

Causalità e ripartizione dell'onere della prova nella responsabilità sanitaria

Rocco Favale*

Abstract

This contribution focuses on the controversial problem of causality in medical liability, on which the Supreme Court has inaugurated a new orientation proving quite harsh to the damaged patient via a questionable reconstruction of the contractual liability resting on the healthcare facility. The analysis is enriched by the examination of the healthcare reform in Germany, with a special emphasis on the provision of § 630h BGB governing the allocation of burdens of proof and, more specifically, the scenario of medical malpractice (grober Behandlungsfehler).

Resumo

Il contributo incentra la sua attenzione al controverso problema della causalità nella responsabilità sanitaria, sul quale la Suprema Corte ha inaugurato un nuovo orientamento che si rivela molto severo nei confronti del paziente danneggiato, attraverso una ricostruzione discutibile della responsabilità contrattuale della struttura sanitaria. L'indagine si arricchisce della trattazione della riforma sanitaria in Germania, incentrando l'attenzione alla disposizione del § 630h BGB, nel quale è disciplinata l'articolata ripartizione degli oneri di prova e, nella specie, l'ipotesi di *grober Behandlungsfehler*.

Sommario

1. Campo di osservazione: la l. n. 24/2017 e il ruolo dei formanti legale e giurisprudenziale. – 2. Il sistema del «doppio binario» della nuova responsabilità sanitaria. – 3. Il revirement della III Sezione civile in ordine all'onere della prova della causalità materiale. – 4. La cor-

* Diretor e Professor Titular de Direito Privado Comparado na Faculdade de Direito da Universidade de Camerino (UNICAM) na Itália - rocco.favale@unicam.it

rezione dogmatica della Cassazione con le sentenze di San Martino 2019. – 5. La riforma sanitaria in Germania. – 6. La problematica della causalità e la ripartizione dell'onere della prova. – 7. La presunzione di colpa del § 630h, comma 1, BGB. – 8. La presunzione di causalità del § 630h, comma 5, BGB. – 9. Schegge comparative interlocutorie.

1. Campo di osservazione: la l. n. 24/2017 e il ruolo dei formanti legale e giurisprudenziale

Fra i due principali attori del mondo giuridico, il mitico legislatore e la giurisprudenza, vi è sempre stata e sempre vi sarà una forte interazione che assume la forma di una serie aperta di rapporti, non tutti a segno positivo¹.

In uno stato armonico, la legge certifica la bontà di orientamenti giurisprudenziali consolidati, come accade allorché una riforma legislativa si limita a versare nella legge i *dicta* giurisprudenziali, per meglio dire una mera ripetizione di una regola giurisprudenziale nella veste di una regola legale². Alla base del rapporto fra i due formanti dovrebbe esistere una forte e reciproca fiducia, dalla consapevolezza del ruolo che spetta a ciascuno di essi. Il legislatore sa che la legge ha lacune e che non coincide con il diritto vivente³. La giurisprudenza, da parte sua, è cosciente che «la legge ha bisogno di una serie di operazioni - di adattamento e di adeguazione, d'integrazione e di sviluppo complementari, le quali, rinnovate di continuo, fanno sì che la norma non resti lettera morta, ma si mantenga viva e vigente nell'orbita dell'ordine giuridico cui appartiene: operazioni, la cui mancanza importa, viceversa, l'isterilirsi della norma e ne fa venir meno, alla fine, la capacità di attuarsi e di farsi valere»⁴.

All'opposto, fra *conditor iuris* e giurisprudenza può altresì sussistere un sentimento reciproco di sfiducia «che induce a un'inversione nella quale uno gioca il ruolo

¹ Interessanti, ancora oggi, le osservazioni di V. SCIALOJA, *L'arbitrio del legislatore nella formazione del diritto positivo*, in *Atti della Società italiana per il progresso delle scienze*, terza riunione, Padova, settembre 1909, Roma, 1910, p. 367 ss. Classico il saggio di O. BÜLOW, *Gesetz und Richteramt*, Leipzig, 1885 (ora in lingua italiana: *Legge e ufficio del giudice*, trad. it. di P. Pasqualucci, in *Quaderni fiorentini*, 30, 2001, tomo I, p. 199 ss.).

² Molte volte la tenuta di un orientamento giurisprudenziale è in diretta relazione ad un'opera di promozione del formante dottrinale. Gli esempi abbondano, ma pensiamo solamente alla tesi contrattuale della responsabilità del medico dipendente inaugurata da Cass. n. 589/1999, oppure in Germania ai formanti giurisprudenziali che adottano le ricostruzioni dottrinali in tema di violazioni contrattuali positive, obblighi di protezione, *culpa in contrahendo*, *Geschäftsgrundlage*, che, a loro volta, sono recepiti negli stampi legislativi come insegnano le esperienze della *Schuldrechtsreform* del 2002 o dell'inserimento nel BGB del c.d. contratto di trattamento sanitario nel 2013 (§ 630a ss.). In diversa prospettiva, ma non meno interessante, F. CARNELUTTI, *Giurisprudenza consolidata (ovvero della comodità del giudicare)*, in *Riv. dir. proc.*, I, 1949, p. 41 ss.

³ F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, I, Paris, 1919, p. 117. Il grande giurista di Nancy osserva in proposito che «Et, d'abord, comme toute oeuvre humaine, la loi sera forcément incomplète. Si affiné qu'on le suppose, l'esprit de l'homme n'est pas capable d'embrasser, dans son entier, la synthèse du monde où il se meut. Et, cette infirmité irrémédiable est particulièrement sensible dans l'ordre juridique, qui, pour être saisi en totalité, supposerait connus, à l'avance, tous les rapports, pouvant susciter, entre les hommes, des conflits d'aspirations ou d'intérêts. Imaginât-on, par impossible, un législateur assez perspicace pour pénétrer, d'un large et profond coup d'oeil, l'ensemble de l'ordre juridique de son époque, encore faudrait-il reconnaître qu'il ne saurait prévoir, pour les régler à l'avance, tous les rapports futurs».

⁴ L'avvertenza è del Maestro E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*, Milano, 1971, p. 95 ss.

dell'altra e viceversa»⁵. L'avvertimento concerne esattamente il settore della responsabilità sanitaria, nel cui ambito la legge ha la «precisa intenzione di tagliar corto a una disciplina non condivisa»⁶.

La disciplina non condivisa che il legislatore ha preso nel mirino è quella disegnata dalla nota decisione della S. Corte n. 589/1999⁷, la quale da più di vent'anni costituisce punto di riferimento del regime della responsabilità civile sanitaria⁸. La Terza Sezione civile ha accolto la tesi della dottrina, secondo la quale «nei confronti del medico, dipendente ospedaliero, si configurerebbe pur sempre una responsabilità contrattuale nascente da “un’obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto”, in quanto poiché sicuramente sul medico gravano gli obblighi di cura impostigli 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 contrattuale»⁹. Il giudice supremo viene incontro agli esegeti, aggira il divieto dell’art. 115 disp. att. c.p.c. e cita fra virgolette il titolo dell’opera dottrinale che consente nella motivazione di cementare le argomentazioni a difesa dell’esistenza di un rapporto fra medico ospedaliero e paziente ricoverato. L’apprestatore di cure, al quale è affidata la salute del paziente in ospedale, non può configurarsi come «l’autore di un qualsiasi fatto illecito, ancora una volta alla stregua di un passante»¹⁰. Vi sarebbe una insanabile di-varicazione fra forma giuridica e realtà materiale: la prima mistificherebbe la realtà se al rapporto medico dipendente-paziente non venisse riconosciuto nessun obbligo.

La decisione *leader* su richiamata alla comune responsabilità professionale della struttura e del medico verso il paziente allinea anche il tipo di responsabilità, nella specie contrattuale, anche se scaturente da fonti diverse: nell’un caso il contratto, nell’altro la condotta professionale eseguita e l’affidamento provocato in capo al paziente che danno luogo ad una *Sonderverbindung*¹¹. Nell’un caso, la struttura sanitaria è responsabile verso il paziente per inadempimento della prestazione principale, nell’altro, il professionista sanitario è responsabile nella dimensione contrattuale

⁵ C. CASTRONOVO, *Swinging malpractice. Il pendolo della responsabilità medica*, in *Eur. dir. priv.*, 2020, p. 860.

⁶ Così, C. CASTRONOVO, *Swinging malpractice*, cit., p. 861, ove solleva un dubbio: «se sia miglior cosa che la giurisprudenza si assuma un compito paralegislativo o che il legislatore vesta i panni della giurisprudenza: quesito insolubile».

⁷ Cass. 22 gennaio 1999, n. 589, in *Corr. giur.*, 1999, p. 441 ss., con nota di A. DI MAJO, *L’obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*; E. GUERINONI, *Obbligazioni da «contratto sociale» e responsabilità contrattuale nei confronti dei terzi*, in *Contratti*, 1999, p. 999; V. CARBONE, *La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contratto*, in *Danno resp.*, 1999, p. 294 ss.

⁸ Per una attenta e puntuale ricostruzione della responsabilità sanitaria nelle diverse stagioni dogmatiche, cfr. M. FEOLA, *La responsabilità sanitaria tra inadempimento e torto*, in *Ann. fac. giur. Univ. Camerino*, 2022, p. 1 ss.

⁹ Cass. 22 gennaio 1999, n. 589, cit., p. 443 ss., richiama il passo di C. CASTRONOVO, *L’obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano, 1995, p. 197.

¹⁰ C. CASTRONOVO, *L’obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, cit., p. 194.

¹¹ Termine adoperato più tardi da Cass. 12 luglio 2016, n. 14188, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 1950, con nota di C. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità precontrattuale e «contatto sociale qualificato»*, e in *Europa dir. priv.*, 2017, p. 1129, con nota di A. ALBANESE, *La lunga marcia della responsabilità precontrattuale: dalla culpa in contrahendo alla violazione di obblighi di protezione*.

per violazione di un obbligo di protezione verso il paziente.

La tesi della «doppia» responsabilità contrattuale – come osservato in precedenza – ha trovato una solida continuità, ma, al contempo, una opposizione «sotterranea» in seno al dibattito scientifico il cui esito ha portato ad una contropinta da parte di un doppio intervento legislativo per il ripristino della teorica del «doppio binario»¹². La legge Balduzzi all'art. 3, comma 1, ha disposto che «l'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo comma»¹³. Siffatta norma, reputata non chiara dalla maggior parte degli studiosi, indipendentemente dall'esistenza o meno di un rapporto professionale con il paziente, accosta la disposizione generale dell'art. 2043 c.c. alla responsabilità penale del medico. L'introduzione di una regola così umbratile ha finito per rinfocolare le ambiguità della legge e le legittime osservazioni critiche della dottrina e della giurisprudenza. Secondo la S. Corte «la fattura della norma, là dove omette di precisare in che termini si riferisca all'esercente la professione sanitaria e concerne nel suo primo inciso la responsabilità penale, comporta che la norma dell'inciso successivo, quando dice che resta comunque fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 c.c., poiché *in lege aquilia et levissima culpa venit*, vuole solo significare che il legislatore si è soltanto preoccupato di escludere l'irrilevanza della colpa lieve in ambito di responsabilità extracontrattuale, ma non ha inteso certamente prendere alcuna posizione sulla qualificazione della responsabilità medica necessariamente come responsabilità di quella natura»¹⁴.

Le posizioni critiche assunte dalla dottrina e dalla giurisprudenza verso la riforma legislativa hanno spinto il *conditor iuris* ad un nuovo intervento diretto a ridisegnare la riforma sanitaria, a cominciare dal titolo della legge¹⁵.

L'intento primario del legislatore è stato quello di riscrivere il regime della respon-

¹² M.P. MANTOVANI, *L'assicurazione della responsabilità civile medico-sanitaria*, Napoli, 2017, p. 138 ss., 161.

¹³ L. 8 novembre 2012, n. 189.

¹⁴ Cass. 17 aprile 2014, n. 8940, in *Pluris online*, § 6.2.

¹⁵ L. 8 marzo 2017, n. 24, Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie. In proposito, M. BILANCETTI - F. BILANCETTI, Verso quale riforma della responsabilità medica, in *Riv. it. med. leg. dir. san.*, 2016, p. 1399, ove rilevano che in seno al Ministero della salute è stata istituita una Commissione di esperti avente l'obiettivo di riscrivere i confini della responsabilità civile e penale del medico partendo dalla previsione dell'art. 3 l. n. 189/2012. I due autori precisano che «il modello italiano, nella configurazione che era andato via via assumendo, differiva dalla gran parte dei modelli degli altri ordinamenti dei Paesi Membri dell'Unione Europea, in cui, pur talvolta ricorrendo a qualche tecnica di inversione dell'onere della prova, il sistema di responsabilità medica è fondato esclusivamente sulla responsabilità extracontrattuale. Quei modelli distinguono inoltre in modo netto le posizioni della struttura sanitaria da quelle dell'esercente la professione medica, perché tengono conto del fatto che la struttura sanitaria offre un servizio articolato, comprensivo di ospitalità, di servizi, della fornitura di farmaci e di strumenti medici, di terapie principali e collaterali, ed è, pubblica o privata che sia, convenzionata o meno, una impresa, come intesa nel linguaggio e nella normativa europea, mentre l'esercente la professione sanitaria svolge una attività intellettuale. Ai fini della reazione dell'ordinamento in caso di danni al paziente si giustifica dunque un diverso trattamento dell'una e dell'altro».

sabilità sanitaria, confermando, o per meglio dire, imponendo il principio del doppio binario, secondo cui alla responsabilità contrattuale della struttura sanitaria si affianca la responsabilità extracontrattuale del medico ospedaliero. Quando sono rispettate le linee guida il percorso di responsabilità penale e civile può prevedere un'esclusione di punibilità nelle ipotesi in cui l'evento di danno sia conseguenza di imperizia. Il professionista sanitario, salvo assunzione di obbligazione contrattuale verso il paziente, risponde verso lo stesso della sua negligenza ai sensi la responsabilità extracontrattuale di cui all'art. 2043 c.c. In sede penale l'osservanza delle linee guida incide sulla colpa del professionista, mentre civilmente ciò non ha rilevanza. Ma la frammentarietà di disciplina di conio medievale è acuita nel momento in cui alla condotta professionale del medico ospedaliero risulta inapplicabile la norma contenuta nell'art. 2236 c.c., per la semplice ragione che il professionista, al quale nell'ambito dell'organizzazione è assegnato in cura un determinato paziente, assume la posizione di terzo passante¹⁶. Ma non è ancora tutto. Nella fase della determinazione del danno e del relativo risarcimento il giudice deve valutare il comportamento del professionista secondo le coordinate della colpa penale e in conformità ai parametri disposti dagli artt. 138 e 139 cod. ass., ai fini, in sostanza, di un calmieramento del *quantum* risarcitorio.

L'asserita sicurezza delle cure e della persona assistita, enfatizzata nel titolo della l. n. 24/2017, viene messa in parentesi dalla responsabilità extracontrattuale del medico, dove il professionista curante assume le vesti di mero passante tenuto solamente ai doveri di civile convivenza (*neminem laedere*). Siffatta configurazione e relativa disciplina non si attagliano alla realtà e spetterà quindi agli interpreti assumere il compito di «aggiustatori» diretti a modellare il formante legale, così da renderlo armonico entro il sistema unitario della disciplina della responsabilità civile¹⁷.

Questo della responsabilità civile del medico, tuttavia, è un capitolo in formazione, dove la parte più importante deve essere ancora scritta in attesa del primo intervento della S. Corte.

2. Il sistema del «doppio binario» della nuova responsabilità sanitaria

L'art. 7 l. n. 24/2017 ridisegna il regime di responsabilità civile medica¹⁸ secondo la tecnica del «doppio binario»¹⁹, che dimostra piuttosto lo «strabismo» del formante legale²⁰.

¹⁶ C. CASTRONOVO, *Swinging malpractice*, cit., p. 854.

¹⁷ Interessanti spunti sull'integrazione e sulla correzione della legge da parte dei giuristi possono scaturire dalla lettura delle pagine dell'opera classica di K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, trad. it. di A. Baratta, Milano, 1970, p. 217 ss.

¹⁸ A. DI MAJO, *La salute responsabile*, Torino, 2018, p. 9, ove esplicitamente discorre di legge intervenuta «a gamba tesa» sul tema della responsabilità del medico».

¹⁹ M.P. MANTOVANI, *L'assicurazione della responsabilità civile medico-sanitaria*, cit., p. 138 ss.

²⁰ Così, C. CASTRONOVO, *Swinging malpractice*, cit., p. 862, ove avverte come la soluzione prescelta dalla riforma «riproduce [...] i problemi ai quali aveva ovviato la giurisprudenza con la svolta del 1999».

La struttura sanitaria pubblica o privata risponde per gli eventuali danni subiti dal paziente in via contrattuale ai sensi degli artt. 1218 e 1228 c.c.; il professionista sanitario, per contro, risponde verso il paziente della sua condotta in via extracontrattuale, ex art. 2043 c.c.²¹, «salvo che abbia agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente»²². Il mondo sanitario ha subito un fenomeno caratterizzato dal passaggio dall'atto del medico all'attività sanitaria, quale «complesso dei rapporti che, oltre a quello di tipo personale, si istituiscono nel momento in cui un soggetto è destinatario di prestazioni mediche di ogni tipo, diagnostiche, preventive, ospedaliere, terapeutiche, chirurgiche, estetiche, assistenziali, etc.»²³. La scelta del *conditor iuris* di allocare il rapporto fra medico dipendente della struttura e il paziente ricoverato nell'ambito della responsabilità delittuale azzera tutti gli sforzi ricostruttivi compiuti dalla dottrina e dalla giurisprudenza per rendere più aderente il rapporto particolare richiamato (*Sonder- verbindung*)²⁴ alla realtà materiale. In primo luogo viene mortificata la teoria dell'obbligazione senza prestazione che, a partire dalla famosa decisione n. 589/1999²⁵, aveva conciliato la realtà materiale con la costruzione giuridica²⁶. In secondo luogo, la relazione fra medico e paziente viene dispersa entro il perimetro del dovere generico dell'*alterum non laedere*. Da ultimo, ma non meno importante, il principio dell'integralità del risarcimento del danno viene mitigato con il richiamo applicativo della disciplina assicurativa (artt. 138 e 139 c. ass.), quale ambito fra i più rilevanti concernenti il danno alla persona, anche se entro il perimetro della circolazione stradale.

Il doppio regime di responsabilità disposto per legge se mostra la scelta che il *conditor iuris* riformatore ha voluto seguire, tuttavia non pare mettere in posizione di armonia gli strumenti giustapposti diretti a completare l'articolazione della posizione dei soggetti sanitari. La struttura sanitaria risponde verso il paziente secondo le coordinate della responsabilità contrattuale (artt. 1218 e 1228 c.c.), mentre il medico, chiamato in giudizio per *malpractice*, risponde attraverso l'ordito della responsabilità extracontrattuale, con evidenti divaricazioni in seno al problema dell'onere della prova. Può accadere che il medico non sia coinvolto nel giudizio di responsabilità

²¹ D. PITTELLA, *Dall'obbligazione senza prestazione alla responsabilità extracontrattuale del medico: rigetto locale o totale del contatto sociale "qualificato"?*, in *Contr. impr.*, 2020, p. 417 ss.

²² Per un primo commento chiaro ed esaustivo della nuova legge, v. G. ALPA, in *La responsabilità sanitaria. Commento alla l. 8 marzo 2017, n. 24*, a cura di G. Alpa, Ospedaletto, 2017, p. 229 ss.

