

# Diritto Civile Contemporaneo

Rivista trimestrale *online* ad accesso gratuito ISSN 2384-8537

[www.dirittocivilecontemporaneo.com](http://www.dirittocivilecontemporaneo.com)

Anno II, numero IV, ottobre/dicembre 2015

**Pazienti terminali, ritardi diagnostici e danni risarcibili**

Giampaolo Miotto

## Pazienti terminali, ritardi diagnostici e danni risarcibili

di Giampaolo Miotto

Da quel poco che si evince dalla sua motivazione, il caso deciso da Cass. Civ. 20.8.2015, n. 16993 ha riguardato una paziente afflitta da una “forma tumorale, particolarmente maligna e aggressiva” di carcinoma uterino, che non era stata diagnosticata tempestivamente dal suo ginecologo, ma con due mesi di ritardo, a seguito di un ricovero, in occasione del quale era stata eseguita una biopsia.

Deceduta la paziente, i suoi congiunti avevano proposto nei confronti del medico una domanda risarcitoria di cui non è dato conoscere l'esatto contenuto, che veniva parzialmente accolta in primo grado, con una sentenza confermata in appello, anche a seguito di una consulenza d'ufficio secondo la quale in caso di diagnosi tempestiva “poco o nulla sarebbe cambiato circa il decorso clinico”, il che aveva indotto la Corte territoriale a ritenere l’“insussistenza del nesso causale tra l'aggravamento della malattia e il comportamento omissivo del sanitario”.

La Corte d'appello aveva rigettato lo specifico gravame concernente il danno da perdita di chance perché, come riporta in virgolettato la sentenza annotata, aveva osservato che questo rappresenta “un'autonoma voce di danno emergente, con la conseguenza che la relativa domanda è diversa rispetto a quella avente ad oggetto il mancato raggiungimento del risultato sperato”.

Questo rilievo induce a supporre che la domanda in concreto proposta dagli appellanti fosse inerente ai “danni da morte” della loro congiunta e quindi sostanzialmente diversa da quella afferente ai danni da perdita di chance (di maggior sopravvivenza o di “miglior qualità della vita terminale”) [Cass. civ., sez. III, 29/11/2012, n. 21245, in *Diritto & Giustizia*, 2012, con nota di DI MICHELE; Tribunale Reggio Emilia, sez. II, 27/02/2014, n. 338, Valiante e altro c. Osp. S. Maria nuova Reggio Emilia; Tribunale Napoli, sez. II, 13/10/2005, in *Giur. Merito*, 2006, 10, 2181; Tribunale Monza, 11/02/2005, in *Banca dati Juris data*; Tribunale Arezzo, 18/11/2011, in *Banca dati Juris data*].

La Suprema Corte ha cassato tale decisione per vizio di motivazione, sotto molteplici profili.

La sentenza da un lato riepiloga i principi di diritto affermati da svariati precedenti della Cassazione in tema di danni subiti dai pazienti terminali e dall'altro tenta di farne applicazione, in maniera a dir poco infelice e confusa, alla fattispecie decisa.

Essa offre dunque l'occasione per fare il punto sulla delicata problematica dei danni risarcibili in caso di responsabilità medica per ritardata diagnosi di patologie in fase "terminale".

Il comun denominatore di queste fattispecie è dato dal fatto che anche una diagnosi tempestiva, e cioè correttamente posta nel momento in cui il medico sarebbe stato effettivamente in grado di formularla sulla base della sintomatologia lamentata dal paziente e degli esami diagnostici disponibili (o che egli avrebbe dovuto diligentemente disporre), non sarebbe valsa a guarire il paziente ovvero a salvargli la vita.

Ovviamente il caso tipico è, purtroppo, quello delle patologie di natura tumorale che, per le più diverse ragioni (ritardo del paziente nel consultare il medico, oggettiva ambiguità dei sintomi, difficoltà interpretative degli esami effettuati, particolare aggressività...), vengano diagnosticate quando siano pervenute ad uno stadio tale da implicare una prognosi infausta *quoad vitam*, com'era appunto nel caso deciso dalla sentenza annotata.

In questi casi i danni cagionati dal ritardo diagnostico non sono mai quelli inerenti alla morte del paziente, posto che, a questo specifico riguardo, lo stadio terminale della malattia (ovvero la sua "incurabilità") esclude di per sé la rilevanza causale della ritardata diagnosi ai fini della perdita della vita.

