

**IL DANNO DA PERDITA DI CHANCE ALLA LUCE  
DEI PIÙ RECENTI CONTRIBUTI INTERPRETATIVI**

Elisa Colletti \*

SOMMARIO: 1. I principi generali – 2. L'evoluzione giurisprudenziale – 3. La pronuncia della Suprema Corte n. 16993/2015 – 4. Alcune considerazioni.

*Con la sentenza 28 aprile - 20 agosto 2015, n. 16993<sup>1</sup>, la Suprema Corte ha precisato quali sono i presupposti ai fini della configurabilità del danno da perdita di chance. La Corte ha infatti espresso il principio di diritto secondo il quale l'omissione della diagnosi di un processo morboso terminale, in relazione al quale si manifesti la possibilità di effettuare solo un intervento c.d. palliativo, che determini un ritardo dell'exitus e un miglioramento della qualità della fase terminale di vita del paziente, cagiona allo stesso un danno già in ragione della circostanza che egli non ha potuto fruire della possibilità di conseguire un seppur breve prolungamento della propria vita, ed un miglioramento della qualità della stessa, dovendo sopportare altresì tutte le conseguenze di quel processo morboso, ed in particolare il dolore, che la tempestiva esecuzione dell'intervento palliativo avrebbe potuto alleviargli, sia pure senza la risoluzione del processo morboso stesso.*

*Nella specie, ad una paziente afflitta da una forma tumorale particolarmente maligna e aggressiva di carcinoma uterino, detta patologia non era stata diagnosticata tempestivamente dal suo ginecologo, ma con due mesi di ritardo, a seguito di un ricovero in occasione del quale era stata eseguita una biopsia.*

*Deceduta la paziente, i suoi congiunti avevano proposto nei confronti del medico una domanda risarcitoria che veniva rigettata in primo grado, con una sentenza confermata in appello, anche a seguito di una consulenza d'ufficio secondo la quale, in caso di diagnosi tempestiva, "poco o nulla sarebbe cambiato circa il decorso clinico", il che induceva la Corte territoriale a ritenere la "insussistenza del nesso causale tra l'aggravamento della malattia e il comportamento omissivo del sanitario".*

\* Dottoressa in Giurisprudenza e cultrice di Diritto Privato, Università degli Studi di Palermo.

<sup>1</sup> In *Diritto Civile Contemporaneo*, Anno II, numero IV, ottobre/dicembre 2015. Per il testo completo della decisione, tratto dal sito [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it), v. [www.giureta.unipa.it/Cass\\_16993\\_2015.pdf](http://www.giureta.unipa.it/Cass_16993_2015.pdf).



1. – Ai fini dell'analisi della sentenza in commento appare preliminarmente opportuno procedere alla breve esposizione dei principi che regolano la materia del risarcimento dei danni in ambito medico, e del percorso compiuto per giungere all'utilizzo della categoria della perdita di *chance* anche con riferimento al danno prodotto dal medico nei confronti del paziente.

Nell'ordinamento italiano, differentemente dagli ordinamenti di *common law*, la responsabilità civile non ha funzione sanzionatoria ed affittiva: riveste invece una funzione di carattere esclusivamente compensativo (si ricorda, in proposito, che recentissima è l'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite relativa alla configurabilità, all'interno dell'ordinamento, di danni punitivi, ossia di un risarcimento che il Giudice civile può comminare con funzione non strettamente compensativa, bensì sanzionatoria ed affittiva).

L'obiettivo, infatti, è quello di ristorare il danneggiato da utilità perdute (nelle forme del danno emergente e del lucro cessante, nei caratteri patrimoniali o non patrimoniali) per effetto del danno: il risarcimento serve a garantire a quest'ultimo la ricostituzione di una situazione di fatto il più possibile prossima, (idealmente la medesima situazione) in cui lo stesso si sarebbe trovato se l'illecito non fosse stato consumato. In altri termini, il risarcimento serve in effetti per traslare il costo del danno dalla sfera giuridico-patrimoniale del danneggiato a quella del danneggiante.