²³ G. ALPA, *La responsabilità medica*, in *Resp. civ. prev.*, 1999, p. 315; R. DE MATTEIS, *Dall'atto medico all'attività sanitaria. Quali responsabilità?*, in *Le responsabilità in medicina*, a cura di A. Belvedere - S. Riondato, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà - P. Zatti, IV, Milano, 2011, p. 133 ss.

²⁴ Così, Cass., 12 luglio 2016, n. 14188, in *Pluris online*, ove adotta in motivazione proprio il termine usuale nella dottrina e nella giurisprudenza tedesche.

²⁵ Cass. 22 gennaio 1999, n. 589, cit., p. 441 ss. Non è inutile ricordare che il sostrato della costruzione giuridica della famosa decisione richiamata sta nel contributo di C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, cit., p. 147 ss.

²⁶ C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, cit., p. 194, ove richiama «le esigenze di una forma giuridica che sia il più possibile aderente all'idea materiale (della materia che si distingue dalla forma ma ne reclama in pari tempo una a sé omogenea) che del rapporto abbiano i soggetti che vi partecipano». Argomento raccolto più tardi da Cass. 22 gennaio 1999, n. 589, cit., § 4.2. (motivazione). Successivamente C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Milano, 2018, p. 779, avverte come «la verità della forma [...] costituisce la prima vocazione assiologica di ogni ordinamento».

professionale riguardante la struttura, la quale, successivamente alla condanna, potrebbe chiamare in rivalsa il medico, entro i limiti posti dall'art. 9 l. n. 24/2017, il quale risponde secondo le norme del torto²⁷.

3. Il revirement della III Sezione civile in ordine all'onere della prova della causalità materiale

In seno al fenomeno della responsabilità medica anche il formante giurisprudenziale contribuisce alla riforma attraverso una ridefinizione delle regole sull'onere della prova in materia di nesso causale²⁸, indipendentemente dalle peculiarità del soggetto chiamato in responsabilità, nella specie la struttura sanitaria ovvero il medico ausiliario²⁹. Di rimbalzo, la nuova teorica in materia di nesso eziologico d'un tratto manda al macero alcuni decenni di sviluppi giurisprudenziali, con il ritorno ad una situazione antecedente al famoso arresto sugli interventi routinari³⁰.

L'evoluzione giurisprudenziale fino alla decisione n. 18392/2017 passa attraverso due tappe segnate dagli interventi delle Sezioni Unite. La prima concerne l'arresto n. 13533/2001³¹, dove la S. Corte, sulla base dei principi di persistenza del diritto e di

²⁷ Per C. CASTRONOVO, *Swinging malpractice*, cit., p. 864, appare dominante la posizione di responsabilità della struttura rispetto a quella del medico. Il problema ha trovato la sua trattazione in Cass. 11 novembre 2019, n. 28987, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 345 ss., con nota di adesiva di A. D'ADDA, *I rapporti interni tra debitore ed ausiliario ex art. 1228: una opportuna messa a punto (con molte luci e qualche ombra)*. V., altresì, A. D'ADDA, *Ausiliari, responsabilità solidale e "rivalsa"*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2018, p. 361 ss.

²⁸ Cass. 26 luglio 2017, n. 18392, in *Danno resp.*, 2017, p. 696 ss., con nota di D. ZORZIT, *La Cassazione e la prova del nesso causale: l'inizio di una nuova storia?*. Sulla pronuncia in esame si vedano anche i commenti di R. PARDOLISI - R. SIMONE, *Nesso di causa e responsabilità della struttura sanitaria: indietro tutta?*, in *Danno resp.*, 2018, p. 5 ss.; B. TASSONE, *Responsabilità contrattuale e inversione della prova del nesso*, in *Danno resp.*, 2018, p. 14 ss.

²⁹ Il titolo del saggio di A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *La Terza Sezione e la strana teoria dell'inadempimento...extra-contrattuale per colpa*, in *Danno resp.*, 2019, p. 248 ss., esplica chiaramente i problemi della nuova tesi giurisprudenziale.

³⁰ G. D'AMICO, *Il rischio della "causa ignota" nella responsabilità contrattuale in materia sanitaria*, in *Danno resp.*, 2018, p. 357. Il riferimento è alla famosa decisione di Cass. 21 dicembre 1978, n. 6141, in *Giur. it.*, I, 1, 1979, c. 953 ss., la quale distingue, ai fini della ripartizione dell'onere probatorio, gli interventi di facile esecuzione dagli interventi di difficile esecuzione, ove in quest'ultimi spetta al paziente dimostrare l'errore in cui è caduto il sanitario attraverso una ricostruzione puntuale delle modalità che hanno caratterizzato l'intervento, mentre nei primi è sufficiente al paziente dimostrare il peggioramento delle condizioni di salute per presumere la negligenza del professionista, salvo che questi provi che l'esito peggiorativo sia conseguenza di un evento imprevedibile sopravveniente o dello stato di salute del paziente. Va ricordato che la decisione richiamata destabilizzava un orientamento giurisprudenziale monolitico risalente fino al varo del nuovo codice civile, secondo il quale l'obbligazione sanitaria è obbligazione di mezzi, per cui spetta al paziente l'onere di provare la difettosa esecuzione della prestazione, il danno subito e il nesso causale fra negligenza del professionista e il danno (Cass. 28 aprile 1961, n. 961, in *Giur. it.*, I, 1, 1962, c. 1248 ss., con nota di C. LEGA, *La prestazione del medico come oggetto di obbligazioni di mezzi*; Cass. 9 marzo 1965, n. 375, in *Foro it.*, I, 1965, c. 1039 ss.; Cass. 15 dicembre 1972, n. 3616, in *Foro it.*, I, 1973, c. 1474 ss.; Cass. 13 ottobre 1972, n. 3044, in *Foro it.*, I, 1973, c. 1170 ss.; Cass. 18 giugno 1975, n. 2439, in *Giur. it.*, I, 1, 1976, c. 953 ss., con nota di C. LEGA, *In tema di responsabilità del medico chirurgo*; Cass. 29 marzo 1976, n. 1132, in *Giur. it.*, I, 1, 1977, c. 1980 ss.).

³¹ Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Foro it.*, I, 2002, c. 769 ss., con nota di P. LAGHEZZA, *Inadempimenti ed onere della prova: le sezioni unite e la difficile arte del rammendo*; in *Corr. giur.*, 2001, p. 1565 ss., con nota di V. MARICONDA, *Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, p. 356 ss., con nota di B. MEOLI, in *Contratti*, 2002, p. 118 ss., con nota di U. CARNEVALI, *Inadempimento e onere della prova*.

vicinanza della prova, edifica nell'ambito della responsabilità contrattuale una regola probatoria unitaria per le differenti ipotesi di adempimento, risoluzione, risarcimento del danno, inadempimento e adempimento inesatto, secondo cui il creditore è solo tenuto a dimostrare la fonte della sua pretesa, mentre al debitore spetta di avere adempiuto la prestazione. Siffatto principio aveva preso piede nel campo della responsabilità sanitaria attraverso due decisioni³² con le quali si addossava al paziente esclusivamente l'onere di dimostrare l'esistenza del contratto e l'aggravamento della situazione patologica o l'insorgere di nuove patologie a seguito del trattamento, mentre alla struttura e/o al medico spettava dimostrare l'adempimento della prestazione professionale e che la situazione sfavorevole di salute del paziente fosse dovuta ad eventi imprevisti e imprevedibili³³. Siffatte pronunce lasciano aperto il problema spinoso su quale parte debba ricadere l'onere della prova del nesso causale materiale, anche se la giurisprudenza successiva lo addossa in capo al paziente³⁴.

Le Sezioni Unite n. 577/2008³⁵ invece coltivano la tesi di una presunzione del nesso di causa, con il conseguente esonero del paziente dalla relativa prova. Precisamente, quest'ultimo è tenuto solamente ad allegare un inadempimento «qualificato», ossia astrattamente idoneo a cagionare l'evento pregiudizievole, spettando al debitore dimostrare che l'inadempimento non vi è stato o che, pur esistendo, non è stata la causa³⁶.

Le Sezioni Unite hanno lasciato aperte alcune questioni non secondarie, fra le quali il contenuto della prova liberatoria in capo alla struttura sanitaria o al medico e al-

³² Cass. 19 maggio 2004, n. 9471; Cass. 28 maggio 2004, n. 10297; Cass. 21 giugno 2004, n. 11488, in *Danno resp.*, 2005, p. 26 ss., con nota di R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica ad una svolta?*.

³³ Secondo la S. Corte la distinzione tra prestazione di facile esecuzione e prestazioni che implicano la risoluzione di problemi di speciale difficoltà, non costituisce più un criterio di ripartizione dell'onere della prova, ma deve essere adoperata per valutare il grado di diligenza ed il corrispondente grado di colpa, restando comunque a carico del sanitario la prova che la prestazione sia di difficile esecuzione.

³⁴ Cass. 11 novembre 2005, n. 22894, in *DeJure online*; Cass. 18 aprile 2005, n. 7997, in *Resp. civ. prev.*, 2006, p. 1136 ss.; Cass. 19 aprile 2006, n. 9085, in *Corr. giur.*, 2006, p. 903 ss., secondo cui «in tema di responsabilità dell'ente ospedaliero per inesatto adempimento della prestazione sanitaria, inquadrabile nella responsabilità contrattuale, è a carico del danneggiato la prova dell'esistenza del contratto e dell'aggravamento della situazione patologica (o dell'insorgenza di nuove patologie), nonché del relativo nesso di causalità con l'azione o l'omissione dei sanitari, restando a carico di questi ultimi la prova che la prestazione professionale sia stata eseguita in modo diligente e che quegli esiti siano stati determinati da un evento imprevisto ed imprevedibile».

³⁵ Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Danno resp.*, 2008, p. 788 ss., con nota di G. VINCIGUERRA, *Nuovi (ma provvisori?) aspetti della controversia medica*; in *Resp. civ. prev.*, 2008, p. 397 ss., con nota di R. CALVO, *Diritti del paziente, onus probandi e responsabilità della struttura sanitaria*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, p. 616 ss., con nota di R. DE MATTEIS, *La responsabilità della struttura sanitaria per danno da emotrasi*; in *Danno resp.*, 2008, p. 1002 ss. con nota di M. GAZZARA, *Le Sezioni Unite fanno il punto di tema di prova della responsabilità sanitaria*; in *Giur. it.*, 2008, p. 2197 ss., con nota di M.G. CURSI, *Responsabilità della struttura sanitaria e riparto dell'onere probatorio*; in *Danno resp.*, 2008, p. 871 ss., con nota di A. NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*.

³⁶ Alla base della tesi v'è il pensiero di Cass., Sez. Un., 28 luglio 2005, n. 15871 (in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, p. 828, con nota di R. VIGLIONE, *Prestazione d'opera intellettuale e disciplina applicabile, tra obbligazioni di mezzi e di risultato*; in *Europa dir. priv.*, 2006, p. 781, con nota di A. NICOLUSSI, *Il commiato della giurisprudenza dalla distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*; in *Contratti*, 2006, p. 349, con nota di F. TOSCHI VESPASIANI e F. TADDEI, *Il contratto d'appalto e la responsabilità del progettista-direttore dei lavori per i vizi e le difformità dell'opera*), secondo cui la distinzione fra obbligazioni di mezzi e di risultato assume valore esclusivamente descrittivo.

tresi su chi cada il rischio della causa ignota. Alcuni anni dopo arriva una decisione di stampo regressivo, nella quale si statuisce che «ove sia dedotta una responsabilità contrattuale della struttura sanitaria per l'inesatto adempimento della prestazione sanitaria, è onere del danneggiato provare il nesso di causalità fra l'aggravamento della situazione patologica (o l'insorgenza di nuove patologie per effetto dell'intervento) e l'azione o l'omissione dei sanitari, mentre è onere della parte debitrice provare che una causa imprevedibile ed inevitabile ha reso impossibile l'esatta esecuzione della prestazione; l'onere per la struttura sanitaria di provare l'impossibilità sopravvenuta della prestazione per causa non imputabile sorge solo ove il danneggiato abbia provato il nesso di causalità fra la patologia e la condotta dei sanitari»³⁷. Ne deriva che la causa incognita resta a carico del paziente relativamente all'evento dannoso, resta a carico del sanitario relativamente alla (im)possibilità di adempiere. L'orientamento seguito è quello minoritario, che si pone in diretta contrapposizione con le Sezioni Unite civili, sollevando un problema di certezza del diritto fra gli interpreti. La severa soluzione seguita è in disamonia con le decisioni fondamentali delle Sezioni Unite del 2001³⁸ e del 2008³⁹.

La questione che solleva questa lettura della responsabilità sanitaria è che l'orditura argomentativa reputa irrilevante la distinzione di regime giuridico fra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale⁴⁰. Le disposizioni di principio contenute negli artt. 1218 e 2043 c.c. muovono invece da una diversa costruzione della struttura della responsabilità, e non potrebbe essere diversamente. L'esistenza o meno del vincolo previo fra i soggetti coinvolti delinea la forma della relativa responsabilità, per cui, in sintonia con quanto sostenuto dalla giurisprudenza⁴¹, il creditore deve soltanto allegare l'inadempimento qualificato⁴², mentre al debitore spetta l'onere di dimostrare l'adempimento o l'impossibilità della prestazione per causa a lui non imputabile. In questi termini, il rapporto obbligatorio non pone il problema della causalità materiale in quanto il fatto dell'inattuazione è ascritta al debitore. Piuttosto quest'ultimo deve dimostrare che l'impossibilità di adempiere sia stata la conseguenza della sopravvenienza di una causa a lui non imputabile. Insomma, «nella responsabilità contrattuale non si dà un evento, dal quale a ritroso

³⁷ Cass. 26 luglio 2017, n. 18392, cit., § 2.1.3.

³⁸ Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2001, n. 13533; commentata da G. VILLA, *Onere della prova, inadempimento e criteri di razionalità economica*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2002, p. 707 ss.; G. VISINTINI, *La Suprema Corte interviene a dirimere un contrasto tra massime (in materia di inadempimento e onere probatorio a carico del creditore vittima dell'inadempimento)*, in *Contr. impr.*, 2003, p. 903 ss.

³⁹ Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577, cit.

⁴⁰ Il punto è messo bene in evidenza e sviluppato da A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *La Terza Sezione e la strana teoria dell'inadempimento...extra-contrattuale per colpa*, cit., spec. p. 250 ss., secondo il quale «la Cassazione dimentica di aver qualificato la fattispecie come inadempimento, e di essere in tema di responsabilità contrattuale, ed applica, invece, le regole di diritto comune previste in sede di responsabilità extracontrattuale per colpa (art. 2043 c.c.)».

⁴¹ Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2001, n. 13533, cit.

⁴² In proposito, Cass. 12 dicembre 2013, n. 27855, in *Dejure online*, precisa che «nelle cause di responsabilità professionale medica, il paziente non può limitarsi ad allegare un inadempimento, quale che esso sia, ma deve dedurre l'esistenza di una inadempienza, per così dire, vestita, astrattamente efficiente, cioè, alla produzione del danno» (§ 5 in motivazione).

ocorra giungere, lungo una catena causale, a un responsabile, per la ragione che l'inadempimento non è un evento naturalistico, rispetto al quale soltanto ha senso un discorso causale»⁴³. La norma fondamentale contenuta nell'art. 1218 c.c. «lascia poco spazio alla colpa e al rapporto di causalità “materiale”»⁴⁴, e in quest'ambito il debitore responsabile deve affrontare il diverso problema della determinazione del danno da risarcire, la c.d. causalità giuridica. In seno a questo nuovo orientamento giurisprudenziale, il principio di maggior vicinanza alla prova da parte del debitore, che giustifica l'onere della prova a carico di quest'ultimo dell'avvenuto adempimento, viene disconosciuto in guisa repentina «in relazione al nesso causale fra la condotta dell'obligato e il danno lamentato dal creditore, rispetto al quale non ha dunque ragion d'essere l'inversione dell'onere prevista dall'art. 1218 cod. civ. e non può che valere – quindi – il principio generale sancito dall'art. 2697 cod. civ., che onera l'attore (sia il danneggiato in sede extracontrattuale che il creditore in sede contrattuale) della prova degli elementi costitutivi della propria pretesa»⁴⁵.

Nella responsabilità contrattuale, la prova dell'inadempimento del debitore supporta la presunzione del danno conseguente, quale «mancata e/o difettosa prestazione e con la perdita da essa recata»⁴⁶. L'ascrizione del danno subito dal danneggiato al comportamento del danneggiante è caratteristico della responsabilità delittuale, mentre nella «responsabilità contrattuale v'è la preesistenza di un rapporto obbligatorio che pone le parti in relazione (di causalità “materiale”) e che impone al debitore di eseguire la prestazione dovuta in maniera esatta e puntuale»⁴⁷.

La decisione *leader* del 2017 scorge un «tronco comune» nelle due forme di responsabilità in ordine agli oneri di allegazione e di prova del danneggiato, dove «il danno è elemento costitutivo della fattispecie dedotta in giudizio ed essendo l'eziologia immanente alla nozione di danno anche l'eziologia è parte del fatto costitutivo dedotto che l'attore deve provare». A ciò si affiancano le peculiarità della responsabilità contrattuale, che «sorge dall'inadempimento di un obbligo, sicché l'attore deve provare la fonte dell'obbligo», e della responsabilità extracontrattuale che, in assenza di una *Sonderverbindung*, esige «un criterio di giustificazione, e tali sono il dolo e la colpa, che è pertanto onere dell'attore dimostrare»⁴⁸. Per la S. Corte esiste «un duplice ciclo causale, l'uno relativo all'evento dannoso, a monte, l'altro relativo all'impossibilità di

⁴³ Così, C. CASTRONOVO, *Swinging malpractice*, cit., p. 883; ID., *Responsabilità civile*, cit., p. 877, precisa che «questa causalità di (fondazione di) responsabilità, poi, mentre si ataglia al fatto illecito, fornendo la necessaria struttura portante al criterio di imputazione, non ha nulla da dire nella responsabilità contrattuale, nella quale, se vogliamo ancora usare il vecchio linguaggio (ampiamente impreciso perché l'inadempimento come pura mancanza dell'adempimento sul piano della realtà è un non-evento), la questione non è di causalità del fatto bensì di causalità dell'evento».

⁴⁴ A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO - M. FEOLA, *Diritto delle obbligazioni*, Napoli, 2020, p. 315; anche A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO - M. FEOLA, *La cooperazione mancata: sopravvenuta impossibilità della prestazione e imputabilità dell'inadempimento*, in *Comp. dir. civ.*, 2019, p. 1 ss.

⁴⁵ Cass. 13 luglio 2018, n. 18540, § 2, in *Pluris online*.

⁴⁶ A. DI MAJO, *La salute responsabile*, cit., p. 15.

⁴⁷ A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO - M. FEOLA, *Diritto delle obbligazioni*, cit., p. 318.

⁴⁸ Cass. 26 luglio 2017, n. 18392, cit., § 2.1.2.

adempiere, a valle. Il primo, quello relativo all'evento dannoso, deve essere provato dal creditore/danneggiato, il secondo, relativo alla possibilità di adempiere, deve essere provato dal debitore/danneggiante. Mentre il creditore deve provare il nesso di causalità fra l'insorgenza (o l'aggravamento) della patologia e la condotta del sanitario (fatto costitutivo del diritto), il debitore deve provare che una causa imprevedibile ed inevitabile ha reso impossibile la prestazione (fatto estintivo del diritto). Conseguenzialmente la causa incognita resta a carico dell'attore relativamente all'evento dannoso, resta a carico del convenuto relativamente alla possibilità di adempiere. [...] Il ciclo causale relativo alla possibilità di adempiere acquista rilievo solo ove risulti dimostrato il nesso causale fra evento dannoso e condotta del debitore»⁴⁹. Siffatta ricostruzione non regge alla critica, in quanto la doppia relazione di causalità si rivela «autocontraddittoria»: se il creditore dimostra il legame causale fra il danno subito e il comportamento del debitore, quest'ultimo non potrà logicamente dimostrare l'impossibilità della prestazione per causa a lui non imputabile; al contrario, se il creditore non riesce a provare il nesso causale fra condotta debitoria e danno, il debitore non avrà alcuna necessità di dimostrare la sua estraneità alla responsabilità⁵⁰.

