proposto dall'AGIP, in quanto notificato ad istanza del semplice domiciliatario.

L'eccezione è fondata. Questa corte ha già avuto occasione di rilevare come la notificazione sia un atto processuale composito, articolato nell'atto di impulso proveniente dalla parte e negli atti dell'ufficiale giudiziario e dagli altri soggetti che cooperano con lui. L'atto di impulso (l'« istanza » di cui all'art. 137 cod. proc. civ.) è il momento introduttivo del procedimento di notificazione ed è costituito da una determinazione del soggetto interessato che, mediante la consegna dell'atto all'ufficiale giudiziario, pone la condizione necessaria per lo svolgimento della fase ulteriore del procedimento stesso e cioè per la consegna dell'atto ad opera dell'ufficiale giudiziario alla controparte. La legittimazione a compiere un tale atto di impulso è conferita esplicitamente dall'art. 137 cod. proc. civ. — prescindendo da altre ipotesi estranee ai problemi qui considerati — alla « parte », ossia al soggetto del rapporto processuale da cui proviene l'atto che deve essere notificato, nonché (secondo un orientamento giurisprudenziale assolutamente consolidato) ai difensori muniti di mandato, che proprio in virtù della procura possono svolgere tutte le attività dalla legge non riservate alla parte personalmente.

Da questi principi discende che la legittimazione a presentare l'istanza di notificazione non può essere riconosciuta anche al domiciliatario, il quale — quando non cumuli siffatta qualifica con quella di difensore — ha la sola funzione di sostituire la parte nella ricezione di atti ad essa notificati (art. 141 cod. proc. civ. e 47 cod. civ.), senza alcun potere di impulso e di attività processuale nell'interesse della parte stessa.

Pertanto, quando la notificazione sia effettuata ad istanza del domiciliatario — e, più in genere, ad istanza di un soggetto diverso dalla parte o dal suo difensore — il vizio del procedimento non può essere inquadrato nella previsione dell'art. 160 cod. proc. civ., che regola la nullità della notificazione con riferimento alla fase terminale del procedimento stesso, ed in relazione alla persona cui deve essere, o cui di fatto è, consegnato l'atto da notificare.

L'ipotesi considerata rivela per contro una tanto palese ed essenziale difformità della fattispecie concreta rispetto al modello legale dell'« istanza » di cui all'art. 137 cod. proc. civ. da rendere necessario il ricorso alla categoria dell'atto inesistente e non semplicemente nullo.

Invero, secondo l'elaborazione del concetto desumibile dalla giurisprudenza di questa corte, inesistente come atto di un determinato « tipo » è quello che difetta di alcuno degli elementi essenziali e qualificati del « tipo » medesimo, sì da non poter essere in esso inquadrato e da profilarsi conseguentemente come un'entità diversa. Nullo è invece l'atto che, pur presentando tutti gli elementi necessari e sufficienti a qualificarlo come atto di un certo tipo, è inficiato, sotto il profilo sostanziale o formale, da carenze o vizi che incidano sulla validità, ossia sull'attitudine a produrre gli effetti propri dell'atto tipico di cui si discute.

Nella specie si ha un atto di impulso processuale posto da un soggetto assolutamente carente di legittimazione perché estraneo al rapporto processuale (l'ipotesi è per qualche verso analoga a quella del procuratore esercente fuori dei limiti territoriali del distretto). L'atto non è perciò in alcun modo riferibile al soggetto legittimato ed è quindi inesistente come atto di quel soggetto.

Non si tratta perciò di mancanza o inosservanza di forme inerenti alla manifestazione di volontà, bensì di assoluta mancanza dei dati minimi idonei a ravvisare l'esistenza di una manifestazione di volontà riferibile al soggetto interessato, essendo la legittimazione un elemento intrinseco ed essenziale dell'atto.

Versandosi in tema di atto inesistente, la relativa questione può essere prospettata in ogni stato e grado del giudizio e può essere anche rilevata d'ufficio.

L'inesistenza dell'atto che legittima l'ufficiale giudiziario a procedere alla notificazione importa naturalmente che la specie deve essere decisa come se tale notificazione non fosse avvenuta, onde il ricorso per regolamento di giurisdizione, in quanto non notificato, è inammissibile.

Le sezioni unite ritengono quindi di dover confermare l'indirizzo giurisprudenziale già accolto dalle sentenze n. 1613 del 1975 (*Foro it.*, 1976, I, 777) e n. 2002 del 1968 (*id.*, Rep. 1968, voce *Notificazione civ.*, n. 10), rimanendo così superata la diversa impostazione data al problema dalla sentenza n. 4280 del 1976 (*id.*, 1978, I, 1528).

Non contrastano con il principio ora enunciato le decisioni secondo cui la mancata indicazione della persona ad istanza della quale la notificazione è effettuata non produce nullità, ove non sussista incertezza assoluta sulla sua identificazione; tali sentenze riguardano infatti il caso in cui, pur in difetto di un'indicazione esplicita, sia possibile ugualmente ritenere che l'istanza

provenga dalla parte o dal suo difensore, e sono palesemente estranee alla diversa ipotesi in cui l'istanza provenga senza possibilità di dubbio da una persona diversa.