Tali ragioni portano a ritenere che non esista (non ancora, almeno) la possibilità di ristorare il danno da responsabilità medica per il tramite di un risarcimento di carattere affittivo, nonostante possa esser pacifica in concreto la gravità della condotta del sanitario, caratterizzata da un notevole discostamento dai parametri di diligenza professionale previsti *ex art.* 1176 comma 2 c.c..

Inoltre, come ampiamente chiarito dalle sentenze di San Martino <sup>2</sup>, il

<sup>2</sup> Cass. s.u., 11-11-2008, n. 26972/3/4/5, in *Foro it.*, 2009, I, 120 ss., con note di A. Palmieri, *La rifondazione del danno non patrimoniale, all'insegna della tipicità dell'interesse leso (con qualche attenuazione) e dell'unitarietà*, R. Pardolesi-R. Simone, *Danno esistenziale (e sistema fragile): «die hard»*, G. Ponzanelli, *Sezioni unite: il «nuovo statuto» del danno non patrimoniale*, E. Navarretta, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la sostanza dei danni non patrimoniali*; in *Resp. civ. prev.*, 2009, 38 ss., con note di P.G. Monateri, *Il pregiudizio esistenziale come voce del danno non patrimoniale*, E. Navarretta, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la complessità dei danni non patrimoniali*, D. Poletti, *La dualità del sistema risarcitorio e l'unicità della categoria dei danni non patrimoniali*, P. Ziviz, *Il danno non patrimoniale: istruzioni per l'uso*; in *Danno resp.*, 2009, 19 ss., con commenti di A. Procida Mirabelli di Lauro, *Il danno non patrimoniale se-*

danno civile può qui assumere esclusivamente le sembianze di un “danno conseguenza”, non invece quelle di un “danno evento”. Ciò implica la necessità di individuare, (anche) ai fini dell’identificazione degli effetti dell’evento inadempimento, i beni giuridici che possano dirsi incisi dall’inadempimento medesimo, quelli, cioè, che con lo stesso siano posti in una relazione di causalità immediata e diretta, e per i quali possa dunque esser preteso un risarcimento nelle forme del ristoro compensativo.

Non è infatti configurabile, almeno nella materia oggetto della presente trattazione, un danno che possa dirsi risarcibile *in re ipsa*, rilevando ai fini compensativi solo i danni che possano invece dirsi causalmente collegati, quali dirette conseguenze, all’evento illecito.

La questione, inoltre, è ulteriormente condita dalla circostanza che trattasi, ad ogni evidenza, di responsabilità di tipo sostanzialmente omissivo (come nella maggioranza dei casi di contenzioso civile in materia di responsabilità medica), in cui l’accertamento del nesso di causa comporta il necessario utilizzo di quello che, mutuando il linguaggio del diritto penale in tema di causalità omissiva, potremmo definire un “giudizio controfattuale ipotetico a posteriori”: supposta come compiuta dal sanitario l’attività doverosa invece omessa, bisognerà accertare quale sarebbe stato in quel caso il configurarsi del corso degli eventi, ovvero se le circostanze di fatto sarebbero mutate in considerazione dell’attività che colposamente è stata omessa.

Va inoltre sottolineato che a seguito della sentenza Franzese<sup>3</sup>, con la quale le s.u. penali hanno ricostruito i termini del nesso di causalità individuando soltanto lì dove, oltre ogni ragionevole dubbio, possa dirsi che l’evento sia la conseguenza della colposa azione od omissione del sanitario, la questio-

