Urteilskopf

118 II 213

43. Estratto della sentenza 27 maggio 1992 della I Corte civile nella causa dott. Z contro Ente ospedaliero cantonale (ricorso per riforma)
Regeste (de):
Rechtsnatur der zwischen den Chefärzten bzw. dem Spitalpersonal und der Tessiner Ente Ospedaliero abgeschlossenen Arbeitsverträge.

1. Art. 44 ff. OG. Begriff der Zivilrechtsstreitigkeit (E. 2). Kriterien von Lehre und Rechtsprechung zur Bestimmung der privat- oder öffentlichrechtlichen Natur von arbeitsvertraglichen Beziehungen mit dem Gemeinwesen. Grundsätzlich unterliegt das Anstellungsverhältnis zwischen einem öffentlichen Spital und einem Chefarzt dem öffentlichen Recht (E. 3).

2. Zur Beurteilung der Frage, ob eine berufungsfähige Zivilrechtsstreitigkeit vorliegt, kann das Bundesgericht im Berufungsverfahren die kantonale Gesetzgebung jedenfalls in Fällen überprüfen, wo der Kanton keine klare gesetzliche Regelung getroffen und auch der zuständige kantonale Richter die Frage nicht endgültig entschieden hat. Der Streit über die Erfüllung eines dem kantonalen öffentlichen Recht unterstehenden Vertrags kann selbst dann nicht mit Berufung an das Bundesgericht weitergezogen werden, wenn die kantonalen Instanzen die Bestimmungen des Obligationenrechts als Ersatzrecht angewandt haben (E. 4).

3. Rechtslage im Kanton Tessin. Seit dem Inkrafttreten des Gesetzes über die öffentlichen Spitäler am 1. Januar 1983 unterliegen die Beziehungen zwischen der Ente Ospedaliero und dem Personal ihrer Spitäler dem öffentlichen Recht (E. 5). Im Gegensatz zu der in einem früheren Urteil des Bundesgerichts vertretenen Auffassung waren die Beziehungen zwischen den Chefärzten und den einzelnen Spitälern auch nach altem Recht grösstenteils vom öffentlichen Recht beherrscht (E. 6). Unzulässigkeit der Berufung (E. 7).

Regeste (fr):
Nature juridique des contrats de travail passés entre les médecins-chefs, respectivement le personnel hospitalier, et l'Ente Ospedaliero tessinois.

1. Art. 44 ss OJ. Notion de contestation civile (consid. 2). Critères posés par la doctrine et la jurisprudence pour déterminer la nature privée ou publique des rapports de travail avec l'établissement public. Les rapports de travail entre un hôpital public et un médecin-chef sont, en principe, soumis au droit public (consid. 3).

2. Appelé, dans le cadre de la procédure du recours en réforme, à rechercher s'il est ou non en présence d'une contestation civile, le Tribunal fédéral peut examiner la législation cantonale, du moins lorsqu'une base légale claire fait défaut et que le juge cantonal compétent n'a pas encore tranché définitivement la question. Une contestation portant sur l'exécution d'un contrat régi par le droit public cantonal ne peut pas être soumise au Tribunal fédéral par la voie du recours en réforme, même si, au niveau cantonal, les autorités judiciaires l'ont jugée à la lumière des dispositions du Code des obligations appliquées à titre de droit public cantonal supplétif (consid. 4).

3. Situation dans le canton du Tessin. Depuis l'entrée en vigueur de la loi sur les hôpitaux publics (1er janvier 1983), les rapports entre l'Ente Ospedaliero cantonal et le personnel de ses hôpitaux sont régis par le droit public (consid. 5). Contrairement à l'opinion exprimée par le Tribunal fédéral dans un précédent arrêt, sous l'empire de l'ancienne législation les rapports entre les médecins-chefs et les différents hôpitaux étaient soumis au droit public dans une large mesure (consid. 6). Irrecevabilité du recours en réforme (consid. 7).

