la natura di una responsabilità (nella specie, contrattuale o extracontrattuale) va determinata non sulla base della condotta in concreto tenuta dal soggetto agente, ma sulla base della natura del precetto che quella condotta viola.

Ciò comporta che una stessa condotta può violare due (o più) precetti, uno di natura contrattuale ed uno di natura extracontrattuale, fondando quindi due diverse responsabilità.

Infatti, nel nostro ordinamento (contrariamente all'ordinamento francese dove vige incontrastato il principio del *non-cumul*), quale si è venuto configurando per effetto del diritto vivente, vige il principio che è ammissibile il concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, allorché un unico comportamento risalente al medesimo autore appaia di per sé lesivo non solo di diritti specifici derivanti al contraente da clausole contrattuali, ma anche dei diritti soggettivi, tutelati anche indipendentemente dalla fattispecie contrattuale (Cass. 23 giugno 1994, n. 6064, *id.*, 1995, I, 201; 7 agosto 1982, n. 4437, *id.*, Rep. 1984, voce *Responsabilità civile*, n. 55).

Ne consegue che se è ammissibile a carico dello stesso soggetto il concorso della responsabilità contrattuale e di quella extracontrattuale, a maggior ragione in via di pura ipotesi non potrebbe escludersi che uno stesso fatto (attività professionale del medico) integri a carico di un soggetto (ente gestore del servizio sanitario, in quanto allo stesso ascrivibile per effetto dell'immedesimazione organica) un'ipotesi di responsabilità contrattuale ed a carico dell'autore del fatto un'ipotesi di responsabilità extracontrattuale.

Pertanto il fatto che sia la responsabilità del medico che quella dell'ente gestore del servizio sanitario abbiano «entrambe radici nell'esecuzione non diligente della prestazione sanitaria da parte del medico dipendente, nell'ambito dell'organizzazione sanitaria», pur costituendo un importante elemento fattuale, non comporta necessariamente che le responsabilità di entrambi i soggetti siano di natura contrattuale di tipo professionale, come pare ritenere l'orientamento giurisprudenziale da ultimo indicato (che fa capo alla sentenza n. 2144 del 1988, *cit.*).

5.3. - Probabilmente la stessa considerazione dell'unicità della «radice» è stata alla base dei tentativi di soluzione proposti da quella parte della dottrina che sostiene la natura contrattuale della responsabilità del medico pubblico dipendente.

Si è, infatti, osservato da alcuni che la responsabilità del medico conseguirebbe all'applicazione della normativa relativa al contratto in favore di terzo, in quanto l'ente gestore del servizio sanitario — nel momento in cui si assicura la prestazione professionale del medico — stabilisce anche per il beneficiario di detta prestazione sia il paziente che successivamente richiederà la prestazione sanitaria.

Senonché, a parte numerosi altri più limitati problemi, qui vanno effettuate due osservazioni.

Anzitutto nella fattispecie in esame di medico dipendente pubblico non vi era un contratto tra l'ente gestore del servizio pubblico ed il medico, ma solo un rapporto di pubblico impiego.

In ogni caso (e l'ipotesi va fatta tanto con riferimento ai medici dipendenti di ente pubblico, con contratto di natura privata, come può avvenire soprattutto per le posizioni apicali, c.d. «primari», quanto ai casi di medici dipendenti di privati — «casa di cura» —) il soggetto danneggiato che agisce non aziona il «contratto» esistente tra l'ente ed il medico, di cui egli sarebbe il terzo beneficiario (cioè in senso lato il «contratto di lavoro»), ma aziona il diverso «contratto» intervenuto tra lui e l'ente gestore per ottenere la prestazione sanitaria, rispetto al quale egli non è terzo beneficiario, ma parte contrattuale, ovvero propone un'azione di responsabilità extracontrattuale per la lesione di un suo diritto soggettivo assoluto, quale è il diritto alla salute.

5.4. - Quest'ultima obiezione impedisce anche di poter condividere la tesi di coloro che sostengono che nella fattispecie sarebbe ravvisabile un contratto con effetti protettivi nei confronti di un terzo (il paziente). La figura del contratto con effetti protettivi nei confronti di un terzo, elaborata dalla dottrina tedesca e che ha trovato un riscontro anche nella giurisprudenza italiana (Cass. 22 novembre 1993, n. 11503, *id.*, 1994, I, 2479), si avrebbe ogni qualvolta da un determinato contratto sia deducibile l'attribuzione al terzo di un diritto non al conseguimento della prestazione principale, come accade sicuramente nel caso

del paziente, ma alla sua esecuzione con diligenza tale da evitare danni al terzo medesimo.