Risulta perciò sorprendente il fatto che la sentenza in commento addebiti, fra l'altro, a quella della Corte d'appello di non aver "assegnato alcuna rilevanza causale in relazione alla sopraggiunta morte" al ritardo diagnostico verificatosi, posto che tale rilevanza era stata esplicitamente esclusa dalla consulenza d'ufficio.

Ciò non significa, tuttavia, che il ritardo nella diagnosi di una malattia in stadio terminale non abbia a causare danni di natura diversa dai “danni da morte”.

In primo luogo, qualora sia possibile affermare con certezza che una diagnosi tempestiva, e dunque posta in epoca più precoce rispetto a quel che è avvenuto, avrebbe consentito al paziente di sopravvivere per un periodo di tempo maggiore di quel che in effetti è stato, in relazione ad una più tempestiva instaurazione delle cure, sussisterebbe indubbiamente un danno non patrimoniale corrispondente alla maggior sopravvivenza di cui questi è stato privato.

Di questa fattispecie la Suprema Corte si era occupata in un suo precedente [Cass. civ., sez. III, 10/05/2000, n. 5962, in *Resp. civ. e prev.*, 2001, 91, con nota di FEOLA], osservando che in questi casi il paziente viene “privato... di una parte del suo “tempo di vita”, facendo sì che il fattore patogenetico, causante clinicamente la morte, producesse anticipatamente il proprio effetto letale” e precisando i criteri sulla base dei quali procedere all’accertamento del nesso causale tra ritardo diagnostico e “accelerazione dell’evento morte”.

Ben di rado, tuttavia, è possibile raggiungere una simile certezza, mentre sovente è possibile sostenere, sotto il profilo scientifico, che una maggior sopravvivenza sarebbe stata solamente “probabile”.

In questi casi si avrà un danno da “perdita di chance di maggior sopravvivenza”.

Questa particolare figura di danno, cui spetta una posizione decisamente preminente nella casistica passata in rassegna dalla decisione in esame, presenta un aspetto che pare esser sfuggito alla Cassazione nel caso in esame, dovuto al fatto che esso si distingue radicalmente dai “danni da morte”, e cioè da quei danni che sono invece conseguenza della morte del paziente.

Tale diversità implica che la domanda giudiziale afferente al danno da “perdita di chance di maggior sopravvivenza” abbia una *causa petendi* che s’identifica in tale particolarissima perdita e si differenzia quindi nettamente dalle domande che riguardano invece i “danni da morte”, ciò che aveva correttamente rilevato la Corte territoriale nel caso in esame, quando aveva rigettato il gravame riguardante

il danno da perdita di chance con la motivazione che questo non era stato oggetto della domanda proposta dagli appellanti.

Sul punto si era chiaramente espressa la stessa Suprema Corte, affermando che “la domanda per perdita di chance è ontologicamente diversa dalla domanda di risarcimento del danno da mancato raggiungimento del risultato sperato, perché in questo secondo caso l'accertamento è incentrato sul nesso causale, mentre nel primo oggetto dell'indagine è un particolare tipo di danno, e segnatamente una distinta ed autonoma ipotesi di danno emergente, incidente su di un diverso bene giuridico, quale la mera possibilità del risultato finale; pertanto trattandosi di domanda completamente diversa, ove non proposta, il giudice non si può pronunciare (fattispecie relativa alla domanda di risarcimento di tutti i danni derivanti da morte di congiunto per negligenza e imperizia dei medici del locale ospedale)” [Cass. civ., sez. III, 29/11/2012, n. 21245, in *Ragiusan*, 2013, 354-356, 263].

Come si è detto, in questi casi una diagnosi tempestiva non avrebbe evitato la morte del paziente, ma avrebbe potuto consentirgli, con un certo grado di probabilità (maggiore o minore, a seconda dei casi), di sopravvivere per un periodo di tempo maggiore di quel che in effetti è stato.

Al riguardo vanno sottolineati due aspetti peculiari.

Il primo, sul quale vale davvero la pena di insistere, riguarda il nesso di causalità e l'evento dannoso, a proposito dei quali si è rilevato che “il termine di riferimento della causalità ai fini dell'individuazione dell'evento dannoso” non è la morte del paziente, ma “la perdita della possibilità, da parte di quest'ultimo, di vedere rallentato il decorso della malattia e quindi aumentata la durata della sopravvivenza” [Cass. civ., Sez. III, 27/03/2014, n. 7195, in *Diritto & Giustizia*, 2014, con nota di VALERIO].