Nella specie risulta dagli atti che la notificazione del ricorso per cassazione proposto dall'AGIP è stata eseguita ad istanza dell'avv. Antonio Saraceni, che nel ricorso è indicato esclusivamente come domiciliatario, essendo stata la procura conferita soltanto agli avv. Arturo Dalmartello ed Antonio Nicita.

La notificazione del ricorso deve pertanto essere dichiarata inesistente, con la conseguente inammissibilità del ricorso stesso. (*Omissis*)

Per questi motivi, ecc.

CORTE DI CASSAZIONE; Sezione III civile; sentenza 21 dicembre 1978, n. 6141; Pres. M. PEDRONI, Est. SCHERMI, P.M. MINETTI (concl. conf.); Rainone (Avv. B. SORRENTINO, CARBONE) c. Ospedale S. Gennaro di Napoli (Avv. BONACINA, TAPART). *Cassa App. Napoli 17 luglio 1974.*

Professioni intellettuali — Medico — Operazione chirurgica — Responsabilità civile — Onere della prova — Fattispecie (Cod. civ., art. 1176, 1218, 2236, 2697).

Il cliente, che assume di essere stato danneggiato dalla prestazione professionale del chirurgo, ha l'onere di provare che l'operazione (ed eventualmente le terapie postoperatorie) era di facile esecuzione (non richiedeva, cioè, particolare abilità e presentava un minimo rischio di esito negativo o peggiorativo), e che per effetto dell'intervento (e, se del caso, delle terapie postoperatorie) ha subito un peggioramento delle condizioni originarie, mentre il chirurgo, per liberarsi della presunzione di inadeguata o negligente effettuazione della prestazione conseguente all'adempimento dell'indicato onere probatorio a carico del cliente, deve provare che ha eseguito in modo adeguato e diligente la prestazione e che l'esito peggiorativo dell'operazione è stato determinato da un evento imprevedibile e imprevedibile secondo l'ordinaria diligenza professionale ovvero dalle particolari condizioni fisiche del paziente non accertabili con la medesima diligenza (nella specie, la sentenza cassata, con motivazione ritenuta in contrasto con il principio testé ricordato, aveva escluso la responsabilità del chirurgo, e quindi dell'ospedale da cui dipendeva, per il notevole aggravamento della deambulazione e per la distorsione e l'incurvatura verso l'alto dell'arto inferiore sinistro, subiti dal paziente a seguito dell'intervento chirurgico e della ingessatura preordinati ad eliminare il plantismo plantare di cui era affetto). (1)

La Corte ecc. — *Svolgimento del processo.* — Con atto di citazione notificato l'8 novembre 1963 [redacted] e esponente che, essendo egli affetto da plantismo plantare al piede sinistro, il 5 febbraio 1962 era stato ricoverato presso l'ospedale S. Gennaro di Napoli per essere sottoposto ad intervento chirurgico per la eliminazione di quel difetto; che, operato e successivamente applicatogli un apparecchio di ingessatura, era stato dimesso; che, dopo circa un mese, per infezione della ferita non rimarginata, era ritornato nel medesimo ospedale, dove, previa eliminazione dell'apparecchiatura, era stato medicato e

(1) La Cassazione non si è lasciata sfuggire l'occasione, offertale dal caso di specie, per precisare, in tema di responsabilità da « attività professionali mediche nel settore chirurgico », gli estremi dell'onere della prova, rispettivamente a carico del cliente e del professionista, e sviluppare così, le enunciazioni formulate, in termini più generali, dalla precedente sentenza 16 giugno 1975, n. 2439 (est. SCHERMI), *Foro it.*, 1976, I, 745, con nota di richiami (cui *adde* LEGA, in *Giur. it.*, 1976, I, 1, 953), della quale la presente ha letteralmente riprodotto buona parte della motivazione.

Successivamente alla citata sent. n. 2439 del 1975, la corte si è occupata, in genere, della responsabilità professionale dei medici nella sentenza 29 marzo 1976, n. 1132, *id.*, Rep. 1977, voce *Professioni intellettuali*, n. 62, pure richiamata in motivazione, e nella più recente sent. 18 aprile 1978, n. 1845, *id.*, Mass., 359. Nella sent. 5 ottobre 1976, n. 3273, *id.*, 1977, I, 450, con nota di richiami, la Cassazione si è soffermata, invece, sulla motivazione, ritenuta insufficiente, della sentenza di merito, che, in caso di intervento chirurgico, colposamente eseguito e potenzialmente produttivo del danno effettivamente verificatosi, aveva individuato in un fatto preesistente, anche esso potenzialmente idoneo a produrre le medesime conseguenze dannose, ma contestato nella sua stessa consistenza, l'esclusivo meccanismo causale produttivo dell'evento dannoso, senza averne prima rigorosamente accertato l'esistenza e senza averne conseguentemente determinato l'effettiva incidenza causale.

