Controversie in ambito sanitario
Soluzioni alternative

La legge 24/2017, conosciuta come legge Gelli-Bianco, ha introdotto, quale condizione di procedibilità in sede giudiziaria, oltre alla procedura di mediazione, la possibilità di ricorrere all'accertamento tecnico preventivo ex art. 696 bis c.p.c. con obbligo per il consulente tecnico d'ufficio di effettuare il tentativo di conciliazione.

Le controversie in materia di responsabilità medica sono caratterizzate da una notevole complessità tecnico-giuridica, in conseguenza sia del gran numero di istituti coinvolti (responsabilità contrattuale, extracontrattuale, da contratto sociale, danno patrimoniale, ecc….) sia della pluralità di parti coinvolte che, se non venissero tutte coinvolte nel procedimento, renderebbero improcedibile la domanda giudiziale

L'accordo di Conciliazione previsto nel decreto legislativo 28/2010, agli artt. 11 e 12, e l'intesa raggiunta a conclusione dell'accertamento tecnico preventivo, hanno la medesima valenza sia dal punto di vista esecutivo, (art. 474 c.p.c.), che come titolo idoneo per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale.

A differenza dell'accertamento tecnico preventivo, procedimento piuttosto formale, la mediazione è caratterizzata da informalità e facoltà delle parti di esprimersi liberamente e consente di raggiungere un accordo soddisfatto .

La mediazione, infatti, può andare ben oltre l'aspetto del risarcimento economico, individuando soluzioni personalizzate che consentano di superare i giudizi su colpe e sicurezza delle cure.

Per converso il ricorso all'Autorità Giudiziaria, con lo strumento dell'A.T.P., rappresenta nella maggior parte dei casi, la definitiva ed irrimediabile rottura del rapporto "fiduciario" fra medico e paziente.

La mediazione è, quindi, il luogo ideale per sviluppare la trattativa tra Professionista, Azienda Sanitaria ed il "paziente" che chiede un indennizzo da malpratica professionale ma soprattutto la Mediazione, il cui scopo non è di stabilire chi ha ragione o chi ha torto, dà la possibilità di "ricostruire" una relazione.

Le soluzioni alternative alle controversie in ambito sanitario sono approfonditamente trattate nell'allegato articolo di Damiano Marinelli e Pierangelo Bonanno pubblicato sul n. 3/2020 della Rivista Scientifica Trimestrale della Responsabilità Sanitaria e della Sicurezza delle Cure, ALCMAEON

Il ruolo delle ADR e delle ODR in ambito sanitario

di Damiano Marinelli (*) e Pierangelo Bonanno (**)

This contribution addresses the general issue of the use of mediation and conciliation techniques in the dispute resolution. In particular, after having addressed in general the issues related to the topic 'Alternative Dispute Resolution' we have focused on the possibility of their use in conflicts arising from medical or health care professional responsibilities. It was also observed the new legal institution of preventive technical assessment, comparing it with the characteristics of civil and commercial mediation. Finally, the focus was on the Online Dispute Resolution and the new possibilities and characteristics of mediation as a result of the epidemiological crisis caused by the COVID-19.

Sommario: 1. Soluzioni alternative alle controversie: introduzione generale – 2. La mediazione e la soluzione alle "*malpractice*": aspetti teorici – 3. La mediazione e l'accertamento tecnico preventivo: istituti «conciliativi» a confronto – 4. La mediazione da remoto: il nuovo modello italiano post Covid-19 – 5. La mediazione come soluzione alle controversie dopo la crisi epidemiologica – 6. ODR - *Online Dispute Resolution*: elementi definitori – 7. L'emergenza epidemiologica e la responsabilità medico-sanitaria: riflessioni conclusive.

1. Soluzioni alternative alle controversie: introduzione generale

Le soluzioni alternative alle controversie giudiziarie - arbitrato, mediazione e negoziazione - hanno origine nel sistema giuridico, economico e culturale degli Stati Uniti d'America, dove hanno assunto una dimensione normativa grazie all'introduzione dell'*Alternative Dispute Resolution Act* nel 1998, a cui è seguita una profonda trasformazione nella didattica grazie alla quale sono state introdotte le ADR come parte integrante anche del sistema universitario statunitense. I sistemi di ADR si affermano in Europa prima in Francia, nel 1998, dove viene emanato il primo testo normativo di settore; successivamente, nel Regno Unito, dove, nel 1999, si introduce nel quadro normativo anglosassone il "*Civil Procedure Rules*", il quale statuisce la figura di un soggetto neutrale e indipendente, il mediatore, impegnato nel tentare una soluzione conciliativa nella disputa che intercorre tra le parti. Nel sistema giuridico italiano solo con la legge 29 dicembre 1993 n. 580 la ricerca di soluzioni alternative alle controversie diviene parte integrante del nostro ordinamento, anche se in modo parziale: per la prima volta le camere di commercio (CCIAA) possono istituire delle commissioni, che tramite l'arbitrato o la conciliazione tentino di dirimere le dispute tra imprese e consumatori o tra le stesse imprese. Successivamente, ad innovare il sistema, è intervenuta la legge 31 luglio 1997, n. 249 che ha sancito, nell'ambito delle controversie riguardanti le telecomunicazioni, il tentativo obbligatorio di conciliazione da parte dei Co.re.com.. L'affermazione delle soluzioni alternative alle controversie nei procedimenti in materia di diritto societario e di intermediazione finanziaria, in materia creditizia e bancaria, si ha con il d.lgs. n. 5 del 17 gennaio 2003. Ad innovare, successivamente, il sistema normativo è intervenuta la legge n. 262 del 2005, che all'articolo n. 128-*bis*, ha introdotto l'Arbitro Bancario e Finanziario, con il compito di impegnarsi a dare soluzione alle dispute tra banche e clienti tramite soluzioni stragiudiziali, innovando il Testo Unico Bancario. A tutela del diritto degli investitori, nei contratti d'inve-

stimento e nella gestione dei fondi comuni, al fine di ricevere un'informazione corretta, trasparente da parte delle banche e degli intermediari finanziari è intervenuta, sempre, la legge n. 262 del 2005 che ha introdotto la Camera di conciliazione e arbitrato presso la Consob, la cui regolamentazione operativa è, però, avvenuta nel 2008. Naturalmente, ancora sono attive anche camere arbitrali autonome facenti capo ad associazioni, come la camera arbitrale dell'ALI Associazione Legali Italiani (www.associazionelegaliitaliani.it).