Regesto (it):

Natura dei contratti di lavoro conclusi fra i medici primari, rispettivamente il rimanente personale, con l'Ente Ospedaliero ticinese.

1. Art. 44 segg. OG. Nozione di causa civile (consid. 2). Criteri elaborati dalla dottrina e dalla giurisprudenza per distinguere la natura privata o pubblica di un rapporto di lavoro con l'ente pubblico. In linea di principio il rapporto di impiego fra un ospedale pubblico e un primario soggiace al diritto pubblico (consid. 3).

2. Nell'ambito di un ricorso per riforma, il Tribunale federale, per determinare se si è in presenza o meno di una causa civile, può esaminare la legislazione cantonale, perlomeno nel caso in cui il Cantone non dispone di una chiara normativa o se il Giudice cantonale competente non ha già statuito in modo definitivo. Una contestazione sull'esecuzione di un contratto retto dal diritto pubblico cantonale non è appellabile al Tribunale federale, anche se cantonalmente essa è stata decisa dalle autorità giudiziarie sulla base del CO quale diritto pubblico cantonale suppletorio (consid. 4).

3. Situazione nel Cantone Ticino. Con l'entrata in vigore della legge sugli ospedali pubblici (1o gennaio 1983), il rapporto fra l'Ente Ospedaliero cantonale e il proprio personale è retto dal diritto pubblico (consid. 5). Contrariamente ad una precedente sentenza del Tribunale federale, anche sotto l'imperio della precedente legislazione, il rapporto fra i primari e i singoli ospedali era in gran parte dominato dal diritto pubblico (consid. 6). Inammissibilità del ricorso per riforma (consid. 7).

Sachverhalt ab Seite 214

BGE 118 II 213 S. 214

A.- Il dott. Z. ha assunto il 1o dicembre 1965 il primariato di chirurgia presso l'Ospedale distrettuale di Faido. La convenzione di impiego del 3 marzo 1967 - valida con effetto retroattivo dal 1o dicembre 1965 - prevedeva una durata determinata di sette anni, in seguito essa si rinnovava tacitamente di anno in anno, in caso di mancata denuncia un anno prima della scadenza. La convenzione è stata ratificata dal Consiglio di Stato in base alla legislazione allora vigente. Con convenzione di analogo contenuto del 30 ottobre 1971, il rapporto di impiego è stato rinnovato per ulteriori sette anni. Entrambe le convenzioni prevedevano l'obbligo per la direzione dell'Ospedale di assicurare il primario contro le malattie e gli infortuni in relazione all'esercizio delle sue mansioni nel nosocomio. In caso di infortunio era prevista un'indennità di invalidità di

BGE 118 II 213 S. 215

fr. 200'000.– e un'indennità giornaliera di fr. 100.– per due anni; in caso di malattia un'indennità giornaliera di fr. 50.– per lo stesso periodo. A seguito di una direttiva del Consiglio di Stato, con lettera 28 novembre 1980 il Consiglio dell'Ospedale ha disdetto il contratto di lavoro con la motivazione che nell'ambito di una riforma finanziaria degli ospedali sussidiati dal Cantone si rendeva necessaria una revisione dei contratti dei medici ospedalieri e, segnatamente, dei primari. In seguito, non si giunse probabilmente alla stipulazione di una nuova convenzione e il dott. Z. ha continuato ad esercitare la propria funzione di primario all'Ospedale distrettuale di Faido.