gli era stata applicata una nuova ingessatura, venendo subito dimesso; che dopo un altro mese, tornato in ospedale, gli era stata tolta definitivamente l'ingessatura ed il piede era stato sottoposto ad esame radiologico; che, però, la deambulazione si era notevolmente aggravata ed il piede si presentava distorto ed incurvato verso l'alto; che autorevoli ortopedici, ai quali si era rivolto, avevano concordemente concluso che l'anomalia doveva ritenersi, senza possibilità di dubbio, conseguenza di gravissimo ed irrimediabile errore tecnico posto in essere in occasione dell'ingessatura, che la sua capacità lavorativa era diminuita certamente di oltre il 30%; che, in conseguenza del difetto derivato dall'intervento, egli, pur essendo risultato vincitore di un concorso per manovale in prova indetto dalle ferrovie dello Stato, non era stato giudicato idoneo fisicamente.

Premesso ciò, conveniva davanti al Tribunale di Napoli l'ospedale S. Gennaro chiedendone la condanna al risarcimento dei danni.

Il convenuto, costituitosi, contestava la fondatezza della domanda.

Eseguita una prima consulenza tecnica ad opera del dott. Alfredo Capozzi ed una seconda consulenza tecnica ad opera del prof. Luigi Boccia, l'adito tribunale, con sentenza 11 febbraio 1971, rigettava la domanda e condannava il [redacted] a rimborsare all'ospedale S. Gennaro metà delle spese del giudizio, dichiarando compensata fra le parti l'altra metà delle spese stesse. Il [redacted] proponeva appello.

La Corte d'appello di Napoli, con sentenza 17 luglio 1974, confermava l'impugnata pronuncia e dichiarava interamente compensate fra le parti le spese del giudizio di secondo grado. La corte di Napoli osservava che le spiegazioni fornite dal consulente tecnico prof. Boccia portavano ad escludere che la stabilizzazione del piede in posizione errata fosse stata determinata da fatti infiammatori, necrotici o da formazione di callo osseo; ma negava che, per ciò solo, potesse pervenirsi alla conclusione che quella stabilizzazione fosse stata causata da un errore chirurgico. Considerava che, infatti, il detto consulente non si era limitato a circoscrivere in quelle innanzi elencate le possibili cause dell'insoddisfacente intervento operatorio, ma aveva anche parlato di eventi imponderabili che possono influire sul decorso di una operazione chirurgica; fra i quali eventi imponderabili non sono da escludere l'età del paziente, le sue condizioni fisiche e di sviluppo ed altre cause che possono sempre intervenire per motivi diversi. Rilevato che le suddette eventualità erano state prospettate soltanto in via di ipotesi, come pure in via di ipotesi era stata rappresentata la possibilità dell'errore chirurgico, non confortato in sede di indagini tecniche da alcun elemento probatorio, la corte osservava che, nella materia di che trattasi, la prova dell'errore deve essere rigorosa perché, nulla potendosi desumere dall'operazione, essa deve offrire la dimostrazione della violazione, da parte del medico, dei doveri inerenti allo svolgimento della sua attività professionale. Ed escludeva che potesse procedersi per presunzione, deducendo la colpa del prestatore di opera professionale dal mancato riscontro di alcune soltanto delle molteplici cause che possono concorrere a determinare l'esito dell'intervento chirurgico; specialmente nel caso in esame, in cui i due consulenti tecnici di ufficio non avevano ravvisato alcun elemento a conforto dell'assunto del Rainone. A conforto delle conclusioni cui erano pervenuti entrambi i consulenti tecnici di ufficio, secondo le quali non vi erano elementi per ritenere che durante e dopo l'intervento operatorio vi fosse stata da parte degli operatori inosservanza dei dovuti accorgimenti, la corte osservava: a) che i consulenti avevano detto che l'operazione mediante la doppia artrodesi, era di facile esecuzione, ma non avevano affermato che essa dava la garanzia assoluta della completa *restitutio in integrum* dell'articolazione difettosa; b) che il grado di ipercorrezione in supinazione, rappresentata dal Rainone in modo tanto grave, era stato riconosciuto di «lieve» misura e definito necessario nella tecnica operatoria per cautela contro recidive molto frequenti in questi casi; c) che, come era stato rilevato, il Rainone, essendo portatore di piede piatto valgo con note di sofferenza anche a destra, era costretto a fare maggiormente leva sul piede sinistro (operato), il che determinava una più facile stancabilità di tale arto. Infine la corte considerava che i due consulenti tecnici avevano esaurientemente dimostrato che i postumi riscontrati dopo l'operazione potevano essere stati determinati da cause inerenti all'operazione e non ascrivibili alla cura chirurgica ortopedica applicata ed eseguita dai medici, nei confronti dei quali non era risultato alcun elemento che potesse far ritenere le loro prestazioni inficiate da imprudenza, negligenza od imperizia, anche in forma lieve.

Avverso questa sentenza il Rainone ha proposto ricorso per

cassazione deducendo un motivo. L'ospedale S. Gennaro resiste con controricorso.

Motivi della decisione. — Con l'unico motivo si denunciavano violazione e falsa applicazione degli art. 2727, 2729 e 2236 cod. civ. in relazione all'art. 360, nn. 3 e 5, cod. proc. civile.

