

## SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto notificato il 5.2.1974 Quirinis Ruggero, in proprio e quale rappresentante della figlia minore Maria Pia, assumendo che quest'ultima, caduta sopra i vetri di una bottiglia il 4.8.1967, era stata ricoverata d'urgenza presso l'ospedale S. Giacomo in Roma e sottoposta ad intervento chirurgico alla mano destra, eseguito dal dr. Enrico Massa; che non avendo recuperato la funzionalità della mano, la stessa era operata il successivo 13.12.1967 dal prof. Gianfranco Fineschi presso il policlinico Gemelli, con esito non del tutto soddisfacente; che con sentenza istruttoria del 7.3.1969 il dr. Massa era stato prosciolto in istruttoria dal pretore di Roma, conveniva davanti al tribunale di Roma i due chirurghi ed il Pio Istituto di S. Spirito - Ospedali Riuniti di Roma perché fossero condannati in solido al risarcimento dei danni subiti in proprio e dalla figlia.

I convenuti contestarono la domanda.

Interrotto il giudizio per estinzione del Pio Istituto di S. Spirito, veniva riassunto nei confronti dei due chirurghi, del Comune di Roma e della Usl Roma 17.

Il Tribunale, con sentenza del 24.3.1993, dichiarava il difetto di legittimazione passiva della USL e condannava in solido il Massa ed il Comune di Roma al risarcimento dei danni subiti da Maria Pia Quirinis, liquidati in L. 97.294.000, rigettava la domanda di Ruggero Quirinis e quella della minore nei confronti del Fineschi.

Avverso detta sentenza proponeva appello il Massa, nonché appello incidentale il Comune di Roma e Maria Pia Quirinis.

La Corte di appello di Roma, con sentenza del 19.4.1995, rigettava l'appello principale e quello incidentale del Comune di Roma, mentre, in parziale accoglimento dell'appello incidentale di Maria Pia Quirinis, condannava il Massa ed il Comune in solido al pagamento nei confronti della Quirinis della somma di L. 113.412.150, oltre interessi.

Riteneva la Corte di merito che, per effetto della l. 23.12.1978 n. 833 nonché dell'art. 3 l. regione Lazio 8.1.1980 n. 10 tutte le passività dei soppressi enti ospedalieri passavano ad apposita gestione stralcio dei Comuni, per cui correttamente era stata affermata la legittimazione passiva del Comune di Roma.

Secondo la Corte non era fondato neppure il motivo di appello del Massa, con cui veniva invocata l'estinzione per prescrizione del diritto azionato, in quanto la Quirinis si era costituita parte civile nel procedimento penale contro il Massa il 9.7.1968, per cui detta costituzione conservava effetti

interruttivi permanenti fino alla data della sentenza istruttoria emessa il 7.3.1969, mentre il presente giudizio era stato introdotto il 5.2.1974.

Riteneva poi il giudice di appello che la responsabilità del Massa nella produzione del danno alla mano della Quirinis, consistente nella limitazione funzionale delle estensioni delle articolazioni interfalangee, con ipotrofia muscolare e delle ossa e con riduzione di sensibilità, dipendeva dalla non tempestiva sutura della doppia sezione del nervo mediano e di quello ulnare, la cui lesione non fu né diagnosticata né trattata, come emergeva dalle conclusioni della consulenza collegiale d'ufficio e dalla cartella clinica dell'ospedale S. Giacomo nonché dall'esame elettromiografico preliminare al secondo intervento, mentre, data la posizione dei due nervi, una ferita con recisione dei tendini, interessava necessariamente le dette strutture nervose. Riteneva, quindi la corte che erano da disattendere sia le dichiarazioni rese dal Fineschi nel procedimento penale contro il Massa, perché generiche ed evasive ed in contrasto con i dati clinici e documentali sia le conclusioni del consulente di parte, poiché l'affermata reazione cicatriziale era, in ogni caso, riconducibile alla mancanza di diligenza e prudenza del primo chirurgo.

Riteneva, quindi, il giudice di appello che per effetto della colposa condotta del dr. Massa, la Quirinis ha sofferto menomazioni più gravose di quello che era lecito attendersi da una corretta terapia della lesione.

Avverso detta sentenza ha proposto ricorso per Cassazione il Comune di Roma, cui resiste la Quirinis.

Autonomo ricorso ha proposto il Massa, cui resistono con controricorso la Quirinis ed il Fineschi.

Hanno presentato memorie Quirinis Maria, Massa Enrico ed il Comune di Roma.

## 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 artt. 7 e 10 l. 456/1987, il Comune aveva perso la sua legittimazione passiva e l'effettivo pagamento dei debiti residui e non estinti alla data del 31.12.1985 doveva 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 nei suoi confronti, in quanto al debitore Comune era subentrato il debitore Regione.

