

IL VALORE DEL DISSENSO

Riflessioni con
Vincenzo Zeno-Zencovich

VOLUME II

a cura di FRANCESCO CARDARELLI, TOMMASO EDOARDO FROSINI,
ELISE POILLOT, GIORGIO RESTA, SALVATORE SICA, ANDREA ZOPPINI



Università degli Studi Roma Tre
Dipartimento di Giurisprudenza

COLLANA L'UNITÀ
DEL DIRITTO 54

IL VALORE DEL DISSENSO

Riflessioni con
Vincenzo Zeno-Zencovich

VOLUME II

a cura di

FRANCESCO CARDARELLI, TOMMASO EDOARDO FROSINI, ELISE POILLOT,
GIORGIO RESTA, SALVATORE SICA, ANDREA ZOPPINI



Roma TriE-Press

2025

Indice

VOLUME II

SEZIONE III

DIRITTO, TECNOLOGIE DIGITALI, REGOLAZIONE

GINEVRA CERRINA FERONI, <i>Verso la self-sovereign identity: quali sfide per la protezione dei dati personali?</i>	811
MARGHERITA COLANGELO, <i>Il modello europeo di regolazione dei mercati digitali: spunti di riflessione in tema di clausole di parità e piattaforme</i>	831
ELISABETTA CORAPI, <i>Smart cities e sicurezza dei dati</i>	865
PASQUALE COSTANZO, <i>Internet ed il sistema nazionale delle fonti (un affresco)</i>	895
FILIPPO DONATI, <i>L'Unione europea, la libertà dei media e la tutela dello Stato di diritto: una riflessione sull'European Media Freedom Act</i>	913
GIUSELLA FINOCCHIARO, <i>A proposito di: "Artificial intelligence, natural stupidity and other legal idiocies"</i>	921
TOMMASO EDOARDO FROSINI, <i>La libertà informatica e i suoi nemici</i>	925
ALBERTO M. GAMBINO, RICCARDO JOVINE, <i>Eguaglianza e non discriminazione nel diritto delle comunicazioni: fondamenti e prospettive</i>	937
LUCA LUPARIA DONATI, <i>Giustizia tecnologica vs. tecnologia giudiziaria. Il processo penale al crocevia</i>	949
HANS-W. MICKLITZ, <i>Alcune riflessioni sul rapporto tra diritto e tecnologia da parte di un ritardatario della digitalizzazione</i>	963
ALESSANDRO PALMIERI, <i>Supervisione amministrativa (sistematica) sulle piattaforme digitali in nome del Regolamento P2B: cronaca di un tentativo (di matrice italiana) naufragato</i>	981
GIOVANNI SCIANCALEPORE, OLINDO LANZARA, <i>Il nuovo modello europeo per la governance dell'IA: la ricerca di un equilibrio tra la protezione dei dati personali e l'innovazione tecnologica</i>	997

SALVATORE SICA, *La monetizzazione dei dati tra autonomia privata e tutele civili* 1021

ANDREA STAZI, *Tracciabilità del cibo e sostenibilità alimentare: proprietà intellettuale e Regulatory Technology* 1047

ARIANNA VEDASCHI, *Counter-terrorism e intelligenza artificiale: tra automazione e autonomia* 1061

SEZIONE IV RESPONSABILITÀ CIVILE

GUIDO ALPA, *I metodi di analisi della responsabilità civile* 1087

ANGELO BARBA, *Contenzioso climatico e difetto assoluto di giurisdizione* 1105

NICOLA BRUTTI, *Le responsabilità delle piattaforme digitali, tra disinformazione online e prevenzione del rischio sistemico* 1131

FAUSTO CAGGIÀ, *Danno alla caregiver e scioglimento della relazione di coppia* 1155

VINCENZO CUFFARO, *Danni non patrimoniali per trattamento di dati personali* 1201

FRANCESCO MEZZANOTTE, *La prova del danno non patrimoniale in una prospettiva gius-realista* 1221

GIULIO PONZANELLI, *Per una responsabilità civile sostenibile* 1239

ANTONINO PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il principio del neminem laedere nel sistema della responsabilità civile* 1247

ROBERTO PUCCELLA, *La sorte del paziente, ieri e oggi* 1279

MARIO RENNA, *Violazione dei dati personali, principio di sicurezza e responsabilità* 1293

LIVIA SAPORITO, *Responsabilità medica, tecniche probatorie, intelligenza artificiale* 1311

CLAUDIO SCOGNAMIGLIO, *Il danno da cambiamento climatico ed i limiti della responsabilità civile: a proposito del “caso Eni”* 1329

VIRGINIA ZAMBRANO, *Il prezzo dell'errore medico tra verità processuale e tutela del paziente*

1347

Roberto Pucella

La sorte del paziente, ieri ed oggi

Nel 1994 usciva per i tipi di Cedam un breve volume di Vincenzo Zeno-Zencovich dal titolo “*La sorte del paziente*”, con il sottotitolo “*La responsabilità del medico per l'errore diagnostico*”¹.

La “sorte” cui fa richiamo il titolo è quella del malato il quale possa dimostrare la sola negligenza del sanitario, non anche il legame eziologico che collega la condotta colposa al danno che pur si è materializzato in esito all'atto terapeutico.

L'indagine, condotta – ovviamente – con rigoroso metodo comparatistico, si concentra principalmente sulla figura del danno da perdita di *chances*².

¹ V. ZENO-ZENCOVICH, *La sorte del paziente. La responsabilità del medico per l'errore diagnostico*, CEDAM, Padova 1994, pp. 1-106.

