

Il patto speciale di garanzia del chirurgo estetico: suddivisione delle obbligazioni tra quelle di mezzi e quelle di risultato quale metodo anacronistico di valutazione della professione medica ?

Sommario: 1. Il contenuto della prestazione del medico estetico; 1.1. Il nesso di causalità tra probabilità scientifica e logica aristotelica; 2. La clinica estetica non è solo un capriccio; 3. Lo speciale patto di garanzia del risultato sperato. Responsabilità paraoggettiva o aggravata e profili probatori; 4. Rapporti tra contenuto dell'obbligazione del medico chirurgo e consenso informato; 4.1 . Profili penali, assicurazione sulla responsabilità civile e rilevanza del consenso informato; 5. Ogni operazione può essere un trauma psicologico?.Tipologia dei danni e rilevanza giuridica; 5.1. Profili risacitori e limiti all'esperimento giudiziale di azioni inutili e gravose; 6. Le difese del medico chirurgo convenuto in giudizio sotto il profilo probatorio: Davide contro Golia.

1. Il contenuto della prestazione del medico estetico.

Il piano di indagine del presente contributo mira ad offrire alcuni e brevi spunti per una ricostruzione dei delicati rapporti tra professionista chirurgo estetico e paziente¹.

L'attività del chirurgo estetico nella giurisprudenza ha subito una doppia distinzione: la prima, sul piano professionale, distinguendo l'attività chirurgica estetica da quella usualmente clinica, la seconda, operando una netta distinzione sul tipo di obbligazione contrattuale e sui criteri di imputazione della responsabilità.

Non c'è dubbio che la teorizzazione delle obbligazioni di risultato nel campo dei professionisti stia avendo un larghissimo riscontro nell'attività pratica del medico chirurgo estetico, seppure con abili trasformismi e persuasivi camuffamenti.

La prestazione obbligatoria del medico estetico, infatti, per taluni aspetti, sembrerebbe comportare non soltanto una diligente osservanza del comportamento pattuito, ma anche il diretto ed effettivo soddisfacimento dell'interesse creditore, assunto come contenuto essenziale ed irriducibile della prestazione: in altri termini l'adempimento dell'obbligazione verrebbe a coincidere ed identificarsi con la piena realizzazione dello scopo perseguito dal paziente, indipendentemente dalla diligenza spiegata dal medico estetico per tentare di conseguire il risultato avuto di mira².

¹ V. in generale, DE MATTEIS, *La responsabilità medica una svolta?*, in *Danno e resp.*, 2005, I, 23; ALPA, *La responsabilità medica*, in *Resp. Civ., e prev.*, 1999, n. 316; FIORI, *Medicina della responsabilità medica*, Milano, 1999; STANZIONE-ZAMBRANO, *Attività sanitaria e responsabilità civile*, Milano, 1998; BARNI, *Diritti-doveri, responsabilità del medico - Dalla bioetica al biodiritto*, Milano, 1998; BILANCETTI, *La responsabilità del chirurgo estetico*, in *Riv. it. medicina legale*, 1997, 51; DE MATTEIS, *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, Padova, 1995; AGOSTINELLI - RICCIO - CARLI - BERTANI, *La cicatrice in chirurgia estetica. Aspetti biologici, clinici e medico-legali*, in *Riv. it. medicina legale*, 1990, 7.

² La distinzione è di origine francese ed appartiene a DEMOGUE, *Traité des obligations en general*, V. paris, 1928, in cui si rinviene netta la partizione tra *obligation de moyen* e *obligation de résultat*. È noto, comunque, che la stessa distinzione fra obbligazioni di diligenza ed obbligazioni di risultato è stata diffusamente criticata in dottrina. Si è sottolineato, a questo proposito, che in ogni obbligazione, così come un risultato, quale momento finale della prestazione, è sempre dovuto, così anche vi è un doveroso impiego dei mezzi necessari per il suo conseguimento, BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 1967, 30 ss.;

Di regola, peraltro, le obbligazioni inerenti l'esercizio di una attività professionale sono obbligazioni di mezzi e non di risultato, in quanto il professionista, assumendo l'incarico, si impegna alla prestazione della propria opera per raggiungere il risultato considerato, ma non al suo conseguimento³. Deriva, da quanto precede, pertanto, che l'inadempimento del professionista⁴ alla propria obbligazione non può essere desunto *ipso facto* dal mancato raggiungimento del risultato utile avuto di mira dal cliente, ma deve essere valutato alla stregua dei doveri inerenti lo svolgimento dell'attività professionale e, in particolare, del dovere di diligenza, per il quale trova applicazione, in luogo del criterio della diligenza del buon padre di famiglia, quello della diligenza professionale, fissato dall'articolo 1176, comma 2, del c.c., parametro da commisurarsi alla natura dell'attività esercitata.

Il danno derivante da eventuali omissioni del professionista è ravvisabile laddove, sulla base di criteri probabilistici, si accerti che, senza quell'omissione il risultato sarebbe stato conseguito, secondo un'indagine riservata al giudice del merito e non censurabile in sede di legittimità.

La diligenza che il professionista deve impiegare nello svolgimento della sua attività è quella media, cioè la diligenza posta nell'esercizio della propria attività dal professionista di preparazione professionale e di attenzione media, a meno che la prestazione professionale da eseguire in concreto non involga la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà, nel qual caso la responsabilità

GIORGIANI, *L'inadempimento*, Milano, 1975, 227 ss.; SANTORO PASSARELLI, *Professioni intellettuali*, voce del *Novissimo digesto*, Torino, 1967, XIV, 25; RESCIGNO, *Obbligazioni* (dir. priv.), voce dell'*Enciclopedia del diritto*, Milano, 1979, XXIX, 191.

³ Cfr. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, 185, attraverso il riferimento all'obbligazione inerente all'esercizio di un'attività professionale, si mira a distinguere fra la diligenza in senso tecnico, quale criterio di imputabilità per l'impossibilità sopravvenuta della prestazione (art. 1176, 1° comma), e la diligenza come criterio di determinazione dell'oggetto di alcune obbligazioni (art. 1176, 2° comma). In giurisprudenza, v. Cass. 28.04.1994, n. 4044, in *Resp.civ. prev.*, 1994, 635 e Cass. 26.02.2002 n. 2836, in *Mass. Giur. It.*, 2002 e in *Nuovo dir.*, 2002, 518, per la quale “l'obbligazione dell'avvocato è di mezzi e non di risultato poiché l'avvocato assume l'obbligo di prestare la propria opera per raggiungere il risultato desiderato, ma non già di conseguirlo. Non potendo, pertanto, l'avvocato garantire l'esito favorevole del giudizio di appello, il danno, derivante dalla tardiva proposizione di questo, in tanto è ravvisabile, in quanto, sia pure con criteri necessariamente probabilistici, si accerti che il gravame, se tempestivamente proposto, sarebbe stato giudicato fondato ”.

⁴ L'inquadramento della responsabilità del medico dipendente da struttura sanitaria nell'ambito delle obbligazioni contrattuali in quanto si tratterebbe di un rapporto contrattuale di fatto è stato affermato da Cass. 22.01.1999, n. 589, in *Foro it.*, 1999, I, 3332. Viene così recepita la categoria del «rapporto contrattuale di fatto o da contatto sociale», in virtù della quale sarebbe possibile dissociare la fonte dall'obbligazione che ne scaturisce, in modo tale che «quest'ultima può essere sottoposta alle regole proprie dell'obbligazione contrattuale, pur se il fatto generatore non è il contratto», cfr., tra le riflessioni più autorevoli, SACCO, *Il contratto di fatto*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da RESCIGNO, X, 2^a ed., Torino, 1995; FRANCESCHELLI, *Rapporti contrattuali di fatto*, in *Contratti*, 1994, 646; ID., *Rapporti contrattuali di fatto: un cinquantenario*, id., 1993, 705; GRANATO, *Contratto di lavoro a termine, illecità della causa e rapporto contrattuale di fatto negli enti pubblici*, in *Dir. lav.*, 1993, I, 476; ROPPO, *Il contatto sociale e i rapporti contrattuali di fatto*, in BESSONE, *Casi e questioni di diritto privato*, V, Milano, 1993; ANGELICI, *Rapporti contrattuali di fatto*, voce dell'*Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1991, XXV.

del professionista è attenuata, configurandosi, secondo l'espresso disposto dell'art. 2236 c.c., solo nel caso di dolo o colpa grave.⁵

1.1. Il nesso di causalità tra probabilità scientifica e logica aristotelica.

L'accertamento del nesso causale nell'ambito della responsabilità professionale del medico ha subito di recente un leggero ma significativo ritocco ad opera del Supremo Collegio: il nesso di causalità, si afferma, assurge ad elemento strutturale dell'illecito, il quale corre - su di un piano strettamente oggettivo, e secondo una ricostruzione di tipo sillogistico - tra un **comportamento** (dell'autore del fatto) astrattamente considerato (e non ancora qualificabile come *damnum iniuria datum*), e l'**evento dannoso**.

