

Cassazione civile sez. III, 11/11/2019, n. 28993

FATTI DI CAUSA

La Corte di Appello di Milano, con sentenza n. 03953 del 2017, ha confermato la sentenza del Tribunale, della stessa sede, di rigetto della domanda di risarcimento danni proposta da C.A., R. e M., in proprio e quali eredi di V.M., deceduta in (OMISSIS) presso l'azienda Ospedaliera (OMISSIS), in data (OMISSIS), a seguito dell'intervento chirurgico per asportazione di tumore al timo alla quale si era sottoposta il (OMISSIS).

La sentenza della Corte territoriale è impugnata da C.A., R. e M., rispettivamente marito e figli di V.M., con quattro motivi di ricorso.

Resiste con controricorso l'attuale Azienda Sanitaria (OMISSIS).

Nell'imminenza dell'udienza del 4 luglio 2019, e nel rispetto del termine di legge, sono state depositate memorie da entrambe le parti.

Il P.M. in sede di discussione ha concluso per l'accoglimento del secondo motivo di ricorso, assorbito il terzo, rigetto dei restanti.

Diritto

RAGIONI DELLA DECISIONE

Il primo motivo di ricorso (pagg. da 12 a 27) assume la violazione dell'art. 360 c.p.c., comma 1, nn. 3 e 4, in relazione agli artt. 112, 115 e 116 c.p.c. e art. 132 c.p.c., comma 2, n. 4, art. 111 Cost., artt. 1218, 2697, 2727, 2729 e 2043 c.c. e degli artt. 40 e 41 c.p. per avere la Corte d'Appello di Milano escluso erroneamente il nesso di causalità tra l'intervento di timectomia e la lesione aortica mortale patita da V.M., con motivazione perplessa e/o apparente e in contrasto con i principi giuridici in tema di responsabilità contrattuale medica, segnatamente operando inversione dell'onere della prova e trascurando di applicare il criterio di vicinanza della prova e del *più probabile che non*.

Il secondo mezzo (pagg. da 27 a 37) deduce violazione degli artt. 112, 115, 116 e 132 cod. proc. civ., art. 111 Cost., nonché degli artt. 1218, 1223, 2236, 2697, 2727 e 2729 c.c. e degli artt. 40 e 41 c.p. in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, nn. 3 e 4, per avere la Corte di Appello erroneamente escluso il nesso di causalità tra tardivo ed inadeguato reintervento ed il decesso di V.M., con motivazione apparente ed in contrasto con i principi in tema di responsabilità contrattuale medica, segnatamente operando inversione dell'onere della prova, omettendo di applicare il criterio di vicinanza della prova e del *più probabile che non*.

Il terzo motivo (pagg. da 37 a 44) deduce violazione degli artt. 112, 115 e 132 cod. proc. civ., art. 111 Cost., nonché degli artt. 1218, 1223, 2697 e 2727 c.c. e degli artt. 40 e 41 c.p. in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, nn. 3, 4 e 5, per avere la Corte di Appello erroneamente escluso il nesso causale tra l'inadempimento sanitario da tardivo ed inadeguato reintervento e la perdita delle *chance* terapeutiche per V.M., con conseguente motivazione apparente in contrasto sia con l'espletata consulenza tecnica di ufficio che con i principi giuridici in tema di responsabilità contrattuale medica.

Il quarto mezzo (pagg da 44 a seguire) deduce violazione degli artt. 112, 115 e 132, 163 e 183 cod. proc. civ., art. 111 Cost., nonché degli artt. 1218, 2697 e 2727 c.c. in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, nn. 3, 4 e 5, per avere la Corte di Appello erroneamente dichiarato l'inammissibilità della domanda di risarcimento dei danni da lesione dell'autodeterminazione di V.M. per carente consenso informato ed erroneamente dichiarato l'infondatezza della domanda di ristoro dei danni da lesione della salute di V.M. da carente consenso informato, con motivazione apparente, nonché con omesso esame di un fatto decisivo e controverso ed in contrasto con i principi giuridici in tema di responsabilità contrattuale medica.

Il primo ed il secondo motivo di ricorso possono essere congiuntamente esaminati (salvo quanto si chiarirà per i profili comuni al secondo ed al terzo mezzo), in quanto connessi e prospettanti entrambi questioni relative alla sussistenza del nesso causale tra i due successivi interventi chirurgici cui venne sottoposta, nell'arco di meno di 24 ore, V.M..

