



Il danno da perdita di chance nei confronti della responsabilità medica e problemi di causalità

di **Ciro Punzo***

25 Novembre 2024

Abstract: Il presente articolo desidera analizzare gli inquadramenti giuridici della perdita di chance, con uno sguardo rivolto alla responsabilità medica.

This article aims to analyze the legal implications of the loss of opportunity, with an eye towards medical liability.

Sommario: 1. Danno da perdita di chances: autonomo bene giuridico? - 1.1 Perdita di chance: danno emergente o lucro cessante? - 1.2 La responsabilità medica. - 2. Valutazione equitativa del danno e problemi di causalità: orientamenti giurisprudenziali. - 3. Il danno da perdita di chances: ragioni di forza e limiti di impiego.

1. Danno da perdita di chance: autonomo bene giuridico?

La difficoltà di inquadrare entro certi confini normativi il danno di perdita di chance emerge fin dai primi tentativi dottrinali e giurisprudenziali di introdurre questa figura nell'ordinamento giuridico italiano. Un elemento che ha suscitato un ampio dibattito attorno a tale istituto riguarda la identificazione della chance. Invero, come già evidenziato in apertura di questa trattazione, per chance si intende una occasione, una possibilità favorevole, che non viene realizzata a causa della condotta illecita. Dal mancato conseguimento della opportunità, deriva un danno, che si produce nella sfera giuridica del soggetto titolare della chance medesima.

Secondo una prima ricostruzione, la chance non rappresenterebbe un bene indipendente e autonomo, parte del patrimonio del soggetto danneggiato.

Essa, difatti, costituirebbe semplicemente un anello necessario della catena causale che conduce alla realizzazione del risultato non conseguito.

* Dottore di ricerca in Diritto Privato Comparato e Titolare di Post Doc biennale in Diritto Privato



FORUM DI AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

La chance verrebbe qualificata come una condizione che aumenta la possibilità che suddetto risultato giunga a compimento. Pertanto, la mancata opportunità si tradurrebbe nella "perdita di un necessario antecedente causale indispensabile per conseguire il risultato utile"¹.

La chance non costituirebbe una categoria giuridica autonoma, ma un necessario elemento per realizzare il bene ultimo, a cui il danneggiato effettivamente mirava.

In conclusione, con la perdita della chance, il titolare perderebbe una posizione di vantaggio, ma non un bene già presente nel proprio patrimonio.

A questa teoria, si affianca una soluzione intermedia, che considera la chance come un diritto del soggetto all'integrità patrimoniale, che permetterebbe di raggiungere un obiettivo utile.

Altra dottrina ritiene che la perdita della chance non possa essere risarcibile: essa si riduce meramente a un "escamotage", a disposizione dell'"interprete per più facilmente individuare e graduare il quantum risarcitorio da infliggere a chi col suo comportamento non si è uniformato ai principi della correttezza e della lealtà e che per questo deve essere sanzionato"².

Accogliendosi questa concezione, non è certo "la chance irrimediabilmente compromessa di conseguire un risultato utile, bensì la violazione dell'obbligo giuridicamente rilevante che imponeva un certo comportamento".

A parere di alcuna giurisprudenza, non sarebbe parimenti consentito risarcire il danno da perdita di chance in quanto lesione solo potenziale o meramente ipotetica, impossibile da dimostrare proprio a causa della mancata realizzazione del risultato favorevolmente prospettato.

Grazie all'intervento della Suprema Corte, è stata superata tanto la visione della chance come aspettativa di fatto, quanto l'idea dell'assenza di un danno futuro in presenza di una perdita della stessa. Attualmente, la giurisprudenza dominante riporta la figura della perdita di chance all'alveo delle ipotesi di danno concreto, attuale e dimostrabile. A differenza del danno futuro, quello da perdita di chance può essere apprezzato in ragione della probabilità di conseguimento dell'occasione perduta, intesa quale bene giuridico separato dall'obiettivo finale.

In questo filone, si collocano i fautori della tesi c.d. ontologica.

A parere di tale dottrina, la chance possiede una veste indipendente e separata dal risultato mancato; a questo titolo, essa esisterebbe nel patrimonio del danneggiato, quand'anche non realizzata (come avviene nel caso, appunto, della perdita).

La chance risulterebbe non legata al vantaggio preso di mira dal soggetto titolare della stessa.

¹ M. ROSSETTI, *Il danno da perdita di chance*, in *Riv. giur. circol. traspr.*, 2000, p. 662.

² U. VIOLANTE, nota a Cassazione civ., sezione III, 25 settembre 1998, in *Danno e Responsabilità*, n. 5, 1999, p. 536.



Anche a fronte dello sfruttamento della chance, il risultato potrebbe non essere realizzato. In definitiva, la chance acquista una propria configurazione, *ex se* diversa da quella del bene ultimo non conseguito; in quanto tale, essa è suscettibile di valutazione economica. La perdita di chance determina una *deminutio patrimonii*³ perché priva il danneggiato di un elemento di attività del suo patrimonio. Essa è ben diversa dal bene che il danneggiato aspirava di conseguire. In conclusione, “la chance costituisce una posta attuale del patrimonio, ossia un bene della vita autonomo e tutelabile in sé: altro è il risultato avuto di mira (per esempio vincere un concorso), altro è la possibilità di conseguirlo. La chance, intesa come possibilità di un risultato, è un bene della vita autonomamente apprezzabile, purché ovviamente si tratti di una possibilità statisticamente seria”⁴.

È possibile distinguere:

- a) il bene-chance, che subisce una lesione in caso di perdita dell'occasione favorevole;
- b) il bene finale, che non viene conseguito all'esito della perdita della chance.

