

**Responsabilità del medico e perdita di chances**

*E' risarcibile il danno da perdita di chances: l'omissione della diagnosi di un processo morboso terminale, sul quale sia possibile intervenire soltanto con un intervento cd. palliativo, determinando un ritardo della possibilità di esecuzione di tale intervento, cagiona al paziente un danno alla persona per il fatto che nelle more egli non ha potuto fruire del detto intervento e, quindi, 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.*

21.10.2008, diritto-in-rete.com  
-----

Cassazione civile, sentenza 18 settembre 2008, n. 23846

..omissis...

Motivi della decisione

p. 1. Con il primo complesso motivo di ricorso viene denunciata "omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione circa un punto decisivo della controversia in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 5;

violazione e falsa applicazione degli artt. 1218, 2043, 2050 e 2059 c.c., in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 3".

Il motivo viene illustrato con una serie di argomentazioni, che qui si riassumono nei profili che appaiono integrare effettiva critica alla sentenza impugnata.

La prima argomentazione è che la Corte territoriale avrebbe motivato con "una valutazione del tutto apodittica comunque non supportata da alcun iter argomentativo" l'esclusione della idoneità della diagnosi tempestiva del tumore ad influire sulla qualità della vita e sull'aspettativa di vita della B.. In particolare, nel disattendere le valutazioni dei consulenti tecnici - là dove essi avevano ravvisato dei vantaggi per la paziente nella maggiore tempestività dell'accertamento della patologia - ritenendole non sufficientemente fondate e congetturali, la Corte territoriale si sarebbe limitata a negare che la tempestività della diagnosi avrebbe potuto consentire l'approntamento di utili terapie, senza fornire elementi obiettivi che confortassero detta valutazione.

La seconda argomentazione imputa alla sentenza motivazione contraddittoria nell'aver giudicato che un intervento chirurgico tempestivo avrebbe avuto effetto soltanto palliativo. Essendo risultato che l'intervento di by-pass allo stomaco era stato eseguito in via d'urgenza non per risolvere una patologia dolorosa ma per rimediare a serio ed imminente pericolo di vita costituito dal blocco intestinale provocato dalle masse tumorali originariamente scambiate per bolle d'aria dalle dottoresse, non si sarebbe considerato che l'erronea diagnosi aveva comportato che le sofferenze patite dalla B. erano perdurate fino a costringerla ad un successivo esame clinico presso altro professionista "solo quando la loro sopportazione era evidentemente divenuta intollerabile per la paziente", ed inoltre che esse si erano prolungate, incontrollate e senza la predisposizione di alcuna terapia lenitiva, fino al sopraggiungere del blocco intestinale. Tali conseguenze erano, dunque, meritevoli di risarcimento.

Con ulteriori argomentazioni:

a) (punto a.4) si torna a prospettare che l'erronea diagnosi non potrebbe restare priva di responsabilità risarcitoria quando la sua tempestività avrebbe potuto consentire di apprestare cure efficaci "per cercare di limitare le sofferenze del paziente e per prolungare nei limiti del possibile la vita dello stesso". In tal caso sarebbe leso il diritto soggettivo di ciascun individuo di ricevere prestazioni mediche corrette, diligenti ed accurate. Il ragionamento seguito dalla Corte territoriale comporterebbe che l'esecuzione di una diagnosi completamente errata su un malato terminale non potrebbe comportare alcun danno nè importare alcun risarcimento in capo all'autore dell'errore per il sol fatto che essa non inciderebbe sugli esiti finali della malattia;

b) (punto a.5.) si assume - evidentemente nel presupposto delle dimensioni ipotizzate dalla consulenza tecnica (e riferite, con assolvimento del principio di cd. autosufficienza dell'esposizione del motivo, a premessa del motivo) - che la rimozione tempestiva della massa tumorale al momento della diagnosi errata (allorchè sarebbe stata pari ad una pallina da tennis) avrebbe consentito di evitare il danno biologico "consistente nel pericolo di decesso verificatosi in seguito al blocco intestinale" e nel contempo avrebbe consentito di prolungare o migliorare l'aspettativa di sopravvivenza della paziente, in quanto "sotto un profilo di probabilità, non può escludersi che la corretta diagnosi della patologia tumorale avrebbe altresì consentito di apprestare cure finalizzate ad arrestare o comunque ritardare il progredire della malattia e in ogni caso lenire le sofferenze della paziente": ciò in ragione del dato di comune esperienza negli organismi sanitari e scientifici che la tempestività della diagnosi è essenziale per l'esito della terapia tumorale, là dove la sentenza impugnata non avrebbe fornito alcun riscontro scientifico a sostegno della esclusione del vantaggio di una diagnosi precoce, mentre la consulenza aveva affermato che "una diagnosi precoce e quindi l'avvio più tempestivo delle procedure terapeutiche avrebbe sortito un seppur minimo effetto positivo sia sulla durata che sulla qualità della sopravvivenza". Sarebbe, dunque, indubbio che l'errore di diagnosi avrebbe comportato un ritardo nell'accertamento della malattia e non avrebbe permesso alla paziente di assumere delle decisioni terapeutiche programmando un'adeguata terapia in relazione alla reale entità della patologia a sostegno viene invocato un precedente di merito e la Corte territoriale avrebbe trascurato di considerare che nonostante la natura terminale della patologia l'esistenza di un "danno biologico e morale" andava valutata non in termini di semplice probabilità di guarigione, bensì di incidenza sul progressivo peggioramento della salute della paziente viene citata a sostegno Cass. n. 11003 del 2003.