I due motivi sono in parte inammissibili, in considerazione della loro formale prospettazione quale vizio di sussunzione, ma in realtà avanzando entrambi una richiesta di rivalutazione del fatto (in quanto tale preclusa, alla stregua della vigente formulazione dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5: Sez. U n. 08053 del 07/04/2014 e ¹ di recente Cass. n. 23940 del 12/10/2017), ed in parte infondati, in quanto la sentenza d'appello ha, con motivazione logica e coerente, adeguatamente ancorata alle risultanze della consulenza tecnica di ufficio e non incrinata dai motivi del ricorso, escluso che vi fosse nesso causale tra la condotta dei sanitari dell'Azienda Sanitaria (OMISSIS) ed il decesso della V., affermando che (pagg. da 13 a 16 della motivazione) non poteva ritenersi individuabile nesso causale tra l'operazione di timectomia, con necessaria *cruentazione del distretto* e la lesione aortica, potendo questa individuarsi quale lesione di origine ignota comunque non accertabile, il cui accadimento doveva ritenersi complicanza dell'intervento del tutto rara ed inusuale e *non oggettivamente dimostrabile nella sua morfologia per mancanza di riscontro topografico della lesione all'angio TC, mancata descrizione macroscopica della precisa sede in sede chirurgica ed autoptica mancanza di una prova istologica di meiotomia della parete aortica, insufficiente descrizione degli interventi*.

L'insussistenza di ragioni di accoglimento del primo e del secondo motivo di ricorso (anche, con riferimento a questo secondo mezzo, in considerazione di quanto si esporrà in relazione al

terzo), comporta la necessità di esaminare il terzo mezzo prospettato dai ricorrenti (il quarto affronta tematica in gran parte avulsa dai precedenti del valido e consapevole consenso informato da parte della V.).

La decisione del detto terzo motivo di ricorso presuppone la risoluzione delle problematiche questioni in ordine alle possibilità di sopravvivenza della V. nel caso in cui fosse stata tempestivamente diagnosticata l'emorragia interna in atto e fosse stata disposta una nuova operazione prima delle ore 24 del 17/03/2006, non più solo sul versante del nesso causale tra condotta dei sanitari e decesso della V., bensì in relazione alla cd. perdita delle *chance* terapeutiche.

Il detto mezzo attiene, quindi, alla vigilanza del personale medico sul decorso postoperatorio (dopo la prima operazione di timectomia) ed il secondo intervento operatorio, effettuato sulla V. dopo che ella era uscita dalla sala operatoria, con prognosi sostanzialmente favorevole, ed era stata riportata in corsia.

Il terzo motivo di ricorso censura in particolare la sentenza impugnata nella parte in cui ha affermato che anche se, come prospettato dai consulenti tecnici di ufficio, il secondo intervento operatorio fosse iniziato alle 22.30 anziché alle 24 del (OMISSIS), le possibilità di sopravvivenza della V. sarebbero state sostanzialmente non apprezzabili in termini statistici e scientifici (pag. 24 della sentenza d'appello).

La sentenza in scrutinio ha, pertanto escluso che vi fosse lesione risarcibile, anche i termini di cd. perdita di *chance*, ossia di possibilità di conseguire un risultato diverso, nel caso di specie consistente nella possibilità di allungamento della vita della V., che, in quanto sottopostasi ad intervento elettivo di asportazione di un tumore benigno, avrebbe potuto ancora vivere, in discrete condizioni di salute, diversi anni (dieci, nella prospettazione di parte ricorrente); in breve il motivo attiene alla perdita di *chance* terapeutiche.

Sul profilo della perdita di *chance* si osserva quanto segue.

1) La delicatezza e la complessità della questione della perdita di *chance* trova la sua sintesi più felice nel pensiero di un celebre filosofo ed economista, il quale, dopo aver premesso come *the natural interpretation of chance is subjective*, definì poi la *chance* come *the measure of our ignorance*.

2) Il modello teorico di riferimento della perdita di *chance* (la cui matrice essenzialmente giurisprudenziale è conseguenza di un significativo silenzio normativo, fatte naturalmente salve le imponenti elaborazioni dottrinali sul tema) è stato e tuttora resta (come si legge nelle numerose pronunce di legittimità e di merito che affrontano la questione) il danno patrimoniale, dibattuta essendone la sola forma e cioè quella di danno emergente piuttosto che di lucro cessante.

3) Come già di recente affermato da questa stessa Corte (Cass. n. 05641 del 09/03/2018), il duplice paralogismo che ha accompagnato l'evoluzione storica della teoria della *chance* perduta si risolve nel ricostruirne, da un canto, i tratti caratterizzanti in termini di danno patrimoniale, dall'altro, nell'aver sovrapposto uno degli elementi essenziali della fattispecie dell'illecito al nesso causale con il suo oggetto il sacrificio della possibilità di un risultato migliore tanto da indurre autorevole dottrina a contestarne in radice la legittimità della sua stessa esistenza e della relativa teorizzazione.