Nell'individuazione di tale relazione primaria tra condotta ed evento **si prescinde** in prima istanza da ogni valutazione di **prevedibilità**, tanto soggettiva quanto "oggettivata", da parte dell'autore del fatto, essendo il concetto di previsione insito nella fattispecie della colpa (elemento qualificativo del momento soggettivo dell'illecito, motivo di analisi collocato in un momento successivo della ricostruzione della fattispecie).

Il nesso di causalità materiale tra condotta ed evento è quello per cui ogni comportamento antecedente (prossimo, intermedio, remoto) che abbia generato, o anche soltanto contribuito a generare tale obiettiva relazione col fatto, deve considerarsi "causa" dell'evento stesso.

Il nesso di *causalità giuridica*, è, invece, quello per cui i fatti sopravvenuti, idonei di per sè soli a determinare l'evento, interrompono il nesso col fatto di tutti gli antecedenti causali precedenti.

La valutazione dal nesso di causalità giuridica, sia sotto il profilo della dipendenza dell'evento dai suoi antecedenti fattuali, sia sotto quello della individuazione del "*novus factus interveniens*", si compie secondo criteri: **a)** di probabilità scientifica, se esaustivi, **b)** di logica aristotelica, se appare non praticabile o insufficiente il ricorso a leggi scientifiche di copertura, con l'ulteriore precisazione che, nell'**illecito omissivo**, l'analisi morfologica della fattispecie segue un percorso "speculare", quanto al profilo probabilistico, rispetto a quello commissivo, dovendosi, in altri termini, accettare il collegamento evento-comportamento omissivo in termini di probabilità inversa, per inferire che l'incidenza del comportamento omesso è in relazione non probabilistica con l'evento stesso (che si sarebbe probabilmente avverato anche se il comportamento fosse stato attuato), a prescindere, ancora una volta, da ogni profilo di colpa intesa nel senso di mancata previsione dell'evento e di inosservanza di precauzioni doverose da parte dell'agente⁶

⁵ Cfr. Cass. 04.03.2004, n.4400.

⁶ Cfr. Cass. 18.04.2005, n. 7997.

2. La clinica estetica non è solo un capriccio.

Il concetto di fondo largamente dominante nel passato era quello di una *summa diviso* tra la medicina ordinaria di forte matrice pubblicista che, in quanto tale tende ad assolvere il primario e superiore interesse della salute dell'uomo ritenuto fondante dalla Carta costituzionale (art. 32 Cost.), da un lato, e la chirurgia estetica, dall'altro, diretta non immediatamente alla cura di una patologia e, quindi, considerata di minor rilievo sociale⁷.

Si affermava, infatti, che gli interventi chirurgici puramente estetici erano da considerarsi di pura vanità o capriccio, volti unicamente a migliorare il proprio aspetto e le proprie sembianze e, pertanto, come tali, trovavano il loro diretto ostacolo nell'art. 5 del codice civile che vietava atti di disposizione del proprio corpo⁸.

Nella Relazione del Guardasigilli al progetto definitivo del codice civile, in merito all'art. 5 c., si afferma che “vietando gli atti di disposizione del proprio corpo che producono una diminuzione permanente della integrità fisica, si fa in sostanza un'applicazione particolare della norma che vieta l'abuso del diritto, in quanto considera che l'integrità fisica è condizione essenziale perché l'uomo possa adempiere ai suoi doveri verso la società e verso la famiglia”⁹.

Tale posizione restrittiva della medicina estetica¹⁰ nel suo aspetto prettamente chirurgico è stata col tempo erosa ed abbandonata: la salute, in realtà, secondo le indicazioni del Organizzazione Mondiale della Sanità¹¹, è uno stato di completo benessere fisco, mentale e sociale, e non consiste soltanto nell'assenza di malattie o infermità. Il Codice deontologico del medico all'art. 3, comma secondo, chiarisce che la salute deve essere intesa nell'accezione più ampia del termine, come condizione di benessere fisico e psichico della persona.

L'integrità psico fisica dell'uomo è, dunque, quella che deriva da una dimensione totale dei valori della persona e che si collega alla somma delle funzioni naturali riguardanti il soggetto nel suo ambiente di vita, aventi rilevanza non solo economica, ma anche biologica, sociale, culturale ed estetica.

⁷ Cfr. LEGA, *Le libere professioni nelle leggi e nella giurisprudenza*, 1974, 867; RIZ, *Il trattamento medico e le cause di giustificazione*, 1975; ID., *Il consenso dell'avente diritto*, 1979; DELLA CASA, *Liceità e fondamento dell'attività medico chirurgica a scopo terapeutico*, in *Riv.it.dir.proc. pen.*, 1980, 73, ad avviso del quale la chirurgia estetica sarebbe dovuta essere più propriamente collocata tra le pratiche cosmetiche, piuttosto che tra quelle mediche con finalità terapeutiche.

⁸ Cfr. MANTOVANI, *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, 1974, 100 ss.

⁹ Cfr. AA.VV., *Codice civile, Libro I, illustrato con i lavori preparatori*, 1939, 59.

¹⁰ E' affermazione risalente quella sul maggiore rigore dell'obbligo informativo nel campo della chirurgia estetica, cfr. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958, 277.

¹¹ Cfr. O.M.S., *Basic Documents*, Forty second edition, 1999.

In questi termini, la salute è un bene non solo da preservare, custodire e reintegrare, ma, per certi versi, anche da promuovere e sviluppare come elemento fondante della personalità dell'uomo nelle relazioni sociali.

Timidamente, la Suprema Corte di Cassazione nell'ormai lontano 1994 ha riconosciuto alla chirurgia estetica una *sua precisa dimensione e collocazione all'interno del coacervo dell'ars medica*, affermando che “la funzione tipica dell'arte medica, individuata nella cura del paziente, al fine di vincere la malattia o, ovvero di ridurne gli effetti pregiudizievoli o, quanto meno, di lenire le sofferenze che produce, salvaguardando e tutelando la vita, non esclude la legittimità della chirurgia estetica, che a prescindere dalle turbe psicologiche che potrebbero derivare da una dilatata considerazione degli aspetti sgradevoli del proprio corpo, tende a migliorare esclusivamente l'estetica”.¹²

3. Lo speciale patto di garanzia del risultato sperato. Responsabilità paraoggettiva o aggravata e profili probatori.

Al medico chirurgo che svolge attività professionale volta al miglioramento estetico, in taluni casi, si finisce per addossare effetti di diritto o di fatto non dipendenti interamente dal debitore, risultati cioè che vengono *sic et simpliciter imputati oggettivamente* al medico in quanto tale.

Va detto che la previsione di un evento non imputabile al debitore dovrebbe esulare dall'ambito di una obbligazione civilistica ed, anzi, costituire oggetto di un diverso impegno avente ad oggetto la stipulazione (obbligatoria) di un assicurazione¹³.

Salvo l'espressa liceità di concordare con il proprio paziente *un patto di garanzia* del risultato avuto di mira con trattamento chirurgico estetico¹⁴, è da ritenere che, nel normale e fisiologico rapporto tra medico estetico e paziente, non possa naturalisticamente ed in via automatica ritenersi insito uno speciale patto di risultato, il quale obblighi in modo assoluto, il chirurgo al conseguimento del successo, in difetto del quale si avrà la risoluzione del contratto: la chirurgia ordinaria e quella estetica, infatti, operano sul corpo umano, hanno pur sempre in comune elementi di incertezza ed aleatorietà, sono soggetti al progredire della scienza con la possibile insorgenza di complicanze e reazioni. In entrambi i casi il medico ha il dovere di porre a servizio del cliente tutte le risorse della scienza che i progressi di questa mettono a sua disposizione e risponde dell'insuccesso del suo intervento operatorio, o dell'aggravamento delle condizioni dell'infermo, *unicamente* in base alla sua negligenza, imprudenza o imperizia¹⁵.

