

CAPITOLO PRIMO

LA RESPONSABILITÀ DEL MEDICO

SOMMARIO

1. La natura della responsabilità del medico. – 2. Dal decreto Balduzzi alla legge Gelli.

1. *La natura della responsabilità del medico*

È naturale chiedersi, in primo luogo, quale sia la natura della responsabilità del medico nell'esercizio della sua attività professionale.

Sembra dunque *in primis* persino ovvio affermare che, ove il medico sia liberamente scelto dal paziente, intercorre con esso un regolare contratto "d'opera", di lavoro autonomo, avente ad oggetto la prestazione di un servizio, che trova la sua disciplina nel codice civile all'artt. 2222 ss. La particolarità è che trattasi di "professione intellettuale", onde, più in dettaglio, la disciplina è quella prevista dall'art. 2229 c.c.

La situazione tuttavia è destinata a complicarsi, ove si pensi che l'esistenza di un regolare contratto intercorso con il medico è più l'eccezione che la normalità. Il rapporto con i medici oggi conosce ben ulteriori mediazioni, costituite dal Sistema Sanitario Nazionale, costituito nel 1978, che vede, in primo luogo, il medico tenuto ad assicurare "un servizio" cui è obbligato in base al Sistema sanitario nazionale. Onde anche la scelta del medico da parte del paziente è un atto solo apparentemente libero per esso, dovendosi scegliere il medico che, in base al Sistema sanitario nazionale, è quello designato dallo stesso luogo in cui ha residenza il paziente.

Resta poi che, ove il paziente si rechi in qualsiasi Casa di cura, sia essa un pubblico ospedale o una Casa di cura convenzionata o anche privata il medico, con il quale intercorrerà il rapporto, è quello "anonimo", (del medico) designato dalla Casa di cura.

Sono queste le ragioni per le quali la ricorrenza di un rapporto contrattuale con il medico è ormai più propria di un rapporto con un medico *specialista*, liberamente scelto, in tal caso, dal paziente.

Siffatta situazione ha indotto a ritenere che, nel campo della responsabilità medica, l'alternativa, quanto a fonte di responsabilità, tra quella contrattuale e quella extracontrattuale, è destinata a subire sensibili varianti, le quali trovano giustificazione, tra l'altro, nel fatto che la professione medica è una professione "protetta" dalla legislazione e ciò nel senso che, per essa, è prevista una speciale "abilitazione" concessa dallo Stato, e fonte di per se stessa di un particolare, se così lo si vuole definire, "statuto" normativo, fonte di obblighi, più che di diritti, che fanno capo all'esercente la professione sanitaria. È evidente che siffatto *statuto* appare *indifferente* rispetto a quella che può qualificarsi la natura della responsabilità medica, se contrattuale o extracontrattuale.

La prestazione medica va svolta secondo regole e criteri del proprio statuto di professione "protetta", al di là della "natura" del rapporto che il medico intrattiene con il paziente.

Volendo percorrere l'evoluzione che ha subito la responsabilità del medico fino all'attualità, si può dire che essa ha subito numerose varianti. Proprio in relazione al particolare contesto in cui essa viene a collocarsi, che non è sempre quello di un rapporto *personalizzato* tra medico e paziente.

Si può dire che tradizionalmente, nel campo della responsabilità sanitaria, la particolare forma di responsabilità è stata quella definita "della convergenza o del cumulo di (forme diverse di) responsabilità", l'una a carico della Casa di cura e l'altra a carico del medico.

Per lungo tempo, si è ritenuto che, mentre la Casa di cura dovesse rispondere a titolo contrattuale della difettosa prestazione eseguita dal medico, per la ragione che con la Casa di cura intercorre necessariamente un rapporto contrattuale, e che essa non può che rispondere che dell'attività del medico-terzo, quale proprio soggetto "ausiliario" nell'adempimento dell'obbligo spettante alla Casa di Cura (art. 1228 c.c.), il medico, a sua volta, non poteva che essere *residualmente* responsabile nella veste *di un quisque de populo*, in base alla *regula aurea* del fatto illecito extracontrattuale (art. 2043) allorquando esso, proprio nella condizione particolare in cui si trova a fronte del paziente, ad esso abbia arrecato un danno o pregiudizio, compromettendone la salute. In sostanza, il medico non può rispondere per la difettosa prestazione, giacché nulla ha contrattualmente

promesso al paziente, ma solo per avergli recato danno, come può aver luogo tra soggetti tra i quali non esiste rapporto alcuno.

Sarà solo nel 1999, a seguito di una storica sentenza della Corte di Cassazione¹ che la giurisprudenza, meglio approfondendo il tema della responsabilità, ha ritenuto poco realistico, dal punto di vista della corrispondenza della “forma giuridica” alla “realtà materiale”², sostenere che il medico abbia a definirsi quale un *quisque de populo*, capace solo di “danneggiare” il paziente. In sostanza si è ragionato in tal modo: non è concepibile sostenere, oltre che dal punto di vista giuridico ma anche logico, che il medico, come ha luogo allorquando tra i soggetti non esiste alcun rapporto sia quindi solo responsabile per aver compiuto qualcosa che non era lecito compiere (*culpa in faciendo*) e non invece *per non aver compiuto* qualcosa che si era tenuti a compiere (*culpa in non faciendo*), come ha luogo in qualsiasi rapporto che si stabilisca tra due soggetti. Di qui l’interrogativo: ma esiste o non esiste un rapporto, tra medico e paziente e di che tipo? Ebbene, si è provveduto a correggere il tiro, adeguando il diritto alla realtà, sostenendo che, in tal caso, anche in assenza di un formale rapporto derivante da contratto, intercorre con il medico “un fatto idoneo a produrre obbligazioni in conformità dell’ordinamento giuridico” (art. 1173 c.c.), al di là dunque dell’alternativa *contratto-fatto illecito*³. Trattasi, com’è noto, di una fonte “atipica” di obbligazione, che

¹ Trattasi di Cass. 22 gennaio 1999, n. 589, pubbl. in *Corr. giur.*, 1999, p. 441 ss.

² Su cui v. esemplare L. MENGONI, *Forma giuridica e materia economica*, in *Scritti*, I, (a cura di Castronovo, Albanese e Nicolussi), Milano, 2011, p. 55 ss.

