

LONGO M. (*), COLUCCI M. (**), DI GUIDA R. (***)

Il consenso dell'avente diritto in chirurgia estetica

The informed consent in cosmetic surgery

Lavoro presentato al I Congresso Nazionale della Società Scientifica COMLAS. Siena 9-10-11 Ottobre 2014.

Paper presented at the I National Meeting of the Scientific Society COMLAS. Siena, Italy, Oct. 9-10-11, 2014.

(*) Assistente in Formazione di Medicina Legale, Seconda Università di Napoli; (**) Servizio di Medicina Legale, Seconda Università di Napoli; (***) Specialista in Medicina Legale, Seconda Università di Napoli. Corresponding Author: mari.longo@hotmail.it.

Abstract

In this work we have investigated the complex picture regarding the responsibilities of the specialist in cosmetic surgery, pointing out a distinction among plastic, reconstructive and cosmetic surgery. In addition to the question of legal legitimacy between so-called obligation of best efforts or obligation of result, according to classification purely *contractual* of the health service to be performed, we have addressed the fundamental theme of information to the patient, both as a basis of the legitimacy of the medical action - whatever it is - and as means, by the surgeon who has not reached the expected result, to testify that he had explained to the patient any possible event that could manifest itself in the event of objective and / or subjective failure of the operation as proposed: the so-called "*informed consent*".

This debate, through doctrinal references and very recent decisions of the "Corte di Cassazione", is still extremely wide and diversified, characterized by divergent and distant positions, but it shows the duty of the surgeon, as well as its 'safeguard' in the completeness of the information, since the consent about cosmetic surgery has to have also a contract value about specific and particular commitments with the patient.

Keywords: responsibility, agreement, cosmetic surgery

Riassunto

Nel presente lavoro si è analizzato il complesso quadro inerente la responsabilità dello specialista in chirurgia plastica, ponendo preliminarmente un doveroso distinguo tra quella che rappresenta la chirurgia plastica, la chirurgia ricostruttiva e la chirurgia estetica propriamente detta. Al di là nell'annosa e dibattuta questione di legittimità giuridica tra c.d. obbligo di mezzi o obbligo di risultato, alla luce dell'inquadramento meramente *contrattuale*

della prestazione sanitaria da compiersi, si è affrontato il fondamentale tema dell'informazione al paziente, sia come base effettiva della liceità dell'atto medico – qualunque esso sia – che come mezzo, da parte del chirurgo che non ha raggiunto il risultato atteso, per testimoniare di aver illustrato al creditore ogni possibile evento che poteva palesarsi nel caso di mancato raggiungimento oggettivo e/o soggettivo dell'intervento così come prospettato.

Tale dibattito, attraverso riferimenti dottrinali ed a recentissime pronunce della Corte di Cassazione, appare ancora quanto mai ampio e variegato, caratterizzato da posizioni distanti e divergenti, ma vede nella completezza dell'informazione il dovere dell'operatore, nonché la sua 'salvaguardia', dovendo avere il consenso in questa specialità anche un valore di contratto circa gli specifici e particolari impegni assunti con il paziente.

Parole chiave: responsabilità, consenso, chirurgia estetica

Addentrarsi nel vasto ambito della chirurgia plastica, richiede preliminarmente di chiarire la differenza tra chirurgia estetica e chirurgia ricostruttiva.

Nell'ambito della chirurgia estetica possono essere annoverati quegli interventi atti a modificare e, più specificamente, tesi al miglioramento prevalente dell'aspetto estetico.

La chirurgia estetica è, dunque, finalizzata alla modificazione di parti del corpo a scopo non direttamente terapeutico, bensì fondato sul desiderio di adattamento ad un ideale corporeo soggettivo, che sfocia in una attività finalisticamente terapeutica, migliorando il difficoltoso inserimento relazionale. Tale assunto riprende in pieno la definizione che l'OMS dà del concetto *salute*, ovvero uno stato di benessere fisico, mentale e sociale e non la semplice assenza di malattia od infermità.

La chirurgia ricostruttiva ha, invece, lo scopo di correggere malformazioni congenite o secondarie a traumi. In questo caso, dunque, l'aspetto estetico e quello terapeutico risultano essere, chiaramente, strettamente correlati.

