

*Svolgimento del processo*

1.- V.C.M. , essendo deceduta sua moglie, D.Z.S. , a causa di aggravata patologia neoplastica, citò in giudizio risarcitorio il Centro di Riferimento Oncologico (CRO) di Aviano, sostenendo che, per fatto e colpa dei dipendenti o collaboratori di questo, vi era stato un erroneo trattamento terapeutico (riscontrato un tumore ovarico, i chirurghi, anziché limitarsi al solo ovaio colpito dalla neoplasia, avrebbero dovuto asportare anche l'altro ovaio e l'utero) che aveva comportato la perdita di chance di sopravvivenza e/o l'accelerazione del decesso della signora, all'epoca dei fatti cinquantenne.

Il Tribunale di Pordenone, pur prendendo atto delle conclusioni della CTU che aveva riconosciuto l'errore medico, respinse la domanda con sentenza poi confermata dalla Corte d'appello di Trieste.

2.- I giudici d'appello, per giungere alle proprie conclusioni, hanno fatto riferimento agli esiti della CTU ed hanno, in primo luogo, ritenuto che nella specie, in cui la patologia tumorale all'epoca dell'intervento era classificabile allo "*stadio terzo*" (stadio al quale le probabilità di sopravvivenza a cinque anni non superano, come evincibili dalle statistiche epidemiologiche, il 41% dei casi, anche in ipotesi di intervento chirurgico corretto, e comunque non sono prevedibili, sempre in tale ipotesi, le possibilità di sopravvivenza oltre il quinquennio), la condotta dei sanitari non potesse essere ascritta a concausa della morte della donna.

Quindi, hanno affrontato separatamente il danno derivante da perdita di chance, escludendone comunque la risarcibilità, sull'assunto che sarebbero riscontrabili due orientamenti giurisprudenziali di legittimità: l'uno, per il quale, consistendo la chance nella perdita di una consistente possibilità di conseguire un risultato utile, la risarcibilità presupporrebbe comunque una probabilità di danno di almeno il 50%; l'altro, per il quale il danno sarebbe risarcibile anche "in presenza di margini statistico probabilistici inferiori alla soglia del 50%". Dato ciò, hanno deciso nel senso del primo asserito orientamento, ritenuto prevalente in materia di risarcimento per lesione del diritto alla salute.

La Corte d'Appello ha perciò rigettato il gravame, compensando tra le parti le spese di lite.

3.- Propone ricorso per cassazione il V.C. attraverso tre motivi. Risponde con controricorso il CRO.

*Motivi della decisione*

1.- Con il primo motivo il ricorrente, censurando la sentenza per "mancata pronuncia su un punto essenziale" e facendo riferimento alla giurisprudenza di questa Corte in tema di perdita di chance, sostiene che i giudici del merito avrebbero dovuto riconoscere la tutela patrimoniale rispetto al diritto a mantenere intatte le proprie *chances* (di sopravvivenza), diverso da quello della vita o dell'integrità fisica; diritto, che il ricorrente sostiene di aver fatto valere sia in primo grado che in appello alla stregua di quanto stabilito dalla Corte di Cassazione con la sentenza n. 4400 del 4 marzo 2004. Sebbene equivocando sulla portata di questa pronuncia circa i termini di rilevanza della verifica della causalità, tuttavia il ricorrente evidenzia come si sarebbe dovuta riconoscere, nel caso di specie, la tutela ad "un bene intermedio", quale il diritto a mantenere integre le proprie *chances*, che presuppone il riconoscimento dell'autonomia della chance rispetto al risultato utile prefigurato.

2.- Il secondo motivo riguarda la questione dell'individuazione del nesso causale e del danno risarcibile nel caso in cui si lamenti la perdita di chance, con riguardo all'errore medico che comporti responsabilità del sanitario per errata diagnosi od errato intervento terapeutico.

Rileva il ricorrente, che, essendo stata oramai accertata la responsabilità dei medici per quanto occorso alla D.Z. , ed essendo indiscutibile che l'evento della morte di quest'ultima sia stato "quanto meno anticipato", dopo lunga e straziante agonia, non si potrebbero negare la diretta connessione ed il rapporto eziologico tra la condotta dei medici e la sofferenza ed il momento anticipato della morte.