L'Unione Europea è stata la sostenitrice principale della diffusione della mediazione come metodo di risoluzione del conflitto tra i Paesi membri. Il Libro verde sulla risoluzione alternativa delle controversie in materia civile e commerciale, il Codice di condotta per i mediatori e la direttiva UE 52/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2008, su taluni aspetti della mediazione in materia civile e commerciale, costituiscono gli strumenti per un migliore accesso alla giustizia da parte dei cittadini europei. Oggetto degli interventi comunitari sono stati la durata sproporzionata dei processi, gli effetti dell'incremento degli scambi commerciali e della mobilità dei cittadini, ancora più importante l'espansione del commercio elettronico. Nelle controversie transfrontaliere in materia civile e commerciale si utilizza la Direttiva sulla mediazione che è applicata a tutti i paesi dell'UE. In particolare, copre le controversie in cui almeno una delle parti è domiciliata in uno Stato membro diverso da quello di qualsiasi altra parte alla data in cui accetta di utilizzare la mediazione o alla data in cui la mediazione è ordinata da un tribunale. Lo scopo prioritario delle fonti comunitarie è sostenere il ricorso alla mediazione negli Stati. Per questo la direttiva contiene cinque regole sostanziali: impegna ogni Stato parte dell'UE a sostenere la formazione dei mediatori e ad assicurare un elevato *standard* qualitativo della mediazione; statuisce che gli accordi risultanti dalla mediazione possano essere resi esecutivi se entrambe le parti lo richiedono; stabilisce che ciascun giudice possa sollecitare le parti di una controversia a tentare prioritariamente la mediazione, chiaramente, solo se ritenuto utile alla soluzione della disputa; garantisce che la mediazione avvenga in un contesto di riservatezza. Appare di grande rilevanza sostanziale la statuizione secondo cui il mediatore non possa essere obbligato a testimoniare in tribunale su ciò che è avvenuto durante la mediazione; inoltre si sostiene che le parti potranno ricorrere sempre e comunque al tribunale a causa del tempo trascorso in mediazione: i termini per la proposizione di un atto dinanzi al tribunale sono sospesi durante la mediazione. La maggior parte dei paesi dell'UE ha recepito la direttiva, in alcuni casi ha ampliato le previsioni inserite nella direttiva così da coprire le controversie interne, rendendola obbligatoria in specifiche materie. In Italia, anche se il quadro normativo è stato progressivamente implementato, dal punto di vista culturale, sia in ambito giuridico che economico, l'approccio, nella sostanza, nei confronti delle ADR è stato di forte diffidenza; tale contesto è stato il frutto, anche, dell'assenza di una formazione universitaria adeguata rispetto all'argomento. Il dato appare ancor più contradditorio se posto a raffronto con i dati ufficiali che evidenziano come l'Italia sia tra i paesi membri dell'Unione Europea, tra quelli con giudizi civili pendenti numericamente più elevati, con tre milioni di cause in attesa di giudizio (www.giustizia.it). Nell'ambito delle *soluzioni alternative delle controversie* occorre distinguere tra due differenti approcci metodologici: nel caso in cui si voglia gestire gli effetti della disputa senza poterne dare una soluzione, soffermandosi sui torti e le ragioni di ciascuna parte; o all'opposto, ponendo attenzione agli interessi delle parti, cercando un contemperamento delle rispettive posizioni, che, solo se "smussate", si potrà raggiungere una soluzione, che possa trovare tutti i soggetti coinvolti soddisfatti, anche se diversamente dalle pretese iniziali. Quando, invece, "*le parti desiderano raggiungere un accordo su base cooperativa, al fine di trovare una soluzione soddisfacente per entrambe, la negoziazione è di tipo non avversariale e il risultato è a somma positiva, in quanto entrambe le parti vedranno soddisfatti i propri interessi*" (*S. Bertoni, La mediazione civile. Novità normative e contesto operativo, 2010, Milano*). Tra i metodi ADR la mediazione si caratterizza per un approccio rispettoso degli interessi di ciascuna delle parti. All'interno del procedimento, finalizzato alla conciliazione, il mediatore svolge un ruolo di osservatore attivo, professionista preparato ed equilibrato, mai intransigente, ma, alla ricerca, sempre, di una soluzione *win-win*, che veda entrambe le parti soddisfatte, grazie alla riattivazione di quei canali comunicazionali che prima della mediazione erano stati interrotti, consapevoli, quindi, che ciascuna delle

parti ha dovuto rinunciare ad una porzione delle proprie pretese, per raggiungere un accordo condiviso ed accettabile. L'utilizzo delle soluzioni alternative alle controversie implica un approccio nuovo, volto a ripristinare i rapporti tra istante e convenuto, che superi le sterili dinamiche conflittuali, il cui effetto conseguente sarà l'aumento delle pendenze giudiziarie, e il successivo grado d'incertezza che la decisione giudiziaria implicherà, senza tenere conto degli interessi delle parti, ma dell'applicazione della norma che determini in modo, non sempre chiaro, chi ha ragione e chi ha torto. Intraprendere un percorso giudiziario per risolvere una controversia non è mai la soluzione per ripristinare i rapporti economici e/o personali preesistenti. È di tutta evidenza che le ADR necessitano, non soltanto di abili mediatori, ma, soprattutto, di avveduti avvocati, che consiglino, con accortezza e onestà deontologica quale sia la soluzione più vicina alle necessità dei propri assistiti. Inoltre l'avvocato assume anche l'obbligo deontologico di informare il proprio assistito rispetto alla possibilità dell'utilizzo della mediazione civile e commerciale. L'opportunità di utilizzare delle soluzioni differenti da quelle giudiziarie è per gli stessi legali molto spesso consigliabile, anche, dal punto di vista economico; considerata la crisi e le evidenti difficoltà per gli studi legali di incassare i crediti vantati nei confronti dei propri assistiti, la mediazione, nello specifico, rappresenta, anche, una soluzione volta a "fidelizzare" i clienti. La necessità di un nuovo punto di vista nel rapporto avvocato/cliente degli studi legali vede l'Italia ferma a posizioni anacronistiche.