Si è, quindi, cercato di trovare un modo per legittimare giuridicamente le pratiche di chirurgia estetica, posta la chiara difformità rispetto agli interventi di cd. *chirurgia ordinaria* stabilendo, sin dall'inizio, che potessero avere un'accezione terapeutica, al pari degli altri trattamenti, in quanto finalizzati a garantire il benessere della persona, intesa come entità psico-fisica nel suo complesso.

In quest'ottica, in effetti, la chirurgia estetica appare chiaramente legittimata poiché aiuta il paziente a superare il disagio psicologico che comporta un

difficile rapporto sociale, ponendosi, dunque, concretamente a salvaguardia della salute, costituzionalmente tutelata ex art. 32 Cost..

Al di là del complesso discorso sulla legittimazione, le problematiche maggiormente dibattute in sede giudiziaria in tema di chirurgia estetica sono state essenzialmente due: la prima inerente alla tipologia di responsabilità del chirurgo estetico, distinta in un primo tempo da quella del chirurgo ordinario, relativamente all'obbligazione di mezzi o di comportamento assunta da quest'ultimo.

L'altra tematica affrontata è costituita dal consenso informato del paziente, atto che rende lecito l'operato del medico dal punto di vista penale, civile e disciplinare, che dovrebbe avere una connotazione differente, ovvero essere maggiormente esteso e dettagliato per gli interventi di chirurgia estetica, al fine di consentire un'informazione più completa e dunque una valutazione più approfondita riguardo l'opportunità dell'intervento stesso.

Già nel 1994 la Corte di Cassazione affermava che *“la funzione tipica dell'arte medica, individuata nella cura del paziente, al fine di vincere la malattia, ovvero di ridurre 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”* (Cfr. Cass. 25.11.1994, n. 10014, in *Foro it.*, 1995, I, 2913).

Altro punto fondamentale da affrontare riguarda la cosiddetta *bipartizione delle obbligazioni*, derivante dalla dottrina giuridica tedesca degli inizi del secolo scorso, che vede nell'interpretazione del secondo comma dell'art. 1176 c.c. (*“la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata”*) il suo caposaldo.

Dal differente “obbligo” nascente da parte del professionista nei confronti del paziente, si individuano prestazioni di mezzi e di risultato, laddove nelle prime si dovrà provare l'avvenuto danno ingiusto, conseguente a comportamento colposo del professionista, connessi tra loro causalmente; le altre, vedranno nel debitore il soggetto cui è deputata la dimostrazione dell'impossibilità della prestazione per caso fortuito a lui non imputabile, in linea con quanto previsto dall'art. 1218 c.c..

In linea generale, l'esercente un'attività professionale assume – nei confronti del creditore – l'onere di una prestazione caratterizzata da una obbligazione di mezzi, impegnandosi alla prestazione al fine di tendere al risultato concordato, ma non al suo conseguimento.

Dal concetto di bipartizione delle obbligazioni, dunque, si deduce che il chirurgo estetico sarebbe vincolato fortemente al soddisfacimento dei desideri del paziente, in alcuni casi anche piuttosto ambiziosi, divenendo quanto ‘pattuito’ o garantito il risultato da raggiungere. L’interesse del paziente, da questo punto di vista, diverrebbe, in effetti, un “*contenuto essenziale e irriducibile della prestazione sanitaria*”.

La Corte di Cassazione si è espressa in merito alla tematica del consenso, stabilendo che la responsabilità del medico in caso di omessa o incompleta informazione è di natura contrattuale, poiché il dovere di informare il paziente costituisce un momento preliminare, anamnestico e diagnostico, antecedente all’effettiva manifestazione del consenso da parte del paziente, facente parte integrante del rapporto di prestazione d’opera professionale. In base a ciò, dunque, l’eventuale omessa informazione configura chiaramente un caso di inadempimento contrattuale.

Sebbene tale concetto sia stato più volte ribadito anche in recenti pronunce della Corte di legittimità, la stessa definizione di “consenso al trattamento sanitario”, e la sua necessità quale atto che legittima l’operato del medico, potrebbe portare alla conseguenza che la precisa definizione del contratto di prestazione d’opera avvenga solo dopo l’espressione del consenso del paziente e dunque il momento preliminare di informazione del cittadino non rientrerebbe, insieme all’intervento chirurgico, in un unico contratto di prestazione d’opera, bensì costituirebbe un contratto distinto, ovvero un’attività antecedente e irrinunciabile per la formazione del contratto d’opera.