5.5. - In realtà, l'attività diagnostica e terapeutica è dovuta nei confronti del paziente, nell'ambito di un preesistente rapporto, sia dall'ente ospedaliero sia dal medico dipendente, ma da ciascuno di questi sotto un diverso profilo e nei confronti di un diverso soggetto. Quanto all'ente ospedaliero, l'attività è dovuta nei confronti del paziente quale prestazione che l'ente si è obbligato ad adempiere con la conclusione del contratto d'opera professionale.

Quanto al medico dipendente, l'attività è dovuta nei confronti dell'ente ospedaliero nell'ambito del rapporto di impiego che lo lega all'ente e quale esplicazione della funzione che è obbligato a svolgere.

6.1. - Un recente, ma sempre più consistente, orientamento della dottrina ha ritenuto che nei confronti del medico, dipendente ospedaliero, si configurerebbe pur sempre una responsabilità contrattuale nascente da «un'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto», in quanto poiché sicuramente sul medico gravano gli obblighi di cura impostigli dall'arte che professa, il vincolo con il paziente esiste, nonostante non dia adito ad un obbligo di prestazione, e la violazione di esso si configura come *culpa in non faciendo*, la quale dà origine a responsabilità contrattuale.

6.2. - La soluzione merita di essere condivisa.

Va subito rilevato che non si può criticare la definizione come «contrattuale» della responsabilità del medico dipendente di struttura sanitaria, limitandosi ad invocare la rigidità del catalogo delle fonti ex art. 1173 c.c., che non consentirebbe obbligazioni contrattuali in assenza di contratto.

Infatti la più recente ed autorevole dottrina ha rilevato che l'art. 1173 c.c., stabilendo che le obbligazioni derivano da contratto, da fatto illecito o da altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico, consente di inserire tra le fonti principi, soprattutto di rango costituzionale (tra cui, con specifico riguardo alla fattispecie, può annoverarsi il diritto alla salute), che trascendono singole proporzioni legislative.

Suggerita dall'ipotesi legislativamente prevista di efficacia di taluni contratti nulli (art. 2126, 1° comma, 2332, 2° e 3° comma, c.c., art. 3, 2° comma, l. 756/64), ma allargata altresì a comprendere i casi di rapporti che nella previsione legale sono di origine contrattuale e tuttavia in concreto vengono costituiti senza una base negoziale e talvolta grazie al semplice «contatto sociale» (secondo un'espressione che risale agli scrittori tedeschi), si fa riferimento, in questi casi al «rapporto contrattuale di fatto o da contatto sociale».

Con questa espressione si riassume una duplice veduta del fenomeno, riguardato sia in ragione della fonte (il fatto idoneo a produrre l'obbligazione in conformità dell'ordinamento — art. 1173 c.c. —) sia in ragione del rapporto che ne scaturisce (e diviene allora assorbente la considerazione del rapporto, che si attegna ed è disciplinato secondo lo schema dell'obbligazione da contratto).

La categoria mette in luce una possibile dissociazione tra la fonte — individuata secondo lo schema dell'art. 1173 — e l'obbligazione che ne scaturisce. Quest'ultima può essere sottoposta alle regole proprie dell'obbligazione contrattuale, pur se il fatto generatore non è il contratto.

In questa prospettiva, quindi, si ammette che le obbligazioni possano sorgere da rapporti contrattuali di fatto, nei casi in cui taluni soggetti entrano in contatto, senza che tale contatto riproduca le note ipotesi negoziali, e pur tuttavia ad esso si ricollegano obblighi di comportamento di varia natura, diretti a garantire che siano tutelati gli interessi che sono emersi o sono esposti a pericolo in occasione del contatto stesso.

In questi casi non può esservi (solo) responsabilità aquiliana, poiché questa non nasce dalla violazione di obblighi ma dalla lesione di situazioni giuridiche soggettive altrui (è infatti ormai acquisito che, nell'ambito dell'art. 2043 c.c., l'ingiustizia non si riferisce al fatto, ma al danno); quando ricorre la violazione di obblighi, la responsabilità è necessariamente contrattuale, poiché il soggetto non ha fatto (*culpa in non faciendo*) ciò a cui era tenuto in forza di un precedente *vinculum iuris*, secondo lo schema caratteristico della responsabilità contrattuale.