---

condo le Sezioni unite. Un “*De profundis*” per il danno esistenziale, S. Landini, *Danno biologico e danno morale soggettivo nelle sentenze della Cass. SS.UU. 26972, 26973, 26974, 26975/2008*, G. Sganga, *Le Sezioni unite e l’art. 2059 c.c.; censure, riordini, ed innovazioni del dopo principio*; in *Giur. it.*, 2009, I, 61 ss., con note di G. Cassano, *Danno non patrimoniale ed esistenziale: primissime note critiche a Cassazione civile, Sezioni unite, 11 novembre 2008, n. 26972*, V. Tomarchio, *L’unilateralità del danno non patrimoniale nella prospettiva delle Sezioni unite*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, 102 ss., con note di commento di E. Bargelli, *Danno non patrimoniale: la messa a punto delle sezioni unite*, M. Di Marzio, *Danno non patrimoniale: grande è la confusione sotto il cielo, la situazione non è eccellente*; in *Dir. giur.*, 2008, 526 ss., con nota di A. Procida Mirabelli di Lauro, *Le Sezioni Unite e il danno non patrimoniale: luci ed ombre*.

<sup>3</sup> Cass. s.u., 11-9-2002, n. 30328, in *Danno resp.*, 2003, 195 ss., con nota di S. Cacace, *L’omissione del medico e il rispetto della presunzione d’innocenza nell’accertamento del nesso causale*.

ne della responsabilità medico-sanitaria ha finito per trasmigrare nelle aule di giustizia civile, dove la giurisprudenza ha ritenuto di elaborare un criterio meno rigido, “accontentandosi” della cd. prova del “più probabile che non”: se è probabile oltre la soglia del 51% che la condotta omessa dal sanitario avrebbe potuto imprimere al corso degli eventi una direzione diversa, li può dirsi che quelle conseguenze dannose, di cui viene chiesto il ristoro, siano legate al comportamento omissivo da un nesso di causalità diretta.

Un accertamento, a ben vedere, di tipo probabilistico, come inevitabilmente appare ogni accertamento che si proietta a determinare il “ciò che sarebbe potuto accadere se”. Un accertamento, inoltre, basato sull’opportunità, almeno in ambito civile, di operare il giudizio controfattuale ipotetico facendo riferimento ad una elevata probabilità logica o ad un alto grado di credibilità razionale, e di adattare il ragionamento sul nesso causale alle peculiarità del giudizio civile, nel presupposto di non imporre anche al Giudice civile la soglia probatoria espressa nel sistema penalistico.

Calando il criterio menzionato nella realtà della responsabilità medica, ne discende che a fronte di una domanda risarcitoria proposta dagli eredi di una vittima di *malpractice* sanitaria in cui si accerti che, ipotizzata come compiuta una tempestiva diagnosi, il paziente sarebbe ugualmente deceduto (circo stanza, questa, la quale conduce a ritenere che la condotta doverosa ed omessa del sanitario non avrebbe potuto, qualora posta in essere, imprimere agli eventi un corso diverso, preservando i beni salute e vita del paziente), la domanda risarcitoria prospettata nelle forme del danno tanatologico dovrà essere coerentemente rigettata.

Infatti, nell’accertamento del nesso di causalità, che si tinge di particolare complessità nell’ipotesi di responsabilità civile omissiva, la regola fondamentale è quella che nella cultura anglosassone si esprime con il sintagma dell’ “*all or nothing*” (o principio causale puro): se un nesso di causalità è possibile accertarlo, il danno va risarcito per intero, altrimenti non va risarcito affatto, nonostante si tratti di ipotesi di conclamata negligenza, imperizia e imprudenza del professionista medico.

I sanitari verranno dunque condannati a risarcire il danno prodotto al paziente, per intero, in presenza di una probabilità almeno pari al 51% che la condotta omessa dal sanitario avrebbe potuto imprimere al corso degli eventi una direzione diversa, pur residuando in questo modo il 49% di probabilità

che quell'evento letale non sia la conseguenza esclusiva, diretta ed immediata dell'inadempimento, e che quest'ultimo dipenda anche da altri fattori, come ad esempio la gravità della patologia, o la natura già ampiamente compromessa del quadro patologico del paziente.