## 1.2. Il motivo è infondato e va rigettato.

Infatti, come questa Corte ha già rilevato (Cass. 17.6.1995, n. 6862), 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 della 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 legge n. 456 del 1987), che a 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 cassadepositi 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 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. 5.12.1995, n. 12505; Cass. 3.7.1997, n. 6003).

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 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 posizione 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.

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 n. 3 e 5 c.p.c..

1.1. 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 9.7.1968, da quella data iniziava a decorrere un nuovo termine prescrizione.

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 della 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 quinquennale 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. 20.9.1996, n. 8367; Cass. 15.11.1995, n. 11835).

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 c. 3°, 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. 11.2.1988, n. 1478; Cass. 16.6.1987, n. 5286; Cass. 30.3.1988, n. 2680, che ha equiparato alla sentenza, ai suddetti fini, anche il decreto di archiviazione emesso a seguito di una vera istruttoria).

2.4. Inammissibile è la seconda parte del secondo motivo del ricorso del Comune di Roma, con cui lo stesso lamenta che la sentenza impugnata ha travisato i risultati probatori ed in particolare le risultanze delle perizie e la deposizione del prof. Fineschi, che aveva escluso la responsabilità del Massa.

Va, infatti, rilevato che il travisamento del fatto non può costituire motivo di ricorso per cassazione, poiché, risolvendosi in un'inesatta percezione da parte del giudice di circostanze presupposte come sicura base del suo ragionamento, in contrasto con quanto risulta dagli atti del processo, costituisce un errore denunciabile con il mezzo della revocazione ex art. 395, n. 4, c.p.c.. (Cass. 15.5.1997, n. 4310; Cass. 2.5.1996, n. 4018).

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 essere 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 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 (torts), 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. 8.3.1979, n. 1716; Cass. 21.12.1978, n. 6141; Cass. 26.3.1990, n. 2428; Cass. 13.3.1998, n. 2750) 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 extra-contrattuale, 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. S.U. 6.5.1971, n. 1282; Cass. 18.11.1997, n. 11440).

4.2. Senonché l'ascrizione 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 non 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. 1.3.1988, n. 2144, ma che è stato successivamente ribadito (Cass. 11.4.1995, n. 4152; Cass. 27.5.1993, n. 5939; Cass. 1.2.1991, n. 977), 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, simile 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. Sennonché, 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. 23.6.1994, n. 6064; Cass. 7.8.1982, n. 4437).

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).

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 che 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. 22.11.1993, n. 11503), 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 ciascuna 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 facendo, 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 sanitari, 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 posizioni legislative.

Suggerita dall'ipotesi legislativamente prevista di efficacia di taluni contratti nulli (art. 2126, c. 1, 2332, c. 2 e 3, c.c., art. 3 c. 2 l. n. 756/1964), 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 "contratto 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 atteggia 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 tali 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 situazione 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 facendo) 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., sez. I, 1.10.1994, n. 7989, secondo cui la responsabilità extracontrattuale ricorre solo 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 cd. 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 operazione 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 standard 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., Cass. Pen. 10.4.1978, n. 4003, Soccardo).

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. 12.8.1995, n. 8845).

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, c. 1°, ma è quella specifica del debitore qualificato, come indicato dall'art. 1176, c. 2°, la quale comporta il rispetto di tutte le regole e gli accorgimenti che nel loro insieme costituiscono la conoscenza dell'attività 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 di 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 effettuarne un'applicazione analogica, come pure era avvenuto da parte dell'orientamento che sosteneva la responsabilità extracontrattuale del medico dipendente (Cass. 11.8.1990, n. 8218; Cass. 7.5.1988, n. 3389; Cass. 5.4.1984, n. 2222), 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 l'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. 18.11.1997, n. 11440; Corte Cost. 22.11.1973, n. 166).

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. 11.4.1995, n. 4152), 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. 12.8.1995, n. 8845).

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. 4.2.1998, n. 1127; Cass. 3.12.1974, n. 3957).

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. 30.5.1996, n. 5005; Cass. 18.11.1997, n. 11440; Cass. 11.4.1995, n. 4152).

Nel caso di intervento di facile esecuzione, non si verifica un passaggio da obbligazione di mezzi in obbligazione di risultato, che sarebbe difficile dogmaticamente da 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 posizione 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 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 presiedono 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 operarla 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 prestazione di particolare difficoltà (da intendersi nei termini sopra detti) ed attiene non alla negligenza ed imprudenza, ma all'imperizia.