¹² Cfr. Cass. 25.11.1994, n. 10014, in *Foro it.*, 1995, I, 2913.

¹³ V. *infra* § 4.1.

¹⁴ Cfr. Cass. 25.11.1994, n. 10014, in *Foro it.*, 1995, I, 2913.

¹⁵ L'orientamento generale, allo scopo di giungere ad una completa assimilazione della chirurgia estetica a quella ordinaria, è quello che aspira entrambi a sottoporsi al regime dell'obbligazione di mezzi, cfr. QUADRI, *Profili*

Anche opinando diversamente, comunque, il risultato estetico non costituirebbe un dato assoluto, ma sarebbe da valutare in rapporto alla situazione pregressa del paziente ed alle obiettive possibilità consentite dal progresso raggiunto dalla tecnica operatoria.

Appare evidente che, sul piano processuale, il maggior problema consiste nell'individuazione e, quindi, nella prova, da parte del paziente, del preciso oggetto del contratto concluso con il chirurgo estetico. La Suprema Corte, in passato aveva affermato, che ai fini della ripartizione dell'onere della prova in materia di obbligazioni, si deve aver riguardo all'oggetto specifico della domanda, tal ché, a differenza del caso in cui si chieda l'esecuzione del contratto e l'adempimento delle relative obbligazioni, ove è sufficiente che l'attore provi il titolo che costituisce la fonte del diritto vantato, e cioè l'esistenza del contratto e, quindi, dell'obbligo che si assume inadempito, nell'ipotesi in cui si domandi, invece, la risoluzione del contratto per l'inadempimento di una obbligazione, l'attore è tenuto a provare anche il fatto che legittima la risoluzione, ossia l'inadempimento e le circostanze inerenti in funzione delle quali esso assume giuridiche rilevanza, spettando al convenuto l'onere probatorio di essere immune da colpa solo quando l'attore abbia provato il fatto constitutivo dell'inadempimento¹⁶.

Il problema non si pone diversamente allorché l'inadempimento venga addotto non per conseguire la risoluzione del contratto, ma ai fini di ottenere il risarcimento del danno. L'obiettiva difficoltà in cui si trovi la parte di fornire la prova del fatto constitutivo del diritto vantato non può condurre ad una diversa ripartizione del relativo onere, che grava, comunque, su di essa, mentre l'antico brocardo, *negativa non sunt probanda*, è da intendere nel senso che, non potendo essere provato ciò che non è, la prova dei fatti negativi deve essere fornita mediante la prova dei fatti positivi, ma non già nel senso che la negatività dei fatti escluda od inverta l'onere.

In base a tale orientamento, quindi, spettava alla paziente fornire la prova che la controparte non avesse adempiuto all'obbligo di informazione ovvero dell'oggetto del contratto, eventualmente estendendosi al conseguimento di un determinato risultato¹⁷.

Tale indirizzo è stato successivamente abbandonato dal Supremo Collegio, osservando che nell'azione di adempimento, di risoluzione ed in quella risarcitoria, le quali hanno tutte in comune l'elemento constitutivo fondamentale del mancato adempimento, il creditore è tenuto a provare soltanto l'esistenza del titolo, ma non l'adempimento dell'obbligato, dovendo essere quest'ultimo, in qualità di medico, a provare di aver adempiuto alla corretta informazione al paziente, salvo che

contrattuali e responsabilità civile nell'attività del chirurgo plastico, in *Dir. e giur.*, 1987, 761; PRINCIGALLI, *Chirurgia estetica e responsabilità civile*, nota a Cass. 8 agosto 1985, n. 4394, in *Foro it.*, 1986, I, 121.

¹⁶ Cfr. Cass. 29.01.1993, n. 1119, in *Giust. civ. Mass.*, 1993, 166.

¹⁷ Cfr. Cass. 25.11.1994, n. 10014, in *Nuova Giur. Civ. comm.*, 1995, I, 937.

venga opposta la eccezione di inadempimento poiché *inadimplenti non est adimplendum*¹⁸; nel quale ultimo caso spetterà, dunque, al paziente provare di aver adempiuto alla sua prestazione o che la sua obbligazione non era ancora dovuta.

La Suprema Corte, di recente, con maggior vigore e determinazione, ha alleggerito ulteriormente il carico probatorio spettante danneggiato nell'ambito della responsabilità professionale del medico chirurgo, stabilendo che, pur gravando sull'attore l'onere di allegare i profili concreti di colpa medica posti a fondamento della proposta azione risarcitoria, tale onere non si spinge fino alla necessità di enucleazione e indicazione di specifici e peculiari aspetti tecnici di responsabilità professionale, conosciuti e conoscibili soltanto agli esperti del settore, essendo sufficiente la contestazione dell'aspetto colposo dell'attività medica secondo quelle che si ritengono essere, in un dato momento storico, le cognizioni ordinarie di un non - professionista che espletando la professione di avvocato conosca comunque (o debba conoscere) l'attuale stato dei profili di responsabilità del sanitario: a) omessa informazione sulle possibili conseguenze dell'intervento; b) adozione di tecniche non sperimentate in sede di protocolli ufficiali; c) mancata conoscenza dell'evoluzione della metodica interventistica; d) negligenza - intesa oggi come violazione di regole sociali e non solo come mera disattenzione; e) imprudenza - intesa oggi come violazione delle modalità imposte dalle regole sociali per l'espletamento di certe attività - ed imperizia - intesa oggi come violazione delle regole tecniche di settori determinati della vita di relazione e non più solo come insufficiente attitudine all'esercizio di arti e professioni.¹⁹

A conferma che la colpa medica stia assumendo connotati e sfaccettare assai peculiari, la Suprema Corte con tale sentenza ha coniato, proprio per questa branca, il termine di *responsabilità paraoggettiva o quantomeno tale da assumere una dimensione aggravata*²⁰ in sintonia con le nuove frontiere del concetto di professionalità ed imprenditorialità, che, anche per effetto della normativa comunitaria, si è via via venuta affermando nei più svariati campi del sottosistema civilistico italiano, dalla responsabilità del mediatore e dell'amministratore di condominio a quella dei soggetti indicati dagli artt. 1469 bis ss. c.c., salva prova di avere eseguito la propria prestazione con la dovuta diligenza.

Il quadro che complessivamente emerge dallo *screening* giurisprudenziale di legittimità e di merito degli ultimi anni postula, così, il compimento di un complesso accertamento che si indirizzi: 1) sulla natura, facile o non facile, dell'intervento del professionista; 2) sul peggioramento o meno delle

¹⁸ Cfr. Cass. 23.05.2001, 707, in *Danno e resp.*, 2001, 1165, ribadita con la nota pronunzia resa dalla Cassazione a Sezioni unite, 30.10.2001, n. 13533, in *Foro it.*, 2002, I, 770. Sul piano della responsabilità medica, hanno esteso tale regime probatorio Cass. 19.05.2004, n. 9471, Cass. 28.05.2004, n. 10297, Cass. 21.06.2004, n. 11488, tutte in *Danno e resp.*, 2005, 1, 23.

¹⁹ Cfr. Cass. 19.05.2004, n. 9471, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, 5.

²⁰ Cfr. Cass. 19.05.2004, n. 9471, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, 5.

condizioni del paziente; 3) sul nesso causale e sulla sussistenza della colpa (lieve nonché presunta, se in presenza di operazioni di routine o ben codificate, grave, nel senso sinora specificato, se relativa ad operazione che trascende la preparazione media ovvero non sufficientemente studiata o sperimentata, con l'ulteriore limite della particolare diligenza richiesta in questo caso, e dell'elevato tasso di specializzazione nel ramo imposto al sanitario); 4) sul corretto adempimento dell'onere di informazione circa gli esiti dell'intervento e sull'esistenza del conseguente consenso del paziente, senza dimenticare, sotto il profilo dell'indagine circa la natura della relazione sanitario - paziente nell'ambito di una struttura ospedaliera, la riconduzione nell'alveo della responsabilità contrattuale di tale rapporto, inquadrato, non a torto, nella più vasta ottica dei cd. F.V.V. ovvero della responsabilità da contatto sociale.