In questi casi, come è stato icasticamente osservato dalla Cassazione in un suo fondamentale precedente, “non è possibile affermare con certezza che l'evento”, e

cioè la maggior sopravvivenza, “si sarebbe o meno verificato, ma si può dire che il paziente ha perso, per effetto di detto inadempimento, delle chance, che statisticamente aveva, anche tenuto conto della particolare situazione concreta” [Cass. civ., sez. III, 04/03/2004, n. 4400, in *Resp. civ. e prev.*, 2005, 461 con nota di LANDINI].

Tale constatazione sottolinea come la *causa petendi* della relativa domanda risarcitoria non afferisca per nulla alla morte del paziente, bensì alla predetta perdita di chance, come si è dianzi evidenziato.

Il secondo aspetto consiste nel fatto che proprio “la perdita di questa possibilità è l’evento di danno” che caratterizza questa fattispecie [Cass. civ. n. 7195/2014, citata], in termini di privazione di “un’entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile d'autonoma valutazione”, quale è appunto la chance (Cass. civ. n. 4400/2004).

Proprio perché la “perdita di “chances” configura una autonoma voce di danno emergente” di natura patrimoniale, e non una diversa specie di danno non patrimoniale alla persona, il risarcimento in questo caso “va commisurato alla perdita della possibilità di conseguire un risultato positivo, e non alla mera perdita del risultato stesso”, in quanto, come si è visto, “la relativa domanda è domanda diversa rispetto a quella di risarcimento del danno da mancato raggiungimento del risultato sperato”.

Ne consegue che esso “va liquidato equitativamente in misura inferiore” rispetto a quello che si sarebbe dovuto liquidare per la perdita del risultato sperato, e cioè per la mancata guarigione [Cass. civ., n. 4400/2004, citata], e senza alcun riferimento a tale risultato, che rappresenta un’entità del tutto differente [in termini generali, con riferimento alla figura del danno “da perdita di chance”, al riguardo si veda: Cass. civ., sez. lav., 18/01/2006, n. 852, in *Resp. Civ. e prev.*, 2006, 1272].

Si badi che in questo caso il pregiudizio subito dal paziente consiste non già in una frazione del danno alla persona che questi avrebbe patito in caso di perdita del risultato utile, ma in una perdita qualitativamente diversa, vale a dire quella della

probabilità (e cioè della chance) di vivere per un periodo di tempo maggiore di quel che in effetti ha vissuto e, quindi, di un bene giuridico del tutto differente.

Pertanto, nel quantificare il relativo risarcimento (in maniera necessariamente equitativa) occorre tener conto da un lato dell'entità della chance perduta (e cioè della percentuale di probabilità di sopravvivere per un maggior tempo che egli possedeva) e dall'altro "dello scarto temporale tra la durata della sopravvivenza effettiva e quella della sopravvivenza possibile" [Cass. civ. n. 7195/2014, citata].

Risulta quindi a dir poco equivoca la precisazione che la sentenza annotata riprende peraltro da un precedente arresto della Cassazione [Cass. civ. n. 23846/2008], laddove sottolinea come "il concetto di patrimonialità" proprio del danno da perdita di chance andrebbe "correlato al bene in relazione al quale la chance si assume perduta e, quindi, con riferimento al danno alla persona ad una chance di conservazione dell'integrità psico-fisica o di una migliore integrità psico-fisica o della condizione o della durata dell'esistenza in vita".

Questa allusione ad una singolare figura di danno patrimoniale di contenuto... non patrimoniale, in realtà, contrasta col presupposto fondativo stesso della "voce di danno" in esame, per cui questo è costituito dalla perdita di un bene che non s'identifica in alcun modo col risultato sperato (la maggior sopravvivenza del danneggiato, che è un bene di natura non patrimoniale), bensì con la mera possibilità di conseguirlo (unanimemente riconosciuta come un bene di natura patrimoniale completamente diverso dal risultato sperato che è, fra l'altro, di contenuto prettamente non patrimoniale).

Essa si pone dunque in contrasto col postulato per cui la perdita di chance consiste nella "perdita della possibilità di conseguire un risultato utile" che "si risolve nella lesione del diritto all'integrità del proprio patrimonio e, pertanto, in un danno consistente... nel danno emergente da perdita di una possibilità attuale e non di un futuro risultato" [BUFFA, *Carriera, sviluppo professionale e demansionamento*, in *Il risarcimento del danno non patrimoniale – parte speciale*, a cura di

CENDON, Milano, 2009, 2464; nello stesso senso: CHINDEMI, *Il danno da perdita di chance*, Milano, 2010, 50].

