

# RESPONSABILITÀ CIVILE E PREVIDENZA

rivista mensile di dottrina,  
giurisprudenza e legislazione

diretta da  
Giovanni Iudica - Ugo Carnevali

| estratto

## **UN GRANDE EQUIVOCO: LA TRASMIGRAZIONE DELLA «POSSIBILITÀ» (O «PROBABILITÀ») DAL CONTENUTO DELLA PERDITA DI CHANCE DI GUARIGIONE O DI SOPRAVVIVENZA AI CRITERI VALUTATIVI DEL RAPPORTO DI CAUSALITÀ**

*di* Giampaolo Miotto



GIUFFRÈ EDITORE

## | 182 L'INFELICE MIGRAZIONE DELLA CHANCE DI GUARIGIONE DAL CONTENUTO DEL DANNO ALLA CAUSALITÀ

CASS. CIV., 14 GIUGNO 2011, N. 12961 - SEZ. III - PRES. PREDEN - REL. SEGRETO - P.M. FUCCI (CONF.)

**Obbligazioni e contratti - Inadempimento contrattuale - Danno e nesso causale - Onere della prova - Parte onerata.**

(ART. 2697 C.C.)

1. *Benché il creditore della prestazione, in caso di inadempimento contrattuale, non sia gravato dell'onere di provare quest'ultimo, egli è pur sempre onerato della prova del danno e del nesso causale fra inadempimento ed evento dannoso.*

**Responsabilità civile - Danno da perdita di chance di guarigione o di sopravvivenza - Danno alla persona - Contenuto - Probabilità o anche solo possibilità della consecuzione del vantaggio sperato.**

2. *La perdita di chance di guarigione si sostanzia in un danno alla persona, consistente non già solo nella probabilità, ma anche nella possibilità della consecuzione di un determinato vantaggio rappresentato dalla conservazione di una miglior qualità della vita durante il decorso di una malattia e/o da una maggior durata della vita stessa rispetto a quella effettivamente verificatasi.*

**Responsabilità civile - Danno da perdita di chance di guarigione o di sopravvivenza - Probabilità o anche solo possibilità della consecuzione del vantaggio sperato - Esistenza del pregiudizio - Irrilevanza - Quantificazione del danno - Rilevanza.**

3. *Il fatto che la chance di guarigione implichi la probabilità di un vantaggio o la sua mera possibilità non incide sull'esistenza del pregiudizio subito dal danneggiato, ma piuttosto sulla concreta individuazione e sulla quantificazione del danno e, dunque, del suo risarcimento.*

[In senso conforme relativamente alla prima massima Cass. civ., 1° dicembre 2009, n. 25271; Cass. civ., 27 maggio 2009, n. 12354; Cass. civ., 17 febbraio 2009, n. 3773; Cass. civ., 13 agosto 2008, n. 21590; per le altre due massime non constano precedenti]

**FATTO.** - Con atto di citazione notificato il 18 gennaio 2001 la sig.ra G.M. esponeva di essere stata sottoposta in data \*\*, presso l'Istituto Clinico H., ad un intervento chirurgico di lobectomia sinistra a seguito di alcuni accertamenti da cui era emersa una calciosi della intraepatica di sinistra; che in data \*\*, presso la medesima struttura, era stato eseguito un esame istopatologico, il cui referto, a firma del prof. R.M., non indicava l'eventualità di una patologia tumorale; che peraltro successivi accertamenti il \*\* avevano individuato la presenza di metastasi ed avevano portato a riconoscere nei medesimi reperti istologici un cistadenocarcinoma epatico e comunque la presenza di «atipie cellulari suggestive di malignità». L'attrice lamentava che dal grave errore diagnostico compiuto presso l'Istituto H. era derivata la mancata identificazione della neoplasia e

di conseguenza la mancata adozione di provvedimenti specifici terapeutici, con miglioramento della qualità e della durata della vita e rallentamento della malattia. La sig.ra G.M. conveniva in giudizio l'Istituto Clinico H. e il prof. R.M. per ottenerne la condanna in solido al risarcimento di tutti i danni (patrimoniali, morali e a carattere biologico) subiti in conseguenza, del dedotto errore diagnostico, oltre interessi e rivalutazione monetaria.

I convenuti si costituivano ed il prof. R. chiedeva inoltre, e otteneva, di chiamare in giudizio la Dott.ssa B.M.P., sul rilievo che era stata quest'ultima ad eseguire l'esame istologico.

Deceduta l'attrice, intervenivano nel giudizio il marito e i figli, G., D. e R.L., i quali, con memoria *ex art. 183 c.p.c.*, estendevano alla terza chiamata Dott.ssa B., che chiedeva anche il rigetto o l'inammissibilità della chiamata.

Veniva disposta nel giudizio di appello una nuova c.t.u. collegiale, affidata, a specialisti in medicina legale e in anatomia patologica.

Con sentenza del Tribunale di Milano del 10 maggio 2005 il Tribunale dichiarava l'estinzione del giudizio tra R.D. e L., contro i convenuti per l'avvenuto trasferimento dell'azione in sede penale, e nel merito rigettava la domanda nei confronti di R.G. Questi proponeva appello davanti alla Corte territoriale di Milano.

Resisteva la B.L., che proponeva anche appello incidentale.

Con sentenza depositata il 27 novembre 2008, la Corte di Appello di Milano, rigettava gli appelli.

Riteneva la Corte di merito, quanto all'appello principale, che esso andava rigettato, poiché all'esito della seconda consulenza tecnica collegiale, disposta in appello, ed in conformità della risultanze della prima consulenza e di quella resa in sede penale, era emerso che non sussisteva alcun nesso causale tra l'errore istopatologico effettuato dalla chiamata B. e l'evento dannoso, nel senso che, ove pure fosse stato tempestivamente nel gennaio 1998 effettuata una diagnosi di neoplasia o un sospetto diagnostico in questo senso, l'intervento chirurgico non sarebbe stato diverso (dovendosi sempre procedere ad una lobectomia epatica sinistra radicale) né avrebbe dovuto avere, una maggiore capacità demolitoria; che allo stesso modo, non ne sarebbe seguita l'indicazione di alcun trattamento radio o chemioterapico, entrambi non indicati nel particolare tipo di neoplasia; che era certo, tuttavia, che la prognosi *quoad vitam* della paziente non sarebbe significativamente evoluta *in melius* e ciò a fronte della severità della patologia neoplastica (colangiocarcinoma) e della carenza di opportunità terapeutiche sicuramente efficaci, sia verso la malattia al momento della sua insorgenza (al di là della opzione chirurgica comunque adeguatamente utilizzata) che in caso di comparsa di recidiva metastatica. Ritiene la sentenza di appello, aderendo alle conclusioni della c.t.u., che la condotta dei sanitari, oggetto del presente giudizio, deve « essere ritenuta indifferente sotto il profilo del rapporto di causalità rispetto all'invalidità ed alla successiva morte di G.M. ».

Avverso questa sentenza ha proposto ricorso per cassazione R.G.

Resiste con controricorso la dr.ssa B.P., che ha proposto anche ricorso incidentale, al quale ha resistito il ricorrente con controricorso. La B. ed il R.G. hanno presentato memorie.

**DIRITTO.** - 1. Con il primo motivo di ricorso il ricorrente lamenta, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., n. 3, l'inosservanza e l'erronea applicazione degli artt. 1218, 1321, 1382, 1453, 1460 e 2697 c.c., nonché ai sensi dell'art. 360 n. 5, la mancanza e contraddittorietà di motivazione su punti decisivi della controversia, in ordine alle responsabilità di natura contrattuale dedotte con l'azione svolta attraverso l'allegazione dell'inadempimento ad esse correlate.

Tale motivo si conclude con il seguente quesito, a norma dell'art. 366-bis c.p.c.: « dica la Corte: se risulti applicato al caso di specie l'insegnamento di codesta S.C. a S.U., del quale alla sentenza n. 13533/2001, in tema di prova dell'inadempimento di una obbligazione, secondo cui il creditore che agisca per il risarcimento del danno deve soltanto provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto ed il relativo termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento, talché il credi-

tore non ha onere di dimostrazione che adempimento non vi sia stato, essendo sufficiente che egli si limiti a tale allegazione, in applicazione del principio della riferibilità o vicinanza della prova, talché essa resti caricata, in capo al soggetto nella cui sfera è prodotto l'inadempimento e che è quindi in possesso degli elementi utili per paralizzare la pretesa del creditore stesso, dimostrando eventualmente l'avvenuto adempimento: tanto anche in quanto dedotto l'inesatto adempimento, sia per mancata osservanza di doveri accessori o dell'obbligo di diligenza».

2.1. Ritiene questa Corte che il suddetto motivo è inammissibile.

Quanto alla censura proposta *ex art. 360 c.p.c., n. 3*, il motivo non presenta un quesito di diritto adeguato al disposto di cui all'art. 366-*bis*, applicabile *ratione temporis* al ricorso in esame.

Nella elaborazione dei canoni di redazione del quesito di diritto la giurisprudenza di questa Suprema Corte si è chiaramente orientata a ritenere che ognuno dei quesiti formulati per ciascun motivo di ricorso deve consentire l'individuazione del principio di diritto che è alla base del provvedimento impugnato e, correlativamente, del diverso principio la cui auspicata applicazione ad opera della Corte di cassazione possa condurre ad una decisione di segno diverso: ove tale articolazione logico-giuridica mancasse, il quesito si risolverebbe in un'astratta petizione di principio, inidonea sia ad evidenziare il nesso tra la fattispecie ed il principio di diritto che si chiede venga affermato, sia ad agevolare la successiva enunciazione di tale principio ad opera della Corte, in funzione nomofilattica. Il quesito non può pertanto consistere in una mera richiesta di accoglimento del motivo o nell'interpello della Corte in ordine alla fondatezza della censura così come illustrata nello svolgimento dello stesso motivo, ma deve costituire la chiave di lettura delle ragioni esposte e porre la medesima Corte in condizione di rispondere ad esso con l'enunciazione di una *regula iuris* che sia, in quanto tale, suscettibile di ricevere applicazione in casi ulteriori rispetto a quello sottoposto all'esame del giudice che ha pronunciato la sentenza impugnata. Ciò vale a dire che la Corte di legittimità deve poter comprendere dalla lettura del solo quesito, inteso come sintesi logico-giuridica della questione, l'errore di diritto asseritamente compiuto dal giudice e quale sia, secondo la prospettazione del ricorrente, la regola da applicare (Sez. Un. n. 3519/2008).

Nella fattispecie con il quesito suddetto il ricorrente si è limitato a richiedere se nella fattispecie la Corte di merito avesse applicato il principio di diritto fissato dalle S.U. con sentenza n. 13533/2001.

2.2. Quanto alla doglianza relativa al vizio motivazionale, essa è inconferente poiché la sentenza impugnata non pone in dubbio che vi sia stato un errore istopatologico presso l'Istituto H. e, quindi sotto questo profilo non pone in dubbio l'inadempimento lamentato, ma ritiene che sia rimasto accertato che esso non ha prodotto il danno lamentato dagli appellanti. Non vi è quindi questione in merito alla prova dell'inadempimento, poiché la domanda non è stata rigettata per l'esatto adempimento l'obbligazione sanitaria dovuta, ma perché, pur essendo essa esistente, essa era eziologicamente «indifferente» in relazione al danno subito.

3. Con il secondo motivo di ricorso il ricorrente lamenta la violazione dell'art. 360 c.p.c., n. 3, inosservanza ed erronea applicazione degli artt. 40, 41 e 589 c.p.c., e dell'art. 2236 c.c., nonché ai sensi dell'art. 360 c.p.c., n. 4, degli artt. 132, 112 e 116 c.p.c., nonché ai sensi dell'art. 360 c.p.c., n. 5, il vizio di motivazione relativamente all'esclusione del rapporto causale tra la condotta dell'imputata B. e l'aggravamento della malattia a carico della G.