² Il tema della risarcibilità delle *chances* perdute è antico; si può qui rinviare ad alcuni tra i più recenti studi monografici e contribuiti: B. TASSONE, *Causalità e perdita di chances*, Giappichelli, Torino 2020; M. FRANZONI, *Ancora sul danno da perdita di chance non patrimoniale*, in *Resp. civ. e prev.*, vol. 86, fasc. 4, 2021, p. 1078; ID., *La responsabilità sanitaria come perdita di chance?*, in *Danno e resp.*, vol. 26, fasc. 5, 2021, p. 605; C. SCOGNAMIGLIO, *Riflessioni in tema di risarcimento del danno per c.d. perdita della chance*, in *Resp. civ. e prev.*, vol. 85, fasc. 6, 2020, p. 1742; M. CAPECCHI, *Dalla perdita di chance alla responsabilità proporzionale*, in *Contr. e impr.*, vol. 37, fasc. 1, 2021, p. 23; D. FRENDI, *Errore o ritardo nella diagnosi: quanto devono essere concrete le chances perdute?*, in *Resp. medica*, fasc. 3, 2018, p. 269; R. PARDOLESI, B. TASSONE, *La perdita della chance e le forbici della terza sezione*, in *Foro it.*, fasc. 5, I, 2018, c. 1607; P. ZIVIZ, *Quale modello per il risarcimento della perdita della chance di sopravvivenza?*, in *Resp. civ. e prev.*, vol. 81, fasc. 5, 2016, p. 1490; ID., *Riflessioni sulla perdita di “chances” di sopravvivenza*, in *Resp. civ. e prev.*, vol. 79, fasc. 1, 2014, p. 242. Ci si limita ad osservare che, al di là delle obiezioni logiche che possono essere mosse ad una tale categoria di danno (per le quali si rinvia a R. PUCELLA, *La causalità «incerta»*, Giappichelli, Torino 2007, spec. p. 81 ss.), evidente ne è la funzione ausiliaria, sul piano della *policy*, idonea ad assicurare tutela in fattispecie nelle quali, accertata la colpa, la difficoltà causale penalizza il danneggiato, esposto al rischio di vedersi privato di qualsiasi tutela; la *chance* diviene allora la “stampella della zoppia causale” (ancora PUCELLA, *Causalità civile e probabilità, spunti per una riflessione*, in *Danno e resp.*, vol. 13, fasc. 1, 2008, p. 64). Sulla funzione del danno da perdita di *chances* in una logica “politica” si veda CAPECCHI, *Dalla perdita di chances alla responsabilità proporzionale (osservazioni a margine di Cass., n. 28993/2019)*, in *Resp. medica*, fasc. 1, 2020, p. 45 ss.

Alla data di uscita del volume la questione delle *chances* perdute non aveva ricevuto ancora nella nostra dottrina ed in giurisprudenza quella maggiore (per quanto non significativa) risonanza che le sarebbe stata riservata negli anni a venire; e – lo si ricorda – non aveva ancora preso piede la teoria del “*contatto sociale*” che avrebbe condizionato l’onere della prova in materia di responsabilità sanitaria sino ai recenti interventi legislativi del c.d. decreto Balduzzi e della legge Gelli-Bianco.

La responsabilità civile in materia sanitaria è molto cambiata dalla data di uscita del libro ad oggi: l’arco temporale nel quale un certo indirizzo interpretativo può dirsi stabile si è molto ridotto, alla luce di una giurisprudenza di legittimità che si trasforma sempre più in dottrina (o, meglio, occupa un terreno che una dottrina sempre più arrendevole è proclive a lasciarle) e che, così facendo (non essendo ... la dottrina), obbliga a faticose letture non solo lo studioso – che a ciò è doverosamente aduso – ma soprattutto il giudice di merito, il quale confeziona spesso pronunce di scarsa tenuta, che recepiscono solo in parte i principi fatti propri dalla S.C.

È altrettanto vero che non vi è terreno nel quale il diritto risente dell’evolversi del costume sociale ed è condizionato da ragioni di *policy* più di quanto avvenga nel contesto della responsabilità sanitaria; così che è il sentito bisogno di offrire tutela al soggetto debole (in tutti i sensi) del rapporto medico-paziente, nel suo transito dal “paternalismo” alla “alleanza terapeutica”, ad avere spinto i giudici ad incidere significativamente sul registro dell’onere della prova – massimamente attraverso la creazione di presunzioni “giurisprudenziali” – per rendere più agevole la tutela risarcitoria del danneggiato da *malpractice* sanitaria.

Proprio in questo quadro si inserisce la tematica delle *chances* perdute la quale, come si osserverà, non opera sul piano di una diversa ripartizione dei carichi probatori, ma gioca sull’escamotage in forza del quale la probabilità – che negli studi epistemologici è strumento di verifica della credibilità di un’ipotesi – viene *reificata* e si trasforma in bene e, dunque, in oggetto della lesione; così che l’incertezza circa la relazione causale primaria tra errore medico e danno alla salute – ostacolo alla risarcibilità del danno per difetto di prova di un elemento necessario del giudizio di responsabilità – è elusa e superata dalla costruzione di un diverso collegamento eziologico tra la negligenza del sanitario e le *chances* di sopravvivenza o di guarigione sottratte al paziente.

Balzano subito all’occhio, leggendo la prima metà del libro del celebrato Autore, dedicata proprio all’indagine comparatistica, il nitore e la lineare semplicità dell’approccio al tema della perdita di *chances* propri della

giurisprudenza anglo-americana e francese del tempo (e degli autori che vi hanno dedicato i loro studi), se raffrontati con le posizioni più recenti dei giudici nostrani.