3.- Preliminare all'esame dei motivi è l'accertamento in fatto dal quale occorre prendere le mosse per le valutazioni in diritto.

I fatti risultano accertati nella sentenza impugnata, e non contestati, nel senso che la signora D.Z. , all'epoca cinquantenne, venne sottoposta, in data (omissis) , presso il Centro di Riferimento Oncologico di Aviano, ad intervento chirurgico di asportazione di un ovaio, a causa di tumore ovarico; che, dopo il mese di (omissis) , si rivolse ad altri centri chirurgici; che, nel (omissis) , venne nuovamente operata presso il CRO, per ulteriore asportazione della neoplasia a seguito della insorgenza/progressione del tumore; che il decesso intervenne circa un anno dopo, l'(omissis) . Parimenti accertato e non più in contestazione è che vi fu imperizia dei sanitari nell'aver deciso, in occasione del primo intervento, di procedere ad un intervento di chirurgia conservativa, limitato all'asportazione dell'ovaio sinistro della paziente, sede del tumore primitivo, e di non aver proceduto, invece, alla istero-annessectomia bilaterale; intervento, da ritenersi necessitato alla luce della certa diagnosi di patologia neoplastica maligna; tanto più in donna cinquantenne, rispetto alla quale era irragionevole privilegiare un'esigenza conservativa dell'apparato genitale.

3.1.- Il ricorrente, nell'illustrare il primo motivo di ricorso, riporta alcune affermazioni del CTU che sarebbero in contrasto con l'accertamento contenuto in sentenza per il quale “verosimilmente la paziente avrebbe goduto di una percentuale di sopravvivenza per cinque anni pari al 41% (ove, naturalmente, l'intervento fosse stato eseguito correttamente”, onde sostenere che il consulente tecnico d'ufficio si sarebbe espresso in termini probabilistici, ipotizzando che, se invece del III stadio, la neoplasia fosse stata al II, le percentuali di sopravvivenza della paziente, correttamente operata, si sarebbero collocate tra il 57% ed il 66,6%.

Siffatti rilievi - e le conseguenze che il ricorrente ne fa discendere, in punto di errato calcolo della percentuale cui commisurare la perdita di chance di sopravvivenza (che, secondo una media ponderata delle percentuali predette, sarebbe stata, al quinquennio, del 54,95%) - attengono a profili fattuali del giudizio compiuto dalla Corte territoriale, la cui delibazione è inammissibile in sede di legittimità, se non per vizi di motivazione, ai sensi dell'art. 360 n. 5 cod. proc. civ. (nel testo applicabile *ratione temporis*). Il ricorrente non ha censurato la sentenza sotto questo profilo, poiché non ha svolto contestazione alcuna al fine di dedurre il vizio di omessa, contraddittoria od insufficiente motivazione circa il recepimento, da parte del giudice del merito, delle conclusioni della consulenza tecnica d'ufficio.

Pertanto, in punto di fatto, non si può prescindere dall'accertamento della Corte d'Appello circa l'anzidetta percentuale astratta di possibilità di sopravvivenza al quinquennio, nonché circa l'impossibilità della guarigione, anche in caso di intervento chirurgico corretto, e circa l'impossibilità di prevedere l'ulteriore sopravvivenza dopo il quinquennio.

4.- Dati gli elementi di fatto di cui si è fin qui detto, i motivi di ricorso, che possono essere esaminati congiuntamente, sono fondati.

La prima parte della motivazione in diritto della sentenza impugnata argomenta intorno alla sussistenza o meno del nesso eziologico tra il comportamento medico colposo e l'evento morte. Le relative argomentazioni presuppongono che si fosse dedotto da parte attrice, poi appellante, che la condotta dei sanitari si ponesse come “concausa della morte della donna” (cfr. pag. VII della sentenza).