Un'eco di questa impostazione sembra ravvisarsi in Cass. 1° ottobre 1994, n. 7989 (*id.*, Rep. 1995, voce *Spedalità* (spese di), n. 1), secondo cui la responsabilità extracontrattuale ricorre so-

lo quando la pretesa risarcitoria venga formulata nei confronti di un soggetto autore di un danno ingiusto non legato all'attore da alcun rapporto giuridico precedente, o comunque indipendentemente da tale eventuale rapporto, mentre, se a fondamento della pretesa venga enunciato l'inadempimento di un'obbligazione volontariamente contratta, ovvero anche derivante dalla legge, è ipotizzabile unicamente una responsabilità contrattuale.

6.3. - Quanto sopra detto si verifica per l'operatore di una professione c.d. protetta (cioè una professione per la quale è richiesta una speciale abilitazione da parte dello Stato, art. 348 c.p.), in particolare se detta professione abbia ad oggetto beni costituzionalmente garantiti, come avviene per la professione medica (che è il caso della fattispecie in esame), che incide sul bene della salute, tutelato dall'art. 32 Cost.

Invero a questo tipo di operatore professionale la coscienza sociale, prima ancora che l'ordinamento giuridico, non si limita a chiedere un *non facere* e cioè il puro rispetto della sfera giuridica di colui che gli si rivolge fidando nella sua professionalità, ma giustappunto quel *facere* nel quale si manifesta la perizia che ne deve contrassegnare l'attività in ogni momento (l'abilitazione all'attività, rilasciatagli dall'ordinamento, infatti, prescinde dal punto fattuale se detta attività sarà conseguenza di un contratto o meno).

In altri termini, la prestazione (usando il termine in modo generico) sanitaria del medico nei confronti del paziente non può che essere sempre la stessa, vi sia o meno alla base un contratto d'opera professionale tra i due.

Ciò è dovuto al fatto che, trattandosi dell'esercizio di un servizio di pubblica necessità, che non può svolgersi senza una speciale abilitazione dello Stato, da parte di soggetti di cui il «pubblico è obbligato per legge a valersi» (art. 359 c.p.), e quindi trattandosi di una professione protetta, l'esercizio di detto servizio non può essere diverso a seconda se esista o meno un contratto.

La pur confermata assenza di un contratto, e quindi di un obbligo di prestazione in capo al sanitario dipendente nei confronti del paziente, non è in grado di neutralizzare la professionalità (secondo determinati *standards* accertati dall'ordinamento su quel soggetto), che qualifica *ab origine* l'opera di quest'ultimo, e che si traduce in obblighi di comportamento nei confronti di chi su tale professionalità ha fatto affidamento, entrando in «contatto» con lui.

Proprio gli aspetti pubblicistici, che connotano l'esercizio di detta attività, comportano che esso non possa non essere unico da parte del singolo professionista, senza possibilità di distinguere se alla prestazione sanitaria egli sia tenuto contrattualmente o meno.

L'esistenza di un contratto potrà essere rilevante solo al fine di stabilire se il medico sia obbligato alla prestazione della sua attività sanitaria (salve le ipotesi in cui detta attività è obbligatoria per legge, ad es. art. 593 c.p.).

In assenza di dette ipotesi di vincolo, il paziente non potrà pretendere la prestazione sanitaria dal medico, ma se il medico in ogni caso interviene (ad esempio perché a tanto tenuto nei confronti dell'ente ospedaliero, come nella fattispecie) l'esercizio della sua attività sanitaria (e quindi il rapporto paziente-medico) non potrà essere differente nel contenuto da quello che abbia come fonte un comune contratto tra paziente e medico.

Da tutto ciò consegue che la responsabilità dell'ente gestore del servizio ospedaliero e quella del medico dipendente hanno entrambe radice nell'esecuzione non diligente o errata della prestazione sanitaria da parte del medico, per cui, accertata la stessa, risulta contestualmente accertata la responsabilità a contenuto contrattuale di entrambi (qualificazione che discende non dalla fonte dell'obbligazione, ma dal contenuto del rapporto).

7.1. - Questa soluzione della questione ovviamente produce i suoi effetti sui veri nodi della responsabilità del medico e cioè il grado della colpa e la ripartizione dell'onere probatorio.