2. La mediazione e la soluzione alle "*malpractice*": aspetti teorici

Doing Business 2020 è il rapporto elaborato annualmente dalla Banca Mondiale, che pone a confronto 190 economie mondiali; all'interno del *report* si trova una sezione denominata *Enforcing contracts*, che descrive i tempi e i costi per risolvere una controversia commerciale e la qualità del sistema giudiziario: l'Italia è al 122° posto. Nello specifico l'indice elaborato dalla *World Bank*, per valutare lo stato dell'arte nelle soluzioni alternative alle controversie, in ciascuna economia analizzata, tiene conto di diversi elementi: la presenza di un'apposita previsione disciplinare all'interno del sistema civilistico; la statuizione di un sistema arbitrale; il riconoscimento normativo della mediazione e se la stessa sia su base volontaria o obbligatoria e la previsione d'incentivi economici (*www.doingbusiness.org*). L'Italia, se su altri parametri non è tra gli Stati più performanti, sull'indice ADR è sicuramente a livello più elevato del *ranking*. Descrivere la mediazione come uno strumento di soluzione differente delle controversie ha una valenza sia sociale che economica, come del resto è confermato dai dati contenuti in *Doing Business*. All'interno di tale schema relazionale il ruolo del mediatore diviene essenziale, essendo colui che, tramite apposite tecniche, sollecita, stimola le parti nel trovare una soluzione per loro ritenuta accettabile. Essendo il mediatore privo di potere coercitivo la sua posizione all'interno del processo negoziale tra le parti è complesso, dovendosi orientare tra relazioni inesistenti, equilibri precari o evidenti forti contrapposizioni. L'approccio metodologico utilizzabile non è univoco, l'adozione di un criterio o di un altro dipende dalla tipologia della controversia e/o dalla formazione dello stesso mediatore; non appare secondario ribadire che lo scopo non è determinare, come nel corso di un giudizio, chi ha ragione oppure torto, ma "risanare dalle fondamenta" una relazione. Nel modello facilitativo il mediatore assiste le parti nel corso delle varie sessioni impegnandosi nel sostenere un dialogo proficuo e pertinente tra le stesse, senza intervenire direttamente con delle proposte, ma cercando di sintetizzare i diversi punti di vista e conducendo istante e convenuto verso una soluzione condivisa, che non pregiudichi gli interessi di ciascuno. Nella mediazione con intervento valutativo il ruolo terzo e neutro del mediatore si mantiene ma assume connotati di maggiore partecipazione fino ad arrivare, solo dopo un'attenta disamina del caso, ad una proposta conciliativa (*per un valido approfondimento: M. Filippelli in La nuova mediazione, Giuffrè editore 2014*). In quest'ambito si colloca il testo del decreto legislativo n. 28 del 2010 che all'art. 11 contempla la possibilità che il mediatore formuli in autonomia una ipotesi formale risolutiva della controversia, offrendo una via di uscita conciliativa alle parti, se queste fossero riluttanti (o incapaci) a trovarla da soli; allo stesso tempo il legislatore ha previsto delle forme di deterrenza contro posizioni preconcette, volte a svilire la proposta del mediatore, stabilendo all'art. 13 che nel caso in cui, dopo il tentativo di mediazione si arrivasse in tribunale e la sentenza prodotta dal

giudice fosse identica per contenuto a quella formulata in mediazione, anche se la parte fosse vincitrice in giudizio, ma contraria alla proposta nel corso del tentativo di conciliazione, allora la parte c.d. vincitrice dovrà: a) pagare un importo pari al contributo unificato previsto; b) pagare le spese sostenute dalla parte perdente nel giudizio, considerando come arco temporale dalla formulazione della proposta al completamento del processo civile; c) non riceverà dalla parte sconfitta in tribunale alcun rimborso per le spese sostenute. È da evidenziare, però, che per come è stata formulata tale previsione normativa ad oggi risulta di ben poca realizzabilità pratica. Infine, l'utilizzo delle tecniche per una mediazione trasformativa implica un'attenzione forte e meditata su emozioni e relazioni personali, poiché, soprattutto, nelle controversie con soggetti aventi legami parentali o affettivi, sarà necessario che il ruolo del mediatore sia di ascolto attivo, ma, anche, di osservatore attento delle dinamiche comunicazionali non verbali. Occorrerà, quindi, consentire a tutti i soggetti di confrontarsi e liberarsi da frustrazioni personali accumulate precedentemente, in maniera che si persegua il tentativo di riallacciare un legame rotto da tensioni pregresse. Come negli altri modelli di mediazione il percorso sarà lungo, complesso e pieno di incertezze circa gli esiti finali. La teoria evidenzia che se non fossero utilizzate le modalità di risoluzione alternative alle controversie occorrerebbe far ricorso o al modello di predominio, sull'altro; o al compromesso; o alla rinuncia al conflitto. Utilizzando il predominio chiaramente una parte prevale sull'altra o attraverso la forza o, ad esempio, tramite norme coercitive; nei fatti non si risolve il conflitto *ab origine* ma si trova una soluzione che risolve il caso specifico, non trovando soluzione definitiva alla tensione tra le parti, da cui è scaturito il conflitto tra le stesse. Attraverso il compromesso non vi è il prevalere di una posizione sull'altra, il conflitto è risolto attraverso reciproche concessioni, che spesso non lasciano soddisfatte le parti a cause delle numerose clausole vincolanti poste rispettivamente. Ulteriormente potrebbe accadere che una delle parti rinunci al conflitto, non risolvendo, anche in questo caso, il problema all'origine, ma posticipandone gli effetti. La mediazione, tra le *alternative dispute solutions*, è quella in cui l'empatia e la partecipazione diventano cardini essenziali per il buon esito finale. Le diverse posizioni, rappresentate da strategie negoziali complesse e lunghe, dovranno essere comprese e sintetizzate dal mediatore, che nel suo ruolo di facilitatore neutrale dovrà assumere un approccio adeguato ed equilibrato. Appare più importante sottolineare il ruolo creativo e basato su di una posizione umano-centrica del mediatore. Tutto ciò potrà realizzarsi grazie alla cognizione dei bisogni e degli interessi espressi e inespressi da parte del mediatore, che non dovrà andare alla ricerca di soluzioni a lui stesso gradite, bensì utili a risolvere all'origine lo scontro, che, in tal modo, dovrebbe diventare confronto costruttivo e finalizzato alla riconciliazione delle relazioni. Comprendere le parti si traduce nell'aiutare le parti contrapposte nel trovare soluzioni diverse, non esclusivamente caratterizzate da una dimensione economica. Come già detto il mediatore dovrà essere in grado di rendere effettivo il cambiamento in positivo (*per un approfondimento: D. Marinelli "Temi di mediazione, arbitrato e risoluzione alternativa delle controversie (ADR)", 6 volumi, Studium ed. 2010/2012*).

Le controversie in tema di responsabilità medica rientrano nell'ambito di applicazione della mediazione obbligatoria *ex* d.lgs. n. 28 del 2010. Tali controversie, alla luce della relazione illustrativa del provvedimento legislativo citato precedentemente, risulterebbero "*più facilmente mediabili*" essendo "*caratterizzate da una complessità che può essere più facilmente dipanata in ambito stragiudiziale*". La norma ricomprende non solo la responsabilità professionale del medico in senso stretto, ma anche le controversie in materia risarcitoria della struttura ospedaliera, non riconducibili alla categoria della responsabilità del professionista, tanto che con la riforma del 2013 si sono espressamente assoggettate alla mediazione obbligatoria (*rectius* al tentativo obbligatorio di mediazione) le controversie in materia di "*risarcimento del danno da responsabilità medica e sanitaria*". Tali procedimenti di mediazione risultano essere dunque nella prassi molto complessi, in quanto nella controversia vengono coinvolti solitamente non solo il medico (o spesso l'intera *équipe* medica e paramedica), ma anche la struttura sanitaria. Si sottolinea, infine, anche che nelle controversie in parola si disquisisce dell'eventualità di un danno alla salute, che è un diritto costituzionalmente garantito. Vero dunque che in mediazione la lite non viene risolta in base al diritto (il mediatore ha la finalità di assistere due o più soggetti "*sia*

nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, sia nella formulazione di una proposta per la soluzione stessa"), cosicché in mediazione il mediatore non è chiamato ad applicare la legge, ma ad aiutare le parti a raggiungere un accordo amichevole, ma vero è anche che tali tipologie di mediazione presuppongono con la riforma del 2013 una obbligatorietà della difesa tecnica e dunque dell'assistenza di un legale (art. 5, comma 1-*bis* d.lgs. n. 28 del 2010). Dunque, non può essere sottaciuta la particolarità di questo tipo di mediazioni, che presuppongono una professionalizzazione e una capacità del mediatore (e del legale che assiste le parti) particolarmente rilevanti. Tanto più che il legislatore, parlando di responsabilità medica non ha voluto far riferimento a una determinata categoria giuridica, ma all'oggetto della controversia a prescindere anche dalla tipologia di danno richiesto (patrimoniale o non patrimoniale), a tal fine sarà sufficiente appunto che l'oggetto della pretesa risarcitoria sia riconducibile a un rapporto tra medico, struttura sanitaria e paziente o congiunti dall'altro. Dunque, sintetizzando, possiamo notare come le controversie in tema di responsabilità medica siano connaturate da una complessità tecnico-giuridica conseguenza, da un lato, del gran numero di istituti coinvolti (responsabilità contrattuale, extracontrattuale, da contratto sociale, cumulo di responsabilità, tematica del danno non patrimoniale, ecc.) e dall'altra dalla pluralità di parti coinvolte che, ad esempio, se non venissero chiamate tutte in mediazione renderebbero improcedibile la seguente eventuale domanda in giudizio (*M. Filippelli, La responsabilità sanitaria, Ad Maiora, 2018 e D. Marinelli, A. Barretta, Studio sulle figure giuridiche della responsabilità, Aracne ed. 2012*).

3. La mediazione e l'accertamento tecnico preventivo: istituti «conciliativi» a confronto

L'evoluzione normativa, all'interno del nostro sistema giuridico, in tema di responsabilità medica e sanitaria è stata, progressivamente, adeguata all'affermarsi di nuove necessità sociali e professionali, sempre più stringenti e diffuse. È opportuno premettere che appare complesso, a causa delle numerose e svariate implicazioni, comprendere l'effettiva relazione tra l'esercizio dell'attività medico-sanitaria e i possibili conseguenti danni al paziente. Il legislatore ha regolamentato la materia con la legge n. 24 del 2017, "*Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie*" (*Gazzetta Ufficiale, Serie Generale n. 64 del 17-03-2017*). L'art. 8, regolamenta il tentativo obbligatorio di conciliazione, prevedendo che in caso di domanda di risarcimento derivante da responsabilità sanitaria, prima di esercitare un'azione davanti al giudice civile è necessario, prioritariamente, tentare un percorso conciliativo, scegliendo autonomamente, o tramite la consulenza tecnico preventiva ai sensi dell'art. 696-*bis* del codice di procedura civile o attraverso l'avvio di un procedimento di mediazione ai sensi dell'articolo 5, comma 1-*bis*, del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28.

Scopo di entrambi gli istituti giuridici è quello di tracciare un percorso conciliativo volto a ridurre il pesante arretrato giudiziario, che indebolisce il nostro sistema economico e sociale. È opportuno precisare che la mediazione civile e commerciale, introdotta nel nostro ordinamento dal decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28 (*Gazzetta Ufficiale, Serie Generale n. 53 del 05-03-2010*) nella sua originaria stesura prevedeva all'art. 5, comma 1, il tentativo di mediazione finalizzato alla conciliazione nelle controversie in materia di sola responsabilità medica, tralasciando, in tal modo, aspetti significativi nelle vicende medico sanitarie, da cui originavano le dispute. Pertanto, con il Decreto Legge 21 giugno 2013, n. 69 (*Gazzetta Ufficiale, Serie generale n. 144 del 21-06-2013*), coordinato con la legge di conversione 9 agosto 2013, n. 98 "*Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia*" (*Gazzetta Ufficiale, Serie Generale n. 194 del 20-08-2013*), è stata aggiunta, ragionevolmente, tra le materie obbligatorie, in cui tentare la mediazione, la responsabilità sanitaria, ambito nel quale il livello di scontro è tendenzialmente elevato e socialmente sentito. Per completezza è opportuno ribadire, come nell'ambito delle controversie sanitarie, caratterizzate da richieste risarcitorie, non è applicabile la negoziazione assistita, inserita nel nostro ordinamento con il Decreto Legge 12 settembre 2014, n. 132 convertito con modificazioni dalla Legge 10 novembre 2014, n. 162 (*Gazzetta Ufficiale 10/11/2014, n. 261*).

Nei fatti, le presenze effettive delle strutture sanitarie, soprattutto pubbliche, nel corso dei procedimenti di mediazione, sono state esigue, complici i limiti normativi, che

non permettono di individuare i soggetti istituzionalmente preposti, all'interno della struttura sanitaria, a mediare ed assumere una decisione risolutiva, che poi possa vederli, conseguentemente, come parti, in un giudizio contabile, per danno erariale nei confronti della pubblica amministrazione. A tutto ciò occorre aggiungere il ruolo delle imprese assicurative che, per la natura degli interessi tutelati, hanno spesso stigmatizzato la partecipazione alla mediazione.

Dietro tali motivazioni si possono trovare, in parte, delle ragioni che hanno portato a innovare il perimetro normativo, introducendo con la legge n. 24 del 2017 l'accertamento tecnico preventivo finalizzato alla risoluzione della controversia, come già ribadito, alternativamente alla mediazione.

È indubbio che l'esperienza della mediazione civile, precedente all'introduzione della legge n. 24 del 2017, ha permesso lo sviluppo di buone prassi tra ordini professionali e il mondo associativo-solidaristico, che hanno facilitato lo sviluppo di nuove e diffuse sensibilità, necessarie per sostenere un nuovo approccio professionale e sociale nei confronti delle controversie per responsabilità medico-sanitaria.

Ponendo a raffronto i due istituti emergono tratti comuni e dissonanze. Nello specifico, si può evidenziare, tra le assonanze, come, sia l'accordo di conciliazione, previsto dal decreto legislativo artt. 11 e 12, che l'intesa a conclusione della consulenza tecnico preventiva, hanno la medesima valenza sia dal punto di vista esecutivo, art. 474 del codice di procedura civile, che come titolo idoneo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale. Ulteriormente, la presenza di un soggetto neutrale che non decide, ma aiuta le parti a risolvere la controversia, nonché la presenza di agevolazioni e incentivi fiscali.