³ Il richiamo all’*ordinamento giuridico* non può infatti non significare che richiamo a quel complesso di criteri e di principi che sono desumibili dall’intero *corpus* della normativa, e specialmente da quella di rango costituzionale. Trattasi di un riferimento che rompe ufficialmente con il sistema rigido di fonti ed implica altresì il superamento del “garantismo” ottocentesco di stampo liberale. Visto, tale riferimento, non più in un’ottica rigidamente statutale ma di pluralismo, anche sul terreno della produzione di obblighi, non può, esso, non rimandare, accanto alle fonti ufficiali, ad un *tertium genus*, espressione «di quei principi e di quelle massime che, al di là degli accordi privati e delle disposizioni di legge, possono dare vita a fattispecie giuridicamente vincolanti» (ESSER-SCHMIDT, *Schuldrecht*, V. ed., I, p. 14). Si è detto che siamo in presenza di «un atto intenzionale di produzione giuridica appartenente all’agire sociale e fornito, come tale, di effetti giuridici» (ESSER-SCHMIDT, *Schuldrecht*, V. ed., p. 14). E si è aggiunto, altresì, che «la rottura del monopolio statutale delle fonti testimonia che un sistema di diritto privato può essere costruito non solo sull’idea della libertà individuale come ordine etico di valori e sulla volontà individuale quale fattore di movimento» (COING, *Bemerkungen zu überkommenen Zivilrechtssystem*, in *Festschrift Dölle*, 1963, I, p. 32). Il

si pone accanto a quelle tipiche (contratto e delitto). Ed è certo che il rapporto che, *pur di fatto*, il paziente intrattiene con il medico, in occasione della prestazione da questi svolta, è tale da “obbligare” il medico in conformità di un più generale principio, secondo il quale qualsiasi “fatto” che riveste un significato “sociale” e reca con sé una legittima aspettativa – e tale è il rapporto con il medico – “obbliga” e cioè impegna il soggetto e/o i soggetti e quindi il medico, a comportamenti conseguenti. Di qui l’obbligo del medico ad eseguire la prestazione dovuta al paziente, come avverrebbe se si fosse impegnato con un contratto.

Ma, la Cassazione, con la pronuncia ora menzionata, è andata anche di là del riferimento all’art. 1173 c.c. Essa ha ritenuto di dover richiamare il concetto di “contatto sociale”⁴ ossia di un rapporto che nasce dal “contatto” intervenuto tra medico e paziente, al di là della esistenza di un contratto.

La nozione di “contatto sociale” è ben nota alla nostra giurisprudenza. Essa è stata anche impiegata per qualificare, quale “responsabilità contrattuale”, la responsabilità che nasce dalla violazione del dovere di buona fede che regola il comportamento delle parti contraenti *durante le trattative contrattuali* (artt. 1337 e 1338). È il “contatto sociale”, creato dalle trattative per la conclusione del contratto, a costituire il fondamento dell’obbligo di buona fede ivi previsto e la responsabilità che ne consegue. Non diversamente, ha ritenuto la Cassazione, come, nei confronti del medico dipendente, la responsabilità, ove non tragga origine da un contratto di prestazione d’opera professionale (qualora sia lo stesso paziente a rivolgersi ad un determinato professionista), viene a radicarsi in un “contatto sociale qualificato”, che si instaura per effetto della “presa in carico” del paziente da parte del sanitario operante presso la casa di cura o l’ente ospedaliero, e dal quale scaturiscono obblighi *di pro-*

vero è che né l’autonomia delle parti né la volontà espressa di legge possono considerarsi le uniche fonti esaustive (della produzione) di obblighi, potendo invece detti obblighi essere messi in relazione con accadimenti e situazioni economico-sociali che siano dotate di efficacia vincolante alla luce di principi o criteri desumibili *dall’ordinamento*, valutato nella sua interezza e complessità.

⁴ Si legge nella sentenza: “con questa espressione si riassume una duplice veduta del fenomeno, riguardato sia in ragione della fonte (il fatto idoneo a produrre l’obbligazione in conformità dello ordinamento, art. 1173 c.c.) sia in ragione del rapporto che ne scaturisce (e diviene allora assorbente la considerazione del rapporto che si atteggia ed è disciplinato secondo lo schema della obbligazione da contratto”.

tezione che comportano, in caso di loro violazione, una responsabilità di tipo contrattuale del sanitario, ai sensi dell'art. 1218 c.c.⁵.

Il vero è che la soluzione condivisa dalla Cassazione con la pronuncia menzionata è andata incontro a considerazioni di ordine critico. Sembra che essa abbia condiviso la tesi⁶ secondo cui, pur dovendosi parlare di responsabilità derivante da “contatto sociale”, l'obbligazione che ne deriva non è piena quanto **al contenuto** ma priva, quale suo oggetto, della prestazione. Tratterebbesi di una “obbligazione senza prestazione”, nella misura in cui il medico non sarebbe tenuto ad adoperarsi per “far guarire” il paziente bensì solo a “garantire” il suo stato di salute, e ciò nel senso di fare in modo che lo stato di salute di esso non abbia a subire danno o pregiudizio e cioè a peggiorare a seguito dell'intervento del medico.

In buona sostanza, sarebbe codesta l'aporìa insita nell'aver configurato una forma di responsabilità, che, pur qualificandosi contrattuale, è priva della “prestazione dovuta”⁷.

⁵In particolare, con riguardo alla resp. del medico ha così affermato la Cass. n. 14188/2016: “*La dottrina italiana si è posta consapevolmente sulla stessa scia, fin dai primi anni '90 del secolo scorso, prefigurando una forma di responsabilità che si colloca 'ai confini tra contratto e torto', in quanto radicata in un 'contatto sociale' tra le parti che, in quanto dà adito ad un reciproco affidamento dei contraenti, è 'qualificata' dall'obbligo di 'buona fede' e dai correlati 'obblighi di informazione e di protezione', del resto positivamente sanciti dagli artt. 1175, 1375, 1337 e 1338 c.c. Viene, per tale via, ad esistenza la figura di un rapporto obbligatorio connotato, non da obblighi di prestazione, come accade nelle obbligazioni che trovano la loro causa in un contratto, bensì da obblighi di protezione, egualmente riconducibili, sebbene manchi un atto negoziale, ad una responsabilità diversa da quella aquiliana e prossima a quella contrattuale, poiché ancorabili a quei fatti ed atti idonei a produrli, costituenti la terza fonte delle obbligazioni menzionata dall'art. 1173 c.c.*”.

⁶Nella sentenza (Cass. n. 589/1999 cit.) è parola di “obblighi di cura che gravano sul medico ed impostigli dall'arte che professa”. La tesi è quella di CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto* in *La nuova responsabilità civile*, 2^aed., Milano, 1997, spec. p. 180 ss. ma criticamente v. ADOLFO DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, in *Corr. Giur.*, 1999, p. 441 ss.