Segnatamente il ricorrente lamenta che la sentenza impugnata erroneamente ed in contrasto con quanto affermato in sede scientifica ha ritenuto che nella fattispecie non vi fosse nesso causale tra l'errore nella diagnosi istopatologica della B. e l'evento dannoso; che se fosse stata diagnosticata tempestivamente tale patologia neoplastica ed a seguito dell'intervento non si fosse adottata la teoria attendista del *follow-up*, ma quella chemioterapica, ciò avrebbe comportato, se non un diverso *exitus*, quanto meno un allungamento della vita della sig.ra G. ed un miglioramento della stessa nella fase terminale; che tutto ciò va valutato alla luce del principio probatorio «del più probabile che non»; che il secondo intervento fu effettuato quando ormai la G. era completamente defedata; che, in presenza di dette cure chemioterapiche, la morte si sarebbe verificata in epoca significativamente posteriore; che l'omessa corretta diagnosi di neoplasia aveva comportato dan-

no della perdita di *chance* di vivere alcune settimane o alcuni mesi in più rispetto a quelli poi effettivamente vissuti.

#### 4.1. Il motivo è infondato.

Non risultano anzitutto violate le norme di diritto, a cui si riporta il ricorrente.

Va poi premesso che, anche in tema di risarcimento del danno patrimoniale da inadempimento, non è l'inadempimento in sé che è oggetto di risarcimento, ma il danno conseguente.

Ciò comporta che deve essere in concreto fornita la dimostrazione dell'esistenza del pregiudizio lamentato e il diretto nesso causale dall'inadempimento (Cass., 20 novembre 2007, n. 24140; Cass., 15 maggio 2007, n. 11189; Cass., 10 gennaio 2007, n. 238; Cass., 4 luglio 2006, n. 15274).

4.2. Mentre sul creditore della prestazione non grava l'onere della prova dell'inadempimento, dovendo il debitore provare a fronte dell'allegazione di inadempimento del creditore che egli ha esattamente adempiuto, giusto quanto si ricava dalla struttura dell'art. 1453 c.c. (Sez. Un. n. 13533/2001), invece la prova del danno lamentato e del nesso causale tra lo stesso e l'inadempimento, così allegato, grava sull'attore secondo i principi generali di cui all'art. 2697 c.c.

4.3. L'inadempimento del professionista (consistente anche nell'errore o omissione di diagnosi): in relazione alla propria obbligazione, e la conseguente responsabilità dell'ente presso il quale egli presta la propria opera, deve essere valutato alla stregua del dovere di diligenza particolarmente qualificato inerente lo svolgimento della sua attività professionale; sicché è configurabile un nesso causale tra il suo comportamento, anche omissivo, ed il pregiudizio subito da un paziente qualora, attraverso un criterio necessariamente probabilistico, si ritenga che l'opera del professionista, se correttamente e prontamente svolta, avrebbe avuto serie ed apprezzabili possibilità di evitare il danno verificatosi (Cass., 23 settembre 2004, n. 19133).

Nella fattispecie la sentenza impugnata ha ritenuto che era accertato l'inadempimento dell'Istituto H. costituito dall'errore istopatologico, e quindi della mancata diagnosi della neoplasia alle vie biliari, ma ha escluso che questo errore avesse determinato — sia pure in termini probabilistici — un danno alla paziente, nel senso che lo sviluppo neoplastico che ella subì ed il successivo *exitus* non furono influenzati, neppure nella durata della residua vita o nella qualità degradata della stessa, dalla mancata diagnosi precoce della malattia tumorale.

5.1. Per giungere a questa conclusione la Corte di merito ha correttamente applicato i principi in tema di nesso causale da condotta omissiva, fissati da questa Corte.

Infatti l'inadempimento ascritto ai convenuti è di carattere omissivo, in quanto consiste nel non avere fornito alla paziente una diagnosi di neoplasia delle vie biliari (integrante appunto la diagnosi esatta).

Ai fini della causalità materiale la giurisprudenza (Sez. Un., 11 gennaio 2008, nn. 581, 576 ed altre) e la dottrina prevalenti, in applicazione dei principi penalistici, di cui agli artt. 40 e 41 c.p., ritengono che un evento è da considerare causato da un altro se, ferme restando le altre condizioni, il primo non si sarebbe verificato in assenza del secondo (c.d. teoria della *conditio sine qua non*), mentre ad un secondo momento va riferita la regola dell'art. 1223 c.c., per il quale il risarcimento deve comprendere le perdite « che siano conseguenza immediata e diretta » del fatto lesivo (c.d. causalità giuridica), per cui esattamente si è dubitato che la norma attenga al nesso causale e non piuttosto alla determinazione del *quantum* del risarcimento, selezionando le conseguenze dannose risarcibili.

Il rigore del principio dell'equivalenza delle cause, posto dall'art. 41 c.p., in base al quale, se la produzione di un evento dannoso è riferibile a più azioni od omissioni, deve riconoscersi ad ognuna di esse efficienza causale, trova il suo temperamento nel principio di causalità efficiente, desumibile dall'art. 41, comma 2, c.p., in base al quale l'evento dannoso deve essere attribuito esclusivamente all'autore della condotta sopravvenuta, solo se questa condotta risulti tale da rendere irrilevanti le altre cause preesistenti, ponendosi al di fuori delle normali linee di sviluppo della serie causale già in atto (Cass., 19 dicembre 2006, n. 27168; Cass., 8 settembre 2006, n. 19297; Cass., 10 marzo 2006, n. 5254; Cass., 15 gennaio 1996, n. 268).

Nel contempo non è sufficiente tale relazione causale per determinare una causalità giuridi-

camente rilevante, dovendosi, all'interno delle serie causali così determinate, dare rilievo a quelle soltanto che, nel momento in cui si produce l'evento causante non appaiano del tutto inverosimili, ma che si presentino come effetto non del tutto imprevedibile, secondo il principio della c.d. causalità adeguata o quella similare della c.d. regolarità causale (*ex multis*: Cass., 1° marzo 2007, n. 4791; Cass., 6 luglio 2006, n. 15384; Cass., 27 settembre 2006, n. 21020; Cass., 3 dicembre 2002, n. 17152; Cass., 10 maggio 2000, n. 5962).

5.2. Nel danno da inadempimento omissivo il giudizio causale assume come termine iniziale la condotta omissiva del comportamento dovuto (Cass. n. 20328/2006; Cass. n. 21894/2004; Cass. n. 6516/2004; Cass., 22 ottobre 2003, n. 15789).

La causalità è tuttavia accertabile attraverso un giudizio ipotetico: l'azione ipotizzata, ma omessa, avrebbe impedito l'evento? In altri termini non può riconoscersi la responsabilità per omissione quando il comportamento omesso, ove anche fosse stato tenuto, non avrebbe comunque impedito l'evento prospettato: la responsabilità non sorge non perché non vi sia stato un comportamento antiggiuridico (l'omissione di un comportamento dovuto è di per sé un comportamento antiggiuridico e nella responsabilità contrattuale l'inadempimento è comportamento antiggiuridico), ma perché quell'omissione non è causa del danno lamentato.

5.3. Il Giudice pertanto è tenuto ad accertare se l'evento sia ricollegabile all'omissione (causalità omissiva) nel senso che esso non si sarebbe verificato se (causalità ipotetica) l'agente avesse posto in essere la condotta doverosa impostagli, con esclusione di fattori alternativi. L'accertamento del rapporto di causalità ipotetica passa attraverso l'enunciato «controfattuale» che pone al posto dell'omissione il comportamento alternativo dovuto, onde verificare se la condotta doverosa avrebbe evitato il danno lamentato dal danneggiato.

5.4. Essendo questi i principi che regolano il procedimento logico-giuridico ai fini della ricostruzione del nesso causale, ciò che muta sostanzialmente tra il processo penale e quello civile è la regola probatoria, in quanto nel primo vige la regola della prova «oltre il ragionevole dubbio» (cfr. Sez. Un. pen., 11 settembre 2002, n. 30328, *Franzese*), mentre nel secondo vige la regola della preponderanza dell'evidenza o «del più probabile che non», stante la diversità dei valori in gioco nel processo penale tra accusa e difesa, e l'equivalenza di quelli in gioco nel processo civile tra le due parti contendenti, come rilevato da attenta dottrina che ha esaminato l'identità di tali *standard* delle prove in tutti gli ordinamenti occidentali, con la predetta differenza tra processo civile e penale (in questo senso Cass., 16 ottobre 2007, n. 21619; Cass., 18 aprile 2007, n. 9238; Cass., 11 maggio 2009, n. 10741; Cass. n. 22837/2010; Cass. n. 16123/2010).

Detto *standard* di «certezza probabilistica» in materia civile non può essere ancorato esclusivamente alla determinazione quantitativa-statistica delle frequenze di classi di eventi (c.d. probabilità quantitativa o pascaliana), che potrebbe anche mancare o essere inconferente, ma va verificato riconducendone il grado di fondatezza all'ambito degli elementi di conferma (e nel contempo di esclusione di altri possibili alternativi) disponibili in relazione al caso concreto (c.d. probabilità logica o baconiana). Nello schema generale della probabilità come relazione logica va determinata l'attendibilità dell'ipotesi sulla base dei relativi elementi di conferma (c.d. *evidence and inference* nei sistemi anglosassoni).

Nella fattispecie la sentenza impugnata si è conformata a detti principi.

5.5. Sulla base di accertamenti fattuali (sulla correttezza della cui motivazione ai sensi dell'art. 360 c.p.c., n. 5, si vedrà successivamente) ha ritenuto accertato in punto di fatto che l'inadempimento ascritto, (mancata diagnosi istologica di neoplasia, a seguito dell'intervento effettuato di lobectomia sinistra) non avrebbe né evitato l'*exitus* finale né avrebbe prolungato apprezzabilmente la vita della sig.ra G. né la stessa sarebbe significativamente evoluta *in melius*. Pertanto, avendo la Corte ritenuto che un'eventuale prognosi più precoce non avrebbe favorito un approccio terapeutico più efficace né avrebbe migliorato la qualità e la durata della vita della paziente, con giudizio controfattuale ha escluso anche in termini di prevalenza di probabilità che i danni lamentati dai ricorrenti fossero conseguenza della mancata tempestiva e corretta diagnosi tumorale da errore istologico e che essi si sarebbero in ogni caso verificati, trovando causa esclusiva nella malattia neoplastica.

6.1. Ciò comporta che vanno rigettate le censure di violazione di legge avanzate dal ricorrente.

Diverso problema è quello relativo all'esattezza, sotto il profilo motivazionale, di tale ricostruzione fattuale. Questo costituisce il nucleo centrale del ricorso del ricorrente principale il quale appunto lamenta che erroneamente i consulenti prima e la Corte poi concludono che una diagnosi precoce della neoplasia, ed eventualmente una terapia chemioterapica, non avrebbe allungato e migliorato la vita della paziente, pur nell'inevitabilità dell'esito infausto.

6.2. Sennonché tanto integra una censura di vizio motivazionale della sentenza impugnata, pur fatta valere con il secondo motivo di ricorso.

Essa, tuttavia, può avere ingresso in questa sede di sindacato di legittimità negli stretti limiti di cui all'art. 360 c.p.c., n. 5.

Sotto questo profilo non vi sono elementi per ritenere che la motivazione della sentenza impugnata sia apparente (o mancante), insufficiente o contraddittoria.

Va, anzitutto, osservato che la sentenza impugnata è giunta alla conclusione di dover rigettare l'appello (e quindi confermare il rigetto della domanda) per mancanza di nesso causale tra la suddetta condotta omissiva ascrivibile ai convenuti e l'evento, sulla base della consulenza collegiale di secondo grado (uno dei consulenti svolgeva la sua attività presso l'Istituto nazionale dei Tumori di Milano e l'altro presso l'Istituto di Medicina Legale di Milano), conforme sul punto a quella di primo grado ed alle conclusioni cui erano giunti i consulenti del P.M. in sede penale nel procedimento per omicidio colposo a carico della appellata B.P.