Esse non tengono conto che l'azione risarcitoria è stata, invece, proposta deducendo il mancato rallentamento dell'evento morte (secondo la tesi dell'attore) a causa di quella condotta. Lo stesso provvedimento impugnato, nella parte espositiva, precisa che "suo marito, odierno appellante, sosteneva che il decesso avrebbe subito quanto meno un consistente ritardo se essa... fosse stata operata, in modo più radicale, di un tumore ovarico".

Allora, è evidente che l'attore non ha attribuito all'errore dei sanitari la qualifica di concausa della morte della moglie, ritenuta evento purtroppo ineluttabile, anche se la condotta dei sanitari fosse stata ineccepibile, ma piuttosto ha reputato che l'accertato erroneo intervento chirurgico abbia fatto perdere alla paziente le possibilità di sopravvivenza che le sarebbero spettate se l'intervento fosse stato eseguito correttamente.

Sono privi di pertinenza, rispetto alla questione di diritto da risolvere, i rilievi svolti in sentenza per escludere il nesso di causalità tra la condotta omissiva - o comunque colpevole dei sanitari- e l'evento lesivo della morte, così come sovrabbondante è il richiamo al criterio del “più probabile che non” utilizzabile per l'accertamento del nesso causale in sede civile in caso di lesioni o morte provocate da fatto configurabile come reato omissivo improprio, in quanto la consulenza tecnica d'ufficio cui la Corte stessa ha prestato adesione aveva escluso con certezza la possibilità della guarigione.

È scontato, infatti, che il termine di riferimento della causalità ai fini dell'individuazione dell'evento dannoso non avrebbe dovuto essere la morte, e, per contro, la mancata guarigione della paziente, ma piuttosto la perdita della possibilità, da parte di quest'ultima, di vedere rallentato il decorso della malattia e quindi aumentata la durata della sopravvivenza. La perdita di questa possibilità è l'evento di danno lamentato dalla parte attrice ed a questo si è riferita la stessa parte quando si è espressa correttamente in termini di perdita di chance.

4.1.- Pertanto, rileva, ai fini della delibazione dei motivi di ricorso, che, come detto, sono incentrati tutti sulla perdita di chance, la motivazione in diritto contenuta nella seconda parte della sentenza, laddove la Corte territoriale ha dichiarato di voler “separatamente” affrontare la questione relativa a questa tipologia di danno. Ha così preso le mosse da una corretta definizione della chance, la cui perdita è rilevante a fini risarcitori, come “un'entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma salvezza, onde la sua perdita, id est la perdita della possibilità consistente di conseguire il risultato utile del quale risulti provata la sussistenza, configura un danno concreto ed attuale”, secondo la nozione data già da questa Corte con la sentenza n. 4400/04, richiamata anche dal giudice *a quo*.

Pur mostrando di condividere il corollario per il quale il danno non va commisurato alla perdita del risultato, ma alla mera possibilità di conseguirlo, il giudice ha introdotto un criterio di valutazione di questa possibilità, che non trova riscontro nei richiamati precedenti giurisprudenziali, e che sposta sul piano della causalità quella che, tutt'al più, è una delibazione riservata al piano della quantificazione del danno risarcibile.

Ha introdotto, infatti, una sorta di distinzione tra chance la cui perdita è risarcibile e chance la cui perdita non sarebbe risarcibile a seconda che la possibilità di conseguire il risultato utile sia superiore o inferiore al 50% ed ha ritenuto “giuridicamente risarcibili soltanto le perdite di occasioni favorevoli aventi un grado di probabilità statisticamente consistente, o quanto meno non irrilevante”, quantificato nella misura dal 50% in su. Per la verità, la sentenza, come già detto, da conto di una lettura alternativa, secondo cui il danno da perdita di chance sarebbe risarcibile “anche in presenza di margini statistico probabilistici inferiori alla soglia del 50%”, ma la attribuisce ad un orientamento giurisprudenziale non prevalente, e limitato al settore dei “*concorsi in tema di lavoro*”, perciò da disattendere nel caso di specie.