⁷Scorrendo tuttavia con maggiore attenzione la motivazione della decisione (Cass. n. 589/1999) si ha la sensazione che il baricentro di essa non sia tanto il contenuto del rapporto che intercorre con il medico quanto **la fonte di esso**, che non è, si è detto, il contratto ma quella situazione di fatto che, da tempo, nelle dottrine, è stata variamente denominata come situazione di “contatto sociale” e via dicendo. Non è un caso che nelle pieghe della motivazione facciano capolino i c.d. rapporti contrattuali “di fatto” ossia quei rapporti non derivanti da contratto ma la cui regolazione è comunque esemplata sui rapporti contrattuali, donde il nome. Vedine anche la risposta in CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Giuffrè 2015, p. 128 segg.

Proprio queste considerazioni di ordine critico dovrebbero indurre a ripensare a fondo il percorso qui seguito dalla giurisprudenza e dottrina in ordine alla responsabilità del medico. Non sembra che codesto percorso tragga molto giovamento dal raffronto della responsabilità del medico con le note categorie *del contratto* e del *torto*. Occorre seguire altra via, che guardi più “al contesto” normativo in cui si colloca la prestazione medica.

Ed in tale contesto, come già si è detto, la responsabilità non può non confrontarsi con uno statuto, proprio di una professione “protetta”, come per altri professionisti, la quale è fonte di per se *di obblighi specifici di comportamento* a carico del medico e che sono propri del “contesto” in cui si colloca la prestazione medica.

Ebbene, proprio muovendo da siffatto “contesto”, è la stessa Cassazione ad affermare che, ad es. quale che sia la natura della responsabilità del medico, ad essa si applica, in ogni caso, l’art. 2236 c.c., articolo che prevede nel caso di “soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà” l’attenuazione delle responsabilità per solo dolo o colpa grave. Detta disposizione è collocata per il settore del “contratto d’opera” e quindi è di applicazione generale per ogni prestazione del professionista. Tuttavia la si è ritenuta applicabile anche qualora non vi fosse stato un contratto tra medico e paziente.

Si è affermato altresì che, in ogni caso, anche nei casi “di speciale difficoltà” della prestazione medica, tale limitazione (“al dolo o alla colpa grave”) non ha luogo con riferimento ai danni causati per negligenza o imprudenza, dei quali il medico risponde in ogni caso⁸. Quindi l’art. 2236 c.c. ha riguardo alla sola “imperizia”.

Il che dunque induce ad affermare che, per le prestazioni appartenenti ad una professione c.d. “protetta” v’è un nucleo “duro” di regole (deontologiche e tecniche) che vanno osservate, il che metterebbe già fuori gioco la distinzione tra le due forme tradizionali di responsabilità. La responsabilità è “unica” ed essa si alimenta dello “statuto normativo” della professione “protetta”.

Ma, in tal caso, si potrebbe anche osservare che l’esigenza del “contatto sociale” si riduce a qualcosa di ben materiale e definito e cioè alla concreta prestazione compiuta “materialmente” dal medico a seguito del “contatto” con il paziente. È codesta la *prestazione*, derivante da *contatto*,

⁸ V. Cass. n. 11440/1997 e Corte cost. n. 166/1973.

se così si può dire. Né sarebbe concepibile un “contatto” generico, che non si identifichi con “la prestazione”, la cui esecuzione, una volta iniziata, va portata a termine e nei termini dovuti dalla diligenza qualificata. Nel Commento⁹ alla pronuncia della Cassazione menzionata si è quasi provocatoriamente sostenuto che qui l’obbligazione non sta *prima* della prestazione *ma dopo di essa*. Essa è quasi *l’effetto* della prestazione. In altre parole è il “vestimento” necessario, in termini obbligatori, dell’iniziativa del medico che si realizza con l’esecuzione della prestazione¹⁰.

“In principio”, si può dire, v’è dunque *la prestazione* cui segue come effetto necessario *l’obbligazione*. Può sembrare singolare ma l’esistenza di prestazioni *senza (iniziale) obbligazione* segna un ulteriore modo di essere della obbligazione, la quale adegua il proprio contenuto alle regole “oggettive” della prestazione professionale, così come svolta e/o da porre a termine, e ciò anche in assenza di contratto. Lo *status* dunque di professionista non è solo, di per sé, fonte, in tal caso, di obblighi specifici di comportamento a favore del cliente e/o paziente ma fornisce anche *il fondamento* per la nascita di una obbligazione (contrattuale), avente ad oggetto la prestazione.

2. Dal decreto Balduzzi alla legge Gelli

Quale che sia il percorso teorico che ha attraversato il tema della responsabilità medica, oggi l’interprete è destinato a confrontarsi con una legislazione che, negli ultimi anni, è intervenuta per disciplinare una materia che può definirsi “calda” e che è stata all’origine di posizioni conflittuali tra il ceto medico e i pazienti.

Se, da un lato, la giurisprudenza in questi ultimi tempi è andata irrigidendo notevolmente i criteri di responsabilità del medico e ciò in occasione dell’aumento smisurato della domanda di prestazioni mediche, anche in connessione con l’aumento (della durata) della vita e del proliferare di nuove forme di malattie, specie nel settore neurologico, a seguito del mutamento peggiorativo dell’ambiente, il ceto medico si è visto collocato in una zona di “rischio” al di là del suo merito professionale. E a codesta situazione si è inteso rispondere con un indirizzo che si è definito di “medicina difensiva” con la quale il ceto medico ha insistito per ridurre al minimo necessario i suoi interventi.

⁹V. DI MAJO, in *Corr. giur.*, 1999, p. 446 ss.

¹⁰DI MAJO, *op. loc. cit.*

Il potere politico, ben consapevole di ciò, è intervenuto in vario tempo, adoperandosi per monitorare in certo qual modo l'operato della giurisprudenza.

In un primo momento, è intervenuto il c.d. decreto Balduzzi, allora Ministro della Salute, che, con formulazione non del tutto chiara, ha inteso escludere la responsabilità penale per colpa lieve e, per quella civile, ha richiamato, senza ulteriori specificazioni, quella *extracontrattuale*, recata dall'art. 2043.

Il decreto Balduzzi è stato oggetto di molte critiche, dovute, in buona parte, alla sua genericità.

Esso indubbiamente si inquadra nel tentativo di dare risposta alla strategia della medicina "difensiva", messa in atto dai medici per rispondere ad un indirizzo giurisprudenziale molto rigido e penalizzante per i medici¹¹. E, per questo aspetto, una prima linea di attacco è stata l'abbandono delle responsabilità "da contatto sociale", che affidava la responsabilità ad un elemento affatto incerto ed ambiguo, tale da allargarne l'ambito¹².