Nell'ipotesi di inadempimento il creditore deve provare soltanto il titolo dell'obbligazione e allegare l'inadempimento, mentre spetta al debitore provare l'adempimento o l'impossibilità della prestazione per causa a lui non imputabile. Il nesso di causa interviene esclusivamente per esonerare il debitore dal dover rispondere della conseguenza avversa⁵¹.

4. La correzione dogmatica della Cassazione con le sentenze di San Martino 2019

Nella serie delle sentenze di San Martino del 2019, la S. Corte sviluppa la tesi concernente l'onere della prova nella responsabilità medica coinvolgendo problemi fondamentali del diritto delle obbligazioni e della responsabilità civile, dall'oggetto dell'obbligazione all'interesse del creditore fino all'annoso problema del nesso causale, nel caso di specie la causalità omissiva. Innanzitutto, i giudici supremi sconfessano una ricostruzione unitaria della responsabilità civile sotto il profilo della ripartizione del carico probatorio in ordine al nesso causale. Infatti precisano che «il tratto distintivo della responsabilità contrattuale risiede nella premessa della relazionalità, da cui la responsabilità conseguente alla violazione di un rapporto obbligatorio»⁵². Essa si caratterizza per il fatto che «la lesione dell'interesse, in cui si concretizza il danno evento, è cagionata dall'inadempimento» e «la causalità materiale, pur teoricamente distinguibile dall'inadempimento per la differenza fra eziolo-

⁴⁹ Cass. 26 luglio 2017, n. 18392, cit., § 2.1.3.

⁵⁰ In questi termini, C. CASTRONOVO, *Swinging malpractice*, cit., p. 884 ss., ove con riferimento alla decisione del 2017 precisa che «nel caso oggetto della decisione, in assenza della prova del nesso causale richiesta secondo la Cassazione al danneggiato, il preteso danneggiante non ha dovuto dare la prova dell'impossibilità derivante da causa estranea».

⁵¹ C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., p. 872 ss.

⁵² Cass. 11 novembre 2019, n. 28991, § 1.1.1., in *Danno resp.*, 2020, p. 71 ss. (§ 1.1.1., in motivazione), con nota di A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Inadempimento e causalità "materiale": perseverare diabolicum*.

logia ed imputazione, non è praticamente separabile dall'inadempimento, perché quest'ultimo corrisponde alla lesione dell'interesse tutelato dal contratto e dunque al danno evento»⁵³.

Siffatto disegno «del rapporto fra causalità materiale e responsabilità contrattuale attiene tuttavia allo schema classico dell'obbligazione di dare o di fare contenuto nel codice civile. Nel diverso territorio del *facere* professionale la causalità materiale torna a confluire nella dimensione del necessario accertamento della riconducibilità dell'evento alla condotta secondo le regole generali»⁵⁴.

La disposizione fondamentale dell'art. 1218 c.c. è norma generale che disciplina in guisa unitaria la figura dell'inadempimento dell'obbligazione, di qualsiasi specie, compresa quella di *facere* professionale. Mentre sotto il profilo probatorio, non è il creditore a dover dimostrare la responsabilità del debitore, ma è al debitore che spetta l'onere di esonerarsi da responsabilità⁵⁵. Le obbligazioni di mezzi – per la S. Corte: obbligazioni di *facere* professionale – non hanno un regime analogo a quello dei fatti illeciti *ex art.* 2043 c.c., perché comunque si fondano su un elemento che manca alla fattispecie del torto, l'esistenza del vincolo previo tra le parti⁵⁶. In questo senso, in seno alla responsabilità contrattuale, la condotta del debitore assorbe il nesso fra evento di danno (inadempimento) e fatto antecedente (comportamento), a sua volta delimitata dai criteri di responsabilità⁵⁷. Il punto più delicato della tesi seguita dalla S. Corte si individua in ciò che «se l'interesse corrispondente alla prestazione è solo strumentale all'interesse primario del creditore, causalità ed imputazione per inadempimento tornano a distinguersi anche sul piano funzionale (e non solo su quello strutturale) perché il danno evento consta non della lesione dell'interesse alla cui soddisfazione è preposta l'obbligazione, ma della lesione dell'interesse presupposto a quello contrattualmente regolato»⁵⁸.

Ma se l'interesse presupposto è fuori dalla cinta del rapporto d'obbligazione non è dato capire come possa rappresentare l'evento di danno. Il paziente è consapevole che il professionista sanitario non è obbligato a guarirlo dalla malattia, essen-

⁵³ Cass. 11 novembre 2019, n. 28991, cit., § 1.1.1.

⁵⁴ Cass. 11 novembre 2019, n. 28991, cit., § 1.1.1. In merito a questa ricostruzione C. CASTRONOVO, *Swinging malpractice*, cit., p. 890, rileva «la friabilità di tale tentativo di differenziazione tra specie e sottospecie di obbligazioni. Non si vede quale sia la disciplina positiva dalla quale ricavare plausibilmente una distinzione tra obbligazioni di fare disciplinate dal codice civile e obbligazioni di *facere* professionale che al codice sarebbero sottratte».

⁵⁵ L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» (Studio critico)*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1954, p. 374 ss.

⁵⁶ Mette in evidenza la confusione della S. Corte fra responsabilità contrattuale e responsabilità da torto, A. PROCI-DA MIRABELLI DI LAURO, *La Terza Sezione e la strana teoria dell'inadempimento... extra-contrattuale per colpa*, cit., p. 251.

⁵⁷ G. GORLA, *Sulla cosiddetta causalità giuridica: «fatto dannoso e conseguenze»*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1951, p. 405 ss., spec. 414 ss. «Parlare di una regola generale che imporrebbe la prova di una causalità tra una condotta e un evento nella responsabilità contrattuale, oltre a cozzare contro il diritto positivo ripropone una lettura frusta e vetusta della responsabilità di diritto civile, che tende ad assimilarne le due specie, contrattuale ed extracontrattuale sul piano del fatto (illecito) e dei suoi elementi costitutivi» (C. CASTRONOVO, *Swinging malpractice*, cit., p. 893).

⁵⁸ Cass. 11 novembre 2019, n. 28991, cit., § 1.1.2. Sembra persino che la decisione voglia riallacciarsi L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, cit., p. 188 ss., quando richiama l'interesse-presupposto o primario e l'interesse strumentale.

do tenuto invece ad una condotta conforme alle regole della diligenza e dell'arte. I principi, ormai consolidati, dettati da Cass. n. 13533/2001 risultano lineari, laddove accollano al paziente insoddisfatto di dimostrare il titolo dell'obbligazione e allegare l'inadempimento astrattamente idoneo a giustificare il danno subito, ossia la diligenza e perizia adeguate idonee a supportare l'esatto adempimento della prestazione professionale. Quanto al nesso di causalità materiale, va precisato che la condotta del debitore è oggetto di valutazione che integra essa stessa la figura dell'inadempimento; è quindi una finzione l'esistenza di un rapporto fra comportamento debitorio ed evento di danno, in quanto il primo integra la fattispecie di non corretta esecuzione della prestazione, ossia «di un risultato non conseguito e di una speranza tradita»⁵⁹, o ancora «la valutazione economica dell'utilità che l'inadempimento ha impedito al creditore di conseguire»⁶⁰.

Il punto di rilevanza critica della ricostruzione giurisprudenziale è che l'inadempimento professionale pregiudica l'interesse del creditore protetto dal vincolo obbligatorio (c.d. interesse strumentale) e non l'interesse presupposto o finale, che è fuori dalla sfera di protezione del rapporto obbligatorio. Il salto argomentativo si rivela chiaramente allorché i giudici di vertice per legare l'interesse presupposto al danno evento collocano l'interesse finale del creditore non nel motivo soggettivo rispetto al contratto d'opera professionale (o di spedalità), ma nell'ambito del programma negoziale quale «motivo comune rilevante al livello della causa del contratto». In questo modo, «non c'è obbligazione di diligenza professionale del medico o dell'avvocato se non in vista, per entrambe le parti, del risultato della guarigione dalla malattia o della vittoria della causa». Ciò è sufficiente per la giurisprudenza per spostare l'interesse finale entro l'orbita del danno evento nell'ambito della causalità materiale. Invece la lesione alla salute entra nel campo della causalità giuridica, quale eventuale conseguenza dell'inadempimento professionale, diretta a determinare i danni da risarcire alla vittima⁶¹.

In realtà, compatibilmente con le caratteristiche delle obbligazioni di mezzi o di risultato, il problema della causalità materiale è lo stesso e le peculiarità di struttura non risultano idonee a sconvolgere i lineamenti del problema inserendo l'interesse presupposto all'interno del programma obbligatorio. Nell'ambito del rapporto obbligatorio il problema della causalità che fonda la responsabilità è assorbito entro l'area dell'inadempimento e soltanto con la prova dell'esatto adempimento da parte del debitore il rischio della causa ignota va in capo al creditore danneggiato⁶².

⁵⁹ C. CASTRONOVO, *Swinging malpractice*, cit., p. 886.

⁶⁰ N. RIZZO, *Inadempimento e danno nella responsabilità medica: causa e conseguenze*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 329, ove richiama F. REALMONTE, *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, Milano, 1967, p. 106, secondo il quale «i pregiudizi economici, risolvendosi in mere valutazioni, per essere risarcibili occorre che siano la qualifica o dello stesso inadempimento ovvero di eventi positivi o negativi da esso causati. Qualora, cioè, i danni lamentati dal creditore non consistano nella valutazione economica dell'inadempimento, la ricostruzione del "fatto" da imputare al debitore non presuppone l'esistenza di un rapporto di causalità tra i danni e l'inadempimento, bensì tra quest'ultimo e quelle situazioni positive o negative che si qualificano dannose».

⁶¹ Cass. 11 novembre 2019, n. 28991, § 1.1.2.

⁶² Chiaramente indica il percorso argomentativo, A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Inadempimento e causalità "materiale": perseverare diabolicum*, cit., p. 80 ss.; G. D'AMICO, *Il rischio della "causa ignota" nella responsabilità contrattuale in materia sanitaria*, in *Danno resp.*, 2018, p. 357.

La S. Corte, pur in presenza delle numerose critiche della dottrina, segue fermamente questo orientamento, richiamando lo stesso anche quando nell'economia della decisione risulti superfluo, come nel caso recente in cui il problema della causalità materiale fra condotta dei sanitari ed evento di danno sul paziente è risolto in via negativa (e quindi irrilevante) a seguito della prova dell'esatto adempimento da parte dei sanitari⁶³.

5. La riforma sanitaria in Germania

Un affaccio al modello tedesco potrebbe risultare utile, in quanto il legislatore nel settore sanitario ha sentito il bisogno di dettare una disciplina organica⁶⁴, intervenendo con una novella del 2013, attraverso la quale ha aggiunto in seno al BGB il contratto di trattamento medico (*Behandlungsvertrag*)⁶⁵, quale negozio tipico, in coda al contratto di servizio (§§630a-630h)⁶⁶. Sotto il profilo della responsabilità professionale medica, l'orientamento consolidato in dottrina e in giurisprudenza scorge una medesima struttura (*Strukturgleichheit*) nella responsabilità contrattuale e delittuale sanitaria. Le cure sanitarie adeguate – secondo il BGH – sono le stesse sia in via contrattuale sia in via extracontrattuale, caratterizzate da una diligenza finalizzata a preservare l'integrità personale del paziente⁶⁷. La disposizione del § 276 BGB obbliga il medico verso il paziente ad adottare la diligenza necessaria nel traffico in entrambi i perimetri di responsabilità⁶⁸. Di conseguenza, il risarcimento del danno non patrimoniale (§ 253, comma 2, BGB) è dovuto anche nell'ambito della responsabilità contrattuale, il termine di prescrizione dura tre anni per entrambe le forme di responsabilità (§ 195 BGB), mentre resta una differenza notevole nei casi di responsabilità per fatto degli ausiliari, avente una disciplina diversa nell'ambito contrattuale (§ 278 BGB) e in quello extracontrattuale (§ 831 BGB), dove in quest'ultima il soggetto danneggiante ha la possibilità di esonerarsi dalla responsabilità.

⁶³ Cass. 9 novembre 2022, n. 32971, in *DeJure online*.

⁶⁴ La dottrina in proposito discorre di un «eigenständiger Haftungskomplex» (C. KATZENMEIER, *Arzthaftung*, Tübingen, 2002, p. 1); altresì, R. STÜRNER, *Der hundertste Geburtstag des BGB - nationale Kodifikation im Greisenalter?*, in *JZ*, 1996, p. 745; A. ZEUNER, in H.T. SOERGEL, *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Band 4, *Schuldrecht III*, (§§ 705-853), Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1985, p. 740 ss.

⁶⁵ La disposizione contenuta nel § 630a BGB di apertura del contratto sanitario (*Behandlungsvertrag*), dopo aver definito gli obblighi tipici derivanti dal contratto – da una parte, il trattamento medico verso il paziente, dall'altra, il pagamento del compenso pattuito – prescrive che «il trattamento deve seguire gli standard professionali generalmente riconosciuti, al tempo del trattamento, salvo diversa pattuizione» (comma 2).

⁶⁶ Per un quadro della nuova disciplina v. J.F. STAGL, *La «Legge sul miglioramento dei diritti del paziente» in Germania*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2014, p. 35 ss.; R. FAVALE, *Il contratto di trattamento medico nel BGB. Una prima lettura*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, p. 693 ss.

⁶⁷ BGH 20 settembre 1988, in *NJW*, 1989, p. 767; BGH 25 giugno 1985, in *VersR*, 1985, p. 1068 ss.; BGH 24 giugno 1986, in *NJW*, 1987, p. 705, ove chiaramente esprime l'opinione che in egual misura e con lo stesso contenuto le responsabilità contrattuale ed extracontrattuale professionali sanitarie concernono la violazione degli obblighi di comportamento che riguardano la tutela della salute del paziente. In sostanza aderiscono pienamente gli obblighi contrattuali e i doveri extracontrattuali, ossia sussiste una «medesima struttura» degli obblighi di diligenza contrattuali e delittuali che giustifica un avvicinamento nei fondamenti di responsabilità.

⁶⁸ Fra molte, BGH 29 novembre 1994, in *NJW*, 1995, p. 776: «nach § 276 BGB schuldet der Arzt dem Patienten vertraglich wie deliktisch die im Verkehr erforderliche Sorgfalt. Diese bestimmt sich weitgehend nach dem medizinischen Standard des jeweiligen Fachgebietes».

Nell'ipotesi di *malpractice* medica contrattuale, la pretesa del paziente al risarcimento del danno, ex § 280, comma 1, BGB, deve essere sorretta dalla prova dell'inadempimento, del danno e infine dalla dimostrazione che l'inadempimento sia all'origine del danno⁶⁹.

La diligenza del medico concerne tutte quelle misure che si possono attendere da un professionista attento e scrupoloso entro l'orbita delle sue competenze⁷⁰. Si richiama in proposito lo stato attuale delle conoscenze scientifiche e dell'esperienza necessaria per raggiungere lo scopo del trattamento sanitario. L'omissione di una misura sanitaria costituisce errore di trattamento non soltanto quando la stessa sia necessaria, ma anche se la sua omissione, al tempo del trattamento, sia in contrasto con gli standard medici esistenti⁷¹. Lo standard fornisce i parametri sui quali ci si aspetta un certo comportamento da parte di un medico coscienzioso e attento nella specifica situazione di trattamento dal punto di vista della sua specializzazione al momento della cura. Insomma esso rappresenta lo stato attuale delle conoscenze scientifiche e dell'esperienza medica necessaria per raggiungere l'obiettivo della cura⁷². La diligenza professionale del medico si determina entro il perimetro del suo settore professionale specialistico e non di altri⁷³, entro il quale le linee-guida predisposte dalle società scientifiche risultano decisive. L'errore di trattamento integra un comportamento professionale nella cura sanitaria che non soddisfa la diligenza dovuta secondo lo stato delle conoscenze mediche: insomma è un trattamento inadeguato. Lo standard della medicina specialistica è senza dubbio superiore a quello della medicina generale. Se in un settore manca uno standard professionale, il professionista dovrà osservare la diligenza di un professionista prudente⁷⁴.

Il professionista sanitario risponde della violazione dell'obbligazione, ma ne è responsabile quando abbia eseguito il trattamento errato con dolo o colpa. In proposito trova applicazione la regola fondamentale contenuta nel § 280 BGB, secondo la quale la responsabilità del professionista sanitario si presume con l'inadempimento, a meno che quest'ultimo provi di non dover rispondere della violazione dell'obbligazione. Ciò non accade se il medico fonda l'esonero della sua condotta negligente, in quanto abbia

⁶⁹ Non è inutile ricordare che la norma del § 280 è stata inserita nel BGB con la *Schuldrechtsreform* del 2002 allo scopo di superare le difficoltà strutturali della responsabilità da inadempimento dell'obbligazione esistenti esclusivamente a livello di formante legislativo. La nuova norma menzionata non fa altro che registrare e adeguare il formante legislativo ai formanti dottrinale e giurisprudenziale. B. DAUNER-LIEB, in *Anwaltskommentar* BGB, § 280, Band 2, Teilband 1: *Schuldrecht*, §§ 241-610, Bonn, 2005, Rn. 1, precisa che «§ 280 bildet den zentralen Baustein des durch die Schuldrechtsreform neu gestalteten Leistungsstörungenrechts, das nunmehr auf dem einheitlichen Grundtatbestand einer Pflichtverletzung aufbaut».

⁷⁰ BGH 16 maggio 2000, in *NJW*, 2000, p. 2737; BGH 16 marzo 1999, in *NJW*, 1999, p. 1778; BGH 29 novembre 1994, in *VersR*, 1995, p. 659.

⁷¹ BGH 22 dicembre 2015, in *NJW*, 2016, p. 713, Rn. 8; BGH 15 aprile 2014, in *VersR*, 2014, p. 879, Rn. 11; BGH 8 luglio 2003, in *VersR*, 2003, p. 1256; BGH 21 dicembre 2010, in *BGHZ*, 188, 2011, p. 29 ss.

⁷² BGH 22 settembre 1987, in *BGHZ*, 102, 1988, p. 24 ss.; BGH 29 novembre 1994, in *VersR*, 1995, p. 660; BGH 16 marzo 1999, in *VersR*, 1999, p. 718; BGH 16 maggio 2000, in *BGHZ*, 144, 2000, p. 305.

⁷³ BGH 15 aprile 2014, in *NJW-RR*, 2014, p. 1053.