Un approccio contraddistinto dalla primaria importanza riconosciuta alla ricerca delle ragioni che spiegano il successo della suggestiva categoria di danno, più che alla regolamentazione della sua disciplina.

Pur in un contesto normativo e applicativo significativamente diverso da quello attuale, le intuizioni dell'Autore appaiono, a distanza di 30 anni, attuali e idonee a mettere in luce gli aspetti nevralgici della questione.

Egli muove dal cuore – di ieri come di oggi – del problema: «La causalità medica è dunque per sua natura e per consapevole ammissione degli esperti, relativa, se non addirittura probabilistica ...³ Un po' come nel paradosso di Achille e della tartaruga, vi è sempre una frazione residua di pericolo ingenerata dalle particolarità di ciascun singolo paziente, dalle circostanze nelle quali si sviluppa la patologia, dalla esperienza e diligenza dei soggetti preposti»⁴.

Ma «Il dibattito sulle regole causali, fortemente imbevuto com'è da sottili distinguo logico-filosofici, appare costituire un bilancino poco adatto alla giustizia della responsabilità civile la quale, nelle società industriali di massa, utilizza la stadera e la bilancia»⁵.

Ed è per questo che l'Autore evidenzia, correttamente, come la soluzione potrebbe essere ricercata nella ripartizione dei carichi probatori; trasferire in capo al danneggiante l'onere di dare dimostrazione dell'assenza di una propria responsabilità ovvierebbe allo spinoso problema causale con il quale si dovrebbe, altrimenti, misurare il danneggiato.

Al tempo dell'uscita del libro era però consolidato l'orientamento interpretativo che qualificava come contrattuale la responsabilità del medico solo con riguardo alle prestazioni svolte in regime di libera professione; diversa regola valeva per il medico dipendente, al quale sarebbe stata estesa la medesima disciplina solo con l'avvento della teoria del contatto sociale, consacrata nella nota pronuncia della terza Sezione della Cassazione n. 589 del 1999.

Il medico dipendente rispondeva in via aquiliana; al paziente danneggiato non era dunque consentito beneficiare del ricorso alle presunzioni che, in ambito contrattuale, semplificavano, pur in vari modi e con diversa

³ ZENO-ZENCOVICH, *La sorte del paziente. La responsabilità del medico per l'errore diagnostico*, cit., p. 70.

⁴ *Ivi*, p. 69.

⁵ *Ivi*, p. 76.

intensità, l'onere probatorio su di lui ricadente.

Osserva Zeno-Zencovich: «Se vi è una regola nell'ambito dell'illecito aquiliano che impone all'attore di provare condotta colposa, evento dannoso e nesso causale fra i due (e così è negli ordinamenti presi in esame) non si possono fare eccezioni per i pretesi illeciti commessi dai medici. Tale obiezione è senz'altro la più pregnante di tutte, in quanto fondata su potenti ragioni di coerenza e di giustizia»⁶.

L'ostacolo probatorio precludeva dunque, al tempo, una tutela effettiva del danneggiato per quella via, così acuendo il senso di ingiustizia che l'incerta sorte del paziente alimentava e al quale l'Autore dava voce osservando come «a favore della responsabilità si sottolinea la sacralità della vita umana, l'immoralità di una decisione che riconosca una colpa anche grave senza farne seguire una sanzione, la inaccettabilità della conclusione della irresponsabilità verso pazienti che già in partenza hanno una probabilità di sopravvivere inferiore al 50%»⁷.

Era – ed è a tutt'oggi – la evidente consecuzione cronologica di un danno alla salute alla condotta colposa a rappresentare il punto di forza della teorica delle *chances*; vi è colpa – idonea a cagionare quel tipo di danno – e vi è il danno, che ben potrebbe costituirne, anche sul piano cronologico, l'effetto.

E se è pur vero che la successione diacronica del danno alla condotta colposa non è di per sé prova di un legame eziologico che necessariamente li leghi – e che va dimostrato – è altrettanto vero che nei casi in cui esso non sia da escludersi (se positivamente accertata una diversa eziologia del danno) ma appaia invece *possibile* secondo una certa scala di probabilità, orbene proprio in quella fenditura si innesta la richiesta di tutela delle perdute *chances*.

Non è una stringente ragione tecnico-giuridica a sorreggere le fortune di questa voce di danno, tutt'altro; è il ragionamento comune secondo il quale l'erroneità di una condotta o il venir meno di una situazione idonea a raggiungere un certo beneficio o ad evitare un determinato pregiudizio sottraggono al soggetto interessato il diritto di battersi per quel risultato; e questo diritto – che però la giurisprudenza tende a non qualificare come tale – avrebbe un valore economico suscettibile, pertanto, di tutela risarcitoria come danno emergente.

La questione si sposta, dunque, dal piano del tecnicismo giuridico a quello delle ragioni di *policy* a fondamento della tutela del paziente

⁶ *Ivi*, p. 87 s.

⁷ *Ivi*, p. 91.

danneggiato, cui Zeno-Zencovich dedica ampio risalto, osservando come «L'unico modo per prevenire tali casi di negligenza sarebbe, dunque, quello di imporre la responsabilità per il danno di non sicura imputabilità causale. Nel confronto fra le due posizioni, quella del paziente incolpevole e quella del medico colposa, sarebbe giustificata l'imposizione a quest'ultimo del rischio di non poter dimostrare che la causa del danno è stata diversa dalla sua negligenza. Il danneggiato si trova in una condizione più meritevole per via della natura del diritto leso, e della sua incolpevolezza; il medico, al contrario, oltre ad aver violato una regola di condotta ha concretamente impedito al danneggiato di poter dimostrare le cause del danno. Vi sarebbe, infine, un equilibrio fra prevenzione e risarcimento in quanto quest'ultimo verrebbe ridotto in proporzione alla incidenza statistica della negligenza»⁸.