Ma più significativo è il fatto che con esso, contrastando ormai una linea che, specie sul terreno giurisprudenziale, si era sapientemente adoperata per affermare la natura "contrattuale" della responsabilità del medico, si è tornati al passato, a quella *extracontrattuale*, rinnegando persino quella (traccia di) "realtà materiale", pur genericamente rappresentata dal riferimento al "contatto sociale".

A tacere poi, *nel merito*, del fatto che, pur esclusa la responsabilità penale per colpa lieve, nel caso in cui il medico avesse rispettato le linee-guida, l'aver fatto poi salva la responsabilità civile *ex art.* 2043 avrebbe posto la domanda, se, anche su tale terreno, poteva dirsi esclusa la responsabilità del medico (per colpa lieve)¹³ così come ha luogo per quella penale.

Ma ciò spiega la reazione negativa della giurisprudenza al decreto Balduzzi, la quale ebbe ad affermare, in sede interpretativa, che il decreto Balduzzi, con il richiamo all'art. 2043 c.c., "vuole solo significare che il legislatore si è preoccupato soltanto di escludere l'irrelevanza della colpa lieve nell'ambito della responsabilità *extracontrattuale* ma non ha inteso certamente prendere alcuna posizione sulla qualificazione della

¹¹ Il che ha determinato che, dal punto di vista assicurativo, vi è stata una sensibile lievitazione dei premi assicurativi. Sul punto v. PONZANELLI, *La resp. Medica: dal primato della giurisprudenza alla disciplina legislativa*, in *Danno e resp.*, 2016, pp. 816-820.

¹² V. sul punto C. SCOGNAMIGLIO, *Regole di condotta e modelli di responsabilità*, in *Corr. giur.*, 2017, p. 740 ss.

¹³ V. sul punto C. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 742.

responsabilità medica necessariamente come responsabilità extracontrattuale”¹⁴. Il che conferma, secondo questo indirizzo, che l’esimente penale non esclude l’illecito civile e quindi la piena applicabilità dell’art. 2043 in tutti i suoi presupposti, soggettivi ed oggettivi¹⁵.

È evidente che, con il richiamo all’art. 2043 c.c. si è inteso escludere la responsabilità contrattuale del medico-dipendente, con il quale non sia intercorso rapporto alcuno.

Quale che possa essere l’efficacia di una disposizione di legge “interpretativa”, tale da costringere la giurisprudenza ad applicare la forma di responsabilità così “indicata” dal legislatore, è certo che si è dato vita ad una notevole “frizione” con la giurisprudenza e specie con la Corte di legittimità. È facile l’argomento che il legislatore può “disporre” ma non “interpretare” e nel caso di specie non vi sarebbe stata materia “per disporre” ma solo per interpretare. Di qui prese di posizioni tendenti ad azzerare l’efficacia vincolante del decreto Balduzzi.

Successivamente, e con maggiore autorità, è intervenuta la legge in data 8 marzo 2017, n. 24, c.d. legge Gelli, “a gamba tesa” sul tema della responsabilità del medico, sancendo all’art. 7 che, mentre, per la Struttura sanitaria, essa risponde *contrattualmente*, ai sensi degli artt. 1218 e 1228 c.c., e non solo per se stessa ma per essersi avvalsa “dell’opera di esercenti la professione sanitaria, ancorché non dipendenti dalla Struttura stessa”, invece l’esercente la professione sanitaria risponde del proprio operato *solo ai sensi dell’art. 2043 c.c.* e cioè in sede extracontrattuale “salvo che abbia agito nell’adempimento di una obbligazione contrattuale assunta con il paziente”.

Disposizione, a suo modo, non del tutto chiara e trasparente.

Se, da un lato, essa sembra porre fine, quanto alla responsabilità del medico, all’alternativa responsabilità *contrattuale ed extracontrattuale*, sancendo che solo l’esistenza di un vero e proprio “contratto” è tale da rendere *contrattuale* la responsabilità del medico (anche dipendente) – e con ciò escludendo ogni rilevanza al c.d. “contatto sociale” – dall’altro lato, sembra tornare al richiamo (riduttivo) al dovere aquiliano *dell’alterum non laedere*, così rifiutando la soluzione di compromesso giurisprudenziale che aveva parlato di “obbligazione senza prestazione” e cioè di qualcosa, pur di diverso, dal dovere generico *dell’alterum non laedere*.

¹⁴ Così Cass. 17 aprile 2014, n. 8940.

¹⁵ V. Trib. Milano, 30 ottobre 2014 ma già nello stesso senso Cass. 19 febbraio 2013, n. 4030.

Così come è da osservare come il danno, in forma riduttiva, è quello previsto dagli artt. 138 e 139 del codice delle Assicurazioni private, e cioè di una forma (di quantificazione) di danno, *ad usum* del rapporto assicurativo ma non già per un rapporto *comune* di responsabilità, per il quale dovrebbe essere rilevante il danno *concreto*, nella sua integralità, subito dal paziente.

La legge Gelli darà luogo a numerosi interrogativi riguardanti la sua interpretazione ai fini applicativi. Se essa ha scelto in favore dei medici la forma più blanda di responsabilità, quella *extracontrattuale* dell'art. 2043, per la quale dovrebbe essere il paziente tenuto a doverne provare tutti i presupposti, *oggettivi* (ad es. nesso di causalità) e *soggettivi* (colpa o dolo), resta tuttavia la contraddizione di una responsabilità *contrattuale* (in capo alla Struttura sanitaria), per violazione di una obbligazione avente ad oggetto, oltre che la messa a disposizione di mezzi o di servizi ad essa spettanti in via esclusiva, anche l'esecuzione della prestazione medica, ad opera di un soggetto che, oltre che dipendente, potrebbe essere un *soggetto terzo*. Di tale prestazione, tuttavia, il medico non risponde, si è visto, se non a titolo *extracontrattuale*.

Non è chi non veda la intrinseca contraddittorietà di una tale disciplina. Se, da un lato, il medico non risponde della propria "prestazione" ma solo per avere arrecato danno ad altri come un *quisque de populo* (art. 2043 c.c.), all'opposto la Struttura sanitaria finisce col rispondere, a titolo invece contrattuale, della "prestazione" di un terzo, quale il medico, ancorché soggetto non sempre dipendente da essa, ma pur sempre "ausiliario" nello adempimento della prestazione da essa dovuta.

Una disciplina siffatta è ben lontana dalla "realtà materiale" cui essa pretende di dare "forma giuridica", giacché riesce difficile riferire siffatta "responsabilità contrattuale" ad una Struttura sanitaria e non al soggetto (come il medico), che ne è il responsabile proprio "in senso materiale", in quanto autore della *mala cura*. E ciò a prescindere dalla critica ad una tecnica legislativa, con la quale, il legislatore, anziché dettare la norma, interviene sulla qualificazione della responsabilità, definendola *extracontrattuale*, e con ciò impedendo che siano i giudici, come per loro competenza, a dare, essi, la qualificazione più esatta¹⁶.