Analizzando le diversità tra la mediazione e la consulenza tecnico preventiva è necessario sottolineare come gli approcci metodologici e comunicativi, gli obblighi di riservatezza dei due distinti soggetti terzi, il mediatore ed il consulente tecnico, sono strutturalmente differenti. Nettamente diverso è il valore processuale delle relazioni prodotte nel corso dei due distinti procedimenti conciliativi, infatti la relazione tecnica elaborata dal consulente, voluto dal giudice, sarà ovviamente e automaticamente documento utile dell'eventuale processo; a differenza del documento elaborato dall'esperto voluto nel corso del procedimento di mediazione, anche se voluto concordemente da tutte le parti del procedimento stesso, la cui dimensione sarà quella di una prova atipica e quindi il suo valore processuale sarà legato alla libera valutazione del giudice.

La scelta su quale sia il percorso conciliativo da intraprendere, che si pone davanti il paziente e il suo legale, nei casi di danni derivanti da responsabilità medico-sanitaria deve legarsi sia agli obiettivi da raggiungere (se siano da associare al solo risarcimento dei danni subiti o al palese accertamento dell'esercizio irresponsabile nella condotta medico e/o sanitaria), che al trasporto emotivo che umanamente l'evento o gli eventi traumatici hanno comportato.

Privilegiare, come soluzione conciliativa, la mediazione implica maggiore forza di volontà. È di tutta evidenza che si dovranno, prima di tutto, riattivare i canali comunicazionali tra le parti, passando da una mera difesa delle proprie posizioni a un ascolto attivo.

La complessità delle dispute, in questo ambito, si lega, strettamente, alle differenti tipologie di relazioni presenti: medici, pazienti, dirigenti sanitari, gruppi assicurativi e famigliari degli stessi pazienti. A queste differenti posizioni corrispondono interessi diversi: sociali, economici e personali.

La disomogeneità degli interessi si amplifica, anche, in relazione alla gravità della vicenda, poiché spesso non si può configurare una sola responsabilità, ma delle corresponsabilità, tra le quali è difficile tracciare linee separatorie nette e precise.

In questo conteso il ruolo del mediatore, professionale e preparato, è essenziale per tentare una soluzione stragiudiziale.

Di conseguenza, nel corso del procedimento di mediazione, nel momento iniziale, si costruiranno le basi per un rapporto positivo tra i soggetti coinvolti, cioè la comunicazione e la legittimazione reciproca. Successivamente, si potrà passare ad un'esposizione e ad una disamina delle diverse posizioni, consentendo, non soltanto un'esposizione tecnica giuridica, ma, soprattutto, una descrizione personale delle vicende umane e professionali implicite nella controversia.

Il mediatore dovrà riuscire a facilitare il passaggio dall'incontro preliminare allo svolgimento fattivo della mediazione, con la giusta sensibilità che il caso comporta, facendo leva sui vantaggi offerti dall'istituto: come la riservatezza delle comunicazioni rivolte al mediatore, il quale non potrà essere chiamato a testimoniare in giudizio; i costi trasparenti e deducibili, qualora Parla-

mento e Governo decidessero di inserire un fondo a copertura del credito d'imposta; la certezza di avere, con l'accordo sottoscritto da tutti i legali compresi, un titolo esecutivo a garanzia delle determinazioni inserite nel documento conciliativo.

Possiamo riassumere, dunque, che in un'ottica deflativa del contenzioso, giunto ai limiti della sua straordinaria gestibilità, è stato introdotto, quale condizione di procedibilità, l'accertamento tecnico preventivo finalizzato al tentativo di conciliazione, *ex* art. 696-*bis* c.p.c.. Quest'ultimo, senza dubbio, rappresenta un aspetto rilevante e innovativo che ha trasformato in una alternativa, meno praticabile anche se più vantaggiosa come costi, la procedura di mediazione e conciliazione, inizialmente considerata unico strumento obbligatorio da espletare ancor prima di introdurre un giudizio (*M. Filippelli, La responsabilità sanitaria, Ad Maiora, 2018*).

4. La mediazione da remoto: il nuovo modello italiano post Covid-19

La necessità d'introdurre modalità di lavoro nuove nel mondo del diritto, legate a internet e alla tecnologia, inevitabilmente, implicheranno diversi e numerosi metodi di impegno professionale, che, rispetto ai tradizionali, rappresenteranno delle inevitabili fratture. Non da ultimo lo stato emergenziale legato alla ben nota pandemia da Covid-19 ha esteso l'uso dei mezzi informatici con applicazioni nuove e spesso con risultati molto interessanti (si pensi, fra gli altri, allo *smart working*). Nel sistema normativo italiano a seguito dell'emergenza sanitaria e sociale sono state introdotte novità sostanziali, per rendere possibile da remoto lo svolgimento delle mediazioni, in ambito civile e commerciale, grazie alla conversione in legge del decreto legge n. 18 del 2020.

Il nuovo quadro normativo è stato attento a non pregiudicare aspetti essenziali, come la riservatezza e i dati personali. Infatti, le piattaforme utilizzate per le mediazioni *online*, dai vari organismi, iscritti presso il Registro degli organismi di mediazione, non sono prestabilite dalle disposizioni legislative o dai regolamenti ministeriali, ma, dovranno essere tutte accomunate da garanzie inerenti la riservatezza e la protezione dei dati personali, in base alle disposizioni normative nazionali.

Nello specifico, non è consentita la registrazione video delle sessioni di mediazione, la partecipazione agli incontri congiunti o separati dovrà essere limitato e garantito ai soli soggetti coinvolti nel procedimento e identificati tramite sistemi di autenticazione personalizzati e tracciati, che consentano agli organismi di potere effettuare verifiche e controlli al solo fine di salvaguardare la riservatezza.

La mediazione online ha avuto nuovo impulso dunque con il decreto legge n. 18 del 2020, (*Gazzetta ufficiale Serie Generale n. 70 del 17-03-2020*) e convertito con legge del 24 aprile 2020, n. 27 (*Gazzetta ufficiale n. 110 del 29/04/2020*).

Appare opportuno premettere che le nuove norme inserite hanno derogato alle modalità della mediazione telematica, come disciplinate nel decreto legislativo n. 28 del 2010, per l'arco temporale che va dal 9 marzo ed è terminata il 31 luglio 2020.

Nella sostanza si è resa la modalità di partecipazione in via telematica semplice ed immediata, purché accompagnata dalla volontà comune delle parti, e da garanzie di riservatezza e tutela dei dati personali, derogando al quadro ordinamentale esistente.

Il sistema normativo prevede, in base all'articolo 16, comma 3, del decreto legislativo n. 28 del 2010, che l'uso delle tecnologie da remoto, per tentare le conciliazioni delle controversie tramite la mediazione, devono essere espressamente previste nel regolamento interno all'organismo di mediazione.