Ulteriore profilo di censura è rappresentato dall'addebito alla sentenza impugnata di non aver considerato il danno morale subito dalla paziente "per non aver ricevuto adeguata informazione circa il grave stato di salute che di lì a poco tempo avrebbe comportato il decesso".

Erronea sarebbe stata, inoltre, la sentenza impugnata nell'aver escluso - sotto il profilo del carattere palliativo di un intervento - qualsiasi risarcimento per i dolori sofferti dalla paziente ai quali la diagnosi di bolle d'aria non aveva posto alcun rimedio:

l'errore risiederebbe nel fatto che sarebbe stata quantomeno impedita "una terapia adeguata a raggiungere (...) una migliore qualità dell'ultimo periodo di vita".

Si critica, in fine, il disconoscimento della pretesa risarcitoria per le spese sostenute per il ricovero d'urgenza in case di cura private. Contraddittoria sarebbe sia la valutazione di imputabilità di esse a libera scelta della B. anzichè al ritardo della diagnosi, sia l'affermazione che la necessità del ricovero sarebbe dipesa dalla notoria lentezza dei ricoveri presso le strutture sanitarie pubbliche. Il ricovero sarebbe stato l'unica possibilità rimasta alla B. per ricevere l'indispensabile assistenza sanitaria nell'ultimo periodo di vita. p. 1.1. Con il secondo motivo si lamenta "violazione e falsa applicazione dell'art. 1226 c.c., in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 3", imputandosi alla sentenza impugnata di avere disatteso la richiesta di risarcimento dei danni in via equitativa "poggiando sul fatto che sarebbe mancata una puntuale indicazione dell'entità patrimoniale dei danni subiti dalla paziente". Tuttavia, la successiva esposizione torna a criticare la sentenza impugnata - con specifico riferimento a due passi della motivazione - per avere disatteso con supposizioni del tutto ipotetiche le valutazioni della consulenza tecnica. p. 2. I due motivi possono essere trattati congiuntamente, in quanto sono fra loro strettamente connessi. Il secondo motivo, infatti, al di là della imputazione alla

sentenza del mancato riconoscimento del danno in via equitativa, in realtà - come si è avvertito - prospetta critiche non dissimili da quelle articolate con il primo motivo e lo fa appunto per lamentare che si sia ritenuta preclusa ogni possibilità di una liquidazione equitativa del danno. Si tratta, dunque, di motivo dipendente dal primo.

Entrambi i motivi non evidenziano - come ci si aspetterebbe dalla loro primaria intestazione - vizi di motivazione afferenti alla ricostruzione della quaestio facti, bensì delle violazioni di legge sotto vari profili in punto di idoneità della fattispecie concreta, per come accertata ed apprezzata dalla consulenza tecnica, ad integrare danno risarcibile sia sul piano della responsabilità contrattuale sia su quello della responsabilità extracontrattuale, siccome palesa l'invocazione delle norme degli artt. 1218 e 2043 c.c..

In particolare, i motivi prospettano vizi della sentenza impugnata sotto tale profilo sub specie di omessa sussunzione delle emergenze della consulenza tecnica nella figura del danno risarcibile per quei titoli di responsabilità. p. 2.1. Le eccezioni di inammissibilità dei motivi formulate dalla società assicuratrice resistente sono infondate, posto che i motivi non sollecitano in alcun modo una rivalutazione del fatto ed identificano con le critiche attraverso le quali si articolano le argomentazioni della sentenza impugnata attraverso gli indiretti riferimenti che in esse agevolmente si colgono alla motivazione della sentenza stessa, che prima dell'esposizione dei motivi è stata riportata addirittura fra virgolette.