Si è sottolineato che sotto il profilo sistematico le norme sulla diligenza (art. 1176 c.c.) sono previste per tutti i tipi di obbligazioni e non autorizzano ad individuare materie distinte, per cui il concetto di colpa è unitario.

Dottrina e giurisprudenza tendono, quindi, a ritenere che detto concetto sia quello previsto dall'art. 1176 c.c., che impone di valutare la colpa con riguardo alla natura dell'attività esercitata.

Pertanto la responsabilità del medico per i danni causati al

paziente postula la violazione dei doveri inerenti al suo svolgimento, tra i quali quello della diligenza, che va a sua volta valutato con riguardo alla natura dell'attività e che in rapporto alla professione di medico chirurgo implica scrupolosa attenzione ed adeguata preparazione professionale (Cass. 12 agosto 1995, n. 8845, *ibid.*, voce *Professioni intellettuali*, n. 170).

Infatti il medico-chirurgo nell'adempimento delle obbligazioni inerenti alla propria attività professionale è tenuto ad una diligenza che non è solo quella del buon padre di famiglia, come richiesto dall'art. 1176, 1° comma, ma è quella specifica del debitore qualificato, come indicato dall'art. 1176, 2° comma, la quale comporta il rispetto di tutte le regole e gli accorgimenti che nel loro insieme costituiscono la conoscenza della professione medica.

Il richiamo alla diligenza ha, in questi casi, la funzione di ricondurre la responsabilità alla violazione di obblighi specifici derivanti da regole disciplinari precise. In altri termini sta a significare applicazione di regole tecniche all'esecuzione dell'obbligo, e quindi diventa un criterio oggettivo e generale e non soggettivo.

Ciò comporta, come è stato rilevato dalla dottrina, che la diligenza assume nella fattispecie un duplice significato: parametro d'imputazione del mancato adempimento e criterio di determinazione del contenuto dell'obbligazione.

7.2. - Nella diligenza è quindi compresa anche la perizia da intendersi come conoscenza ed attuazione delle regole tecniche proprie di una determinata arte o professione.

Comunemente si dice che trattasi di una *diligentia in abstracto*, ma ciò solo per escludere che trattasi di *diligentia quam in suis*, e cioè della diligenza che normalmente adotta quel determinato debitore.

Per il resto il grado di diligenza, per quanto in termini astratti ed oggettivi, deve essere apprezzato in relazione alle circostanze concrete e tra queste, quanto alla responsabilità professionale del medico, rientrano anche le dotazioni della struttura ospedaliera in cui lo stesso opera.

In relazione a dette strutture tecniche va valutata la diligenza e quindi la perizia che al medico devono richiedersi, delle quali è anche espressione la scelta di effettuare in sede solo gli interventi che possono essere ivi eseguiti, disponendo per il resto il trasferimento del paziente in altra sede, ove ciò sia tecnicamente possibile e non esponga il paziente stesso a più gravi inconvenienti.

8. - Riportata la responsabilità del medico, dipendente della struttura sanitaria, nei confronti del paziente nell'ambito della responsabilità contrattuale, trova applicazione diretta l'art. 2236 c.c., a norma del quale, qualora la prestazione implichi la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera risponde dei danni solo in caso di dolo o colpa grave, senza la necessità di effettuare un'applicazione analogica, come pure era avvenuto da parte dell'orientamento che sosteneva la responsabilità extracontrattuale del medico dipendente (Cass. 11 agosto 1990, n. 8218, *id.*, Rep. 1990, voce cit., n. 114; 7 maggio 1988, n. 3389, *ibid.*, n. 111; 5 aprile 1984, n. 2222, *id.*, Rep. 1984, voce cit., n. 59), mentre è dubbio che nella fattispecie ricorrano i presupposti per l'applicazione dell'analogia, di cui all'art. 12 disp. prel. c.c.

Va altresì rilevato che la limitazione di responsabilità professionale del medico-chirurgo 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 medico risponde in ogni caso (Cass. 18 novembre 1997, n. 11440, cit.; Corte cost. 22 novembre 1973, n. 166, *id.*, 1974, I, 19).

Pertanto il professionista risponde anche per colpa lieve quando per omissione di diligenza ed inadeguata preparazione provochi un danno nell'esecuzione di un intervento operatorio o di una terapia medica.