B.- Il 1o gennaio 1983 è entrata in vigore in Ticino la legge sugli ospedali pubblici. Con questa novella è

stato istituito l'Ente Ospedaliero Cantonale (EOC) come ente indipendente con personalità giuridica di diritto pubblico, al quale avrebbero dovuto essere trasferite la proprietà e l'amministrazione degli ospedali fino allora sussidiati dal Cantone. Con decreto legislativo del Gran Consiglio del 20 dicembre 1983 anche l'Ospedale distrettuale di Faido è stato assunto dall'EOC a far tempo dal 1o gennaio 1984. Questi, il 12 giugno 1984 ha invitato le direzioni degli ospedali a disdire i contratti dei medici primari, in vista dell'elaborazione di norme contrattuali uniformi. Dando seguito a questo invito, con lettere del 15 giugno e del 28 settembre 1984 la direzione dell'Ospedale di Faido ha disdetto il contratto di lavoro con il dott. Z. per il 31 dicembre 1984. Le trattative condotte in seguito fra le parti non portarono ad alcun accordo e il 28 agosto 1986 il dott. Z. ha comunicato all'EOC che avrebbe definitivamente cessato la propria attività presso l'Ospedale di Faido il 31 dicembre 1986. A partire dal 26 novembre 1986 egli ha poi dovuto sospendere la propria attività lavorativa per motivi di salute. Da allora il dott. Z. è completamente incapace al lavoro e dal 1o novembre 1987 percepisce una rendita intera d'invalidità. Il dott. Z. riconduce la propria invalidità ad un incidente della circolazione occorsogli il 9 maggio 1984 a Giornico, mentre era in procinto di recarsi da Lugano a Faido, dove avrebbe dovuto eseguire un intervento chirurgico. Quando egli ha chiesto le prestazioni di invalidità previste dalla convenzione, è risultato che la precedente assicurazione con la "Winterthur" era stata annullata al momento dell'assunzione da parte dell'EOC dell'Ospedale e sostituita da un'assicurazione obbligatoria - in base alla LAINF - per tutto il personale medico presso la Cassa malati "Helvetia". Questa ha respinto le pretese del dott. Z. poiché non coperte dall'assicurazione.

C.- Il 28 giugno 1988 il dott. Z. ha convenuto in giudizio l'EOC davanti al Pretore del Distretto di Bellinzona. Nelle conclusioni del 29 agosto 1990 egli ha fissato la propria pretesa in fr. 72'000.– (indennità giornaliere di fr. 100.– per due anni) oltre interessi al 5% dal 26 novembre 1987 e in fr. 200'000.– (indennità d'invalidità) oltre interessi al 5% dal 26 novembre 1986. Con sentenza dell'8 ottobre 1990 il Pretore ha integralmente accolto l'azione. Il 31 luglio 1991 la II Camera civile del Tribunale di appello del Cantone Ticino ha parzialmente accolto un appello dell'EOC e ha riconosciuto all'attore fr. 44'300.– (155 indennità giornaliere a fr. 100.– e 576 indennità giornaliere a fr. 50.–) oltre interessi al 5% dal 26 novembre 1987. Il dott. Z. ha introdotto l'11 settembre 1991 al Tribunale federale un ricorso per riforma in cui chiede che l'azione sia integralmente accolta. L'EOC conclude alla reiezione del gravame e, in via adesiva, postula che l'azione sia integralmente respinta. Chiamato ad esprimersi sul ricorso per riforma adesivo, il dott. Z. postula il rigetto di ogni censura. Visto che si rendeva necessaria una modifica e una precisazione della giurisprudenza, è stato avviato uno scambio di opinioni, giusta l'art. 16 OG, con la II Corte di diritto pubblico.

Erwägungen

Dai considerandi:

2. Ad eccezione dei casi previsti dagli art. 44 lett. a-f e 45 lett. a, b, c OG, inapplicabili alla presente fattispecie, il ricorso per riforma è ammissibile solo nelle cause civili ai sensi degli art. 44 e 46 OG. Esso presuppone che la pretesa litigiosa sia fondata sul diritto federale e con lo stesso è possibile far valere che la Corte cantonale non ha applicato o ha applicato in modo errato il diritto federale (cfr. DTF 115 II 239 consid. 1 e rinvii). Nella presente fattispecie, ove è in contestazione un rapporto di lavoro fra un privato e un ente di diritto pubblico, non è manifesto che queste condizioni siano adempiute. I Giudici cantonali non si sono espressi su tale problema. Per contro, il Pretore ha ripreso la tesi contenuta nella petizione, stando alla quale il rapporto contrattuale in discussione sarebbe retto dal diritto privato e quindi, perlomeno a titolo suppletivo, dalle norme di cui agli art. 319 segg. CO. Egli è partito dal presupposto che l'ente pubblico può scegliere liberamente di sottoporre i propri rapporti di impiego al diritto pubblico o al diritto privato e si è fondato in particolare su una decisione

