

**LA RESPONSABILITÀ CIVILE DEL MEDICO DOPO LA RIFORMA GELLI:
IN GENERALE, E CON PARTICOLARE RIGUARDO ALLA CHIRURGIA ESTETICA.
ORIENTAMENTI E PROSPETTIVE IN GIURISPRUDENZA**

A. Come sappiamo, la L. 24 dell'8/3/17, identificata come Legge Gelli:

- da un lato, in linea con l'univoca giurisprudenza, ha qualificato come *contrattuale* la responsabilità della *struttura* e del medico che abbia «*agito nell'adempimento di un'obbligazione contrattuale assunta con il paziente*»;
- dall'altro lato, in contrasto con la giurisprudenza univoca dal 1999 (*introdotta con la Sentenza Cass. 22/1/1999 n. 589*), ed invece in linea con quella antecedente al 1999, **ha qualificato extracontrattuale, ex art. 2043 cod. civ., la responsabilità degli «esercenti la professione sanitaria» presso una «struttura ... pubblica o privata», «ancorché non dipendenti ... ovvero in regime di libera professione intramuraria ...».**

Tale novità non è di poco conto: notoriamente — infatti —, nella disciplina della responsabilità *extracontrattuale* l'onere della prova è invertito rispetto a come si atteggia in quella della responsabilità *contrattuale*: sarà cioè il paziente a dover provare l'esistenza della colpa del medico, nonché il nesso di causalità tra l'azione di questo e l'evento dannoso; ossia non potrà più limitarsi a provare il “*contatto sociale*” allegando l'inadempimento del professionista.

Osservo tuttavia che, ai sensi dell'art. 2043 c.c., la responsabilità *extracontrattuale* sorge “... per qualunque fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un danno ingiusto ...”.

La domanda è allora: in che modo la Legge Gelli conserva la *rilevanza giuridica* della *modalità* di esercizio delle professioni sanitarie?

Nel previgente sistema, il medico:

- **bensì rispondeva anche per colpa lieve**, per qualsivoglia danno causato da *negligenza* o *imprudenza*, ovvero per i danni prevedibili e prevenibili (v. *Cass. n. 1847/88*);
- **rispondeva solo per dolo o colpa grave**, per i danni causati da *imperizia*, ove — naturalmente — l'intervento implicasse la soluzione di problemi tecnici di speciale gravità.

La Legge Gelli, invece, all'art. 5, comma 1, prevede che «*gli esercenti le professioni sanitarie, nell'esecuzione delle prestazioni sanitarie con finalità preventive, diagnostiche, terapeutiche, palliative, riabilitative e di medicina legale, si attengono, salve le specificità del caso concreto, alle raccomandazioni previste dalle linee guida pubblicate In mancanza ..., ... alle buone pratiche clinico-assistenziali*».

Nonostante in tale norma non vi sia alcun espresso richiamo alla “*responsabilità civile*”, all'art. 7, comma 3 — comunque — è espressamente previsto che “... *il giudice, nella determinazione del risarcimento del danno, tiene conto della condotta dell'esercente la professione sanitaria ai sensi dell'articolo 5 della presente legge ...*”; **donde** è fuor di dubbio che, nella valutazione della sussistenza o meno della colpa *extracontrattuale* ex art.

2043, non possa non tenersi conto delle *raccomandazioni previste dalle linee guida pubblicate*, ovvero, *in mancanza*, delle *buone pratiche clinico-assistenziali*.

E' fuor di dubbio — cioè — che il combinato delle norme in parola identifichi nel rispetto delle “raccomandazioni previste dalle linee guida” e “in mancanza ..., delle buone pratiche”, facendo “salve le specificità del caso concreto”, i limiti entro i quali — sempre che non si configuri una *negligenza* o l'*imprudenza* dell'operatore — non è configurabile la **colpa aquiliana** nell'esecuzione delle prestazioni sanitarie.

Attraverso il riferimento alle “*linee guida*” — dunque — la legge Gelli attribuisce rilievo al momento della “**perizia**” del medico, ossia alla sua capacità professionale rispetto alla regola dell'arte.