⁷⁴ M. GEHRLEIN, *Grundwissen. Arzthaftungsrecht*, München, 2018, p. 34 ss., ove precisa che l'accertamento dello standard professionale integra un giudizio di fatto. La delicata questione di quali misure il professionista deve prendere entro l'ambito della sua specializzazione vanno accertate in concreto con l'ausilio del consulente.

agito contrariamente agli standard scientifici. La nozione di negligenza è disegnata in modo oggettivo e in quanto tale sussiste con il semplice scarto fra quanto eseguito e quanto dovuto⁷⁵. La configurazione in guisa oggettiva della negligenza porta a legare intimamente l'errore di trattamento con la colpa medica. Un'importante decisione del BGH mette in evidenza come l'esito del processo di responsabilità medica non può dipendere esclusivamente dai possibili risultati effettivi, perché questi non chiariscono ancora gli aspetti della colpa e la causalità della lesione per il danno dichiarato. Sebbene una deviazione dallo standard medico richiesto non sia sufficiente a giustificare la responsabilità del medico, nella pratica, quando vengono accertati il danno alla salute e le ragioni che ne sono alla base, non è raro che vi sia all'origine un errore di trattamento. Quanto poi al problema della colpa professionale, essa è strettamente legata all'accertamento dell'errore di trattamento, perché una decisione terapeutica in violazione degli standard sanitari comporta il coinvolgimento del medico curante nella violazione oggettiva della diligenza⁷⁶.

6. La problematica della causalità e la ripartizione dell'onere della prova

A seguito di queste concise indicazioni al sistema dell'Arzthaftung tedesca riformata, possono risultare utili gli orientamenti che dottrina e giurisprudenza hanno seguito nella delicata questione della causalità e della relativa ripartizione dell'onere della prova⁷⁷.

Nell'ambito del diritto del risarcimento del danno assume valore fondamentale il principio che i presupposti della pretesa al risarcimento cannot provati da chi li vuole far valere a proprio vantaggio. Nel nostro caso, il paziente che pretende il risarcimento nei confronti del professionista sanitario deve dimostrare l'esistenza del contratto sanitario, la prestazione professionale inadeguata, quale violazione dell'obbligazione, il danno conseguente e la causalità fra trattamento errato e danno primario⁷⁸. Quest'ultimo presupposto, quale causalità che fonda la responsabilità (*Haftungsbegründende Kausalität*), sussiste quando la lesione del bene giuridico protetto sia da ricondurre alla errata condotta professionale e se un trattamento sanitario conforme agli standard professionali avrebbe impedito la lesione. E quindi, al contrario, mancherebbe il legame causale se la lesione sarebbe egualmente subentrata al corretto trattamento, salvo gli estremi eventuali di una violazione degli obblighi di informazione da parte dell'operatore sanitario. Per la responsabilità del

⁷⁵ BGH in *GesR*, 2015, p. 282; BGH 6 maggio 2003, in *NJW*, 2003, p. 2311; BGH 13 febbraio 2001, in *MDR*, 2001, p. 565 ss., con nota di M. GEHRLEIN, *Objektivierte zivilrechtliche Fahrlässigkeit bei der Arzthaftung*; BGH 16 marzo 1999, in *NJW*, 1999, p. 1778.

⁷⁶ Così, BGH 24 settembre 2013, in *NJW*, 2013, p. 3654.

⁷⁷ La letteratura monografica non manca di sottolineare che il profilo probatorio e la sua distribuzione fra le parti costituisce il *Kernproblem* della responsabilità sanitaria (per alcuni: C. KATZENMEIER, *Arzthaftung*, cit., p. 416; G. MÜLLER, *Beweislast und Beweisführung im Arzthaftungsprozess*, in *NJW* 1997, p. 3049 ss.; R. WEBER, *Arzthaftungsprozess*, in *NJW*, 1997, p. 761 ss.; H. SCHMID, *Verfahrensregeln für Arzthaftungsprozesse*, in *NJW*, 1994, p. 767 ss.; J. TAUPITZ, *Prozessuale Folgen der vorzeitigen Vernichtung von Krankenunterlagen*, in *ZZP*, 100, 1987, p. 287 ss.; H.-J. MUSIELAK, *Die Beweislast. Aufsatzreihe*, in *JuS*, 1983, p. 609 ss.; R. STÜRNER, *Entwicklungstendenzen des zivilprozessualen Beweisrechts und Arzthaftungsprozess*, in *NJW*, 1979, p. 1225 ss.).

⁷⁸ Di recente: G. WAGNER, § 630h, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Aufl., Band 4, München, 2016, Rn. 7; M. GEHRLEIN, *Grundwissen. Arzthaftungsrecht*, cit., p. 39.

professionista innanzitutto va accertato che il danno cagionato al paziente sia conseguenza dell'esecuzione di un trattamento difettoso e la relativa prova è in capo al paziente⁷⁹.

In proposito si è consolidata la distinzione fra causalità del fatto (*haftungsbegründende Kausalität*) e causalità dell'evento (*haftungsausfüllende Kausalität*), la quale trova la sua fonte non nel formante legale, bensì nella Rechtsdogmatik⁸⁰. La rilevanza della causalità nell'ambito del diritto civile spicca nel perimetro del risarcimento del danno, come pose in evidenza già la Prima Commissione per la redazione del BGB⁸¹.

La prima concerne il legame fra trattamento errato e lesione del bene giuridico, quale danno primario del paziente⁸², sottoposta ai severi criteri probatori disciplinati in seno al § 286 ZPO, che esigono un elevato grado di certezza. La causalità giuridica avvolge, diversamente, tutti gli ulteriori danni-conseguenza che si riconducono alla lesione del bene giuridico, secondo le coordinate probatorie previste dal § 287 ZPO, nel quale per libero convincimento del giudice può essere sufficiente una preponderante probabilità⁸³.

Per quanto concerne il comportamento omissivo posto in essere dal professionista, esso ha rilevanza causale per il danno conseguente se la condotta adeguata avrebbe impedito il verificarsi del danno⁸⁴. Il mancato risultato non costituisce nessuna prova di inadempimento professionale⁸⁵, e la ripartizione degli oneri probatori a svantaggio

⁷⁹ BGH 7 febbraio 2012, in *NJW*, 2012, p. 850 ss., ove se la violazione dell'obbligo consiste in un'omissione, questa è causa del danno soltanto se l'attività dovuta avrebbe impedito il verificarsi del danno. L'onere della relativa prova è di regola in capo alla parte danneggiata. Allo stesso tempo la S. Corte aggiunge che la figura giuridica dell'ipotetico decorso causale che limita la responsabilità nell'ipotesi di comportamento alternativo lecito diventa rilevante solo quando sia accertata la causalità del trattamento illecito posto in essere per il presunto danno e la responsabilità sia quindi fondamentalmente accertata. V. altresì BGH 21 dicembre 2010, in *VersR*, 2011, p. 400 ss.; BGH 3 febbraio 1987, in *BGHZ*, 99, 1987, p. 391 ss.

⁸⁰ Da ultimo, P. SCHOLZ, *Haftungsbegründende und haftungsausfüllende Kausalität im Zivil- und Zivilprozessrecht*, in *JuS*, 2021, p. 14 ss. Per la giurisprudenza consolidata si può citare BGH 14 gennaio 2014, in *VersR*, 2014, p. 632, Rn. 6, secondo cui occorre distinguere tra causalità materiale e causalità giuridica. La prima riguarda il legame dell'errore di trattamento e la violazione dell'interesse giuridico in quanto tale, cioè il danno primario del paziente, inteso come la situazione di salute all'esito dell'errore di trattamento, nella sua forma concreta, e in proposito trova applicazione il rigoroso standard di prova richiesto dal § 286 ZPO. La dimostrazione della causalità giuridica, e quindi il legame fra violazione del bene giuridico e i danni ulteriori si basa, invece, sul § 287 ZPO, per il quale può bastare una prevalente probabilità per il convincimento del giudice. Per altre decisioni precedenti: BGH 2 luglio 2013, in *VersR*, 2013, p. 1174, Rn. 15; BGH 22 maggio 2012, in *VersR*, 2012, p. 905, Rn. 10; BGH, 12 febbraio 2008, in *VersR*, 2008, p. 644, Rn. 9.

⁸¹ B. MUGDAN, *Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, II, *Recht der Schuldverhältnisse*, Berlin, 1899, p. 10, secondo cui il presupposto fondamentale è che il danno di cui si chiede il risarcimento debba essere legato all'atto od omissione dell'obbligato, che fonda la pretesa del danneggiato. La commissione puntualizza poi che l'esistenza della causalità deve essere verificata nel caso concreto in base alle specifiche circostanze.

⁸² La giurisprudenza precisa che il *Primärschaden*, sul quale si fonda la causalità materiale, consiste nello stato di salute cagionato dal presunto errore di trattamento nella sua forma concreta (BGH 14 gennaio 2014, in *VersR*, 2014, p. 632, Rn. 8); altresì, BGH 21 luglio 1998, in *VersR*, 1998, p. 1153, Rn. 11.

⁸³ BGH 5 novembre 2013, in *NJW*, 2014, p. 688, Rn. 17, secondo cui causalità materiale e causalità giuridica vanno distinte sotto il profilo strutturale e probatorio e ribadisce che «Erstere betrifft die Ursächlichkeit des Behandlungsfehlers für die Rechtsgutverletzung als solche, also für den Primärschaden des Patienten im Sinne einer Belastung seiner gesundheitlichen Befindlichkeit. Insoweit gilt das strenge Beweismaß des § 286 ZPO, das einen für das praktische Leben brauchbaren Grad von Gewissheit verlangt. Die Feststellung der haftungsausfüllenden Kausalität und damit der Ursächlichkeit der Rechtsgutverletzung für alle weiteren (Folge-)Schäden richtet sich hingegen nach § 287 ZPO; hier kann zur Überzeugungsbildung eine überwiegende Wahrscheinlichkeit genügen».

⁸⁴ BGH 7 febbraio 2012, in *NJW*, 2012, p. 850, Rn. 10.

⁸⁵ BGH 8 gennaio 1991, in *NJW*, 1991, p. 1541.

del paziente si giustifica per il carattere aleatorio della cura, dovuto ai rischi intrinseci della malattia e alla sua imprevedibilità. Ciò però non significa che ogni dubbio in ordine all'accertamento della causalità materiale porti al rigetto della pretesa del paziente danneggiato. Nel contesto delle circostanze del caso concreto il giudice può ritenere esistente il legame fra trattamento errato e danno alla salute del paziente sulla base di inferenze logiche. Così la nascita di un bambino che non aveva patologie pregresse cerebrali può convincere il giudice che la causa del danno sia nel ritardo del parto⁸⁶.

Già da tempo la dottrina più avvertita⁸⁷ ha messo in rilievo come il problema del nesso causale assume un ruolo centrale nell'orbita della responsabilità sanitaria, pur in mancanza di una esplicita generale regola di causalità, che nella specie non può essere la norma contenuta nel § 830, comma 1, BGB⁸⁸. Lo stato di salute del paziente dopo la cura può essere la conseguenza del trattamento sanitario, ma anche dei diversi processi biologici che interessano il suo organismo. La dimensione causale richiama l'immagine della scatola nera, dove l'*input* sta nella malattia e nell'errore di trattamento, l'*output* nello stato di salute attuale del paziente. Tutti questi dati sono certi, ma non lo è ciò che sta nel mezzo tra questi dati, ossia la determinazione di relazioni soltanto probabili o statistiche. Precisamente, il trattamento medico scorretto rappresenta una condizione necessaria ma non sufficiente per l'*output* (lo stato di salute attuale del paziente). Secondo i principi generali il paziente può pretendere un risarcimento dal medico o dalla struttura soltanto in presenza della causalità materiale o di fatto, ossia una relazione tra errato trattamento e danno primario al paziente.

In questi termini, la posizione probatoria del paziente viene alleggerita attraverso la dimostrazione di una relazione causale meramente probabile tra input e output dell'evento. Ancora più precisamente, il problema della causalità nella responsabilità sanitaria si sposta dal diritto sostanziale al diritto probatorio, o meglio lo spostamento di responsabilità avviene attraverso una diversa gestione dei mezzi probatori⁸⁹. Allora il problema decisivo della causalità nella responsabilità sanitaria è rappresentato dal profilo della prova e, soprattutto, su chi grava⁹⁰.

7. La presunzione di colpa del § 630h, comma 1, BGB

La novella del 2013 ha codificato due orientamenti consolidati della giurisprudenza

⁸⁶ OLG Brandenburg 28 settembre 2004, in *VersR*, 2004, p. 199.

⁸⁷ G. SCHIEMANN, *Kausalitätsprobleme bei der Arzthaftung*, in *Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag*, München, 2007, p. 1161 ss.

⁸⁸ La disposizione è dedicata a regolare la fattispecie di danno commesso da più autori e della tutela del danneggiato in sede di prova della causalità. Fondamentale il saggio di F. BYDLINSKI, *Mittäterschaft im Schadensrecht*, in *AcP*, 158, 1959-1960, p. 412 ss., ove avverte che «Die Lehre vom Kausalzusammenhang im Schadenersatzrecht gehört zweifellos zu jenen Rechtsgebieten, deren Klärung bedeutende juristische Bemühungen gewidmet waren». Inoltre, K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, Besonderer Teil, II/2*, fortgeführt von C.-W. Canaris, München, 1994, p. 564 ss.

⁸⁹ Fondamentale il contributo di Hans STOLL, *Haftungsverlagerung durch beweisrechtliche Mittel*, in *AcP*, 176, 1976, p. 145 ss.; C. KATZENMEIER, *Arzthaftung*, cit., p. 416 ss.

⁹⁰ G. SCHIEMANN, *Kausalitätsprobleme bei der Arzthaftung*, cit., p. 1163 ss.

in seno al primo e all'ultimo comma del § 630h BGB⁹¹, norma dedicata esclusivamente al problema dell'onere della prova⁹².

La fattispecie contenuta nel primo comma richiama la posizione consolidata della giurisprudenza del BGH verso la responsabilità della struttura⁹³. A tal riguardo, in luogo del vecchio § 282, oggi trova applicazione la norma generale del § 280, comma 1, periodo 2, BGB. L'inversione dell'onere della prova in capo alla struttura si ha quando i rischi insiti all'organizzazione potrebbero essere pienamente gestiti dal suo personale; insomma quei rischi per la salute del paziente che potrebbero essere esclusi da una corretta organizzazione della struttura⁹⁴.

La norma del § 630h, primo comma, inverte l'onere della prova della violazione oggettiva dell'obbligazione (*objektive Pflichtwidrigkeit*), così come stabilito dal § 280, comma 1, periodo 1, in quanto sia accertato che il comportamento negligente del personale sanitario o la difettosa organizzazione della struttura abbia cagionato un danno⁹⁵. Parte della dottrina vede in questa fattispecie un caso di obbligazioni di risultato, in cui la mancanza dell'esito positivo per il paziente sia la conseguenza della violazione dell'obbligazione, di fronte alla quale il debitore deve dimostrare di avere adottato la diligenza professionale adeguata (§ 280, comma 1, periodo 2). Sulla base di questa regola probatoria il contratto sanitario contiene anche obblighi di risultato, anche se prevalentemente ha natura di contratto di servizio⁹⁶.

Il perimetro dell'inversione dell'onere della prova sui rischi pienamente controllabili concerne i danni alla salute del paziente subiti nella struttura in conseguenza di mancanza di igiene, di difetto di apparecchiature o di mancanze nell'organizzazione

⁹¹ Secondo G. WAGNER, § 630h, cit., Rn. 1, la nuova norma ha lo scopo di tutelare in maniera più decisa il paziente, quale parte più debole, nelle sue incombenze di prova, senza che la sua posizione sia comparabile con quella del consumatore.

⁹² Il primo comma sancisce che «si presume un errore di trattamento se si verifica un rischio generale di trattamento pienamente controllabile dal sanitario e che ha cagionato una violazione della vita, del corpo o della salute del paziente». L'ultimo comma della medesima norma dispone che «nell'ipotesi di un grave errore di trattamento, idoneo di regola a produrre una lesione alla vita, al corpo o alla salute, quale si è effettivamente verificata, si presume che questo errore abbia causato la lesione. Ciò vale anche quando il medico abbia ommesso di effettuare in tempo un'analisi necessaria sul piano sanitario o di documentarla, nella misura in cui quest'analisi, se effettuata, avrebbe con sufficiente probabilità comportato un risultato in base al quale adottare altre misure, l'omissione delle quali avrebbe rappresentato un grave errore».

⁹³ BGH 10 gennaio 1984, in *BGHZ*, 89, 1984, p. 263, spec. p. 269 ss.; BGH 9 maggio 1978, in *NJW*, 1978, p. 1683; BGH 3 marzo 1981, in *NJW*, 1982, p. 699; BGH 8 gennaio 1991, in *NJW*, 1991, p. 1541; BGH 20 marzo 2007, in *VersR*, 2007, p. 847 ss. V. altresì G. MÜLLER, *Beweislast und Beweisführung im Arzthaftungsprozeß*, cit., p. 3049 ss.

⁹⁴ Per il BGH 20 marzo 2007, in *NJW*, 2007, p. 1682, la struttura risponde per deficit organizzativo (danni alla salute del paziente per mancanza di igiene) in conseguenza di comportamenti negligenti assunti dal suo personale. In questo caso, la S. Corte ha esteso l'agevolazione probatoria sancita nel vecchio § 282 nell'orbita della responsabilità delittuale di cui al § 823, comma 1, BGB.

⁹⁵ Esempio, anche se basata sulla vecchia disciplina, BGH 24 giugno 1975, in *VersR*, 1975, p. 954; BGH 11 ottobre 1977, in *NJW*, 1978, p. 584, secondo cui «tale principio [quello che in base del § 282 BGB il paziente ha l'onere di provare la negligenza del sanitario] tuttavia non può trovare applicazione all'adempimento di obblighi accessori pienamente controllabili, in particolare quelli atti a garantire i presupposti tecnici per una cura adeguata e priva di rischi».

⁹⁶ Così, G. WAGNER, § 630h, cit., Rn. 22.

delle operazioni sanitarie⁹⁷. La norma del § 630h, comma 1, non trova applicazione a quegli errori di trattamento usuali, per i quali la prova resta in capo al paziente. L'inversione della prova si giustifica per la violazione di quegli obblighi per il cui risultato ne risponde il professionista operante o la struttura. Per questo risulta decisiva la specie di rischio che concerne il caso concreto.

Un rischio è pienamente controllabile allorché la causa del danno possa essere ricondotta all'ambito organizzativo del professionista curante o della struttura sanitaria, e non derivi da una circostanza riguardante la sfera del paziente o l'alveo dell'attività medica⁹⁸. Al contrario, un danno alla salute riconducibile alla particolare costituzione del paziente non può giovare della presunzione contenuta dal § 630h, comma 1, e quindi l'errore di trattamento va provato dal paziente⁹⁹.

Allo stesso modo, non opera la presunzione di cui sopra se il danno causato al paziente derivi da un errore dell'operatore dell'apparecchio sanitario, per cui la vittima sopporta il peso di provare la negligenza professionale.

Inoltre, è necessario che si tratti di un rischio che determinate misure, possibili ed economicamente sostenibili, possano ridurre o addirittura eliminare. In questo caso può trovare applicazione la presunzione di inadempimento professionale prevista dalla nuova norma. Così, la giurisprudenza in ipotesi di carenze di igiene esige che riguardi un ambito igienicamente controllabile e che sussistano adeguate precauzioni igieniche idonee ad evitare pregiudizi alla salute dei pazienti¹⁰⁰.

Alla presunzione legale dell'errore di trattamento non segue la presunzione del nesso causale fra presunta negligenza professionale e danno alla salute subito dal paziente. Anzi, per poter giovare della presunzione su indicata il paziente deve provare che si è realizzato un rischio pienamente controllabile che ha cagionato un danno alla vita, al corpo o alla salute. Di conseguenza, la presunzione postula una piena prova in capo al paziente, ex § 286 ZPO, della causalità materiale fra rischio controllabile e danno alla salute. Allo stesso tempo, a norma del § 292 ZPO la struttura ha sempre la facoltà di superare la presunzione di cui gode il paziente danneggiato, dimostrando il contrario. Ciò può accadere sia con la prova completa dell'inesistenza di un errore di

⁹⁷ M. GEHRLEIN, *Grundwissen. Arzthaftungsrecht*, cit., p. 88, ove precisa come sia irrilevante stabilire quanto fosse evitabile in concreto il rischio.