Come evidenziato nel paragrafo che segue, questi due aspetti sono stati rispettivamente ricondotti dalla dottrina e dal formante giurisprudenziale alle figure del lucro emergente (perdita economica) e del danno cessante (mancato guadagno).

1.1. Perdita di chance: danno emergente o lucro cessante?

L'accertamento del nesso causale si attegga differentemente in base all'inquadramento della perdita di chance sotto l'aspetto del danno risarcibile, articolato nelle due componenti del danno emergente e del lucro cessante *ex art.* 1223 c.c.⁵, ossia della “violazione dell'interesse del creditore al conseguimento del bene dovuto e alla conservazione degli altri beni che integrano in atto il suo patrimonio”⁶ e dell’“incremento patrimoniale netto che il danneggiato avrebbe conseguito mediante l'utilizzazione della prestazione inadempita o del bene leso ovvero mediante la realizzazione”⁷.

Non mancano, poi, “voci che rifuggono da un inquadramento unitario: il che, evidentemente, non agevola la definizione del [...] rapporto con il nesso”⁸.

Accogliendosi siffatta ricostruzione, definita “eziologica” perché focalizzata sull'accertamento del nesso causale, “il danno da perdita di chance rientra[ebbe] nel lucro

³ Così G. NARDULLI, *Perdita di chance: verso l'ampliamento dell'area del danno risarcibile*, in *Giur. it.*, fasc. 8-9, 1991, p. 640.

⁴ Cass. civile, sez. II, 18 marzo 2003, n. 399.

⁵ “Il risarcimento del danno per l'inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta”.

⁶ C. M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*. Art. 1218-1229, Zanichelli, Bologna, 1970, p. 236.

⁷ *Ivi*, p. 260.

⁸ B. TASSONE, *Causalità e perdita di chances*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 5.



FORUM DI AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

cessante perché il lucro cessante non è né un bene autonomo, né un'entità, bensì soltanto un vantaggio derivante dal bene oggetto delle situazioni soggettive tutelate dal diritto"⁹. La diversa teoria che ascrive la perdita di chance al danno emergente (c.d. orientamento "ontologico"¹⁰) considera la mancata occasione come bene *ex se*, suscettibile di separata valutazione economica, in quanto già esistente nel patrimonio del danneggiato.

Accogliendosi questa ricostruzione, il nesso causale tra condotta e danno dovrebbe attestarsi anche a fronte "di *chance* statisticamente minori del 50%, atteso che la misura percentuale od altrimenti espressa di queste rileva ai diversi fini della quantificazione del danno, cioè della determinazione delle singole conseguenze risarcibili e delle loro rispettive entità"¹¹.

In questa ipotesi, il danno non deve essere concepito come "danno futuro, legato alla ragionevole probabilità di un evento, ma come danno concreto, attuale, certo, ricollegabile alla perdita di una prospettiva favorevole, già presente nel patrimonio del soggetto"¹².

La teoria ontologica è stata sottoposta ad alcune riserve perché si presta a estendere la pretesa risarcitoria a qualsivoglia evento pregiudizievole di aspettative future, anche di poco valore.

Tale argomento è stato sostenuto dalla dottrina per arginare i rischi sottesi al pieno accoglimento della concezione che attribuisce alla perdita di chance la veste di danno emergente, poiché essa potrebbe portare ad "ammetter[e] che la lesione di qualsiasi speranza, anche infima, andrebbe risarcita": "conseguenza, questa, oltremodo pericolosa, in quanto suscettibile di incentivare un dilagare di liti pretestuose, delle quali l'amministrazione della nostra giustizia non ha certo bisogno"¹³.

⁹ F. MASTROPAOLO, voce *Risarcimento del danno*, in *Enciclopedia del Diritto Treccani*, Istituto per l'Enciclopedia Italiana, Roma, vol. 12, 1988, che prosegue affermando: "tanto l'ipotesi di impegnare economicamente in un futuro lavoro la propria integrità fisica (perdita di chance), sia la possibilità di vincere una causa, non sono probabilità di mero fatto, ma dipendenti dal diritto che ha il creditore cliente alla prestazione. In entrambe le ipotesi, la chance si collega al danno evento, ossia a quel primo evento che segna la violazione di posizione giuridica tutelata dall'ordinamento. Infine, per gli interessi coinvolti non occorre verificare l'esistenza di una specifica tutela, poiché la loro rilevanza e l'ingiustizia della loro lesione viene data dalla connessione col bene giuridico violato o con la posizione giuridica violata".

¹⁰ Si veda M. BOCCHIOLA, *Perdita di una chance e certezza del danno*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, fasc. 1, 1976, pp. 55-102.

¹¹ M. BONA, *Causalità da perdita di chance e lost years: nessuna soglia minima per la tutela risarcitoria delle possibilità di sopravvivenza*, par. 3, commento a Cass. civ., 27 marzo 2014, n. 7195, in *Corriere giur.*, 2014, p. 1077 ss.

¹² Corte dei Conti, Sez. Lombardia, 13 marzo 1998, n. 436, e in precedenza, Cass. civ., 19 novembre 1983, n. 6906.

Ritiene che la perdita di chance debba qualificarsi come "danno futuro" anche Cass. civ., 25 settembre 1998, n. 9598: il danno da mancata occasione favorevole è "risarcibile a condizione che il danneggiato dimostri (anche in via presuntiva, ma pur sempre sulla base di circostanze di fatto certe e puntualmente allegate) la sussistenza d'un valido nesso causale tra il danno e la ragionevole probabilità della verifica futura del danno".

¹³ M. ROSSETTI, *Il danno da perdita di chance*, in *Riv. Circolaz. e Trasp.*, n. 4-5, 2000, p. 662 ss.