¹⁶ V. sul punto C. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 747 il quale giustamente afferma che: "meglio il legislatore avrebbe fatto a dare una disciplina di diritto speciale del caso, sul terreno del riparto dell'onere della prova, di durata del termine prescrizione, di ambito del danno risarcibile, così come modellato su quelle proprie della responsabilità aquiliana".

CAPITOLO SECONDO

IL GIUDIZIO DI RESPONSABILITÀ

SOMMARIO

SEZIONE PRIMA – 1. Colpa professionale e onere probatorio. – 2. La attenuazione della responsabilità del medico per colpa grave. Il privilegio dei professionisti. – SEZIONE SECONDA – 1. Il giudizio di responsabilità dopo la legge Gelli. – 2. Le linee guida della legge Gelli secondo la sentenza n. 8770/2018 della Cassazione. – 3. L'obbligazione è di mezzi e non di risultato. – SEZIONE TERZA – 1. Il danno risarcibile.

SEZIONE PRIMA

1. *Colpa professionale e onere probatorio*

a) Pur tenendo conto della complessa e spesso contraddittoria evoluzione che ha avuto il tema della responsabilità medica, occorre, ai fini applicativi, quasi porre da parte l'alternativa tra la responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, e confrontarsi con il tema concreto delle rispettive posizioni del medico e del paziente *sul terreno della prova* che ciascuno di essi è tenuto a fornire.

Del resto, giova osservare che la responsabilità del medico non si presta ad essere trattata *unitariamente*, a prescindere dal diverso tipo di prestazione ad esso richiesta e dal contesto in cui essa si svolge. Di qui la necessità di un approccio concreto che abbia riguardo alla diversa tipologia di prestazioni¹.

¹ V. Cass. 28 luglio 2005, n. 15781, in *Europa e dir. privato*, 2006 con nota di Nicolussi, *Il commiato della giurisprudenza dalla distinzione tra obbligazione di mezzi e di risultato* nonché Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577.

Così come è da tenere conto come, anche sul terreno della colpa c.d. professionale accanto alle ipotesi tradizionali in cui l'obbligato – professionista risponde per colpa nell'esecuzione della prestazione da esso dovuta, oggi, nell'attuale realtà, si pongono ben diverse forme di responsabilità che hanno poco in comune con il modello della responsabilità professionale. È quella ad es. derivante dalla violazione del principio del c.d. “consenso informato”, responsabilità che si è venuta a porre accanto a quella (per colpa) professionale.

E, a tale scopo, è opportuno, quale *incipit*, fare accenno ai principi più comuni e risalenti in materia. Ed un breve cenno è doveroso sulla rilevanza della diligenza *qualificata* del professionista medico, la quale assume un grado più elevato rispetto a quella ordinaria, come si ricava dall'art. 1176 c.c., Infatti la norma contenuta in tale articolo prevede che la diligenza del professionista va valutata, in un eventuale giudizio di responsabilità, con riguardo “alla natura dell'attività esercitata”.

Ne consegue che l'inadempimento del medico consiste nel avere tenuto un comportamento non conforme *alla diligenza qualificata*, e cioè nel caso in cui non siano stati osservati i criteri diagnostici e terapeutici in base ai criteri scientifici attuali ed idonei per il caso in esame, nonché non siano stati effettuati i controlli sull'operato dei collaboratori. (Cass. n. 4058/2015).

La complessità della responsabilità medica è il riflesso della distinzione, ben nota tra i giuristi, tra obbligazioni *di mezzi* e *di risultato*².

La distinzione, pur di recente criticata dalla giurisprudenza secondo la quale in ogni obbligazione non si può non avere riguardo anche al risultato (v. nota 1), ha la sua rilevanza sul terreno probatorio.

Nell'obbligazione *di mezzi* l'inadempimento allegato dal paziente è che il medico non ha impiegato “i mezzi” che avrebbero potuto condurre, ove impiegati, “al risultato”, nell'obbligazione *di risultato* è invece sufficiente la allegazione del mancato e/o difettoso risultato. Alla stregua del dir. generale delle obbligazioni tuttavia il medico può sempre dimostrare che un impedimento od ostacolo di carattere *oggettivo*,

²Sul rapporto *mezzi e risultato* nella prestazione medica v. Cass. 21 giugno 2004, n. 11488 e il commento di A. DI MAJO, *Mezzi e risultato nella prestazioni mediche una storia infinita*, in *Corr. giur.*, 2005, p. 38 ss. ove si afferma che non è l'incertezza del risultato a determinare la “speciale difficoltà” della prestazione. Sulla struttura della obbligazione del sanitario (di mezzi) Trib. Cremona, sentenza 9 luglio 2014 per la causa NRG 130/2009.

ma non attinente al suo comportamento, né evitabile pur con la dovuta diligenza, ha reso *impossibile* l'adempimento dell'obbligo (art. 1218 c.c.).

b) Senonché, proprio sul terreno della responsabilità medica, la distinzione *mezzi-risultato* non ha mai trovato integrale applicazione.

A volersi attenere a tale distinzione sarebbe sufficiente che il paziente abbia a dimostrare che il medico non ha osservato la diligenza dovuta, per affermarne la responsabilità, a prescindere *dall'esito negativo* dell'attività di esso.

Ma, in realtà, la giurisprudenza non è andata in questa direzione. E per la ragione che si è affermato che l'inadempimento denunciato dal paziente non può essere un "qualsiasi" inadempimento (per mancata osservanza della diligenza dovuta) ma deve trattarsi di un *inadempimento qualificato* e cioè di un inadempimento "astrattamente" efficiente alla produzione del danno³. Il che vale a collegare, sia pure come allegazione, che l'inadempimento è stato causa del danno subito dal paziente. Competerà al medico dimostrare o che tale inadempimento non vi è stato ovvero che esso, pur esistendo, non è stato la causa del danno⁴.

Ma ciò dimostra che "il risultato", in qualche modo e forma, è pur sempre rilevante nella fattispecie causativa della responsabilità.

Ma è tal punto rilevante che una giurisprudenza successiva⁵ ha ritenuto che grava sul paziente la prova "del nesso causale quale fatto costitutivo della domanda, intesa a far valere la responsabilità per l'inadempimento del rapporto curativo". E ancor meglio che "grava sul creditore (e cioè sul paziente) l'onere di provare il nesso di causalità tra l'azione e l'omissione del sanitario e il danno di cui si lamenta il risarcimento".