4) Il modello *patrimonialistico* della *chance* non appare, di per sé, del tutto sovrapponibile alla perdita della possibilità di conseguire, per il soggetto che si dichiara danneggiato da una condotta commissiva (o più spesso omissiva) colpevole, un risultato migliore sul piano non patrimoniale, sebbene appiano tracciabili le linee di talune coordinate comuni.

5) La *chance* patrimoniale presenta, in apparenza, le stimmate dell'interesse pretensivo (mutuando tale figura dalla dottrina amministrativa, sia pur soltanto *in parte qua*, attese le evidenti differenze morfologiche tra l'interesse legittimo e la *chance*: mentre il primo incarna l'aspirazione e la pretesa alla legittimità dell'azione amministrativa e preesiste, dunque, all'azione amministrativa stessa, la *chance* viene in rilievo quando essa è stata perduta e cioè quando l'attività amministrativa, ormai esauritasi, è irrimediabilmente viziata e il vizio ha cagionato un danno risarcibile), e cioè postula la preesistenza di una situazione *positiva*, i.e. di un *quid* su cui andrà ad incidere sfavorevolmente la condotta colpevole del danneggiante impedendone la possibile evoluzione migliorativa (il partecipante ad un concorso portatore di conoscenze e preparazione che preesistono all'intervento *soppressivo* del preposto all'esame; l'azienda che prende parte ad una gara ad evidenza pubblica portatrice di professionalità e strutture operative che preesistono all'intervento *eliminativo* dell'ente pubblico che ha bandito la gara per poi impedirne illegittimamente la partecipazione).

6) La *chance non pretensiva*, rappresentata anch'essa (e segnatamente nel sottosistema della responsabilità sanitaria), sul piano funzionale, dalla possibilità di conseguire un risultato migliorativo della situazione preesistente, diverge strutturalmente dalla prima, volta che l'apparire del sanitario sulla scena della vicenda patologica lamentata dal paziente coincide sincronicamente con la creazione di una *chance*, prima ancora che con la sua (eventuale) cancellazione colpevole, e si innesta su di una preesistente situazione *non favorevole* (una situazione, cioè, patologica) rispetto alla quale non può in alcun modo rinvenirsi un *quid* inteso come *un progresso positivo*, e positivamente identificabile *ex ante* (il paziente portatore di una condizione di salute che, prima dell'intervento del medico, rappresenta un *pejus*, e non un *quid* in positivo, sul piano della *chance*, allo stato inesistente senza l'intervento medico).

7) Oltre che sul piano concettuale, la distinzione rileva anche su quello degli effetti (i.e., sull'aspetto risarcitorio), dovendo il giudice di merito inevitabilmente tener conto, in una

dimensione strettamente equitativa, di tale diversità nella liquidazione del danno. Se, difatti, in sede di accertamento del valore di una *chance* patrimoniale è spesso possibile il riferimento a valori oggettivi (il giudice amministrativo, in alcune sue passate decisioni, ha adottato il parametro del 10% del valore dell'appalto all'atto del riconoscimento di una perdita di *chance* di vittoria da parte dell'impresa illegittimamente esclusa), diverso sarà il criterio di liquidazione da adottare per la perdita di una *chance* a carattere non patrimoniale, rispetto alla quale il risarcimento non potrà essere proporzionale al risultato perduto, ma commisurato, in via equitativa, alla possibilità perduta di realizzarlo.

8) Per integrare gli estremi del danno risarcibile, la perdita di *chance* (giusta l'insegnamento delle sezioni unite di questa Corte in tema di danno non patrimoniale: Sez. U n. 26792 del 11/11/2008) dovrà peraltro attingere ai parametri della apprezzabilità, serietà, consistenza, rispetto ai quali il valore statistico/percentuale se in concreto accertabile potrà costituire al più¹ criterio orientativo, in considerazione della infungibile specificità del caso concreto, onde distinguere la concreta possibilità dalla mera speranza (la sottrazione di un biglietto della lotteria appare irrilevante a fini risarcitori), senza che ciò costituisca (come erroneamente opinato talvolta in dottrina) una *contraddizione in termini costituita dalla possibilità di istituire un nesso causale fondato sul più probabile che non con un evento di danno rappresentato da una possibilità non probabile*, essendo evidente, in tale ricostruzione, la confusione concettuale tra l'analisi del nesso eziologico e quella dell'evento di danno lamentato.