Va detto che la creazione di un responsabilità aggravata ovvero paraoggettiva è essenzialmente volta a superare l'ostacolo rappresentato dalla distinzione tra obbligazioni di mezzo e quelle di risultato: in sostanza nell'alternativa tra il riconoscere ormai superata l'antica indicata distinzione tra le fattispecie produttive di obbligazione, da un lato²¹, e quella di creare presunzioni con aggravamento di responsabilità per il medico, dall'altro, la giurisprudenza si è schierata per questa seconda strada, affermando, ancora più recentemente, per interventi di facile esecuzione l'esistenza del principio *res ipsa loquitur*, ampiamente applicato in materia degli ordinamenti anglosassoni, dove la responsabilità del medico è sempre di natura aquilana, inteso come “*quell'evidenza circostanziale che crea una deduzione di negligenza*”²².

Seppur la giurisprudenza dogmaticamente rifugge dall'identificazione dell'obbligazione del medico chirurgo nell'ambito degli obblighi di risultato, in realtà, l'utilizzo della regola *res ipsa loquitur* o della *paraoggettivazione* porta al medesimo risultato pratico sul piano dell'onere probatorio che al medico, in sede giudiziale, offre veramente poco scampo: la diligenza deve essere valutata come

²¹ Cfr. per tutti, Bianca, *Diritto civile. L'obbligazione*, Milano, 1990, 73.

²² Cfr., in motivazione Cass. 13.01.2005, n. 583, ma il principio non è affatto nuovo, v. Cass. 21.12.1978, n. 6141, in *Rep. Foro it.*, 1979, voce *Professioni intellettuali*, I, 4. Tale sentenza precisa che la limitazione di responsabilità del medico alle sole ipotesi di dolo o colpa grave, prevista dall'art. 2236 c.c. nei casi di soluzione di problemi tecnici di particolare complessità, si applica esclusivamente a quelli che trascendono la preparazione media, ovvero a quelli dove la particolare difficoltà discende dal fatto che il caso non è stato ancora studiato e trattato a sufficienza. La limitazione attiene, però, esclusivamente alla perizia richiesta al professionista e non applicabile, quindi, al caso di negligenza ed imprudenza, per i quali il professionista risponde anche per colpa lieve. Non c'è dubbio che così operando la responsabilità del medico seppure non può essere desunta *ipso facto* dal mancato raggiungimento del risultato utile, dovrà fare i conti con una diligenza qualificata che diverrà presunzione di colpa laddove la stessa difetti. Nel caso di specie il sanitario aveva adottato una tecnica di parto errata ed è stato ritenuto anche imperito per un problema ritenuto di facile soluzione tecnica. Avendo così operato un'iniziale scelta errata, è rimasto a carico del sanitario, che ne deve accettare il *rischio*, ogni evento imprevedibile ed ogni scelta tecnica di difficile esecuzione che successivamente si è venuta a creare. La paroggettivazione a ben vedere, trova la sua matrice più profonda nel concetto di *rischio* insito in una professione quale quella medica dove i risultati dell'evoluzione medica e scientifica hanno raggiunto alti livelli, tali cioè da non poter ammettere errori se non in casi di difficilissima esecuzione. L'allocazione dei costi sociali del rischio professionale ricade, allora, sul medico che, in quanto tale, si avvale della scienza medica per tutelare un bene pubblico, quale è quello della salute.

criterio oggettivo e generale e, quindi, come parametro di imputazione del mancato adempimento e criterio di determinazione del contenuto dell'obbligazione.

Se il medico non ha raggiunto il risultato scatta con immediatezza la responsabilità presunta o paraoggettiva per difetto di diligenza tecnica.

Non ha, dunque, più alcun senso ancorare la distinzione tra medico chirurgo generale e quello estetico alla differenziazione tra le obbligazioni di mezzo e quelle di risultato.

4. Rapporti tra contenuto dell'obbligazione del medico chirurgo e consenso informato.

Il contenuto obbligatorio della prestazione del medico estetico deve necessariamente subire gli adattamenti al tipo di operazione che il paziente viene a subire: se il medico, nell'assenza di negligenza od imperizia, non risponde del mancato raggiungimento del risultato che il cliente si attendeva, rimane fermo l'obbligo del professionista di prospettare al paziente realisticamente le possibilità dell'ottenimento del risultato perseguito²³.

Un consenso informato realmente effettivo ad esempio sugli esiti cicatriziali che potrebbero residuare di fronte un'operazione chirurgica rappresenta un comportamento giuridicamente dovuto ed esigibile nella sua integralità, anche quando tali esiti siano inevitabili.

In tema di terapia chirurgica, il dovere di informazione che grava sul sanitario è funzionale al consapevole esercizio, da parte del paziente, del diritto, che la stessa Carta costituzionale, agli art. 13 e 32 comma 2, a lui solo attribuisce (salvi i casi di trattamenti sanitari obbligatori per legge o di stato di necessità), alla scelta di sottoporsi o meno all'intervento terapeutico. La nuova Costituzione Europea, firmata a Roma il 29 ottobre 2004, all'art. II/63, comma 2, prevede espressamente che “nell'ambito della medicina e della biologia devono essere rispettati: a) il consenso libero e informato della persona interessata, secondo modalità definite dalle leggi”²⁴. In particolare, dalla peculiare natura del trattamento sanitario volontario scaturisce, al fine di una valida manifestazione di consenso da parte del paziente, la necessità che il professionista lo informi dei benefici, delle modalità di intervento, dell'eventuale possibilità di scelta tra diverse tecniche operatorie e, infine, dei rischi prevedibili in sede post operatoria, necessità, quest'ultima, da ritenersi particolarmente pregnante nel campo della chirurgia estetica (ove è richiesta la sussistenza di concrete possibilità,

²³ Cfr. Cass. 3.12.1997, n. 12253, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, 2320.

²⁴ Vi sono altre fonti oltre quelle di rango ordinario: art. 33, commi, 1 e 5 l. 1978 n. 833; art. 4 l. 1967 n. 458; art. 14 l. 1978 n. 194; art. 2 l. 1982 n. 164; art. 121 dpr. 1990 n. 309; artt. 1 e 2 del d.m. 27.04.1992. Accanto a tali fonti vi sono anche accordi internazionali stipulati tra Stati e Organizzazioni non governative quali, il Principio dei “principi concernenti la procreazione umana artificiale” approvati nel 1989 dal Comitato di esperti per lo sviluppo delle scienze biomediche del Consiglio d’Europa; il General Comment 20 all’art. 7 del Patto dei diritti civili e politici, adottato dal Comitato dei diritti umani nella 44^a sessione delle Nazioni Unite; l’art. 5 della Convenzione sui diritti umani e la biomedicina, adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa il 19 novembre 1996, ma non ancora ratificato; il principio 3 della Dichiarazione europea sulla promozione dei diritti del paziente, adottata ad Amsterdam il 30 marzo 1994 dalla Consulta Europea per i diritti dei pazienti, sotto gli auspici dell’Organizzazione mondiale della sanità.

per il paziente, di conseguire un effettivo miglioramento dell'aspetto fisico che si ripercuota favorevolmente sulla sua vita professionale o di relazione), con la conseguenza che l'omissione di tale dovere di informazione genera, in capo al medico, nel caso di verificazione dell'evento dannoso, una duplice forma di responsabilità, tanto contrattuale quanto aquiliana²⁵.

Il successivo approdo giurisprudenziale in tema di consenso informato è stato nel senso di affermare la natura contrattuale della responsabilità conseguente alla violazione del dovere di informazione²⁶, aderendo così ad una meno recente sentenza della stessa Suprema Corte di Cassazione²⁷, in considerazione del fatto che l'onere del consenso informato sorge dopo l'esaurimento della preliminare fase diagnostica e, quindi, dopo che è stato concluso il contratto d'opera professionale tra medico e paziente, rientrando, dunque, esso, nel complesso *iter* dell'attività e della prestazione professionale.

Tale impostazione è volta a negare che il difetto di informazione possa rilevare nella fase delle trattative e, quindi, tale da apparire strettamente connesso ad una violazione del dovere di buona fede precontrattuale ex art. 1337 c.c., che secondo la giurisprudenza ormai consolidata apparterrebbe sempre e comunque al *genus* dei fatti illeciti²⁸. Il diverso regime di responsabilità, tra l'altro, comporta un termine di prescrizione più lungo (10 anni e non cinque) oltre ad un meno rigoroso e come vedremo, più leggero onere probatorio.

