

## **La responsabilità medica secondo il diritto tedesco**

ANGELIKA HAUCKE

Avvocato

Chiarissimo Professor de Sanctis,  
chiarissimo Professor Fichera,  
chiarissima Professoressa Gatt,  
onorevole Dottor Frattini,  
illustrissimo Dottor Much  
chiarissimo Professor Pocar,  
chiarissimo Professor Hirsch,  
chiarissimo Professor Patti,  
chiarissimo Professor Monateri,  
chiarissima Professoressa Gsell,  
chiarissimo Dottor Grasso,  
chiarissimo Dottor Sabato,  
care colleghe, cari colleghi,

permettetemi, anzitutto, di ringraziare per l'invito al tredicesimo convegno delle nostre Associazioni e per la possibilità di poter intervenire in ordine ad un tema tanto interessante quale il danno non patrimoniale. In particolare, il mio intervento, considerata anche l'estensione del tema, sarà la responsabilità medica secondo il diritto tedesco.

### **Onere della prova - livello di prova**

La responsabilità del medico nell'ambito dell'attività professionale soggiace a particolari disposizioni, soprattutto dal punto di vista processuale e con riguardo alla disciplina della prova, introducendo così una disciplina che si discosta da quanto previsto dal codice di procedura civile tedesco (ZPO).

In considerazione del ruolo fondamentale svolto dal diritto probatorio e della difficoltà di delimitarne il confine, al medico non può essere attribuita una responsabilità oggettiva per il successo del trattamento e/o della terapia imposte, poiché le conoscenze derivate dall'esperienza medica sono limitate (BGH NJW 1978, p. 1681/1681), e il paziente ha la possibilità di agire in via legale solo in caso di negligenza del medico.

Sotto questo punto di vista, si può affermare che l'attività del medico sia un'obbligazione di mezzi (il medico deve fare quanto permessogli dalla conoscenza medica attuale) e non di risultato.

Secondo il mio parere, le motivazioni addotte nelle sentenze che di regola si riferiscono al singolo caso, basandosi sul principio di equità e non rifacendosi alla ZPO e ai principi generali della prova, non sono soddisfacenti.

## **1. Principio di base**

Come in ogni azione legale, si ritrova anche nel processo per responsabilità medica il principio che ogni parte processuale debba dimostrare le circostanze dalle quali derivino determinate conseguenze giuridiche.

Il paziente deve dimostrare, in linea di principio, i fatti operativi per gli errori nel trattamento e nella diagnosi, i danni e la casualità motivandoli con la responsabilità e la colpa del medico. Il medico deve invece dimostrare di aver agito in conformità all'intervento medico richiesto, nonché la legittimità delle sue azioni.

## **2. Agevolazioni probatorie**

Per la poca conoscenza legale del paziente danneggiato, è a volte molto difficile, spesso impossibile, presentare le prove richieste (BVerfGE 52, p. 131/146 seqq.).

Per tale motivo, onde evitare la cosiddetta "*probatio diabolica*", sono previste eccezioni che divergono dal principio sopra esposto, motivate dalla circostanza che, nell'ambito di interessi e procedimenti particolari, sono richieste regole adeguate e differenti riguardanti la prova dei fatti (ad es. agevolazioni o diversa distribuzione dell'onere probatorio) (BVerfGE 52, p. 131/154 seqq.).

Le norme di diritto processuali inerenti a tale differente onere probatorio sono i seguenti: §§ 442 seqq., 654, 372 a ZPO. La giurisprudenza della Corte Costituzionale tedesca si è sviluppata nel senso che sia il singolo Giudice, nel caso concreto, a dover esaminare se il paziente debba agire secondo l'ordinaria disciplina probatoria o se si applichi una disciplina più favorevole (BVerfGE 52, p. 131/147, 158)

Un primo stadio di tale agevolazione dell'onere della prova può essere considerato il § 287 ZPO, (Katzenmeier § 8 II 1), il quale prevede che il Giudice possa decidere in merito all'ammontare di un danno, anche se il danneggiato non fornisce una prova esaustiva e completa in ordine al medesimo.

Tale norma, nei processi riguardanti responsabilità medica, assume minor importanza, in quanto i Giudici, abitualmente, applicano diversi criteri di determinazione della prova, quali il criterio della prova *prima facie* o con l'inversione dell'onere probatorio.