Si è ragionato nel senso che la *causalità*, relativa all'evento e al danno conseguente "è comune ad ogni fattispecie di responsabilità, contrattuale ed extracontrattuale, e caratterizza negli stessi termini, sia in ambito

³ V. in tal senso Cass. n. 577/2008.

⁴ Nel caso di specie avendo l'attore provato il contratto relativo alla prestazione sanitaria ed il danno assunto, allegando che i convenuti erano inadempienti avendolo sottoposto ad emotrasfusione (con sangue infetto), competeva ai convenuti dimostrare che tale inadempimento vi era stato oppure che esso, pur esistendo, non era eziologicamente rilevante nell'azione risarcitoria proposta.

⁵ V. Cass. n. 18392/17.

contrattuale che extracontrattuale, gli oneri di allegazione e di prova del danneggiato. Il danno è elemento costitutivo della fattispecie dedotta in giudizio ed essendo l'eziologia immanente alla nozione di danno anche l'eziologia è parte del fatto costitutivo che l'attore deve provare”⁶.

Siamo dunque assai distanti dalla distinzione tra *mezzi e risultato* ma anche da ciò che può dirsi proprio della responsabilità contrattuale. Il vero che è la forma di responsabilità medica si rivela *una via di mezzo*, come è dato concludere, tra quella contrattuale e quella extracontrattuale.

E ciò ha luogo distinguendo nettamente tra l'aspetto *della colpa* e quello *del nesso causale* tra condotta ed evento di danno. I due aspetti costituiscono oggetto di distinti ed autonomi accertamenti⁷.

Dalla prova della colpa non è dato desumere che v'è nesso di causa (ed effetto) tra la condotta e il danno di cui si domanda il risarcimento. L'uno attiene *all'aspetto soggettivo* della responsabilità, l'altro a quello *oggettivo*.

E ancor meglio, ha precisato la giurisprudenza⁸, che, mentre il nesso causale tra la condotta (del medico) e il danno subito dal paziente è regolato “da una relazione probabilistica concreta, svincolata da ogni riferimento soggettivo e ciò in termini di “rispondenza” del medico “delle conseguenze che normalmente discendono dal suo atto, a meno che non sia intervenuto un nuovo fatto rispetto al quale egli non ha il dovere e la possibilità di agire (“*teoria della regolarità causale*”), ciò che invece attiene “ai doveri di avvedutezza comportamentale” si iscrive “entro l'orbita soggettiva della colpevolezza dello illecito”.

E ancor più si è precisato, quanto alla differenza tra il nesso causale in sede penale e quello in sede civile, che, in sede civile, la probabilità è da intendere “in senso meno elevata rispetto a quella penale”, tale da assumere molteplici forme espressive, quali quella delle “serie ed apprezzabili possibilità” e/o “della ragionevolezza probabilità”, ma senza che ciò debba convertire il giudice quasi in un consulente tecnico.

“La causalità civile, in definitiva, obbedisce alla logica del più probabile che non”⁹.

⁶ Sempre Cass. n. 18392/2017.

⁷ V. in tal senso Cass. n. 26824/2017.

⁸ Cass. n. 21619/2007.

⁹ Cass. n. 21619/2007.

Volendo ora distinguere tra resp. contrattuale e extracontrattuale, *contratto e torto*, è da osservare che nel modello tradizionale della responsabilità *contrattuale*, una volta dimostrato l'inadempimento del debitore, è dato presumere che il danno sia quasi *in re ipsa*, identificandosi, esso, con la mancata e/o difettosa prestazione e con la perdita da essa recata in termini patrimoniali. Ma ciò non sembra abbia luogo nella responsabilità medica, per il semplice fatto che l'inadempimento è solo "una parte" o un elemento della fattispecie della responsabilità, completandosi, essa, *con l'evento di danno*, come ha luogo per la responsabilità *ex art. 2043 c.c.*

E, come nella responsabilità extracontrattuale *ex art. 2043 c.c.* il danneggiato deve fornire la prova che la condotta del danneggiante è stata *la causa* del danno subito dal danneggiato, del pari, nella resp. medica, tale prova deve fornire il paziente. Se, nella responsabilità contrattuale, il creditore, com'è noto, è sollevato dall'onere di provare la colpa del debitore, esso, per la responsabilità extracontrattuale, non è sollevato dall'onere di provare "il nesso di causa tra la condotta del debitore ed il danno di cui si domanda il risarcimento"¹⁰.

È dunque la c.d. "causalità materiale" a dover essere richiamata per la responsabilità del medico e ciò è tipico della resp. extracontrattuale e/o da fatto illecito, giacché, in essa, occorre collegare *causalmente*, anche in senso *materiale*, la condotta del danneggiante al danno subito dal danneggiato¹¹. Non v'ha alcuna presunzione, come nella resp. contrattuale, che la stessa condotta (di inadempimento) abbia potuto essere all'origine del danno subito dal danneggiato.

¹⁰V. in tal senso sempre Cass. n. 26824/2017.

¹¹Vale al riguardo richiamare la differenza tra il concetto di "causalità materiale" e quello di "causalità giuridica".

La "causalità materiale" è quella che intercorre tra la condotta e l'evento di danno, come si esprime l'art. 2043 ("fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un danno"). Trattasi in sostanza di dover imputare il danno prodotto alla condotta dell'agente. Quella "giuridica" è invece propria della responsabilità da inadempimento dell'obbligazione, ove si tratta di accertare quali "conseguenze pregiudizievoli" l'inadempimento abbia provocato. E, in tal caso, la causalità non va accertata in senso materiale ma ricorrendo ad un criterio di "regolarità causale" e/o meglio facendo ricorso a "soluzioni pratiche", che non si identificano con il rapporto rigoroso di causalità, nel senso di ri-comprendere tutte quelle "conseguenze" che, in base a tale criterio di regolarità e/o di normalità, sono da considerare conseguenze "immediate e dirette" dell'inadempimento (art. 1223 c.c.).

Su siffatta differenziazione tra le due forme di responsabilità insiste e chiarisce Cass. n. 21619/2007.

Si deve dunque prendere atto come la responsabilità medica, pur definendosi *contrattuale*, è venuta gradualmente distanziandosi da quella così definita dalla “storica” sentenza della Cassazione¹² secondo la quale, nella *resp. contrattuale*, è sufficiente che il creditore dimostri la sola esistenza dell’obbligazione mentre spetta al debitore dimostrare di avere adempiuto e cioè il *fatto positivo* dell’adempimento o che all’adempimento si è frapposto *un ostacolo od impedimento*.