8) L'ulteriore paralogismo in cui talvolta incorre la giurisprudenza di legittimità e di merito, oltre che parte della dottrina specialistica, è costituito dalla *contrazione* (che si risolve in una vera e propria elisione *in parte qua*) dell'analisi degli elementi destinati ad integrare diacronicamente la fattispecie dell'illecito, sovrapponendosi, da un canto, l'accertamento dell'elemento causale a quello dell'evento di danno (a cagione dell'equivocità del lessico usato per definire la *chance*), ed errandosi poi nell'identificazione stessa di quell'evento, sovente ricondotto al concetto di *chance* pur non avendone, di essa specie in tema di responsabilità sanitaria, carattere alcuno.

9) La connotazione della *chance* intesa, al pari di ogni altra conseguenza della condotta illecita, non come regola (a)causale, ma come evento di danno in termini di possibilità perduta di un risultato migliore e soltanto eventuale non esclude né elide, difatti, la necessaria e preliminare indagine sulla relazione eziologica tra la condotta e l'evento (in senso difforme, non condivisibilmente, Cass. n. 21619 del 16/10/2007): è priva di consistenza, pertanto, l'obiezione secondo cui l'ineludibile incertezza dell'evento non potrebbe non riverberare i suoi effetti sulla ricostruzione del nesso causale che, viceversa, sostanzandosi in una relazione probabilistica tra fatti (destinata a sfociare in un giudizio di accertamento sul piano processuale), si pone su di un piano del tutto speculare rispetto a quello rappresentato dall'incertezza eventistica (i. e. dal sacrificio della possibilità di un risultato migliore).

10) Evapora cos'è la distinzione (che appare sovente motivo di confusione concettuale e applicativa) tra *chance* cd. *ontologica* e *chance* *eziologica*, volta che quest'ultima sovrappone inammissibilmente la dimensione della causalità con quella dell'evento di danno, mentre la prima evoca una imprevedibile fattispecie di danno *in re ipsa* che prescinde del tutto dall'esistenza e dalla prova di un danno-conseguenza risarcibile.

11) L'attività del giudice dovrà, pertanto, muovere dalla previa disamina della condotta (e della sua colpevolezza) e dall'accertamento della relazione causale tra tale condotta e l'evento di danno (la possibilità perduta, ovvero il sacrificio della possibilità di conseguire un risultato migliore), senza che i concetti di probabilità causale e di possibilità (e cioè di incertezza) del risultato realizzabile possano legittimamente sovrapporsi, elidersi o fondersi insieme: la dimostrazione di una apprezzabile possibilità di giungere al risultato migliore sul piano dell'evento di danno non equivale, in altri termini, alla prova della probabilità che la condotta dell'agente abbia cagionato il danno da perdita di *chance* sul piano causale.

12) Sul piano della corretta individuazione del diritto leso, la *chance*, pur mostrando i caratteri della fattispecie *a consistenza variabile* nella sua dimensione cronologica (variabile, cioè, a seconda del tempo in cui la si consideri), non può comunque rappresentare una entità concettualmente distinta dal *risultato finale*, poiché la condotta dell'agente pur sempre destinata a rilevare sul piano della lesione del diritto alla salute (e/o del diritto di autodeterminazione) del paziente, cui appare riconducibile pur se in una diversa accezione, che corrisponde ad una anticipazione di tutela dello stesso bene giuridico, meritevole di ricevere una autonoma considerazione.

13) La domanda giudiziale che configuri una ipotesi di danno da perdita di *chance* di sopravvivenza (fatto valere dai congiunti della vittima *iure hereditario*), e un danno da perdita di *chance* di godere del rapporto parentale fatto valere dai parenti *iure proprio*, ripete, pertanto, il suo autonomo fondamento (e la autonomia del conseguente petitum processuale) in ragione della incertezza sull'anticipazione dell'evento morte.

14) Le stesse pretese si tramutano, di converso, in domanda di risarcimento *tout court* del danno da perdita anticipata del rapporto parentale, ove sia certo e dimostrabile, sul piano eventistico, che la condotta illecita abbia cagionato l'anticipazione dell'evento fatale, costituendo, in tale ipotesi, un evidente paralogismo l'evocazione della fattispecie della *chance* fondato sull'equivoco lessicale indotto dalla locuzione *perdita della possibilità di vivere meglio e più a lungo*, mentre l'evento di danno specularmente costituito dalla perdita anticipata della vita e dall'impedimento a vivere il tempo residuo in condizioni migliori e consapevoli.

15) La *chance* si sostanzia, in definitiva, nell'incertezza del risultato, la cui *perdita*, ossia l'evento di danno, è il precipitato di una chimica di insuperabile incertezza, predicabile alla

luce delle conoscenze scientifiche e delle metodologie di cura del tempo rapportate alle condizioni soggettive del danneggiato. Tale evento di danno sarà risarcibile a seguito della lesione di una situazione soggettiva rilevante che pur sempre attiene al bene salute, sempre che esso sia stato allegato e (con particolare riguardo al diritto all'autodeterminazione, inteso anche in termini di possibilità di battersi consapevolmente per un possibile esito più favorevole dell'evolversi della malattia) provato in giudizio nella sua già ricordata dimensione di apprezzabilità, serietà, consistenza, e non già soltanto in base alla pura e semplice relazione causale tra condotta ed evento, in guisa di danno *in re ipsa*.