FORUM DI AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Parimenti, è stato negato il valore autonomo della chance, come entità che, di fatto, “non si può né acquistare né vendere, non si può cedere, né donare”; dunque, essa si risolve in “una realtà virtuale, in quanto [...] destinata a scomparire, o perché viene realizzata, o perché viene perduta”, “rappresenta[ndo] semplicemente l’annullamento di un presupposto causale necessario per il conseguimento di un risultato sperato”¹⁴.

Emerge nuovamente la dicotomia tra danno emergente (lesione del diritto di partecipazione) e lucro cessante (mancato conseguimento di utilità, quale la retribuzione spettante al dipendente pubblico vincitore del concorso, a fronte della esecuzione della prestazione lavorativa)¹⁵.

Un’altra ricostruzione propone di qualificare la chance come danno emergente solo laddove non sia possibile risarcire il danno entro la voce del lucro cessante, per assenza dell’elemento della certezza in ordine al conseguimento del bene finale. Se non è dimostrato che il risultato utile sarebbe stato realizzato, resta comunque ferma la perdita della occasione favorevole di realizzarlo.

La chance acquista così le caratteristiche proprie di una “proprietà anteriore”¹⁶ rispetto al bene non ottenuto; proprietà che, se separatamente considerata, possiede un proprio valore economico ed è suscettibile di essere lesa.

Questa dottrina equipara la chance all’avviamento¹⁷, inteso come bene virtuale presente nel patrimonio dell’azienda, ovvero come particolare potenzialità del *corpus* aziendale – quale “complesso di beni organizzati dall’imprenditore per l’esercizio dell’impresa” (art. 2555 c.c.) – di generare valore e, quindi, profitto.

Se da un lato, l’avviamento resta subordinato a una serie di elementi, quali le capacità del titolare dell’impresa nella gestione aziendale (c.d. avviamento soggettivo) e l’attitudine dei beni aziendali, materiali e immateriali, a essere coordinati verso il fine prefissato (c.d. avviamento oggettivo), esso sarebbe già presente nel patrimonio aziendale, come *res* attuale e non già futura, che può (o meno) essere adeguatamente sfruttata.

Da questo parallelismo, viene fatta discendere la risarcibilità del danno da perdita di chance quale bene autonomo. Tuttavia, la dottrina in esame pone l’accento sull’importanza di dimostrare la sussistenza della chance risarcibile in una misura

¹⁴ Trib. Roma, 22 aprile 1998.

¹⁵ Si noti che “il momento decisivo per distinguere il danno emergente dal lucro cessante è quello in cui si verifica l’evento danneggiante. Se quest’ultimo sottrae utilità che il danneggiato aveva già in quel momento, si è in presenza di un danno emergente, mentre se impedisce che nuovi beni o utilità siano acquisiti, si è verificato un lucro cessante” (A. APRILE, A. FABRIS, D. RODRIGUEZ, *Danno da perdita di chance nella responsabilità medica*, Aracne, Roma, 2000, p. 50).

¹⁶ M. BOCCHIOLA, *Perdita di una chance e certezza del danno*, cit., p. 86.

¹⁷ Il riferimento è all’“attitudine di un’azienda a produrre utili che derivino o da fattori specifici che, pur concorrendo positivamente alla produzione del reddito ed essendosi formati nel tempo in modo oneroso, non hanno un valore autonomo, ovvero da incrementi di valore che il complesso dei beni aziendali acquisisce rispetto alla somma dei valori dei singoli beni, in virtù dell’organizzazione dei beni in un sistema efficiente” (*Principi contabili internazionali*, OCI 24).



FORUM DI AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

minimamente rilevante, pari a più della metà delle possibilità di poter ottenere un risultato positivo. L'assenza di questa prova comporterebbe la impossibilità di risarcire il danno da perdita di chance.

Del resto, "in presenza di una percentuale sfavorevole, superiore a quella favorevole, non vi è alcuna ragione che possa giustificare la prevalenza della seconda sulla prima e, quindi, la risarcibilità di un danno non dimostrato"¹⁸.

Ciò significa che l'occasione di un risultato favorevole che, a causa della condotta illecita non è stato realizzato, deve essere dimostrata nella misura di almeno il cinquanta per cento.

Dunque, il risarcimento del danno da perdita di chance trova riconoscimento non solo se è accertata l'esistenza della occasione perduta, ma anche la probabilità, nel caso concreto, di conseguire la stessa – ciò, al fine di quantificare il danno risarcibile, in presenza di una chance che sia "certa" nella suddetta percentuale.

Tra i limiti di questa visione, emerge quello di sostenere l'autonomia del bene giuridico tutelato dalla chance, per poi negare, di fatto, i risvolti pratici e le conseguenze di questa conclusione, richiedendo che il danneggiato provi che, a partire dallo sfruttamento di quella occasione mancata, avrebbe potuto conseguire in misura più che probabile un secondo bene (*rectius*, risultato finale).

L'area del danno risarcibile verrebbe, inoltre, circoscritta entro limiti statistici predefiniti, confondendo la quantificazione del danno con la individuazione della sussistenza di una lesione da ristorare. Essa reca con sé un pericoloso corollario: ossia la possibilità di configurare, caso per caso, perdite di chance risarcibili, in quanto ben sostenute dal dato statistico, e altre, invece, non risarcibili. Ciò porterebbe a negare che qualsiasi chance, quando perduta, venga protetta dall'ordinamento giuridico, e a discriminare tra occasioni di "serie A" (in quanto fondate nella misura del cinquanta per cento più uno) e opportunità di "serie B".

Questa conclusione contrasterebbe, ancora una volta, con la configurazione della perdita di chance come bene suscettibile di tutela e riparazione autonoma e indipendente da quello finale.