I motivi sono fondati nei sensi di cui di seguito si dirà. p. 2.2. La sentenza impugnata, dopo aver dato atto della formazione del giudicato interno in ordine all'errore professionale delle due dottoresse per mancata impugnazione del relativo capo della sentenza di primo grado, ha rigettato l'appello escludendo la sussistenza di un danno risarcibile, invocata con l'unico motivo su cui esso si fondava. A tale esclusione è pervenuta per le seguenti ragioni: l'invocazione con l'atto di appello del passo della consulenza tecnica in cui era stato espresso "un giudizio di mera verosimiglianza (ovverosia di non esclusione) circa gli eventuali miglioramenti sulla qualità della vita che un tempestivo intervento chirurgico avrebbe potuto apportare, ometteva di considerare precedenti e ben più significative asserzioni contenute nella stessa relazione, a mente delle quali: 1) il ritardo di diagnosi, nella misura di trenta giorni, non appariva determinate ai fini della condotta terapeutica; 2) il detto ritardo nell'attivazione terapeutica non aveva modificato significativamente nè la possibilità di somministrazione di farmaci nè i benefici da essi derivati"; in ordine all'affermazione della consulenza tecnica che l'intervento di gastroenteroanastomosi (in sostanza: by-pass per aggirare un blocco gastrico determinato dalla massa tumorale) eseguito il 25 marzo 1996, avrebbe potuto avere solo finalità palliativa ancorchè eseguito sin dalla prima visita presso il (Omissis), pur non potendosi escludere che una maggiore tempestività di esecuzione avrebbe potuto determinare una maggiore efficacia sulla durata della sopravvivenza e sulla qualità della vita della B., doveva considerarsi "che l'intervento chirurgico di che trattasi non poteva essere considerato nell'ottica della terapia specifica, volta ad elidere o contrastare il decorso della malattia tumorale, atteso che esso fu effettuato (...) solo per restituire funzionalità all'apparato gastrico ostruito dalla metastasi", come emergeva dalla cartella clinica dell'esecuzione dell'intervento; inoltre, "la constatazione che fu deciso di intervenire chirurgicamente dopo un ulteriore mese dalla scoperta del carcinoma, fa(ceva) (...) ritenere interrotto il nesso causale tra l'erronea diagnosi e la non tempestività della terapia poi intrapresa, non senza infine tralasciare di considerare che neppure è provato che un intervento chirurgico effettuato, questa volta due mesi prima, avrebbe potuto consentire (o addirittura consigliare) l'asportazione della massa tumorale, dal momento che dalla stessa pacificamente si erano originate diffuse metastasi"; questi argomenti portavano, dunque, a "concludere che le valutazioni contenute nella consulenza in ordine all'influenza (comunque qualificata "modesta") di una maggiore tempestività della diagnosi della patologia tumorale sulla qualità della vita residua non apparivano supportate da convincenti argomenti di riscontro, finendo per essere congetture e dunque non valutabili neppure nell'ottica di una quantificazione equitativa del danno alla salute"; le conclusioni raggiunte assorbivano la doglianza del L. circa il mancato riconoscimento di un danno risarcibile in relazione agli esborsi della de cuius presso case di cura private, "anche perchè tali

spese rappresentavano il frutto di una libera scelta della defunta da mettere in relazione più alla notoria lentezza dell'apprestamento dei ricoveri e delle terapie presso strutture pubbliche che alla necessità originata dal ritardo nella diagnosi della patologia". p. 2.3. Questa motivazione - là dove non ha ritenuto dimostrata l'esistenza di alcun danno - appare viziata già all'esito della sola lettura della sentenza impugnata al lume delle critiche prospettate nei motivi.

Nella parte in cui, ritiene neutralizzata l'affermazione dei C.T.U. che la diagnosi tempestiva e, quindi, la possibilità conseguente di un intervento chirurgico più tempestivo avrebbe potuto arrecare miglioramenti alla qualità della vita della B., la sentenza utilizza a questo scopo due affermazioni dei C.T.U. che non sono assolutamente idonee sul piano logico a quello scopo. Infatti, che la condotta terapeutica sarebbe stata la stessa anche nel caso di diagnosi tempestiva è circostanza inidonea ad escludere che la tardività della diagnosi non abbia inciso sulla qualità di vita della B.. Come lo è la circostanza che il ritardo non aveva ridotto la possibilità di somministrare i farmaci necessari ed i benefici da essi derivati. E' sufficiente osservare, per dimostrare l'illogicità del ragionamento con cui si è esclusa la sussunzione della fattispecie sotto l'ambito normativo del danno risarcibile, che il restare intatta la possibilità di somministrazione dei farmaci e di ricavarne i benefici ad essi relativi, non toglie che durante il mese fra la visita presso il (Omissis) e la visita presso la (Omissis) la B., per effetto della condotta delle sanitarie resistenti, non abbia potuto ricevere la somministrazione dei farmaci necessari e conseguire prima e per tutto il tempo fino alla diagnosi esatta i benefici da essi apportati. In altri termini, che l'intervento terapeutico che si sarebbe potuto effettuare in caso di diagnosi tempestiva sarebbe stato lo stesso ed avrebbe avuto gli stessi effetti di quello poi effettuato non toglie che la B. abbia conseguito tali effetti dopo un mese dal momento in cui avrebbe potuto conseguirli. Onde, la sua qualità di vita durante quel lasso di tempo non ha potuto essere quella che sarebbe potuta essere in presenza di una diagnosi tempestiva e, quindi, della immediata o comunque anticipata somministrazione dei farmaci e degli interventi poi praticati. La B. avrebbe potuto ricevere, dunque, benefici che invece ha ricevuto solo più tardi, per cui la sua qualità di vita ha potuto risentire di essi dopo il momento in cui, ove la diagnosi fosse stata tempestiva, li avrebbe potuti conseguire. La perdita della qualità di vita che i benefici avrebbero potuto assicurarle durante il detto lasso di tempo integra certamente un danno alla salute cagionato dall'accertata responsabilità delle sanitarie (che fa carico anche alla struttura ospedaliera), che erroneamente la Corte territoriale ha escluso sussistente. In definitiva, è innegabile che nel mese di tempo fra la diagnosi errata e quella esatta la B. ha visto perdurare il suo stato di sofferenza fisica senza che ad esso potesse essere apportato un qualche pur minimo beneficio perchè vi era stata quella diagnosi erronea, mentre se la diagnosi fosse stata esatta la sua condizione di sofferenza avrebbe potuto essere alleviata, come poi lo fu quando la diagnosi venne fatta in modo corretto. Non meno erronea ed illogica (sempre in funzione del procedimento di sussunzione) è l'esclusione dell'esistenza di un danno sotto il profilo della perdita della qualità di vita anche per il periodo successivo alla diagnosi esatta praticata nell'altra struttura ospedaliera: è, infatti, evidente che la consecuzione tempestiva dei benefici - sia pure inidonei a scongiurare l'esito finale della malattia - avrebbe determinato effetti anche sulla qualità di vita della B. successivamente a quel periodo, tenuto conto che essa avrebbe determinato la consecuzione dei benefici successivi in una condizione migliore di quella in cui la B. li poté conseguire. D'alto canto, la stessa sentenza impugnata avverte che i consulenti avevano concluso nel senso di non poter escludere che una diagnosi tempestiva avrebbe potuto avere efficacia sulla qualità della vita della B..