I consulenti in sede civile avevano accertato che, ove pure fosse stata nel gennaio 1998 effettuata una diagnosi di neoplasia o un sospetto diagnostico in questo senso, l'intervento chirurgico non sarebbe stato diverso (dovendosi sempre procedere, ad una lobectomia epatica sinistra radicale) né avrebbe dovuto avere una maggiore capacità demolitoria; allo stesso modo non ne sarebbe seguita l'indicazione di alcun trattamento radio o chemioterapico, entrambi non indicati nel particolare tipo di neoplasia. E, pur concedendosi dai consulenti che, in ipotesi di diagnosi tempestiva, la paziente sarebbe stata sottoposta ad uno stretto regime di *follow-up*, onde diagnosticare precocemente eventuali recidive, e pur non potendosi escludere la possibilità che la diagnosi di recidiva neoplastica venisse raggiunta con un certo anticipo (anche se gli stessi consulenti tecnici d'ufficio hanno fatto rilevare, in proposito, come ancora — nell'aprile 2000 — sia i marcatori tumorali che la TAC preoperatoria non fossero ancora affatto suggestivi in tal senso ed una diagnosi certa venisse conseguita solo in sede chirurgica), è certo, tuttavia, che la prognosi *quoad vitam* della paziente non sarebbe significativamente evoluta *in melius* e ciò a fronte della severità della patologia neoplastica (colangiocarcinoma) e della carenza di opportunità terapeutiche sicuramente efficaci, sia verso la malattia al momento della sua insorgenza (al di là della opzione chirurgica comunque adeguatamente utilizzata) che in caso di comparsa di recidiva metastatica.

6.3. La Corte di merito ha condiviso le conclusioni dei c.t.u. in merito all'irrelevanza di eseguire un trattamento chemioterapico post-chirurgico in luogo di quella di *follow-up*, osservando anche che:

a) Presso l'Istituto Nazionale dei Tumori la chemioterapia viene prescritta nei pazienti operati radicalmente «soltanto se essi vengono giudicati ad alto rischio di recidiva, cioè quando presentano fattori prognostici oggettivi, che però, nel caso in discussione, la paziente non possedeva posto che in sede di intervento i linfonodi locoregionali venivano descritti come normali;

che in nessuna delle varie revisioni istologiche veniva rilevata invasione vascolare o linfatica; che i marcatori tumorali non presentavano valori elevati.

b) Non può ammettersi che «una eventuale diagnosi più precoce avrebbe favorito un approccio terapeutico più efficace» e, soprattutto, non può ammettersi, che quest'ultimo avrebbe migliorato la qualità e la durata della vita della paziente».

c) La condotta dei sanitari, oggetto del presente giudizio, doveva «essere ritenuta indifferente sotto il profilo del rapporto di causalità rispetto all'invalidità ed alla successiva morte di G.M.».

Ne consegue che nella fattispecie non presenta i lamentati vizi di motivazione l'impugnata



sentenza che ha aderito alle conclusioni dei C.T.U. di secondo grado, che hanno ribadito quanto accertato dai consulenti di primo grado e del P.M. in sede penale. A tal fine, ed in relazione alle critiche riformulate dal ricorrente nel ricorso al percorso argomentativo dei consulenti prima e della sentenza poi, va ribadito il principio secondo cui il giudice del merito, quando aderisce alle conclusioni del consulente tecnico che nella relazione abbia tenuto conto, replicandovi, dei rilievi dei consulenti di parte, esaurisce l'obbligo della motivazione con l'indicazione delle fonti del suo convincimento; non è quindi necessario che egli si soffermi sulle contrarie deduzioni dei consulenti di fiducia che, anche se non espressamente confutate, restano implicitamente disattese perché incompatibili con le argomentazioni accolte. Le critiche di parte, che tendano al riesame degli elementi di giudizio già valutati dal consulente tecnico, si risolvono in tal caso in mere allegazioni difensive, che non possono configurare il vizio di motivazione previsto dall'art. 360 c.p.c., n. 5 (Cass., 3 aprile 2007, n. 8355).

Nella fattispecie la seconda consulenza è stata disposta in sede di appello proprio perché tenesse conto delle varie critiche alla consulenza di primo grado svolte dai c.t. di parte e dallo stesso appellante.

7.1. Infondata è anche la censura con cui il ricorrente lamenta che non sia stata valutato il danno sotto il profilo di perdita di *chance*, come possibilità che la vita fosse allungata e migliorata in presenza della chemioterapia.

Va condiviso il principio già affermato da questa Corte, secondo cui in tema di danno alla persona, conseguente a responsabilità medica, integra l'esistenza di un danno risarcibile alla persona l'omissione della diagnosi di un processo morboso terminale, allorché abbia determinato la tardiva esecuzione di un intervento chirurgico, che normalmente sia da praticare per evitare che l'esito definitivo del processo morboso si verifichi anzitempo, prima del suo normale decorso, e risulti inoltre che, per effetto del ritardo, sia andata perduta dal paziente la «*chance*» di conservare, durante quel decorso, una migliore qualità della vita nonché la «*chance*» di vivere alcune settimane od alcuni mesi in più, rispetto a quelli poi effettivamente vissuti (Cass., 18 settembre 2008, n. 23846).

Ciò comporta che, quando sia stata fornita la dimostrazione, anche in via presuntiva e di calcolo probabilistico, dell'esistenza di una *chance* di consecuzione di un vantaggio in relazione ad una determinata situazione giuridica, la perdita di tale *chance* è risarcibile come danno alla situazione giuridica di cui trattasi indipendentemente dalla dimostrazione che la concreta utilizzazione della *chance* avrebbe presuntivamente o probabilmente determinato la consecuzione del vantaggio, essendo sufficiente anche la sola possibilità di tale consecuzione. La idoneità della *chance* a determinare presuntivamente o probabilmente ovvero solo possibilmente la detta consecuzione è, viceversa, rilevante, soltanto ai fini della concreta individuazione e quantificazione del danno, da effettuarsi eventualmente in via equitativa, posto che nel primo caso il valore della *chance* è certamente maggiore che nel secondo e, quindi, lo è il danno per la sua perdita, che, del resto, in presenza di una possibilità potrà anche essere escluso, all'esito di una valutazione in concreto della prossimità della *chance* rispetto alla consecuzione del risultato e della sua idoneità ad assicurarla.

7.2. Nella fattispecie la questione in termini di perdita di *chance*, inteso come risultato utile possibile, va ritenuta non affetta da inammissibilità, conseguente alla novità della stessa in questa sede di legittimità.

Infatti può superarsi la tesi secondo cui esito positivo probabile e possibilità di tale esito costituiscono oggetto di pretese risarcitorie diverse ed accedere ad un risultato per cui probabilità di esito favorevole dell'intervento medico e la sua sola possibilità non siano che gradazioni di una stessa affermazione di pregiudizio, risentito a causa dell'omissione colposa del comportamento dovuto.

Ciò comporta optare, nelle situazioni caratterizzate dal più probabile che non, ma anche da una non eliminabile porzione di incertezza, per una applicazione generalizzata degli esiti della tecnica risarcitoria della *chance* e quindi nel senso di distribuire il peso del danno tra le parti in



misura proporzionale all'apporto causale della colpa e dei fattori di rischio presenti nel paziente (cfr. Cass., 16 gennaio 2009, n. 975).

Ritenuta la richiesta del risarcimento del danno da perdita di *chance* come riduzione dell'originaria domanda di risarcimento dell'intero pregiudizio assunto, da una parte essa non determina una *mutatio libelli* e dall'altra tale riduzione può essere effettuata direttamente anche dal giudice, pur in difetto di esplicita richiesta della parte in tal senso riduttiva (cfr. Cass., 21 febbraio 2007, n. 4003).

7.2. Sennonché nella fattispecie la Corte ha escluso sulla base delle conclusioni dei vari consulenti tecnici, che la tempestiva diagnosi tumorale abbia comportato con l'apprestamento di una terapia diversa da quella del *follow-up* e segnatamente quella chemioterapica, la possibilità per la sig.ra G. di avere un qualche miglioramento apprezzabile di durata o qualità della vita. Con ciò è esclusa in fatto l'avvenuta perdita di *chance*. (*Omissis*).

## UN GRANDE EQUIVOCO: LA TRASMIGRAZIONE DELLA «POSSIBILITÀ» (O «PROBABILITÀ») DAL CONTENUTO DELLA PERDITA DI *CHANCE* DI GUARIGIONE O DI SOPRAVVIVENZA AI CRITERI VALUTATIVI DEL RAPPORTO DI CAUSALITÀ

di **Giampaolo Miotto** – *Avvocato in Treviso*

Una recentissima sentenza della Cassazione civile ripropone le ambiguità e gli equivoci che hanno sin qui contraddistinto il percorso giurisprudenziale del danno da perdita di *chance* di guarigione, soprattutto a proposito della trasmigrazione dell'elemento distintivo della fattispecie, rappresentato dalla «possibilità» di guarigione, dal contenuto del pregiudizio risarcibile ai criteri di valutazione della rilevanza causale dell'errore medico accertato.

Il commento illustra i termini del dibattito dottrinale e del panorama giurisprudenziale nella specifica materia ed evidenzia l'autonomia e la specificità del pregiudizio in questione, le conseguenze che ne derivano e l'estraneità del dato della «possibilità» o «probabilità» di guarigione alle questioni interenti al rapporto di causalità e la sua pertinenza esclusivamente al danno risarcibile.

**Sommario** 1. La sentenza annotata e la nozione di perdita di «possibilità» di guarigione. — 2. La trasmigrazione della «probabilità» dal contenuto del danno al rapporto di causalità. — 3. Le possibili ragioni di un evidente equivoco. — 4. L'accertamento della perdita di *chance* in sede medico-legale. — 5. La causalità nell'ipotesi di perdita di «possibilità» di guarigione. — 6. Perdita di *chance* di guarigione e onere della prova. — 7. I concetti di «possibilità» e di «probabilità» di guarigione e la sussistenza del danno da perdita di *chance* di guarigione. — 8. La perdita di una «possibilità» di guarigione è sempre risarcibile, ancorché non sia misurabile in termini di «probabilità» ed anche quando sia di minima entità. — 9. La natura giuridica del danno da perdita di possibilità di guarigione e l'autonomia della relativa domanda giudiziale. — 10. La liquidazione del risarcimento del danno da perdita di possibilità di guarigione.

## 1. LA SENTENZA ANNOTATA E LA NOZIONE DI PERDITA DI «POSSIBILITÀ» DI GUARIGIONE

In giurisprudenza l'irruzione del danno da perdita di *chance* nel territorio della responsabilità medica, com'è noto, è cosa relativamente recente: solo nel 2004 la Cassazione civile se n'è occupata per la prima volta <sup>(1)</sup>, affermando la risarcibilità del pregiudizio consistente nella «*perdita di una probabilità favorevole*» di guarigione o di sopravvivenza causato da un errore medico <sup>(2)</sup>.

Quella decisione, tuttavia, conteneva in sé il germe di un equivoco destinato ad amplificarsi nei successivi sviluppi della giurisprudenza di legittimità <sup>(3)</sup>, trovando un approdo non condivisibile, ma, a ben guardare, per nulla sorprendente nella sentenza annotata.

A questo proposito è bene premettere che la dottrina, non senza dubbi e con più di qualche critica <sup>(4)</sup>, conviene con la giurisprudenza sul fatto che la *chance* «*in sé considerata*» costituisca «*un'occasione favorevole*» ovvero «*la possibilità di un vantaggio futuro*» <sup>(5)</sup>, la cui perdita causata dall'altrui inadempimento (o illecito) costituisce un danno attuale (e non futuro <sup>(6)</sup>) autonomamente risarcibile.

La Cassazione, che ha dapprima utilizzato tale categoria di danno per le ipotesi di esclusione da un concorso pubblico o di perdita della *chance* di essere assunto o di conseguire un avanzamento di carriera <sup>(7)</sup>, estendendola successivamente a svariate altre fattispecie <sup>(8)</sup>, ha ormai da tempo radicato il principio generale per cui la «*perdita di "chance"... come concreta ed effettiva occasione favorevole di conseguire un determinato bene, non è una mera aspettativa di fatto ma un'entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione*» <sup>(9)</sup>, così riproponendo nel nostro ordinamento una tesi da tempo consolidatasi nella giurisprudenza e nella dottrina francese <sup>(10)</sup>.

<sup>(1)</sup> Cass. civ., 4 marzo 2004, n. 4400, in questa *Rivista*, 2005, 461, con nota di LANDINI.

<sup>(2)</sup> Non sono mancate, tuttavia, prese di posizione discordanti della giurisprudenza di merito, che hanno escluso l'autonoma risarcibilità del danno da perdita di *chance* di guarigione: Trib. Venezia, 25 luglio 2007, in *Danno resp.*, 2008, 51; Trib. Roma, Sez. XIII, 13 luglio 2005.