E' in ciò che si identifica, infatti, il nucleo concettuale della figura di danno in esame, come è da tempo pacifico in giurisprudenza [Cassazione civile, sez. III, 21/07/2003, n. 11322, in *Foro it.*, 2004, I, 155].

Sotto il profilo teorico, quindi, ipotizzare che la connotazione di questo attuale e specifico pregiudizio patrimoniale sia influenzata dalla ben diversa natura del risultato futuro (la maggior sopravvivenza) ad essa ontologicamente estraneo appare una vera e propria contraddizione in termini, suscettibile di confondere due categorie di danno completamente diverse.

D'altro lato, sotto l'aspetto pratico, se con tale ambiguo postulato si volesse suggerire che la liquidazione del risarcimento pertinente alla perdita di chance dovrebbe farsi utilizzando i valori risarcitori previsti per le categorie di danno (di natura tipicamente non patrimoniale) proprie della perdita del "risultato" di cui si discute (come quelli dettati dalla tabella del Tribunale di Milano), sia pure riducendone poi il prodotto ad una frazione corrispondente alla misura percentualistica della chance perduta, si smentirebbe in maniera radicale l'identificazione della chance come entità patrimoniale autonoma e diversa.

Pertanto, il predetto assunto non solo non risulta di nessuna utilità pratica, ma è suscettibile di ingenerare pericolose confusioni in una materia già di per sé alquanto delicata sotto il profilo concettuale.

Un'altra categoria di danni richiamata dalla sentenza in commento è quella relativa alla perdita "della chance di conservare, durante quel decorso, una migliore qualità di vita", anch'essa mutuata da Cass. Civ. n. 23846/2008 già citata e da altre recenti pronunce [Cass. civ., sez. III, 14/06/2011, n. 12961, in *Diritto e Giustizia online*, 2011, con nota di FERRARIO].

Anzi, l'arresto in esame, con riguardo al caso concreto scrutinato, fa riferimento alla "perdita di una doppia chance", con ciò alludendo da un lato alla già citata chance di maggior sopravvivenza e dall'altro a quella di "conservare, durante quel decorso, una migliore qualità della vita".



L'estrema concisione della motivazione a questo riguardo non consente di comprendere con chiarezza a quale periodo di tempo la Suprema Corte abbia inteso riferire la chance di una "migliore qualità della vita" che il paziente avrebbe perduto a causa del ritardo diagnostico.

Poiché, nell'argomentare della Corte, tale perdita viene accostata a quella della diversa chance "di vivere per un (anche breve) periodo di tempo in più", parrebbe che s'intenda alludere proprio al maggior tempo che il paziente ha perso la possibilità di vivere in eccedenza rispetto a quello che ha effettivamente vissuto.

Se così fosse, si tratterebbe di un danno inesistente, com'è palese.

Infatti, ciò che il paziente perde in tal caso è la chance di sopravvivere per un tempo maggiore di quel che è stato.

Ma, se è vero che nel più sta il meno, egli non può aver perduto, nello stesso periodo di tempo, anche la possibilità di "vivere meglio": se la possibilità di vivere quel determinato periodo di tempo è stata annullata da una diagnosi intempestiva, infatti, è insostenibile, sotto il profilo logico, l'assunto per cui egli avrebbe perso pure la possibilità di viverlo con una qualità di vita migliore.

Né può sostenersi che una simile, diversa chance si riferisca al periodo di vita che comunque egli ha vissuto tra il momento in cui la diagnosi della sua malattia avrebbe potuto essere posta, mentre invece non è stata riconosciuta, sino a quello in cui ciò è avvenuto (o addirittura sino al momento della sua morte).

Con riguardo a tale periodo "terminale" della sua vita, infatti, un possibile danno da perdita di "miglior qualità della vita" stessa può in effetti configurarsi, ma non in termini di "perdita di chance", bensì in quelli di un danno certo, di natura non patrimoniale di natura biologica.