Si apre così la strada a una inversione di rotta verso la diversa teoria del lucro cessante: la chance sarebbe solo un mancato guadagno e il relativo risarcimento dovrebbe essere rapportato a quanto perso, senza possibilità di verificare effettivamente la potenzialità dell'opportunità mancata di per sé considerata. Infatti, il mancato sfruttamento della chance rilevarebbe solo in quanto connessione causale necessaria al raggiungimento del bene ultimo, a cui la possibilità resta inscindibilmente legata. In questo caso, il danneggiato è gravato dall'onere di dimostrare che la condotta illecita è stata causa della privazione della opportunità favorevole che, a sua volta, ha impedito il conseguimento

¹⁸ *Ibidem*.



FORUM DI AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

del bene anelato. Si tratta di una *probatio* particolarmente complessa, perché implica la dimostrazione di un duplice nesso causale:

- a) tra condotta illecita e perdita di chance;
- b) tra perdita di chance e mancato conseguimento dell'obiettivo sperato.

Un altro elemento-cardine di questa visione è quello che riflette il tentativo di resistere alle proposte di opposta dottrina, che desidera superare la concezione di chance come entità aleatoria.

In altre parole, la dottrina in commento cerca di risolvere la spinosa questione della impossibilità di ricondurre a certezza il verificarsi di una chance, negando che quest'ultima possa essere qualificata come un bene giuridico già presente nel patrimonio del danneggiato, proprio perché incerta.

L'applicazione della teoria del lucro cessante restituisce alla chance quella particolare caratteristica che connota ogni occasione o possibilità che non si è avverata.

La diversa soluzione del danno emergente risulterebbe solo un'artificiosa *fictio* dottrinale perché non terrebbe in considerazione le peculiarità dell'istituto della chance.

È pur vero che, come ammette questa stessa dottrina, il danno emergente è l'unica categoria che si presta a consentire un più agevole risarcimento della perdita di chance perché ristora il mancato raggiungimento di un risultato comunque incerto¹⁹, a fronte di una opportunità che, nel caso concreto, può essere concepita come antecedente causale dello stesso.

Secondo tale ricostruzione, occorre svolgere una "considerazione di buon senso" e operare una "distinzione tra chance seriamente proiettata verso il risultato finale e le innumerevoli situazioni di potenziale utile (pur sempre qualificabili come chance) che caratterizzano l'esistenza di ciascuno, tutte astrattamente idonee a tradursi in atto ma nessuna concretamente avviata alla realizzazione"²⁰.

Esisterebbero, quindi, chance che restano, per definizione, non attuabili, e altre, ben diverse, orientate a un obiettivo ultimo, favorevole per il soggetto titolare.

Occorre però evidenziare che anche in questa prospettiva finisce per tentare di delineare una "sistematica delle chance" che si allontana dall'essenza stessa di questo istituto, difficile da inquadrare in una serie tassonomica di varianti statiche.

Quanto alla posizione della giurisprudenza, anch'essa si è mostrata oscillante, al pari della dottrina. L'apertura verso l'ipotesi della qualificazione del risarcimento della perdita di chance entro l'area del danno emergente appare il segno di una recente evoluzione.

Invero, inizialmente ha trovato maggiore favore presso i Giudici la teoria della ricostruzione della mancata opportunità come lucro cessante. Tale posizione si osserva

¹⁹A. M. PACCES, *Alla ricerca delle chances perdute: vizi (e virtù) di una costruzione giurisprudenziale*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 658.

²⁰ *Ibidem*.



soprattutto nelle pronunce lavoristiche, ove è stato risarcito il danno da “perdita di chance ovvero di ulteriori potenzialità occupazionali o di ulteriori possibilità di guadagno”.

Solo grazie all’influenza della dottrina, è stata ammessa la possibilità di risarcire tale perdita quale danno emergente. In questi termini, la Corte di Cassazione ha affermato che “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”²¹.

L’accoglimento di entrambe le soluzioni, anche tra loro separate, è segno del recente sviluppo dottrinale e del crescente rilievo della figura della perdita di chance in settori diversi da quello del diritto del lavoro.

1.2. Responsabilità medica

La responsabilità medica è stata attraversata da numerose riforme recenti, che hanno contribuito a tratteggiarne le peculiarità rispetto a quanto previsto per altre professioni intellettuali.

Giova preliminarmente ricordare che le prestazioni rese dal medico sono inquadrare nell’ambito di uno standard di diligenza professionale che attiene all’applicazione delle regole delle leggi della medicina, tipicamente declinate nel settore di specializzazione a cui afferisce l’intervento o la terapia da effettuare²². A questo proposito, la Corte di Cassazione ha ritenuto che il medico possa “essere chiamato a rispondere solo per le prestazioni che appaiono esigibili sia per la sua sfera di competenza specialistica, sia per il livello di maturazione del suo percorso professionale, sia ancora per il ruolo esercitato all’interno di un’organizzazione”²³ ospedaliera.

In caso di mancato rispetto dello standard di diligenza, il medico risponde dei danni eventualmente cagionati al paziente, sempre se sia verificata la sussistenza del nesso di causalità tra condotta commissiva od omissiva e pregiudizio subito dal danneggiato.

Tale nesso causale deve essere dimostrato dal paziente²⁴.

²¹ Cass. civ., sez. III, 21 luglio 2003, n. 11322.