del Tribunale federale del 7 maggio 1984 (pubblicata nella RDAT 1984 n. 39 pag. 79 segg.) e su un articolo di Bianchi apparso nella stessa rivista (Del direttore d'ospedale, RDAT 1987 pag. 245 segg.), ove si afferma che i rapporti giuridici fra gli ospedali ticinesi e i loro impiegati sono retti da contratti di lavoro di diritto privato al senso degli art. 319 segg. CO. Su questo aspetto si ritornerà oltre. È probabile che la Corte cantonale abbia tacitamente condiviso questa tesi. Visto che il Tribunale federale deve pronunciarsi d'ufficio sull'ammissibilità del ricorso (DTF 108 II 491 consid. 1), è opportuno vagliare dapprima tale questione.

3. La dottrina meno recente (IM HOF, Das öffentliche Dienstverhältnis, in: RDS 48/1929 II pag. 237a; FLEINER/GIACOMETTI, Schweiz. Bundesstaatsrecht, Zurigo 1949, pag. 650; OSER/SCHÖNENBERGER, in: Zürcher Kommentar, Zurigo 1936, n. 4 ad art. 362 CO; VISCHER, in: Schweiz. Privatrecht, Vol. VII/1, Basilea e Francoforte sul Meno 1977, pag. 319) è dell'opinione che l'ente pubblico è libero di sottoporre al diritto privato o al diritto pubblico i rapporti di servizio con i propri funzionari o impiegati. Questo principio è stato fatto proprio dal Tribunale federale in due decisioni (DTF 60 II 116 consid. 1 e DTF 54 II 123). Tuttavia, già nella prima decisione citata il Tribunale federale ha posto una restrizione, nel senso che vi è spazio per un rapporto privatistico, solo se fra il singolo e la corporazione di diritto pubblico non vi è un rapporto particolare di subordinazione ("Gewaltverhältnis"). Di recente la dottrina ha messo in dubbio questa facoltà di libera scelta dell'ente pubblico sostenendo che il rapporto giuridico fra le corporazioni e gli enti pubblici con i loro impiegati soggiace in linea di principio al diritto pubblico ed è creato sia da una decisione amministrativa sia da un contratto di diritto amministrativo (IMBODEN, Der verwaltungsrechtliche Vertrag, in: RDS 77/1958 II, pag. 62a seg. e 131a seg. n. 68; ZWAHLEN, Le contrat de droit administratif, in: RDS 77/1958 II, pag. 510a seg. n. 66, 556a seg. n. 136 e 688 seg.). In particolare, quest'ultimo autore sostiene che vi è un contratto di diritto amministrativo - retto dal diritto pubblico - ogni qualvolta esso serva all'adempimento di un compito di interesse pubblico. Altri autori (GRISEL, Traité de droit administratif, Vol. I, Neuchâtel 1984, pag. 477 con rinvio alla pag. 116; IMBODEN/RHINOW, Schweiz. Verwaltungsrechtsprechung, Vol. II, 5a edizione, Basilea e Francoforte sul Meno 1976, pag. 1079 n. 147 B. I; RHINOW/KRÄHENMANN, Ergänzungsband, 1990, pag. 468 seg. n. 147 B. I; RHINOW, Privatrechtliche Arbeitverhältnisse in der öffentlichen Verwaltung, in: Festschrift für Frank Vischer, Zurigo 1983, pag. 429 segg.) ritengono