4.1. Profili penali, assicurazione sulla responsabilità civile e rilevanza del consenso informato.

I gravi esiti cicatriziali residuati ad un intervento di chirurgia estetica eseguito in violazione del dovere di informazione da parte del sanitario possono, integrare gli estremi della "alterazione anatomo patologica dell'organismo" e, conseguentemente, l'elemento oggettivo del reato di lesioni colpose (al cui accertamento il giudice civile sia chiamato "incidenter tantum", onde statuire sulla risarcibilità del danno morale), allorquando tali esiti non siano riferibili ad interventi in cui le

²⁵ Cfr. Cass. 6.10.1997, 9605, in *Giust. civ.*, 1998, I, 424. Occorre chiarire che per la più recente giurisprudenza, contrariamente a Cass. pen., 21. 04. 1992, in *Cass. Pen.*, 1993, n. 63, il consenso informato non costituisce più una scriminante dell'attività medico chirurgica, la quale si autogiustifica in funzione della sua utilità sociale, ma attiene al piano dei diritti della personalità, quale è quello dell'autodeterminazione, cfr. Trib. Venezia, 4.10.2004, in *Resp. Civ. e prev.*, 2005, 519, con nota di BORDON, *Chi non informa paga: danno esistenziale da inadempimento del contratto di assistenza sanitaria*, e Cass. pen., 29.05.2002, n. 528, per la quale l'attività terapeutica, essendo strumentale alla garanzia del diritto alla salute previsto dall'art. 32 Cost., è autorizzata e disaminata dall'ordinamento ed è quindi scriminata da uno stato di necessità ontologicamente intrinseco, senza che sia necessario fare riferimento, alle cause di giustificazione codificate.

²⁶ Cfr. Cass. 23.05.2001, n. 7027, in *Giust. civ.*, I, 2066. nello stesso senso anche una recente pronunzia di merito, Trib. Venezia, 4.10.2004, in *Resp. Civ. e prev.*, 2005, 519, ove si afferma che la relazione informativa tra medico e paziente costituisce parte integrante del contratto di assistenza sanitaria intercorrente tra paziente e la struttura sanitaria, non potendo lo stesso più essere chiuso in un obbligo di natura precontrattuale attinente all'art. 1337 c.c., né ridursi ad un ruolo accessorio e strumentale rispetto alle prestazioni di diagnosi cura o di esecuzione dell'eventuale intervento chirurgico. In dottrina sul tema del danno esistenziale, CENDON e ZIVIZ, *Il risarcimento del danno esistenziale*, Milano, 2003, nonché MONATERI e BONA, *Il nuovo danno non patrimoniale*, Milano, 2004.

²⁷ Cfr. Cass. 29.03.1976, n. 1132, in *Giust. civ. Rep.*, 1976, *lavoro autonomo*, 29-32.

²⁸ Cfr, *ex multis*, Cass. Sez. Unite, 16.07.2001, n. 9645, in *Foro it.*, 2002, 806.

possibilità di simili conseguenze dannose erano già state preventivamente ed esaurientemente rappresentate al paziente dall'operatore.

La possibilità di effettuare una traslazione dei costi, inerenti la responsabilità del medico, sul premio assicurativo, si scontra, tuttavia, con l'affermazione delle stretta ed univoca responsabilità personale del medico in ambito penalistico, espressamente sancita dalla Costituzione (art. 27, primo comma. Cost.).

L'esito cicatriziale, talvolta, può essere inevitabile, ma non per questo costituisce danno rilevante in sede civilistica e lesione penalmente rilevante. Lo diviene, anzi si trasforma, in danno laddove il medico non lo abbia informato dei benefici, delle modalità di intervento e dei rischi prevedibili.

Pertanto, anche laddove il medico abbia eseguito a regola d'arte ed in maniera corretta l'intervento di chirurgia estetica, il mancato adempimento da parte del medico e/o della struttura sanitaria del consenso informato, verrà a costituire autonoma fonte di responsabilità risarcitoria.

In tema di responsabilità professionale del medico, il contenuto dell'obbligo di informazione gravante sul professionista per un'operazione di chirurgia plastica, tuttavia, secondo l'insegnamento del Supremo Collegio, avrebbe consistenza diversa a seconda che l'intervento miri al miglioramento estetico del paziente ovvero alla ricostituzione delle normali caratteristiche fisiche, negativamente alterate dallo stesso paziente mediante interventi consapevolmente praticati sulla propria persona, dei cui esiti egli intenda comunque liberarsi, ritenendoli non più accettabili.

Mentre nel primo caso, a parte i possibili rischi del trattamento per la vita o l'incolumità personale, il professionista deve prospettare realisticamente le possibilità di ottenimento del risultato perseguito, nel secondo caso (in cui trattasi propriamente di chirurgia plastica cosiddetta ricostitutiva), ferma la necessaria informazione sui rischi anzidetti, egli assolve ai propri obblighi ove renda edotto il paziente di quegli eventuali esiti che potrebbero rendere vana l'operazione non comportando in sostanza un effettivo miglioramento rispetto alla situazione preesistente. (Nella specie la sentenza di merito, annullata per difetto di motivazione dalla S.C., aveva affermato la responsabilità di un medico per gli esiti cicatriziali conseguenti ad una operazione, correttamente eseguita sotto il profilo tecnico -e non imprevedibili anche in tal caso- di asportazione di numerosi tatuaggi, dal contenuto osceno e ripugnante, che il paziente aveva deciso di far rimuovere dato l'insopportabile disagio psicologico derivantegli dalla loro presenza una volta abbandonato lo stile di vita del periodo al quale essi risalivano²⁹.

²⁹ Cfr. Cass. 08.04.1997, n.3046, in *Foro it.*, 1997, I, 1801. In dottrina, CITARELLA, *Obblighi di informazione e responsabilità del chirurgo plastico*, in *Resp. Civ. prev.*, 1998, 677, assume corretta la distinzione tra chirurgia estetica e quella terapeutica.

In realtà, tale posizione non è affatto unanime, posto che, precedentemente, la Cassazione si era espresso affermando che un consenso immune da vizi può formarsi esclusivamente dopo aver avuto piena conoscenza della natura dell'intervento medico e/o chirurgico, della sua portata ed estensione e dei suoi rischi, dei risultati conseguibili e delle possibili conseguenze negative, *senza che possa distinguersi, sotto tale profilo, tra chirurgia riabilitativa e chirurgia estetica*³⁰.

Senza ombra di dubbio, la distinzione tra le varie branche di chirurgia, sotto il profilo di un maggiore o minore carico probatorio in tema di consenso informato, è essenzialmente legata all'evolversi del rapporto persona e valorizzazione della stessa nella dimensione sociale: nuovi costumi e più entranti rilievi sociali impongono l'azzeramento totale di ogni distinzione, operando, semmai, la diversità chirurgica unicamente sul piano clinico, manuale o robotica che sia l'operazione, e quindi sul concreto atteggiarsi dell'intervento, della diligenza richiesta e del contenuto specifico del consenso informato.

5. Ogni operazione può essere un trauma psicologico?. Tipologia dei danni e rilevanza giuridica.

La Suprema Corte ha riconosciuto, recentemente, la giuridica rilevanza del trauma psicologico subito a seguito di un *intervento riparatore* al quale il paziente sia stato costretto a sottoporsi per un pregresso ed imperfetto trattamento chirurgico: ogni operazione di tal natura, dunque, cagiona un trauma psico-fisco al paziente dovendosi, inoltre, valutare se l'inutilità del precedente intervento possa aumentare il timore per il successivo intervento e, quindi, possa aggravare, in definitiva, il trauma medesimo.³¹

Così, appare evidente l'esistenza di un pregiudizio che segue alla seconda operazione, laddove il chirurgo sia dovuto intervenire su tessuti già alterati, ritoccati, tagliati ed incisi dalla precedente operazione comportando anche un maggiore esborso del paziente per gli onorari del medico e della sua *equipe*, nonché ulteriori spese di degenza.

Una seconda operazione, inoltre, può comportare maggiori danni o pericoli ai tessuti direttamente interessati o posti nelle immediate vicinanze.

Nella valutazione del danno estetico subito, inoltre, ai fini della corretta individuazione del parametro di valutazione per il danno biologico causato, dovrà essere verificata la rilevabilità oggettiva degli esiti anatomici, ovvero la sede della lesione, non confinata, per esempio, al viso, ma estesa a varie altre parti corporee, quali il collo e le zone, per così dire, di attrazione sessuale, nonché i caratteri morfologici: esiti cicatriziali di regioni scheletriche e corporee, esiti neurologici.

³⁰ Cfr. Cass. 25.11.1994, n. 10014, in *Foro it.*, 1995, I, 2914.

³¹ Cfr. Cass. 20.09.2004, n. 18853.