In altri termini la limitazione della responsabilità del medico alle sole ipotesi di dolo o colpa grave si applica unicamente ai casi che trascendono la preparazione media (Cass. 11 aprile 1995, n. 4152, cit.), ovvero perché la particolare complessità discende dal fatto che il caso non è stato ancora studiato a sufficienza, o non è stato ancora dibattuto con riferimento ai metodi da adottare (Cass. 12 agosto 1995, n. 8845, cit.).

9. - Quanto alla ripartizione dell'onere probatorio, la giurisprudenza considera unitariamente, a tali fini, l'attività sanitaria come prestazione di mezzi, senza più farsi carico della natura della responsabilità del medico. Essa ritiene che incombe al professionista, che invoca il più ristretto grado di colpa di cui all'art. 2236 c.c., provare che la prestazione implicava la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, mentre incombe al paziente danneggiato provare quali siano state le modalità di esecuzione ritenute inidonee (Cass. 4 febbraio 1998, n. 1127, *id.*, Mass., 120; 3 dicembre 1974, n. 3957, *id.*, Rep. 1974, voce cit., n. 23).

Invece incombe al paziente l'onere di provare che l'intervento era di facile o routinaria esecuzione ed in tal caso il professionista ha l'onere di provare, al fine di andare esente da responsabilità, che l'insuccesso dell'operazione non è dipeso da un difetto di diligenza propria (Cass. 30 maggio 1996, n. 5005, *id.*, Rep. 1996, voce cit., n. 167; 18 novembre 1997, n. 11440, cit.; 11 aprile 1995, n. 4152, cit.).

Nel caso di intervento di facile esecuzione, non si verifica un passaggio da obbligazione di mezzi in obbligazione di risultato, che sarebbe difficile dogmaticamente giustificare a meno di negare la stessa distinzione tra i due tipi di obbligazioni (come pure fa gran parte della recente dottrina), ma opera il principio *res ipsa loquitur*, ampiamente applicato in materia negli ordinamenti anglosassoni (dove la responsabilità del medico è sempre di natura aquiliana), inteso come «quell'evidenza circostanziale che crea una deduzione di negligenza».

Ciò che preme mettere in rilievo è che, omologate le responsabilità della struttura sanitaria e del medico come responsabilità entrambe di natura contrattuale, sia ai fini della rilevanza del grado della colpa che della ripartizione dell'onere probatorio, non esiste una differenza di posizioni tra i due soggetti, né per l'effetto una diversa posizione del paziente a seconda che agisca nei confronti dell'ente ospedaliero o del medico dipendente.

10. - Da quanto sopra detto consegue che è infondata la doglianza secondo cui andava affermata la sola responsabilità dell'ente gestore del servizio ospedaliero, in quanto, accanto alla stessa, di natura contrattuale, ben poteva concorrere quella di eguale natura del medico dipendente.

Detta responsabilità andava accertata, come ha fatto la sentenza impugnata, applicando i principi che presidono alla responsabilità nella prestazione d'opera intellettuale.

Avendo la sentenza ritenuto, come ammette lo stesso ricorrente, che gli effetti negativi dell'intervento fossero da ascrivere ad una mancanza di diligenza e prudenza dello stesso, non poteva operare la riduzione di responsabilità prevista dall'art. 2236 c.c., che, come si è detto, è relativa alla sola ipotesi di mancanza di perizia.

In ogni caso, perché si potesse applicare la limitazione della responsabilità prevista dall'art. 2236 c.c., gravava sul medico ricorrente l'onere di eccepire (e poi di provare) nelle fasi di merito che l'intervento implicava la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà.

Invece — a parte il rilievo, mosso dalla controricorrente Quirinis, che nel giudizio di appello non è stata invocata la limitazione di responsabilità di cui all'art. 2236 c.c. alla sola ipotesi di colpa grave, ma è solo stata affermata l'assoluta mancanza di responsabilità, con conseguente inammissibilità del motivo di ricorso per la novità della questione — va in ogni caso rilevato che neppure in questa sede il ricorrente sostiene che l'intervento chirurgico implicasse la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, mostrando invece di ritenere che la responsabilità del prestatore d'opera professionale intellettuale sia sempre assistita dalla limitazione dell'art. 2236 c.c.