Non solo: la tempestività della diagnosi e l'inizio della terapia in modo immediato avrebbero potuto anche determinare effetti sulle conseguenze dell'evoluzione della malattia che portarono al blocco gastrico, nel senso almeno che l'intervento, se pure fosse stato ineluttabile, avrebbe potuto essere eseguito - come la stessa sentenza dice hanno avvertito i C.T.U. - in una situazione di minore entità di esse, cioè in una situazione di diffusione minore delle metastasi occasionanti l'occlusione e, quindi, tale da rendere l'intervento certamente di minore invasività. L'affermazione della sentenza impugnata che l'esecuzione dell'intervento chirurgico, pur se intervenuta prima, sarebbe stata comunque inidonea ad elidere o contrastare l'esito finale della malattia è incomprensibile, perchè,

dovuto risultare in atti che la diagnosi tempestiva avrebbe potuto determinare questi effetti con una relazione causale di probabilità e non di sola possibilità.

Tale assunto, se fosse corretto, sarebbe privo di pertinenza con la specie in esame, posto che quando i consulenti hanno scritto che "è ipotizzabile comunque che una diagnosi precoce e quindi l'avvio più tempestivo delle procedure terapeutiche avrebbe sortito un seppur minimo effetto positivo sia sulla durata che sulla qualità della sua sopravvivenza", hanno proprio affermato, piuttosto che questo effetto si sarebbe probabilmente verificato, addirittura che esso si sarebbe verificato con certezza: nient'altro che questo, infatti, significa dire che un evento è ipotizzabile comunque. Quest'ultimo avverbio palesa, infatti, che ciò che si ipotizza certamente sarebbe accaduto. Ipotizzare comunque un evento come conseguenza di un altro evento anche secondo l'uomo della strada significa enunciare che certamente quest'ultimo, se si fosse verificato, avrebbe provocato il secondo sul piano causale. p. 2.5. In ogni caso la memoria fraintende la giurisprudenza della Corte in tema di risarcimento del danno per la perdita di una chance.

In proposito trovasi affermato in essa quanto segue:

"In tema di risarcimento del danno da lesioni, il danno derivante da perdita di chance costituisce una voce del danno patrimoniale risarcibile, in quanto diretta conseguenza delle lesioni riportate, qualora il danneggiato riesca a provare, pur solo in modo presuntivo o secondo un calcolo di probabilità, la realizzazione in concreto di alcuni dei presupposti per il raggiungimento del risultato sperato e impedito dalla condotta illecita della quale il danno risarcibile dev'essere conseguenza immediata e diretta" (Cass. n. 10840 del 2007).

"In tema di risarcimento del danno, il creditore che voglia ottenere, oltre il rimborso delle spese sostenute, anche i danni derivanti dalla perdita di chance - che, come concreta ed effettiva occasione favorevole di conseguire un determinato bene, non è una mera aspettativa di fatto ma un'entità patrimoniale a se stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione - ha l'onere di provare, pur se solo in modo presuntivo o secondo un calcolo di probabilità, la realizzazione in concreto di alcuni dei presupposti per il raggiungimento del risultato sperato e impedito dalla condotta illecita della quale il danno risarcibile dev'essere conseguenza immediata e diretta" (Cass. n. 1752 del 2005; in senso conforme Cass. n. 17176 del 2007; in precedenza, Cass. n. 18945 del 2003).