²² Cfr. Cass. pen., sezione IV, 27 agosto 1987, n. 9410: “La responsabilità del medico deve essere ritenuta quando l’errore professionale, in rapporto alla soluzione di un determinato problema, dipenda da una particolare condotta contrastante, per negligenza, imprudenza o imperizia, con le regole universalmente accettate nell’arte medica, e trovi origine o nella mancata applicazione delle cognizioni generali e fondamentali attinenti alla professione, o nel difetto di quel minimo di abilità e perizia tecnica nell’uso dei mezzi manuali o strumentali di indagine o di terapia che il medico deve essere sicuro di poter adoperare correttamente o, infine, nella mancanza di prudenza o diligenza che non devono mai difettare in chi esercita la professione sanitaria”. Per un ulteriore approfondimento, si veda G. ALPA, *La responsabilità medica*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale e del Diritto in campo sanitario*, vol. XXI, n. I, 1999, p. 15 ss.

²³ Cass. penale, sezione IV, 19 gennaio 2009, n. 1866

²⁴ Si veda *supra*, cap. I, di questa tesi.



FORUM DI AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Dopo l'entrata in vigore della legge Gelli-Bianco, di cui si dirà in seguito, la Suprema Corte ha rilevato che “[l]a prova dell'inadempimento del medico non è sufficiente ad affermarne la responsabilità per la morte del paziente, occorrendo altresì il raggiungimento della prova del nesso causale tra l'evento e la condotta inadempiente, secondo la regola della riferibilità causale dell'evento stesso all'ipotetico responsabile”²⁵. Con riferimento alla responsabilità della struttura sanitaria, la Corte di Cassazione sottolinea come sia necessaria una doppia prova, il cui onere grava sul danneggiato e sulla struttura: il primo sarà chiamato a provare il nesso di causalità tra la lesione all'integrità psico-fisica subita e la condotta dei medici, la seconda dovrà dimostrare che l'inadempimento è stato cagionato da un evento non prevedibile, né evitabile secondo le ordinarie regole di diligenza²⁶.

Il primo “accertamento” causale dovrebbe essere realizzato attraverso “una ricostruzione non atomistica della complessiva condotta omissiva della struttura sanitaria indicata dall'attore come idonea a cagionare l'evento, in modo che il singolo episodio sia considerato e valutato come inserito in una sequenza più ampia e coerente”²⁷.

Il fondamento della responsabilità colposa, a cui si ascrive quella medica, è individuato nella prevedibilità ed evitabilità dell'evento dannoso. Invero, il medico avrebbe dovuto prevedere che, in assenza di osservanza della regola di diligenza, l'evento lesivo si sarebbe potuto verificare. Secondo la ricostruzione tradizionale, l'addebito si fonda su un giudizio ipotetico: si ipotizza, infatti, che se fosse stata rispettata la regola di condotta, allora l'evento dannoso non si sarebbe realizzato.

Le *leges artis* (in questo caso, dell'arte medica) rappresentano parametri a cui rapportare il rischio di offesa al bene giuridico protetto.

Il mancato rispetto di tali *leges* espone a pregiudizio l'integrità psico-fisica del paziente; da qui, l'ordinamento giuridico fa discendere un rimprovero a carico dell'agente, sanzionato per non aver tenuto la condotta diligente.

La prevedibilità dell'evento è accertata secondo il criterio dell'agente-modello, da ricercare rispetto alla categoria di appartenenza del sanitario (agente-concreto).

La misura della diligenza pretesa varia in base alle conoscenze e capacità richieste a ciascuno specialista. Il giudizio *ex ante* tiene conto di tale standard di diligenza ed è seguito da un giudizio *ex post*, che concerne la evitabilità dell'evento-dannoso nel caso concreto.

Il giudizio è condotto secondo un meccanismo controfattuale, per cui viene inserito nella sequenza causale il comportamento alternativo lecito e conforme alla regola di diligenza per accertare se l'evento si verifici.

²⁵ Cass. civile, sez. III, 23 agosto 2018, n. 210008

²⁶ Cass. civile, sez. III, 23 ottobre 2018, n. 26700.

²⁷ Cass. civile, sez. III, 26 febbraio 2019, n. 5487, con nota di M. MAGLIULO, *Pluralità di condotte omissive del sanitario e accertamento del nesso di causa*, in *Judicium*, 2019.



FORUM DI AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Nell'area della responsabilità medica, la responsabilità veniva accertata considerando il parametro *ex art. 2236 c.c.*, per cui, se la prestazione avesse implicato la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il medico sarebbe stato chiamato a rispondere solo per dolo o colpa grave (caso dell'imperizia, citato *supra*).

Sul punto, la riforma contenuta nel decreto-legge del 13 settembre 2012, n. 158, convertito in legge del 8 novembre 2012, n. 189 (c.d. legge Balduzzi), ha limitato l'area di estensione della responsabilità medica al solo caso della colpa grave dovuta ad applicazione di linee guida e protocolli (*best practices*), che invece avrebbe dovuto disapplicare²⁸.

Il *punctum dolens* della novella riguardava la natura da attribuire alle linee guida: la misura della condotta del medico, infatti, poteva variare in ragione della considerazione di tali protocolli come regole di perizia (in quanto dotate di tecnicismo) ovvero di diligenza (per il contenuto tipicamente indicativo di condotte, da osservare a prescindere dal possesso di specifiche competenze tecniche).

L'entrata in vigore della legge Gelli-Bianco (legge dell'8 marzo 2017, n. 24, recante *Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie*), che abrogava la legge Balduzzi, non ha contribuito a risolvere la questione.

Infatti, la novella introduceva la disposizione di cui all'art. 590-*sexies* c.p.

Il secondo comma prevede che, qualora il sanitario per imperizia cagioni la morte o lesioni personali al paziente, "la punibilità [sia] esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto".

Sotto il profilo pratico, questa disposizione richiede una disapplicazione delle linee guida in ipotesi di inadeguatezza delle stesse, ampliando così l'ambito della responsabilità in cui può incorrere il sanitario in caso di osservanza dei protocolli.