Viceversa, se la perizia effettuata nel corso dell'attività istruttoria evidenzierà una probabilità di sopravvivenza del paziente pari ad una soglia inferiore al 51%, nessun risarcimento spetterà agli eredi del defunto, mancando, in costanza dell'applicazione del criterio del "più probabile che non", il nesso di causalità tra l'evento prodotto dal danneggiante e il danno subito dal danneggiato.

È in questo quadro risarcitorio che, nel tentativo di correggere le distorsioni ed inadeguatezze del sistema declinato sulla base di questi principi, la giurisprudenza civile ha importato dalla Francia la categoria del danno da cd. "perdita di *chance*", dove quest'ultima rappresenta il bene giuridico autonomo di cui può chiedersi il risarcimento (distintamente quindi dal bene salute e dal bene vita) in situazioni in cui la domanda risarcitoria verrebbe altrimenti rigettata. Ed infatti, l'evoluzione in materia di risarcimento (globalmente inteso) ha visto mutare la qualificazione del danno da perdita di *chance* (derivante dal latino *cadentia*, sostantivo che individuava il cadere dei dadi e, quindi, suggeriva la "buona probabilità di riuscita") da mera aspettativa di fatto ad forma di danno autonomo, in quanto perdita attuale della possibilità di conseguire un risultato utile.

Nel contesto giuridico attuale, dunque, con il termine *chance* si suole riferirsi ad una concreta ed effettiva occasione favorevole di conseguire un determinato bene della vita, patrimoniale o non patrimoniale.

Le prime elaborazioni del danno da perdita di *chance* si rinvencono, in Italia, nella giurisprudenza lavoristica. Tipico è il caso dell'illegitima esclusione di un lavoratore da una selezione concorsuale, in cui la domanda risarcitoria, stante che i posti di lavoro erano ormai stati ricoperti e che dunque si era persa la possibilità di conseguire il risultato sperato, si attestava solamente sul versante delle *chances* che avrebbe avuto il concorrente di conseguire il risultato utile ove avesse partecipato alla selezione<sup>4</sup>.

Altro settore in cui la Corte di Cassazione ha fatto largo uso del danno da perdita di *chance* è quello della responsabilità della P.A. per lesione di interessi legittimi pretensivi. Lì dove, infatti, si è trattato di stabilire se ed in che

<sup>4</sup> Così, Cass. 25-9-1996, n. 8470, in *Danno resp.*, 1997, 257 ss. e in *Mass. Foro it.*, 1996.

misura il cittadino abbia perso l'utilità cui aspirava quando ha chiesto un provvedimento amministrativo ampliativo della propria sfera giuridica, la Corte ha evocato il danno da perdita di *chance* come entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione<sup>5</sup>.

In ambito di responsabilità medica il sistema opera, a ben vedere, uno spostamento dell'angolo di osservazione: dal risarcimento della mancata guarigione/sopravvivenza del paziente al risarcimento della seppur mera possibilità di conseguire un certo risultato, possibilità perduta per colpa imputabile al sanitario.

In particolare, gli eredi si trovano a poter chiedere il risarcimento del danno da perdita di "doppia *chance*". La prima, di aver somministrate le terapie e le cure palliative che avrebbero potuto prolungare, anche se di poco, la sopravvivenza del paziente e, comunque, alleviare le sofferenze ed il dolore patiti dallo stesso nel periodo di malattia, cure di cui il paziente è stato privato esclusivamente per colpa del sanitario; la seconda, di autodeterminarsi, una volta a conoscenza della gravità della propria patologia e della propria prospettiva di vita, in relazione alle cure da ricevere o da rifiutare.

La perdita di entrambe le *chance* si pone, stavolta, in un rapporto di causalità diretta ed immediata con l'inadempimento del sanitario, costituendo dunque anche la sola possibilità un bene giuridico autonomo e distinto dalla perdita della salute.