"Al fine di ottenere il risarcimento per la perdita di una chance è necessario provare la realizzazione in concreto almeno di alcuni dei presupposti per il raggiungimento del risultato sperato e impedito dalla condotta illecita della quale il danno risarcibile deve essere conseguenza immediata e diretta; pertanto, ove il lavoratore agisca per ottenere il risarcimento del danno derivante dal mutamento delle mansioni e consistente nel mancato conseguimento di un vantaggio di carriera connesso ad una valutazione comparativa di candidati, deve provare che la valutazione vi è stata e che egli, se non fosse intervenuto l'illegittimo mutamento di mansioni, avrebbe avuto possibilità non distanti da quelle degli altri aspiranti positivamente valutati" (Cass. n. 10748 del 1996).

"La perdita di chance, consistente nella privazione della possibilità di sviluppi o progressioni nell'attività lavorativa, costituisce un danno patrimoniale risarcibile, qualora sussista un pregiudizio certo (anche se non nel suo ammontare) consistente non in un lucro cessante, bensì nel danno emergente da perdita di una possibilità attuale; ne consegue che la chance è anch'essa una entità patrimoniale giuridicamente ed economicamente valutabile, la cui perdita produce un danno attuale e risarcibile, qualora si accerti, anche utilizzando elementi presuntivi, la ragionevole probabilità della esistenza di detta chance intesa come attitudine attuale". (Cass. n. 12243 del 2007).

"Nel rapporto di lavoro privato, in caso di esclusione del lavoratore dalla partecipazione ad un concorso per la promozione ad una qualifica superiore, occorre tenere distinte 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, in quanto costituiscono domande diverse, non ricomprese l'una nell'altra, in relazione alla diversità di fatti e circostanze da cui desumere l'entità della probabilità

per l'interessato per vincere il concorso. Diverso è anche il contenuto dell'onere probatorio posto a carico del lavoratore nei due casi, in quanto, in caso di domanda di risarcimento danni per perdita di chance, il ricorrente ha l'onere di provare, anche facendo ricorso a presunzioni e al calcolo delle probabilità, soltanto la possibilità che avrebbe avuto di conseguire il superiore inquadramento, atteso che la valutazione equitativa del danno ex art. 1226 cod. civ., presuppone pur sempre che risulti comprovata l'esistenza di un danno risarcibile" (Cass. n. 852 del 2006). p. 2.6. Ora, come emerge da una lettura attenta delle massime e come rivelano particolarmente la terzultima e la penultima fra quelle riportate (ma anche Cass. n. 21619 del 2007, in motivazione, che ragiona della chance in termini di possibilità) il ricorso alle presunzioni ed al calcolo di probabilità non attiene affatto alla idoneità della chance una volta individuata a determinare l'effetto sperato, nel senso che la chance non diventa risarcibile soltanto se, una volta che la si è individuata, appare di tale consistenza che si può presumere che la sua concreta utilizzazione avrebbe realizzato la consecuzione del risultato oppure se appare probabile che la sua utilizzazione avrebbe determinato quella consecuzione. Le massime, viceversa, alludono al ragionamento presuntivo o probabilistico in funzione della stessa individuazione della chance, nel senso cioè che la situazione fattuale che si vuole determinativa della chance dev'essere tale che si possa presumere che essa l'avrebbe determinata o che appaia probabile che l'avrebbe determinata. In altri termini il ragionamento presuntivo non riguarda l'attitudine della chance a provocare l'effetto favorevole che il danneggiato non ha conseguito, bensì l'attitudine della situazione di fatto in senso lato in presenza della quale la chance può essere riconosciuta esistente. La giurisprudenza di questa Corte lo rivela chiaramente là dove configura la chance come una entità patrimoniale giuridicamente ed economicamente valutabile (naturalmente il concetto di patrimonialità va correlato al bene in relazione al quale la chance si assume perduta e, quindi, in riferimento al danno alla persona ad una chance di conservazione dell'integrità psico-fisica o di una migliore integrità psico-fisica o delle condizioni e della durata dell'esistenza in vita). E' di tutta evidenza che, una volta considerato che la chance di consecuzione di un beneficio in relazione alla situazione giuridica di cui si lamenta danno è un'entità patrimoniale come tale, cioè rappresenta un interesse concreto correlato alle potenzialità di esercizio della situazione de qua, sarebbe irragionevole risarcire la perdita di una chance quando è presumibile o probabile che la sua utilizzazione avrebbe determinato un certo evento e non risarcirla quando la presunzione o la probabilità non sussistano. 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.

Queste conclusioni, peraltro, non vogliono aprire la strada a scenari, nei quali la perdita della chance possa diventare la chiave di volta per aumentare a dismisura l'ambito del danno risarcibile: questo rischio è, infatti, decisamente da escludere se si considera che nel giudizio di eventuale liquidazione del danno da perdita della chance assumerà pur sempre rilievo, ai fini della aestimatio, sia l'aspetto della prossimità al conseguimento del risultato, sia il profilo della idoneità a garantire il conseguimento del risultato.