Il ricorrente premette: a) che l'artrodesi consiste nella fusione ossea di due superfici articolari appositamente preparate chirurgicamente e successivamente fissate nella posizione voluta con un apparecchio gessato; b) che, pertanto, ne consegue che l'accentuato varismo è effetto di una stabilizzazione errata delle due superfici ossee nell'apparecchio gessato; c) che le condizioni fisiche o di sviluppo del paziente o l'età non possono mai assurgere a causa di una distorsione delle due superfici ossee cementate. Da queste premesse il ricorrente trae l'illazione che, se due superfici ossee, che devono cementarsi in posizione orizzontale, assumono invece posizione ellissoidale, ciò significa che tale posizione fu fatta assumere per mera imperizia e negligenza nel calco di gesso. Sostiene il ricorrente che, dato il non riuscito esito dell'intervento, faceva carico all'ospedale S. Gennaro la prova dell'esistenza dei dovuti accorgimenti, la quale esistenza non poteva essere presunta per il fatto che l'anormale risultato finale dell'intervento operatorio. E precisa che, essendo emerso dal compendio operatorio, anche se in via di mera ipotesi, che l'effetto deformante poteva trovare la sua origine in una errata stabilizzazione delle superfici ossee nel calco di gesso, l'ospedale era tenuto ad offrire la prova che nella dinamica del ponderabile si sia inserito un elemento distorcente e divaricante non previsto e non voluto, perché esso potesse costituire una esimente dalla colpa.

Il motivo è fondato. La responsabilità di un ente ospedaliero per i danni causati ad un ricoverato da prestazioni mediche dei sanitari dipendenti, erroneamente o non diligentemente eseguite, ha natura contrattuale: l'ente ospedaliero, infatti, ha concluso con il ricoverato un contratto d'opera intellettuale, obbligandosi ad eseguire le prestazioni mediche necessarie a mezzo dei sanitari suoi dipendenti; e, pertanto, la sua responsabilità discende dall'inesatto adempimento. Responsabilità che è quella tipica del professionista, appunto per inesatto adempimento della prestazione; con la conseguenza che vanno applicati i principi di diritto elaborati ed enunciati nella giurisprudenza di questa Suprema corte in ordine alla responsabilità del professionista.

Per un'esatta impostazione della questione da risolvere ai fini della decisione della presente causa, attinente all'ambito ed ai limiti dell'onere della prova che è a carico del paziente danneggiato, è utile ricordare quei principi di diritto, anzitutto per quanto riguarda l'origine ed i limiti della responsabilità del professionista (Cass. 18 giugno 1975, n. 2439, *Foro it.*, 1976, I, 745; 29 marzo 1976, n. 1132, *id.*, Rep. 1977, voce *Professioni intellettuali*, n. 62).

L'obbligazione che il professionista assume verso il cliente, per effetto dell'accettazione dell'incarico conferitogli (conclusione del contratto d'opera professionale), ha per contenuto (prestazione) lo svolgimento dell'attività professionale necessaria od utile in relazione al caso concreto ed in vista del risultato che, attraverso il mezzo tecnico-professionale, il cliente spera di conseguire (c.d. obbligazione di mezzi o di comportamento, e non di risultato). Il professionista, dunque, ha il dovere di svolgere l'attività professionale necessaria od utile in relazione al caso concreto, ed ha il dovere di svolgerla con la necessaria adeguata diligenza.

La diligenza che il professionista deve porre nello svolgimento dell'attività professionale in favore del cliente è quella media: la diligenza, cioè, del professionista di preparazione professionale media e di attenzione media nell'esercizio della propria attività; in definitiva, la diligenza che, a norma dell'art. 1176, 2° comma, cod. civ., «deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata».

Ove il professionista non ponga nello svolgimento dell'attività professionale la diligenza media, nel senso ora precisato, la sua responsabilità verso il cliente, per i danni a questi causati, è disciplinata dai comuni principi della responsabilità contrattuale. Perciò il professionista risponde, di regola, verso il cliente, oltre che per il dolo, per colpa anche lieve.

Responsabilità ordinaria, questa, estendentesi dal dolo alla colpa lieve, in cui il professionista può incorrere nell'attività professionale per la cura e la soluzione di casi ordinari, cioè di quei casi concreti per la cui cura e per la cui soluzione sono sufficienti una preparazione professionale media ed un'attenzione media nell'esercizio dell'attività professionale.

La responsabilità del professionista è, invece, attenuata quando l'attività professionale da svolgere in relazione al caso concreto implichi «la soluzione di problemi tecnici di speciale dif-

ficoltà», secondo l'espressione usata nell'art. 2236 cod. civ., cioè quando l'impegno intellettuale richiesto dal caso concreto sia superiore a quello professionale medio, quando il professionista debba trascendere la preparazione professionale media ed impegnarsi in attività tecnico-professionale di livello superiore. In tal caso, a norma del citato art. 2236 cod. civ., il professionista risponde verso il cliente, per i danni a questi causati, soltanto nella ipotesi in cui nello svolgimento della sua attività si riscontrino dolo o colpa grave, con esclusione, quindi, della colpa lieve.