2. – La prima compiuta disamina che la Cassazione fa della risarcibilità del danno da perdita di *chance* in materia di responsabilità medica la si rinviene nella sentenza n. 4400 del 2004<sup>6</sup>.

Il caso che allora impegnò la Corte (il primo, tra l'altro, in cui la Cassazione compiutamente prende in esame la fattispecie di una conclamata *malpractice*) aveva visto respinta la domanda risarcitoria nei due precedenti gradi di giudizio sul presupposto che, anche in caso di corretta e tempestiva diagnosi, la sopravvivenza del paziente sarebbe stata possibile, ma non probabi-

<sup>5</sup> Cass. s.u., 22-7-1999, n. 500, in *Giust. civ.*, 1999, 2261 ss.; e in *Europa dir. priv.*, 1999, 1221 ss., con nota di C. Castronovo, *L'interesse legittimo varca la frontiera della responsabilità civile* e di S. Agrifoglio, *Le sezioni unite tra vecchio e nuovo diritto pubblico: dall'interesse legittimo alle obbligazioni senza prestazione*.

<sup>6</sup> Cass. 4-3-2004, n. 4400, in *I contratti*, n. 12/2004, p. 1091.

le, in ragione della gravità della patologia e del tempo che avrebbe richiesto il trasferimento del paziente presso un ospedale attrezzato per l'operazione necessaria allo stesso.

Arrivata la questione alla Corte, il ricorso veniva accolto sulla base di un ragionamento, che la Cassazione svolgerà più compiutamente nel gennaio 2008<sup>7</sup>, fondato sulla necessità di diversificare l'accertamento del nesso di causalità in ambito penale ed in ambito civile. Particolarmente evidente, questa esigenza, lì ove venga in rilievo una fattispecie di responsabilità omissiva, di per sé incerta ed indeterminata, "aggravata" (ai fini patologici ed anche ai fini della ricerca della soluzione giuridica) da un pregresso quadro medico già particolarmente compromesso, il quale porterebbe a ritenere l'evento (la morte del paziente) quale risultante causale di una serie di concause, e non quale diretta ed immediata conseguenza dell'omessa diagnosi del medico e del conseguente, anch'esso omesso, intervento chirurgico.

La Corte sostenne allora che, stante un modello di casualità civile orientato verso il criterio del "più probabile che non", l'applicazione di questo modello in una fattispecie come quella scrutinata avrebbe condotto al rigetto della domanda risarcitoria lì dove il soggetto creditore (nella specie, gli eredi della persona deceduta) avesse agito in presenza di una percentuale di sopravvivenza inferiore alla soglia della probabilità.

Tuttavia, in una situazione in cui certa è la negligenza del medico (ed acclarata è la *malpractice*, stante la possibilità del medico di diagnosticare la patologia sulla base della sintomatologia rappresentata, degli esami effettuati etc.) il sistema della perdita di *chances*, così come ricostruito dalla Corte, schiude la via al risarcimento del danno anche in presenza di percentuali probabilistiche di sopravvivenza del paziente inferiori al 51%. Infatti, pur non essendo possibile determinare con certezza se l'evento si sarebbe o meno verificato (essendo omissiva la causalità, la ricostruzione del nesso è di carattere ipotetico), si può invece affermare con certezza che il paziente, per effetto dell'inadempimento, abbia perduto delle *chance* di sopravvivenza statisticamente riconosciutegli dalla letteratura scientifica.

La pronuncia della Corte ha il pregio di aver operato uno spostamento dell'ottica, da quella del mancato conseguimento del risultato atteso dalla prestazione debitoria (rimesso al criterio di valutazione del "più probabile

<sup>7</sup> Cass. 18-9-2008, n. 23846, in *Corriere giuridico* n. 6/2009, p. 809.

che non”) a quella della mancata *chance* (nelle forme della concreta ed effettiva occasione favorevole, e non della mera aspettativa di fatto) la quale costituisce un’entità patrimoniale a se stante, ed è qualificabile come componente del danno emergente.