altresì che il diritto pubblico dovrebbe essere la regola e che è possibile far capo ad un rapporto di lavoro civilistico solo in casi eccezionali, del tutto particolari, segnatamente quando si tratta di occupazioni per breve periodo di tempo o per compiti speciali. Questa esigenza discende direttamente dai principi della legalità e delle parità di trattamento (cfr. inoltre sul tema: BELLANGER, La légalité lorsque l'Etat agit par des moyens de droit privé, in: La légalité, un principe à géométrie variable, Basilea e Francoforte sul Meno 1992, pag. 67 segg.). Secondo ZIMMERLI (Der Chefarztvertrag, in: Arzt und Recht, Berner Tage für die juristische Praxis 1984, pag. 167 segg., in particolare pag. 170 seg.) il rapporto di impiego fra un ospedale pubblico e un primario è sempre di natura pubblica. Ad identico risultato sono pure giunte le sentenze del Tribunale cantonale di San Gallo del 28 maggio 1976 (pubblicata in GVP SG 1976 n. 2 pag. 2 segg.), del Tribunale amministrativo del Canton Berna (BVR 1981 pag. 392 segg.) e del Tribunale amministrativo Grigione del 7 febbraio 1989 (PVG 1989 n. 4 pag. 18 segg.). Adito con un ricorso per riforma contro la citata decisione del Tribunale cantonale di San Gallo, il Tribunale federale ha condiviso questa opinione (sentenza inedita del 28 ottobre 1977). In questa

sentenza, esso si è riferito alla propria costante e antica giurisprudenza stando alla quale la cura degli ammalati in un ospedale pubblico costituisce un'attività statale di interesse pubblico, disciplinata quindi dal diritto pubblico (DTF 48 II 417, 70 II 208, DTF 82 II 324, DTF 102 II 46; in realtà il Tribunale federale ha enunciato questo principio già nel 1892 nella sentenza pubblicata in DTF 18 pag. 391). Per contro, la II Corte di diritto pubblico nella già citata sentenza del 7 maggio 1984 (pubblicata in RDAT 1984 n. 39), è giunta alla conclusione che nel Cantone Ticino il rapporto d'impiego fra gli ospedali pubblici e i loro dipendenti non ha natura pubblica, ma bensì civilistica. Dello stesso avviso è pure la Camera di cassazione civile del Tribunale di appello del Cantone Ticino (sentenza del 14 ottobre 1988, pubblicata in Rep. 1989 pag. 487), la quale ha ritenuto che i contratti fra i medici primari e l'EOC sono di diritto privato. Si noti per inciso che la Corte cantonale si è limitata ad un semplice riferimento ai materiali legislativi, senza analizzare in modo approfondito la natura dei rapporti. Ma su questo aspetto si ritornerà in seguito. Dalla dottrina e dalla giurisprudenza citate si deve concludere che, in linea di principio, il rapporto giuridico fra gli ospedali pubblici e i medici che vi operano soggiace al diritto pubblico. Appare poi dubbio

che i Cantoni possano prevedere in modo generale contratti di lavoro di diritto privato. Ma anche se ciò fosse ammissibile, una simile decisione potrebbe essere presa solo in base ad una chiara ed inequivocabile normativa cantonale. Occorre quindi vagliare quale sia la situazione nel Cantone Ticino.