Nel tentativo di rinvenire una soluzione praticabile e accettabile a tutela del paziente – nel contesto ora richiamato – l'Autore prende a prestito le regole operanti nelle ipotesi di con-causazione del danno; in quelle fattispecie – egli osserva – si mettono in pratica ragionamenti ipotetici o presuntivi (ad esempio ritenendo che il concorso vada stabilito nella misura del 50% per ciascun coautore) che potrebbero essere utilizzati anche per risarcire le *chances* perdute.

Si avvede l'Autore che una cosa è affermare che, ad esempio, un certo danno è determinato dall'apporto di Tizio nella misura del 20% ed altra cosa è osservare che è probabile al 20% che Tizio abbia concorso a causare il danno (non essendovi, nel primo esempio, l'incertezza causale che invece contraddistingue il secondo), ma egli ritiene prevalenti le analogie sulle differenze, anche perché consentono di valorizzare il concetto di "aumento del rischio", utilizzato in altri ordinamenti proprio per fare fronte al problema dell'incertezza causale a danno del paziente danneggiato. Ravvisa, infatti, l'Autore la similitudine che avvicina l'ipotesi dell'incidenza parziale di una certa condotta nella causazione di un danno «le cui conseguenze possono essere determinate solo ipoteticamente»⁹ al caso della perdita di *chances*.

La nostra dottrina e la nostra giurisprudenza non hanno percorso questa strada.

Va dato conto che i giudici di legittimità hanno, a far data dal 2007, accolto il principio del "più probabile che non" come regola guida dell'accertamento causale in ambito civilistico¹⁰.

⁸ *Ivi*, p. 97 s.

⁹ *Ivi*, p. 103.

¹⁰ Cass. civ., 16 ottobre 2007, n. 21619, in *Danno e resp.*, fasc. 1, 2008, p. 43 ss., con nota di PUCELLA, *Causalità civile e probabilità, spunti per una riflessione*, cit., p. 58 ss.

Accogliere il criterio del “più probabile che non” significa dare conto dell'impossibilità di pervenire a un giudizio di certezza (o di quasi certezza) nella ricostruzione dell'eziologia degli eventi (e massimamente, diremmo, in ambito di responsabilità medica).

La “*preponderance of the evidence*” è ritenuta un buon compromesso; non è regola scientifica, ma di ragionevolezza, almeno lì dove – come nel quadro della r.c. – non vi sono ragioni superiori che giustifichino il parametro più rigoroso dell'oltre ogni ragionevole dubbio.

È altresì regola che libera il giudice dell'ostica ricerca di un surrogato della “certezza”, spesso pericolosamente rimessa alla valutazione personale e soggettiva del decidente (come nei lontani casi in cui aveva preso piede il criterio della “certezza morale”).

Il principio del “più probabile che non” appare però, nella sua dimensione applicativa, uno strumento grezzo; trasforma ciò che è più probabile in evento processualmente certo e ciò che lo è meno in evento processualmente escluso.

Identificare il principio come “regola del 51%” è conclusione forse in sé grossolana, ma poi non così tanto lontana dal vero; equivale a cancellare l'incertezza dalla decisione del giudice senza avere raggiunto in qualche modo una certezza.

Proprio il sistema dell'*all or nothing* – che regge il principio – toglie lo spazio residuale riconosciuto alle *chances*; se, infatti, l'ipotesi che risulta più probabile deve ritenersi certa a fronte di quella che risulta meno probabile, allora non sembra esservi spazio per una terra di nessuno nella quale si possa incuneare una terza possibilità tra ciò che va ritenuto certo e ciò che va escluso, da identificarsi nel riconoscimento, tutelabile in sede risarcitoria, delle *probabilità perdute*.

Così che, venendo alle vicende di responsabilità medica affrontate nel volume di Vincenzo Zeno-Zencovich, la maggiore probabilità che l'atto medico colposo abbia causato il danno lamentato dal paziente rende il primo integralmente responsabile, mentre, per contro, la maggiore probabilità che la condotta, pur colposa, non abbia giocato un ruolo nella verifica del danno conduce all'integrale esclusione della sua responsabilità.

L'evidente dissintonia e incomunicabilità delle due regole non è stata subito colta, per quanto fosse stata da subito rilevata in dottrina¹¹; è solo a far data dalla pronuncia della Suprema Corte n. 5641 del 2018¹², poi

¹¹ PUCELLA, *Causalità civile e probabilità*, cit., p. 58 ss., spec. p. 64.

¹² Cass. civ., 9 marzo 2018, n. 5641, in *Nuova giur. civ. comm.*, vol. 34, fasc. 9, 2018, p. 1291, con nota di S. GARREFFA, *I paralogismi della teoria della chance perduta*.

ripresa dalla successiva decisione n. 28993 del 2019¹³, che la questione è fatta oggetto di attenzione.

In quelle sentenze la Cassazione ha – finalmente e rettamente – osservato che l’adesione alla regola causale del “più probabile che non” rende impossibile, sul piano logico, la configurazione di un danno da perdita di *chances* poiché se la probabilità dell’esistenza di una certa situazione (ad es., quella in cui l’errore medico ha cagionato la morte del paziente) è maggiore della contraria (in cui il decesso è indipendente dall’errore del sanitario) allora il giudice non può che dichiarare l’esistenza della responsabilità; nell’ipotesi opposta la deve escludere.