<sup>(3)</sup> Cass. civ., 16 ottobre 2007, n. 21619, in questa *Rivista*, 2008, 323, con nota di LOCATELLI; Cass. civ., 18 settembre 2008, n. 23846, in *Foro it.*, 2009, 1813.

<sup>(4)</sup> M. ROSSETTI, *Il danno da perdita di chances*, in *Riv. giur. circolaz. traspr.*, 2000, 676; PRINCIGALLI, *Perdita di chances e danno risarcibile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, 315; PACCES, *Alla ricerca delle chances perdute: vizi (e virtù) di una costruzione giurisprudenziale*, in *Danno resp.*, 2000, 261; SEVERI, *Perdita di chances e danno patrimoniale risarcibile*, in questa *Rivista*, 2003, 300; PUCELLA, *La causalità incerta*, Padova, 2007, 85; VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 1999, 545.

<sup>(5)</sup> GALGANO, *Trattato di diritto civile*, Padova, 2010, 261.

<sup>(6)</sup> GALGANO, *op. cit.*, 262; FEOLA, *Il danno da perdita delle chances di sopravvivenza o di guarigione è accolto in Cassazione*, in *Danno resp.*, 2005, 49.

<sup>(7)</sup> Il primo precedente è rappresentato da Cass. civ., 19 novembre 1983, n. 6909, in *Giust. civ.*, 1984, I, 1841.

<sup>(8)</sup> Come, ad esempio, alla responsabilità professionale del dottore commercialista per mancata informazione del cliente che determinò la perdita delle *chance* di far valere un diritto in sede giudiziaria (Cass. civ., 13 dicembre 2001, n. 15759, in *Foro it.*, 2002, I, 1804), alla illegittima preclusione della partecipazione ad una gara di appalto (Cons. Stato, Sez. VI, 18 dicembre 2001, n. 6281, in *Giust. civ.*, 2002, I, 1417), all'illegittimo diniego o all'ingiustificato ritardo del provvedimento richiesto alla Pubblica Amministrazione (Cass. civ., 29 marzo 2006, n. 7228, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 4).

<sup>(9)</sup> Sez. Un. civ., 27 marzo 2008, n. 7943, in *Giust. civ. Mass.*, 2008, 466.

<sup>(10)</sup> Per una rassegna della giurisprudenza e della dottrina d'oltralpe, si veda FEOLA, *op. cit.*, 49 ss., nonché FEOLA, *Il danno da perdita delle chances di mi-*

Di danno patrimoniale e, specificamente, di danno emergente, pertanto, si tratta <sup>(11)</sup>, in quanto l'«*occasione favorevole di conseguire un vantaggio futuro*» viene considerata dai più come un autonomo valore, facente parte del patrimonio del danneggiato <sup>(12)</sup>, e cioè «*quale bene autonomo, già facente capo al soggetto nel momento in cui si manifesta l'occasione propizia, a prescindere dal risultato finale cui il soggetto aspira*» <sup>(13)</sup>, con la conseguenza che «*siffatto danno... non va commisurato alla perdita del risultato, ma alla mera possibilità di conseguirlo*» <sup>(14)</sup>.

La decisione in commento, tuttavia, esce dal solco di tale consolidato orientamento per affermare perentoriamente, ma senza darne ragione, che invece lo specifico danno da perdita di *chance* di guarigione o di maggior sopravvivenza <sup>(15)</sup> costituirebbe da un lato «*un danno risarcibile alla persona*», rappresentando quindi una *species* del danno non patrimoniale, e ripudiando altresì il corollario per cui, sempre secondo la precedente giurisprudenza della Suprema Corte <sup>(16)</sup>, la relativa domanda giudiziale è «*ontologicamente*» differente rispetto a quella che ha ad oggetto il risarcimento del danno alla persona (e degli eventuali danni patrimoniali ad esso consequenziali), sicché, laddove si proponga esclusivamente quest'ultima, la successiva introduzione in causa di quell'altra implica una non consentita *mutatio libellis* <sup>(17)</sup>.

Dall'altro, la medesima sentenza afferma che «*la perdita di tale chance è risarcibile... indipendentemente dalla dimostrazione che la concreta utilizzazione della chance avrebbe presuntivamente o probabilmente determinato la consecuzione del vantaggio, essendo sufficiente anche la sola possibilità di tale consecuzione*», in quanto la diversità tra tali situazioni rileverebbe solo ai fini della «*concreta individuazione e quantificazione del danno*» (salvo il caso in cui una «*valutazione in concreto della prossimità della chance rispetto alla consecuzione del risultato*» non porti ad escludere la sussistenza stessa del danno).

glioramento della qualità e delle aspettative di vita del paziente, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, 301 ss.

<sup>(11)</sup> GALGANO, *op. cit.*, 262; PARTISANI, *Colpa medica, nesso di causalità e perdita della chance di sopravvivenza o guarigione*, in *Resp. civ.*, 2004, 204; LOCATELLI, *Responsabilità civile del medico e risarcibilità del danno da perdita di chance*, in questa *Rivista*, 2008, 2367; DE CUPIS, *Il risarcimento della perdita di una chance*, in *Giur. it.*, 1986, I, 1, 1181; BOCCHIOLA, *Perdita di una chance e certezza del danno*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, 78; FRANZONI, *La chance nella casistica recente*, in *Resp. civ.*, 2005, 450.

<sup>(12)</sup> Alcuni autori ravvisano, invece, nella perdita di *chance* tanto un danno emergente, quanto un lucro cessante (FEOLA, *Il danno da perdita delle chances di sopravvivenza o di guarigione è accolto in Cassazione*, cit., 53; PRINCIGALLI, *op. cit.*, 324).

<sup>(13)</sup> GALGANO, *op. cit.*, 262; nello stesso senso: FRANZONI, *Dei fatti illeciti*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1993, 821; MONATERI, *Manuale della responsabilità civile*, Torino, 2001, 185; BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1979, 330.

<sup>(14)</sup> Cass. civ. n. 4400/2004, cit.

<sup>(15)</sup> Nel caso specifico si trattava della tardiva diagnosi di una neoplasia che aveva causato un ritardo dei necessari provvedimenti terapeutici, ritenuto tuttavia irrilevante dai consulenti tecnici d'ufficio sia riguardo alla prognosi *quoad vitam*, sia relativamente all'evoluzione della malattia.

<sup>(16)</sup> In Cass. civ. n. 4400/2004, cit.

<sup>(17)</sup> In questo stesso senso la giurisprudenza si era già pronunciata, con riguardo ai casi di perdita di *chance* di natura diversa da quella in esame, stabilendo, ad esempio, che «*le domande di risarcimento del danno aventi per oggetto, da un lato, il pregiudizio derivante dalla mancata promozione (promozione configurata come sicura in caso di partecipazione al concorso) e, dall'altro, la perdita di chance, cioè la mera probabilità di conseguire la promozione in conseguenza della partecipazione al concorso, costituiscono domande diverse, non ricomprese l'una nell'altra, in relazione alla diversità dei fatti e circostanze*» posti a fondamento delle stesse (Cass. civ., 9 gennaio 2003, n. 123, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 34).

Sotto questo profilo, la Corte sostiene che quella «*della chance*» rappresenterebbe una «*tecnica risarcitoria*» da generalizzare a tutte le «*situazioni caratterizzate dal più probabile che non, ma anche da una non eliminabile porzione di incertezza*» al fine di «*distribuire il peso del danno tra le parti in misura proporzionale all'apporto causale della colpa e dei fattori di rischio presenti nel paziente*».

In tal modo è chiaro che si sono mescolate questioni riguardanti la valutazione del nesso di causalità tra l'inadempimento (o l'illecito) e l'evento dannoso, quali evocate dal criterio del «più probabile che non» e dal riferimento all'«apporto causale della colpa» rispetto ai concomitanti fattori di rischio, con quelle inerenti al contenuto stesso del danno da perdita di *chance*, peraltro degradato a mera «tecnica liquidativa», da utilizzare non solo per «distribuire il peso del danno», ma anche per quantificarne l'entità, a seconda che l'ottenimento del vantaggio sperato fosse «probabile» o invece solamente «possibile».

L'esito così ottenuto non è frutto di sola improprietà lessicale, ma affonda le sue radici in quell'equivoco che sin dall'origine si è annidato nella giurisprudenza di legittimità in materia di perdita di *chance* causata da *malpractice*.

Tale equivoco riguarda proprio il connotato caratterizzante della «perdita di *chance*», quale è costituito dalla «possibilità» (di più o meno «probabile» avveramento) di conseguire di un determinato risultato.

## 2. LA TRASMIGRAZIONE DELLA «PROBABILITÀ» DAL CONTENUTO DEL DANNO AL RAPPORTO DI CAUSALITÀ

Come si è visto, tale «probabilità» (o, più propriamente, la «possibilità» di guarigione) costituisce lo specifico contenuto del pregiudizio sofferto dal danneggiato, in quanto questi non viene privato di un bene della vita (quale la salute, come nel caso che qui interessa, oppure un altro di diversa natura, come il conseguimento di una promozione o la stipulazione del contratto d'appalto o altri ancora), ma dell'occasione di ottenerlo, della possibilità di conseguirlo.

L'avveramento di tale possibilità potrà essere stato più o meno probabile, ma non sempre la determinazione di tale probabilità risulterà agevole e in non pochi casi sarà impossibile.

A questo proposito, indubbiamente quella della responsabilità medica da perdita di *chance* appare una materia privilegiata perché, nel campo della medicina, la stima delle probabilità di una guarigione o di una maggior sopravvivenza (nel caso vengano tempestivamente prestate al paziente le cure appropriate) in molti casi è possibile ed anche relativamente precisa, potendosi giovare delle elaborazioni statistiche alimentate dalle rilevazioni effettuate in sede clinica, specialmente per alcune specialità mediche (e, con riferimento a determinate patologie, attuate addirittura sistematicamente).

In altri casi è l'esperienza consolidata della comunità scientifica ad offrire percentuali, seppur approssimative, di probabilità di guarigione o di sopravvivenza.

Non di rado è quindi possibile stabilire che il paziente affetto da una determinata patologia, se opportunamente curato a tempo debito, ha una probabilità sufficientemente precisa di guarire oppure di sopravvivere per un determinato periodo di tempo.

In questi casi quindi è possibile perfino quantificare, seppur con relativa precisio-

ne, le probabilità che la possibile guarigione o la maggior sopravvivenza si avveri ed è quindi credibile identificare con una certa precisione la «grandezza» quantitativa dell'«occasione» perduta e del danno così subito dal paziente.

Ovviamente non sempre questo accade, anche nel campo della responsabilità medica: vi sono casi in cui, per mancanza di rilevazioni statistiche o di regole di esperienza condivise o per oggettiva infrequenza di verifica, le possibilità di guarigione non sono facilmente assoggettabili ad una quantificazione probabilistica.

La difficoltà che ne consegue, tuttavia, riguarda evidentemente la «misurazione» del danno, la determinazione della sua entità e conseguentemente la quantificazione del risarcimento dovuto al danneggiato, ma non di certo la sussistenza o meno del rapporto causale tra inadempimento (o illecito) ed evento dannoso.

Analogamente, nei casi in cui tale difficoltà non esiste, perché vi sono riferimenti statistici sufficientemente precisi o regole di esperienza condivise dalla comunità scientifica, le conclusioni percentualistiche che se ne potranno ricavare potranno essere utilizzate proprio ai fini della commisurazione del danno e del relativo risarcimento, ma non al fine di corroborare la prova del predetto rapporto di causalità.

Nulla a che vedere hanno, invero, tali questioni col predetto nesso eziologico, che non dipende in alcun modo né dalla entità della possibilità di guarigione perduta, né dalla eventuale misura del suo grado di probabilità.

In dottrina è ben chiara la pertinenza della «possibilità di guarigione» perduta (e del suo grado di «probabilità», quando questo sia determinabile) al danno ingiusto subito dal paziente e la sua estraneità al rapporto di causalità, affermandosi che «*ai fini dell'an del danno ingiusto è sufficiente la sola perdita della chance, il grado di probabilità di successo è rilevante, invece, agli effetti del quantum del risarcimento*»<sup>(18)</sup>.