Il danno risarcibile, dunque, non va configurato in relazione alla perdita del risultato, ma alla mera possibilità di conseguirlo. È un danno che la Cassazione ha avuto a definire come concreto ed attuale, non meramente ipotetico e velleitario. Di conseguenza, concreto ed attuale sarà anche il nesso di causalità, fonte di immediato e diretto collegamento tra l’evento omissivo della mancata diagnosi e il pregiudizio a carico del paziente.

Si evince inoltre, dalla pronuncia della Corte, come la domanda per perdita di *chance* sia ontologicamente differente rispetto a quella relativa al risarcimento del danno da mancato raggiungimento del risultato sperato. In questo secondo caso, infatti, la stessa collocazione logico giuridica dell’accertamento probabilistico attiene alla fase di individuazione del nesso casuale.

Nel caso di perdita di *chances*, inoltre, la percentuale probabilistica di successo gioca sul versante della quantificazione del danno risarcibile (quantificazione calibrata sulla scorta degli esiti delle perizie operate nella fase istruttoria del giudizio di merito per responsabilità del sanitario), non sul piano dell’accertamento del nesso di causalità, stante che detto nesso si rinviene in automatico in tutti i casi in cui, al momento dell’omessa diagnosi, residuavano in capo al paziente anche minime possibilità di sopravvivenza.

La liquidazione del danno, com’è evidente, è qui necessariamente equitativa, dovendo il Giudice operare una commisurazione sulla base della percentuale di probabilità di sopravvivenza del paziente al momento dell’omessa diagnosi, al netto della gravità del quadro patologico e di altri eventuali fattori, nel frattempo intervenuti, che possano aver ulteriormente aggravato la sua condizione. Il Giudice dovrà inoltre valutare, come voci autonome di danno, le possibilità perse dal paziente con riferimento al mancato prolungarsi della propria vita (seppur per un breve periodo), la diminuzione della qualità della vita stessa per effetto della privazione di cure, l’impossibilità di autodeterminarsi nel lasso di tempo intercorso tra la mancata diagnosi e l’*exitus* (danno emergente), nonché le perdute possibilità del paziente di conseguire risultati professionali che avrebbero garantito ai familiari superstiti una condizione economica migliore (lucro cessante).



Nel 2008<sup>8</sup>, la Corte torna a occuparsi di danno da omessa diagnosi, in un caso di processo di patologia tumorale in stadio terminale, in presenza della quale, ancora una volta, il paziente avrebbe subito l'*exitus* anche se avesse ricevuto tempestivamente una corretta diagnosi da parte del sanitario.

A fronte della negazione del danno ad opera dei Giudici di merito (sulla scorta, ancora una volta, del rilievo che il tumore era tanto grave e diffuso da ridurre le percentuali probabilistiche di sopravvivenza del paziente ben al di sotto del 50%, anche nel caso di corretta diagnosi del sanitario), la Corte interviene cassando la pronuncia, ed evidenziando il fraintendimento in cui i Giudici di merito sono incorsi a fronte di una domanda correttamente formulata in termini di risarcimento della perdita di *chance*.

Segnala la Corte, (il ragionamento verrà ripreso a piè pari dalla pronuncia del 2015), come “*non è di per sé ragione giustificativa per negare la risarcibilità della perdita di chance la mera circostanza che essa non sia tale da determinare probabilisticamente la consecuzione del risultato*”. La domanda attorea infatti, nel caso di specie, non configurava il risarcimento per danno da condotta inadempitiva, quanto piuttosto il risarcimento da privazione della possibilità, seppur inferiore alla soglia probabilistica, di sopravvivenza, di cui il danneggiato è era stato chiaramente privato a seguito dell'omessa diagnosi.

Quando sia stata fornita, dice la Corte, la dimostrazione anche presuntiva o probabilistica dell'esistenza di una *chance* di consecuzione di un vantaggio, la perdita di tale *chance* è risarcibile come danno alla situazione giuridica di cui trattasi, essendo sufficiente la sola possibilità di tale consecuzione.