⁹⁸ BGH 20 marzo 2007, in *NJW*, 2007, p. 1682. Esempi di rischi pienamente controllabili concernono i danni derivanti da apparecchiature mediche difettose (BGH 10 gennaio 1984, in *NJW*, 1984, p. 1400; BGH 24 giugno 1975, in *NJW*, 1975, p. 2245), oppure quei danni derivanti dal trasporto, da caduta nella struttura (BGH 18 dicembre 1980, in *NJW*, 1991, p. 1540; BGH 25 maggio 1991, in *NJW*, 1991, p. 2960; BGH 14 gennaio 2021, in *NJW*, 2021, p. 1463), da mancanza di igiene, purché possa essere scongiurata da adeguate misure (BGH 9 maggio 1978, in *NJW*, 1978, p. 1683; BGH 3 novembre 1981, in *NJW*, 1982, p. 699 ss.; BGH 16 agosto 2016, in *VersR*, 2016, p. 1380 ss.). Più di recente, BGH 28 agosto 2018, in *VersR*, 2018, p. 1510.

⁹⁹ Così, BGH 24 gennaio 1995, in *NJW*, 1995, p. 1618, salvo che i medici non fossero a conoscenza della fragilità di costituzione del paziente.

¹⁰⁰ Così, BGH 8 gennaio 1991, in *NJW*, 1991, p. 1542, precisa la posizione probatoria fragile del paziente e l'iniquità di addossargli la prova di particolarità organizzative della struttura sanitaria: «Kommt es in diesem Bereich zu einem Schaden des Patienten, wäre es unbillig, den Patienten, der den Krankenhausbetrieb in den Einzelheiten nicht zu überschauen vermag, einer praktisch nicht behebbaren Beweisnot auszusetzen».

trattamento che giustifichi la violazione dell'obbligazione, sia dalla controprova della presunzione. In quest'ultimo caso è sufficiente insinuare dubbi nel giudice circa l'esistenza del rischio di trattamento completamente controllabile¹⁰¹.

8. La presunzione di causalità del § 630h, comma 5, BGB

Con riferimento invece al profilo del nesso causale materiale, l'ultimo comma del § 630h codifica la giurisprudenza consolidata sul *grober Behandlungsfehler*, nel senso che si presume l'esistenza della causalità materiale fra trattamento inadeguato e danno primario al paziente.

La regola generale contenuta nel § 280, comma 1, periodo 1, pone in capo al paziente la prova che la violazione dell'obbligazione del professionista abbia causato un danno alla sua salute¹⁰². La dottrina non manca di sottolineare che la prova della causalità materiale in seno alla responsabilità sanitaria costituisce un ostacolo insormontabile¹⁰³. Ciò non è dovuto tanto al fatto che il paziente non ha facile accesso ai fatti rilevanti per assolvere alla prova, quanto alla natura complessa dell'accertamento causale. Ai fini probatori risulta così decisivo dimostrare che con un trattamento adeguato il paziente sarebbe guarito o non avrebbe subito alcun danno¹⁰⁴. In linea teorica nessuno potrebbe prevedere che un trattamento adeguato sarebbe stato efficace, ma è soltanto il giudice a presumerlo. Nella realtà esistono soltanto probabilità *ex ante* di successo di un trattamento, mentre *ex post* non v'è certezza che il paziente curato adeguatamente non avrebbe subito alcun danno¹⁰⁵.

La regola contenuta nell'ultimo comma del § 630h, supera le strettoie probatorie poste dal § 286 ZPO, ossia la dimostrazione che tra violazione del bene giuridico ed evento di danno sussista un'alta probabilità (*hohe Wahrscheinlichkeit*). La regola giurisprudenziale, nata in seno alla responsabilità extracontrattuale, con la codificazione viene estesa alla responsabilità contrattuale¹⁰⁶. Non è semplice individuare le ragioni dell'inversione in ipotesi di colpa grave, perché in ogni caso di trattamento inadeguato il problema della dimostrazione della causalità materiale resta difficile da assolvere da parte del paziente. In caso di errore grave la giurisprudenza del BGH

¹⁰¹ In questo senso esplicitamente nei lavori preparatori della novella (BT-Drs. 17/10488, p. 28). Secondo il BGH 1° febbraio 1994, in *NJW*, 1994, p. 1595, la regola presuntiva concerne esclusivamente la violazione oggettiva dell'obbligazione, mentre per il problema della causalità materiale trovano applicazione le regole generali, a seguito delle quali spetta al paziente la prova della sua sussistenza.

¹⁰² BGH 24 febbraio 2015, in *JZ*, 2015, p. 573 ss., con nota di A. Spickhoff.

¹⁰³ Così, G. WAGNER, § 630h, cit., Rn. 76.

¹⁰⁴ G. WAGNER, *Proportionalhaftung für ärztliche Behandlungsfehler de lege lata*, in *Festschrift für Günter Hirsch zum 65. Geburtstag*, a cura di G. Müller - E. Osterloh - T. Stein, München, 2008, p. 454 ss.

¹⁰⁵ In proposito, G. WAGNER, *Proportionalhaftung für ärztliche Behandlungsfehler de lege lata*, cit., p. 457, porta l'ipotesi in cui l'efficacia di un trattamento adeguato porti al successo di guarigione desiderato nell'80% dei casi, mentre in caso di omissione o di trattamento inadeguato il 40% dei pazienti guarisce. In questa fattispecie di *malpractice* sanitaria si può affermare che il rischio di danno da trattamento scorretto è raddoppiato (dal 40% all'80%), ma è impossibile stabilire se un singolo paziente, destinatario di trattamento errato, sarebbe rientrato nell'80% dei casi di guarigione.

¹⁰⁶ G. WAGNER, § 630h, cit., Rn. 80.

sostiene l'inversione della prova che il danno alla salute abbia origine nell'errore di trattamento se questo sia idoneo generalmente a cagionare il danno al paziente¹⁰⁷.

Probabilmente la regola di favore per il paziente in caso di «*grober Behandlungsfehler*» si collega al significativo aumento di rischio e alla controllabilità del decorso degli eventi¹⁰⁸. Per la Corte costituzionale federale questa ripartizione dell'onere probatorio non costituisce una violazione del principio della parità delle armi delle parti¹⁰⁹.

Non è inutile ribadire che nel caso di semplice errore di trattamento il paziente danneggiato viene tutelato dalla giurisprudenza in presenza di determinati presupposti, in quanto può giovare della prova *prima-facie*, secondo la quale regole di esperienza fondano l'inferenza logica che la negligenza sanitaria sia stata, con sufficiente probabilità, la causa del danno¹¹⁰. Alcuni studiosi mettono in evidenza come nelle ipotesi di responsabilità medica questi presupposti raramente si verificano perché, da una parte, un trattamento adeguato non garantisce con certezza la guarigione e, dall'altra, la mancata guarigione non può legarsi con certezza ad una negligenza sanitaria¹¹¹. La prova *prima-facie* in sostanza rappresenta l'altra via, accanto all'inversione dell'onere della prova, diretta a dimostrare la causalità di fatto in seno al semplice errore di trattamento che, pur in presenza di cause plurime nel caso concreto, il giudice sia persuaso del legame causale soltanto con una determinata causa¹¹².

Secondo la giurisprudenza consolidata, si ha grave errore di trattamento quando l'operatore sanitario viola inequivocabilmente regole di trattamento comprovate, commettendo un errore, che da un punto di vista obiettivo pare incomprensibile che venga compiuto in qualche modo da un medico¹¹³. Il *grober Behandlungsfehler* – secondo il BGH – porta ad un'inversione dell'onere della prova oggettivo della causalità materiale fra errore di trat-

¹⁰⁷ Giurisprudenza consolidata: BGH 19 giugno 2012, in *NJW*, 2012, p. 2653; BGH 8 gennaio 2008, in *VersR*, 2008, p. 490, Rn. 11; BGH 27 aprile 2004, in *BGHZ*, 159, p. 48, Rn.16; BGH 16 novembre 2004, in *VersR*, 2005, p. 228 ss.; BGH 13 ottobre 2020 - VI ZR 348/20, Rn. 16; BGH 24 maggio 2022, in *NJW*, 2022, p. 2747 ss., con nota di G. MÄSCH, che mette in evidenza come la tesi giurisprudenziale non esista in nessun altro ordinamento.

¹⁰⁸ G. WAGNER, § 630h, cit., Rn. 81.

¹⁰⁹ Così, BVerfG, 15 marzo 2004, in *NJW*, 2004, p. 2079.

¹¹⁰ M. LEPA, *Der Anscheinsbeweis im Arzthaftungsprozeß*, in *Festschrift für Erwin Deutsch zum 70. Geburtstag*, a cura di H.-J. Ahrens - C. von Bar - G. Fischer - A. Spickhoff - J. Taupitz, Köln-Berlin-Bonn-München, 1999, p. 638 ss. ID., *Der Anscheinsbeweis in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes*, in *Festschrift für Franz Merz, Zum 65. Geburtstag am 3. Februar 1992*, a cura di W. Gerhardt - W. Henckel - J. Kilger - G. Kreft, Köln, 1992, p. 387 ss. Sulle caratteristiche generali della figura cfr. H.-J. AHRENS, *Der Beweis im Zivilprozess*, Köln, 2015, p. 357 ss. Di recente, cfr. la monografia di C. METTLER, *Der Anscheinsbeweis im schweizerischen Zivilprozess*, Zürich, 2022.

¹¹¹ M. LEPA, *Der Anscheinsbeweis im Arzthaftungsprozeß*, cit., p. 637; C. KATZENMEIER, *Arzthaftung*, cit., p. 436; G. SCHIE-MANN, *Kausalitätsprobleme bei der Arzthaftung*, cit., p.1164 ss.; G. MÜLLER, *Beweislast und Beweisführung im Arzthaftungsprozeß*, cit., p. 3051 ss.

¹¹² Così, BGH 14 dicembre 1953, in *NJW*, 1954, p. 718, precisa che un quadro clinico può essere il risultato di varie cause, ma se sussistono indizi concreti per una sola di queste allora opera la prova *prima facie* per questa, pur rara rispetto alle altre cause possibili, anche se il quadro clinico del paziente è solo una possibile, ma non tipica, conseguenza di questa causa; BGH 27 marzo 2007, in *JZ*, 2007, p. 1104 ss.

¹¹³ BGH 13 gennaio 1998, in *NJW*, 1998, p. 1781; BGH 23 marzo 1993, in *NJW*, 1993, p. 2377; BGH 4 ottobre 1994, in *NJW*, 1995, p. 778; BGH 13 febbraio 1996, in *NJW*, 1996, p. 1589; BGH 11 giugno 1996, in *NJW*, 1996, p. 2428; BGH 19 novembre 1996, in *NJW*, 1997, p. 798; BGH 2 dicembre 1997, in *NJW*, 1998, p. 815; BGH 27 gennaio 1998, in *NJW*, 1998, p. 1783; BGH 3 novembre 1998, in *NJW*, 1999, p. 862 ss.; BGH 29 maggio 2001, in *VersR*, 2001, p. 1030; BGH 16 giugno 2009, in *VersR*, 2009, p. 1267 Rn. 9; BGH 20 settembre 2011, in *VersR*, 2011, p. 1569; BGH 25 ottobre 2011, in *NJW*, 2012, p. 227, Rn. 8.

tamento e danno alla salute, in quanto idoneo a cagionare quest'ultimo. Tuttavia non si esclude eccezionalmente l'operatività della presunzione di causalità materiale nelle ipotesi in cui appare improbabile oppure che non si è realizzato il rischio, la cui inosservanza farebbe apparire l'errore come grave. Naturalmente spetta alla parte sanitaria dimostrare l'esistenza di queste situazioni eccezionali¹¹⁴. La presunzione indicata non comprende anche il profilo soggettivo della negligenza grave (*grobe Fahrlässigkeit*), per la quale l'onere della prova resta in capo al paziente¹¹⁵.

L'inversione della prova in capo al professionista concerne la dimostrazione della causalità di fatto fra il suo inadempimento e il danno primario¹¹⁶, inteso non come lesione del bene giuridico, ma come danno alla salute subito dal paziente «nella sua forma concreta»¹¹⁷ o come aggravamento del suo stato di salute¹¹⁸.

Per quanto concerne poi la causalità giuridica (*haftungsausfüllende Kausalität*) che investe il legame fra danno primario e gli eventuali danni conseguenza, essa non subisce la regola dell'inversione di prova, se non per le ipotesi che i danni secondari costituiscano una tipica conseguenza del danno primario¹¹⁹. Tuttavia il paziente danneggiato gode di un'agevolazione probatoria, come sancito dal § 287 ZPO, secondo il quale è sufficiente per il risarcimento di un danno conseguenza che questo, in maniera prevalentemente probabile, abbia origine nel danno primario subito dal paziente.

Va osservato in proposito che la strategia dell'operatore sanitario, convenuto in sede risarcitoria, può differenziarsi secondo che dimostri che anche in assenza del comportamento professionale inadeguato il danno al paziente sarebbe lo stesso sopravvenuto oppure che pure in presenza di un comportamento professionale adeguato sarebbe subentrata un'altra causa che avrebbe portato allo stesso danno subito dal paziente¹²⁰.

¹¹⁴ BGH 27 aprile 2004, in *BGHZ*, 159, 2004, spec. p. 55; BGH 24 maggio 2022, cit., p. 2748, Rn. 18.

¹¹⁵ BGH 26 novembre 1991, in *NJW*, 1992, p. 755; BGH 6 maggio 2003, in *VersR*, 2003, p. 1130; BGH 20 settembre 2011, in *NJW*, 2011, p. 3442, Rn. 12.

¹¹⁶ BGH 9 maggio 1978, in *VersR*, 1978, p. 765; BGH 38 giugno 1988, in *VersR*, 1989, p. 145; BGH 16 novembre 2004, in *NJW*, 2005, p. 427, spec. 429; BGH 7 giugno 2011, in *NJW*, 2011, p. 2508, Rn. 10; BGH 22 maggio 2012, in *NJW*, 2012, p. 2024, Rn. 10; BGH 14 gennaio 2014, in *VersR*, 2014, p. 633, Rn. 6; J HAGER, § 823, in J. VON STAUDINGERS, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Berlin, 2009, Rn. I 44; C. KATZENMEIER, *Unerlaubte Handlungen. Beweislast § 823 BGB*, in G. BAUMGÄRTEL - H.-W. LAUMEN - H. PRÜTTING, *Handbuch der Beweislast*, III, Köln, 2018, Anh. II, Rn. 21.

¹¹⁷ BGH 8 gennaio 2008, in *VersR*, 2008, p. 490, Rn. 15; BGH 15 marzo 2005, in *VersR*, 2005, spec. p. 837; OLG Karlsruhe 21 maggio 2008, in *VersR*, 2009, spec. p. 832; BGH 27 maggio 2014, in *VersR*, 2014, p. 633, Rn. 6, ribadisce che il «Primärschaden ist vielmehr in der durch den behaupteten Behandlungsfehler herbeigeführten gesundheitlichen Befindlichkeit in ihrer konkreten Ausprägung zu sehen».

¹¹⁸ BGH 12 febbraio 2008, in *VersR*, 2008, p. 644, Rn. 9 ss.; BGH 22 maggio 2012, in *NJW*, 2012, p. 2024 Rn. 10. Secondo OLG Köln 7 agosto 2013, in *VersR*, 2014, p. 106, spec. p. 109, costituisce danno primario la prima conseguenza della lesione che può essere individuata soltanto nel caso concreto, e quindi può rispecchiare anche una catena di reazioni nel corpo del paziente che si estende per più ore.

¹¹⁹ Vedi, *ex multis*, BGH 2 luglio 2013, in *VersR*, 2013, p. 1174 ss., Rn. 12; BGH 5 novembre 2013, in *NJW*, 2014, p. 688 ss., Rn. 32; BGH 12 febbraio 2008, in *VersR*, 2008, p. 644, Rn. 13; BGH 16 novembre 2004, in *VersR*, 2005, p. 228, spec. p. 230; BGH 28 giugno 1988, in *VersR*, 1989, p. 145.

¹²⁰ BGH 25 novembre 1992, in *BGHZ*, 120, 1993, p. 281 ss., spec. p. 287; BGH 15 marzo 2005, in *VersR*, 2005, p. 837; BGH 9 dicembre 2008, in *BGHZ*, 179, 2009, p. 115, Rn. 11; BGH 22 maggio 2012, in *VersR*, 2012, p. 905, Rn. 12; BGH 5 novembre 2013, in *NJW*, 2014, p. 688, Rn. 35.

Nella prima ipotesi il professionista contesta la causalità materiale, il cui onere di prova è in capo al paziente, nell'altra è il professionista che ha il relativo onere di prova¹²¹.

La regola dell'inversione di prova – quale strumento accolto nella novella al BGB come mera recezione di consolidati orientamenti giurisprudenziali – si allinea al principio risarcitorio classico del tutto o niente, in un settore di responsabilità nel quale l'errore di trattamento è legato di solito alla violazione dell'obbligazione da parte del professionista sanitario, ma non è raro il caso che anche un corretto trattamento non avrebbe impedito il danno alla salute del paziente¹²². Gravi errori di trattamento portano alla responsabilità professionale attraverso l'inversione dell'onere della prova, sebbene non sempre cagionino danni alla salute e nel caso concreto sia a volte poco probabile la causalità dell'errore per il danno al paziente. Siffatto errore grave non implica necessariamente un ampliamento o uno spostamento delle possibili cause di danno¹²³. D'altro lato, anche in caso di semplici errori di trattamento, la prova del nesso di causalità di regola fallisce e il paziente non ottiene nulla, anche se è certo che anche tali errori spesso portano a danni¹²⁴. In realtà qualsiasi errore medico, grave o semplice, amplia lo spettro delle possibili cause di danno, e la gravità della violazione dell'obbligo non aumenta automaticamente le probabilità di cagionare danni¹²⁵.

Una parte della dottrina tende a superare questo gradualismo della violazione dell'obbligo – grave o semplice – incidendo sul profilo della valutazione delle prove attraverso una riduzione sostanziale alla «probabilità prevalente» in sede di prova della causalità di fatto¹²⁶, tesi ormai consolidata da tempo in giurisprudenza nel nostro modello giuridico. Il medico dovrebbe risarcire il danno che con prevalente probabilità ha causato attraverso errori di trattamento, indipendentemente dal fatto che abbia commesso una negligenza semplice o grave. La base normativa riposa sulla norma del § 287 ZPO, ma limitata al perimetro della responsabilità contrattuale¹²⁷, dal momento che la causalità materiale è insita nella dinamica dell'inadempimento¹²⁸.

¹²¹ G. WAGNER, § 630h, cit., Rn. 112.

¹²² G. SCHIEMANN, *Kausalitätsprobleme bei der Arzthaftung*, cit., p. 1162.

¹²³ Così, BGH 16 marzo 2010, in *NJW-RR*, 2010, p. 1331 Rn. 18; BGH 6 ottobre 2009, in *NJW-RR*, 2010, p. 831, Rn. 14; v. anche BGH 19 giugno 2012, in *NJW*, 2012, p. 2653, Rn. 13.

¹²⁴ Così, secondo la giurisprudenza consolidata, anche se vi è una probabilità del 70% che il danno sia causato da un semplice errore di trattamento, il paziente non riceve nulla (OLG Köln 10 settembre 2014, in *MedR*, 2015, spec. p. 519, con nota di G. MÜLLER, *Verhältnis zwischen Nachweis der Kausalität und Anscheinsbeweis im Arzthaftungsprozess*).