Ne consegue che l’eventuale violazione dell’obbligo di informazione del paziente costituirebbe una responsabilità *in contraendo*, dunque chiaramente di tipo extra-contrattuale, facente capo all’art.1337 c.c..

Occorre, ad ogni modo, considerare che la mancanza di una conoscenza approfondita delle caratteristiche e dell’esito dell’intervento rende nullo il consenso prestato, ex art. 1429, comma 1, numero 2 c.c., e costituisce una delle cause di nullità del contratto.

L’errore di informazione, in questo senso, va tenuto ben distinto dall’esito non soddisfacente del trattamento, in quanto il primo rientra nel momento formativo del contratto, mentre il secondo è relativo all’esecuzione dello stesso.

Risulta chiaro come, da queste considerazioni scaturisca che, anche nel caso in cui il chirurgo non abbia commesso alcun inadempimento contrattuale, egli non possa essere considerato esente da colpa (*culpa in contraendo*, nello specifico) se abbia omesso di informare dettagliatamente il paziente riguardo ad ogni esito prevedibile del suo intervento.

In particolare, nell'ambito della terapia chirurgica, il dovere di informazione che grava sul medico è funzionale al diritto del paziente, sancito dalla stessa Carta costituzionale, agli art.13 e 32 comma 2, a lui solo attribuito (salvi i casi di trattamenti sanitari obbligatori per legge), di decidere liberamente se sottoporsi o meno all'intervento terapeutico.

La nuova Costituzione Europea, firmata a Roma il 29 ottobre 2004, all'art. II/63, comma 2, sancisce che *“nell'ambito della medicina e della biologia devono essere rispettati: il consenso libero e informato della persona interessata, secondo modalità definite dalle legge ...”*.

Nell'ambito della chirurgia estetica, inoltre, il dovere di informazione non si riferisce esclusivamente al dovere di illustrare i possibili rischi del trattamento a cui il paziente verrà sottoposto, dovendo invece incentrarsi, necessariamente, anche sulla valutazione della possibilità di conseguire o meno l'obiettivo estetico prefissato dal “cliente” in relazione al caso specifico.

A questo proposito è utile ricordare come già nel 1920 la Cassazione francese sancisse che la responsabilità del medico, nel caso in cui avesse eseguito un intervento di chirurgia estetica rischioso da cui fossero derivati danni al paziente, derivasse, al di là di tutto, dall'esito negativo dell'operazione.

Da ciò si evince, dunque, che il medico avrebbe dovuto seguire strettamente le direttive del paziente in base ai suoi desideri, mettendo in pratica le indicazioni del tutto soggettive di questo stesso.

Questo atteggiamento, però, corre il rischio di porre il medico nel ruolo del mero esecutore, nell'ambito di una poco auspicabile “medicina dei desideri”, francamente poco verosimile nell'attuazione pratica.

Nello specifico, infatti, la sentenza stabiliva che il medico, operando su tessuti sani, non alterati da patologie preesistenti, non avrebbe potuto incontrare ostacoli nello svolgimento dell'intervento e, dunque, l'eventuale esito negativo del trattamento dovesse essere imputato esclusivamente ad un comportamento negligente, imperito od imprudente del sanitario stesso.

Si sperava in questo modo di ottenere il risultato di scoraggiare comportamenti scorretti da parte del medico nel proporre interventi di chirurgia estetica di fatto non realizzabili, esclusivamente per interesse economico, senza informare il paziente riguardo all'impossibilità di raggiungere l'obiettivo estetico desiderato.

A tale proposito, ricordiamo il disposto del Tribunale di Roma, 5 ottobre 1996, che ha condannato una società specializzata nell'impianto di capelli artificiali, la quale utilizzava dei moduli di adesione al trattamento che contenevano informazioni confuse e devianti, al fine di prospettare risultati del tutto lontani

da quelli effettivamente realizzabili, favorendo l'adesione del paziente al trattamento.

In quest'ottica era il sanitario a dover dimostrare la propria non colpevolezza, determinando dunque una *“inversione del principio generale operante nelle obbligazioni di mezzi, dove è il paziente, eventualmente insoddisfatto della prestazione professionale ricevuta, a dover dimostrare che il medico è in colpa”*. Il chirurgo estetico si troverebbe, in questo modo, in una posizione svantaggiata rispetto al medico chirurgo ordinario poiché, in caso di esito negativo dell'intervento, si presumerebbe la sua colpa”.