Si dovrà, infine, tenere adeguato conto del grado di evoluzione dei reliquati anatomici, dove in soggetti ancora in età evolutiva, spesso si possono verificare sensibili modificazioni correlate all'accrescimento corporeo.

A tal proposito, appare interessante analizzare brevemente un recente pronunciamento del Supremo Collegio³² dove è stata affrontata la tormentata vicenda di un medico romano che aveva sottoposto la sua paziente nel dicembre del lontano 1978 a due interventi chirurgici, quali il lifting e la blefaroplastica. Il paziente, infatti, a distanza di numerosi anni si era rivolto alla Magistratura denunciando che la condotta negligente del sanitario aveva comportato un decisivo peggioramento delle sue condizioni, sia sotto il profilo estetico, sia soprattutto, dal punto di vista funzionale, attesa l'insorgenza *ex novo* di difficoltà respiratorie. Ebbene, in tutti e gradi del giudizio, il medico chirurgo ha visto rigettare ogni sua difesa e principalmente, per quanto in questa sede interessa, quella attinente al notevole lasso di tempo trascorso dall'intervento chirurgico: fattore, questo ultimo, che, in ipotesi, avrebbe dovuto portare alla diversa considerazione per la quale non era possibile definire se gli interventi programmati avevano poi fornito al paziente un risultato completo ed ottimale, posto che l'invecchiamento generale del soggetto, comunque, avrebbe portato ai risultati attuali.

Solitamente, infatti, una blefaroplastica ed un lifting facciale hanno una tenuta nel tempo che variano a seconda degli individui da cinque ad otto anni.

La Suprema Corte non accede a tale ricostruzione ritenendola, in tale sede, inammissibile in quanto già la Corte di Appello aveva confutato con dovizia di particolari tali censure, avendo il consulente tecnico, all'uopo nominato, correttamente osservato che i riferiti e riscontrati esiti negativi non si riferivano a profili estetici connessi al lifting, ma alla presenza di disformismi delle cicatrici e soprattutto alla presenza di disturbi funzionali della respirazione giudicati come irreversibili ed insussistenti in precedenza³³.

Appare evidente che la difesa del sanitario, in tale caso, anziché inammissibilmente ripetere in sede di Cassazione i rilievi già esaminati dalla Corte di Appello, avrebbe dovuto concentrarsi - nelle precedenti fasi - sulla specifica confutazione di tali disturbi funzionali e non solo su quelli estetici dipesi dal lifting.

La sentenza, in realtà, seppure ha visto soccombere il sanitario nei vari gradi di giudizi, va attentamente interpretata, potendosi evidenziare, con un ragionamento ed un'analisi *a contrario* della riportata vicenda giudiziaria, che, laddove non vi siano disturbi funzionali e disformismi delle cicatrici, i danni estetici causati dal lifting, a distanza di numerosi anni, potranno essere di

³² Cfr. Cass. 14. 06.2005, n. 12747.

³³ Cfr., in motivazione, Cass. 14. 06.2005, n. 12747.

difficilissima individuazione giungendo, talvolta, anche ad escludere la sussistenza di qualsivoglia pretesa risarcitoria.

Nell'ambito del danno estetico, peraltro, occorrerà valutare l'eventuale coesistenza di altri aspetti di danno biologico, ovvero di deficit funzionali (visivi, respiratori, fonetici, masticatori), la cui valutazione, molte volte, non potrà distinguersi e sommarsi al pregiudizio estetico, ma dovrà essere integrata e considerata unitariamente in una ponderata stima complessiva.

Il turbamento psicologico, inoltre, non sarà solo quello derivante dalla seconda operazione chirurgica, ma anche dall'avvenuta compromissione soggettiva del proprio modo di presentarsi ed essere accettati dagli altri, con correlate implicazioni di sedute psicoterapeutiche dai costi patrimoniali non indifferenti.

La più meditata lettura dell'art. 2059 c.c. operata dalle ormai famose sentenze della Suprema Corte del 31 maggio 2003, n. 8827 e 8828³⁴, ha aperto poi la strada alla emersioni di danno non patrimoniali in assenza di reato³⁵, e, quindi, anche quelli esistenziali in ambito contrattuale, sempre che i relativi interessi siano ritenuti inclusi nell'ambito di tutela del contratto:³⁶ in tali casi sarà possibile configurare danno un esistenziale del paziente e, quindi, lo spazio per un riparazione correlata alla privazione del fondamentale diritto del paziente ad una scelta razionale e consapevole. Il danno estetico causato da *malpractice* può costituire, infine, uno voce di danno patrimoniale attinente alla menomazione della capacità lavorativa specifica laddove l'integrità estetica ne rappresenti un presupposto indispensabile, potremmo dire uno "strumento di lavoro" o, forse meglio, di "guadagno": vero e proprio *leading case* in materia è rappresentato dalla pronuncia n. 4394 del 1985 resa dalla Suprema Corte, relativa alle menomazioni subite da una danzatrice spogliarellista a seguito di un intervento di chirurgia plastica al seno.

In tale caso, la responsabilità del medico, si badi, fu affermata argomentando, non già in base alla cattiva esecuzione dell'intervento, quanto per la carente preventiva informazione da parte del medico, la cui violazione di detto dovere, che permea di sé il contenuto dell'obbligazione del chirurgo estetico, comportò l'affermazione della responsabilità contrattuale con conseguente risarcimento del danno commisurato all'interesse positivo.

³⁴ Cfr. Cass. 31.05.2003, n. 8827 e 8828, in *Giust. civ. Mass.*, nonché in *Danno e resp.*, 2003, 715; 2003, 5; Cort. Cost., 11.07.2003, n. 233, in *Resp. civ.*, 2003, 1036. Si veda anche Cass. 25.02.2004, n. 3806; Cass. 23.02.2004, n. 3549; Cass. 10.02.2004, n. 2494, in *Dir. econ. ass.*, 2004, 824; Cass., 1.06.2004, n. 10482.

³⁵ Con le sentenze 12.05.2003, n. 7281 e n. 7282, in *Giust. civ.*, 2003, I, 1480, la Corte di Cassazione ha riconosciuto per la prima volta il diritto al risarcimento del danno morale anche qualora la responsabilità del danneggiante sia accertata in forza di una presunzione di legge.

³⁶ Interessante è Trib. Venezia, 4.10.2004, in *Resp. Civ. e prev.*, 2005, 519, ove a seguito dell'omissione di un valido consenso informato da parte della struttura sanitaria si è condannata l'UL.S.S, in persona del Direttore sanitario, si sono riconosciuti ben 100 mila Euro per tale pregiudizio, anche in assenza di censure sul piano delle modalità di esecuzione dell'intervento, oltre interessi dall'evento al saldo.

Diversa sarebbe stata la valutazione del danno subito ove fosse stata inquadrata la prestazione del consenso quale obbligo precontrattuale, dovendosi in tal caso, ritenersi risarcibile solo l'interesse negativo ex art. 1337, 1338 c.c., quello cioè a non essere coinvolto in trattative ed in un contratto inutile e dannoso, che per taluna giurisprudenza e dottrina, a torto, costituisce un sorta di parente povero del danno positivo³⁷.

5.1. Profili risarcitori e limiti all'esperimento giudiziale di azioni inutili e gravose.

L'adozione, da parte dei sanitari, di modelli di consenso informato sempre più penetranti, esaustivi e, forse, talvolta anche eccessivamente predittivi, è dovuta, senz'altro, all'emersione di sovrabbondante numero di cause civili e penali nell'ambito dell'attività medico chirurgica.

Senza dubbio, la professione del chirurgo comporta non solo grande abilità nell'*ars medica*, ma anche, va detto chiaramente, una concreta capacità di resistenza e di tenuta psicologica alle numerosi azioni giudiziarie che vengono intraprese nei confronti di detta categoria.

In questa sede appare opportuno soffermarsi, anzi, tentare una breve e sintetica ricostruzione dei limiti risarcitori alla violazione del consenso informato, operando uno sbarramento alle ingiuste e pretestuose denunzie di malasanità.

Dando per scontato che il bravo ed esperto chirurgo nell'offrire la sua prestazione professionale al paziente dona integralmente la sua manualità e la sua esperienza senza alcun risparmio di energie, con tagli suture, incisioni dei quali difficilmente il malato sarà in grado di scorgerne la bravura e l'impegno profuso, non avendo la capacità di fare paragoni, occorre rilevare che il momento centrale, ove si annida e spesso fiorisce l'idea della causa giudiziaria è, senz'altro, quello precedente, situato nella zona di riferimento temporale in cui il paziente viene ricevuto ed accolto dal sanitario: perché il consenso informato non è un foglietto buttato, per caso ed all'ultimo minuto, sotto gli occhi della persona già anestetizzata, ma rappresenta il momento in cui il medico diviene visibile e si rapporta umanamente con il paziente.