Codesto indirizzo, inaugurato dalla decisione che si è riferita, ha teso ad unificare per il regime probatorio l’onere del soggetto, sia che esso agisca per l’adempimento come altresì per il risarcimento del danno (da inadempimento)¹³. In entrambi i casi, l’onere dell’attore è lo stesso. Esso deve dare la prova *del proprio diritto*, derivante dal contratto e/o da altro titolo, e, permanendo la presunzione della persistenza di esso, salvo che il diritto risulti estinto per via di adempimento, è sufficiente che esso provi di avere (ancora) “il diritto”.

Ebbene, è da chiedersi sino a che punto l’indirizzo giurisprudenziale che si è venuto affermando per la responsabilità (contrattuale) del medico sia rimasto coerente con l’indirizzo ora enunciato.

Ai sensi di esso, il paziente, che si assume danneggiato dalla condotta del medico, sarebbe solo onerato di fornire la prova *del proprio diritto ad una condotta sanitaria corretta* che fosse tale da produrre il risultato sperato, salvo poi che quest’ultimo non abbia potuto realizzarsi per l’intervento di altri fattori, non aventi riguardo al comportamento del medico ma ad es. allo stato soggettivo del paziente.

Ma così non è per la responsabilità del medico. Il contratto e l’obbligazione servono ben poco al paziente – creditore, essendo, questi, onerato di dare la prova *dell’intera fattispecie costitutiva della responsabilità*. E è dato osservare come anche l’inversione della prova, con riguardo alla colpa del medico, è “neutralizzata”, per così dire, dalla prova (spet-

¹² Cass. n. 13533/2001.

¹³ Indirizzo invece all’epoca *maggioritario* era che, trattandosi di domande aventi oggetto diverso (l’adempimento o il risarcimento del danno), l’onere del creditore – attore si presentava diverso. Nell’un caso, ove si agiva per l’adempimento, era sufficiente la prova del titolo, nell’altro caso, agendosi per il risarcimento del danno, occorreva dare la prova dell’inadempimento. L’esigenza da cui muoveva la sentenza è che “appare irrazionale che, di fronte ad una identica situazione probatoria della ragione del creditore e cioè dell’esistenza della obbligazione contrattuale e del diritto di ottenerne l’adempimento, vi sia una diversa disciplina dell’onere probatorio ...”.

tante al paziente) di dover dimostrare che non trattasi di “inadempimento qualsiasi ma qualificato”, con riferimento alla (sia pure astratta) “efficienza” di esso *versus* la produzione del danno.

E senza considerare l’ulteriore prova, della quale è onerato il paziente, di dover dimostrare *il nesso causale* tra la condotta del sanitario e il danno da esso subito¹⁴. Siamo dunque ben distanti dalla forma della responsabilità contrattuale, per la quale dovrebbe essere sufficiente, da parte del paziente, la dimostrazione, nel caso di specie, *del diritto ad una prestazione medica professionalmente adeguata* e l’allegazione dell’inadempimento (art. 1176 c.c.), salvo la prova contraria del medico di avere adempiuto o che ne è stato “impossibile” l’adempimento per causa ad esso non imputabile (art. 1218 c.c.).

È dato dunque constatare come, nella versione giurisprudenziale, la responsabilità del medico si presenti quale forma *mista* di responsabilità, che attinge elementi sia da quella contrattuale come da quella extracontrattuale e forse più da quest’ultima che dalla prima, il che trova ragione nella “genericità” del contratto e/o del “contatto” medico-paziente e, all’opposto, *nella complessità* della prestazione medica, della quale, in tema di responsabilità, vanno ricostruiti, in via oggettiva, tutti i passaggi, a prescindere dal rapporto (contrattuale o “contattuale”) con il paziente.

c) Diverso è invece il caso rappresentato dalla responsabilità per interventi sul terreno *dell’estetica del paziente*. Detta fattispecie, trattandosi di interventi “non necessari” fa eccezione alla regola, perché essi vengono pressoché regolati contrattualmente, anche sul terreno della responsabilità e ciò a mezzo *del consenso informato*, e nel senso che l’obbligazione del medico diventa, in definitiva, *di risultato*. Onde il medico viene ad essere quasi garante (del raggiungimento) di detto risultato verso il paziente e risponde se il risultato non è ottenuto¹⁵.

L’orientamento della Giurisprudenza non è stato affatto univoco, per-

¹⁴ Così espressamente Cass. n. 26824/2017 in *Foro it.*, 2918, p. 557.

¹⁵ Si può leggere in Cass. n. 452/2015: “L’obbligazione gravante sul chirurgo plastico non è quella infatti di fornire le cure ma è piuttosto volta al miglioramento delle imperfezioni meramente estetiche della persona; è evidente come questa disciplina chirurgica ben si presti ad essere considerata maggiormente come fonte di un’obbligazione di risultato, piuttosto che di mezzi, poiché, nel momento in cui il paziente si sottopone ad un intervento chirurgico, lo fa in vista di un determinato risultato estetico e non certo per ottenere dal medico solo la rassicurazione che farà il possibile per raggiungerlo (v. fra le tante Cass. Nr. 10014/1994)”.

ché vi è stata altra posizione che ha qualificato l'obbligazione del chirurgo estetico come obbligazione di mezzi (Cass. n. 12253/1997), recependo in tal modo un'istanza di carattere sociale per la quale la disciplina definita: chirurgica estetica ha una valenza curativa e non solo cosmetica (v. la più recente giurisprudenza di merito: su tutte Trib. Bari, 23 maggio 2011, n. 1780).

Attualmente il problema della responsabilità del chirurgo estetico si basa essenzialmente sulla problematica del 'consenso informato' reso al paziente, atteso che tutte le prestazioni medico chirurgiche rientrano nelle obbligazioni di mezzi (orientamento già adottato dalla Suprema Corte a S.U. con la sentenza n. 577/2008, per il quale non si esige che il paziente guarisca ma che il medico si impegni per la sua guarigione o, quantomeno al miglioramento delle condizioni dello stesso).

Alla luce di ciò, in adempimento al proprio dovere di informare correttamente il paziente, e a tutela del consenso e della salute di quest'ultimo, il chirurgo plastico (ovvero estetico) ha l'onere di tratteggiare in modo dettagliato il risultato che intende raggiungere a seguito dell'operazione, le modalità dell'intervento, e di prospettare realisticamente i rischi e le possibili conseguenze pregiudizievoli connesse all'intervento.

Il consenso deve possedere i seguenti requisiti, sanciti dalle diverse pronunce della Corte di legittimità: deve essere sempre 'completo' ed 'effettivo'; deve provenire dal paziente in modo 'specifico ed esplicito'; deve essere, nei limiti del possibile, 'attuale' e 'informato', ovvero consapevole, dovendo basarsi su informazioni dettagliate fornite dal medico, sul quale, a fronte di un'eventuale allegazione di inadempimento da parte del paziente, incombe l'onere di provare di avere adempiuto tale obbligazione.