Il crinale del 50% opera dunque da spartiacque tra due ipotesi alternative (l’esistenza della responsabilità o la sua esclusione) una delle quali – la più probabile – il giudice fa propria in termini di certezza nella propria decisione.

L’incertezza, dunque, della quale si abbeverano le *chances* perdute, non ha in questo contesto più ragion d’essere; o, per meglio dire: l’incertezza rimane tale sul piano scientifico, perché in quell’ambito non vi è necessità di scioglierla, facendone anzi essa parte quale elemento abitualmente costitutivo; ma viene espunta dalla decisione del giudice per logica coerenza con la regola strumentale - non certo scientifica – del “*more probable than not*”.

Ciononostante la Corte aveva nella sentenza n. 5641 del 2018 rinvenuto un piccolo spazio residuale per il risarcimento delle *chances* perdute, confinato all’ipotesi di “insanabile incertezza”; così si pronunciava la Corte sul punto: «La condotta colpevole del sanitario ha avuto, come conseguenza, un evento di danno incerto: le conclusioni della CTU risultano, cioè, espresse in termini di insanabile incertezza rispetto all’eventualità di maggior durata della vita e di minori sofferenze, ritenute soltanto possibili alla luce delle conoscenze scientifiche e delle metodologie di cura del tempo. Tale possibilità - *i.e.* tale incertezza eventistica (la sola che consenta di discorrere legittimamente di chance perduta) - sarà risarcibile equitativamente, alla luce di tutte le circostanze del caso, come possibilità perduta - se provato il nesso causale (certo ovvero “più probabile che non”), tra la condotta e l’evento incerto (la possibilità perduta) nella sua necessaria dimensione di apprezzabilità, serietà, consistenza».

Senza qui soffermarci sulla validità di una tale conclusione (l’ipotesi “incerta” non supera la prova del “più probabile” e dunque andrebbe

¹³ Cass. civ., 11 novembre 2019, n. 28993, pubblicata, tra l’altro, in *Resp. civ. e prev.*, fasc. 1, 2020, p. 180, con nota di E. BUFANO, *Statuti risarcitori dell’incertezza giuridicamente rilevante: la chance perduta come “forma dell’acqua” nella tutela anticipata dei diritti inviolabili*.

rigettata, non rinvenendosi, neppure in questo ambito, spazio logico per le *chances* perdute)¹⁴, appare piuttosto evidente che la Cassazione si stava muovendo in una direzione significativamente limitativa dell'ambito di risarcimento del danno da perdita di *chances*¹⁵, lasciando così presumere (ed auspicare) che questa più soppesata lettura del problema si sarebbe definitivamente affermata.

Di recente, tuttavia, la Cassazione è nuovamente intervenuta sulla questione in una pronuncia nella quale era posta al vaglio della Corte la risarcibilità del danno da perdita anticipata della vita e, in aggiunta, del danno da perdita di *chances*¹⁶.

Gli aspetti problematici che la Cassazione aveva posto in luce – e tentato di risolvere – nelle due richiamate pronunce del 2018 e del 2019 appaiono evidenti alla Corte anche nella più recente pronuncia, tanto che per tre volte l'estensore afferma che la coesistenza tra danno biologico differenziale e da lucida consapevolezza della morte imminente, da un lato, e danno da perdita di *chances* di sopravvivenza, dall'altro, deve ammettersi solo *in via eccezionale*; i primi due risarcibili ove sia certo che l'errore ha causato la morte anticipata del paziente; il terzo se invece “è *incerto* che l'errore medico abbia causato la morte” (Cass., n. 26851, punti 4.3, *sub* 1 e 3).

Il presupposto affinché ricorra una tale condizione di eccezionalità è che sia accertata una “incerta – ma seria concreta e apprezzabile – possibilità di vivere per un lasso temporale ancora più lungo”; e, precisa la Corte ancor più nettamente, a condizione «che *sul piano eziologico*, sia stata raggiunta una soglia di *certezza* rispetto a quella concreta possibilità, perché la “seria, apprezzabile e concreta possibilità eventistica” conforma morfologicamente la struttura del bene tutelato, e dunque affermarne la sussistenza, al di là dei termini utilizzati in via di principio, equivale logicamente a farlo con eziologica certezza: dovrà, pertanto, risultare *causalmente certo* che, alla

¹⁴ Per i rilievi critici si rinvia a PUCELLA, *L'insanabile incertezza e le chances perdute*, in *Nuova giur. civ. comm.*, vol. 34, fasc. 11, 2018, p. 1684 ss.

¹⁵ Cfr. anche FRANZONI, *La responsabilità sanitaria come perdita di chance?*, cit., p. 613.

¹⁶ Si tratta di Cass. civ., 19 settembre 2023, n. 26851, in *Resp. civ. e prev.*, vol. 88, fasc. 6, 2023, p. 2021 ss., con nota di PUCELLA, *Danno da perdita della vita e da perdita di chances: i due eccellenti convitati di pietra*. Nel (peculiare) caso di specie l'errore del medico aveva, nella valutazione del CTU, anticipato di alcuni anni il decesso della paziente, comunque inevitabile alla luce delle sue compromesse condizioni di salute; era dunque in gioco la risarcibilità del danno da perdita anticipata della vita e, soprattutto, l'individuazione dei criteri per darvi corso. Ma – e qui sta la peculiarità della fattispecie – il Consulente del giudice riteneva che, *forse*, la paziente avrebbe potuto beneficiare di un ulteriore tempo di vita in aggiunta a quello perduto; e per questo diverso profilo la Corte affronta nuovamente il tema della risarcibilità delle *chances* perdute chiedendosi se ad un danno certo (la perdita anticipata della vita) possa sommarsi un danno “diversamente certo” (la perdita di *chances* di sopravvivenza).

condotta colpevole, sia conseguita *la perdita della possibilità* di un risultato migliore – non potendosi discorrere di una “probabilità delle possibilità”...» (*ivi*, punto 4.1.1.).