Il consenso deve essere, infatti, il frutto di una relazione interpersonale tra il sanitario ed il paziente, sviluppata sulla base di un'informativa coerente allo stato emotivo di quest'ultimo, nonché al suo livello di conoscenze.

La mancata, inesatta e lacunosa richiesta del consenso, infatti, viene direttamente ad incidere sul diritto costituzionale alla autodeterminazione del paziente in ordine alle scelte che attengono alla propria salute e diviene, come tale, fonte di responsabilità risarcitoria.

³⁷ Su tale complessa e spinosa problematica e sulle critiche all'orientamento che vede l'interesse negativo come facente parte esclusivamente della responsabilità precontrattuale, rinviamo a SAGNA, *Il risarcimento del danno nella responsabilità precontrattuale*, Milano, 2004.

Ma il punto è un altro: non ogni violazione del diritto alla autodeterminazione troverà un soddisfacimento risarcitorio e compensativo in ambito giudiziario.

Una lettura superficiale, o meglio parziale, dell'art. 2059 c.c. potrebbe far ritenere, infatti, che alla violazione dell'obbligo di prestare il consenso informato potrebbe automaticamente discendere, data la lesione di un interesse di rango costituzionale, un danno risarcibile.

Il nuovo *trend* giurisprudenziale, inaugurato dalle ormai famose sentenze della Suprema Corte n. 8827 e 8828 del 31 maggio 2003, alla cui eco ha fatto seguito la sentenza della Corte Costituzionale n. 233 del 2003, ove si è affermato che, nel quadro di un bipolare sistema risarcitorio del danno alla persona, l'art. 2059 c.c. ricomprende ogni danno di natura non patrimoniale derivante dalla lesione dei valori inerenti alla persona (danno morale soggettivo, danno biologico in senso stretto e danno esistenziale), comporta, però, che sia sempre raggiunto un giusto e corretto equilibrio tra le varie voci di danno che concorrono a determinare il complessivo risarcimento, evitando che una lettura di detta disposizione normativa divenga mera occasione di incremento generalizzato delle poste di danno, o peggio come strumento di duplicazione del risarcimento in ordine agli stessi pregiudizi.

In altri termini, solo i danni alla persona concretamente esistenti, che in passato non avevano alcuna tutela, potranno essere risarciti ex art. 2059 c.c.

In conformità ad un lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., il danno non patrimoniale derivante dalla lesione di un interesse costituzionalmente rilevante, di per sé, non coincide con la lesione dell'interesse protetto, trattandosi di un danno conseguenza e non di un danno evento.

Per la lesione del diritto al consenso informato da parte del medico il danno non è in *re ipsa*, nel senso che sarebbe coincidente con la lesione dell'interesse. Deve affermarsi, piuttosto, che dalle lesioni dell'interesse all'autodeterminazione possono scaturire conseguenze pregiudizievoli, che in relazione alle varie fattispecie, potranno avere ampiezza e consistenza, in termini di protrazione nel tempo ed intensità: il danno da omesso consenso informato deve, quindi, essere sempre rigorosamente allegato e provato³⁸.

In sede giudiziaria, dunque, non potranno avere ingresso quelle richieste risarcitorie sfornite di un adeguato riscontro probatorio sul piano delle specifiche conseguenze pregiudizievoli, quali uno specifico patema d'animo o sofferenza, transeunte o permanente, ovvero l'insorgenza di ulteriori pregiudizi e diversi, comunque, riconducibile alla violazione di quella primaria regola del consenso informato.

³⁸ Cfr. Cass. 31.05.2003, n. 8827.

All'interno della lesione del diritto all'autodeterminazione, quindi, non potranno trovare accoglimento una serie di voci di danno comportando, così, una significativa e quantomai drastica riduzione dell'entità risarcitoria.

Una parte della giurisprudenza, con motivazione discutibile, ha escluso che la lesione al diritto del paziente ad intraprendere una libera scelta, *di per sé*, possa condurre ad attribuire, seppur equitativamente, una somma a titolo di risarcimento del danno, laddove essa comporti un'entità risarcitoria ontologicamente trascurabile e non apprezzabile.³⁹

Nella prova di un'effettiva e capillare informazione resa dal sanitario, avrà ruolo fondamentale, inoltre, una sensibile ed attenta organizzazione della struttura sanitaria che non lasci detto compito al solo anestesista di turno nel momento dell'entrata in sala operatoria, ma, con procedimenti validamente formativi, faccia in modo che detta prestazione sia resa a più livelli, in relazione ai vari profili che interessano il paziente ed in momenti temporalmente scanditi.

In altri termini, è giunto il momento di abbandonare ogni prassi non scritta e più opportunamente, con apposite linee guida, devono essere offerte al chirurgo quelle opportune direttive per districarsi nei meandri del consenso informato: non c'è dubbio che la produzione in sede giudiziale di tali direttive renderà molto più agevole la prova positiva della diligente modalità con la quale sono stati raccolti i dati sensibili del paziente e quale informazione sia stata a lui offerta, ma anche il ruolo che la direzione sanitaria ha svolto per rendere effettivo e controllare l'effettività della prestazione.

Con la doverosa avvertenza che anche le linee guida potranno non risultare esaustive, divenendo, talvolta, un'arma a doppio taglio.

6. Le difese del medico chirurgo convenuto in giudizio sotto il profilo probatorio: *Davide contro Golia*.

La terza sezione della Corte di Cassazione con la sentenza n. 18853, depositata il 20 settembre 2004, ha sancito che la formula “soddisfatti o rimborsati”, tipica dei contratti commerciali, non si

³⁹ Cfr. Trib. Milano, 29.03.2005, in *Resp. Civ. e prev.*, 2005, 751. In realtà, tale assunto non può essere condiviso, in quanto, seppur minima, un'entità risarcitoria, laddove sia configurabile una sofferenza emotiva per essere stato sottoposta un paziente ad un intervento assai diverso da quello rappresentato e, quindi, voluto, deve essere riconosciuta e liquidata. Il giudizio valutativo fondato sull'equità ex art. 1226 c.c. del *quantum* risarcibile, infatti, non può condurre all'azzeramento totale del pregiudizio conseguente al diritto del paziente di ottenere un consenso per intraprendere fondamentali scelte terapeutiche, perché, altrimenti, si finisce per rendere lettera morta un precetto che trova fondamento e precisa collocazione nella nostra costituzione. Del resto, nel caso deciso, il Tribunale non fornisce alcuna valida motivazione che permetta di individuare con precisione il parametro utilizzato per negare il risarcimento. Come è stato acutamente sottolineato, un valido criterio di quantificazione potrebbe essere quello di considerare la gravità dell'offesa arrecata, da stabilirsi in relazione al rango del bene leso ed alla sua collocazione all'interno dell'ordinamento, cfr. MONATERI, *La valutazione dei danni non patrimoniali: il criterio della piramide*, in *Danno e resp.*, 2005 2, giustamente ripreso da GENNARI, *Consenso (disinformato): quale danno da risarcire?*, in *Resp. Civ. e prev.*, 2005, 771. L'equità da usare ai fini delle concrete determinazione del danno non patrimoniale, dunque, non può divenire una sorta di *boomerang* per il soggetto leso, ma deve servire come criterio di orientamento per il saggio giudice che utilizzerà parametri di riferimenti conoscibili, valutabili e fruibili da ogni operatore del diritto. Cfr., in generale sul tema, ZIVIZ, *Brevi riflessioni sull'ingiustizia del danno non patrimoniale*, in *Resp. Civ e prev.*, 2003, 1339.

può applicare *tout court* nei confronti di quei pazienti sottoposti ad interventi di chirurgia estetica con risultati assai diversi da quelli voluti, posto che al paziente insoddisfatto non va restituita solo la parcella, dovendo il medico provvedere a risarcire tutti i danni morali e patrimoniali (v. *supra* § 3), diretti o mediati, *in ogni loro componente*, in quanto risultino causati per sua colpa.