Sotto il primo aspetto, è di tutta evidenza che nell'apprezzamento del valore della perdita la circostanza che alla chance perduta si sarebbero dovute sommare altre evenienze fino alla consecuzione del risultato potrà giustificare l'individuazione di un danno per la sua perdita se la loro verifica sia accertabile in modo almeno presuntivo o probabilistico, mentre potrà suggerire l'idea che il valore della perdita sia nullo in caso contrario.

Sotto il secondo aspetto, la perdita potrà assumere un valore anche nullo ove risultino circostanze che escludevano o rendevano del tutto remota fino quasi ad escluderla la consecuzione del risultato. Ciò che si vuole, in definitiva, sottolineare è che non è di per sé ragione giustificativa per negare la risarcibilità della perdita della chance, cioè per negare che essa sia in sostanza una "perdita", la mera circostanza che essa non sia tale da determinare presuntivamente o probabilisticamente la consecuzione del risultato.

Il principio di diritto che viene in rilievo è dunque il seguente:

"Quando sia stata fornita la dimostrazione, anche in via presuntiva e di calcolo probabilistico,

invece, di assumere come termine di riferimento della causalità ai fini dell'individuazione dell'evento dannoso la ritardata esecuzione dell'intervento e la circostanza della sua esecuzione quando le masse tumorali avevano raggiunto dimensioni maggiori e valutare se da ciò la salute della B. aveva ricevuto pregiudizio per quello che era durante il decorso della malattia, assume come termine di riferimento la salute della stessa considerata nella sua proiezione in relazione al momento finale del processo morboso, cioè nel momento in cui essa ineluttabilmente era destinata a consumarsi.

Un ulteriore errore nella decisione di non ritenere sussumibile la fattispecie concreta nell'ambito del danno risarcibile risulta commesso dalla Corte territoriale là dove, pur dando atto che i consulenti avevano ritenuto di non poter escludere che una maggiore tempestività della diagnosi e, quindi, dell'esecuzione dell'intervento di gastroenteroanastomosi avrebbe potuto determinare effetti sulla durata della sopravvivenza della B., ha tuttavia ommesso di spiegare perché la preclusione di tale possibilità non sarebbe stata fonte di danno. Infatti, non è spiegazione pertinente quella che nella motivazione si rinviene subito dopo che si è dato atto dell'avviso espresso dai consulenti, posto che si fa riferimento alla inidoneità dell'intervento nell'ottica dell'elisione o del contrasto del decorso della malattia. Invero, quello che avrebbe dovuto spiegare la Corte capitolina è perché non integrava danno risarcibile la perdita della possibilità di godere di una maggiore durata di sopravvivenza, il che rende irrilevante che l'esecuzione tempestiva dell'intervento non avrebbe impedito o contrastato il decorso della malattia. I consulenti avevano solo voluto dire che vi era la possibilità che il decorso, pur ineluttabile, ne fosse rallentato. E' la perdita della possibilità di tale rallentamento che integra anch'essa un danno risarcibile sotto il profilo della lesione del diritto alla salute della B.. Non è, poi, senza rilievo che la sentenza impugnata nell'escludere il danno risarcibile abbia totalmente ommesso di considerare che da una diagnosi esatta di una malattia ad esito ineluttabilmente infausto consegue che il paziente, oltre ad essere messo nelle condizioni per scegliere, se possibilità di scelta vi sia, "che fare" nell'ambito di quello che la scienza medica suggerisce per garantire la fruizione della salute residua fino all'esito infausto, è anche messo in condizione di programmare il suo essere persona e, quindi, in senso lato l'esplicazione delle sue attitudini psico-fisiche nel che quell'essere si esprime, in vista di quell'esito.

Anche sotto tali profili la sentenza impugnata ha errato nel non ravvisare la sussumibilità della fattispecie concreta nell'ambito di un danno risarcibile alla persona. p. 2.4. Le valutazioni fin qui formulate trovano conferma nella lettura delle considerazioni formulate dai consulenti, che il Collegio è messo in grado di fare dalla memoria ai sensi dell'art. 378 c.p.c. depositata dalle sanitarie resistenti, al di là e con maggiore specificazione di quanto emerge dai riferimenti della sentenza impugnata.