Attualmente la problematica risulta essere superata, sebbene permangano ancora alcuni sostenitori della teoria del risultato; a tale proposito si possono citare le protesi dentarie e le analisi chimico - cliniche. In questi caso l'interesse in gioco è certamente il conseguimento di un determinato risultato, al di là del comportamento diligente del sanitario o di non aver esposto ad inutili rischi il paziente.

Oggi, comunque, la chirurgia estetica viene considerata parimenti ad ogni altro tipo di intervento di chirurgia ordinaria.

L'attività medica non è, infatti, connotata da una rigida prevedibilità e dunque, in qualsiasi campo essa venga esplicata, non possono essere garantiti risultati certi. La giurisprudenza, in effetti, sembra condizionata *“da una concezione di medicina onnipotente, che è del tutto lontana dalla realtà: una medicina che, pur nei suoi innegabili progressi, deve invece fare i conti con le leggi della biologia e con i propri limiti scientifici e tecnici, e quindi con l'aleatorietà insuperabile di molte vicende morbose e della loro suscettibilità, positiva o negativa, di fronte alle cure”*.

Nello specifico, il chirurgo estetico si trova a dover fronteggiare *“connotazioni fisiologiche personali da interpretare”*, e potrebbe incontrare difficoltà non prevedibili che, nonostante un intervento tecnicamente irreprensibile, non consentirebbero il conseguimento del risultato finale desiderato ed auspicato dal paziente.

In ultima analisi, dunque, se la teoria del risultato fosse ancora oggi largamente sostenuta, la responsabilità del medico risulterebbe essere illimitata e decisamente poco definita, venendosi a stabilire una responsabilità oggettiva (ovvero paraoggettiva) e saldamente vincolata alla soggettività del paziente, anziché all'oggettività dei requisiti tecnici della chirurgia.

Le più recenti affermazioni stabiliscono, invece, che il contenuto delle obbligazioni in capo al professionista derivi direttamente dall'incontro della volontà delle parti, attribuendo dunque una fondamentale importanza al

momento dell'informazione del paziente, il quale potrà, quindi, decidere consapevolmente se sottoporsi o meno all'intervento chirurgico (autodeterminazione).

In quest'ottica risulta evidente l'imprescindibilità del consenso dell'avente diritto nelle pratiche di chirurgia estetica. *“La giustificazione del diverso trattamento riservato alla chirurgia estetica viene allora spostata dalla classificazione della natura dell'obbligazione, sul versante dell'informazione, ed è in tale fase di formazione del contratto che si è spesso dubitato della possibilità di equiparare gli obblighi informativi del chirurgo estetico con quelli del medico in generale”*, (BARALE, *op. cit.*, pag. 1366).

Requisito fondamentale per la validità del consenso risulta essere, dunque, la corretta informazione del paziente. Infatti *“un consenso fondato su una informazione incompleta, o peggio ancora non veritiera, perde di ogni significato: il contratto si dice affetto dal vizio del consenso dell'errore e come tale è annullabile (art. 1427 e ss. c.c.). Il consenso informato non svolge però un ruolo soltanto in ambito di responsabilità civile perché è anche un requisito indefettibile per non incorrere in responsabilità penale (causa di giustificazione o scriminante): tale mancanza di per sé soltanto, può configurare, infatti, specifici reati(art. 610 c.p.; art. 613 c.p.; art. 582 c.p.)”*.(Bilancetti, *La responsabilità del chirurgo estetico*, pag. 518).

A questo proposito risulta ancora attuale il disposto legislativo della sentenza n. 10014/1994 della Cass. Civ. Sez. III, secondo il quale *“un consenso immune da vizi non può che formarsi dopo aver avuto una piena conoscenza della natura dell'intervento medico e/o chirurgico, della sua portata ed estensione e dei suoi rischi, dei suoi risultati conseguibili e delle possibili conseguenze negative, sicché presuppone una completa informazione sugli stessi da parte del sanitario o del chirurgo”*.

Un altro aspetto fondamentale che riguarda il tema del consenso in chirurgia estetica è quello relativo all'ampiezza delle informazioni fornite al paziente, che dovrebbero essere quanto più estese a dettagliate possibile, trattandosi di interventi chirurgici non connotati da urgenza né motivati da ragioni prettamente terapeutiche. La giurisprudenza, infatti, ha stabilito la necessità, in questi casi, di una *“informazione particolarmente pregnante”* (Cass. Civ., Sez. III, sent. n. 9705/1997).