Quanto — invece — al più generale momento della “*diligenza*” e della “*prudenza*” da osservarsi nell'adempimento dell'obbligazione, ciò continuerà ad essere disciplinato dall'art. 1176 c.c., ove appunto è previsto che “*nell'esercizio delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata*”.

Ma, cerchiamo di inquadrare praticamente come le “linee guida” incidono sul piano probatorio in sede di giudizio.

Illuminante — a tal proposito — è la recente sentenza della Cassazione Pen., SS.UU., n. 8770 del 21/12/2017, che — per i principii enunciati — è di grande rilevanza anche nell'ambito della *responsabilità civile*, **e che configura la seguente casistica:**

- a) ove l'evento lesivo si sia verificato per *negligenza* o *imprudenza*, l'esercente la professione sanitaria risponderà anche colpa lieve;
- b) se l'evento si sia verificato per *imperizia*, laddove il caso concreto non sia regolato dalle raccomandazioni delle *linee-guida* o dalle *buone pratiche clinico-assistenziali*, parimenti il medico potrà rispondere anche colpa lieve;
- c) se l'evento si sia verificato per *imperizia* nell'*individuazione* e nella *scelta* di *linee-guida* o di *buone pratiche clinico-assistenziali* non adeguate alla specificità del caso concreto, ancora il medico risponderà anche colpa lieve;
- d) solo ove l'evento si sia verificato per *imperizia* nell'esecuzione di raccomandazioni di *linee-guida* o *buone pratiche clinico-assistenziali* adeguate, tenendo conto del grado di rischio da gestire e delle speciali difficoltà dell'atto medico, questi potrà rispondere solo per colpa grave.

Vi propongo dunque il seguente schema:

- il paziente lamenta la scarsa professionalità del medico quale causa del danno patito;
 - il medico potrà argomentare, e documentare, di aver rispettato le raccomandazioni delle “*linee-guida*”;
 - **resterà onere del paziente dimostrare:**
 - (a) l'*imperizia* del medico parametrata al rispetto delle *linee guida*: dimostrazione che — ove fornita — configurerà la responsabilità del medico stesso solo per colpa grave;
 - (b) che l'intervento, data la sua specificità, richiedesse di discostarsi dalle *linee guida* invocate dal chirurgo a propria esimente, richiedesse cioè un suo impegno diverso: dimostrazione che configurerà la responsabilità del medico stesso anche per colpa lieve;
 - (c) l'*imperizia* del medico per l'erronea individuazione e scelta di *linee-guida* o di *buone pratiche clinico-assistenziali* non adeguate alla specificità del caso concreto:
-

- caso in cui il medico — parimenti — risponderà anche per colpa lieve;
- il paziente lamenta invece la *negligenza* o l'*imprudenza* del medico;
 - al medico incomberà l'onere di dimostrare, a prescindere dal rispetto delle *linee-guida*, di aver agito diligentemente e prudentemente nel caso specifico.

Appare dunque evidente quale importanza è ora attribuita dall'Ordinamento alle "*linee guida*": pure — beninteso — nella loro valenza *astratta*, che non consente di considerarle "*prova legale*" né della sussistenza di una responsabilità ove disattese, né della mancanza di responsabilità solo poiché rispettate, **la vera novità è che è le stesse possono fortemente giustificare la non configurabilità della colpa aquiliana**, poiché averle rispettate esime il medico dall'onere di provare — come invece con la normativa previgente — di aver esperito tutti "*i mezzi*" necessari onde concludere efficacemente e positivamente l'intervento; così come l'essersene discostato può essere giustificato dal medico in relazione ad un impedimento connesso alla specificità dell'intervento.

E ciò poiché è ormai sul paziente che grava l'onere di dimostrare (a) l'imperizia *non lieve* del medico parametrata al rispetto delle *linee guida*; ovvero (b) che l'intervento, data la sua specificità, richiedesse di discostarsi dalle *linee guida* invocate dal chirurgo a propria esimente, onde questi sarebbe stato tenuto ad un impegno diverso, ovvero a linee guida diverse.

Fermo, ovviamente, che la *negligenza* o l'*imprudenza* non liberano l'operatore sanitario da responsabilità, quand'anche il medesimo invochi di aver rispettato le *linee guida*.