La Corte (ovviamente a ciò indotta dalla specifica domanda azionata in giudizio) costruisce la risarcibilità delle *chances* su due apparentemente solide basi: la probabilità perduta deve essere “seria, concreta e apprezzabile”; deve inoltre risultare *certo* sul piano eziologico che la condotta illecita *ha causato* la perdita delle probabilità.

È lecito chiedersi se il proposito della Corte, nel pretendere rigorosi livelli di certezza delle *chances* perdute, non sia piuttosto quello di perseguirne la sostanziale irrisarcibilità anziché quello di darvi, come di primo acchito parrebbe, nuova linfa.

In ogni caso il percorso argomentativo seguito dalla Corte solleva più di un dubbio.

Per definizione, quando la ricerca della causa di un evento non può che essere condotta secondo un giudizio probabilistico, ciò significa che non è dato di ricollegare quell'evento ad un'unica causa, dovendosi piuttosto ipotizzare che due o più fattori distinti tra loro, noti o sconosciuti, di pari forza o meno, lo possano avere determinato.

Nel caso in cui si discuta del ruolo rivestito dall'atto medico colposo nell'anticipazione della morte della paziente, esprimere la forza causale di un determinato fattore attraverso una rappresentazione probabilistica significa ammettere che esso *potrebbe* esserne stato la causa, secondo un grado di credibilità più o meno forte; ma potrebbe anche non essere così, per la rilevanza di altri possibili fattori tra i quali ad esempio, banalmente, la già compromessa condizione patologica della paziente¹⁷.

Questo comporta, sempre per definizione, che non possa essere predicato un giudizio *causale* in senso proprio tra condotta illecita e perdita di *chances*; al consulente medico-legale del giudice, per restare alla vicenda in esame, non è dato di spingersi oltre ciò: che vi era una probabilità (alta, media, bassa) che una diversa e più diligente condotta medica garantisse alla paziente un tempo di sopravvivenza maggiore; che vi è stata colpa medica; e che tale probabilità è andata perduta, per il verificarsi dell'evento

¹⁷ Riconoscere, ad esempio che una tempestiva terapia avrebbe assicurato al malato, con una probabilità del 30%, 5 anni di ulteriore sopravvivenza è circostanza possibile in quanto esistano studi scientifici accreditati che hanno riscontrato, in un campione di soggetti presentante le stesse caratteristiche del malato in questione, la sopravvivenza nel 30% dei casi nell'ipotesi di cure tempestive. Ma questo assunto contiene una seconda verità, speculare ed implicita, vale a dire che, nonostante le cure corrette, una più alta percentuale di individui appartenenti a quel medesimo *cluster* non beneficia della stessa possibilità.

negativo (la morte anticipata).

Non può invece, pronunciarsi sul perché le *chances* siano venute meno o, per dirla in modo più corretto, sul perché l'evento negativo si sia verificato; diversamente si transiterebbe da un giudizio probabilistico ad un giudizio di certezza.

In un quadro contraddistinto dall'incertezza sull'efficienza causale della condotta illecita *quoad mortem* – come la stessa Corte lo definisce – non è per definizione dato di sapere a quale gruppo appartenesse la paziente; se a quello dei fortunati che, curati adeguatamente, avrebbero vissuto di più, o a quello di coloro che, nonostante le cure, non avrebbero visto allungato il proprio tempo di vita¹⁸.

Solo impropriamente è dunque possibile parlare di *perdita di chances*; in ogni caso, anche a voler utilizzare questo linguaggio, la paziente avrebbe perso delle *chances* posto che davvero le avesse possedute; diversamente non avrebbe perso nulla.

Un secondo rilievo critico trova spunto proprio nel modo in cui le probabilità vengono trattate nella vicenda affrontata dalla Corte.

I giudici riconoscono alla paziente un risarcimento per avere perso, in ragione della *malpractice*, alcuni anni di vita; nel contempo si interrogano se sia consentito riconoscerle un distinto ristoro in relazione ad un ulteriore tempo di vita che è però incerto se ella abbia davvero perduto.

La linea di confine tra le due ipotesi è data, come chiarisce la Corte stessa (sentenza, punto 4.5) dall'applicazione del criterio causale del “più probabile che non”, nel senso che in tanto può riconoscersi (ed è stato riconosciuto) alla danneggiata il risarcimento del danno biologico differenziale di cui si è detto, in quanto la probabilità che l'atto medico abbia causato la perdita anticipata della vita della paziente si sia rivelata maggiore della contraria.

L'applicazione del criterio causale del “più probabile che non” toglie dunque spazio alle *chances*, poiché ciò che è più probabile è dato per certo, come già si osservava *supra*¹⁹; e se, all'opposto (ed è il caso in esame) vi è

¹⁸ PUCELLA, *La causalità «incerta»*, cit., p. 91.