Nell'ambito di questi criteri generali si inquadra e va precisata la responsabilità del medico.

L'attività professionale del medico di fronte ad un concreto caso patologico si scinde in due fasi: l'una preliminare, diagnostica, basata sul rilevamento dei dati sintomatologici; l'altra, conseguente, terapeutica o di intervento chirurgico, determinata dalla prima. In entrambe le fasi, il medico deve indirizzare e svolgere la sua attività applicando le regole che, per il comune consenso delle autorità scientifiche e per consolidata sperimentazione, si possono considerare acquisite alla scienza ed alla pratica, si da costituire il necessario corredo, culturale e sperimentale, del professionista che si dedichi ad un particolare settore della medicina.

Di fronte ad un caso concreto che sia comune ed ordinario, cioè che sia tipico perché conosciuto dalla scienza e nell'esperienza medica, con la conseguente esistenza di regole precise ed indiscusse, sussiste la responsabilità ordinaria del medico, anche per colpa lieve, ove la regola o le regole da applicare non siano osservate per inadeguatezza ed incompletezza della preparazione professionale comune o media (imperizia) o per omissione della diligenza media (negligenza). Il medico risponde, invece, soltanto per colpa grave (oltre che per dolo) quando il caso concreto sia straordinario od eccezionale, si da non essere adeguatamente studiato nella scienza medica e sperimentato nella pratica (se non addirittura ignoto), ovvero quando nella scienza medica siano proposti e dibattuti diversi, ed incompatibili tra loro, sistemi diagnostici, terapeutici e di tecnica chirurgica, tra i quali il medico operi la sua scelta.

Questi principi di diritto, attinenti alla natura dell'obbligazione assunta dal professionista ed ai conseguenti limiti della responsabilità per inesatto adempimento, sono stati tenuti presenti, nella giurisprudenza di questa Suprema corte, nell'attribuzione e nella determinazione dell'ambito dell'onere della prova: questa ulteriore disamina è condotta, appunto, sul presupposto che quella assunta dal professionista con la conclusione del contratto d'opera intellettuale è una obbligazione di mezzi o di comportamento, e non già di risultato, poiché il professionista si obbliga a svolgere la sua attività professionale con la dovuta necessaria diligenza, senza garantire il conseguimento del risultato cui mira il cliente e che dovrebbe essere prodotto dallo svolgimento di quell'attività professionale. In base a tale presupposto è stato elaborato ed enunciato, nella giurisprudenza di questa Suprema corte, il principio di diritto relativo all'onere della prova (vedi le sentenze citate sopra).

Esercitata dal professionista l'attività in relazione al caso concreto prospettatogli, e così eseguita la prestazione cui il professionista si era obbligato con la conclusione del contratto d'opera professionale, incombe al cliente, il quale assume di avere subito un danno, l'onere di provare la difettosa o inadeguata prestazione professionale, l'esistenza del danno ed il rapporto di causalità tra la difettosa o inadeguata prestazione professionale ed il danno, mentre incombe al professionista l'onere di provare l'impossibilità, a lui non imputabile, della perfetta esecuzione della prestazione. Per quanto riguarda la difettosità o la inadeguatezza della prestazione professionale, il cliente ha l'onere di fornire la prova di sufficienti e idonei dati obiettivi attinenti al caso concreto e al modo in cui è stata effettuata la prestazione del professionista; in base ai quali dati obiettivi il giudice valuterà se, in relazione alla natura del caso concreto, fossero sufficienti una preparazione professionale media ed una diligenza media dell'esercizio dell'attività professionale, o se, invece, fosse richiesto un impegno tecnico-professionale di livello superiore, implicando il caso concreto « la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà », e se, quindi, la responsabilità del professionista sussista anche per colpa lieve o soltanto per colpa grave (oltre che per dolo). Per quanto riguarda l'onere probatorio a carico del professionista, questi è tenuto a provare (subordinatamente all'esito positivo della prova a carico del cliente) che la imperfetta esecuzione della prestazione è dovuta a forza maggiore o a caso fortuito.

Questo principio di diritto, però, in cui l'onere probatorio a carico del cliente è rigorosamente delineato in un vasto ambito, va meglio precisato, in particolare in relazione alle attività pro-

fessionali mediche nel settore chirurgico, che interessa la fattispecie in esame: precisazione che è resa necessaria perché l'enunciato principio non può valere, nella sua ampia portata, in assoluto, ma deve essere adattato ai diversi tipi di casi patologici ed ai conseguenti interventi chirurgici applicati.

Si è visto che l'onere probatorio a carico del cliente attiene, attraverso la dimostrazione di sufficienti e idonei dati obiettivi, al caso concreto ed al modo in cui è stata effettuata la prestazione del professionista. Ed appunto questi due momenti della prova da fornire devono essere tenuti distinti.