16) Pertanto, nei casi in cui l'evento di danno sia costituito non da una possibilità, sinonimo di incertezza del risultato sperato ma dal (mancato) risultato stesso, non di *chance* perduta per lecito decorrere, bensì di altro e diverso evento di danno (in ambito sanitario, la perdita anticipata della vita, rigorosamente accertata come conseguenza dell'omissione sul piano causale).

17) Applicando tali criteri alla responsabilità sanitaria (segnatamente in ambito oncologico), sulla premessa che l'illecito da *chance* perduta si dipana secondo la tradizionale scansione:

CONDOTTA COLPOSA (omessa, erronea o ritardata diagnosi);

LESIONE DI UN DIRITTO (il diritto alla salute e/o all'autodeterminazione, entrambi costituzionalmente tutelati);

EVENTO DI DANNO (sacrificio della possibilità di un risultato migliore);

CONSEGUENZE DANNOSE RISARCIBILI (valutabili in via equitativa) possono formularsi le seguenti ipotesi:

A) La condotta (commissiva o più spesso omissiva) colpevolmente tenuta dal sanitario ha cagionato la morte del paziente, mentre una diversa condotta (diagnosi corretta e tempestiva) ne avrebbe consentito la guarigione, alla luce dell'accertamento della disposta CTU. In tal caso l'evento (conseguenza del concorso di due cause, la malattia e la condotta colpevole) sarà attribuibile interamente al sanitario, chiamato a rispondere del danno biologico cagionato al paziente e del danno da lesione del rapporto parentale cagionato ai familiari.

B) La condotta colpevole ha cagionato non la morte del paziente (che si sarebbe comunque verificata) bensì una significativa riduzione della durata della sua vita ed una peggiore qualità della stessa per tutta la sua minor durata, in base all'accertamento compiuto dal CTU. In tal caso il sanitario sarà chiamato a rispondere dell'evento di danno costituito dalla perdita anticipata della vita e dalla sua peggior qualità, senza che tale danno integri una fattispecie di perdita di *chance* senza, cioè, che l'equivoco lessicale costituito dal sintagma possibilità di una vita più lunga e di qualità migliore incida sulla qualificazione

dell'evento, caratterizzato non dalla "possibilità di un risultato migliore", bensì dalla certezza (o rilevante probabilità) di aver vissuto meno a lungo, patendo maggiori sofferenze fisiche e spirituali.

C) La condotta colpevole del sanitario non ha avuto alcuna incidenza causale sullo sviluppo della malattia, sulla sua durata e sull'esito finale, rilevando di converso, *in pejus*, sulla sola (e diversa) qualità ed organizzazione della vita del paziente (anche sotto l'aspetto del mancato ricorso a cure palliative): l'evento di danno (e il danno risarcibile) sarà in tal caso rappresentato da tale (diversa e peggiore) qualità della vita (intesa altresì nel senso di mancata predisposizione e organizzazione materiale e spirituale del proprio tempo residuo), conseguente alla lesione del diritto di autodeterminazione, purché allegato e provato (senza che, ancora una volta, sia lecito evocare la fattispecie della chance).

D) La condotta colpevole del sanitario non ha avuto alcuna incidenza causale sullo sviluppo della malattia, sulla sua durata, sulla qualità della vita *medio tempore* e sull'esito finale. La mancanza, sul piano eziologico, di conseguenze dannose della pur colpevole condotta medica impedisce qualsiasi risarcimento.

E) La condotta colpevole del sanitario ha avuto, come conseguenza, un evento di danno incerto: le conclusioni della CTU risultano, cioè, espresse in termini di insanabile incertezza rispetto all'eventualità di maggior durata della vita e di minori sofferenze, ritenute soltanto possibili alla luce delle conoscenze scientifiche e delle metodologie di cura del tempo. Tale possibilità, i.e. tale incertezza eventistica (la sola che consenta di discorrere legittimamente di *chance* perduta) sarà risarcibile equitativamente, alla luce di tutte le circostanze del caso, come possibilità perduta se provato il nesso causale, secondo gli ordinari criteri civilistici tra la condotta e l'evento incerto (la possibilità perduta) ove risultino comprovate conseguenze pregiudizievoli (ripercussioni sulla sfera non patrimoniale del paziente) che presentino la necessaria dimensione di apprezzabilità, serietà, consistenza.