5.- Questa decisione e gli argomenti che la sorreggono contrastano con i principi affermati da questa Corte in tema di danno consistente nella perdita di chance ed, in specie, con il risultato applicativo raggiunto in un caso affine al presente, per il quale si è affermato che “in tema di danno alla persona, conseguente a responsabilità medica, integra l'esistenza di un danno risarcibile alla persona l'omissione della diagnosi di un processo morboso terminale, allorché abbia determinato la tardiva esecuzione di un intervento chirurgico, che normalmente sia da praticare per evitare che l'esito definitivo del processo morboso si verifichi anzitempo, prima del suo normale decorso, e risulti inoltre che, per effetto del ritardo, sia andata perduta dal paziente la chance di conservare, durante quel decorso, una migliore qualità della vita nonché la chance di vivere alcune settimane od alcuni mesi in più, rispetto a quelli poi effettivamente vissuti” (Cass. n. 23846/08). La Corte territoriale, nella seconda parte della motivazione, dopo aver bene individuato la perdita di chance come termine di riferimento della causalità (quale evento dannoso distinto ed autonomo rispetto all'esito letale della malattia), ha tuttavia equivocato sul concetto di chance risarcibile come perdita della possibilità di conseguire un risultato utile o, comunque, migliore, finendo per rapportarne il concetto, pur enunciato in termini di possibilità, alla probabilità di conseguire il risultato.

Ha infatti ritenuto che per risarcire la perdita della chance di una vita più lunga, l'intervento chirurgico scorretto si sarebbe potuto considerare un significativo antecedente causale della perdita (quindi dell'evento dannoso) se questa chance fosse stata probabile e non soltanto possibile, cioè se la percentuale astratta di sopravvivenza fosse stata superiore al 50%.

È palese il fraintendimento della giurisprudenza di legittimità in tema di risarcimento da perdita di chance, così come venuta delineandosi quanto meno a far data dalla sentenza n. 4400 del 2004, sulla quale pure la Corte d'Appello di Trieste ha dichiarato di voler fondare il *decisum*.

Ed invero, il modello d'indagine del nesso causale in caso di perdita di chance è sì fondato sulla regola probatoria c.d. del "più probabile che non" (cfr. Cass. S.U. n. 576/08, per la quale, "in tema di responsabilità civile aquiliana, il nesso causale è regolato dal principio di cui agli artt. 40 e 41 cod. pen., per il quale un evento è da considerare causato da un altro se il primo non si sarebbe verificato in assenza del secondo, nonché dal criterio della cosiddetta causalità adeguata, sulla base del quale, all'interno della serie causale, occorre dar rilievo solo a quegli eventi che non appaiano - ad una valutazione ex ante - del tutto inverosimili, ferma restando, peraltro, la diversità del regime probatorio applicabile, in ragione dei differenti valori sottesi ai due processi: nel senso che, nell'accertamento del nesso causale in materia civile, vige la regola della preponderanza dell'evidenza o del più probabile che non, mentre nel processo penale vige la regola della prova oltre il ragionevole dubbio"), ma non nel senso in cui l'ha intesa la sentenza impugnata, bensì nel senso che è l'evento perdita di chance a costituire il termine di riferimento della causalità, quale evento di danno risarcibile.