Quanto alle modalità dell'informazione, la giurisprudenza ha avuto modo diverse volte di ribadire che la stessa deve sostanziarsi in spiegazioni dettagliate e complete, adeguate al livello culturale del paziente, con l'adozione di un linguaggio che tenga conto del suo stato soggettivo e del bagaglio di conoscenze di cui dispone, in grado di informare sui possibili effetti negativi di una terapia o di un trattamento chirurgico, sulle possibili controindicazioni e sulla gravità degli effetti (Cass. pen., n. 37077/2008) non potendo bastare le indicazioni su un modulo prestampato e una firma, ma occorrendo invece un colloquio del medico con il paziente (cfr. *ex multis*, Cass. n. 19220/2013).

L'intervento di *chirurgia estetica*, è, com'è noto, definito "non neces-

sario” (secondo la scienza medica del tempo). Ebbene, il *dovere di informazione* è particolarmente pregnante nella chirurgia estetica, perché il medico è tenuto a prospettare al paziente, in termini di probabilità logica e statistica, la possibilità di conseguire un effettivo miglioramento dell’aspetto fisico, che si ripercuote, anche favorevolmente, nella vita professionale e in quella di relazione¹⁶.

¹⁶Così la giurisprudenza risalente Cass. 6 ottobre 1997, n. 9705, nonché Cass. n. 4394/1995 nonché sotto questo profilo le caratteristiche e le finalità del trattamento medico-estetico impongono una informazione completa proprio in ordine all’effettivo conseguimento del miglioramento fisico e per converso ai rischi di possibili peggioramenti della condizione estetica. Così Cass. 6 giugno 2014, n. 12830.

Si può leggere nella sentenza della Cass. n. 12830/2014 quanto segue: “*La necessità dell’intervento chirurgico preclude la possibilità di qualificare contra ius l’intervento stesso: l’ordinamento non può – pena l’autocontraddizione – qualificare contra ius un intervento medico necessario.*

Invece, nel campo degli interventi non necessari (secondo la scienza medica del tempo), un intervento compiuto senza valido consenso perde qualsiasi fonte di legittimazione.

Diventa un intervento contra ius, che espone chi lo compie a tutte le conseguenze della sua condotta. Anche se l’intervento fosse compiuto secondo i migliori protocolli terapeutici.

Infatti, occorre separare le due qualificazioni giuridiche: quella che riguarda l’intervento in sé (potremmo dire l’an dell’intervento) e quella che riguarda l’esecuzione dell’intervento (potremmo dire il quomodo dell’intervento).

La seconda qualificazione può essere secundum ius e nondimeno essere contra ius la prima qualificazione: infatti, ben può essere illegittimo un intervento eseguito correttamente.

E questo avviene in tutti i casi in cui l’intervento terapeutico non trova legittimazione né nel consenso, né nella necessità.

Questo dovere di informazione è particolarmente pregnante nella chirurgia estetica, perché il medico è tenuto a prospettare in termini di probabilità logica e statistica al paziente la possibilità di conseguire un effettivo miglioramento dell’aspetto fisico, che si ripercuote anche favorevolmente nella vita professionale e in quella di relazione (Cass. 6.10.1997 n. 9705; Cass. 1985 n. 4394).

In sostanza, il miglioramento del proprio aspetto fisico – che è il risultato che il paziente intende raggiungere con l’intervento acquista un particolare significato nel quadro dei doveri informativi cui è tenuto il sanitario, anche perché soltanto in questo modo il paziente è messo in grado di valutare l’opportunità o meno di sottoporsi all’intervento di chirurgia estetica. In questa materia, infatti, può parlarsi nella maggioranza dei casi, di interventi non necessari, che mirano all’eliminazione di inestetismi e che, come tali, devono essere oggetto di un’informazione puntuale e dettagliata in ordine ai concreti effetti migliorativi del trattamento proposto.

Sotto questo profilo, le caratteristiche e le finalità del trattamento medico-estetico, impongono un’informazione completa proprio in ordine all’effettivo conseguimento del miglioramento fisico e – per converso – ai rischi di possibili peggioramenti della condizione estetica.

La necessità di una informazione puntuale, completa e capillare è funzionale alla deli-

Ove il miglioramento prospettato non riesca, il medico è responsabile contrattualmente del mancato e/o difettoso risultato.

2. *La attenuazione della responsabilità del medico per colpa grave. Il privilegio dei professionisti*

È da tenere conto della rilevanza che, in ordine alla responsabilità del medico ha avuto ed ha l'art. 2236 c.c., il quale stabilisce che “se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o colpa grave”.

Una disposizione, come quella dell'art. 2236, non trova eguali in altri sistemi giuridici. Essa rappresenta la ricerca di un punto di equilibrio, tra l'esigenza «di non mortificare l'iniziativa del professionista, col timore di ingiuste rappresaglie da parte del cliente in caso di insuccesso e quello inverso di non indulgere verso non ponderate decisioni e riprovevoli inerzie del professionista». Si ritiene che l'attenuazione della responsabilità, resa legittima da tale disposizione, valga anche per il settore extracontrattuale.

Occorre chiedersi se una disposizione come quella menzionata non finisca con il vanificare quel criterio della *diligenza-regola tecnica*, di cui all'art. 1176, comma 2 e cioè quel criterio *di maggiore rigore* che inevitabilmente è insito nella applicazione di un parametro oggettivo e tecnico di comportamento. Il che significa che per i professionisti-prestatori di opera intellettuale i criteri di vigilanza e oculatezza si presentano quasi attutiti. Tali professionisti rispondono solo per dolo o colpa grave¹⁷.

cata scelta del paziente: se rifiutare l'intervento o accettarlo correndo il rischio del peggioramento delle sue condizioni estetiche. È questa la fondamentale caratteristica dell'intervento estetico non necessario”.

¹⁷ Si potrebbe osservare, in sede di politica del diritto che per la prestazione del professionista il modello della colpa lieve non può funzionare, dovendosi valutare la c.d. colpa professionale «con una certa larghezza», così da non mortificare la personalità del professionista. *Colpa professionale e colpa grave* finiscono allora col coincidere. Il significato di tali enunciazioni è il seguente. Una società liberale, fondata sulla egemonia delle classi intellettuali, non può trattare alla stessa stregua il prestatore di opera *intellettuale* (art. 2230) e quello *manuale* (art. 2222). Se non foss'altro, la funzione dell'art.