## **3. Prova *prima facie***

Come ulteriore agevolazione dei criteri probatori prova per il paziente, vi è la cosiddetta prova *prima facie*. Generalmente, si considera come prova ciò che capita tipicamente nel normale svolgimento, secondo le esperienze di vita che richiamano una determinata causa, senza comportare per questo l'inversione dell'onere della prova. Le parti, obbligate a presentare le prove, devono solo dimostrare che la situazione secondo l'esperienza ri-

chiama una determinata causa (nesso tra condotta ed evento e tra evento e danno). Se il Giudice è convinto di questo tipico svolgimento, il nesso causale tra condotta, evento e danno è da considerarsi provato. Sarà poi la controparte a dover confutare la prova *prima facie*, dimostrando l'esistenza di eventi atipici (Katzenmeier § 8 II 2).

Tuttavia, l'applicazione fatta dai Giudici nella prassi è molto limitata. Ad esempio è stata riconosciuta per eventi quali: infezioni, rischi da anestesia, guasti ad apparecchiature, e , anche se molto limitatamente, per la sterilizzazione (Katzenmeier § 8 II 2).

L'importante della prova *prima facie* riguarda soprattutto la determinazione del nesso di causalità e della colpa, in quanto per la determinazione degli stessi l'esperienza e la morale sociale hanno notevole importanza: difatti, troviamo analisi giuridica e constatazioni di fatto strettamente legate fra loro ( Leipold, standard della prova e dell'onere della prova nel processo civile, p.16).

ESEMPI in cui è stata affermata la prova *prima facie* sono

RGZ 165, 336/339 casualità tra la sistemazione in una stanza con malati affetti da scarlattina e insorgenza della malattia più tardi nei pazienti che *ivi* erano stati ricoverati.

BGH, VersR 1960, 416/417

BGH, VersR 1969, 553/553 Tubercolosi in un giovane paziente e debolezza patologia per Tubercolosi. Particolare vulnerabilità di pazienti che sono stati a contatto costante con altri pazienti contagiosi.

Jaeger, VersR 1989, 994/994 Diverse prove per danni alla salute dopo iniezioni.

BGH, VersR 1961, 1118/1118 Dolore e paralisi per iniezione di un antireumatoide, prova di *prima facie* per errata tecnica di iniezione.

BGHZ 11, 227/227 Malattia del beneficiario di una trasfusione di sangue da un affetto di Lues (sifilide)

BGHZ 114, 284/290 Paziente non a rischio di HIV, trasmissione di HIV per donazione di sangue, l'infezione è stata dimostrata con *prima facie*.

BGH, VersR 1967, 792 bruciatura endogena dopo l'uso di un apparecchio chirurgico ad alta frequenza.

BGH, LM § 286 ZPO (C) Nr. 15 Morsetti per arterie nella cavità addominale.

BGH, AHRs Kza 6410/3 Materiale per medicazioni (garza) nella cavità addominale

OLG Hamm, VersR 1978, 332/332 Parte di catetere lasciato nelle arterie fra cuore e polmoni.

#### **4. Inversione dell'onere della prova**

Più di una agevolazione è l'inversione dell'onere probatorio, che impone alla parte non gravata (quindi, in genere, il convenuto) l'onere di dimostrare l'esistenza di determinati fatti, invece alla controparte (in genere, all'attore) spetta, se del caso, l'onere di difendersi, provando l'assenza degli stessi. La giurisprudenza non riferisce di gruppi determinati e parla spesso non di una mera inversione, ma, per l'obbligo di valutazione individuale dei requisiti (BVerfGE 52, p. 131/147 158), di agevolazioni dell'onere probatorio, fino all'inversione del medesimo (BGHZ 85, p. 212; 99, p. 391).

#### **5. Causalità supposta**

La causalità tra la responsabilità per errore terapeutico e danni del paziente è presupposta soprattutto nei casi di errore terapeutico grossolano, dovuto a negligenza e/o colpa grave.

In questi casi, la giurisprudenza si spinge fino a riconoscere una, rigorosa, inversione dell'onere probatorio se il paziente, in seguito ai deliberati o incauti rischi a cui fu sottoposto, ha subito un danno che poteva essere cagionato dal comportamento del medico, intenzionale o imprudente (BGH, LM § 286 ZPO (C) Nr. 25).