¹⁹ Si percepisce, ad esempio, l'indebita confusione tra i due profili in Trib. Lecce, 30 marzo 2020, n. 904, cit., in <www.rivistaresponsabilitamedica.it>; in un passaggio della motivazione il Tribunale rileva che alcuni esami diagnostici «avrebbero potuto dare – come riconosciuto dai CTU – secondo il criterio del più probabile che non, serie ed apprezzabili chance di sopravvivenza alla signora ...», poi risarcite. Appare evidente che la Corte incorre in quell'equivoco – logico e lessicale – dal quale la sentenza n. 5641 del 2018 della Cassazione aveva, del tutto correttamente, messo in guardia. Se, infatti, il CTU rileva che l'operato diligente del medico avrebbe fondatamente consentito (“serie e apprezzabili” *chances*) alla danneggiata una maggiore sopravvivenza, allora le devono essere riconosciute non le *chances*

“incertezza sull’efficacia causale della condotta illecita *quoad mortem*” ciò significa che il criterio causale non è soddisfatto ed allora non può che operare, ma in senso contrario, la tagliola del “più probabile che non”. È lapalissiano che ove i giudici avessero ritenuto dimostrato, alla luce di tale criterio, il nesso causale tra colpa medica e *l’ulteriore* tempo di vita perduto dalla paziente lo avrebbero riconosciuto come danno certo, senza necessità di invocare le *chances*; ma è altrettanto evidente che se così non è, il nesso tra colpa medica e ulteriore spazio di vita perduto va escluso, senza potersi ricorrere, ancora una volta, alla stampella causale delle *chances* perdute.

È possibile un ulteriore rilievo critico.

La tutela risarcitoria delle *chances* di ottenere un risultato favorevole è di necessità modellata sul risultato non conseguito, nella misura, tradizionale, di una percentuale del valore di quello, pari alle probabilità perse; per chiarirci: grossolanamente il giudice, posto un danno finale pari a 200 ed una perdita di *chances* nella misura del 40%, dovrebbe risarcire 80).

Se quel risultato è però rappresentato, come nel caso in esame, dalla minore aspettativa di vita, allora il risarcimento non ripaga quella perdita, secondo il principio fermamente enunciato in sentenza, ma solamente la peggior qualità (sul piano biologico, morale e relazionale) *della vita vissuta* in attesa dell’esito infausto.

Ma allora – si osserva – se non sono risarcibili gli anni futuri che il danneggiato ha certamente perduto, a maggior ragione non possono essere risarciti gli anni futuri che è incerto se il danneggiato abbia perduto.

Diventa perciò difficile dare concreto contenuto monetario alle *chances* perdute, pur se da determinarsi “in via strettamente equitativa”, come la

perdute, ma il danno da morte anticipata, perché quell’espressione equivoca – “serie ed apprezzabili chance di sopravvivenza” – altro non significa se non che con una probabilità prevalente (più del 50%) la paziente sarebbe sopravvissuta. L’equivoco è invece perfettamente colto (ed evitato) in altra pronuncia (Trib. Taranto, 16 maggio 2021, n. 1289, in <www.rivistaresponsabilitamedica.it>) ove si legge: «Laddove invece, come nel caso in esame, la regola eziologica del “più probabile che non” non venga soddisfatta, il ricorso alla variante della perdita di *chance* di maggiore sopravvivenza rappresenta nient’altro che un inaccettabile espediente, terminologico e concettuale, per obliterare la primaria funzione selettiva del nesso causale, indispensabile per il sorgere di una responsabilità aquiliana o contrattuale (*an debeat*), posticipandone e riducendone la rilevanza al momento della quantificazione del danno risarcibile (*quantum debeat*). Se ciò fosse consentito, sarebbe sufficiente declinare il medesimo evento lesivo con parole differenti (morte/perdita anticipata della vita/perdita di *chance* di sopravvivenza/perdita di *chance* di guarigione) per aggirare un elemento costitutivo della responsabilità, convertendo il giudizio probabilistico circa la sussistenza del nesso causale in quantificazione percentuale del danno risarcibile, ottenendo in tal modo un ristoro, sia pure più contenuto, nonostante il difetto di un legame eziologico sufficientemente forte da soddisfare la valutazione di “probabilità relativa” in termini percentuali».

Corte afferma, non potendo esso rappresentare né una percentuale del valore del bene perduto – gli anni futuri – né un danno concreto e attuale; la riduzione, reale e concreta, del tempo di vita rimasto può influenzare negativamente, come afferma la Corte, il presente; la mera perdita delle *chances* di sopravvivere no²⁰.

In realtà, pare che la tutela delle c.d. *chances* possa essere apprezzata non tanto nella forma della sottrazione di una quota di probabilità di conseguire un risultato utile, quanto, ancor prima, come perdita di un “*diritto a battersi*” in vista di uno scopo lecito, che l’ordinamento comunque tutela indipendentemente dalla misura in cui si riveli fondato il grado di convincimento che il risultato utile sarà raggiunto²¹. Ed è un diritto che la stessa Corte riconosce (sentenza, punto 4.4); che, poi, lo si voglia ristorare, ove lesa, utilizzando lo strumento del danno morale o per altra via è scelta che fa certamente parte di quella valutazione equitativa cui la Corte a più riprese si appella²².