L'art. 83 del decreto legge n. 18 del 2020, comma 20-*bis* ha affrontato il tema della *online dispute resolution*, semplificando ma, allo stesso tempo, garantendo la *privacy* di tutti i soggetti coinvolti, senza pregiudicare gli elevati *standard* procedurali che gli organismi di mediazione, ricordiamo iscritti presso il registro ministeriale, debbono garantire. La norma indicata si poneva come soluzione a una fase emergenziale, nel periodo di sospensione delle attività processuali e successivamente introducendo, quale unica premessa, il consenso, espresso anticipatamente, di tutte le parti coinvolte nel procedimento. La norma, perciò, si pone quale deroga temporanea alle modalità della mediazione telematica regolamentate dal d.lgs. n. 28/2010. Per meglio chiarire i contorni della norma il ministero della Giustizia è intervenuto, in piena fase di crisi epidemiologica, il 4 maggio 2020, con un avviso pubblico, inserito sul sito istituzionale dello stesso Ministero - l'art. 83, comma 20-*bis*, del decreto legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito in legge con la n. 27 del 24 aprile 2020 e a

sua volta modificata dal decreto legge n. 28 del 30 aprile 20202, nello specifico all'art. 3 - palesando che si poteva svolgere la mediazione per via telematica anche se il regolamento degli organismi, iscritti presso il registro degli organismi di mediazione, non contempla espressamente la previsione relativa alle *online dispute resolution* nel proprio regolamento procedurale interno, approvato dal Ministero. Il legislatore ha inserito tra le previsioni presenti nell'articolo 83, delle disposizioni che, quindi, procedendo oltre la fase ufficiale di crisi sanitaria, segnano e ampliano il precedente assetto normativo delineato dal decreto legislativo n. 28 del 2010. All'interno del nuovo quadro normativo si prevede che anche dopo il 31 luglio 2020 gli incontri di mediazione potranno essere svolti in via telematica con consenso espresso e anticipato di tutte le parti coinvolte nel procedimento di mediazione tramite i sistemi di videoconferenza. Premettendo, come già evidenziato, che l'utilizzo delle piattaforme *online*, per tentare una soluzione conciliante delle controversie, debba trovare il consenso comune delle parti, a ciò si aggiunge un importante tassello, cioè la firma digitale di ciascuno dei legali delle parti, che, da remoto, dichiarano autografa la firma del proprio cliente sul verbale, che sancisce con un accordo la conciliazione dei rispettivi interessi, è di tutta evidenza che se il cliente fosse dotato di firma digitale, l'intervento dichiarativo del proprio legale non sarebbe necessario. Il verbale della mediazione, i cui incontri si siano svolti *online*, affinché produca effetti esecutivi, è necessario che sia, infatti, sottoscritto dal mediatore ed anche dai legali delle parti coinvolte, tramite firma digitale, in base all'articolo 12 del decreto legislativo n. 28 del 2010. Nell'accordo la firma dei legali che assistono i soggetti coinvolti nella mediazione, assume il valore di attestazione e certificazione dello stesso documento, come conforme all'ordine pubblico e al buon costume, oltre che costituirà titolo esecutivo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale, per l'espropriazione forzata, l'esecuzione degli obblighi di fare e non fare, per la consegna e rilascio.

5. La mediazione come soluzione alle controversie dopo la crisi epidemiologica

Il sistema della giustizia civile italiana è stato fortemente condizionato dallo stato emergenziale innescatosi a seguito dell'epidemia virologica, comportando cambiamenti normativi significativi.

È significativo che in tutte le controversie, legate ai mancati adempimenti contrattuali, direttamente riconducibili alla crisi sanitaria, debbano, prima di essere avviati i corrispondenti giudizi, passare da un tentativo di mediazione finalizzato alla conciliazione (*D. Marinelli, S. Sabatini "rinegoziazione e risoluzione dei contratti in emergenza sanitaria", Maggioli Ed., 2020*).

Il legislatore ha voluto introdurre, tramite la mediazione, una soluzione più vicina alle necessità di cittadini e imprese, per tentare una soluzione *soft* delle controversie scaturite dai mancati adempimenti delle obbligazioni contrattuali, conseguenti alle stringenti disposizioni normative introdotte durante l'emergenza sanitaria.

Nel caso in cui il debitore che voglia sciogliersi dai vincoli contrattuali non potrà esimersi dall'esperire il tentativo di mediazione, cioè se volesse intraprendere un'azione di risoluzione, a causa delle stringenti misure normative di contenimento legate all'emergenza sanitaria, per eccessiva onerosità sopravvenuta, dovrà esperire il tentativo di conciliazione.

Non è inoltre remota la possibilità che il creditore possa decidere di tentare la mediazione nel caso in cui abbia già avuto notizia dal debitore, ufficialmente, ma al di fuori di un giudizio, del ritardo nell'adempiere agli obblighi contratti, a seguito delle limitazioni giuridiche poste in essere in fase emergenziale. Il tentativo di mediare potrebbe apparire utile, anche, al fine di non creare possibili ritardi allo svolgimento delle successive iniziative processuali.

È di tutta evidenza che per tutti gli obblighi derivanti da contratti, siano essi tipici o atipici, in caso di dispute occorrerà sempre tentare la mediazione, come condizione per poi procedere alla fase giudiziale.

Volendo procedere a una valutazione attenta dei possibili casi, che si presenteranno nelle circostanze indicate, occorre rilevare la possibile interferenza con la negoziazione assistita, quando è condizione di procedibilità per le domande di pagamento per importi che non eccedano i 50.000 euro, come evidenzia autorevole giurisprudenza costituzionale occorre tentare la mediazione, anziché la negoziazione, perché ritenuta più efficace per il raggiungimento dell'obiettivo, cioè la conciliazione.

All'interno delle nuove disposizioni normative è stata ampliata la regolamentazione

della modalità telematica della procedura prevedendo l'apposizione della sottoscrizione digitale del mediatore all'accordo, regolamentando, anche, la comunicazione tramite pec all'ufficiale giudiziario così da procedere alla notifica.

Le nuove disposizioni normative hanno disposto che lo svolgimento *online* delle mediazioni fosse possibile fino al 30 giugno 2020 purché fosse stato sempre garantito il consenso antecedente di tutti i soggetti facenti parte del procedimento. Il legislatore ha, anche, precisato, che le mediazioni da remoto potranno continuare nel periodo successivo al 30 giugno, purché sussista, sempre, la volontà dei soggetti allo svolgimento del procedimento in videoconferenza.

In tali casi il legale di parte può attestare come autografa la firma del rispettivo assistito, apposta in calce al verbale e all'accordo di conciliazione, a sua volta collegato *online* da un'altra sede, grazie all'apposizione della propria firma digitale, è chiaro che questo passaggio non è necessario qualora il cliente sia dotato di firma digitale o d'identità elettronica.