4. In concreto, a questo esame non è possibile opporre che si tratta di un problema di diritto cantonale per cui il Tribunale federale nell'ambito di un ricorso per riforma non potrebbe esaminare se in un determinato cantone a siffatti contratti sia applicabile il diritto pubblico o il diritto privato (cfr. DTF 117 II 107 in alto con rinvii). L'obiezione potrebbe tutt'al più essere fondata, se il Cantone disponesse di una chiara normativa nell'uno o nell'altro senso o se il Giudice cantonale interpretando le norme del diritto cantonale fosse giunto ad un determinato risultato. Nessuna di queste condizioni - come dimostreranno pure i considerandi seguenti - è adempiuta nella fattispecie. D'altra parte, il Tribunale federale ha sempre proceduto a vagliare in che misura un rapporto giuridico soggiaccia al diritto pubblico cantonale o al diritto privato federale e non si è mai rifiutato di procedere a tale esame con la motivazione che - trattandosi di una questione del diritto cantonale - essa sfuggiva al vaglio della giurisdizione per riforma. In realtà, sapere se vi sia una contestazione civile costituisce una questione pregiudiziale di diritto cantonale - soggetta al diritto federale - che il Tribunale federale deve esaminare d'ufficio a titolo principale. In simile evenienza il Tribunale federale può tuttavia vagliare una siffatta questione pregiudiziale di diritto cantonale (cfr. DTF 115 II 239 consid. 1), perlomeno se l'autorità cantonale competente non ha già statuito in modo definitivo (cfr. art. 65 OG).
Se dovesse risultare che il rapporto giuridico in esame è retto dal diritto pubblico, non ci si troverebbe in presenza di una causa civile. Certo che in un procedimento diretto secondo l'art. 42 OG, si dovrebbe ammettere l'esistenza di una causa civile nel senso ampio e storico; infatti il Tribunale federale ha ritenuto che rientrano in questa nozione ampia di causa civile dell'art. 42 OG anche le pretese pecuniarie dei funzionari cantonali (POUDRET, Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire, Berna 1990, n. 2.1.3. ad art. 42 OG con rinvio a DTF 75 II 249 e DTF 72 I 287; cfr. inoltre n. 2.3.33/34 delle osservazioni introduttive al titolo II, ove si fa riferimento all'accennata evoluzione giuridica e alla diversa portata fra il concetto stretto di causa civile degli art. 41 e 44 segg. OG e quello largo dell'art. 42 OG;

su questa differenza cfr. anche la n. 2.1 ad art. 42 OG, DTF 107 Ib 157 consid. 2 e rinvii e la sentenza del 10 marzo 1992 nella causa A X contro Stato e Repubblica del Cantone Ticino (DTF 118 II 209 consid. 2). Non vi è quindi una causa civile nel senso stretto degli art. 44 segg. OG, se il rapporto giuridico fra le parti è dominato dal diritto pubblico. La conclusione non muta neppure per il fatto che vengano applicate norme del codice delle obbligazioni, poiché in questo caso il diritto federale non è applicato in quanto tale, ma solo a titolo di diritto pubblico cantonale suppletivo, dimodoché esso sfugge al vaglio della giurisdizione per riforma (DTF 108 II 335 seg. consid. 3 e rinvii, DTF 71 II 226). Infine, il ricorso per riforma è pure inammissibile laddove l'autorità cantonale ha giudicato a torto una causa di diritto pubblico in base al diritto civile federale (DTF 110 II 221 segg. consid. 1 e riferimenti; nel medesimo senso, ma senza una presa di posizione esplicita sul quesito: DTF 108 II 490 segg.).

5. Attualmente la legislazione ticinese sugli ospedali non contiene alcuna norma specifica sulla natura dei rapporti di servizio fra l'EOC, rispettivamente i singoli ospedali, da una parte, e i medici e il personale ospedaliero, dall'altra parte. Nulla in tal senso risulta neppure dalle convenzioni stipulate fra l'Ospedale distrettuale di Faido e l'attore il 3 marzo 1967 e il 30 ottobre 1971. La legge sugli ospedali pubblici del 20 dicembre 1982, entrata in vigore il 1o gennaio 1983, prevede che il Consiglio di Amministrazione dell'EOC elabora l'organico del personale che deve essere approvato dal Gran Consiglio (art. 17 lett. b in relazione con l'art. 8 lett. b); adotta i regolamenti per la procedura di nomina dei medici e dell'altro personale (art. 17 lett. f); nomina il proprio direttore, i direttori amministrativi dei singoli ospedali (art. 17 lett. i), i medici che svolgono la loro attività in più ospedali (art. 17 lett. l) e ratifica le nomine dei medici ospedalieri (art. 17 lett. n). I Consigli ospedalieri dei singoli nosocomi nominano poi il personale amministrativo, infermieristico, tecnico e ausiliario, compresi i medici, nel rispetto dei regolamenti emanati dal Consiglio di amministrazione dell'EOC (art. 26 lett. c). Fondandosi su queste norme, il Consiglio di Stato ha presentato il 4 febbraio 1986 al Gran Consiglio un messaggio (n. 3018) concernente i contratti con i medici e l'organico del personale dell'EOC, nel quale sono contenute le principali direttive per l'assunzione dei medici e dell'altro personale ospedaliero. Nel messaggio, come pure nel relativo rapporto della Commissione della gestione del 27 marzo 1986, si afferma che si è scelta una soluzione di tipo privatistico