Anzitutto la prova da fornire riguarda il caso concreto: con particolare riguardo al settore chirurgico, riguarda il caso concreto patologico, relativamente al quale il chirurgo si è obbligato ad eseguire la prestazione professionale, ed il tipo di intervento operatorio scelto ed applicato dal chirurgo a quel caso concreto, seguito dalle necessarie conseguenti prestazioni postoperatorie. In questo primo momento, la prova che il cliente ha l'onere di fornire deve essere piena ed assoluta: il concreto caso patologico ed il tipo di intervento operatorio scelto ed applicato dal chirurgo devono essere dimostrati con precisione.

Relativa, invece, è la prova nel suo secondo momento, attinente al modo in cui sono stati eseguiti l'intervento operatorio e le necessarie conseguenti prestazioni postoperatorie: relativa nel senso che l'oggetto della prova può e deve essere più o meno ampio a seconda della natura dell'intervento operatorio, accompagnato dalle successive prestazioni postoperatorie, scelto ed applicato dal chirurgo per la cura di quel concreto caso patologico.

A parte le ipotesi di straordinarietà od eccezionalità dei concreti casi patologici, di cui si è detto sopra, se l'intervento operatorio scelto ed applicato dal chirurgo è di difficile esecuzione, poiché richiede una notevole abilità ed implica un largo margine di rischio, il cliente deve provare con precisione e particolareggiatamente il modo di esecuzione dell'intervento operatorio nelle sue varie fasi, nonché, ove sia necessario, il modo di esecuzione delle prestazioni postoperatorie.

Infatti, appunto per la difficoltà dell'intervento operatorio (nonché, eventualmente, delle prestazioni postoperatorie), il giudice deve analizzare l'eseguito intervento nei suoi singoli momenti, al fine di accertare se in uno o in alcuni di essi il chirurgo sia incorso in errore e se ciò sia avvenuto per colpa e di che grado; ed è perciò necessario che tutti quei singoli momenti siano dimostrati, mediante l'acquisizione in causa di dati obiettivi, idonei e sufficienti, a mezzo della prova fornita dal cliente.

Ma un tale rigore probatorio non è necessario, e perciò non può essere richiesto, quando l'intervento operatorio, applicato dal chirurgo a quel concreto caso patologico, non sia di difficile esecuzione, ed il risultato conseguito sia peggiorativo, nel senso che le condizioni finali del cliente siano deteriori rispetto a quelle preesistenti.

L'intervento operatorio è di facile esecuzione quando non richiede una particolare abilità, essendo sufficiente una preparazione professionale ordinaria, ed il rischio di esito negativo, o addirittura peggiorativo, è minimo, potendo derivare, al di fuori della colpa del chirurgo, dal sopravvenire di eventi impreveduti ed imprevedibili secondo l'ordinaria diligenza professionale oppure dall'esistenza di particolari condizioni fisiche del cliente non accertabili con il medesimo criterio dell'ordinaria diligenza professionale.

Ora, pur trattandosi di obbligazioni di mezzi o di comportamenti, se l'intervento operatorio è di facile esecuzione, il risultato positivo, in vista del quale il cliente si è affidato al chirurgo, è di regola conseguente all'intervento operatorio ed alle successive prestazioni postoperatorie; salvo il sopravvenire di eventi impreveduti ed imprevedibili o l'esistenza di particolari condizioni fisiche del cliente non accertabili.

Rilievo, questo, che è basato sull'*id quod plerumque accidit* e che evidenzia una regola di comune esperienza nel settore della chirurgia; e rilievo che necessariamente influenza l'ambito dell'onere della prova a carico del cliente, ridimensionandolo, quando ad esso si aggiunga il risultato peggiorativo.

Quando il cliente abbia provato in giudizio che l'intervento operatorio applicato dal chirurgo al suo caso patologico era di facile esecuzione, e che tali erano pure (ove questa ulteriore prova sia necessaria) le successive prestazioni postoperatorie, ed abbia inoltre provato che a quell'intervento di facile esecuzione (nonché, se del caso, alle successive prestazioni postoperatorie) è conseguito un risultato peggiorativo, essendo le sue condizioni finali deteriori rispetto a quelle preesistenti, non può non presumersi la inadeguata o non diligente esecuzione della prestazione professionale: presunzione, questa, basata appunto sulla regola di comune esperienza nel settore chirurgico di cui si è detto sopra e sull'aberrante risultato conseguito. Sicché il cliente, fornendo la dimostrazione di quegli elementi, sui quali è pos-

sibile fondare la presunzione, ha adempiuto l'onere probatorio a suo carico. Ed allora spetta al chirurgo fornire la prova contraria: di avere eseguito adeguatamente e diligentemente la prestazione professionale, e che l'esito peggiorativo fu causato dal sopravvenire di un evento impreveduto ed imprevedibile secondo l'ordinaria diligenza professionale oppure dall'esistenza di una particolare condizione fisica del cliente non accertabile con il medesimo criterio dell'ordinaria diligenza professionale.