Nei fatti vengono statuiti dei nuovi obblighi al mediatore cioè quello di apporre la firma digitale anche all'accordo e poi gli si chiede di trasmettere lo stesso tramite posta elettronica certificata agli avvocati delle parti. Questa impostazione diverge parzialmente da quella già in vigore, in tal modo la firma digitale del mediatore avrà chiaramente lo scopo di sottoscrizione del verbale e di certificazione dello svolgimento della procedura e del raggiungimento dell'accordo.

L'accordo di mediazione può essere comunicato all'ufficiale giudiziario mediante l'invio di un messaggio di posta elettronica certificata: pec. L'ufficiale giudiziario conseguentemente, procederà all'estrazione, dall'allegato del messaggio di posta elettronica ricevuto, delle copie analogiche necessarie ed esegue alla notificazione, mediante la consegna della stessa copia dell'atto, che comunque risulta da lui stesso dichiarata conforme all'originale.

Immaginare che sia attribuito al mediatore, come indicato nelle nuove disposizioni normative, l'onere di inviare il verbale ai legali di parte, appare illogico, considerato che il mediatore è tenuto a trasmettere alla segreteria il verbale a compimento del procedimento; cioè è la segreteria dell'organismo che si occupa di tutti gli adempimenti burocratici e/o amministrativi del procedimento stesso. La trasmissione del verbale in formato elettronico agli avvocati è sicuramente contraddittoria: cioè l'obbligo posto a carico del mediatore di trasmetterlo direttamente e non tramite la segreteria dell'organismo.

6. ODR - *Online Dispute Resolution*: elementi definitori

Online Dispute Resolution ("ODR") è ora universale, soprattutto da quando è iniziata la pandemia da Coronavirus. Ciò che alcune settimane fa è stato respinto come un semplice concetto teorico da molti mediatori esperti, è stato ora completamente integrato nelle loro pratiche professionali. Il sistema alternativo dell'ODR rispetto alle ADR, consente una maggiore economicità e una maggiore facilità di accesso da parte degli utenti. Ma ciò che intendiamo per ODR è piuttosto fluido. Grazie alle sue origini nel commercio elettronico, ODR è usato per essere considerato come un sistema totale, spostando dall'incontro *de visu* la mediazione a un contesto interamente *online*. In realtà, ODR si era insinuato nell'attività di mediazione anche prima di allora. Ora è pronta a raggiungere il suo pieno potenziale. Appare d'interesse fare una riflessione sulla *cyber*-mediazione, che ci consenta di ampliare la nostra prospettiva d'analisi, infatti a causa del crescente utilizzo di *internet* in tutto il mondo, il numero di controversie derivanti dal commercio elettronico è in aumento. Sono stati creati numerosi siti *web* per aiutare a risolvere queste controversie su *internet*, nonché per facilitare la risoluzione delle controversie che si verificano *offline*. L'automatizzazione dei processi risolutivi delle controversie ha numerose applicazioni, soprattutto nei Paesi di appartenenza giuridica al *common law*. La *cyber*-mediazione è nelle sue prime fasi di sviluppo e probabilmente diventerà un meccanismo sempre più efficace per risolvere le controversie con il progredire della tecnologia. L'utilizzo del *web* continua a espandersi ed è diventato sempre più necessario progettare meccanismi efficienti per risolvere le controversie su *internet*, perché, i meccanismi tradizionali, come il contenzioso, possono richiedere molto tempo, essere costosi e sollevare problemi giurisdizionali. La mediazione è un'attività basata sulla comunicazione. Le tecnologie dell'informazione e della comunicazione (TIC) sono state incorporate nelle pratiche dei mediatori per facilitare le comunicazioni: telefono, e-mail e, più recentemente, vi-

deoconferenza. Alcuni mediatori hanno già condiviso *file* o cartelle elettronicamente via e-mail o utilizzato una cartella *online* condivisa. Pochi mediatori oggi arrivano a una mediazione per incontrare le parti o i loro consulenti per la prima volta, solitamente, hanno comunicato con loro in anticipo, almeno per e-mail, e di avere ricevuto documenti elettronici, che possono essere annotati e letti digitalmente. Sebbene ci possano essere preferenze generazionali o culturali, che influenzano l'assorbimento o la misura in cui le TIC possono essere impiegate, l'uso di applicazioni elettroniche quotidiane non è stato di solito pensato come "ODR", o come un mezzo per condurre una mediazione, ma come strumenti di comunicazione ausiliari.

Tutto questo sta mutando. Esistono nuove piattaforme ODR, ma le applicazioni *consumer* esistenti sono un primo passo. Mentre alcune aziende della *new economy* stanno sviluppando piattaforme ODR su misura per gestire e condurre mediazioni dall'inizio alla fine, molte si concentrano su tipi specifici di controversie o affrontano determinate preferenze culturali o stili di mediazione, che potrebbero non essere d'interesse per tutti i mediatori, le parti o i loro consulenti. Non è tuttavia necessario adottare nessuna di queste piattaforme per praticare pienamente l'ODR. I sistemi generali di videoconferenza offrono già enormi miglioramenti, che consentono a tutti i mediatori di sfruttare l'ODR. Il modo più semplice è iniziare a utilizzare applicazioni già ampiamente disponibili per il grande pubblico e integrarle pienamente nelle pratiche di mediazione. Esistono molti tra cui scegliere. La maggior parte consente la condivisione di informazioni e dati dietro *firewall* di riservatezza, dove i partecipanti possono vedere l'un l'altro in tempo reale e *chat offline*. I siti *web* semplici come www.doodle.com consentono ai mediatori di programmare le conferenze e altre chiamate in modo più efficace attraverso i fusi orari e coinvolgere più partecipanti. La maggior parte delle piattaforme rendono possibile prendere appunti e facilitare le discussioni *online*, utilizzando mappe mentali per sostituire lavagne a fogli mobili. Zoom è particolarmente popolare, in quanto consente ai mediatori di mettersi in contatto con le parti in linea, così come prendere sondaggi anonimi. Anche se questa piattaforma ha recentemente sollevato molte perplessità sulla sua riservatezza, la sua sicurezza è notevolmente migliorata, ed è possibile aggiungere *password* e limitare l'accesso attraverso sale d'attesa e pre-registrazioni. Kudoway, un'altra piattaforma *online*, consente anche la videoconferenza multilingue fornendo diversi canali linguistici per consentire l'interpretazione simultanea. Utilizzando tali piattaforme diminuiscono significativamente i costi di viaggio consentendo una preparazione efficace, e per monitorare i progressi in modo diverso. Poiché la sicurezza della videoconferenza *online* migliora su tutte le piattaforme, occorre focalizzare l'attenzione su come rendere ancora più performanti queste piattaforme e ai diversi modi in cui l'ODR può facilitare l'interazione con i partecipanti alle riunioni preparatorie o *pre-caucus*. Vedere le persone *online* in anticipo, nella comodità del proprio ufficio o di casa, facilita l'interazione in una fase successiva. La conferenza *online* permette a tutti di avere una prima impressione degli altri partecipanti coinvolti e di rompere il ghiaccio. Per situazioni particolarmente tese, ODR può anche disinnescare le potenziali sfide di un primo incontro faccia a faccia. Imparare insieme come utilizzare un sistema ODR permette alle parti di entrare nel processo in modo diverso. Può essere un processo trasformativo in sé, innescando comportamenti o emozioni pro-sociali. Affrontare la novità della videoconferenza nelle mediazioni può aiutare a mettere le persone e i loro legali collettivamente a proprio agio, condividendo le vulnerabilità l'uno dell'altro. Queste esperienze di apprendimento condivise possono generare legami sociali produttivi. L'utilizzo delle ODR è utile anche in altri modi; assicura l'attenzione dei partecipanti e può, anche, essere utilizzato in modo creativo per fare esercizi congiunti o chiedere sondaggi che stimolano il pensiero collettivo. Può anche aiutare quando deve gestire più partecipanti e metterli in gruppi per la discussione. Alcuni di questi sistemi includono anche l'Intelligenza Artificiale che può aiutare a raccogliere o analizzare dati per aiutare a generare zone di possibile accordo (*vedi sul punto: Interpretazione della legge con modelli matematici, L. Viola, Diritto Avanzato, 2018*). Mentre nessun sistema ODR pretende di essere migliore sotto tutti gli aspetti di incontri fisici, problemi tecnici o di connettività possono ancora verificarsi, e alcuni mediatori si sentono privati dei benefici del volto di lavoro-di fronte, ODR può talvolta rispondere meglio alle esigenze procedurali o alle alternative delle parti. Si può risparmiare tempo e denaro significativo, soprattutto per le controversie a lunga distanza, piccole organizzazioni e