Nella memoria sono riportati due passi significativi della consulenza, che appare opportuno qui ripetere: "Il ritardo di diagnosi, nella misura di circa trenta giorni, nel caso di neoplasia gastrica di tipo adenocarcinomatosa scarsamente differenziata e già in fase metastatica, alla luce delle più recenti acquisizioni scientifiche non appare determinante ai fini della condotta terapeutica. L'approccio previsto in questi casi è quello combinato sia chirurgico che chemioterapico ed in genere si prefigge solo uno scopo palliativo. Così infatti fu per l'intervento di gastroenteroanastomosi derivata eseguita sulla sig. B. presso (Omissis) il (Omissis) e tendente a prevenire una occlusione gastrica totale che avrebbe fatto precipitare ulteriormente le sue condizioni generali di salute. E' verosimile che se lo stesso intervento fosse stato praticato già all'epoca dell'accesso al S. Eugenio circa 2 mesi prima, esso avrebbe avuto sempre e solo un significato palliativo, essendo già presenti a quel tempo le lesioni ripetitive epatiche, pur non potendo escludere la possibilità che un più tempestivo approccio chirurgico avrebbe potuto richiedere un intervento meno demolitivo e/o che lo stesso intervento avrebbe potuto avere una maggiore efficacia sulla durata della sopravvivenza (sempre comunque nell'ordine di settimane o al massimo mesi) e sulla qualità di vita ... In ultima analisi il ritardo di trenta giorni ha comportato solamente un incremento volumetrico sia della lesione primitiva gastrica che di quelle ripetitive epatiche con ovvie ripercussioni sugli organi contigui e sulle condizioni generali della sig. B., ma non ha comportato

un aggravamento dello stadio di evoluzione della malattia neoplastica intesa globalmente. Essa infatti trovatasi, già all'epoca dell'accesso nell'ambulatorio di gastroenterologia, al 4<sup>o</sup> cd. ultimo stadio di evoluzione.

Relativamente alla qualità della vita, essa non sembra aver subito modificazioni significative a causa del ritardo diagnostico, infatti la naturale evoluzione della malattia è quella di un progressivo decadimento delle condizioni generali, cosa che appunto si verificò nel caso alla nostra attenzione, in parte anche in conseguenza dell'intervento chirurgico e della poiichemioterapia a cui la B. fu sottoposta. E' ipotizzabile comunque che una diagnosi precoce e quindi l'avvio più tempestivo delle procedure terapeutiche avrebbe sortito un seppure minimo effetto positivo sia sulla durata che sulla qualità della sopravvivenza".

Ebbene, la lettura dei passi riportati conferma pienamente le valutazioni che sono state formulate in sede di scrutinio dei motivi sulla base delle argomentazioni della sentenza impugnata ed anzi rafforza la conclusione di erroneità del procedimento di sussunzione sotto il danno risarcibile in cui è incorsa la Corte capitolina per i plurimi profili suindicati.

In tanto l'affermazione dei consulenti che una diagnosi tempestiva e, quindi, l'inizio della terapia e l'eventuale esecuzione anticipata dell'intervento chirurgico avrebbero avuto un effetto palliativo, evidenzia comunque che il pur positivo verificarsi di tale effetto è rimasto precluso alla B. e questo di per sè rappresenta danno alla sua persona per non avere le sue condizioni fisiche potuto beneficiare prima dell'effetto di alleggerimento pur non risolutivo nel che consiste il cd. intervento palliativo. Come può leggersi in una qualsiasi enciclopedia medica e comunque anche in un buon dizionario, il palliativo in medicina, conforme alla derivazione dal latino tardo palliare (coprire con l'antico pallio, che, com'è noto, era un velo) è quell'intervento di vario genere diretto a sopprimere i vari sintomi di una malattia, soprattutto il dolore, senza eliminare le cause veramente responsabili del processo morboso. E' evidente allora che una diagnosi non tempestiva di un processo morboso ineluttabile, sul quale si può intervenire soltanto con un palliativo, determinando un ritardo della possibilità dell'intervento palliativo, cagiona al paziente un danno alla persona per il fatto che nelle more non ha potuto fruire del detto intervento e, quindi, ha dovuto sopportare sulla sua persona le conseguenze del processo morboso e particolarmente il dolore, che invece avrebbero potuto, sia pure senza la risoluzione della patologia e senza evitarne l'aggravamento progressivo, alleviare le sue sofferenze. La qualità di vita della persona nelle sue proiezioni psico-fisiche ne risulta, pertanto, incisa sì che si configura un danno.

Ma le affermazioni dei consulenti confermano anche che essi hanno accertato la possibilità che la diagnosi tempestiva non effettuata dalle sanitarie resistenti avrebbe potuto comportare che l'intervento chirurgico, in quanto eseguito prima, avrebbe potuto avere carattere meno demolitivo e comunque, se pure avesse avuto la stessa consistenza, avrebbe nell'uno e nell'altro caso potuto garantire sia una migliore qualità di vita della B. che una maggiore, sia pure minima (da alcune settimane ad alcuni mesi) durata della sua vita.

Ebbene la preclusione di tali possibilità si è risolta nella negazione alla B. di una doppia chance, quella di vivere durante il progresso della malattia meglio (per l'effetto, naturalmente, delle cure palliative che si sarebbero innestate su una situazione sulla quale l'intervento chirurgico si sarebbe avuto prima e, quindi, in un momento del progresso della malattia anteriore) e quella di vivere più a lungo, di poche settimane o di pochi mesi.

Ora, nella memoria delle due dottoresse si sottolinea che l'aver i consulenti - come testualmente risulta dal passo finale della loro relazione sopra ricordato - ipotizzato in modo minimo e modesto l'incidenza della diagnosi tempestiva sulla qualità di vita e sulla durata di vita della B. determinerebbe che nella specie non si potrebbe ravvisare perdita di chance, in quanto, affinché la cd. perdita di chance integri un danno risarcibile, sarebbe necessario che il danneggiato provi, in modo presuntivo o secondo un calcolo di probabilità, la realizzazione in concreto di alcuni dei presupposti per il raggiungimento del risultato sperato.