Infatti, può essere che il ritardo diagnostico abbia cagionato una tardiva somministrazione di cure palliative o una posticipazione di altri trattamenti terapeutici idonei a garantirgli il risultato rappresentato da una maggior autonomia funzionale e da minori sofferenze, e ciò limitatamente al periodo intercorso tra il

momento in cui la diagnosi è stata colpevolmente omessa e quello in cui essa è stata formulata ovvero a quello più lungo trascorso sino alla sua morte, qualora i riflessi del ritardato inizio delle cure o dei suddetti trattamenti si ripercuotano anche sul decorso della malattia successivo a quest'ultimo.

In questo caso, tuttavia, non si avrebbe una mera perdita di chance, e cioè della semplice probabilità di un simile risultato, ma vi sarebbe stata la perdita certa di tale risultato.

Pertanto, il pregiudizio in tal modo avveratosi sarebbe stato un danno temporaneo non patrimoniale di natura biologica, consistente, in ipotesi, tanto nell'eventuale perdita di autonomia anatomico-funzionale ovvero anche relazionale, quanto nelle maggiori sofferenze fisiche e psichiche che il paziente abbia dovuto patire nel periodo di tempo summenzionato.

Si tratta quindi di un danno ben diverso da quello della mera chance di godere di una "miglior qualità della vita", e cioè di quel pregiudizio cui la stessa sentenza annotata allude quando fa riferimento a quello che si potrebbe definire "danno da ritardo delle cure palliative", consistente nell'aver dovuto "sopportare tutte le conseguenze di quel processo morboso" che le cure palliative più precocemente praticate avrebbero invece potuto evitare ovvero "alleviare" al paziente.

Ancor più chiaramente in altre sue decisioni la Corte ha precisato i termini di questa figura di danno in relazione al fatto che il paziente terminale, in tal caso, "ha dovuto sopportare le conseguenze del processo morboso e particolarmente il dolore, posto che la tempestiva esecuzione dell'intervento palliativo avrebbe potuto, sia pure senza la risoluzione del processo morboso, alleviare le sue sofferenze" [Cass. Civ., sez. III, 23/05/2014, n. 11522, in *Giustizia Civile Massimario*, 2014, rv 630950].

Si badi che l'accento cade (comprensibilmente) sulle "sofferenze" che il predetto ritardato inizio impone al paziente, ma ciò non deve far dimenticare che tale ritardo può avergli altresì precluso la conservazione di una maggior integrità psico-fisica e di una migliore autonomia personale, e cioè di un bene davvero prezioso per le persone che si trovano a vivere in una simile condizione.

Tali aspetti non vanno trascurati, anche al fine di percepire nitidamente che, in realtà, quella ora in esame non è che una particolare forma di danno non patrimoniale di natura biologica, potenzialmente comprensiva di tutte le sue diverse componenti, secondo l'accezione di tal genere di pregiudizio che è stata ridefinita dalle sentenze di San Martino [Cass. civile, sez. un., 11/11/2008, n. 26972, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 1, 38, con nota di MONATERI].

Ciò che interessa piuttosto sottolineare è la necessità che i consulenti d'ufficio chiamati ad esprimersi su fattispecie di tal genere si pronuncino nel modo più preciso possibile relativamente ai concreti benefici, sia in termini di maggior autonomia personale, sia con riguardo alle minori sofferenze, di cui il paziente è stato privato a causa del ritardo diagnostico, ai fini della prova della sussistenza del danno e della sua concreta entità, non dovendosi dimenticare che questa incombe al danneggiato.

Secondo la sentenza annotata, che anche in questo caso riecheggia Cass. civ. n. 23846/2008, alla perdita della chance di "vivere meglio" (che in realtà, come si è visto, è del tutto inesistente) si collegherebbe l'ulteriore "perdita della possibilità di scegliere, alla stregua delle conoscenze mediche del tempo, "cosa fare" per fruire della salute residua fino all'esito infausto, anche rinunciando all'intervento o alle cure per limitarsi a consapevolmente esplicitare le proprie attitudini psico-fisiche in vista del e fino all'*exitus*".

In pratica, si sostiene che, se la diagnosi fosse stata tempestiva, come sarebbe dovuto essere, il paziente avrebbe avuto la possibilità di scegliere se sottoporsi o meno a quegli "interventi" (ovvero a quelle cure palliative) di cui è stato privato, durante il tempo intercorso tra il momento in cui la diagnosi avrebbe dovuto essere formulata e quello in cui ciò è effettivamente avvenuto.

La perdita di tale "possibilità di scegliere" rappresenterebbe un danno.

Anche in questo caso va premesso che, a ben guardare, non si tratterebbe comunque di un danno da perdita di chance, come la Cassazione pare voler sostenere.