Infine, occorre sottolineare che, secondo quanto previsto dall'art. 6 legge Gelli-Bianco, il personale sanitario risponde a titolo di responsabilità aquiliana per fatto illecito, mentre la struttura sanitaria incorre in responsabilità *ex contractu*²⁹.

Viene superato, quindi, l'orientamento secondo cui "[n]ei confronti del medico, dipendente ospedaliero, si configurerebbe pur sempre una responsabilità contrattuale

²⁸ Cass. penale, sez. IV, 30 giugno 2015, n. 27185: "potrebbe pur sempre essere riconosciuta la responsabilità penale del medico per omicidio e lesioni personali che si sia attenuto [alle linee guida], ma ciò solo allorché invece avrebbe dovuto discostarsene in ragione della peculiare situazione clinica del malato e questo non abbia fatto per "colpa grave", quando cioè la necessità di discostarsi dalle linee guida era macroscopica, immediatamente riconoscibile da qualunque sanitario al posto dell'imputato".

²⁹ Per un inquadramento di tale responsabilità prima della riforma, AA. VV., *La responsabilità della struttura sanitaria pubblica e privata*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2014, p. 195.



nascente da 'un'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto', in quanto poiché sicuramente sul medico gravano gli obblighi di cura impostagli dall'arte che professa, il vincolo con il paziente esiste, nonostante non dia adito ad un obbligo di prestazione, e la violazione di esso si configura come *culpa in non faciendo*, la quale dà origine a responsabilità contrattuale³⁰.

Il profilo della colpa medica investe anche quello delle c.d. attività divise, perché realizzate in equipe. Secondo il principio dell'affidamento, ogni componente dell'equipe risponde nell'ambito della propria sfera di competenza, confidando che gli altri membri del gruppo osservino le *leges artis* tipiche del proprio profilo di specializzazione.

Tuttavia, nel caso in cui sia ravvisabile un superiore gerarchico, quest'ultimo riveste una posizione di garanzia e di controllo sull'operato altrui. In ipotesi, infine, di violazione di elementari regole cautelari, tutta l'equipe potrà essere chiamata a rispondere del danno cagionato dalla condotta non diligente.

In questo senso, la Suprema Corte ha rilevato che "l'obbligo di diligenza che grava su ciascun componente dell'equipe medica concerne non solo le specifiche mansioni a lui affidate, ma anche il controllo sull'operato e sugli errori altrui che siano evidenti e non settoriali, sicché rientra tra gli obblighi di ogni singolo componente di una equipe chirurgica, sia esso in posizione sopra o sotto ordinata, anche quello di prendere visione, prima dell'operazione, della cartella clinica contenente tutti i dati per verificare la necessità di adottare particolari precauzioni imposte dalla specifica condizione del paziente ed eventualmente segnalare, anche senza particolari formalità, il suo motivato dissenso rispetto alle scelte chirurgiche effettuate ed alla scelta stessa di procedere all'operazione, potendo solo in tal caso esimersi dalla concorrente responsabilità dei membri dell'equipe nell'inadempimento della prestazione sanitaria"³¹.

2. Valutazione equitativa del danno e problemi di causalità: orientamenti giurisprudenziali

Prendendo le mosse dalla disciplina della responsabilità medica, è possibile rilevare come l'istituto della chance abbia trovato applicazione anche in questo contesto, ove il danno risarcibile assume una molteplicità di sfaccettature.

Il danno cagionato a un paziente può derivare da:

³⁰ Cass. civile, sezione III, 22 gennaio 1999, n. 589. Così anche Trib. Genova, sez. II, 28 ottobre 2016: "la responsabilità medica va inquadrarla nell'ambito della responsabilità a titolo contrattuale, ex art. 1218 c.c., con la conseguenza che mentre l'attore è tenuto a provare il contratto da cui dipende il rapporto con l'Ente convenuto e l'insorgenza e/o l'aggravamento di patologie in ragione delle prestazioni ricevute, sul convenuto grava l'onere di provare l'assenza di colpa o la presenza di eventi imprevedibili ed imprevedibili che abbiano da soli comportato il danno".

³¹ Cass. civile, sez. III, 29 gennaio 2018, n. 2060.



FORUM DI AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

- a) una errata diagnosi, ossia mancata comprensione del quadro patologico, assenza di considerazione di una sintomatologia, carenza nell'assegnazione di esami clinici;
- b) un ritardo nell'effettuare una diagnosi;
- c) un errore prognostico, relativo, quindi, al decorso o al risultato di un certo intervento;
- d) un errore terapeutico, correlato o meno a errata diagnosi.

La molteplice varietà di questa casistica ha portato la giurisprudenza e la dottrina ad accogliere nell'ambito del danno risarcibile anche quello correlato alla perdita di chance³².

La chance consiste non solo nella speranza di vita del paziente, ma anche in un miglioramento delle condizioni psico-fisiche dello stesso.

In primis, occorre ricordare che gli obblighi di cui sono gravati i sanitari rientrano nella categoria delle c.d. obbligazioni di mezzo, che non richiedono il raggiungimento di un dato risultato.

In altre parole, l'intervento del medico non è vincolato al conseguimento della guarigione da parte del paziente. Da ciò deriva che, per definizione, l'assenza del risultato sperato non costituisce, *ex se*, un inadempimento³³.

Facendo leva su questo presupposto e negando alla chance valore autonomo, parte della giurisprudenza esclude che possa essere risarcibile il danno da perdita di una occasione mancata da parte del paziente.

L'accertamento di tale danno richiede di verificare che "l'illecito si sia concretizzato in una menomazione dell'integrità psicofisica, e che, di conseguenza, l'inadempimento del sanitario abbia non soltanto privato il paziente di una possibilità di cura ma concretamente inciso sullo stato di salute"³⁴. Questa soluzione non sarebbe compatibile con il riconoscimento di una chance perduta.