La Corte territoriale non ha tenuto presente che, quando si discorre in termini di perdita di chance, vale a dire di perdita della possibilità di ottenere un risultato utile, occorre dare per scontato che "non è possibile affermare che l'evento si sarebbe o meno verificato, ma si può dire che il paziente ha perso, per effetto di detto inadempimento, delle chance, che statisticamente aveva, anche tenuto conto della particolare situazione concreta" (così Cass. n. 4400/04). Pertanto, una volta individuata una chance, per definizione consistente in mera possibilità (la cui esistenza sia però provata, sia pure in base a dati scientifici o statistici, come nel caso di specie), va indagato il nesso causale della perdita di tale possibilità con la condotta riferita al responsabile, prescindendo dalla maggiore o minore idoneità della chance a realizzare il risultato sperato (cfr. Cass. n. 23846/08), ma reputandola di per sé come "bene", cioè un diritto attuale autonomo e diverso dagli altri, ivi compreso il diritto alla salute (cfr. Cass. n. 21619/07). In questa fase, il ragionamento va di certo condotto in termini probabilistici, ma esclusivamente nell'indagare il rapporto tra la situazione fattuale e la perdita della possibilità del risultato utile, vale a dire nel compiere quella che è l'attività di "accertamento" del nesso di causalità materiale così come connotata in ambito civile, con applicazione della detta regola c.d. del "più probabile che non" (cfr. di recente Cass. n. 21255/13, secondo cui "Come per la causalità ordinaria, anche per la causalità da chance perduta (da intendere come possibilità di un risultato diverso e migliore, e non come mancato raggiungimento di un risultato solo possibile), l'accertamento del nesso di causalità materiale implica sempre l'applicazione della regola causale di funzione, cioè probatoria, del più probabile che non, sicché, in questo caso, la ricorrenza del nesso causale può affermarsi allorché il giudice accerti che quella diversa - e migliore - possibilità si sarebbe verificata più probabilmente che non"). Pertanto, in casi quale quello di specie, sussiste il nesso causale se l'errore medico ha comportato "più probabilmente che non" la perdita della possibilità di una vita più lunga da parte del paziente, statisticamente accertata, in caso di intervento chirurgico corretto, sulla base di indagini epidemiologiche.

In pratica, evento di danno e conseguenze dannose astrattamente risarcibili coincidono, poiché altro è la perdita di chance intesa come danno, in sé, risarcibile, quale è quella di cui qui si discute; altro è il danno da perdita di chance, quale conseguenza dannosa risarcibile di un diverso evento di danno, dato dalla lesione di altro bene giuridico, quale ad esempio - per restare nel campo del danno alla persona da responsabilità medica - il diritto alla salute. In questa seconda accezione, la perdita di chance rileva soltanto sotto il profilo della consequenzialità immediata e diretta ex art. 1223 cod. civ. rispetto alla lesione, già accertata come causalmente connessa alla condotta dell'agente,

dell'integrità psico-fisica; nella prima accezione la perdita di chance è, in sé, danno evento causalmente connesso alla condotta dell'agente.

5.1.- Tuttavia, trattandosi di risarcibilità in astratto, essa necessita di un'operazione di quantificazione che non può prescindere dalla situazione concreta.

Soltanto in questa fase successiva ed ulteriore, che è quella della quantificazione del risarcimento, torna rilevante l'idoneità della chance a produrre il risultato utile, nel senso che l'entità del risarcimento andrà commisurata al danno quantificato in ragione della maggiore o minore possibilità di ottenere quel risultato, misurata eventualmente in termini percentuali.

Contrariamente a quanto ritenuto dalla Corte d'Appello di Trieste tale maggiore o minore possibilità non serve a qualificare la chance giuridicamente rilevante, che è per definizione espressa in termini di possibilità.

6.- Nel caso della responsabilità medica, in particolare per intervento terapeutico o chirurgico errato, occorre verificare se questo abbia comportato, per quanto qui rileva, la perdita della possibilità di vivere più a lungo, anche soltanto per poco tempo; nel caso di specie, si è considerato ragionevole parametro di riferimento il quinquennio, in quanto fatto oggetto di indagini statistico-epidemiologiche, ritenute attendibili dalla Corte d'Appello.

Una volta accertato il nesso causale tra l'errore medico ed il mancato rallentamento della progressione della malattia o comunque tra l'errore medico e l'accorciamento della possibile durata della vita, secondo quanto sopra, la perdita di questa chance è comunque, in ipotesi, risarcibile, quale entità a sé, giuridicamente ed economicamente valutabile. La percentuale astratta di realizzabilità della chance, nel caso di specie il 41%, diventa oggetto di indagine, in un secondo momento, quando, tenuto conto della particolare situazione concreta, si dovrà addivenire alla quantificazione del risarcimento.