Infatti, in questi casi, il ritardo diagnostico rappresenta il presupposto della responsabilità del medico e/o della struttura sanitaria, per cui dev'essere un fatto certo (e non solo possibile).

In ogni caso, la “perdita” che si vorrebbe sostenere esser avvenuta a tale riguardo consisterebbe nella privazione... delle disautonomie funzionali e personali e delle maggiori sofferenze che le cure palliative (compresi eventuali interventi chirurgici diretti solo a rallentare il corso della patologia in atto) avrebbero potuto evitare nel lasso temporale considerato, sicché il contenuto del danno così ipotizzato appare davvero paradossale (rappresentando fra l'altro l'esatto contrario di quello del “danno da ritardo delle cure palliative”, di cui s'è detto).

Sotto il profilo pratico, poi, risulta francamente incomprensibile come il dover subire maggiori sofferenze e più gravi limitazioni della propria vita personale, ponendosi in passiva attesa della propria morte, potrebbe rappresentare un valore positivo, la cui privazione possa costituire un danno.

Anzi, non si vede proprio come, condannandosi a tale penosa situazione personale, il malato terminale potrebbe dedicarsi “a consapevolmente esplicitare le proprie” volontariamente minorate “attitudini psico-fisiche in vista del e fino all'*exitus*”, come sostiene l'estensore.

Pertanto, il pregiudizio che s'intenderebbe in tal modo riparare appare puramente e semplicemente inesistente.

Se, poi, per “perdita della possibilità di scegliere” s'intendesse invece la privazione della libertà di scelta fra sottoporsi o meno (più tempestivamente) alle medesime cure palliative, e cioè del diritto all'autodeterminazione terapeutica previsto dall'art. 32 Cost., l'inesistenza del danno paventato dalla sentenza in esame risulterebbe viepiù evidente.

Con riguardo a questa problematica vi sono due possibilità.

Premesso che, a causa del ritardo diagnostico verificatosi, le cure palliative o gli interventi terapeutici possibili nel caso concreto sarebbero stati proposti al paziente in un momento successivo rispetto a quel che avrebbe potuto essere, può accadere che questi, in quel momento, avrebbe scelto di sottoporsi ad essi ovvero che li abbia rifiutati, caso quest'ultimo verosimilmente assai più raro.

Con riguardo alla prima ipotesi deve essere osservato che, trattandosi di un caso di responsabilità omissiva, il preteso danneggiato avrebbe l'onere di allegare e provare che, se le cure o gli interventi succitati gli fossero stati proposti a tempo debito, le avrebbe rifiutate, ciò ai fini della valutazione controfattuale che è indispensabile in questa specifica forma di responsabilità [Cass. civ., sez. III, 14/02/2012, n. 2085, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 2, 159].

Com'è noto, la sussistenza di un onere analogo è ritenuta pacifica, ad esempio, in caso di responsabilità da omesso "consenso informato" [Cassazione civile, sez. III, 27/11/2012, n. 20984, in *Rassegna di diritto farmaceutico*, 2013, 4, 772].

Ciò premesso, è più che evidente che l'adesione in concreto prestata dal paziente alle cure o agli interventi (seppure tardivamente propostegli) risulterebbe palesemente ostativa ad un'ipotetica prova presuntiva di segno contrario e si tradurrebbe dunque in un esito negativo del predetto giudizio controfattuale, con conseguente insussistenza del nesso causale tra la condotta omissiva e l'ipotetico danno patito dal medesimo.

Diversamente, nell'ipotesi che invece egli non abbia aderito alle cure palliative tardivamente propostegli, si sarebbe verificata non già un'ablazione del diritto all'autodeterminazione terapeutica, ma solo un impedimento a che detto diritto potesse essere esercitato in un momento precedente a quello in cui ciò è avvenuto, e cioè quando la diagnosi avrebbe dovuto esser formulata e, pur tuttavia, fu colpevolmente omessa.

In questo caso, tuttavia, non è davvero dato comprendere quale danno in concreto potrebbe aver cagionato al paziente tale ritardato esercizio del suo diritto all'autodeterminazione.

Ne consegue che pure questa ulteriore fattispecie di danno, in realtà, appare priva di fondamento.

Altra categoria di danno che la sentenza in esame mutua dall'ampia motivazione della già citata Cass. Civ. n. 23846/2008 è quella inerente alla perdita della "possibilità di meglio prepararsi alla propria fine vivendo consapevolmente, pur in tale contingenza, il proprio essere persona".