¹²⁵ In questo senso, G. WAGNER, § 630h, cit., Rn. 123.

¹²⁶ H.-J. MUSIELAK, *Die Beweislast. Aufsatzreihe*, cit., p. 609, p. 613 ss., p. 615; H. FLEISCHER, *Schadensersatz für verlorene Chancen im Vertrags- und Deliktsrecht*, in *JZ*, 1999, p. 766, p. 773 ss.; P. HANAU, *Die Kausalität der Pflichtwidrigkeit. Eine Studie zum Problem des Pflichtmäßigen Alternativverhaltens im bürgerlichen Recht*, Göttingen, 1971, p. 132 ss.; ID., in *NJW*, 1968, p. 2292; B.M. MAASSEN, *Beweismaßprobleme im Schadensersatzprozess. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum Problem des Beweismaßes im deutschen und anglo-amerikanischen Prozeßrecht unter besonderer Berücksichtigung des Schadensersatzprozesses*, Köln, 1975, p. 90 ss.; C. KATZENMEIER, *Arzthaftung*, cit., p. 529 ss.; ID., *Beweismaßreduzierung und probabilistische Proportionalhaftung*, in *ZZP*, 117, 2004, p. 211 ss.

¹²⁷ G. WAGNER, *Proportionalhaftung für ärztliche Behandlungsfehler de lege lata*, cit., p. 465; A. SPICKHOFF, *Die Entwicklung des Arztrechts 2007/2008*, in *NJW*, 2008, p. 1641.

¹²⁸ BGH 13 giugno 1996, in *NJW*, 1996, p. 2501; BGH 3 dicembre 1999, in *NJW*, 2000, p. 509 ss.; BGH 27 gennaio 2000, in *NJW*, 2000, p. 1573.

Una strategia interessante sarebbe una *Proportionalhaftung*, con la quale il sanitario risponderebbe dei suoi errori professionali nella misura del danno cagionato, nella specie per le *chance* di guarigione che il paziente avrebbe avuto in caso di trattamento sanitario adeguato¹²⁹. Questa ricostruzione del problema della responsabilità medica pare vicina alla realtà in quanto non pare accettabile che il sanitario rischi di rispondere dei danni alla salute subiti dal paziente quando probabilmente non li ha cagionati, ma sono a lui addossati a seguito di un suo grave errore di trattamento¹³⁰.

9. Schegge comparative interlocutorie

L'investigazione nel modello tedesco ha confermato come il tema della responsabilità medica abbia assunto un ruolo centrale, come accaduto anche in Italia con l'avvicinarsi del doppio intervento legislativo.

I punti di partenza ricostruttivi tuttavia erano opposti, in quanto, mentre nel modello domestico l'elaborazione dogmatica ha sviluppato la dimensione contrattuale al fine di tutelare adeguatamente la posizione giuridica del paziente, nel modello tedesco la piattaforma di disciplina disegnata dalla dottrina e dalla giurisprudenza ha utilizzato i parametri della responsabilità extracontrattuale a tutela della salute e dell'integrità fisica, così come compresi nell'elenco dei beni giuridici del § 823 BGB.

Mentre la nuova trama normativa delineata dal nostro *conditor iuris* con la l. n. 24/2017 trova una sua logica dogmatica nel principio del doppio segmento della responsabilità sanitaria, la tesi giurisprudenziale inaugurata nello stesso anno sul nesso causale e sulla conseguente ripartizione dell'onere della prova rivela pochi punti di compatibilità e congruenza con la teorica della responsabilità da violazione del rapporto obbligatorio, disciplinata unitariamente dalla norma contenuta nell'art. 1218 c.c. La dottrina più avvertita sottolinea come «la Cassazione dimentica di aver qualificato la fattispecie come inadempimento, e di essere in tema di responsabilità contrattuale, ed applica, invece, le regole di diritto comune previste in sede di responsabilità extracontrattuale per colpa (art. 2043 c.c.)»¹³¹. La giurisprudenza do-

¹²⁹ Approfonditamente H. STOLL, *Schadensersatz für verlorene Heilungschancen vor englischen Gerichten in rechtssvergleichender Sicht*, in *Festschrift für Erich Steffen zum 65. Geburtstag am 28. Mai 1995*, a cura di E. Deutsch - E. Klingmüller - H.J. Kullmann, Berlin-New York, 1995, p. 465 ss.; G. WAGNER, *Proportionalhaftung für ärztliche Behandlungsfehler de lege lata*, cit., p. 453 ss.; G. MÄSCH, *Chance und Schaden. Zur Dienstleisterhaftung bei unaufklärbaren Kausalverläufen*, Tübingen, 2004; H. FLEISCHER, *Schadensersatz für verlorene Chancen im Vertrags- und Deliktsrecht*, cit., p. 773; C. KATZENMEIER, *Beweismaßreduzierung und probabilistische Proportionalhaftung*, cit., p. 203 ss.; J. TAUPITZ, *Proportionalhaftung zur Lösung von Kausalitätsproblemen - insbesondere in der Arzthaftung?*, in *Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag*, I, 2007, p. 1233 ss.; A. ENGERT, *Der effiziente Rechtsbruch. Schadensersatz als Richtigkeitsgewähr in der privatrechtlichen Verhaltenssteuerung*, in *Prävention und Strafsanktion im Privatrecht. Verhaltenssteuerung durch Rechtsnormen*, a cura di P. Bydliński, Wien, 2016, p. 125 ss.

¹³⁰ Così, G. WAGNER, § 630h, cit., Rn. 125.

¹³¹ A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *La Terza Sezione e la strana teoria dell'inadempimento... extra-contrattuale per colpa*, cit., p. 250, ove aggiunge come conseguenza che nell'ipotesi di inadempimento il creditore non ha nessun onere di dimostrare la causalità materiale, «l'unico problema che si pone è quello della c.d. causalità giuridica, ovvero della quantificazione dell'entità del danno risarcibile ai sensi degli artt. 1223 c.c., cioè del c.d. "danno-consequenziale" risarcibile» (p. 251).

mestica, tuttavia, precisa che l'onere della prova in capo al paziente danneggiato segue le dinamiche della causalità civile, ossia «serie ed apprezzabili possibilità, ragionevole probabilità»; in definitiva la causalità civile «obbedisce alla logica del “più probabile che non”»¹³². Allo stesso tempo, le corti ammettono che il creditore possa assolvere all'onere della prova anche mediante semplici presunzioni, le quali non invertono l'onere della prova, ma più limitatamente impongono al debitore uno sforzo probatorio diretto esclusivamente a superare la presunzione. In sostanza, questo strumento non sposta la ripartizione degli oneri di prova fra le parti, per cui dall'onere della prova in senso oggettivo il giudice ricava la direttiva per arrivare ad una decisione nell'ipotesi che il soggetto onerato non abbia assolto alla prova e convinto il giudice¹³³.

Come già sottolineato in precedenza, la causalità materiale nel modello tedesco trova ancoraggio diretto nella disposizione del § 286 ZPO, secondo il quale la relativa prova è molto rigorosa, a differenza della causalità giuridica, per la prova della quale è sufficiente una probabilità prevalente, sulla base del disposto del § 287 ZPO.

Nell'*Arzthaftung* riformata le facilitazioni e le scelte della giurisprudenza a favore del paziente sono state dettate dal fatto che la materia ha in sé difficoltà strutturali, che pongono la vittima del danno in una posizione molto scomoda quando voglia far valere le sue legittime pretese risarcitorie. In questo senso l'ultima norma del *Behandlungsvertrag*, il § 630h BGB, testimonia quanto siano necessarie le agevolazioni probatorie previste dalla legge. La forma più forte di facilitazione è ovviamente l'inversione dell'onere di prova che va in sostanza a trasformare le coordinate probatorie. Una delle scelte più forti in sede di ripartizione di prova nell'ambito sanitario a favore del paziente scaturisce dalla presunzione di causalità di fatto nelle ipotesi di grave errore di trattamento¹³⁴. Regola operativa estranea al nostro sistema di responsabilità medica che, al contrario, quale presupposto di responsabilità della parte sanitaria esige anche in sede contrattuale la prova della causalità materiale a carico del paziente.

Se la storia della responsabilità sanitaria è stata rappresentata dalla metafora dell'oscillazione di un pendolo¹³⁵, allora forse la sua posizione ha raggiunto il punto più vicino alla parte professionale e quindi inizia ad allontanarsi verso la posizione opposta.

Riferimenti bibliografici

- 1 Interessanti, ancora oggi, le osservazioni di V. SCIALOJA, L'arbitrio del legislatore nella formazione del diritto positivo, in Atti della Società italiana per il progresso delle scienze

¹³² Cass. 16 ottobre 2007, n. 21619.

¹³³ Così sintetizza il problema K. LARENZ, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, 7a ed., München, 1989, p. 27 ss.

¹³⁴ Regola giurisprudenziale consolidata, anche se non mancano critiche in dottrina. Da ultimo G. MÄSCH, *Anmerkung zu BGH*, 24 maggio 2022, in NJW, 2022, p. 2751.

¹³⁵ Il riferimento ovviamente è al saggio di C. CASTRONOVO, *Swinging malpractice*, cit., p. 847

- ze, terza riunione, Padova, settembre 1909, Roma, 1910, p. 367 ss. Classico il saggio di O. BÜLOW, *Gesetz und Richteramt*, Leipzig, 1885 (ora in lingua italiana: *Legge e ufficio del giudice*, trad. it. di P. Pasqualucci, in *Quaderni fiorentini*, 30, 2001, tomo I, p. 199 ss.).
- 2 Molte volte la tenuta di un orientamento giurisprudenziale è in diretta relazione ad un'opera di promozione del formante dottrinale. Gli esempi abbondano, ma pensiamo solamente alla tesi contrattuale della responsabilità del medico dipendente inaugurata da Cass. n. 589/1999, oppure in Germania ai formanti giurisprudenziali che adottano le ricostruzioni dottrinali in tema di violazioni contrattuali positive, obblighi di protezione, culpa in contrahendo, *Geschäftsgrundlage*, che, a loro volta, sono recepiti negli stampi legislativi come insegnano le esperienze della *Schuldrechtsreform* del 2002 o dell'inserimento nel BGB del c.d. contratto di trattamento sanitario nel 2013 (§ 630a ss.). In diversa prospettiva, ma non meno interessante, F. CARNELUTTI, *Giurisprudenza consolidata (ovvero della comodità del giudicare)*, in *Riv. dir. proc.*, I, 1949, p. 41 ss.
 - 3 F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, I, Paris, 1919, p. 117. Il grande giurista di Nancy osserva in proposito che «Et, d'abord, comme toute oeuvre humaine, la loi sera forcément incomplète. Si affiné qu'on le suppose, l'esprit de l'homme n'est pas capable d'embrasser, dans son entier, la synthèse du monde où il se meut. Et, cette infirmité irrémédiable est particulièrement sensible dans l'ordre juridique, qui, pour être saisi en totalité, supposerait connus, à l'avance, tous les rapports, pouvant susciter, entre les hommes, des conflits d'aspirations ou d'intérêts. Imaginât-on, par impossible, un législateur assez perspicace pour pénétrer, d'un large et profond coup d'oeil, l'ensemble de l'ordre juridique de son époque, encore faudrait-il reconnaître qu'il ne saurait prévoir, pour les régler à l'avance, tous les rapports futurs».
 - 4 L'avvertenza è del Maestro E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*, Milano, 1971, p. 95 ss.
 - 5 C. CASTRONOVO, *Swinging malpractice. Il pendolo della responsabilità medica*, in *Eur. dir. priv.*, 2020, p. 860.
 - 6 Così, C. CASTRONOVO, *Swinging malpractice*, cit., p. 861, ove solleva un dubbio: «se sia miglior cosa che la giurisprudenza si assuma un compito paralegislativo o che il legislatore vesta i panni della giurisprudenza: quesito insolubile».
 - 7 Cass. 22 gennaio 1999, n. 589, in *Corr. giur.*, 1999, p. 441 ss., con nota di A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*; E. GUERINONI, *Obbligazioni da «contratto sociale» e responsabilità contrattuale nei confronti dei terzi*, in *Contratti*, 1999, p. 999; V. CARBONE, *La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto*, in *Danno resp.*, 1999, p. 294 ss.
 - 8 Per una attenta e puntuale ricostruzione della responsabilità sanitaria nelle diverse stagioni dogmatiche, cfr. M. FEOLA, *La responsabilità sanitaria tra inadempimento e torto*, in *Ann. fac. giur. Univ. Camerino*, 2022, p. 1 ss.
 - 9 Cass. 22 gennaio 1999, n. 589, cit., p. 443 ss., richiama il passo di C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano, 1995, p. 197.
 - 10 C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, cit., p. 194.

- 11 Termine adoperato più tardi da Cass. 12 luglio 2016, n. 14188, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 1950, con nota di C. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità precontrattuale e «contatto sociale qualificato»*, e in *Europa dir. priv.*, 2017, p. 1129, con nota di A. ALBANESE, *La lunga marcia della responsabilità precontrattuale: dalla culpa in contrahendo alla violazione di obblighi di protezione*.
- 12 M.P. MANTOVANI, *L'assicurazione della responsabilità civile medico-sanitaria*, Napoli, 2017, p. 138 ss., 161.
- 13 L. 8 novembre 2012, n. 189.
- 14 Cass. 17 aprile 2014, n. 8940, in *Pluris online*, § 6.2.
- 15 L. 8 marzo 2017, n. 24, *Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie*. In proposito, M. BILANCETTI - F. BILANCETTI, *Verso quale riforma della responsabilità medica*, in *Riv. it. med. leg. dir. san.*, 2016, p. 1399, ove rilevano che in seno al Ministero della salute è stata istituita una Commissione di esperti avente l'obiettivo di riscrivere i confini della responsabilità civile e penale del medico partendo dalla previsione dell'art. 3 l. n. 189/2012. I due autori precisano che «il modello italiano, nella configurazione che era andato via via assumendo, differiva dalla gran parte dei modelli degli altri ordinamenti dei Paesi Membri dell'Unione Europea, in cui, pur talvolta ricorrendo a qualche tecnica di inversione dell'onere della prova, il sistema di responsabilità medica è fondato esclusivamente sulla responsabilità extracontrattuale. Quei modelli distinguono inoltre in modo netto le posizioni della struttura sanitaria da quelle dell'esercente la professione medica,
- 16 C. CASTRONOVO, *Swinging malpractice*, cit., p. 854.
- 17 Interessanti spunti sull'integrazione e sulla correzione della legge da parte dei giuristi possono scaturire dalla lettura delle pagine dell'opera classica di K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, trad. it. di A. Baratta, Milano, 1970, p. 217 ss.
- 18 A. DI MAJO, *La salute responsabile*, Torino, 2018, p. 9, ove esplicitamente discorre di legge intervenuta «“a gamba tesa” sul tema della responsabilità del medico».
- 19 M.P. MANTOVANI, *L'assicurazione della responsabilità civile medico-sanitaria*, cit., p. 138 ss.
- 20 Così, C. CASTRONOVO, *Swinging malpractice*, cit., p. 862, ove avverte come la soluzione prescelta dalla riforma «riproduce [...] i problemi ai quali aveva ovviato la giurisprudenza con la svolta del 1999».
- 21 D. PITTELLA, *Dall'obbligazione senza prestazione alla responsabilità extracontrattuale del medico: rigetto locale o totale del contatto sociale “qualificato”?*, in *Contr. impr.*, 2020, p. 417 ss.
- 22 Per un primo commento chiaro ed esaustivo della nuova legge, v. G. ALPA, in *La responsabilità sanitaria. Commento alla l. 8 marzo 2017, n. 24*, a cura di G. Alpa, Ospedaletto, 2017, p. 229 ss.
- 23 G. ALPA, *La responsabilità medica*, in *Resp. civ. prev.*, 1999, p. 315; R. DE MATTEIS, *Dall'atto medico all'attività sanitaria. Quali responsabilità?*, in *Le responsabilità in medicina*, a

- cura di A. Belvedere - S. Riondato, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà - P. Zatti, IV, Milano, 2011, p. 133 ss.
- 24 Così, Cass., 12 luglio 2016, n. 14188, in *Pluris online*, ove adotta in motivazione proprio il termine usuale nella dottrina e nella giurisprudenza tedesche
- 25 Cass. 22 gennaio 1999, n. 589, cit., p. 441 ss. Non è inutile ricordare che il sostrato della costruzione giuridica della famosa decisione richiamata sta nel contributo di C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, cit., p. 147 ss.
- 26 C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, cit., p. 194, ove richiama «le esigenze di una forma giuridica che sia il più possibile aderente all'idea materiale (della materia che si distingue dalla forma ma ne reclama in pari tempo una a sé omogenea) che del rapporto abbiano i soggetti che vi partecipano». Argomento raccolto più tardi da Cass. 22 gennaio 1999, n. 589, cit., § 4.2. (motivazione). Successivamente C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Milano, 2018, p. 779, avverte come «la verità della forma [...] costituisce la prima vocazione assiologica di ogni ordinamento».
- 27 Per C. CASTRONOVO, *Swinging malpractice*, cit., p. 864, appare dominante la posizione di responsabilità della struttura rispetto a quella del medico. Il problema ha trovato la sua trattazione in Cass. 11 novembre 2019, n. 28987, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 345 ss., con nota di adesiva di A. D'ADDA, *I rapporti interni tra debitore ed ausiliario ex art. 1228: una opportuna messa a punto (con molte luci e qualche ombra)*. V., altresì, A. D'ADDA, *Ausiliari, responsabilità solidale e "rivalse"*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2018, p. 361 ss.
- 28 Cass. 26 luglio 2017, n. 18392, in *Danno resp.*, 2017, p. 696 ss., con nota di D. ZORZIT, *La Cassazione e la prova del nesso causale: l'inizio di una nuova storia?*. Sulla pronuncia in esame si vedano anche i commenti di R. PARDOLESI - R. SIMONE, *Nesso di causa e responsabilità della struttura sanitaria: indietro tutta?*, in *Danno resp.*, 2018, p. 5 ss.; B. TASSONE, *Responsabilità contrattuale e inversione della prova del nesso*, in *Danno resp.*, 2018, p. 14 ss.
- 29 Il titolo del saggio di A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *La Terza Sezione e la strana*
- 30 G. D'AMICO, *Il rischio della "causa ignota" nella responsabilità contrattuale in materia sanitaria*, in *Danno resp.*, 2018, p. 357. Il riferimento è alla famosa decisione di Cass. 21 dicembre 1978, n. 6141, in *Giur. it.*, I, 1, 1979, c. 953 ss., la quale distingue, ai fini della ripartizione dell'onere probatorio, gli interventi di facile esecuzione dagli interventi di difficile esecuzione, ove in quest'ultimi spetta al paziente dimostrare l'errore in cui è caduto il sanitario attraverso una ricostruzione puntuale delle modalità che hanno caratterizzati l'intervento, mentre nei primi è sufficiente al paziente dimostrare il peggioramento delle condizioni di salute per presumere la negligenza del professionista, salvo che questi provi che l'esito peggiorativo sia conseguenza di un evento imprevedibile sopravveniente o dello stato di salute del paziente. Va ricordato che la decisione richiamata destabilizzava un orientamento giurisprudenziale monolitico risalente fino al varo del nuovo codice civile, secondo il quale l'obbligazione sanitaria è obbligazione di mezzi, per cui spetta al paziente l'onere di provare la difettosa esecuzione della prestazione, il danno subito e il nesso causale fra negligenza del professionista e il danno (Cass. 28 aprile 1961, n. 961, in *Giur. it.*, I, 1, 1962, c. 1248 ss., con nota di C. LEGA, *La prestazione del medico come oggetto di obbligazioni di mezzi*; Cass. 9 marzo 1965, n. 375, in *Foro it.*, I, 1965, c. 1039 ss.; Cass. 15 dicembre 1972, n. 3616, in *Foro it.*, I, 1973, c. 1474