18) L'incertezza del risultato, va ribadito, è destinata ad incidere non sulla analisi del nesso causale, ma sulla identificazione del danno, poiché la possibilità perduta di un risultato sperato (nella quale si sostanzia la *chance*) è la qualificazione/identificazione di un danno risarcibile a seguito della lesione di una situazione soggettiva rilevante (comunque afferente al diritto alla salute), e non della relazione causale tra condotta ed evento, che si presuppone risolta positivamente prima e a prescindere dall'analisi dell'evento lamentato come fonte di danno. In tali sensi, pertanto, la *chance* risulta un diminutivo astratto dell'illecito, inteso come sinonimo di possibilità priva di misura (ma non di contenuto), da risarcirsi equitativamente, e non necessariamente quale frazione eventualmente percentualistica del danno finale.

19) Pertanto, ove risulti provato, sul piano etiologico, che la condotta imperita del sanitario abbia cagionato la morte anticipata del paziente, che sarebbe (certamente o probabilmente)

sopravvissuto più¹ a lungo e in condizioni di vita (fisiche e spirituali) diverse e migliori per un periodo specificamente indicato dal CTU (sia pur con gli inevitabili margini di approssimazione), non di *maggiore chance di sopravvivenza*• sarà lecito decorrere, bensì di un evento di danno rappresentato, in via diretta ed immediata, dalla minore durata della vita e dalla sua peggiore qualità (fisica e spirituale).

20) Viene in tal guisa scongiurato il rischio di confondere il grado di incertezza della *chance* perduta con il grado di incertezza sul nesso causale. Il nesso di causalità sarà difatti escluso, al di là ed a prescindere dall'esistenza della possibilità di un risultato migliore, dalla presenza di fattori alternativi che ne interrompano la relazione logica con l'evento (quale il sopravvenire di altra patologia determinante di per sé sola dell'*exitus* o di altri eventi ascrivibili alla condotta di terzi o dello stesso danneggiato).

21) Sarà altresì esclusa ogni rilevanza causale della condotta, sul piano probabilistico, in tutti i casi di incertezza ad esempio, nell'ipotesi di cd. multifattorialità dell'evento sul rapporto di derivazione eziologica tra la condotta stessa e l'evento, pur nella sua astratta configurabilità in termini di possibilità perduta, qualora la multifattorialità non sia rappresentata (come talvolta, ma erroneamente, si è ipotizzato) da un accertato concorso di causa umana e causa naturale (ciò che consente il frazionamento del risarcimento *differenziale*• in applicazione dei principi che regolano la causalità giuridica: Cass. n. 15991 del 21/07/2011 e successive conformi), bensì da un concorso di cause la cui disamina si risolva, nelle conclusioni del CTU, in termini di insanabile incertezza causale rispetto all'evento.

22) Non può pertanto condividersi l'assunto secondo il quale il danno da perdita di *chance* resterebbe occultato, *in una sorta di effetto matrioska*, nelle viscere del danno alla salute, dalle quali riemerge quando non si riesca a raggiungere la prova del nesso casuale rispetto alla lesione di quest'ultimo. Premesso che, nell'un caso come nell'altro, il diritto leso è pur sempre quello alla salute, sia pur nelle sue rispettive, differenti dimensioni, la risarcibilità della perdita di *chance* non si pone in alcun modo come conseguenza di una insufficiente relazione causale con il danno (come erroneamente ipotizzato nella sentenza n. 21619 del 16/10/2007 di questa stessa Corte), ma come incertezza eventistica conseguente al previo accertamento di quel nesso con la condotta omissiva.

23) A quanto sinora esposto consegue che, provato il nesso causale secondo le ordinarie regole civilistiche, rispetto ad un evento di danno accertato nella sua esistenza e nelle sue conseguenze, il risarcimento di quel danno sarà dovuto integralmente. Sul medesimo piano d'indagine, che si estende dal nesso al danno, ove quest'ultimo venisse morfologicamente identificato, in una dimensione di insuperabile incertezza, con una possibilità perduta, tale possibilità integra gli estremi della *chance*, la cui risarcibilità consente (come scelta, *hic et nunc*, di politica del diritto, condivisa, peraltro, anche dalla giurisprudenza di altri Paesi di *Common* e di *Civil law*) di

temperare equitativamente il criterio risarcitorio del cd. *all or nothing*, senza per questo essere destinata ad incidere sui criteri di causalit  , n  ad integrarne il necessario livello probatorio.