Come si è visto nella precedente narrativa, la corte di Napoli ha escluso, nella fattispecie concreta in esame, la responsabilità professionale per non avere il Rainone, sottoposto all'intervento operatorio presso l'ospedale S. Gennaro di Napoli, fornito la prova il cui onere era a suo carico. I punti essenziali dell'iter logico giuridico che struttura la motivazione della sentenza impugnata sono i seguenti: a) secondo il parere espresso da entrambi i consulenti tecnici di ufficio, l'operazione mediante la doppia artrodesi, alla quale fu sottoposto il Rainone, era di facile esecuzione; b) le condizioni finali del paziente furono deteriori rispetto a quelle preesistenti, poiché, dopo l'intervento operatorio e la conseguente applicazione dell'apparecchio gessato, si riscontrò stabilizzazione del piede in posizione errata; c) la prova dell'errore chirurgico, il cui onere incombe al paziente che assume di essere stato danneggiato, deve essere rigorosa; d) non fornita nella specie tale prova, era possibile che eventi imponderabili avessero determinato l'esito peggiorativo dell'intervento operatorio.

Siffatta motivazione, sintetizzata nei punti essenziali che sono stati posti in evidenza, contrasta con il principio di diritto esposto sopra.

È stato accertato, attraverso le due consulenze tecniche d'ufficio, le cui conclusioni sono state recepite dalla corte di Napoli, che l'intervento operatorio, scelto ed applicato dal chirurgo al caso patologico del Rainone, e la conseguente prestazione postoperatoria consistente nell'applicazione dell'apparecchio gessato, erano di facile esecuzione; ed è stato accertato che il risultato, conseguito all'intervento operatorio ed alla prestazione postoperatoria, fu peggiorativo. In applicazione dell'esposto principio di diritto, queste emergenze probatorie non potevano non fondare la presunzione della inadeguata o non diligente prestazione professionale; il che comportava l'adempimento dell'onere della prova incombente al Rainone. E spettava, quindi, all'ospedale S. Gennaro fornire la prova contraria, cioè che la prestazione professionale fu eseguita adeguatamente e diligentemente, e che l'esito peggiorativo fu causato da un evento impreveduto ed imprevedibile secondo l'ordinaria diligenza professionale, oppure dall'esistenza di una particolare condizione fisica del Rainone non accertabile con il medesimo criterio dell'ordinaria diligenza professionale.

Nella motivazione della sentenza impugnata si accenna all'imponderabile, quale possibile causa, non attribuibile a colpa del professionista, del risultato peggiorativo dell'intervento operatorio e della conseguente prestazione postoperatoria.

Ma l'imponderabile non poteva consistere che nel sopravvenire di un evento impreveduto ed imprevedibile o nell'esistenza di una particolare condizione fisica del Rainone non accertabile; ed incombeva all'ospedale S. Gennaro l'onere di fornire la relativa prova.

In conclusione, il ricorso deve essere accolto.

La sentenza impugnata deve essere cassata e la causa deve essere rinviata per nuovo esame ad altro giudice, il quale farà applicazione degli esposti principi di diritto. Deve essere ordinata la restituzione del deposito per soccombenza. È opportuno demandare al giudice di rinvio la decisione sulle spese di questo giudizio di cassazione.

Per questi motivi, ecc.

CORTE DI CASSAZIONE; Sezioni unite civili; sentenza 6 dicembre 1978, n. 5753; Pres. FERRATI, Est. CARNEVALE, P. M. BERRI (concl. conf.); Munda (Avv. SANTELLI, BRANCACCIO) c. Serroni. Conferma App. Ancona 16 giugno 1976.

Notificazione e comunicazione di atti civili — Destinatario non abitante nella residenza anagrafica — Procedimento notificatorio applicabile (Cod. proc. civ., art. 139, 140, 143).

È nulla la notifica di ricorso per separazione coniugale effettuata ai sensi dell'art. 140 cod. proc. civ. per iniziativa di uno dei coniugi presso il domicilio coniugale risultante dai registri anagrafici, con avvenuta restituzione del plico raccomandato per irreperibilità del destinatario, laddove, essendo i coniugi già separati di fatto ed essendo il ricorrente a conoscenza dell'al-

lontanamento dell'altro dalla casa coniugale per ignota destinazione, la notificazione avrebbe dovuto essere eseguita ai sensi dell'art. 143, sempreché, avendo avuto esito negativo le indagini in concreto richieste dalla comune diligenza per individuare il nuovo luogo di residenza del notificando, non fosse stato possibile procedere a notifica ai sensi dell'art. 139. (1)

La Corte, ecc. — *Svolgimento del processo.* — Con sentenza 27 aprile - 16 giugno 1976 la Corte d'appello di Ancona, prov-

(1) Con questa decisione le sezioni unite risolvono il contrasto apertosi fra le sezioni semplici in ordine alle modalità della notificazione allorché il destinatario si sia allontanato definitivamente dal luogo della sua residenza risultante dai registri anagrafici, e fornisce un non secondario contributo all'interpretazione degli art. 140 e 143 cod. proc. civ. (specie là dove specifica che il procedimento notificatorio previsto dall'art. 140 cod. proc. civ. è inutilizzabile per assoluta inidoneità a realizzare la sua finalità tipica sia quando la residenza o la dimora o il domicilio del destinatario di cui si ha conoscenza non risultino essere effettivi, sia quando — pur essendo noto il comune nel quale il destinatario ha la residenza o la dimora o il domicilio — non sia possibile individuare, nell'ambito del territorio dello stesso comune, l'effettiva casa di abitazione o l'effettivo luogo dell'ufficio o dell'esercizio dell'industria o del commercio del destinatario).