Ed ancora, si è osservato che del tutto inesattamente «*la perdita di chance è collocata... nel contesto della causalità... mentre più propriamente... appare inquadabile come categoria di danno oggetto, a sua volta, di indagine causale (in merito alla connessione tra il lecito e perdita della probabilità)*»<sup>(19)</sup>, dovendosi operare una netta distinzione fra il piano della causalità e quello del danno.

Ma, ciò nonostante, la sovrapposizione di due piani, in tema di perdita di chance, sembra esercitare un'attrazione fatale nei riguardi della giurisprudenza che, com'è stato giustamente osservato, sovente tende «*a sovrapporre i piani del problema passando senza passaporto alla frontiera del sistema dell'accertamento del nesso causale relativo al risultato non ottenuto (ove la probabilità gioca notoriamente un ruolo fondamentale) a quella della verifica della sussistenza e della liquidazione di un danno diverso, che è la perdita della possibilità di ottenere quel risultato*»<sup>(20)</sup>.

<sup>(18)</sup> GALGANO, *op. cit.*, 262; nello stesso senso: FEOLA, *Il danno da perdita delle chance di sopravvivenza o di guarigione è accolto in Cassazione*, cit., 50.

<sup>(19)</sup> PUCCELLA, *Causalità civile e probabilità: spunti per una riflessione*, in *Danno resp.*, 2008, 64, il quale ne trae tuttavia la conclusione che «*la teoria delle chance è, fondamentalmente, una stampella della zoppia causale e non una questione di interessi lesi*»

cui si ricorre quando «*il malato non è in grado di dimostrare che la patologia di cui soffre ed è conseguenza dell'errore medico*», per cui «*si accontenta, allora, di monetizzare le probabilità di guarigione ragionevolmente perdute per effetto della colpa medica...*», sicché tale voce di danno rappresenterebbe in realtà un espediente criticabile.

<sup>(20)</sup> LOCATELLI, *op. cit.*, 225.

### 3. LE POSSIBILI RAGIONI DI UN EVIDENTE EQUIVOCO

Risulta pertanto difficile comprendere il motivo per cui la giurisprudenza di legittimità ha sovente legato la problematica del danno da perdita di *chance* in campo medico con quella del nesso di causalità, dando origine ad un grave equivoco tuttora irrisolto, come dimostra anche la sentenza annotata <sup>(21)</sup>.

Le prime tracce di tale equivoco possono rinvenirsi già nel *leading case* rappresentato da Cass. civ. n. 4400/2004, laddove questa aveva distinto «*la domanda per perdita di chance... dalla domanda di risarcimento del danno da mancato raggiungimento del risultato sperato*», precisando che «*in buona sostanza nel primo caso le chance sostanziano il nesso causale, nel secondo caso sono l'oggetto della perdita e quindi del danno*».

In tal modo, tuttavia, si utilizza la «perdita di *chance*», e cioè il danno che costituisce l'effetto dell'inadempimento (o dell'illecito), per risolvere del tutto indebitamente (e senza alcuna reale necessità, come si vedrà) il problema del rapporto di causalità fra il medesimo danno e quello stesso inadempimento (o illecito), spostando così all'indietro il contenuto del danno per integrare quello, completamente diverso, del rapporto di causalità, ed utilizzando due volte, per finalità del tutto differenti, il medesimo concetto.

Per meglio comprendere l'erroneità di questa impostazione può essere utile rimeditare su quale sia l'esatto contenuto del pregiudizio che si intende risarcire, rammentando che questo si identifica nella perdita della «*possibilità di ottenere un vantaggio futuro*» (possibilità che, come si è visto, in qualche caso, può essere quantificata anche in termini di probabilità statistica).

Ma se questa «possibilità» (più o meno «probabile») costituisce il danno ingiusto da risarcire, come può rappresentare, al tempo stesso, il criterio selettivo degli eventi dannosi che si pongono in relazione causale con l'inadempimento (o l'illecito), per distinguerli dagli eventi causalmente irrilevanti?

Si può legittimamente supporre che l'equivoco sia stato in qualche modo favorito dal fatto che la «probabilità» di avveramento che in molti casi connota la «possibilità» di guarire, e cioè il «cuore» stesso della nozione di «danno da perdita di *chance*», costituisce un concetto frequentemente utilizzato dalla giurisprudenza e dalla dottrina nel tentativo di risolvere, ai fini civilistici, la tormentata questione del rapporto di causalità <sup>(22)</sup>.

Com'è noto, infatti, il dibattito in materia è ricco di riferimenti vuoi al «*serio e ragionevole criterio di probabilità scientifica*» <sup>(23)</sup>, vuoi all'«*elevato grado di credibilità*

<sup>(21)</sup> Tale commistione ha trovato qualche eco anche in dottrina: PARTISANI, *Colpa medica, nesso di causalità e perdita della chance di sopravvivenza guarigione*, cit.; CALCAGNO, *Omissione di diagnosi: il punto su perdita di chance e nesso causale*, in *Danno resp.*, 2009, 159, secondo il quale «*le chance individuabili sostanziano il nesso causale, per poi essere, nel momento successivo, l'oggetto dell'indagine finalizzata alla quantificazione della perdita e quindi del danno*».

<sup>(22)</sup> Questo aspetto è stato colto da chi ha segnalato i «*profili di ambiguità*» della *chance* ravvisabili proprio nel fatto che «*le probabilità, che nella voce sono l'oggetto stesso della lesione, rappresentano, per altro verso il presupposto nella valutazione del nesso causale materiale*» (LOCATELLI, *La chance di risarcibilità delle chance perdute*, in questa *Rivista*, 2011, 914).

<sup>(23)</sup> Cass. civ., 6 febbraio 1998, n. 1286, in questa *Rivista*, 1998, 650, con nota di DE FAZIO.



*razionale e probabilità logica*»<sup>(24)</sup>, vuoi ancora ad uno «*standard di certezza probabilistica*»<sup>(25)</sup>, che pongono al centro dei criteri elaborati dalla giurisprudenza proprio il concetto di «*probabilità*», seppure in diverse accezioni<sup>(26)</sup>, per lo più contrapponendolo a quello di certezza.

Si può dunque ipotizzare che questa assonanza lessicale abbia favorito la trasmissione della «*probabilità*» dal contenuto del danno in esame a quello del rapporto di causalità ad esso afferente<sup>(27)</sup>.

Tant'è che la stessa sentenza n. 4400/2004, che per la prima volta in sede di legittimità ha accolto l'idea di una perdita di *chance* di guarigione, prima di entrare nel merito della questione che qui interessa, si era lungamente intrattenuta ad esaminare lo stato dell'arte della giurisprudenza in tema di rapporto di causalità, partendo proprio dalla constatazione per cui «*al criterio della certezza degli effetti della condotta si può sostituire, nella ricerca del nesso di causalità tra la condotta del professionista e l'evento dannoso, quello della probabilità di tali effetti e dell'idoneità della condotta produrli*», e concludendo per la sussistenza del «*rapporto causale anche quando l'opera del professionista, se correttamente e prontamente svolta, avrebbe avuto non già la certezza, bensì serie ed apprezzabili possibilità di successo*»<sup>(28)</sup>.

Tale assunto indubbiamente trasferisce il connotato della «*probabilità*» dal contenuto del danno al rapporto di causalità<sup>(29)</sup>, come è infatti precisato poco oltre, laddove la citata decisione apertamente afferma che nel caso della perdita di *chance* di guarigione «*la stessa collocazione logico-giuridica dell'accertamento probabilistico attiene alla fase di individuazione del nesso causale*».

#### 4. L'ACCERTAMENTO DELLA PERDITA DI CHANCE IN SEDE MEDICO-LEGALE

Viene allora da chiedersi se davvero il danno da perdita di *chance* di guarigione, per sua natura, ponga tali problemi in tema di rapporto di causalità, da imporre una soluzione del tutto peculiare?

<sup>(24)</sup> Sez. Un. pen., 10 luglio 2002, n. 30328, *Franzese*, in questa *Rivista*, 2003, 94, con nota di MACRÌ.

<sup>(25)</sup> Sez. Un. civ., 11 gennaio 2008, n. 581, in questa *Rivista*, 2008, 827, con nota di GRECO.

<sup>(26)</sup> Secondo il più recente arresto delle Sezioni Unite (Sez. Un. civ. n. 581/2008, *cit.*), ad esempio, lo «*standard di "certezza probabilistica" in materia civile non può essere ancorato esclusivamente alla determinazione quantitativa-statistica delle frequenze di classi di eventi (c.d. probabilità quantitativa o pascaliana), che potrebbe anche mancare o essere inconfidente, ma va verificato riconducendo il grado di fondatezza all'ambito degli elementi di conferma (e nel contempo di esclusione di altri possibili alternativi) disponibili in relazione al caso concreto (c.d. probabilità logica o baconiana). Nello schema generale della probabilità come relazione logica va determinata l'attendibilità dell'ipotesi sulla base dei relativi elementi di conferma (c.d. evidence and inference nei sistemi anglosassoni)*».

<sup>(27)</sup> In realtà è stato osservato «*una volta negata la sussistenza del nesso causale della condotta del medico con il risultato mancato, per carenza di sufficienti dati probabilistici, la chance si trasforma da strumento per la valutazione di quel nesso causale ad oggetto stesso della lesione*» (LOCATELLI, *La chance di risarcibilità delle chance perdute*, *cit.*, 905).

<sup>(28)</sup> Rinvio al riguardo a quanto già affermato da Cass. civ., 6 febbraio 1998, n. 1286, in questa *Rivista*, 1998, 650.

<sup>(29)</sup> Per quanto la medesima sentenza affermi subito dopo correttamente che, nel caso del danno in esame, «*il paziente ha perso, per effetto di detto inadempimento, delle chance, che statisticamente aveva*», facendo riferimento, in questo modo, invece al contenuto del danno da perdita di *chance* di guarigione.



Non pare proprio.

Esaminiamo attentamente la fattispecie.

Anzitutto, osserviamo che i due poli del rapporto causale sono rappresentati rispettivamente da un errore medico (l'inadempimento o all'illecito) e dalla perdita della possibilità (più o meno probabile) di guarigione o di sopravvivenza.

Ciò posto, è facile convenire, alla luce della prassi forense, che tale rapporto causale, quando sussiste, si pone semmai in termini di certezza: in questi casi, infatti, sotto il profilo medico legale, si perviene all'accertamento del fatto che l'errore medico abbia causato (non già i postumi di cui soffre il paziente o la sua morte, ma) la perdita di una possibilità di guarigione, frequentemente indicata in termini percentuali.

Quanto meno dall'esame dei precedenti editi non risulta, invece, un solo caso in cui il Consulente d'Ufficio abbia ritenuto solo «probabile» che l'errore in questione abbia causato la perdita di una «probabilità» di guarigione (o di sopravvivenza).

Del resto, che una simile ipotesi possa avverarsi, e cioè che il medico legale ritenga solo probabile la perdita di una probabilità di guarigione, appare quantomeno... improbabile, ma ove ciò si verificasse, non si vede per qual motivo la sussistenza del rapporto causale non dovrebbe essere valutata secondo i criteri ordinariamente utilizzati dalla giurisprudenza in tema di responsabilità civile.

Si badi che, anche nel caso scrutinato dalla Corte con la sentenza annotata, tanto i periti del pubblico ministero, quanto le due consulenze esperite in sede civile (rispettivamente in primo grado e in appello), pur ravvisando la tardiva diagnosi di una patologia tumorale, avevano concordemente espresso, in termini di certezza, l'irrelevanza causale di tale errore ai fini di un'ipotesi di probabile maggior sopravvivenza del paziente e/o di miglior qualità della sua vita nella fase terminale.

Il che è di per sé indicativo di come sia del tutto ingiustificata l'enfasi che la giurisprudenza di legittimità ha sin qui posto sulla problematica del rapporto di causalità nella fattispecie del danno da perdita di *chance* di guarigione, al punto da teorizzare che essa esiga la formulazione di criteri di valutazione suoi peculiari, tutt'affatto differenti rispetto a quelli della causalità «ordinaria» (peraltro normalmente utilizzati anche per tutte le altre ipotesi di danno da perdita di *chance*).