Come si è detto sopra, ciò è errato, poiché detta limitazione è relativa alle sole ipotesi di prestazioni di particolare difficoltà (da intendersi nei termini sopra detti) ed attiene non alla negligenza ed imprudenza, ma all'imperizia. (*Omissis*)

I

CORTE DI CASSAZIONE; sezioni unite civili; sentenza 14 ottobre 1998, n. 10153; Pres. V. SOROT, Est. PREDEN, P.M. MOROZZO DELLA ROCCA (concl. conf.); Galasso e altra (Avv. MOSCATI) c. Serino e altri; Serino e altri (Avv. MORRONE) c. Galasso e altra; Barile (Avv. CECERE) c. Galasso e altra. *Conferma App. Napoli 14 novembre 1994.*

Prova documentale — Dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà proveniente da una delle parti — Efficacia probatoria — Esclusione (Cod. civ., art. 2697, 2727; cod. proc. civ., art. 115, 116; l. 26 maggio 1965 n. 590, disposizioni per lo sviluppo della proprietà coltivatrice, art. 8; l. 4 gennaio 1968 n. 15, norme sulla documentazione amministrativa e sulla legalizzazione e autenticazione di firme, art. 4).

In difetto di diversa specifica previsione di legge, nessun valore probatorio, neppure indiziario, può essere attribuito, nel giudizio civile caratterizzato dal principio dell'onere della prova, alla dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà, qualora costituisca l'unico elemento esibito nel giudizio civile al fine di provare un elemento costitutivo dell'azione o dell'eccezione. (1)

II

CORTE DI CASSAZIONE; sezione lavoro; sentenza 20 luglio 1998, n. 7107; Pres. RAPONE, Est. PRESTIPINO, P.M. CARNEVALI (concl. conf.); Rodinò (Avv. R. DE LUCA TAMAJO, MARESCA) c. Ente autonomo mostra d'oltremare e del lavoro italiano nel mondo (Avv. DI SALVO). *Cassa Trib. Napoli 30 settembre 1995.*

Prova documentale — Relata di notifica — Prova piena fino a querela di falso — Oggetto — Fattispecie (Cod. civ., art. 2700).

Prova civile in genere — Notificazione presso il procuratore costituito — Consegna dell'atto — Fattispecie (Cod. proc. civ., art. 330).

Prova documentale — Dichiarazione sostitutiva di atto notorio proveniente da un terzo — Efficacia probatoria — Fattispecie (Cod. proc. civ., art. 115, 116; l. 4 gennaio 1968 n. 15, art. 4).

L'atto costituente la c.d. relata di notifica, in quanto redatto da un pubblico ufficiale, fa piena prova, fino a querela di falso, oltre che della provenienza dell'atto medesimo dall'ufficiale giudiziario che lo ha formato, anche delle attestazioni di quest'ultimo in ordine all'attività svolta ed alle dichiarazioni ricevute, mentre può essere provata con ogni mezzo la non conformità al vero di tali dichiarazioni. (2)

In caso di notificazione di un atto giudiziario presso il procuratore costituito o nel domicilio eletto per il giudizio, a norma del 1° comma dell'art. 330 c.p.c., mediante consegna di copia dell'atto stesso a persona qualificata come addetta allo studio del professionista, la qualità della persona incaricata di ricevere l'atto è oggetto di presunzione iuris tantum e, quindi, incombe sul destinatario dell'atto l'onere di allegare e di dimostrare che la notifica è stata eseguita a persona priva di qualsiasi rapporto, anche provvisorio o precario, con il consegnatario. (3)

(1-4) Orientamenti giurisprudenziali sull'efficacia probatoria della dichiarazione sostitutiva di atto notorio.

I. - *Premessa.* Le pronunce in rassegna si segnalano per avere affrontato il problema dell'efficacia probatoria della dichiarazione sostitutiva di atto notorio (1). In particolare la prima, avendo, con la stessa, la

(1) In ordine alla quale, cfr., per tutti, PATTI, *Prova documentale*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1996, 42 s.; TOMMASO, *Delle prove*, in *Commentario al codice civile* diretto da CENDON, Torino, 1991, VI, 167; BRANCO, *Notorietà* (atti di), voce del *Novissimo digesto*, appendice, Torino, 1984, V, 279 ss., spec. 281, il quale sottolinea, in particolare, come «la dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà, così come è configurata dalla l. n. 15 del 1968, si colloca fra l'atto pubblico e la scrittura privata autenticata vera e propria, venendo