In sostanza le resistenti P. e M. sostengono che per risarcire la perdita della chance di una migliore qualità di vita e della chance di una durata della vita più lunga di quella poi avuta dalla B. sarebbe

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".

Raggiunte queste conclusioni e tornando alla sentenza impugnata, deve, dunque, rilevarsi che del tutto immotivatamente essa ha escluso che le valutazioni formulate dai consulenti circa gli effetti di una diagnosi tempestiva da parte delle dottoresse resistenti non avrebbe inciso sulla qualità e sulla durata di vita della B..

Altrettanto immotivatamente la sentenza ha ritenuto che non vi sarebbero stati gli estremi per la liquidazione del danno in via equitativa. p. 2.7. La sentenza impugnata dev'essere, dunque, cassata con rinvio sotto i vari profili fin qui scrutinati.

Il giudice di rinvio si dovrà attenere ai seguenti principi di diritto: "L'omissione della diagnosi di un processo morboso terminale, sul quale sia possibile intervenire soltanto con un intervento cd. palliativo, determinando un ritardo della possibilità di esecuzione di tale intervento, cagiona al paziente un danno alla persona per il fatto che nelle more egli non ha potuto fruire del detto intervento e, quindi, 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".

"L'omissione della diagnosi di un processo morboso terminale, quando 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 per effetto del ritardo, oltre alla verifica dell'intervento in termini più ampi, anche che sia andata in conseguenza perduta dal paziente la chance di conservare durante quel decorso una migliore qualità di vita e la chance di vivere alcune settimane o alcuni mesi di più rispetto a quelli poi vissuti, integra l'esistenza di un danno risarcibile alla persona".

"L'omissione della diagnosi di un processo morboso terminale, in quanto nega al paziente, oltre che di essere messo nelle condizioni per scegliere, se possibilità di scelta vi sia, "che fare" nell'ambito di quello che la scienza medica suggerisce per garantire la fruizione della salute residua fino all'esito infausto, anche di essere messo in condizione di programmare il suo essere persona e, quindi, in senso lato l'esplicazione delle sue attitudini psico- fisiche nel che quell'essere si esprime, in vista e fino a quell'esito, integra l'esistenza di un danno risarcibile alla persona".

Il giudice di rinvio applicherà tali principi al caso concreto e provvederà alla liquidazione del danno in via equitativa, secondo i normali canoni applicativi del giudizio di liquidazione del danno equitativo. p. 2.8. Resta da dire di un ultimo profilo di censura prospettato dai motivi del ricorso, quello inerente alla motivazione con cui la Corte territoriale, dopo averlo detto assorbito per effetto dell'esclusione del danno risarcibile sotto gli altri profili, ha negato, con una motivazione che correttamente è stata impugnata dal ricorrente, ogni danno risarcibile per le spese sostenute dalla de cuius presso la casa di cura privata.

La motivazione è ancora una volta gravemente priva di logica in relazione al processo di sussunzione sotto l'ambito del danno risarcibile per danno emergente: dire, infatti, che la scelta di affidarsi alla casa di cura privata fu libera e frutto della volontà di far presto in relazione alla notoria lentezza delle strutture sanitarie pubbliche, trascura di considerare: a.) che nessuna scelta libera vi fu, perché al contrario vi era stato sul piano della responsabilità contrattuale un inadempimento della prestazione medica richiesta alla struttura ospedaliera e su quello extracontrattuale un illecito

per la diagnosi errata, e, dunque, si trattava di rimediare alle conseguenze di tali comportamenti sullo stato di salute della B.; b) che la scelta di far presto ancora una volta - a parte ogni valutazione che si potrebbe fare sull'assoluta giustificazione della scelta non tanto della migliore alternativa possibile quanto della più rapida - è inquadrabile allo stesso modo. In definitiva, i comportamenti tenuti dalla B. sono comportamenti onerosi che lo sono stati quale diretta conseguenza dell'illecito delle dottoresse e della struttura sanitaria. E semmai la Corte territoriale avrebbe dovuto valutarli in concreto per eventuali profili di rilevanza ai sensi del secondo comma dell'art. 1227 c.c.. Anche su tale punto la sentenza impugnata dev'essere, dunque, cassata ed il giudice di rinvio riconoscerà l'esistenza di un danno risarcibile, provvedendo alla sua quantificazione secondo i normali criteri. p. 3. Il giudice di rinvio si designa in altra sezione della Corte d'Appello di Roma, in diversa composizione, che provvederà anche sulle spese del giudizio di cassazione.

P.Q.M.

La Corte accoglie il ricorso e cassa la sentenza impugnata. Rinvia ad altra Sezione della Corte d'Appello di Roma anche per le spese del giudizio di cassazione.