- ss.; Cass. 13 ottobre 1972, n. 3044, in Foro it., I, 1973, c. 1170 ss.; Cass. 18 giugno 1975, n. 2439, in Giur. it., I, 1, 1976, c. 953 ss., con nota di C. LEGA, In tema di responsabilità del medico chirurgo; Cass. 29 marzo 1976, n. 1132, in Giur. it., I, 1, 1977, c. 1980 ss.).
- 31 Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2001, n. 13533, in Foro it., I, 2002, c. 769 ss., con nota di P. LAGHEZZA, Inadempimenti ed onere della prova: le sezioni unite e la difficile arte del rammendo; in Corr. giur., 2001, p. 1565 ss., con nota di V. MARICONDA, Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro; in Nuova giur. civ. comm., 2002, p. 356 ss., con nota di B. MEOLI, in Contratti, 2002, p. 118 ss., con nota di U. CARNEVALI, Inadempimento e onere della prova.
 - 32 Cass. 19 maggio 2004, n. 9471; Cass. 28 maggio 2004, n. 10297; Cass. 21 giugno 2004, n. 11488, in Danno resp., 2005, p. 26 ss., con nota di R. DE MATTEIS, La responsabilità medica ad una svolta?
 - 33 Secondo la S. Corte la distinzione tra prestazione di facile esecuzione e prestazioni che implicano la risoluzione di problemi di speciale difficoltà, non costituisce più un criterio di ripartizione dell'onere della prova, ma deve essere adoperata per valutare il grado di diligenza ed il corrispondente grado di colpa, restando comunque a carico del sanitario la prova che la prestazione sia di difficile esecuzione.
 - 34 Cass. 11 novembre 2005, n. 22894, in DeJure online; Cass. 18 aprile 2005, n. 7997, in Resp. civ. prev., 2006, p. 1136 ss.; Cass. 19 aprile 2006, n. 9085, in Corr. giur., 2006, p. 903 ss., secondo cui «in tema di responsabilità dell'ente ospedaliero per inesatto adempimento della prestazione sanitaria, inquadrabile nella responsabilità contrattuale, è a carico del danneggiato la prova dell'esistenza del contratto e dell'aggravamento della situazione patologica (o dell'insorgenza di nuove patologie), nonché del relativo nesso di causalità con l'azione o l'omissione dei sanitari, restando a carico di questi ultimi la prova che la prestazione professionale sia stata eseguita in modo diligente e che quegli esiti siano stati determinati da un evento imprevisto ed imprevedibile».
 - 35 Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577, in Danno resp., 2008, p. 788 ss., con nota di G. VINCIGUERRA, Nuovi (ma provvisori?) aspetti della controversia medica; in Resp. civ. prev., 2008, p. 397 ss., con nota di R. CALVO, Diritti del paziente, onus probandi e responsabilità della struttura sanitaria; in Nuova giur. civ. comm., 2008, p. 616 ss., con nota di R. DE MATTEIS, La responsabilità della struttura sanitaria per danno da emotrasfusione; in Danno resp., 2008, p. 1002 ss. con nota di M. GAZZARA, Le Sezioni Unite fanno il punto di tema di prova della responsabilità sanitaria; in Giur. it., 2008, p. 2197 ss., con nota di M.G. CURSI, Responsabilità della struttura sanitaria e riparto dell'onere probatorio; in Danno resp., 2008, p. 871 ss., con nota di A. NICOLUSSI, Sezioni sempre più unite contro la distinzione obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico.
 - 36 Alla base della tesi v'è il pensiero di Cass., Sez. Un., 28 luglio 2005, n. 15871 (in Nuova giur. civ. comm., 2006, p. 828, con nota di R. VIGLIONE, Prestazione d'opera intellettuale e disciplina applicabile, tra obbligazioni di mezzi e di risultato; in Europa dir. priv., 2006, p. 781, con nota di A. NICOLUSSI, Il commiato della giurisprudenza dalla distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi; in Contratti, 2006, p. 349, con nota di F. TOSCHI VESPASIANI e F. TADDEI, Il contratto d'appalto e la responsabilità del progettista-direttore dei lavori per i vizi e le difformità dell'opera), secondo cui la distinzione fra obbligazioni di mezzi e di risultato assume valore esclusivamente descrittivo.

- 37 Cass. 26 luglio 2017, n. 18392, cit., § 2.1.3.
- 38 Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2001, n. 13533; commentata da G. VILLA, Onere della prova, inadempimento e criteri di razionalità economica, in Riv. dir. civ., I, 2002, p. 707 ss.; G. VISINTINI, La Suprema Corte interviene a dirimere un contrasto tra massime (in materia di inadempimento e onere probatorio a carico del creditore vittima dell'inadempimento), in Contr. impr., 2003, p. 903 ss.
- 39 Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577, cit.
- 40 Il punto è messo bene in evidenza e sviluppato da A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, La Terza Sezione e la strana teoria dell'inadempimento...extra-contrattuale per colpa, cit., spec. p. 250 ss., secondo il quale «la Cassazione dimentica di aver qualificato la fattispecie come inadempimento, e di essere in tema di responsabilità contrattuale, ed applica, invece, le regole di diritto comune previste in sede di responsabilità extracontrattuale per colpa (art. 2043 c.c.)».
- 41 Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2001, n. 13533, cit.
- 42 In proposito, Cass. 12 dicembre 2013, n. 27855, in Dejure online, precisa che «nelle cause di responsabilità professionale medica, il paziente non può limitarsi ad allegare un inadempimento, quale che esso sia, ma deve dedurre l'esistenza di una inadempienza, per così dire, vestita, astrattamente efficiente, cioè, alla produzione del danno» (§ 5 in motivazione).
- 43 Così, C. CASTRONOVO, *Swinging malpractice*, cit., p. 883; ID., *Responsabilità civile*, cit., p. 877, precisa che «questa causalità di (fondazione di) responsabilità, poi, mentre si attaglia al fatto illecito, fornendo la necessaria struttura portante al criterio di imputazione, non ha nulla da dire nella responsabilità contrattuale, nella quale, se vogliamo ancora usare il vecchio linguaggio (ampiamente impreciso perché l'inadempimento come pura mancanza dell'adempimento sul piano della realtà è un non-evento), la questione non è di causalità del fatto bensì di causalità dell'evento».
- 44 A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO - M. FEOLA, *Diritto delle obbligazioni*, Napoli, 2020, p. 315; anche A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO - M. FEOLA, *La cooperazione mancata: sopravvenuta impossibilità della prestazione e imputabilità dell'inadempimento*, in *Comp. dir. civ.*, 2019, p. 1 ss.
- 45 Cass. 13 luglio 2018, n. 18540, § 2, in *Pluris online*.
- 46 A. DI MAJO, *La salute responsabile*, cit., p. 15.
- 47 A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO - M. FEOLA, *Diritto delle obbligazioni*, cit., p. 318.
- 48 Cass. 26 luglio 2017, n. 18392, cit., § 2.1.2.
- 49 Cass. 26 luglio 2017, n. 18392, cit., § 2.1.3.
- 50 In questi termini, C. CASTRONOVO, *Swinging malpractice*, cit., p. 884 ss., ove con riferimento alla decisione del 2017 precisa che «nel caso oggetto della decisione, in assenza della prova del nesso causale richiesta secondo la Cassazione al danneggiato, il preteso danneggiante non ha dovuto dare la prova dell'impossibilità derivante da causa estranea».

- 51 C. CASTRONOVO, Responsabilità civile, cit., p. 872 ss.
- 52 Cass. 11 novembre 2019, n. 28991, § 1.1.1., in *Danno resp.*, 2020, p. 71 ss. (§ 1.1.1., in motivazione), con nota di A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, Inadempimento e causalità “materiale”: perseverare diabolicum.
- 53 Cass. 11 novembre 2019, n. 28991, cit., § 1.1.1.
- 54 Cass. 11 novembre 2019, n. 28991, cit., § 1.1.1. In merito a questa ricostruzione C. CASTRONOVO, *Swinging malpractice*, cit., p. 890, rileva «la friabilità di tale tentativo di differenziazione tra specie e sottospecie di obbligazioni. Non si vede quale sia la disciplina positiva dalla quale ricavare plausibilmente una distinzione tra obbligazioni di fare disciplinate dal codice civile e obbligazioni di facere professionale che al codice sarebbero sottratte».
- 55 L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»* (Studio critico), in *Riv. dir. comm.*, I, 1954, p. 374 ss.
- 56 Mette in evidenza la confusione della S. Corte fra responsabilità contrattuale e responsabilità da torto, A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *La Terza Sezione e la strana teoria dell’inadempimento... extra-contrattuale per colpa*, cit., p. 251.
- 57 G. GORLA, *Sulla cosiddetta causalità giuridica: «fatto dannoso e conseguenze»*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1951, p. 405 ss., spec. 414 ss. «Parlare di una regola generale che imporrebbe la prova di una causalità tra una condotta e un evento nella responsabilità contrattuale, oltre a cozzare contro il diritto positivo ripropone una lettura frusta e vetusta della responsabilità di diritto civile, che tende ad assimilarne le due specie, contrattuale ed extracontrattuale sul piano del fatto (illecito) e dei suoi elementi costitutivi» (C. CASTRONOVO, *Swinging malpractice*, cit., p. 893).
- 58 Cass. 11 novembre 2019, n. 28991, cit., § 1.1.2. Sembra persino che la decisione voglia riallacciarsi L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, cit., p. 188 ss., quando richiama l’interesse-presupposto o primario e l’interesse strumentale.
- 59 C. CASTRONOVO, *Swinging malpractice*, cit., p. 886.
- 60 N. RIZZO, *Inadempimento e danno nella responsabilità medica: causa e conseguenze*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 329, ove richiama F. REALMONTE, *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, Milano, 1967, p. 106, secondo il quale «i pregiudizi economici, risolvendosi in mere valutazioni, per essere risarcibili occorre che siano la qualifica o dello stesso inadempimento ovvero di eventi positivi o negativi da esso causati. Qualora, cioè, i danni lamentati dal creditore non consistano nella valutazione economica dell’inadempimento, la ricostruzione del “fatto” da imputare al debitore non presuppone l’esistenza di un rapporto di causalità tra i danni e l’inadempimento, bensì tra quest’ultimo e quelle situazioni positive o negative che si qualificano dannose».
- 61 Cass. 11 novembre 2019, n. 28991, § 1.1.2.
- 62 Chiaramente indica il percorso argomentativo, A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Inadempimento e causalità “materiale”: perseverare diabolicum*, cit., p. 80 ss.; G. D’AMICO, *Il rischio della “causa ignota” nella responsabilità contrattuale in materia sanitaria*, in *Danno resp.*, 2018, p. 357.

- 63 Cass. 9 novembre 2022, n. 32971, in DeJure online.
- 64 La dottrina in proposito discorre di un «eigenständiger Haftungskomplex» (C. KATZENMEIER, *Arzthaftung*, Tübingen, 2002, p. 1); altresì, R. STÜRNER, *Der hundertste Geburtstag des BGB - nationale Kodifikation im Greisenalter?*, in *JZ*, 1996, p. 745; A. ZEUNER, in H.T. SOERGEL, *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Band 4, *Schuldrecht III*, (§§ 705-853), Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1985, p. 740 ss.
- 65 La disposizione contenuta nel § 630a BGB di apertura del contratto sanitario (*Behandlungsvertrag*), dopo aver definito gli obblighi tipici derivanti dal contratto – da una parte, il trattamento medico verso il paziente, dall'altra, il pagamento del compenso pattuito – prescrive che «il trattamento deve seguire gli standard professionali generalmente riconosciuti, al tempo del trattamento, salvo diversa pattuizione» (comma 2).
- 66 Per un quadro della nuova disciplina v. J.F. STAGL, *La «Legge sul miglioramento dei diritti del paziente» in Germania*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2014, p. 35 ss.; R. FAVALE, *Il contratto di trattamento medico nel BGB. Una prima lettura*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, p. 693 ss.
- 67 BGH 20 settembre 1988, in *NJW*, 1989, p. 767; BGH 25 giugno 1985, in *VersR*, 1985, p. 1068 ss.; BGH 24 giugno 1986, in *NJW*, 1987, p. 705, ove chiaramente esprime l'opinione che in egual misura e con lo stesso contenuto le responsabilità contrattuale ed extracontrattuale professionali sanitarie concernono la violazione degli obblighi di comportamento che riguardano la tutela della salute del paziente. In sostanza aderiscono pienamente gli obblighi contrattuali e i doveri extracontrattuali, ossia sussiste una «medesima struttura» degli obblighi di diligenza contrattuali e delittuali che giustifica un avvicinamento nei fondamenti di responsabilità.
- 68 Fra molte, BGH 29 novembre 1994, in *NJW*, 1995, p. 776: «nach § 276 BGB schuldet der Arzt dem Patienten vertraglich wie deliktisch die im Verkehr erforderliche Sorgfalt. Diese bestimmt sich weitgehend nach dem medizinischen Standard des jeweiligen Fachgebietes».
- 69 Non è inutile ricordare che la norma del § 280 è stata inserita nel BGB con la Schuldrechtsreform del 2002 allo scopo di superare le difficoltà strutturali della responsabilità da inadempimento dell'obbligazione esistenti esclusivamente a livello di formante legislativo. La nuova norma menzionata non fa altro che registrare e adeguare il formante legislativo ai formanti dottrinale e giurisprudenziale. B. DAUNER-LIEB, in *Anwaltsskomentar BGB*, § 280, Band 2, Teilband 1: *Schuldrecht*, §§ 241-610, Bonn, 2005, Rn. 1, precisa che «§ 280 bildet den zentralen Baustein des durch die Schuldrechtsreform neu gestalteten Leistungsstörungsrechts, das nunmehr auf dem einheitlichen Grundtatbestand einer Pflichtverletzung aufbaut».
- 70 BGH 16 maggio 2000, in *NJW*, 2000, p. 2737; BGH 16 marzo 1999, in *NJW*, 1999, p. 1778; BGH 29 novembre 1994, in *VersR*, 1995, p. 659.
- 71 BGH 22 dicembre 2015, in *NJW*, 2016, p. 713, Rn. 8; BGH 15 aprile 2014, in *VersR*, 2014, p. 879, Rn. 11; BGH 8 luglio 2003, in *VersR*, 2003, p. 1256; BGH 21 dicembre 2010, in *BGHZ*, 188, 2011, p. 29 ss.
- 72 BGH 22 settembre 1987, in *BGHZ*, 102, 1988, p. 24 ss.; BGH 29 novembre 1994, in *VersR*, 1995, p. 660; BGH 16 marzo 1999, in *VersR*, 1999, p. 718; BGH 16 maggio 2000, in *BGHZ*,

- 144, 2000, p. 305.
- 73 BGH 15 aprile 2014, in NJW-RR, 2014, p. 1053.
- 74 M. GEHRLEIN, Grundwissen. Arzthaftungsrecht, München, 2018, p. 34 ss., ove precisa che l'accertamento dello standard professionale integra un giudizio di fatto. La delicata questione di quali misure il professionista deve prendere entro l'ambito della sua specializzazione vanno accertate in concreto con l'ausilio del consulente.
- 75 BGH in GesR, 2015, p. 282; BGH 6 maggio 2003, in NJW, 2003, p. 2311; BGH 13 febbraio 2001, in MDR, 2001, p. 565 ss., con nota di M. GEHRLEIN, Objektivierte zivilrechtliche Fahrlässigkeit bei der Arzthaftung; BGH 16 marzo 1999, in NJW, 1999, p. 1778.
- 76 Così, BGH 24 settembre 2013, in NJW, 2013, p. 3654.
- 77 La letteratura monografica non manca di sottolineare che il profilo probatorio e la sua distribuzione fra le parti costituisce il Kernproblem della responsabilità sanitaria (per alcuni: C. KATZENMEIER, Arzthaftung, cit., p. 416; G. MÜLLER, Beweislast und Beweisführung im Arzthaftungsprozeß, in NJW 1997, p. 3049 ss.; R. WEBER, Arzthaftungsprozeß, in NJW, 1997, p. 761 ss.; H. SCHMID, Verfahrensregeln für Arzthaftungsprozesse, in NJW, 1994, p. 767 ss.; J. TAUPITZ, Prozessuale Folgen der vorzeitigen Vernichtung von Krankenunterlagen, in ZZP, 100, 1987, p. 287 ss.; H.-J. MUSIELAK, Die Beweislast. Aufsatzreihe, in JuS, 1983, p. 609 ss.; R. STÜRNER, Entwicklungstendenzen des zivilprozessualen Beweisrechts und Arzthaftungsprozeß, in NJW, 1979, p. 1225 ss.).
- 78 Di recente: G. WAGNER, § 630h, in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 7. Aufl., Band 4, München, 2016, Rn. 7; M. GEHRLEIN, Grundwissen. Arzthaftungsrecht, cit., p. 39.
- 79 BGH 7 febbraio 2012, in NJW, 2012, p. 850 ss., ove se la violazione dell'obbligo consiste in un'omissione, questa è causa del danno soltanto se l'attività dovuta avrebbe impedito il verificarsi del danno. L'onere della relativa prova è di regola in capo alla parte danneggiata. Allo stesso tempo la S. Corte aggiunge che la figura giuridica dell'ipotetico decorso causale che limita la responsabilità nell'ipotesi di comportamento alternativo lecito diventa rilevante solo quando sia accertata la causalità del trattamento illecito posto in essere per il presunto danno e la responsabilità sia quindi fundamentalmente accertata. V. altresì BGH 21 dicembre 2010, in VersR, 2011, p. 400 ss.; BGH 3 febbraio 1987, in BGHZ, 99, 1987, p. 391 ss.
- 80 Da ultimo, P. SCHOLZ, Haftungsbegründende und haftungsausfüllende Kausalität im Zivil- und Zivilprozessrecht, in JuS, 2021, p. 14 ss. Per la giurisprudenza consolidata si può citare BGH 14 gennaio 2014, in VersR, 2014, p. 632, Rn. 6, secondo cui occorre distinguere tra causalità materiale e causalità giuridica. La prima riguarda il legame dell'errore di trattamento e la violazione dell'interesse giuridico in quanto tale, cioè il danno primario del paziente, inteso come la situazione di salute all'esito dell'errore di trattamento, nella sua forma concreta, e in proposito trova applicazione il rigoroso standard di prova richiesto dal § 286 ZPO. La dimostrazione della causalità giuridica, e quindi il legame fra violazione del bene giuridico e i danni ulteriori si basa, invece, sul § 287 ZPO, per il quale può bastare una prevalente probabilità per il convincimento del giudice. Per altre decisioni precedenti: BGH 2 luglio 2013, in VersR, 2013, p. 1174, Rn. 15; BGH 22 maggio 2012, in VersR, 2012, p. 905, Rn. 10; BGH, 12 febbraio 2008, in VersR,