con contratti di servizio al senso degli art. 319 segg. CO e che la legalità di tale scelta è stata accertata da una perizia giuridica del prof. Ghiringhelli. Tuttavia, nonostante queste affermazioni, il rapporto giuridico non può ragionevolmente avere natura civilistica. La procedura, le modalità e le condizioni di assunzione, in particolare anche la retribuzione, sono infatti stabilite in modo uniforme dalle direttive e dai contratti tipo del Cantone, rispettivamente dell'EOC. Notisi che l'art. 6 cpv. 2 del contratto tipo dei primari contiene l'esplicita riserva dell'approvazione del Gran Consiglio (art. 8) e di ogni modifica della legge ospedaliera e dei relativi regolamenti (cfr. BORGHI, La responsabilità sanitaria dell'ente pubblico nel Cantone Ticino, in: atti della giornata di studio del 12 giugno 1989 della commissione ticinese per la formazione permanente dei giuristi, pag. 37 in basso e 38 in alto). La tesi contenuta nel messaggio e nel rapporto, secondo la quale il contratto di lavoro di diritto privato offre una maggiore flessibilità ("consentendo un rapporto più diretto e più elastico con la parte contraente"), disattende poi che anche il contratto di diritto amministrativo può offrire i medesimi vantaggi (cfr. sul tema: SCHWARZENBACH-HANHART, Beamter oder Angestellter?, in: NZZ del 7 aprile 1992). Queste considerazioni permettono di concludere che il Cantone Ticino ha scelto per i rapporti di servizio dei medici e del personale ospedalieri una regolamentazione che attiene al diritto pubblico cantonale e che le asserzioni contenute nel messaggio e nel rapporto sono probabilmente dovute ad un'errata designazione e valutazione della natura dei rapporti in discussione. A dire il vero anche nell'articolo già menzionato di BIANCHI (Del direttore di ospedale, in: RDAT 1987 pag. 245 segg.) si afferma che tutti i rapporti d'impiego dei dipendenti dell'EOC sono retti da un contratto di diritto privato, ma lo stesso autore aggiunge che lo statuto di diritto privato appare

perlomeno strano e che le parti contrattuali non sono libere di agire con piena autonomia, dovendo adeguare, almeno in parte, la volontà contrattuale ad un ordinamento di diritto pubblico (cfr. pag. 249 in medio; inoltre BORGHI, op.cit., pag. 36 in basso, 37 in basso e 38 in alto nota 141, il quale afferma, sulla base degli elementi citati al paragrafo precedente, che è perlomeno dubbia la natura privatistica del rapporto contrattuale; del resto la soluzione proposta con il messaggio e il rapporto non ha suscitato l'unanimità dei consensi in parlamento, cfr. verbali del Gran Consiglio, sessione primaverile 1986, pag. 44 seg., intervento Staffieri).