## 5. LA CAUSALITÀ NELL'IPOTESI DI PERDITA DI «POSSIBILITÀ» DI GUARIGIONE

Risulta infatti difficile da comprendere, nonostante le elaborate premesse addotte al riguardo, come la Corte, in un altro suo precedente, abbia potuto affermare che «*il modello di causalità si come disegnato funditus dalle Sezioni Unite penali* <sup>(39)</sup> *mal si attaglia a fungere da criterio valido anche in sede di accertamento della responsabilità civile da illecito omissivo del sanitario*», ponendosi così alla ricerca di un criterio alternativo e giungendo a teorizzare una «*scala discendente*» costituita da tre diversi criteri di causalità da adottare ai fini della responsabilità civile «*nei vari rami dell'or-*

<sup>(39)</sup> Si allude alla sentenza *Franzese*, Sez. Un. pen., 10 luglio 2002, n. 30328, *cit.*

*dinamento*», identificati rispettivamente nella «*quasi certezza (ovvero alto grado di credibilità razionale), probabilità relativa e possibilità*»<sup>(31)</sup>.

Proprio la perdita di *chance*, sotto il profilo della causalità, sarebbe governata dal principio della «*mera possibilità di conseguimento di un diverso risultato terapeutico*» al tempo stesso, tuttavia, contraddittoriamente definita come «*sacrificio della possibilità di conseguirlo... come "bene", come diritto attuale, autonomo e diverso rispetto a quello alla salute*»<sup>(32)</sup>.

Pertanto, nel medesimo postulato si predicano tanto la pertinenza della mera «*possibilità*» al contenuto del danno risarcibile, quanto la sua valenza di criterio selettivo, sotto il profilo causale, degli eventi dannosi risarcibili.

La sovrapposizione concettuale è talmente evidente da essere indiscutibile.

Fermo restando che dell'anzidetta differenziazione non pare esservi nessuna necessità sotto il profilo pratico, come si è visto, risultano oscure le ragioni stesse sulle quali essa si fonderebbe sotto il profilo teorico.

Se l'evento dannoso è rappresentato non già dalla perdita del bene «*salute*», ma da quella della «*possibilità*» o «*probabilità*» di guarire (e cioè di non perdere definitivamente il predetto bene), non è dato comprendere per quale motivo esso dovrebbe reputarsi causalmente riconducibile ad un determinato errore medico non già quando ciò sia predicabile con certezza ovvero con un «*elevato grado di credibilità razionale e probabilità logica*», ma quando invece ciò appaia solo «*possibile*», a prescindere da qualsiasi grado di probabilità?

In altre parole, la tesi di un criterio selettivo degli eventi causalmente rilevanti «*a geometria variabile*», a seconda della tipologia del danno verificatosi (e cioè del loro specifico contenuto), appare già di per sé difficilmente giustificabile sul piano razionale ed in relazione al diritto positivo, ma ancor meno comprensibile è il fatto che proprio il danno da perdita di *chance* di guarigione meriti un criterio di valutazione della causalità differente rispetto a tutti gli altri.

Anche in questo caso, esaminando i passaggi nodali della sentenza citata, all'origine di tale risultato pare esservi piuttosto la confusione indotta dall'uso delle nozioni di «*possibilità*» e «*probabilità*», tale da determinare la sovrapposizione del contenuto del danno al relativo rapporto di causalità, se non la velleità di utilizzare il sistema della responsabilità civile come un «*satellite sperimentale di ingegneria sociale*», piuttosto che un reale fondamento teorico, che infatti l'anzidetta decisione non è stata in grado di dimostrare.

Tale conclusione trova conferma nel fatto che, in realtà, la stessa Suprema Corte, laddove si è pronunciata con riguardo alle fattispecie di perdita di *chance* diverse da quella conseguente ad un errore medico, non ha mai avvertito la necessità di elaborare a tal fine un criterio di causalità differente rispetto a quello ordinario, riportando sempre l'aspetto probabilistico che caratterizza la fattispecie alla «*sussistenza del danno*» (ed alla sua quantificazione)<sup>(33)</sup>.

<sup>(31)</sup> Cass. civ., 16 ottobre 2007, n. 21619, *cit.*

<sup>(32)</sup> *Ivi.*

<sup>(33)</sup> Cass. civ., 23 luglio 2002, n. 10739, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, 1319; nello stesso senso: Cass. civ., 28 settembre 2010, n. 20351, in questa *Rivista*, 2011, 103

(per la quale il danneggiato «*deve a tal fine fornire la prova dell'esistenza di elementi oggettivi dai quali desumere, in termini di certezza o di elevata probabilità e non di mera potenzialità, l'esistenza di un pregiudizio economicamente valutabile*»); Cass.

Il che induce agevolmente a concludere che, ove sia correttamente impostata, in termini di possibilità di perdita di *chance* di guarigione, la questione relativa al contenuto del danno in realtà non vi è motivo per predicare la necessità di un regime derogatorio per il nesso causale fra di esso e l'inadempimento (o l'illecito) accertato e tal genere di danno.

## 6. PERDITA DI CHANCE DI GUARIGIONE E ONERE DELLA PROVA

Bisogna tuttavia riconoscere che la materia in esame è particolarmente sfortunata, perché le assonanze lessicali evocate dal contenuto del danno da perdita di *chance* non si limitano al terreno della causalità, ma si estendono altresì a quello, ancora diverso, inerente all'onere della prova del danno stesso.

A questo proposito, infatti, la Cassazione civile ha riproposto, anche in materia di *chance* di guarigione, il principio affermato con riguardo ad altre tipologie di perdita di *chance* <sup>(34)</sup>, per cui il danneggiato «*ha l'onere di provare, anche facendo ricorso a presunzioni e al calcolo delle probabilità, soltanto la possibilità che avrebbe avuto di conseguire*» <sup>(35)</sup>.

In ciò ovviamente non vi è nulla di strano, perché la prova per presunzioni semplici, com'è acquisito in giurisprudenza ed in dottrina, è una «*prova completa, alla quale il giudice del merito può legittimamente ricorrere, anche in via esclusiva*» <sup>(36)</sup>, tanto più che non esiste «*nel vigente ordinamento, una gerarchia delle prove*» <sup>(37)</sup>, per cui i risultati di talune di esse debbano necessariamente prevalere nei confronti di altri dati probatori <sup>(38)</sup>: che sia possibile offrire la prova di un danno da perdita di *chance* di guarigione mediante presunzioni è pertanto del tutto normale (anche se nella prassi forense risulterà del tutto infrequente).

Ciò tanto più che, in quel caso, la Corte dimostrò di avere ben chiaro quale fosse l'oggetto della predetta prova presuntiva, laddove precisò che «*il ragionamento presuntivo non riguarda l'attitudine della chance a provocare l'effetto favorevole che il danneggiato non ha conseguito*» e pertanto non concerne il rapporto di causalità, ma ha invece ad oggetto «*l'attitudine della situazione di fatto in senso lato in presenza della quale la chance può essere riconosciuta esistente*» <sup>(39)</sup>, e cioè l'esistenza del danno stesso.

Quel che rileva piuttosto, ai fini che qui interessano, è sottolineare come in materia di presunzioni semplici «*la prova per inferenza induttiva non postula che il fatto ignoto da dimostrare sia l'unico riflesso possibile di un fatto noto, essendo sufficiente la rilevante probabilità del determinarsi dell'uno in dipendenza del verificarsi dell'al-*

— — — — —  
civ., 11 maggio 2010, n. 11353, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, 5, 716.

<sup>(34)</sup> Ad esempio, in tema di danno causato dalla violazione del principio di ragionevole durata del processo (Cass. civ., 28 settembre 2005, n. 18953, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 6) o di danno da perdita di *chance* lavorative (Cass. civ., 28 gennaio 2005, n. 1752, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 1).

<sup>(35)</sup> Cass. civ., 18 settembre 2008, n. 23846, in *Foro it.*, 2009, 4, 1813.

<sup>(36)</sup> Cass. civ., 31 gennaio 2008, n. 2394, in *Giust. civ.*, 2010, 1, 206.

<sup>(37)</sup> Salvo che, ovviamente, per ciò che attiene le prove legali, quali le presunzioni *iuris et de jure*.

<sup>(38)</sup> Cass. civ., 18 aprile 2007, n. 9245, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 4.

<sup>(39)</sup> Cass. civ. n. 23846/2008, *cit.*

tro secondo criteri di regolarità causale»<sup>(40)</sup>: il rapporto inferenziale tra il fatto noto e quello ignoto oggetto di presunzione, pertanto, non deve necessariamente porsi in termini di certezza, essendo sufficiente che sia connotato dalla «probabilità», secondo l'*id quod plerumque accidit* (ovvero secondo un criterio di «regolarità causale»).

Anche in questo caso, come si vede, entra in gioco il carattere della «probabilità» dell'evento ignoto, tale da suscitare un'attrazione talmente forte nei confronti del nostro Giudice di legittimità da indurlo a ribadire, anche a proposito della perdita di *chance*, come l'onere probatorio che grava sul danneggiato possa essere assolto «*facendo ricorso a presunzioni e al calcolo delle probabilità*», riferimento quest'ultimo del tutto pleonastico perché il «calcolo delle probabilità» da un lato certamente non è un mezzo di prova e dall'altro perché esso rappresenta semmai lo strumento che legittima il ricorso alla presunzione semplice.

Come già si è rilevato, sarà a dir poco raro che, in un caso di responsabilità medica per perdita di *chance*, si debba far ricorso alla prova presuntiva del danno: anche a questo proposito va osservato, infatti, che quest'ultimo consiste proprio nella «possibilità (più o meno probabile) di guarigione», sicché appare a dir poco improbabile che la sua prova possa raggiungersi in via presuntiva, perché in tal caso si dovrebbe ritenere che un errore medico abbia reso altamente probabile, secondo un criterio di regolarità causale, la perdita di... una probabilità di guarigione.

Anche in questo caso una doppia, consequenziale «probabilità» appare difficile da ipotizzare, tanto più ove si consideri che la prova in questione investe in realtà una valutazione di natura medico-legale che, come si è rilevato, nella prassi forense, normalmente si traduce in un giudizio di certezza in merito alla perdita di una probabilità di guarigione.

## 7. I CONCETTI DI «POSSIBILITÀ» E DI «PROBABILITÀ» DI GUARIGIONE E LA SUSSISTENZA DEL DANNO DA PERDITA DI CHANCE DI GUARIGIONE

Le considerazioni che precedono suggeriscono una puntualizzazione lessicale che, in realtà, non è solamente tale, in merito alle nozioni di «possibilità» e «probabilità» di guarigione, che non di rado vengono impiegate impropriamente, alimentando equivoci ed ambiguità.

In proposito non appare inutile, infatti, sottolineare che «*possibilità*» è «*la caratteristica di ciò che può esistere, realizzarsi, avvenire*»<sup>(41)</sup> e, come tale, rappresenta fra le possibili traduzioni del termine *chance* quella indubbiamente pertinente al caso che qui interessa.

La *chance* è, quindi, proprio quella «possibilità di guarigione» che costituisce l'oggetto del danno in esame, sì che l'espressione «danno da perdita di *chance* di guarigione» è del tutto corrispondente a quella «danno da perdita di possibilità di guarigione».

<sup>(40)</sup> Cass. civ., 13 maggio 2009, n. 11059, in *Ragiusan*, 2009, 301-302, 128; ma si vedano anche, *ex multis*: Cass. civ., 12 giugno 2006, n. 13546, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 7-8; Cass. civ., 16 novembre 2005, n. 23079, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 11.

<sup>(41)</sup> Istituto dell'Enciclopedia italiana Treccani, *Vocabolario della lingua italiana*, Roma, 1991, III, 2, 1023.

Ben diversamente, invece, la «*probabilità*» è «*la misura in cui si ritiene che un evento possa realizzarsi*» e, più specificamente, nel linguaggio scientifico «*si dice probabilità di un evento il numero, compreso fra 0 e 1, che esprime il grado di possibilità che l'evento si verifichi*»<sup>(42)</sup>.

La «*probabilità*» di un evento futuro è misurabile sulla base dell'esperienza di eventi identici ad esso verificatisi nel passato.