B. Così illustrata la nuova disciplina, occorre a questo punto ricordare che, ex art. 5, comma 1, della Legge Gelli, l'esimente di essersi attenuti «... *salve le specificità del caso concreto, alle raccomandazioni previste dalle linee guida pubblicate ... In mancanza ... alle buone pratiche clinico-assistenziali*», è prevista solo per «gli esercenti le professioni sanitarie, nell'esecuzione delle prestazioni sanitarie con finalità preventive, diagnostiche, terapeutiche, palliative, riabilitative e di medicina legale, ...».

Appare cioè di letterale evidenza che la finalità estetica non è espressamente prevista tra quelle che consentono al medico operante, attraverso il richiamo al rispetto delle c.d. linee guida ovvero alle buone pratiche, salve le specificità del caso concreto, di invocare la mancanza della colpa prevista dall'art. 2043 cod. civ. quale presupposto dell'azione risarcitoria.

Ed in ciò la Legge Gelli, non introducendo alcuna specifica previsione, appare in linea con l'ormai diffusa giurisprudenza per la quale la prestazione di chirurgia plastica **meramente «estetica»** [o «correttiva» che dir si voglia, cioè né «riparativa» (finalizzata a ricostruire una condizione somatica deteriorata a causa di infortuni di vario genere), né «ricostruttiva» (finalizzata cioè a correggere difetti naturali pregiudizievoli per una persona)] comporta nella sostanza un **obbligo di risultato**.

Entriamo allora nell'elaborazione giurisprudenziale.

Bensì è da registrare un'*apertura* ad attribuire rilevanza giuridica alla *situazione psicologica* del paziente onde qualificare un intervento come "*riparativo*" e quindi "*terapeutico*", piuttosto che meramente "*correttivo o estetico*" ossia "*voluttuario*":

- richiamo in proposito la Sent. dell'11/2/2015 del Tribunale di Firenze, che qualificando l'obbligazione del chirurgo estetico quale «... **obbligazione di risultato** ... poiché ... il

*paziente si sottopone ad un intervento ... in vista di un determinato risultato estetico e non certo per ottenere dal medico solo la rassicurazione che farà il possibile ... (v. fra le tante Cass Nr. 10014/1994)», **dava comunque atto che** «l'orientamento della giurisprudenza non è ... univoco, perché vi è stata altra posizione che ha qualificato l'obbligazione del chirurgo estetico come **obbligazione di mezzi** (Cass. 12253/1997), recependo in tal modo un'istanza di carattere sociale per la quale la disciplina chirurgica estetica ha una valenza curativa e non solo cosmetica ...»;*

- *ma già nel 1997, la Cass., giusta la Sent. n. 3046/97, affrontando la fattispecie di un giovane sottoposto ad intervento finalizzato ad eliminare tatuaggi aventi ad oggetto figure ripugnanti e oscene, intervento dal quale erano residuati esiti cicatriziali antiestetici, aveva ribaltato le decisioni di merito motivando che «nella fattispecie si deve parlare non di chirurgia plastica estetica, bensì di chirurgia plastica ricostruttiva», in quanto il paziente, a causa della ripugnanza delle figure tatuate, versava in uno stato di disagio assimilabile a vera malattia psico-fisica;*
- *richiamo ancora la Sent. n° 1780/2011 del Tribunale di Bari, per la quale «... l'obbligazione ..., anche nel caso di chirurgia estetica, è, invero, un'obbligazione di mezzi ...»;*
- *richiamo infine la Sent. 7/7/16 il Trib. Padova, che rigettava le richieste attoree relative al mancato raggiungimento del risultato sperato, ed osservava che «... il chirurgo estetico, in mancanza di specifiche pattuizioni, assume, come gli altri medici, un'obbligazione di mezzi. L'assunzione di un obbligo di risultato è possibile solo sulla base di uno specifico accordo. Diversamente si finirebbe per configurare a carico del professionista una responsabilità di natura oggettiva».*

Osservo tuttavia che tale **attenzione giurisprudenziale** alla **situazione psicologica** del paziente ha caratterizzato, se non sempre, quasi sempre decisioni emesse in tema di responsabilità per insufficienza del **consenso informato** [dove appunto la situazione psicopatologica del paziente ha spesso consentito al Giudice di qualificare terapeutico un intervento estetico onde escludere una responsabilità risarcitoria derivante da un consenso informato carente dei necessari dettagli].