3. – Nel 2015, infine, un'ulteriore conferma e specificazione dei principi postulati dalle precedenti sentenze, nell'ottica della costituzione di un formante giurisprudenziale sul punto solido e ben tratteggiato<sup>9</sup>.

Ancora una volta, infatti, la Corte conferma il risarcimento del danno derivante da omessa diagnosi, da parte del medico, di un processo morboso allo stadio terminale, non soltanto in considerazione della possibilità in capo al danneggiato di poter vivere più a lungo grazie ad un tempestivo intervento palliativo, ma anche e soprattutto in considerazione della concreta possibilità di conservare, durante il decorso della patologia, una “migliore qualità della

<sup>8</sup> Cass. 18-9-2008, n. 23846.

<sup>9</sup> Cass. s.u. 20-8-2015, n.16993, cit.

vita” seppur per un breve lasso temporale, nonché, infine, della possibilità del paziente di autodeterminarsi in merito alle cure cui sottoporsi.

La Corte, nella sentenza sopra citata, ha preliminarmente ricordato i doveri del debitore in un rapporto di carattere obbligatorio, soffermandosi sulla perizia che il medesimo deve dimostrare nell'esecuzione del proprio dovere e ricordando che tale perizia è da commisurarsi alla natura dell'attività esercitata, e non alle capacità del soggetto. Il vincolo di perizia cui il debitore deve rispondere nell'adempimento nei confronti del creditore, inoltre, è più stringente nel caso in cui il debitore sia un soggetto dotato di una qualifica professionale, come nel caso di specie.

La diligenza, infatti, va valutata con riferimento alla natura dell'attività esercitata, di talché al professionista è richiesta una diligenza particolarmente qualificata dall'impiego di strumenti tecnici adeguati al tipo di attività da espletare<sup>10</sup>.

Inoltre, la Corte non manca di rammentare che il soggetto professionista, come qualsiasi altro debitore nell'adempimento di una obbligazione, dovrà altresì osservare i doveri derivanti dal vincolo di buona fede oggettiva, mantenendo un comportamento leale nei confronti del creditore ed osservando il rispetto degli obblighi informativi, di avviso, di fidatezza, di salvaguardia dell'attività altrui *etc...*

È su questi presupposti che la Corte fonda il proprio ragionamento, già anticipato nel 2004 e nel 2008, e lo specifica alla luce dei principi suddetti.

In particolare, la Cassazione si premura di rilevare l'errore dei Giudici di merito, conseguente alla omessa considerazione del nesso causale invero intercorrente tra la mancata tempestiva individuazione della natura della patologia sviluppata dalla paziente e la perdita possibilità di effettuazione di un intervento chirurgico anche di tipo palliativo, nonché alle perdute doppie *chances* relative al prolungamento della vita, prima dell'*exitus* finale, e al miglioramento della qualità della stessa per effetto dei farmaci.

I Giudici di primo e secondo grado infatti, dice la Corte, hanno errato a non tener conto della circostanza che “*anche in presenza di una situazione deponente per un prossimo ed ineluttabile exitus l'intervento medico può, come detto, essere comunque volto a consentire al paziente di poter eventualmente*

---

<sup>10</sup> Cfr. Cass. 31-5-2006, n. 12995, in *Riv. trim. app.*, p. 421 ss., con nota di G. Musolino, *Diligenza dell'appaltatore e responsabilità per vizi del suolo*.

*fruire di un intervento anche solo meramente palliativo idoneo, se non a risolvere il processo morboso o ad evitarne l'aggravamento, quantomeno ad alleviarne le sofferenze"*<sup>11</sup>.