È quindi chiaro che la «*probabilità*» è la misura della «*possibilità*» che un evento possa avverarsi in futuro e costituisce pertanto un connotato della «*possibilità*» stessa, e non un'alternativa a quest'ultima: «*un evento casuale si dice possibile quando non è impossibile... L'aggettivo probabile, invece, indica una misura di questa possibilità*»<sup>(43)</sup>.

Nonostante i due termini esprimano concetti ben distinti, non di rado nel linguaggio comune, ed anche dai giuristi, essi vengono utilizzati vuoi come sinonimi, vuoi per esprimere significati diversi rispetto a quelli loro propri.

In particolare, non pochi arresti giurisprudenziali paiono concepire possibilità e probabilità di un evento come gradi diversi di una medesima scala quantitativa delle probabilità di avveramento del medesimo, e non già il secondo come un attributo (eventuale) del primo, come dovrebbe essere.

La già citata sentenza n. 23846/2008 della Cassazione civile, ad esempio, afferma che «*sarebbe irragionevole risarcire la perdita di chance quando è presumibile o probabile che la sua utilizzazione avrebbe determinato un certo evento e non risarcirla quando la presunzione o le probabilità non sussistano*» perché «*il modo di essere nell'uno o nell'altro senso della chance sarà semmai incidente soltanto sulla liquidazione del danno, nel senso che nel primo caso la perdita sarà maggiore e nel secondo minore o addirittura inesistente*».

A parte la indebita assimilazione del termine «*presumibile*», che attiene alla prova del danno, a quello «*probabile*», che allude all'anzidetto connotato della *chance* o «*possibilità*» e dunque alla misura del danno è evidente, infatti, che qualora «*le probabilità non sussistano*», non esiste nemmeno una «*possibilità*» ovvero una *chance* di guarigione e che, in tal caso, quindi il danno non esiste proprio e non sarebbe in ogni caso risarcibile, al contrario di quel che afferma la Corte quando sostiene che, anche in questa ipotesi, vi sarebbero casi in cui esso si dovrebbe risarcire.

Ancor più confuso, se possibile, è il concetto formulato dalla sentenza in commento, laddove essa postula la risarcibilità del danno da perdita di *chance* «*indipendentemente dalla dimostrazione che la concreta utilizzazione della chance avrebbe presumibilmente o probabilmente determinato la consecuzione del vantaggio, essendo sufficiente anche la sola possibilità di tale consecuzione*» sicché «*la idoneità della chance a determinare presuntivamente o probabilmente ovvero solo possibilmente detta consecuzione*» sarebbe rilevante «*soltanto ai fini della concreta individuazione e quantificazione del danno*» che potrebbe anche escludersi «*all'esito di una valutazione in concreto della prossimità della chance rispetto la consecuzione del risultato della sua idoneità ad assicurarla*».

<sup>(42)</sup> Ivi, 1100.

<sup>(43)</sup> M.I. FANDINO PINILLA, *Probabilità, statistica, combinatoria: l'altra metà del cielo*, Vita Scolastica,

(2010), 65, 4, 14- 16, consultabile su: <http://www.d-m.unibo.it/rsddm/it/articoli/fandino/173%20Probabilita%20VS.pdf>.

In pratica: una *chance* solo «possibile» dovrebbe dar luogo ad un risarcimento inferiore a quello di una *chance* «probabile»<sup>(44)</sup>, ma potrebbe anche essere irrisarcibile qualora ritenuta «inidonea» a conseguire il risultato della guarigione.

L'incoerenza logica di tali assunti è più che evidente.

In primo luogo, tenendo presente quanto dianzi chiarito, è agevole concludere che l'ipotesi di una *chance* meramente... «possibile» si risolve in una mera tautologia: se vi è una *chance*, anche una sola, di guarigione, quest'ultima è pur sempre «possibile»<sup>(45)</sup>.

Pertanto negare che questa «possibilità» sia idonea a far conseguire la guarigione, in realtà, costituisce una contraddizione in termini. Sotto il profilo razionale, affermare l'esistenza di una «possibilità» di guarigione, ma negarne la risarcibilità per la sua inidoneità a conseguire quest'ultima è chiaramente contraddittorio, posto che tale «inidoneità» non è predicabile sotto il profilo logico qualora una «possibilità», ancorché minima, esista.

In secondo luogo risulta palesemente viziato, sempre sotto il profilo logico, il ragionamento per cui la perdita di una «probabilità» di guarigione implicherebbe un danno maggiore della mera «possibilità» di guarigione, in quanto, come si è visto, la prima rappresenta un attributo eventuale della seconda, e non già un valore quantitativamente maggiore di quest'ultima nell'ambito di una scala di grandezza utilizzabile ai fini della graduazione del danno.

## 8. LA PERDITA DI UNA «POSSIBILITÀ» DI GUARIGIONE È SEMPRE RISARCIBILE, ANCORCHÉ NON SIA MISURABILE IN TERMINI DI «PROBABILITÀ» ED ANCHE QUANDO SIA DI MINIMA ENTITÀ

Queste considerazioni portano ad evidenziare come, ai fini che qui interessano, la netta distinzione concettuale esistente tra «possibilità» e «probabilità» debba essere considerata sotto un altro punto di vista, per cui la «possibilità» di guarigione, piccola o grande che sia, quando esiste, rappresenta sempre una *chance* per il paziente, frequentemente, ma non sempre misurabile nel suo ordine di grandezza.

Come abbiamo già rilevato, nel campo della medicina, a tal fine, sovengono le elaborazioni statistiche che vengono effettuate sulla base dell'esperienza clinica, per un numero di patologie e di casi ben individuati, a volte sulla base di vere e proprie ricerche di carattere scientifico destinate a porre le basi di specifici protocolli di intervento, mentre altre volte il parere del medico legale può sostanziarsi in una previsione probabilistica fondata su dati di esperienza sufficientemente condivisi dalla comunità scientifica.

Ma non sempre ciò avviene.

<sup>(44)</sup> Nello stesso senso, seppure in un diversa prospettiva di «*apportionment of liability*», si veda Trib. Terni, 2 luglio 2010, in questa *Rivista*, 2011, 895, per la quale «probabilità di esito favorevole e la sua sola possibilità non sono che graduazione di una stessa affermazione di danno».

<sup>(45)</sup> LOCATELLI, *op. cit.*, 2371: «nel concreto una *chance* esiste o non esiste e nel primo caso la sua

*perdita dovrebbe trovare un risarcimento se la lesione prende origine dall'illecito... Tutta la forbice di percentuale ha dignità di esistenza, perché non si tratta di dare o meno giudizi di credibilità alla chance — che esiste e dunque può essere lesa o perduta, al 10% come al 90% — ma di verificare, piuttosto, quando la perdita di chance ha ragione di essere risarcita e di quantificare il valore della perdita».*



In questi casi una «possibilità» di guarigione esiste, ma la sua «probabilità» di avveramento non è quantificabile in termini scientifici o esperienziali.

È evidente, tuttavia, che l'impossibilità di stimare la «probabilità» di avveramento della *chance* non annulla quest'ultima, non ne elide l'esistenza: la «possibilità» di guarigione (ancorché non quantificabile in termini probabilistici) esiste anche in questa ipotesi e, pertanto, è innegabile che pure in questo caso sussista un danno per il paziente quando essa viene perduta ed è quindi da ritenere che tale danno sia risarcibile quando tale perdita si verifica a causa di un errore medico.

È questo l'assunto che la Suprema Corte pare aver fatto proprio laddove ha affermato, seppure con le già evidenziate improprietà lessicali, che «*non è di per sé ragione giustificativa per negare la risarcibilità della perdita di chance, cioè per negare che essa si in sostanza una "perdita", la mera circostanza che essa non sia tale da determinare presuntivamente o probabilisticamente la consecuzione del risultato*»<sup>(46)</sup>, laddove quest'ultimo riferimento va letto, molto probabilmente, con riguardo non già alla impossibilità di «conseguire il risultato», bensì a quella di quantificare l'entità probabilistica delle *chance* perdute.

Pertanto, la «possibilità» di guarigione, seppure non quantificata in termini probabilistici, costituisce sempre un danno risarcibile, perché la mera difficoltà di determinare la misura del danno e correlativamente quella del suo risarcimento non è indubbiamente motivo per negarne l'esistenza, ma è solo ragione di una non evitabile difficoltà liquidativa, che il Giudice del merito dovrà risolvere secondo il suo prudente apprezzamento, in via equitativa *ex art. 1226 c. c.*, tenendo presenti tutte le circostanze del caso concreto.

Né vi è motivo per negare la risarcibilità dei pregiudizi implicanti la perdita di «possibilità» di guarigione di modesta entità ovvero per condizionarla al conseguimento di una soglia minima di «probabilità» di guarigione: anche in questi casi, infatti, ancorché modesto, si verifica un danno, meritevole di essere risarcito, seppur in misura corrispondente alla sua effettiva entità<sup>(47)</sup>.

In termini generali, con riguardo al fenomeno della perdita di *chance*, «*si erra... quando si fa dipendere la stessa sussistenza del danno risarcibile dal grado di probabilità di successo*», mentre «*il grado di probabilità di successo è rilevante, invece, agli effetti del quantum del risarcimento*»<sup>(48)</sup>, come la dottrina ha già da tempo rilevato, osservando che solo «*l'esistenza di concrete possibilità di esito favorevole*» condiziona l'*an debeat*, mentre «*la misura di queste*» rileva esclusivamente ai fini del «*diverso profilo dell'entità del danno*»<sup>(49)</sup>.

<sup>(46)</sup> Cass. civ. n. 23846/2008, *cit.*

<sup>(47)</sup> In contrario, si è sostenuto che il risarcimento delle *chance* perdute sarebbe problematico quando la minima probabilità di avverarsi di un evento ne esclude la realizzabilità (PUCELLA, *Causalità civile e probabilità: spunti per una riflessione*, in *Danno resp.*, 2008, 64), ma la tesi non persuade, perché la sussistenza di una probabilità, seppur minima, non è affatto tale da escludere la realizzabilità dell'evento probabile ed in quanto l'utilità patrimoniale rappresentata dalla *chance* consiste appunto nella possibi-

lità che l'evento sperato si realizzi, e non già nella realizzazione del medesimo. Sostiene si debba accettare «*che al di sotto di una determinata soglia alla chance possa perdere, per il dominio delle possibilità avverse, consistenza sino all'annullamento totale in chiave giuridica delle possibilità*», LOCATELLI, *op. cit.*, 2373.

<sup>(48)</sup> GALGANO, *op. cit.*, 262.

<sup>(49)</sup> FEOLA, *Il danno da perdita delle chances di miglioramento della qualità e delle aspettative di vita del paziente*, *cit.*, 293; MUSY, *Sicilcasse ed il danno da*



Ovviamente tale constatazione è riproponibile anche nel settore dei danni da responsabilità medica, laddove «*il grado di probabilità che l'omessa terapia*» avrebbe avuto di far conseguire la guarigione «*attiene... al quantum del risarcimento*»<sup>(50)</sup>.

In proposito è appena il caso di rilevare come, trattandosi di un danno di natura patrimoniale, la sua risarcibilità, in tali ipotesi, non incontra il limite della oggettiva «gravità» che le Sezioni Unite hanno invece tratteggiato per il danno non patrimoniale<sup>(51)</sup>.

## 9. LA NATURA GIURIDICA DEL DANNO DA PERDITA DI POSSIBILITÀ DI GUARIGIONE E L'AUTONOMIA DELLA RELATIVA DOMANDA GIUDIZIALE

Tali constatazioni ci riportano alla natura del danno in esame che, come si è visto, la sentenza annotata ha sorprendentemente definito come un «danno alla persona».

Questo assunto contraddice non già solo il consolidato orientamento giurisprudenziale, ma i fondamenti stessi su cui poggia la costruzione teorica del danno da perdita di *chance*, vale a dire la configurazione della *chance* come «*bene autonomo, già facente capo al soggetto nel momento in cui si manifesta l'occasione propizia, a prescindere dal risultato finale*»<sup>(52)</sup>, sicché la sua perdita costituisce un «*capo autonomo di danno, con cui si fa riferimento alla perdita attuale di un miglioramento futuro e possibile*»<sup>(53)</sup>.