³² Lo stesso rischio clinico varia molto in base all'organizzazione in cui viene erogata la prestazione medica, sarà diverso in ogni azienda ospedaliera, varierà anche all'interno di reparti diversi ma facenti parte della stessa azienda poiché varierà il processo diagnostico, la tipologia di cura e l'esposizione al rischio" (F. ALBERGO, *Strumenti del controllo e analisi del rischio nelle aziende sanitarie*, Cacucci, Bari, 2014 p. 190).

³³ Dunque, "in caso di eventuale errore medico, dovrà essere il paziente a provare la colpa del medico, [...] cioè che il medico non ha usato la diligenza richiesta e non ha rispettato le prescrizioni proprie del settore di competenza. Non potrebbe, invece, imputarsi al medico il fatto di non aver raggiunto il risultato della guarigione proprio perché oggetto della sua obbligazione non è un risultato" (L. Conte, *L'obbligazione civile del medico: obbligazione di mezzi o di risultato?*, in L. D'APOLLO (a cura di), *La responsabilità del medico*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 18). Cfr., in dottrina, G. D'AMICO, *Responsabilità per inadempimento e distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato*, in *Rivista di diritto civile*, n. 6, 2006, p. 141 ss. ed E. QUADRI, *La responsabilità medica tra obbligazione di mezzi e di risultato*, in *Il rischio in medicina oggi e la responsabilità professionale*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 148 ss.

³⁴ Cass. civ., sez. III, 15 febbraio 2018, n. 3691.



Inoltre, la stessa malattia, come concetto-base della scienza medica, costituirebbe una “negazione concettuale della chance, perché assolutamente certo e perché comunque destinato ad esprimere una potenzialità solo negativa nel patrimonio del danneggiato”³⁵. Secondo un'altra ricostruzione, sarebbe possibile individuare una occasione favorevole nel miglioramento nelle condizioni di salute ovvero nella sopravvivenza.

In questa prospettiva, è stato riconosciuto il risarcimento del danno da perdita di chance derivante da tardiva diagnosi, da cui è conseguita una “lesione di un bene di per sé autonomamente apprezzabile sul piano sostanziale, tale da non richiedere l'assolvimento di alcun ulteriore onere di allegazione argomentativa o probatoria, potendo giustificare una condanna al risarcimento del danno sulla base di una liquidazione equitativa”³⁶.

Il *favor* per l'applicazione del criterio liquidativo *ex art.* 1226 c.c. discende da un diverso inquadramento della mancata occasione connessa a uno stato di salute.

Si tratta della tipica figura di chance non pretensiva, in quanto, pur essendo orientata a realizzare un risultato favorevole (miglioramento delle condizioni psico-fisiche del paziente), trova la propria ragion d'essere in una iniziale situazione negativa, in cui il bene protetto (segnatamente, la salute) è già compromesso.

Per la peculiare natura di questa chance, non è possibile applicare criteri risarcitori analoghi a quelli previsti per il ristoro della perdita di una “chance patrimoniale”, la quale “presenta i connotati dell'interesse pretensivo (mutuando tale figura dalla dottrina amministrativa), e cioè postula la preesistenza di un “quid” su cui sia andata ad incidere sfavorevolmente la condotta colpevole del danneggiante, impedendone la possibile evoluzione migliorativa”³⁷.

Pertanto, in tale ipotesi, il risarcimento del danno non potrà essere liquidato in ragione della misura patrimoniale della occasione perduta, atteso che tale quantificazione non può essere adeguatamente realizzata.

³⁵ U. IZZO, *Il tramonto di un «sottosistema» della responsabilità civile.: la responsabilità medica nel quadro della recente evoluzione giurisprudenziale*, in *Danno e responsabilità*, n. 2, 2005, p. 130.

³⁶ Cass. civ., sez. III, 23 marzo 2018, n. 7260, con nota di G. PETRONI, *Difficile così garantire un sistema uniforme per i vari trattamenti*, in *Guida al diritto*, n. 22, 2018, p. 36. Si veda anche C. IRTI, *Il danno non patrimoniale da lesione del diritto all'autodeterminazione: danno in re ipsa?*, in *Giurisprudenza italiana*, n. 2, 2019, p. 287. Secondo Cass. civile, sez. III, 15 aprile 2019, n. 10424: “l'area dei danni risarcibili non si esaurisce nel pregiudizio recato alla integrità fisica del paziente, né nella perdita di “chance” di guarigione, ma include la perdita di un “ventaglio” di opzioni con le quali scegliere come affrontare l'ultimo tratto del proprio percorso di vita, che determina la lesione di un bene reale, certo – sul piano sostanziale – ed effettivo, apprezzabile con immediatezza, qual è il diritto di determinarsi liberamente nella scelta dei propri percorsi esistenziali; in tale prospettiva, il diritto di autodeterminarsi riceve positivo riconoscimento e protezione non solo mediante il ricorso a trattamenti lenitivi degli effetti di patologie non più reversibili, ovvero, all'opposto, mediante la predeterminazione di un percorso che porti a contenerne la durata, ma anche attraverso la mera accettazione della propria condizione”.

³⁷ Cass. civile, sez. III, 9 marzo 2018, n. 5641, con nota di S. GARREFFA, *I paralogismi della teoria della chance perduta*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 9, 2018, p. 1285 ss. Si legga anche D. ZORZIT, *La Cassazione e lo “statuto” della perdita di chance: incertezze (di nessi) e possibili suggestioni sul “ritorno” del danno da perdita della vita*, in *Danno e responsabilità*, n. 2, 2019, p. 271 ss.