I termini del contrasto giurisprudenziale sono chiaramente riassunti nella motivazione della sentenza in epigrafe. Si veda comunque, nel senso oggi accolto dalle sezioni unite, Cass. 22 settembre 1977, n. 4053, *Foro it.*, 1978, I, 433, con nota di richiami, nonché l'osservazione di C. M. BARONE a Cass. 8 marzo 1977, n. 948 e 8 maggio 1976, n. 1619, *id.*, 1977, I, 1124, con la quale si denunciava la gravità del contrasto giurisprudenziale.

In dottrina, da ultimo, si veda C. PUNZI, *Notificazione* (dir. proc. civ.), voce dell'*Enciclopedia del diritto*, 1978, XXVIII, 656-7.

* * *

E da segnalare il carattere estremamente articolato della soluzione accolta dalle sezioni unite che subordinano l'inapplicabilità della notificazione ex art. 140 al destinatario, definitivamente allontanatosi dalla sua residenza anagrafica, alla circostanza che di tale allontanamento la parte su istanza della quale è effettuata la notificazione e/o l'ufficiale giudiziario abbiano o avrebbero potuto e dovuto avere conoscenza alla stregua dell'ordinaria diligenza: il criterio, indubbiamente apprezzabile per il tentativo di cogliere il punto di equilibrio fra gli opposti interessi dell'autore dell'atto di impulso del procedimento notificatorio e del destinatario dell'atto notificato, è destinato ad incrementare il sorgere innanzi ai giudici di merito di non semplici questioni relative all'accertamento del se, secondo l'ordinaria diligenza esigibile nel singolo caso concreto, la parte su istanza della quale è effettuata la notificazione e/o l'ufficiale giudiziario avrebbero potuto conoscere non solo che il destinatario si è definitivamente allontanato dal luogo o dai luoghi indicati nei registri anagrafici, ma anche il luogo o i luoghi — diversi da quelli risultanti dai registri anagrafici — in cui « il destinatario ha effettivamente la propria residenza o la propria casa di abitazione ».

Salva restando in ogni caso l'applicabilità dell'ultimo comma dell'art. 139 cod. proc. civ., il sistema delineato nella sentenza in epigrafe dalle sezioni unite, per l'ipotesi di allontanamento definitivo del destinatario dal luogo o dai luoghi indicati nei registri anagrafici, può essere così riassunto: a) ove, secondo l'ordinaria diligenza, tale allontanamento non era conoscibile né dall'autore dell'atto di impulso del procedimento notificatorio né dall'ufficiale giudiziario del corso del procedimento stesso, la notificazione è validamente compiuta nelle forme indicate dall'art. 140 cod. proc. civ.; b) ove l'autore dell'atto di impulso del procedimento notificatorio e/o l'ufficiale giudiziario siano o vengano a conoscenza dell'allontanamento definitivo del destinatario dal luogo o dai luoghi indicati nei registri anagrafici, allora: 1 b) se vengano a conoscenza (o vi sarebbero potuti venire usando l'ordinaria diligenza) dei luoghi, diversi da quelli risultanti dai registri anagrafici, in cui « il destinatario ha effettivamente la propria residenza o la propria casa di abitazione », la notificazione andrà effettuata ex art. 139 nel luogo di residenza effettiva, e l'eventuale notificazione effettuata ex art. 140 cod. proc. civ., con riferimento alle risultanze anagrafiche, è da considerare nulla; 2 b) se non vengano a conoscenza (e non vi sarebbero potuti venire anche usando l'ordinaria diligenza) del nuovo luogo di residenza effettiva (o del domicilio o della dimora), la notificazione andrà effettuata nelle forme previste dall'art. 143 cod. proc. civ. e non già in quelle ex art. 140 cod. proc. civ.; c) ove l'autore dell'atto di impulso del procedimento notificatorio e/o l'ufficiale giudiziario di fatto non vengano a conoscenza dell'allontanamento definitivo del destinatario dal luogo o dai luoghi indicati nei registri anagrafici, e tale difetto di conoscenza sia loro addebitabile in quanto l'allontanamento definitivo era conoscibile adoperando l'ordinaria diligenza, in tal caso: 1 c) la notificazione effettuata ex art. 140 cod. proc. civ., con riferimento alle risultanze anagrafiche, è da considerare nulla; 2 c) la notificazione effettuata ex art. 143 cod. proc. civ. (l'ipotesi sembra peraltro astratta) in tanto può ritenersi valida, in quanto usando l'ordinaria diligenza non si poteva conoscere il luogo in cui « il destinatario ha effettivamente la propria residenza o la propria casa di abitazione » (salva restando in ogni caso l'applicazione dell'art. 139, ult. comma, cod. proc. civile).

A. PROTO PISANI