- 2008, p. 644, Rn. 9.
- 81 B. MUGDAN, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, II, Recht der Schuldverhältnisse, Berlin, 1899, p. 10, secondo cui il presupposto fondamentale è che il danno di cui si chiede il risarcimento debba essere legato all'atto od omissione dell'obbligato, che fonda la pretesa del danneggiato. La commissione puntualizza poi che l'esistenza della causalità deve essere verificata nel caso concreto in base alle specifiche circostanze.
 - 82 La giurisprudenza precisa che il Primärschaden, sul quale si fonda la causalità materiale, consiste nello stato di salute cagionato dal presunto errore di trattamento nella sua forma concreta (BGH 14 gennaio 2014, in VersR, 2014, p. 632, Rn. 8); altresì, BGH 21 luglio 1998, in VersR, 1998, p. 1153, Rn. 11.
 - 83 BGH 5 novembre 2013, in NJW, 2014, p. 688, Rn. 17, secondo cui causalità materiale e causalità giuridica vanno distinte sotto il profilo strutturale e probatorio e ribadisce che «Erstere betrifft die Ursächlichkeit des Behandlungsfehlers für die Rechtsgutverletzung als solche, also für 84 BGH 7 febbraio 2012, in NJW, 2012, p. 850, Rn. 10.
 - 85 BGH 8 gennaio 1991, in NJW, 1991, p. 1541.
 - 86 OLG Brandenburg 28 settembre 2004, in VersR, 2004, p. 199.
 - 87 G. SCHIEMANN, Kausalitätsprobleme bei der Arzthaftung, in Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, München, 2007, p. 1161 ss.
 - 88 La disposizione è dedicata a regolare la fattispecie di danno commesso da più autori e della tutela del danneggiato in sede di prova della causalità. Fondamentale il saggio di F. BYDLINSKI, Mittäterschaft im Schadensrecht, in AcP, 158, 1959-1960, p. 412 ss., ove avverte che «Die Lehre vom Kausalzusammenhang im Schadenersatzrecht gehört zweifellos zu jenen Rechtsgebieten, deren Klärung bedeutende juristische Bemühungen gewidmet waren». Inoltre, K. LARENZ, Lehrbuch des Schuldrechts, Besonderer Teil, II/2, fortgeführt von C.-W. Canaris, München, 1994, p. 564 ss.
 - 89 Fondamentale il contributo di Hans STOLL, Haftungsverlagerung durch beweisrechtliche Mittel, in AcP, 176, 1976, p. 145 ss.; C. KATZENMEIER, Arzthaftung, cit., p. 416 ss.
 - 90 G. SCHIEMANN, Kausalitätsprobleme bei der Arzthaftung, cit., p. 1163 ss.
 - 91 Secondo G. WAGNER, § 630h, cit., Rn. 1, la nuova norma ha lo scopo di tutelare in maniera più decisa il paziente, quale parte più debole, nelle sue incombenze di prova, senza che la sua posizione sia comparabile con quella del consumatore.
 - 92 Il primo comma sancisce che «si presume un errore di trattamento se si verifica un rischio generale di trattamento pienamente controllabile dal sanitario e che ha cagionato una violazione della vita, del corpo o della salute del paziente». L'ultimo comma della medesima norma dispone che «nell'ipotesi di un grave errore di trattamento, idoneo di regola a produrre una lesione alla vita, al corpo o alla salute, quale si è effettivamente verificata, si presume che questo errore abbia causato la lesione. Ciò vale anche quando il medico abbia ommesso di effettuare in tempo un'analisi necessaria sul piano sanitario o di documentarla, nella misura in cui quest'analisi, se effettuata, avrebbe con sufficien-

- te probabilità comportato un risultato in base al quale adottare altre misure, l'omissione delle quali avrebbe rappresentato un grave errore».
- 93 BGH 10 gennaio 1984, in BGHZ, 89, 1984, p. 263, spec. p. 269 ss.; BGH 9 maggio 1978, in NJW, 1978, p. 1683; BGH 3 marzo 1981, in NJW, 1982, p. 699; BGH 8 gennaio 1991, in NJW, 1991, p. 1541; BGH 20 marzo 2007, in VersR, 2007, p. 847 ss. V. altresì G. MÜLLER, *Beweislast und Beweisführung im Arzthaftungsprozeß*, cit., p. 3049 ss.
 - 94 Per il BGH 20 marzo 2007, in NJW, 2007, p. 1682, la struttura risponde per deficit organizzativo (danni alla salute del paziente per mancanza di igiene) in conseguenza di comportamenti negligenti assunti dal suo personale. In questo caso, la S. Corte ha esteso l'agevolazione probatoria sancita nel vecchio § 282 nell'orbita della responsabilità delittuale di cui al § 823, comma 1, BGB.
 - 95 Esemplare, anche se basata sulla vecchia disciplina, BGH 24 giugno 1975, in VersR, 1975, p. 954; BGH 11 ottobre 1977, in NJW, 1978, p. 584, secondo cui «tale principio [quello che in base del § 282 BGB il paziente ha l'onere di provare la negligenza del sanitario] tuttavia non può trovare applicazione all'adempimento di obblighi accessori pienamente controllabili, in particolare quelli atti a garantire i presupposti tecnici per una cura adeguata e priva di rischi».
 - 96 Così, G. WAGNER, § 630h, cit., Rn. 22.
 - 97 M. GEHRLEIN, *Grundwissen. Arzthaftungsrecht*, cit., p. 88, ove precisa come sia irrilevante stabilire quanto fosse evitabile in concreto il rischio.
 - 98 BGH 20 marzo 2007, in NJW, 2007, p. 1682. Esempi di rischi pienamente controllabili concernono i danni derivanti da apparecchiature mediche difettose (BGH 10 gennaio 1984, in NJW, 1984, p. 1400; BGH 24 giugno 1975, in NJW, 1975, p. 2245), oppure quei danni derivanti dal trasporto, da caduta nella struttura (BGH 18 dicembre 1980, in NJW, 1991, p. 1540; BGH 25 maggio 1991, in NJW, 1991, p. 2960; BGH 14 gennaio 2021, in NJW, 2021, p. 1463), da mancanza di igiene, purché possa essere scongiurata da adeguate misure (BGH 9 maggio 1978, in NJW, 1978, p. 1683; BGH 3 novembre 1981, in NJW, 1982, p. 699 ss.; BGH 16 agosto 2016, in VersR, 2016, p. 1380 ss.). Più di recente, BGH 28 agosto 2018, in VersR, 2018, p. 1510.
 - 99 Così, BGH 24 gennaio 1995, in NJW, 1995, p. 1618, salvo che i medici non fossero a conoscenza della fragilità di costituzione del paziente.
 - 100 Così, BGH 8 gennaio 1991, in NJW, 1991, p. 1542, precisa la posizione probatoria fragile del paziente e l'iniquità di addossargli la prova di particolarità organizzative della struttura sanitaria: «Kommt es in diesem Bereich zu einem Schaden des Patienten, wäre es unbillig, den Patienten, der den Krankenhausbetrieb in den Einzelheiten nicht zu überschauen vermag, einer praktisch nicht behebbaren Beweisnot auszusetzen».
 - 101 In questo senso esplicitamente nei lavori preparatori della novella (BT-Drs. 17/10488, p. 28). Secondo il BGH 1° febbraio 1994, in NJW, 1994, p. 1595, la regola presuntiva concerne esclusivamente la violazione oggettiva dell'obbligazione, mentre per il problema della causalità materiale trovano applicazione le regole generali, a seguito delle quali spetta al paziente la prova della sua sussistenza.

- 102 BGH 24 febbraio 2015, in JZ, 2015, p. 573 ss., con nota di A. Spickhoff.
- 103 Così, G. WAGNER, § 630h, cit., Rn. 76.
- 104 G. WAGNER, Proportionalhaftung für ärztliche Behandlungsfehler de lege lata, in Festschrift für Günter Hirsch zum 65. Geburtstag, a cura di G. Müller - E. Osterloh - T. Stein, München, 2008, p. 454 ss.
- 105 In proposito, G. WAGNER, Proportionalhaftung für ärztliche Behandlungsfehler de lege lata, cit., p. 457, porta l'ipotesi in cui l'efficacia di un trattamento adeguato porti al successo di guarigione desiderato nell'80% dei casi, mentre in caso di omissione o di trattamento inadeguato il 40% dei pazienti guarisce. In questa fattispecie di malpractice sanitaria si può affermare che il rischio di danno da trattamento scorretto è raddoppiato (dal 40% all'80%), ma è impossibile stabilire se un singolo paziente, destinatario di trattamento errato, sarebbe rientrato nell'80% dei casi di guarigione.
- 106 G. WAGNER, § 630h, cit., Rn. 80.
- 107 Giurisprudenza consolidata: BGH 19 giugno 2012, in NJW, 2012, p. 2653; BGH 8 gennaio 2008, in VersR, 2008, p. 490, Rn. 11; BGH 27 aprile 2004, in BGHZ, 159, p. 48, Rn.16; BGH 16 novembre 2004, in VersR, 2005, p. 228 ss.; BGH 13 ottobre 2020 - VI ZR 348/20, Rn. 16; BGH 24 maggio 2022, in NJW, 2022, p. 2747 ss., con nota di G. MÄSCH, che mette in evidenza come la tesi giurisprudenziale non esista in nessun altro ordinamento.
- 108 G. WAGNER, § 630h, cit., Rn. 81.
- 109 Così, BVerfG, 15 marzo 2004, in NJW, 2004, p. 2079.
- 110 M. LEPA, Der Anscheinsbeweis im Arzthaftungsprozeß, in Festschrift für Erwin Deutsch zum 70. Geburtstag, a cura di H.-J. Ahrens - C. von Bar - G. Fischer - A. Spickhoff - J. Taupitz, Köln-Berlin-Bonn-München, 1999, p. 638 ss. ID., Der Anscheinsbeweis in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, in Festschrift für Franz Merz, Zum 65. Geburtstag am 3. Februar 1992, a cura di W. Gerhardt - W. Henckel - J. Kilger - G. Kreft, Köln, 1992, p. 387 ss. Sulle caratteristiche generali della figura cfr. H.-J. AHRENS, Der Beweis im Zivilprozess, Köln, 2015, p. 357 ss. Di recente, cfr. la monografia di C. METTLER, Der Anscheinsbeweis im schweizerischen Zivilprozess, Zürich, 2022.
- 111 M. LEPA, Der Anscheinsbeweis im Arzthaftungsprozeß, cit., p. 637; C. KATZENMEIER, Arzthaftung, cit., p. 436; G. SCHIEMANN, Kausalitätsprobleme bei der Arzthaftung, cit., p.1164 ss.; G. MÜLLER, Beweislast und Beweisführung im Arzthaftungsprozeß, cit., p. 3051 ss.
- 112 Così, BGH 14 dicembre 1953, in NJW, 1954, p. 718, precisa che un quadro clinico può essere il risultato di varie cause, ma se sussistono indizi concreti per una sola di queste allora opera la prova prima facie per questa, pur rara rispetto alle altre cause possibili, anche se il quadro clinico del paziente è solo una possibile, ma non tipica, conseguenza di questa causa; BGH 27 marzo 2007, in JZ, 2007, p. 1104 ss.
- 113 BGH 13 gennaio 1998, in NJW, 1998, p. 1781; BGH 23 marzo 1993, in NJW, 1993, p. 2377; BGH 4 ottobre 1994, in NJW, 1995, p. 778; BGH 13 febbraio 1996, in NJW, 1996, p. 1589; BGH 11 giugno 1996, in NJW, 1996, p. 2428; BGH 19 novembre 1996, in NJW, 1997, p. 798; BGH 2 dicembre 1997, in NJW, 1998, p. 815; BGH 27 gennaio 1998, in NJW, 1998, p. 1783;

- BGH 3 novembre 1998, in NJW, 1999, p. 862 ss.; BGH 29 maggio 2001, in VersR, 2001, p. 1030; BGH 16 giugno 2009, in VersR, 2009, p. 1267 Rn. 9; BGH 20 settembre 2011, in VersR, 2011, p. 1569; BGH 25 ottobre 2011, in NJW, 2012, p. 227, Rn. 8.
- 114 BGH 27 aprile 2004, in BGHZ, 159, 2004, spec. p. 55; BGH 24 maggio 2022, cit., p. 2748, Rn. 18.
- 115 BGH 26 novembre 1991, in NJW, 1992, p. 755; BGH 6 maggio 2003, in VersR, 2003, p. 1130; BGH 20 settembre 2011, in NJW, 2011, p. 3442, Rn. 12.
- 116 BGH 9 maggio 1978, in VersR, 1978, p. 765; BGH 38 giugno 1988, in VersR, 1989, p. 145; BGH 16 novembre 2004, in NJW, 2005, p. 427, spec. 429; BGH 7 giugno 2011, in NJW, 2011, p. 2508, Rn. 10; BGH 22 maggio 2012, in NJW, 2012, p. 2024, Rn. 10; BGH 14 gennaio 2014, in VersR, 2014, p. 633, Rn. 6; J HAGER, § 823, in J. VON STAUDINGERS, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Berlin, 2009, Rn. I 44; C. KATZENMEIER, Unerlaubte Handlungen. Beweislast § 823 BGB, in G. BAUMGÄRTEL - H.-W. LAUMEN - H. PRÜTTING, Handbuch der Beweislast, III, Köln, 2018, Anh. II, Rn. 21.
- 117 BGH 8 gennaio 2008, in VersR, 2008, p. 490, Rn. 15; BGH 15 marzo 2005, in VersR, 2005, spec. p. 837; OLG Karlsruhe 21 maggio 2008, in VersR, 2009, spec. p. 832; BGH 27 maggio 2014, in VersR, 2014, p. 633, Rn. 6, ribadisce che il «Primärschaden ist vielmehr in der durch den behaupteten Behandlungsfehler herbeigeführten gesundheitlichen Befindlichkeit in ihrer konkreten Ausprägung zu sehen».
- 118 BGH 12 febbraio 2008, in VersR, 2008, p. 644, Rn. 9 ss.; BGH 22 maggio 2012, in NJW, 2012, p. 2024 Rn. 10. Secondo OLG Köln 7 agosto 2013, in VersR, 2014, p. 106, spec. p. 109, costituisce danno primario la prima conseguenza della lesione che può essere individuata soltanto nel caso concreto, e quindi può rispecchiare anche una catena di reazioni nel corpo del paziente che si estende per più ore.
- 119 Vedi, ex multis, BGH 2 luglio 2013, in VersR, 2013, p. 1174 ss., Rn. 12; BGH 5 novembre 2013, in NJW, 2014, p. 688 ss., Rn. 32; BGH 12 febbraio 2008, in VersR, 2008, p. 644, Rn. 13; BGH 16 novembre 2004, in VersR, 2005, p. 228, spec. p. 230; BGH 28 giugno 1988, in VersR, 1989, p. 145.
- 120 BGH 25 novembre 1992, in BGHZ, 120, 1993, p. 281 ss., spec. p. 287; BGH 15 marzo 2005, in VersR, 2005, p. 837; BGH 9 dicembre 2008, in BGHZ, 179, 2009, p. 115, Rn. 11; BGH 22 maggio 2012, in VersR, 2012, p. 905, Rn. 12; BGH 5 novembre 2013, in NJW, 2014, p. 688, Rn. 35.
- 121 G. WAGNER, § 630h, cit., Rn. 112.
- 122 G. SCHIEMANN, Kausalitätsprobleme bei der Arzthaftung, cit., p. 1162.
- 123 Così, BGH 16 marzo 2010, in NJW-RR, 2010, p. 1331 Rn. 18; BGH 6 ottobre 2009, in NJW-RR, 2010, p. 831, Rn. 14; v. anche BGH 19 giugno 2012, in NJW, 2012, p. 2653, Rn. 13.
- 124 Così, secondo la giurisprudenza consolidata, anche se vi è una probabilità del 70% che il danno sia causato da un semplice errore di trattamento, il paziente non riceve nulla (OLG Köln 10 settembre 2014, in MedR, 2015, spec. p. 519, con nota di G. MÜLLER, Verhältnis zwischen Nachweis der Kausalität und Anscheinsbeweis im Arzthaftungsprozess).
- 125 In questo senso, G. WAGNER, § 630h, cit., Rn. 123.

- 126 H.-J. MUSIELAK, Die Beweislast. Aufsatzreihe, cit., p. 609, p. 613 ss., p. 615; H. FLEISCHER, Schadensersatz für verlorene Chancen im Vertrags- und Deliktsrecht, in JZ, 1999, p. 766, p. 773 ss.; P. HANAU, Die Kausalität der Pflichtwidrigkeit. Eine Studie zum Problem des Pflichtmäßigen Alternativverhaltens im bürgerlichen Recht, Göttingen, 1971, p. 132 ss.; ID., in NJW, 1968, p. 2292; B.M. MAASSEN, Beweismaßprobleme im Schadensersatzprozess. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum Problem des Beweismaßes im deutschen und anglo-amerikanischen Prozeßrecht unter besonderer Berücksichtigung des Schadensersatzprozesses, Köln, 1975, p. 90 ss.; C. KATZENMEIER, Arzthaftung, cit., p. 529 ss.; ID., Beweismaßreduzierung und probabilistische Proportionalhaftung, in ZZP, 117, 2004, p. 211 ss.
- 127 G. WAGNER, Proportionalhaftung für ärztliche Behandlungsfehler de lege lata, cit., p. 465; A. SPICKHOFF, Die Entwicklung des Arztrechts 2007/2008, in NJW, 2008, p. 1641.
- 128 BGH 13 giugno 1996, in NJW, 1996, p. 2501; BGH 3 dicembre 1999, in NJW, 2000, p. 509 ss.; BGH 27 gennaio 2000, in NJW, 2000, p. 1573.
- 129 Approfonditamente H. STOLL, Schadensersatz für verlorene Heilungschancen vor englischen Gerichten in rechtsvergleichender Sicht, in Festschrift für Erich Steffen zum 65. Geburtstag am 28. Mai 1995, a cura di E. Deutsch - E. Klingmüller - H.J. Kullmann, Berlin-New York, 1995, p. 465 ss.; G. WAGNER, Proportionalhaftung für ärztliche Behandlungsfehler de lege lata, cit., p. 453 ss.; G. MÄSCH, Chance und Schaden. Zur Dienstleisterhaftung bei unaufklärbaren Kausalverläufen, Tübingen, 2004; H. FLEISCHER, Schadensersatz für verlorene Chancen im Vertrags- und Deliktsrecht, cit., p. 773; C. KATZENMEIER, Beweismaßreduzierung und probabilistische Proportionalhaftung, cit., p. 203 ss.; J. TAUPITZ, Proportionalhaftung zur Lösung von Kausalitätsproblemen - insbesondere in der Arzthaftung?, in Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, I, 2007, p. 1233 ss.; A. ENGERT, Der effiziente Rechtsbruch. Schadensersatz als Richtigkeitsgewähr in der privatrechtlichen Verhaltenssteuerung, in Prävention und Strafsanktion im Privatrecht. Verhaltenssteuerung durch Rechtsnormen, a cura di P. Bydlinski, Wien, 2016, p. 125 ss.
- 130 Così, G. WAGNER, § 630h, cit., Rn. 125.
- 131 A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, La Terza Sezione e la strana teoria dell'inadempimento... extra-contrattuale per colpa, cit., p. 250, ove aggiunge come conseguenza che nell'ipotesi di inadempimento il creditore non ha nessun onere di dimostrare la causalità materiale, «l'unico problema che si pone è quello della c.d. causalità giuridica, ovvero della quantificazione dell'entità del danno risarcibile ai sensi degli artt. 1223 c.c., cioè del c.d. "danno-consequenziale" risarcibile» (p. 251).
- 132 Cass. 16 ottobre 2007, n. 21619.
- 133 Così sintetizza il problema K. LARENZ, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 7a ed., München, 1989, p. 27 ss.
- 134 Regola giurisprudenziale consolidata, anche se non mancano critiche in dottrina. Da ultimo G. MÄSCH, Anmerkung zu BGH, 24 maggio 2022, in NJW, 2022, p. 2751.
- 135 Il riferimento ovviamente è al saggio di C. CASTRONOVO, Swinging malpractice, cit., p. 847