Tuttavia, non pare proprio che la più precoce consapevolezza dell'imminenza ed ineluttabilità della propria morte costituisca un bene giuridico annoverabile tra i "diritti inviolabili della persona costituzionalmente garantiti", e non piuttosto uno di quei diritti che le Sezioni unite hanno definito meramente "immaginari" [SS.UU. n. 26972/2008, citata] o quanto meno una posizione giuridica di rango inferiore, con conseguente sua irrisarcibilità per difetto dei presupposti previsti dall'art. 2059 c.c., secondo l'interpretazione datane dalle stesse Sezioni Unite.

Appare piuttosto evidente che tale ipotetica figura di danno, così come altre prospettate anche dalla sentenza in esame, rappresenti il sintomo di una preoccupante tendenza alla proliferazione della "voci di danno" in una casistica che, proprio per la sua delicatezza e problematicità, dovrebbe invece ispirare un maggior rigore teorico.

Di questa tendenza appare espressione anche il riferimento a quello che impropriamente la sentenza in esame definisce come "danno tanatologico" [e in realtà più correttamente denominato dalla giurisprudenza di legittimità come "danno catastrofico": Cassazione civile, sez. III, 21/03/2013, n. 7126, in *Giust. civ. Mass.*, 2013], e cioè quello "consistente nella sofferenza patita prima di morire durante l'agonia... del consapevolmente avvertire l'ineluttabile della propria fine" [sul punto si veda pure SS.UU. n. 26972/2008, citata].

Nel caso specifico, infatti, come si è visto, il ritardo diagnostico non è causa della morte del paziente, posto che questa non si sarebbe comunque potuta evitare,

sicché l'“agonia” di quest'ultimo, così come i danni che ne conseguono, non si pone in relazione causale col medesimo ritardo e non è suscettibile quindi di dar luogo ad un danno risarcibile.

Conclusivamente, si può dire che, quando il ritardo diagnostico nei confronti del paziente “terminale” non ne abbia cagionato la morte, posto che una diagnosi tempestiva non avrebbe comunque evitato l'esito infausto della malattia, esso può tuttavia causare tre diverse categorie di danni.

La prima è rappresentata dai danni non patrimoniali di natura temporanea consistenti in quei pregiudizi certi (e non solo possibili) che conseguono causalmente alla tardiva applicazione delle “cure palliative” e, dunque, nella perdita di quei benefici che queste avrebbero potuto più tempestivamente apportare al paziente, vuoi in termini di minori sofferenze, vuoi ai fini della conservazione di una maggior integrità psico-fisica ed autonomia personale nel periodo di tempo intercorso fra il momento in cui la diagnosi avrebbe dovuto esser posta e quello in cui essa invece è stata tardivamente formulata (potendo, in ipotesi, protrarsi anche oltre a quest'ultimo momento).

Inoltre, in questo caso, non si può escludere che la conservazione di una maggior autonomia personale durante tale limitato periodo temporale avrebbe potuto consentire al paziente, ad esempio, di continuare la propria attività lavorativa, per cui la perdita di tale maggior autonomia può aver, a sua volta, cagionato un danno consequenziale di natura patrimoniale, consistito in una perdita, totale o parziale, del reddito che in quel periodo egli avrebbe potuto percepire.

Una seconda specie di danni che il ritardo diagnostico è suscettibile di cagionare si identifica in quello che, col citato precedente della Cassazione, si può definire danno da “accelerazione dell'evento morte”, consistente nella perdita, comprovata con certezza in sede medico-legale, di un periodo della propria vita, di cui si sarebbe potuto godere se la diagnosi fosse stata tempestiva.

In questo caso è scientificamente certo che la ritardata diagnosi abbia abbreviato la vita del paziente, dando luogo ad un danno di natura non patrimoniale, ed eventualmente ad ulteriori pregiudizi patrimoniali che a questo possono essere conseguiti.

Ipotesi ben diversa è quella in cui non si possa invece affermare, sotto il profilo medico-legale, che il ritardo diagnostico abbia con certezza provocato un'“accelerazione dell'evento morte”, ma sia invece possibile sostenere che il paziente abbia perso una certa probabilità (minore o maggiore) di sopravvivere per un tempo maggiore di quel che invece gli è occorso.