IN SINTESI:

a) Sul piano funzionale, *chance* patrimoniale e *chance* non patrimoniale partecipano della stessa natura.

b) La diversit  morfologica tra *chance* patrimoniale e *chance* non patrimoniale da responsabilit  sanitaria va individuata nella diversit  della situazione preesistente:

   Preesistenza negativa (*chance* non patrimoniale);

   Preesistenza positiva (*chance* patrimoniale);

c) Tale preesistenza postula, nella *chance* patrimoniale, una situazione positiva (titoli, professionalit  , curricula, esperienze pregresse, attitudini specifiche ecc.); in quella non patrimoniale, una situazione di salute (gi ) patologica (i.e.   negativa  ).

d) Entrambe le forme di *chance* presuppongono:

   Una condotta colpevole dell  agente;

   Un evento di danno (la lesione di un diritto);

   Un nesso di causalit  tra la condotta e l  evento;

   Una o pi ¹ conseguenze dannose risarcibili, patrimoniali e non;

   Un nesso di causalit  tra l  evento e le conseguenze dannose.

A quanto sopra esposto, con riferimento al terzo motivo del ricorso in esame, consegue che non sussiste, nel caso di specie, alcun margine di apprezzabilit  di perdita di *chance*, avendo la CTU espletata in primo grado compiuto, come risulta dalla motivazione della sentenza di appello, una valutazione   in termini di possibilit  di sopravvivenza della stessa (V.) assolutamente generica ed ipotetica anche in considerazione dell  elevata mortalit  di eventi astrattamente confrontabili con quello in esame, la dissecazione acuta dell  aorta, che pu ² portare ad una percentuale di mortalit  del 15-20% in reparti ad altissima specializzazione come sono quelli di cardiocirurgia  . La sentenza della Corte territoriale, laddove ha concluso che la possibilit  per V.M. di sopravvivere alla situazione ingravescente anche se fosse stata curata con assistenza di specialisti diversi e differenti apparecchiature, tenuto pure conto delle sue condizioni generali assolutamente scadute ben prima che si verificassero i ritardi terapeutici, e dei rischi del trasferimento presso altra struttura sanitaria con procedura d  urgenza, con concreto pericolo di

arresto cardiaco, fosse talmente labile e teorica da non poter essere determinata neppure in termini statistici e scientifici probabilistici e ancor meno, equitativamente quantificata, si sottrarre alle critiche proposte con il terzo motivo di ricorso, avendo coerentemente e logicamente escluso la sussistenza di una perdita di *chance*.

Il quarto motivo di ricorso attiene alla mancanza di un valido consenso informato da parte di V.M..

Il mezzo *in* inammissibile, come già ritenuto dalla Corte territoriale, con riferimento al profilo dell'autodeterminazione e delle conseguenze risarcitorie, non risultando proposta idonea domanda dalla citazione introduttiva del giudizio in prime cure.

Sul diverso versante della diversa determinazione della paziente qualora avesse ricevuto idonee informazioni si rileva che, come prospettato dal giudice di merito, non sono state neppure allegare circostanze idonee a ritenere che, se correttamente informata, la V. avrebbe negato il proprio consenso (Cass. n. 20885 del 22/08/2018: *inadempimento dell'obbligo di informazione sussistente nei confronti del paziente può assumere rilievo a fini risarcitori anche in assenza di un danno alla salute o in presenza di un danno alla salute non ricollegabile alla lesione del diritto all'informazione a condizione che sia allegata e provata, da parte dell'attore, l'esistenza di pregiudizi non patrimoniali derivanti dalla violazione del diritto fondamentale all'autodeterminazione in s'considerato, sempre che essi superino la soglia minima di tollerabilità imposta dai doveri di solidarietà sociale e non siano futili, ovvero consistenti in meri disagi o fastidi*).

Il ricorso, deve, pertanto, essere integralmente rigettato.

Le spese di lite di questo giudizio di legittimità possono essere compensate, ricorrendo novità delle questioni trattate in tema di perdita di *chance* ed in considerazione dell'intervento recente della Corte Costituzionale sul punto (Corte Cost. n. 77 del 19 aprile 2018 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 92 c.p.c., comma 2, nel testo modificato dal D.L. 12 settembre 2014, n. 132, art. 13, comma 1, recante Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile, convertito, con modificazioni, nella L. 10 novembre 2014, n. 162, nella parte in cui non prevede che il giudice possa compensare le spese tra le parti, parzialmente o per intero, anche qualora sussistano altre analoghe gravi ed eccezionali ragioni).

Ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 *quater*, deve darsi atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte dei ricorrenti, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, a norma dello stesso art. 13, comma 1 *bis*.

Si reputa opportuno disporre che in caso di utilizzazione della presente sentenza in qualsiasi forma, per finalità di informazione scientifica su riviste giuridiche, supporti elettronici o

mediante reti di comunicazione elettronica, sia omessa l'indicazione delle generalità e degli altri dati identificativi delle parti riportati nella sentenza.