FORUM DI AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Come posto in luce dalla giurisprudenza, il danno deve essere quantificato secondo equità, utilizzando come parametro di riferimento proprio la chance andata persa.

In altri termini, la chance è concepita come un “evento di danno rappresentato in via diretta ed immediata dalla minore durata della vita e/o dalla peggiore qualità della stessa”³⁸, da apprezzare sulla base di criteri statistici.

Poiché il risultato non realizzato, che costituisce il nucleo della chance, possiede, per definizione, il carattere dell'incertezza, occorre verificare, secondo un approccio *case by case*, se effettivamente la condotta del medico sia stata causalmente correlata alla perdita della occasione e, in secondo luogo, se in presenza di un adeguato comportamento del sanitario l'occasione avesse la ragionevole probabilità (secondo il criterio del “più probabile che non”) di realizzarsi e di apportare un cambiamento positivo allo *status* del paziente.

Si tratta di un onere probatorio particolarmente complesso che dà conto di come la perdita di chance non patrimoniale necessiti di criteri di accertamento differenti rispetto a quella direttamente suscettibile di valutazione economica.

Essa, invero, può essere considerata quale “privazione della possibilità di un miglior risultato sperato, incerto ed eventuale (la maggiore durata della vita o la sopportazione di minori sofferenze) conseguente – secondo gli ordinari criteri di derivazione eziologica – alla condotta colposa del sanitario ed integra evento di danno risarcibile (da liquidare in via equitativa) soltanto ove la perdita possibilità sia apprezzabile, seria e consistente”³⁹. La giurisprudenza ha evidenziato che il criterio del “più probabile che non” non deve essere applicato in modo inflessibile, ma deve essere attenuato in presenza di concause, ossia ove sussista “una non eliminabile porzione di incertezza”, con il fine di “distribuire il peso del danno tra le parti in misura proporzionale all'apporto causale della colpa e dei fattori di rischio presenti nel paziente”⁴⁰.

Secondo altri autori, nell'ambito della responsabilità medica, sarebbe opportuno fare riferimento a una chance “negativa”, legata all'assenza di una prospettiva *ab origine* favorevole nella sfera del danneggiato⁴¹.

Infine, secondo una ulteriore ricostruzione, l'unica chance meritevole di tutela sarebbe quella della sopravvivenza. Affinchè la tutela del bene della vita possa formare oggetto di una occasione mancata, occorre “che la vita del paziente sia già in pericolo prima dell'intervento medico; solo in questo caso, accertato il rapporto causale tra negligenza del medico e privazione/diminuzione della chance di sopravvivenza, il problema potrà

³⁸ Cass. civile, sez. III, 9 marzo 2018, n. 5641.

³⁹ Cass. civile, sez. III, 11 novembre 2019, n. 28993.

⁴⁰ Cass. civile, sez. III, 14 giugno 2011, n. 12961; cfr. anche Cass. civile, sez. III, 16 gennaio 2009, n. 975.

⁴¹ Si veda F. BUZZI, *Il medico tra Scilla (la perdita di “chance”) e Cariddi (gli interventi compassionevoli), con l'incombente naufragio dell'accertamento medico-legale del nesso di causalità e della valorizzazione delle linee guida*, in *Riv. it. med. leg.*, fasc. 3, 2011, pp. 563-593.



essere inquadrato nella prospettiva della perdita di chance”: di conseguenza, “la responsabilità del medico [...] potrà essere rinvenuta esclusivamente laddove il soggetto avesse limitate prospettive di vita, e il comportamento dannoso abbia inciso in senso sfavorevole sulle possibilità che esse potessero essere sfruttate del tutto”⁴².

3. Il danno da perdita di chance: ragioni di forza e limiti di impiego

L’apertura della giurisprudenza e della dottrina a favore del risarcimento di un danno derivante dalla perdita di una occasione mancata suscita una riflessione attorno a valore che l’istituto risarcitorio assume nell’ordinamento giuridico.

Invero, il risarcimento è un rimedio funzionale a ristorare i danni cagionati a un bene protetto dal legislatore. Ammettere che anche la mancanza di una occasione favorevole possa dare luogo a una lesione oggetto di un ristoro patrimoniale, porta a estendere il novero degli interessi tutelati dall’ordinamento, fino a comprendervi anche le aspettative di fatto, conclusione raggiunta da parte della dottrina e negativamente valutata da coloro che, invece, asseriscono che la chance rappresenti un *quid pluris* non riducibile a un *desideratum* del titolare. Inoltre, il risarcimento del danno dovrebbe rispondere alla funzione sociale di gravare l’autore della condotta illecita di un costo, arricchendo la sfera patrimoniale del danneggiato, quale forma di ristoro per il pregiudizio subito.

La *deminutio patrimonii* subita dal danneggiato trova una forma di reintegrazione proprio nel quantum ricevuto a titolo risarcitorio.

Questo schema non sembra incontrare particolari disfunzioni quando la chance è intesa quale entità dotata di una consistenza patrimoniale *ex se* considerata.

Tuttavia, nell’ipotesi della chance non pretensiva, che manca di connotati patrimonialmente apprezzabili, questa autonomia sembra perdere il proprio fondamentale pilastro ontologico.

Anche le ricostruzioni legate all’accertamento del nesso di causalità si espongono a numerose criticità applicative, al punto da portare alcuni commentatori ad affermare che “la teoria delle chances [sia], fondamentalmente, una stampella della zoppia causale e non una questione di interessi lesi”⁴³.

⁴² A. APRILE, A. FABRIS, D. RODRIGUEZ, *Danno da perdita di chance nella responsabilità medica*, cit., p. 65.

⁴³ R. PUCELLA, *Causalità civile e probabilità: spunti per una riflessione*, cit., p. 64.