Si verifica allora la perdita di una chance di maggior sopravvivenza che integra una peculiare fattispecie di danno patrimoniale, ontologicamente diverso dal danno non patrimoniale alla persona, definibile come una “concreta ed effettiva occasione perduta di conseguire un determinato bene” e consistente quindi nella perdita di “un'entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile di valutazione autonoma” [Cass. civ., sez. lav., 25/08/2014, n. 18207, in *Gust. Civ. Mass.*, 2014, rv 632367].

In questo caso l'“entità perduta” non è tanto il periodo di “maggiore sopravvivenza” nel quale il paziente poteva sperare, ma la mera probabilità di conseguirlo.

Poiché tale perdita non ha ad oggetto un evento certo, ma la mera probabilità che questo potesse realizzarsi, tale peculiare specie di danno patrimoniale è per sua stessa natura insuscettibile di causare pregiudizi ulteriori e consequenziali (di natura patrimoniale o no): la perdita della mera possibilità che un determinato evento possa avverarsi, infatti, è logicamente e giuridicamente inidonea a causare ulteriori eventi connotati dal carattere della certezza.

Né tale specie di danno può dar luogo ad un'impropria proliferazione di pregiudizi in realtà insussistenti, come quello attinente alla supposta, ulteriore chance di “vivere meglio” durante quello stesso periodo di tempo che (probabilmente) si è persa l'occasione di poter vivere del tutto (oppure durante l'intero periodo di



effettiva sopravvivenza) o quello riguardante la “perdita della possibilità di scegliere” se rifiutare più tempestivamente le cure palliative.

Inoltre, l’anzidetta, peculiare natura del danno da perdita di chance di maggior sopravvivenza, fa sì che la relativa domanda di risarcimento debba essere “espressamente formulata, non bastando che, nell’atto introduttivo del giudizio, la parte richieda il risarcimento di tutti i danni derivanti dalla morte del congiunto” [Cass. civ., sez. III, 29/11/2012, n. 21245, in *Diritto & Giustizia*, 2012, con nota di DI MICHELE].

Tornando ora al caso esaminato dalla decisione annotata, e prendendo spunto proprio da quest’ultimo assunto, si deve constatare come la sentenza d’appello contro la quale s’erano gravati i ricorrenti aveva disatteso la loro domanda relativa ad una perdita di chance di tal genere, come si legge nella motivazione dell’arresto di legittimità, proprio per il “troncante rilievo” che essa era “diversa rispetto a quella avente ad oggetto il mancato raggiungimento del risultato sperato”, ciò che fa legittimamente supporre che il Giudice d’appello avesse ravvisato una *mutatio libellis*, come tale inammissibile in appello.

Tale rilievo avrebbe di per sé imposto al Giudice di legittimità un’attenta ricostruzione del contenuto della domanda proposta dagli attori in prime cure, al fine di controllarne la corrispondenza o meno con quella afferente alla predetta perdita di chance e, conseguentemente, la fondatezza del rilievo di inammissibilità formulato dalla Corte territoriale, ciò che invece non è avvenuto.

Infatti, dalla motivazione della sentenza della Cassazione non è nemmeno dato evincersi quale fosse l’esatto contenuto della domanda formulata dagli attori in prime cure, della quale si legge solo che fu parzialmente accolta dal Tribunale, il che semmai viepiù avrebbe dovuto indurre a verificare se effettivamente il risarcimento del danno da perdita di chance di maggior sopravvivenza del paziente potesse ricondursi nel perimetro delle istanze effettivamente formulate dagli attori e non accolte dal Giudice del merito.

Ciò nondimeno, la Suprema Corte ha cassato la sentenza impugnata, affidando al Giudice del rinvio una serie di principi di diritto a dir poco confusa e, per la quasi totalità, riferiti a ipotesi dannose che certamente non potevano ricorrere nel caso scrutinato, quali quella riguardante la perdita dell'ulteriore chance di una qualche "migliore qualità della vita", quella afferente alla "perdita della possibilità di scegliere" se rifiutare le cure palliative o quella inerente al danno catastrofico da agonia. E' dunque auspicabile che il Giudice di legittimità abbia quanto prima a riconsiderare l'intera, delicata materia, ai fini di una più puntuale identificazione e definizione delle diverse fattispecie di danno che possono ricorrere nei casi di ritardo diagnostico di malattie in fase terminale.

---

Questa Nota può essere così citata:

G. MIOTTO, *Pazienti terminali, ritardi diagnostici e danni risarcibili*, in *Dir. civ. cont.*,  
14 ottobre 2015