Il danno in questione costituisce un debito di valore, per cui è dovuto al danneggiato anche il risarcimento del mancato guadagno, che questi provi essergli stato provocato dal ritardato pagamento della suddetta somma. Tale prova può essere offerta dalla parte e riconosciuta dal giudice mediante criteri presuntivi e equitativi, quale l'attribuzione degli interessi, ad un tasso stabilito valutando tutte le circostanze obiettive e soggettive del caso: in siffatta ultima ipotesi, gli interessi non possono essere calcolati (dalla data dell'illecito) sulla somma liquidata per il capitale, definitivamente rivalutata, mentre è possibile determinarli con riferimento ai singoli momenti (da stabilirsi in concreto, secondo le circostanze del caso) con riguardo ai quali la somma equivalente al bene perduto si incrementa nominalmente, in base ai prescelti indici di rivalutazione monetaria, ovvero in base ad un indice medio.

Quanto detto serve a fornire un quadro dell'estrema rigidità che la Suprema Corte ha assunto verso la *malpratice* medica, rigore questo che porta ad un stemperamento della *querelle* sulla distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato, dovendosi piuttosto ritenere che tutto il settore della responsabilità medica è ormai improntato ad un criterio di paroggettivazione o comunque di inquadramento di tale branca professionale in un ambito di responsabilità aggravata.

Se, però, da un lato, la regola dell'integralità del risarcimento in tutte le sue componenti non deve stupire più di tanto, dall'altro l'eccessivo alleggerimento del carico probatorio in sede giudiziaria dell'attore-paziente, accennato nel paragrafo 3, appare non del tutto condivisibile.

Non v'è dubbio, infatti, che laddove, secondo le indicazioni della giurisprudenza del Supremo Collegio⁴⁰, l'attore non abbia l'onere di indicare gli aspetti tecnici e decisivi volti ad incriminare in sede penale e rendere civilmente responsabile un medico della sua asserita negligenza condotta, si assiste ad una compromissione irrimediabile della difesa giudiziaria del sanitario: qualora l'atto di citazione non contenga tutti gli elementi atti a configurare una precisa responsabilità del medico, ma sia stato redatto in maniera astratta e (volutamente) generico, il malcapitato convenuto non saprà quale sia l'addebito mosso e quindi, processualmente, non potrà sollevare quelle eccezioni e deduzioni in sede di comparsa e risposta, a meno che anch'egli, non si difenda genericamente. Ma il chiaro testo dell'art. 167 c.p.c. sancisce che "il convenuto nella comparsa di risposta deve proporre tutte le sue difese prendendo posizione sui fatti posti dall'attore".

⁴⁰ Cfr. la già citata ed analizzata sentenza *sub* § 3, Cass. 19.05.2004, n. 9471, in *Giust. civ.Mass.*, 2004, 5.

Vuol forse suggerire siffatto orientamento che nel caso della responsabilità del medico chirurgo tale fondamentale regola debba ritenersi disapplicata e che, quindi, nella comparsa conclusionale di cui all'art. 190 c.p.c., il convenuto possa cambiare le sue difese?

Evidentemente la risposta non può che essere negativa, posto che nessuna interpretazione può condurre allo stravolgimento di norme processuali, ma, a prescindere dalla opinabilità di siffatta conclusione, ciò non toglie che, di fatto, si impedisce alla difesa dei sanitari un equo, doveroso, contraddittorio, ed anzi, rispetto alla posizione processuale dell'attore, quella del convenuto, per tali fattispecie, appare discriminata e relegata ad una passiva resistenza.

L'alleggerimento dell'onere probatorio propugnato dalla Cassazione, in realtà, specularmente, per la posizione dell'attore, sacrifica quei *doveri* processuali di fissazione del *thema decidendum* che per legge-tassativamente- vi devono essere nell'atto introduttivo di ogni giudizio: l'art. 163, infatti, come è noto, sotto pena di nullità, inammissibilità ed indeterminatezza della domanda ex art. 164 c.p.c., impone di indicare “la cosa oggetto della domanda”, nonché di esporre “i fatti e gli elementi di diritto constituenti le ragioni della domanda, con le relative conclusioni”.

Anche il compito del giudice non sarà semplice perché molto più labili diventano i confini tra domanda indeterminata che necessità di una pronta integrazione da disporre con apposita ordinanza e domanda inizialmente “genericamente valida”, che, però, solo *a posteriori*, esaurita la fase istruttoria, trattenuta la causa in decisione, e non nella sede processualmente stabilita dal legislatore, cioè alla prima udienza di comparizione, potrà essere ritenuta sfornita degli elementi essenziali per ritenerla determinata.

In questo difficile contesto, talvolta, i magistrati si troveranno nella difficile posizione di dovere abdicare a quel potere officioso integrativo della domanda, optando, nella stesura della sentenza conclusiva del procedimento giudiziario, per un eventuale rigetto della domanda a causa della mancanza di prova.

Come è noto, tuttavia, difetto di prova e nullità della domanda per indeterminatezza sono due vicende processualmente ben distinte.

A questa considerazione se ne aggiunge un'altra conseguente a quanto detto, ma che in pratica, a nostro avviso, appare la più grave: se l'attore non allega alcunché e la domanda è imprecisa, sarà il giudice a doversi surrogare alla parte per restituire quel crisma di legalità e sufficienza probatoria alla domanda, elaborando quesiti e chiedendo precise risposte al CTU.

Il giudice civile dovrà assumere compiti investigativi ed inquisitori snaturando quel ruolo fondamentale che sino ad ora aveva connotato il processo civile, perdendo quel ruolo di stretta imparzialità: in definitiva, il giudice istruttore, nel supplire alle carenze e lacune probatorie e di

indeterminatezza della domanda avanzata dalla difesa dell'attore, non sarà distante, ma questa è solo una provocazione, dalla figura del p.m. penale al momento in cui dispone una perizia medica. Fare indiscriminatamente l'occhiolino al paziente danneggiato non necessariamente costituisce giusto rimedio ai torti subiti nella sala operatoria.

Perché anche il medico che ritenga di essere stato ingiustamente accusato deve essere tutelato, offrendogli quegli strumenti per tutelarsi *da subito* anche contro possibili campagne di demonizzazione ad opera della carta stampata⁴¹.

Forse una lettura meno rigorosa di siffatto pronunciamento, in realtà, dovrebbe portare a ritenere che, in taluni casi e non tutti, vi possono essere situazioni in cui, rispetto agli elementi di fatto che concorrono a costituire le ragioni della domanda, il momento logico dell'acquisizione dei dati storici si può presentare compenetrato con quello valutativo, nel senso che i dati storici non possono essere rilevati in modo significativo se non con l'ausilio di particolari competenze tecniche. In tali casi il giudice, per l'accertamento dei fatti, deve necessariamente farsi assistere da un consulente tecnico. Appare evidente, tuttavia, che la parte cui spetta l'onere di provare i fatti posti a fondamento della domanda ha, comunque, l'onere di richiedere al giudice di nominare il consulente tecnico.

La difesa del medico, peraltro, in un'ipotetica sede di gravame, dovrà tenere bene distinta, sotto il profilo processuale e sostanziale, l'opera di valutazione dei consulenti, fatta propria dal giudice di primo grado, dai dati tecnici storici, acquisiti dai consulenti, sollecitando una eventuale rinnovazione della consulenza tecnica.

Qualora, poi, il giudice di appello ritenesse di essere in grado di rispondere alle censure operate dalla difesa in merito alle valutazioni del consulente, senza necessità di un rinnovo della C.t.u., detto diniego, in realtà, ove ritenuto ingiusto, compenetrandosi nelle risultanze della sentenza impugnata, comporterebbe solo un vizio motivazionale da far valere in sede di legittimità e non una omessa pronunzia ex art. 112 c.p.c.

AVV. ALBERTO SAGNA

⁴¹ Singolare è, infatti, il motivo di rigetto in sede di Cassazione 14.06.2005, n. 12747 nel caso sorpariportato al § 5, ove sono state ritenute inammissibili le censure avanzata dalla difesa del medico chirurgo perché, in buona sostanza, in quanto convergenti solo sul lato estetico dell'operazione di lifting, non avevano colpito il segno, e cioè il danno irreparabile alle funzionalità respiratorie del paziente che, secondo il nuovo orientamento, ove si è visto fortemente alleggerito il carico probatorio, potrebbe anche non essere indicato con specificità. Due pesi e due misure: la sentenza di Cass. 19.05.2004, n. 9471, in *Giust. civ.Mass.*, 2004, 5, consente alla difesa del paziente ciò che a quella medico chirurgo viene di fatto negata.