Ed, invero, come già rilevato da questa Corte nel citato precedente n. 23846/08 - cui si intende dare seguito -, nel giudizio di liquidazione del danno da perdita della chance verranno ad assumere rilievo sia l'aspetto della prossimità della situazione fattuale al conseguimento del risultato sperato, sia il profilo della maggiore o minore idoneità a garantire questo risultato. Sotto il primo aspetto, il valore della perdita dipenderà dalla sufficienza del comportamento tenuto o mancato, da parte del responsabile, a determinare il risultato sperato (ovvero dalla necessità, al contrario, dell'intervento di ulteriori evenienze, da valutarsi caso per caso quanto alla probabilità o solamente alla possibilità del loro accadimento); sotto il secondo aspetto, rileverà l'idoneità in concreto della situazione a determinare il risultato sperato, cioè la probabilità o la mera possibilità del conseguimento del risultato, anche in termini percentuali.

6.1.- In un caso quale quello di specie, la liquidazione del danno eventuale non potrà che essere rapportata alla riduzione del periodo di sopravvivenza provocata dall'errore medico, nonché alla percentuale di possibilità astratta di conseguire il risultato massimo raggiungibile, data la situazione concreta: nel caso di specie, la sopravvivenza per cinque anni nella misura del 41%, previa verifica di eventuali circostanze sopravvenute o concomitanti incidenti nel senso di cui sopra.

D'altronde, la rilevanza dell'elemento tempo quale componente essenziale del bene della vita, con la conseguente rilevanza di ogni fatto imputabile che ne determini l'anticipata cessazione, è già presente nella giurisprudenza di questa Corte, intervenuta, - oltre che nel caso su ricordato, del tutto affine al presente (Cass. n. 23846/08)-in ipotesi speculari, ma comunque significative (di comportamento commissivo che anticipi un decesso comunque inevitabile, piuttosto che - come nel caso di specie - di omissione di comportamento che ne avrebbe ritardato la sopravvenienza: cfr. Cass. n. 5962/00 e n. 20996/12). Questa stessa giurisprudenza ha pure chiarito che, proprio perché il fatto illecito non è stato causa della morte in sé, ma solo della morte in quella data e non successivamente, il risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale in favore degli aventi diritto, non potrà che investire detta anticipazione della morte, ed avere quindi come termine di riferimento il lasso di tempo intercorrente tra la data in cui l'evento si è effettivamente verificato e quello in cui si sarebbe presumibilmente verificato se il fatto illecito acceleratore dei fattori patogenetici preesistenti non vi fosse stato (cfr., in motivazione, Cass. n. 5962/00 cit.).

Il principio va adattato al caso in cui il danno sia consistito in una perdita di chance, dovendosi contemperare con il criterio di quantificazione del risarcimento in ragione della maggiore o minore idoneità, anche percentuale, della chance a produrre il risultato sperato.

In conclusione va affermato che, in tema di responsabilità medica, da luogo a danno risarcibile l'errata esecuzione di un intervento chirurgico praticabile per rallentare l'esito certamente infausto di una malattia, che abbia comportato la perdita per il paziente della chance di vivere per un periodo di tempo più lungo rispetto a quello poi effettivamente vissuto. In tale eventualità, le possibilità di sopravvivenza, misurate in astratto secondo criteri percentuali, rilevano ai fini della liquidazione equitativa del danno, che dovrà altresì tenere conto dello scarto temporale tra la durata della sopravvivenza effettiva e quella della sopravvivenza possibile in caso di intervento chirurgico corretto.

La sentenza impugnata deve essere, dunque, cassata ed il giudice del rinvio, adeguandosi ai summenzionati principi, accerterà la risarcibilità della perdita delle chance di sopravvivenza della moglie dell'attore, procedendo poi alla liquidazione del danno corrispondente secondo criteri equitativi.

Il resto del ricorso, trattando del quantum risarcitorio in ordine al quale la sentenza impugnata non ha provveduto, essendosi fermata ad escludere l'*an*, è irrilevante ai fini della presente decisione e resta assorbito.

Il giudice del rinvio provvederà anche in ordine alle spese del giudizio di cassazione.

*P.Q.M.*

La Corte accoglie il ricorso, cassa la sentenza impugnata e rinvia alla Corte d'appello di Trieste in diversa composizione, la quale provvederà anche sulle spese del giudizio di cassazione.