Un riferimento ulteriore, in tema di obbligazione di mezzi ovvero di risultato, è dato dalla recente pronuncia della Corte di Appello di Roma 10 gennaio 2012, n.89, sez. III in materia di responsabilità del professionista sanitario nell'ambito della chirurgia estetica.

La vicenda muove dal danno, lamentato da una paziente, in seguito ad un incongruo intervento di rinoplastica, riconducibile a comportamento colposo del medico per negligenza e/o imperizia.

Nella citata sentenza, con riferimento a giurisprudenza risalente (Cass., sez. III, 25 novembre 1994, n. 10014), in tema di obbligazione di mezzi ovvero di risultato si sostiene che il raggiungimento di un risultato soddisfacente sarebbe la rappresentazione del corretto svolgimento dell'operato del sanitario, essendo il fine, nel caso di specie, la correzione dei lamentati inestetismi della piramide nasale.

Viene pertanto ad essere accolto tale assunto, non condividendo l'indirizzo giurisprudenziale che vorrebbe il professionista gravato dall'onere di dimostrare la circostanza che non sussiste un nesso di causalità rilevante tra il proprio inadempimento ed il mancato raggiungimento del risultato sperato, configurante il *danno* lamentato dal paziente.

In ultima analisi, in tema di consenso dell'avente diritto, si riporta la recentissima sentenza della Corte di Cassazione n°12830/2014, ove la Corte specifica come *“Le caratteristiche e le finalità del trattamento medico-estetico richiedono un'informazione completa sulle possibilità del miglioramento fisico e sui rischi di possibili peggioramenti della condizione estetica”*.

Sul professionista che non fornisce una completa informazione al paziente grava, pertanto, una piena responsabilità nel caso in cui all'intervento di chirurgia estetica praticato consegua un danno estetico maggiore rispetto al difetto che si mirava ad eliminare od a attenuare in assenza di una corretta e completa informazione dell'evenienza di tali possibili esiti peggiorativi, anche in presenza di un intervento correttamente eseguito. Il fondamento della responsabilità del chirurgo risiederebbe, pertanto, nella *negligenza* del dovere di informazione, e non nell'errore di esecuzione dell'intervento stesso, presumendosi che – alla luce di eventuali casi di insuccesso dell'intervento così come immaginato dal paziente – lo stesso non avrebbe prestato il consenso al trattamento in questione.

Un caso a parte è dato dalla frequente insoddisfazione del risultato ottenuto dopo intervento di chirurgia estetica da parte del paziente. A questo proposito si suggerisce di chiarire specificamente ed inequivocabilmente al paziente come la parte corporea possa essere modificata chirurgicamente, registrando anche l'accettazione dello stesso in modo da evitare vertenze circa una inadeguata prestazione professionale.

Bibliografia

1. Cartoni C., *Il Giudice Civile e La Responsabilità Sanitaria*, Giust. civ., fasc.10, 2013, pag. 531;
2. Cataldi R., Matricardi C., *Responsabilità del medico e della struttura sanitaria dopo la riforma*, Maggioli Ed., 2013;
3. Comitato Nazionale di Bioetica, *Aspetti bioetici della chirurgia estetica e ricostruttiva*, 5 luglio 2012;
4. Galli M., *Nota a: Corte appello Roma, 10 gennaio 2012, n.89, sez. III*, Riv. It. medicina legale, fasc.1, 2013, pag. 475;
5. Pinchi W., Focardi M., Norelli G.A. *Deontologia ed etica in chirurgia plastica: una analisi comparativa*. Riv. It. Medicina Legale 2010:903-29;
6. Ricci G, Fedeli P. *La chirurgia estetica tra percezione sociale e modello etico-deontologico*. Difesa sociale 2004; LXXXIII:115-132;
7. Ricci S, Miglino A, De Nigris G., Maiorani F. *La responsabilità professionale nelle prestazioni di medicina estetica*. Difesa sociale 2002; LXXXI: 121– 134;
8. Rolli R., Posteraro N. *Brevi osservazioni sulla chirurgia estetica:dal tipo di obbligazione assunta dal sanitario, all'ampiezza dell'informazione da fornire al paziente*, Judicium, 2013;
9. Sagna A., *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?*