In questi termini ricostruita, la condotta omissiva del sanitario "*assume rilievo causale non solo in relazione alla chance di vivere per un (anche breve) periodo di tempo in più rispetto a quello poi effettivamente vissuto ma anche per la perdita da parte del paziente della chance di conservare, durante quel decorso, una migliore qualità della vita*", intesa anche come libertà di autodeterminarsi in relazione ad una eventuale rinuncia delle cure<sup>12</sup>.

Scelta questa quest'ultima, ricorda la Corte, che attiene al proprio essere persona e che compete esclusivamente al paziente, l'unico invero in grado di decidere come meglio gestire consapevolmente l'ultimo periodo della propria vita.

Era dovere delle Corti di merito, dunque, quello di prendere in considerazione l'inadempimento del sanitario non già con riferimento al danno tanatologico (il quale non discende quale conseguenza immediata e diretta dall'inadempimento stesso) ma con riguardo alla possibilità, irrimediabilmente e tragicamente perduta dal paziente, di guadagnare qualche settimana di vita da vivere in assenza del dolore provocato dalla malattia, e con consapevolezza della propria imminente morte, possibilità negata al defunto per effetto della negligenza del medico.

In un ordinamento ispirato al principio personalistico, infatti, anche il "decidere cosa fare", l'autodeterminarsi sul come vivere consapevolmente la fase terminale della propria vita, la libertà di scegliere come sfruttare il tempo rimasto a disposizione sono da considerarsi delle utilità.

4. – Va detto, per completezza, che le conclusioni esposte non sono accolte con unanime favore da parte della dottrina civile prevalente, la quale ha considerato in buona misura la teoria della risarcibilità del danno da perdita

---

<sup>11</sup> Così anche Cass. 18-9-2008, n. 23846, in *Corriere giur.*, 2009, 809 ss., con nota di V. Amendolagine, *La risarcibilità del danno da perdita di "chance" conseguente all'omessa tempestiva diagnosi di un processo morboso terminale*; in *Danno resp.*, 2009, 155 ss., con commento di N. Calcagno, *Omissione di diagnosi: il punto su perdita di chance e nesso causale* e, conformemente, Cass. 23-5-2014, n. 11522.

<sup>12</sup> Cfr. Cass. 18-9-2008, n. 23846, cit., e, conformemente, Cass. 27-3-2014, n. 7195, in *Foro it.*, 2137 ss., con nota di A. Palmieri, *Perdita di chance: una chance perduta?* e di R. Pardolesi, *Perdita di chance: quando il dottore gioca con la vita del paziente*.

*chance* come un elegante *escamotage* per riconoscere il risarcimento del danno pur in ipotesi di conclamata incertezza sulla (in)sussistenza del nesso di causalità tra danno ed evento. In altri termini, il sistema della perdita di *chances* sarebbe il mezzo per attuare operazioni di giustizia correttiva, in presenza di situazioni di limbo in cui al danneggiato, pur se tale, non verrebbe altrimenti riconosciuta alcuna forma di tutela.

Secondo la tesi in parola, ciò che diviene oggetto di risarcimento non sarebbe la *chance* irrimediabilmente compromessa di conseguire un risultato utile, bensì la violazione dell'obbligo giuridicamente rilevante che imponeva un certo comportamento.

In tale ottica, la *chance* è vista ad ogni effetto come una tecnica processuale e non come una autonoma fonte di lesione patrimoniale.

A parere di chi scrive, invece, l'errata o mancante diagnosi medica determina l'anticipata cessazione della vita del paziente, perché comporta il prolungamento del tempo nel quale il paziente subisce l'influenza arrecata da un fattore patogeno già esistente e costituente, al termine del relativo decorso, la causa clinica del decesso.

In questi termini ricostruita, non sarebbe logico considerare l'errore del sanitario come una mera occasione mancata, la quale nulla ha modificato nella catena di eventi mossi dalla patologia. Invero, il comportamento del medico ha agito sulla serie concatenata di eventi quale concausa dell'evento morte perché, più che causare un mancato prolungamento della vita del paziente, ha prodotto l'accelerazione della morte dello stesso.