Nel mentre, in tema di responsabilità per danni pretesamente derivanti dall'operazione chirurgica, la giurisprudenza non ha mai posto in dubbio l'importanza del **risultato** nell'intervento **meramente estetico**.

In tal senso, **richiamo**:

- *la Sent. del 10/1/12 C.d'A. Roma, dove il **risultato** è **espressamente** definito quale «**cartina di tornasole**» per valutare la correttezza dell'intervento meramente «**estetico**»;*
 - *la Sent. 12830/14 Cass., per la quale: «... quando ad un intervento di chirurgia estetica consegua un inestetismo più grave di quello che si mirava ad eliminare o ad attenuare, accertato che il paziente non era stato compiutamente e scrupolosamente informato di tale possibile esito, consegue ordinariamente la responsabilità del medico per il danno derivato, anche se l'intervento è stato correttamente eseguito. ...»: secondo la Corte — infatti — sussiste la presunzione «... che il consenso non sarebbe stato prestato se l'informazione fosse stata offerta ...»;*
 - *la Sent. del 26/2/15 Trib. Milano per la quale, «... a prescindere dalla qualificazione dell'obbligazione in esame come di mezzi o di risultato ... è indubbio che chi si rivolge ad un chirurgo plastico lo fa per finalità spesso esclusivamente estetiche. Ne consegue che il risultato rappresentato dal miglioramento estetico dell'aspetto del paziente non*
-

è solo un motivo, ma entra a far parte del nucleo causale del contratto, e ne determina la natura ...»;

- ancora, la Sent. del 23/10/12 Trib. Milano: fattispecie nella quale, nonostante fosse accertata la natura non solo “*estetica*” ma anche “*funzionale*” dell’intervento, e fosse addirittura accertato il comportamento “*tecnicamente corretto*” del chirurgo, lo stesso venne **comunque** ritenuto responsabile, attribuendosi rilevanza preponderante alla giovane età ed alla fragilità psico-emotiva della paziente; ciò che avrebbe imposto dapprima la verifica di eventuali percorsi terapeutici non chirurgici, e sul piano del consenso informato, di non limitarsi a descrivere come “*brutte*” le cicatrici che sarebbero residue;
- ulteriormente, richiamo la Sent. del 30/6/16 Trib. Genova, nella quale il chirurgo era condannato al risarcimento dei danni sulla base della seguente motivazione: «... *la finalità dell’intervento di chirurgia estetica è migliorare l’aspetto fisico del paziente ed incrementare la positività della sua vita di relazione. Nel caso di specie, in cui l’intervento aveva ad oggetto il conseguimento di un miglioramento effettivo, oltretutto del volto, la prestazione del chirurgo estetico si caratterizza ulteriormente; ed il mancato conseguimento del risultato ... equivale ad un inadempimento contrattuale ..., soprattutto laddove il risultato è obiettivamente conseguibile*»;
- infine, richiamo la Sent. del 29/09/2016 Trib. Roma, che espressamente ribadisce che «*nel caso di intervento di chirurgia estetica si verte in tema di obbligazione di risultato*».

Valga la seguente considerazione conclusiva.

La Legge Gelli ha fortemente innovato la disciplina della responsabilità dell’operatore sanitario, e quindi — anche — del chirurgo plastico.

Ma la finalità estetica non è prevista tra quelle che consentono al medico, attraverso il richiamo al rispetto delle *linee guida*, alle *buone pratiche*, e *in relazione alle specificità del caso concreto*, di invocare la mancanza del presupposto della colpa previsto dall’art. 2043 cod. civ..

Ed anzi: la giurisprudenza, benché cominci ad orientarsi nel senso che l’intento della “*ricerca della bellezza*” non necessariamente esprime una natura *voluttuaria* ed un fine meramente *estetico*, e che il disagio con cui il paziente percepisce il proprio aspetto possa avere una rilevanza giuridica, è ancora ben lontana dal revocare importanza preponderante al risultato.

Vi ringrazio per l’attenzione.

Avv. Ernesto Mocci