11. Infondato è, infine, il terzo motivo di ricorso, con cui il Massa lamenta la violazione e falsa applicazione delle norme di diritto, l'errata interpretazione delle risultanze istruttorie e l'omessa e contraddittoria motivazione, ex art. 360 n. 3 e 5 c.p.c..

Assume il ricorrente che la sentenza impugnata ha fatto proprie le conclusioni dei consulenti d'ufficio senza considerare né la deposizione resa in sede penale dal Fineschi né le conclusioni della consulenza di parte da cui emergeva che, essendosi la ferita verificata al palmo della mano e non al polso, non poteva produrre la lesione del condotto unico né poteva procedersi alla anastomosi dei nervi con i tendini.

Osserva questa Corte che l'art. 116, 1° c., c.p.c. consacra il principio generale del libero convincimento del giudice, per cui lo stesso deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento, salvo che la legge disponga altrimenti. La norma in questione sancisce la fine del sistema fondato sulla predeterminazione legale dell'efficacia della prova, conservando solo specifiche ipotesi di fattispecie di prova legale, e la formula del "prudente apprezzamento" allude alla ragionevole discrezionalità del giudice nella valutazione della prova, che va compiuta tramite l'impiego di massime di esperienze.

La doglianza, invece, che il giudice abbia fatto un cattivo uso del suo "prudente apprezzamento" nella valutazione della prova si risolve in una doglianza sulla motivazione della sentenza, che può trovare ingresso in sede di legittimità solo nei limiti in cui è ammissibile il sindacato da parte della cassazione sulla motivazione della sentenza.

A tal fine va osservato che è devoluta al giudice del merito l'individuazione delle fonti del proprio convincimento, e pertanto anche la valutazione delle prove, il controllo della loro attendibilità e concludenza, la scelta, fra le risultanze istruttorie, di quelle ritenute idonee ad acclarare i fatti oggetto della controversia, privilegiando in via logica taluni mezzi di prova e disattendendone altri, in ragione del loro diverso spessore probatorio, con l'unico limite della adeguata e congrua motivazione del criterio adottato; conseguentemente, ai fini di una corretta decisione, il giudice non è tenuto a valutare analiticamente tutte le risultanze processuali, né a confutare singolarmente le argomentazioni prospettate dalle parti, essendo invece sufficiente che egli, dopo averle vagliate nel loro complesso, indichi gli elementi sui quali intende fondare il suo convincimento e l'iter seguito nella valutazione degli stessi e per le proprie conclusioni, implicitamente disattendendo quelli logicamente incompatibili con la decisione adottata (Cass. 6 settembre 1995, n. 9384).

Pertanto i vizi motivazionali in tema di valutazione delle risultanze istruttorie non sussistono se la valutazione delle prove è eseguita in senso difforme da quello preteso dalla parte, perché proprio a norma dell'art. 116 c.p.c. rientra nel potere discrezionale del giudice di merito individuare le fonti del proprio convincimento, valutare all'uopo le prove, controllarne l'attendibilità e la concludenza e scegliere tra le varie risultanze istruttorie, quelle ritenute idonee e rilevanti.

Nella fattispecie il giudice di appello ha ritenuto di dover condividere le conclusioni cui era pervenuto il collegio dei consulenti tecnici d'ufficio, in quanto dette conclusioni concordavano con quanto emergeva dalle cartelle cliniche dello stesso ospedale S. Giacomo e con l'esame elettromiografico preliminare al secondo intervento chirurgico.

Inoltre la sentenza impugnata ha ritenuto che erano da disattendere sia le dichiarazioni rese dal Fineschi nel procedimento penale contro il Massa, perché generiche ed evasive ed in contrasto con i dati clinici e documentali, sia le conclusioni del consulente di parte, poiché l'affermata reazione cicatriziale era, in ogni caso, riconducibile alla mancanza di diligenza e prudenza del primo chirurgo.

Ne consegue che il giudice di appello ha congruamente motivato le scelte probatorie poste a base della sua decisione e le censure del ricorrente si risolvono in una diversa lettura delle risultanze istruttorie, inammissibile in questa sede di sindacato di legittimità.

12. Esistono giusti motivi per compensare le spese processuali tra il Massa ed il Fineschi, mentre i ricorrenti in solido, vanno condannati al pagamento delle spese processuali sostenute dalla Quirinis e liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Riunisce i ricorsi e li rigetta entrambi.

Condanna i ricorrenti in solido al pagamento delle spese di questo giudizio di legittimità sostenute da Maria Pia Quirinis, liquidate in L. 124.000, oltre L. ottomilioni per onorario d'avvocato. Compensa le spese di questo giudizio tra il Massa ed il Fineschi.