È stato giustamente osservato che il danno in questione si verifica nel momento stesso in cui si realizza l'inadempimento contrattuale ovvero viene posta in essere la condotta colposa che vi dà causa, rilevandosi che «*in quell'istante il paziente aveva tutte le sue chance, una parte delle quali sono state, poi, irrimediabilmente perdute proprio a causa*» del predetto inadempimento (o dell'illecita condotta altrui)<sup>(54)</sup>.

Ciò che il paziente perde, in quel momento, non è dunque il bene della salute, ma la possibilità di preservarlo (guarendo dalla patologia che lo affligge), intesa come bene autonomo e distinto dalla salute stessa, la cui perdita, quindi, non integra sicuramente un danno biologico, di carattere non patrimoniale, ma configura un danno emergente necessariamente di natura patrimoniale<sup>(55)</sup>.

Si tratta, pertanto, di un pregiudizio ontologicamente diverso dal danno alla persona.

Il fatto che il danno da perdita di *chance* non costituisca affatto una «*tecnica risarcitoria*» finalizzata a «*distribuire il peso del danno tra le parti in misura proporzionale all'apporto causale della colpa e dei fattori di rischio presenti nel paziente*», come ha affermato la sentenza in commento<sup>(56)</sup>, deriva proprio dalla constatazione per

perdita di una «chance», in *Danno resp.*, 1994, I, 1, 234.

<sup>(50)</sup> GALGANO, *op. cit.*, 263.

<sup>(51)</sup> Sez. Un. civ., 11 novembre 2008, n. 26972, in questa *Rivista*, 2009, 38, con nota, tra gli altri, di MONATERI.

<sup>(52)</sup> GALGANO, *op. cit.*, 262.

<sup>(53)</sup> MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco, Torino, 1998, 283.

<sup>(54)</sup> FEOLA, *Il danno da perdita delle chances di sopravvivenza o di guarigione è accolto in Cassazione*, cit., 49.

<sup>(55)</sup> Sostiene, tuttavia, che la perdita di *chance* possa consistere tanto in un danno emergente, quanto in un lucro cessante o in entrambi, FEOLA, *Il danno da perdita delle chances di sopravvivenza o di guarigione è accolto in Cassazione*, cit., 53.

<sup>(56)</sup> In dottrina, in questo senso, si veda: FEOLA, *Il*

cui tale «distribuzione» consegue invece all'applicazione del principio di causalità, in termini di imputabilità del danno, problematica alla quale lo specifico contenuto del pregiudizio in esame (come quella di ogni altro pregiudizio) è puramente e semplicemente estraneo.

In altre parole, l'imputazione del danno, sotto il profilo causale, non dipende dal suo contenuto: che quest'ultimo sia rappresentato dalla lesione del diritto alla salute, piuttosto che da un mancato guadagno o, ancora, dalla perdita di una possibilità di guarigione non ha alcun rilievo ai fini della sussistenza del necessario rapporto causale tra inadempimento (o illecito) ed evento dannoso, né condiziona in alcun modo i criteri di valutazione di quest'ultima, per le ragioni già illustrate.

La perdita di una possibilità di guarigione non autorizza quindi alcuna «tecnica liquidativa», ma origina solamente un danno che va risarcito, secondo le regole ordinarie della responsabilità civile.

Sotto il profilo del nesso di causalità, nessun peculiare criterio di valutazione sarà da utilizzare ai fini di valutare la sussistenza di un rapporto causale tra un errore medico e la perdita di una possibilità di guarigione da parte del paziente, che andrà esaminata secondo i criteri ordinariamente utilizzati dalla giurisprudenza ai fini civilistici, senza deviazioni o deroghe che non appaiano giustificate né dal diritto positivo, né da evidenti esigenze pratiche.

Su queste premesse si deve altresì ritenere che altrettanto ontologica sia la diversità della domanda pertinente al danno (patrimoniale) da perdita di *chance* rispetto a quella afferente al danno alla persona (di natura non patrimoniale)<sup>(57)</sup>, ragion per cui la sua tardiva introduzione in causa non può certo essere qualificata come una «*riduzione dell'originaria domanda di risarcimento dell'intero pregiudizio assunto*», tale da rappresentare una mera *emendatio*, e non una vera e propria *mutatio libellis*, al contrario di quanto ha sostenuto la sentenza in commento, contraddicendo i precedenti giurisprudenziali editi<sup>(58)</sup>.

Tale diversità costituisce infatti «*un logico corollario*» dell'identità propria del danno da perdita di *chance* di guarigione, nel senso dianzi precisato, e come tale del tutto diverso dal danno alla persona<sup>(59)</sup>, tanto più considerato il fatto che esso non costituisce «*un minus del risultato sperato*» ovvero una frazione del medesimo, «*bensi una posta di danno ontologicamente distinta*»<sup>(60)</sup>, che poggia su un fatto costitutivo completamente differente (la perdita della possibilità di guarire) rispetto all'altro (la compromissione del diritto alla salute).

\_\_\_\_\_

danno da perdita delle chances di sopravvivenza o di guarigione è accolto in Cassazione, cit., 55; FEOLA, *Il danno da perdita delle chances di miglioramento della qualità e delle aspettative di vita del paziente*, cit., 298.

<sup>(57)</sup> La perdita di *chance* potrebbe assumere, a seconda dei casi, natura di danno patrimoniale o non patrimoniale secondo CHINDEMI, *Il danno non patrimoniale da perdita di chance dopo le sentenze di San Martino*, in questa Rivista, 2011, 454.

<sup>(58)</sup> Cass. civ. n. 4400/2004, cit.; Trib. Napoli, Sez. II, 13 ottobre 2005, in *Giur. merito*, 2006, 2181; Trib. Monza, 11 febbraio 2005; TAR Toscana, 13 aprile 2000, n. 660, in *TAR Toscana*, 2000.

<sup>(59)</sup> FEOLA, *Il danno da perdita delle chances di sopravvivenza o di guarigione è accolto in Cassazione*, cit., 51.

<sup>(60)</sup> PARTISANI, *Colpa medica, nesso di causalità e perdita della chance di sopravvivenza o guarigione*, cit., 219; *contra*: CHINDEMI, *op. cit.*, 457.

## 10. LA LIQUIDAZIONE DEL RISARCIMENTO DEL DANNO DA PERDITA DI POSSIBILITÀ DI GUARIGIONE

Le conclusioni sin qui raggiunte implicano, infine, importanti riflessi, anche di natura pratica, ai fini della liquidazione del risarcimento del danno da perdita di possibilità di guarigione.

Se il pregiudizio rappresentato dalla perdita di una possibilità di guarigione è cosa diversa dal danno alla persona, se il primo non è una frazione del secondo, ma tutt'altra entità, si deve, infatti, coerentemente ritenere che il suo risarcimento non corrisponda affatto ad una parte del ristoro che sarebbe stato da liquidarsi al paziente nel diverso caso rappresentato dalla lesione del suo diritto alla salute.

Tanto meno tale risarcimento potrà corrispondere ad una frazione di quest'ultimo proporzionale alla « probabilità » di guarigione accertata, qualora quest'ultima sia stata determinata in sede medico-legale.

Si tratta, infatti di due danni differenti, di due entità concettuali completamente diverse, per loro intrinseca natura (di danno patrimoniale per ciò che attiene al primo, di danno non patrimoniale per quel che riguarda il secondo, come si è visto), ma anche per loro specifico contenuto.

Se il danno alla persona consiste nella lesione dell'integrità psicofisica che, quando ricorre, secondo le Sezioni Unite <sup>(61)</sup>, ha una valenza tendenzialmente esaustiva del danno non patrimoniale, quello da perdita di possibilità di guarigione consiste invece nell'occasione, più o meno probabile, di mantenere quell'integrità, che rappresenta un autonomo valore patrimoniale.

Com'è stato acutamente osservato, « ad una probabilità del 30% di sopravvivere alla malattia non corrisponde una certezza del 30% di farcela » <sup>(62)</sup>, per cui quest'ultimo valore, nemmeno sotto il profilo logico, può identificarsi in una frazione del danno alla persona che sarebbe risarcibile nel caso si avesse la certezza che una corretta condotta professionale avrebbe cagionato la guarigione del paziente.

Sotto il profilo razionale, infatti, postulare la risarcibilità del danno da perdita di *chance* di guarigione in termini frazionali del danno alla persona in concreto subito dal paziente significherebbe trasformare in certezza ciò che è solo probabile (l'ipotetica guarigione del medesimo) e che, in quanto tale, avrebbe potuto anche non avverarsi a causa dell'inveramento delle residue possibilità che la guarigione non si verificasse.

Sicché la soluzione liquidativa da adottare in questo caso dovrà essere necessariamente svincolata dalla valutazione del danno alla salute effettivamente subito dal paziente, non potendo consistere nell'attribuzione di una parte o di una frazione del valore risarcitorio corrispondente a quest'ultimo <sup>(63)</sup>.

Poiché, anche nei casi in cui la possibilità di guarigione sia stata stimata in termini percentuali, quello in esame rimarrà pur sempre un danno che « non può essere

<sup>(61)</sup> Sez. Un. civ. n. 26972/2008, cit.

<sup>(62)</sup> PUCCELLA, *op. ult. cit.*, 65.

<sup>(63)</sup> Per LOCATELLI, *op. cit.*, 2370, « il percorso di liquidazione della perdita di chance dovrebbe coraggiosamente staccarsi da quello relativo alla li-

quidazione dei beni vita e salute e del risultato di guarigione non ottenuto, quantomeno nei propri presupposti, evidenziando che la liquidazione equitativa tiene ben presente che il danno è diverso»; *contra*: CHINDEMI, *op. cit.*, 547.

*provato nel suo preciso ammontare*», la sua liquidazione mediante valutazione equitativa ex art. 1226 c.c. rappresenterà una scelta obbligata <sup>(64)</sup>.

È chiaro che, a tal fine, il Giudice del merito dovrà far riferimento alle « circostanze concrete » del caso, non ultima l'entità della possibilità perduta (quand'anche quest'ultima non sia quantificata in termini percentuali), ma anche alle altre rappresentate, ad esempio, dalla gravità della patologia degenerata a causa dell'errore medico, dalle condizioni generali di salute del paziente, dalla sua speranza di vita residua...

In conclusione, la perdita di *chance* può elevarsi a dignità di danno risarcibile esclusivamente a condizione di ravvisare in essa un'autonoma specie di danno, integrata da un pregiudizio peculiare e diverso dagli altri, primo fra tutti il danno alla persona, sì da costituire un bene ben distinto da quello della salute ed un autonomo valore patrimoniale del danneggiato, ma da tale postulato debbono trarsi tutte le conseguenze che ne derivano sul piano razionale e giuridico.

Prima fra tutte la pertinenza del connotato della « possibilità » (quand'anche sia quantificabile in termini di « probabilità ») al contenuto stesso del danno in questione e, dunque, la sua estraneità alle problematiche inerenti al rapporto di causalità, evitando qualsiasi equivoco a tale proposito, ma anche l'autonomia della relativa domanda giudiziale rispetto a quella pertinente al risarcimento del danno alla persona ovvero del danno patrimoniale consequenziale ed altresì la specificità e l'autonomia dei criteri da assumere per la liquidazione del suo risarcimento.

---

<sup>(64)</sup> In tal senso: LOCATELLI, *op. cit.*, 2369, per il quale: « la privazione della chance possiede un valore risarcitorio da attribuirsi in via equitativa, che non si deve meccanicamente desumere dalla riduzione proporzionale della liquidazione che si sarebbe ottenuta una volta dimostrato il nesso tra condotta e, ad esempio e seguendo il caso in commento, morte anticipata »; FRANZONI, *La chance nella casistica recente*, cit., 447; ZIVIZ, *Il risarcimento per la perdita di*

*chances di sopravvivenza*, in questa *Rivista*, 1998, 711. In giurisprudenza hanno condiviso tale orientamento Cass. civ. n. 4400/2004, cit., secondo la quale il danno in questione « non va commisurato alla perdita del risultato, ma alla mera possibilità di conseguirlo » che costituisce « un diverso bene giuridico », nonché Cass. civ. n. 23846/2008, cit., per la quale il relativo risarcimento deve essere liquidato in via equitativa.