Osservava Vincenzo Zeno-Zencovich nel concludere il suo studio: «per quanto sia necessaria la unitaria sistemazione teorica dell’istituto della responsabilità civile, è doveroso per l’interprete prendere atto che non ci si trova di fronte ad un monolite, bensì ad una frammentazione di

²⁰ Sul fronte della lesione alla salute e dell’accertamento del danno differenziale appare già complesso, come in ogni giudizio controfattuale, stimare quale sarebbe stata la (migliore) condizione biologica della vittima in assenza di colpa medica e sottrarre da questa - in termini di percentuale di invalidità, ovviamente - la (peggiore) condizione reale nella quale la vittima versa in ragione della *malpractice*; ma, quantomeno, la sottrazione è effettuata tra poste omogenee, anche se non contestuali (per essere l’una futura e l’altra attuale); l’operazione appare invece proibitiva se il minuendo è rappresentato da un valore incerto, se, cioè, non è dato di sapere quale sarebbe stata la condizione futura essendo incerto se, e in quale modo, l’atto colposo possa averla condizionata. Sul fronte del danno morale, invece, ben può essere che la consapevolezza di aver perso una migliore occasione di affrontare la malattia sia fonte di sofferenza; ma allora si esce dalla dinamica delle *chances* perdute e, come subito si dirà nel testo, vi può essere una diversa e più semplice via per offrire ristoro al danneggiato. L’evidente complessità del tentativo di valorizzare le *chances* perdute si coglie anche nella giurisprudenza di merito, dal cui esame si percepisce il pericoloso rischio di anarchia e ingovernabilità dei criteri di calcolo; si veda, ad esempio, tra le molte, Trib. Forlì, 13 gennaio 2020, n. 28, in <www.rivistaresponsabilitamedica.it>.

²¹ Così PUCELLA, *La causalità «incerta»*, cit., p. 148.

²² In una pronuncia di alcuni anni fa, ad esempio, il Tribunale di Milano (sent. 28 dicembre 2016, n. 14161, in <www.rivistaresponsabilitamedica.it>) ha liquidato l’importo di € 40.000 per la perdita di *chances* di sopravvivenza a lungo termine, adottando quale base di calcolo il valore tabellare minimo individuato per la perdita parentale di coniuge/figlio avuto riguardo alle caratteristiche soggettive del paziente, modulato in ragione della percentuale statistica di possibilità favorevoli riconosciute in termini medico legali.

varie regole, diversificate e stratificate nel corso di un secolo per adattare a diverse esigenze, non sempre fra di loro coerenti e compatibili ... E la responsabilità medica è uno di questi frammenti. Ne consegue che le regole causali, ideate dal giurista essenzialmente per conferire una patente «scientifica» all'istituto della responsabilità civile ed assicurarne il più esatto controllo in epoca di *laissez-faire*, si sono con il tempo stemperate ed articolate, per adattarsi a nuove funzioni ed esigenze»²³.

Ecco, confrontando l'oggi con il passato, potremmo dire che la strumentalità della regola alla funzione appare, nel sistema attuale della r.c., molto più marcata e, in quanto tale, espone il sistema normativo, per un verso, al rischio del continuo cambiamento che le esigenze richiedono e, per l'altro, a "curvature" e torsioni sempre più spinte delle sue regole che quella strumentalità assicurino.

Non sembra necessariamente un bene; la "patente scientifica" non può venire meno – né essere mortificata – almeno fino a quando il sistema della responsabilità civile non si trasformerà in un sistema puramente fondato sulla solidarietà sociale.

²³ ZENO-ZENCOVICH, *La sorte del paziente. La responsabilità del medico per l'errore diagnostico*, cit., p. 106.

La Collana *L'unità del diritto* è stata varata su iniziativa dei docenti del Dipartimento di Giurisprudenza. Con questa Collana si intende condividere e sostenere scientificamente il progetto editoriale di Roma TrE-Press, che si propone di promuovere la cultura giuridica incentivando la ricerca e diffondendo la conoscenza mediante l'uso del formato digitale ad accesso aperto.

Comitato scientifico della Collana:

Paolo Alvazzi Del Frate, Roberto Baratta, Concetta Brescia Morra, Paolo Carnevale, Antonio Carratta, Mauro Catenacci, Alfonso Celotto, Carlo Colapietro, Emanuele Conte, Tommaso Dalla Massara, Carlo Fantappiè, Elena Granaglia, Giuseppe Grisi, Andrea Guaccero, Luca Luparia Donati, Francesco Macario, Luca Marafioti, Enrico Mezzetti, Giulio Napolitano, Giuseppe Palmisano, Annalisa Pessi, Giorgio Pino, Alberto Franco Pozzolo, Giampiero Proia, Giorgio Resta, Francesco Rimoli, Giuseppe Ruffini, Marco Ruotolo, Maria Alessandra Sandulli, Chris Thomale, Giuseppe Tinelli, Luisa Torchia, Mario Trapani, Vincenzo Zeno-Zencovich, Andrea Zoppini.

Collana pubblicata nel rispetto del Codice etico adottato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre, in data 22 aprile 2020.

Il volume pubblicato è stato sottoposto a previa e positiva valutazione nella modalità di referaggio *double-blind peer review*.

Coordinamento editoriale:

Gruppo di Lavoro *Roma TrE-Press*

Elaborazione grafica della copertina: **MOSQUITO**, mosquitoroma.it

Caratteri tipografici utilizzati:

Day Roman, Iowan Old Style (copertina e frontespizio)

Adobe Garamond Pro (testo)

Impaginazione e cura editoriale: Colitti-Roma colitti.it

Edizioni: Roma TrE-Press

Roma, dicembre 2025

ISBN: 979-12-5977-542-9

<http://romatrepress.uniroma3.it>

Quest'opera è assoggettata alla disciplina *Creative Commons attribution 4.0 International License* (CC BY-NC-ND 4.0) che impone l'attribuzione della paternità dell'opera, proibisce di alterarla, trasformarla o usarla per produrre un'altra opera, e ne esclude l'uso per ricavarne un profitto commerciale.



L'attività della *Roma TrE-Press* è svolta nell'ambito della
Fondazione Roma Tre-Education, piazza della Repubblica 10, 00185 Roma