A causa della molteplicità di casi concreti che possono insorgere, non è stato sinora possibile, e, probabilmente, mai lo sarà, catalogare i casi in cui l'accertamento del danno avverrà secondo tale teoria.

La giurisprudenza della Suprema Corte tende a riconoscere un tale onere probatorio, favorevole al paziente, quando avendo riguardo alla formazione ed alle conoscenze del medico un tale errore non dovrebbe capitare al medesimo (BGH, NJW 1983, 2080/2081).

#### **b. Colpa presunta**

La giurisprudenza inverte in alcuni casi l'onere della prova per colpa, sino ad introdurre ipotesi di colpa presunta. In presenza di tali circostanze, è il medico che deve dimostrare la sua innocenza. Si avrà un'agevolazione dell'onere della prova fino all'inversione dell'onere riguardo alla colpa, per guasti tecnici, per mancanza di idoneità del medico, nel caso in cui il medico non si conformi al suo obbligo di documentazione ed informazione od in seguito alla manipolazione di eventuali mezzi di prova.

#### **c. Casistica**

Da un punto di vista pratico, si possono suddividere: errori diagnostici in senso stretto (1), errori relativi alla terapia per mancata diagnosi e controllo dei referti (2), errori di trattamento specifico, gravi errori nell'organizzazione delle cure mediche e nella garanzia degli standard medici (3), errori relativi alla terapia per mancata informazione e spiegazione delle misure di sicurezza necessarie (4).

### **(1) Errori diagnostici in senso stretto**

BGH, NJW 1998, 814/814 mancato ricovero in ospedale per sintomatologia evidente da infarto cardiaco.

BGHZ 132, 47/53 mancato riconoscimento di un infarto cardiaco.

BGH, NJW 1979, 1933/1935 Nonostante ingorgo urinario, infiammazione di rene, trattamento non corretto.

OLG Frankfurt, VerR 2000, 853/853 Ernia inguinale non riconosciuta nonostante rigonfiamento ed eritrociti alti nel sangue.

### **(2) Errori relativi alla terapia per mancata diagnosi e controllo dei referti**

BGH, NJW 1989, 2332/2332 omissione di raggi x necessari

BGH, VersR 1983, 983 omissione di visita per occlusione vascolare con paresi delle estremità.

BGHZ 138, 1/4 omissione di esame degli occhi con pupilla dilatata e segnali di distacco di retina.

OLG Stuttgart, VersR 1994, 106/106 mancata consultazione di un otorinolaringoiatra per la valutazione di un calo uditivo

### **(3) Gravi errori nell'organizzazione delle cure mediche e nella garanzia degli standard medici**

BGH, NJW 2000, 2741 inattività di un neonatologo senza motivo alla nascita

BHG, NJW 1991, 2350/2350 privare il paziente di medicinali importanti dopo l'operazione.

BGH, NJW 1986, 1540 Prescrizione di pratica di movimento malgrado il pericolo che i fili metallici di fissaggio potessero spostarsi.

OLG Stuttgart, VersR 1989, 632/633    Presenza di corpo estraneo nella ferita da operazione.

**(4) Errori relativi alla terapia per mancata informazione e spiegazione delle misure di sicurezza necessarie**

BGHZ 88, 2448/256    La circostanza che il medico non informi il paziente in modo conforme, oppure il medico ignori il diritto a decidere del paziente non comporta automaticamente il diritto al risarcimento dei danni (BGH, NJW 1986, 1541/1542), ma se il medico non ha informato il paziente di uno stato patologico grave che necessitava di cura immediata e la mancanza di informazioni porta alla conseguenza che le cure necessarie non sono adottate, in tal caso si ha un errore di trattamento grossolano.

Fonti e approfondimento letterario:

- Bergmann, Karl-Otto; Azrhaftung, 2009 Heidelberg, ISBN 978-3-642-01453-6
- Katzenmaier, Christian; Arzthaftung, 2002 Tübingen, ISBN 3-16-147681-6
- Riegger Theresa, historische Entwicklung der Azrthaftung, Regensburg, Univ., Diss., 2007