6. Visto che l'attore fonda le proprie pretese sulle convenzioni del 1967, resta da esaminare qual'era la situazione giuridica di

allora e se essa si sia nel frattempo modificata. Prima dell'entrata in vigore della legge sugli ospedali pubblici (1o gennaio 1983) e dell'assunzione da parte dell'EOC dell'Ospedale distrettuale di Faido, questo era verosimilmente costituito in fondazione privata (Parere del Dipartimento di giustizia del 20 giugno 1984, pubblicato in RDAT 1984 pag. 295 segg.). Questa circostanza deporrebbe per un rapporto di diritto privato. Tuttavia, già allora erano in vigore dettagliate disposizioni di diritto pubblico cantonale sugli ospedali. La legge concernente il coordinamento sanitario e il sussidiamento degli ospedali di interesse pubblico del 19 dicembre 1963 (BU 1964 pag. 35), nel frattempo abrogata, prevedeva infatti che le rette e le tariffe dovevano essere approvate dal Consiglio di Stato (art. 11); che il Gran Consiglio e il Consiglio di Stato godevano di un ampio potere di vigilanza sugli ospedali (art. 12) e che il Consiglio di Stato poteva emanare ulteriori norme di applicazione concernenti l'organizzazione interna degli ospedali, la procedura di nomina dei medici ospedalieri e i rapporti di lavoro tra ospedali e medici ospedalieri (art. 12bis). Il Consiglio di Stato ha fatto uso di questa facoltà con il regolamento di applicazione del 5 dicembre 1972 (BU 1972 pag. 233). In particolare, la procedura per la nomina dei primari era regolata in dettaglio all'art. 38: pubblicazione del bando di concorso nel Foglio ufficiale, valutazione dei candidati da parte di una commissione d'esperti costituita dal Dipartimento - il cui giudizio sull'idoneità dei candidati era vincolante per l'amministrazione dell'ospedale - e ratifica della nomina da parte del Consiglio di Stato. Ne segue che già sotto il vecchio regime il rapporto di servizio fra l'ospedale e il primario era in larga misura determinato dalla legislazione pubblica. La questione di sapere se esso soggiacesse completamente al diritto pubblico può rimanere indecisa, poiché il rapporto di servizio con l'entrata in vigore del nuovo ordinamento e l'assunzione dell'ospedale da parte dell'EOC ha comunque assunto carattere di diritto pubblico. Già si è detto che la II Corte di diritto pubblico in una decisione del 4 maggio 1984 (consid. 4) è giunta alla conclusione opposta, ossia che nel Cantone Ticino il rapporto di lavoro fra il primario e l'ospedale non è ancorato al diritto pubblico. Tuttavia, questa opinione non è sorretta da una motivazione approfondita e la decisione si riferiva alla situazione giuridica vigente prima della creazione dell'EOC. D'altra parte, la questione non aveva un'importanza decisiva. Infatti, la lite concerneva il quesito di sapere se lo Stato del Cantone Ticino potesse imporre

ai medici ospedalieri di versare agli ospedali parte degli onorari concernenti le loro prestazioni private. Il Tribunale federale ha vagliato il problema della natura del rapporto di servizio, solo per dimostrare che l'imposizione di simile tributo era ammissibile anche nel caso di un rapporto di diritto privato. Infine, nello scambio di opinioni a cui si è accennato nei considerandi di fatto, la II Corte di diritto pubblico non si è opposta a questa soluzione.

7. Discende da queste considerazioni che la presente lite ha natura di diritto pubblico. Pertanto, il rapporto

giuridico fra le parti è retto dal diritto pubblico e il ricorso per riforma deve essere dichiarato inammissibile. La pronuncia di inammissibilità, provoca la decadenza del ricorso adesivo (art. 59 cpv. 4 v. OG; alla presente fattispecie è infatti applicabile il vecchio diritto, cfr. art. 3 cpv. 1 delle disposizioni transitorie alla revisione dell'OG - RU 1992 pag. 300; ad ogni modo con il nuovo diritto la regola è la stessa e il capoverso 4 dell'art. 59 v. OG corrisponde oggi al capoverso 5 dell'art. 59 n. OG).