P.Q.M.

rigetta il ricorso;

compensa le spese di lite di questo giudizio di legittimità .

Ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 *quater* dell'atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte dei ricorrenti dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso a norma dello stesso art. 13, comma 1 *bis*.

Dispone oscuramento dati identificativi e generalità .

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della Terza Sezione Civile della Corte di Cassazione, il 4 luglio 2019.

Depositato in Cancelleria il 11 novembre 2019

Campi meta

Giurispedia.it

Giurispedia.it

Massima : *La sussistenza di una privazione di chance di sopravvivenza, quale evento di danno distinto dalla prospettiva dell'anticipazione dell'evento fatale (ossia della riduzione della durata della sua vita), pu  essere fondatamente esclusa, qualora la possibilit  per il paziente di sopravvivere alla situazione ingravescente risulti talmente labile e teorica da non poter essere determinata neppure in termini statistici e scientifici probabilistici e, ancor meno, equitativamente quantificata, fermo restando che il valore statistico/percentuale    se in concreto accertabile    pu  costituire al pi  un criterio orientativo, in considerazione della infungibile specificit  del caso concreto, onde distinguere la concreta possibilit  dalla mera speranza.*

Supporto Alla Lettura :

Responsabilit  medica

Il 17 marzo 2017   stata pubblicata in Gazzetta Ufficiale la legge 8 marzo 2017 n. 24, recante   Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonch  in materia di responsabilit  professionale degli esercenti le professioni sanitarie. Il legislatore ha inteso tipizzare la responsabilit  in campo sanitario e certamente ci  non costituisce una novit  nell ambito della responsabilit  civile (si pensi alla responsabilit  per danno ambientale disciplinata dal d.lgs 152/2006 e s.m.i. ovvero ai profili speciali gi  tratteggiati dal codice civile negli artt. 2049 e s.s. c.c.). L art. 7 della legge di riforma prevede che la struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica o privata che nell adempimento della propria obbligazione si avvalga dell opera di esercenti la professione sanitaria, anche se scelti dal paziente e anche se non dipendenti dalla struttura, risponde delle loro condotte dolose e colpose ai sensi degli artt. 1218 (Responsabilit  del debitore) e 1228 (Responsabilit  per fatto degli ausiliari) del codice civile. Viene recepito dal legislatore l approdo della giurisprudenza sull inquadramento della natura della responsabilit  sanitaria della struttura nel solco del contratto atipico di spedalit  (Cass., sez. un. 11.1.2008 n. 577; Cass. civ., 20.1.2014, n. 993). L art. 7 comma 3 della legge 24/17 costituisce il cuore della riforma laddove individua nella responsabilit  extracontrattuale la regola generale mentre la natura contrattuale della responsabilit  del sanitario costituisce l eccezione. Dunque sembrerebbe che il legislatore abbia estromesso la regola del contatto sociale dal suo ambito di elezione ma non chiuso definitivamente alla possibilit  di configurare una responsabilit  contrattuale. Al fine di poter inquadrare le situazioni tipo in cui si potrebbe qualificare il rapporto medico - paziente dal punto di vista contrattuale, in assenza di uno schema negoziale formale, potenzialmente ripiegano sulle regole del consenso informato. L art. 8 prevede, invece, un meccanismo finalizzato a ridurre il contenzioso per i procedimenti di risarcimento da responsabilit  sanitaria mediante un **tentativo obbligatorio di conciliazione** da espletare da chi intende esercitare in giudizio un azione risarcitoria attraverso la mediazione ovvero un ricorso 696-bis c.p.c.. La Cassazione con ben dieci sentenze l 11 novembre 2019, ha provato a ricostruire il sistema della responsabilit  medica cercando di dare risposte tra i dubbi interpretativi alimentati dall inerzia del legislatore che non ha dato piena attuazione alla legge 24/17 (Cass. 28985/2019; Cass. 28986/2019; Cass. 28987/2019; Cass. 28988/2019; Cass. 28989/2019; Cass. 29990/2019; Cass. 28991/2019; Cass. 28992/2019; Cass. 28993/2019; Cass. 28994/2019). Gli argomenti affrontati dalla Cassazione attengono a temi centrali della responsabilit  medica ed in particolare: 1. Il limite all applicazione retroattiva della legge

Gi  Bianco; 2. Il consenso informato; 3. La rivalsa della struttura sanitaria; 4. Il principio

distributivo dell onere probatorio nella responsabilit  contrattuale; 5. L accertamento e la liquidazione del danno differenziale da aggravamento della patologia preesistente; 6. Il danno da

Giurispedia.it