privati. Sono disponibili corsi di formazione sull'uso dell'ODR e di diversi sistemi TIC disponibili in commercio. Ci sono video e *post* utili su come prepararsi per le sessioni ODR. È nell'interesse dei mediatori saperne di più sull'impatto dell'ODR e valutare quanto siano ben preparati ad utilizzarlo in modo competente e completo. Iniziano ad emergere corsi certificati sulle ODR, legate a programmi di certificazione di mediazione. L'*International Mediation Institute* (IMI), a esempio, si sta preparando a fornire certificazioni per mediatori *online* accreditati. L'unica costante è il ritmo accelerato del cambiamento. Il mercato è fluido e in costante sviluppo, come è ovvio supporre le parti si aspettano che i mediatori siano a conoscenza di molte applicazioni ODR già presenti sul mercato e di quelle ancora in arrivo. I mediatori dovranno sempre più integrarli nelle loro pratiche quotidiane. Il futuro della mediazione dipende in modo significativo dalla capacità dei mediatori di tenere il passo con le pertinenti tecnologie TIC e di sfruttarle, rendendole risorse legate ad un approccio *human-centric*.

7. L'emergenza epidemiologica e la responsabilità medico-sanitaria: riflessioni conclusive

Tra i tanti temi conseguenti all'emergenza sanitaria, se ne possono rilevare alcuni di carattere economico, giuridico, giudiziale e altri di tipo relazionale, comunicativo e psicologico.

Un aspetto, di cui ancora non abbiamo contezza della possibile casistica, riguarda la responsabilità civile, contrattuale ed extracontrattuale, dei sanitari, che potrebbero essere coinvolti in controversie associabili a pazienti affetti da Covid-19.

In dottrina si è più volte sottolineata la specificità della responsabilità medica, che è stata definita anche come un "sottosistema" della responsabilità civile (*De Matteis*) o come un settore disciplinato da un "regime speciale" (*Alpa*). La responsabilità medica e sanitaria è stata ricondotta sia alla disciplina della responsabilità aquiliana, sia a quella contrattuale, senza dimenticare chi parla di responsabilità da contatto sociale (per non analizzare l'ulteriore tema del risarcimento del danno non patrimoniale).

Il tema ora implica, tra le altre sfaccettature complesse, l'analisi di una possibile forza maggiore o di necessità, che se configurata a seguito dell'emergenza virologica, possa escludere la responsabilità del medico e della struttura sanitaria. La fase emergenziale legata al Covid-19 ha avuto ed ha lineamenti e tipicità non sintetizzabili in schemi noti, comportando azioni non sempre adeguate al contrasto del virus e delle patologie conseguenti.

Alcuni tratti che hanno accumunato tutte le strutture medico sanitarie, in ambito nazionale, hanno riguardato: la grande quantità di degenti da curare in luoghi ben presto divenuti saturi e per tempi contingentati; la mancanza di prassi consolidate negli anni, che consentissero cure e assistenza adeguate alla gravità del momento; il forte limite, circa quali fossero le apparecchiature pertinenti a fronteggiare il problema epidemico e la difficoltà, successiva, di recuperare, in numero consono, le strumentazioni medico-sanitarie utili per arginare il Covid-19; l'improvvisa necessità di trovare la disponibilità di personale medico e sanitario, che, a causa del numero elevato di pazienti, ha operato in ambiti non sempre appropriati al proprio *background* professionale (oltre al numero sempre più esiguo di personale medico e paramedico, a seguito dei contagi anche tra gli stessi dipendenti delle strutture sanitarie).

Dal punto di vista teorico si potrebbe supporre la responsabilità delle strutture medico ospedaliere, per non essere state in grado di limitare o fermare totalmente la diffusione del virus all'interno delle strutture stesse, non svolgendo, in tal modo, un'adeguata azione preventiva, con strumenti efficaci ed efficienti di contrasto; comportando, in questa maniera, il propagarsi dell'epidemia tra lo stesso personale medico e sanitario, oltre che, tra i degenti non affetti da simili patologie, chiaramente, alterando il diritto alla salute complessivamente di tutti i soggetti coinvolti. Naturalmente una tale argomentazione coinvolgerebbe gli organi deputati alle scelte di allocazione del *budget* e più ancora gli organi deputati alle scelte discrezionali di natura politica.

Nella fase emergenziale, vissuta nel primo semestre del 2020, sono state presentate delle proposte normative, per cercare di porre una deroga alla responsabilità medico sanitaria, come descritta nel nostro sistema normativo all'interno della legge 8 marzo 2017 n. 24 e nel nostro sistema codicistico nei fatti senza successo, non considerando dunque le numerose argomentazioni ragionevoli non solo dal punto di vista giuridico ma anche sociale ed economico, come so

stenuto da autorevole dottrina.

Tali premesse avvalorano, implicitamente, la possibilità di utilizzare la mediazione come strumento di soluzione delle controversie, che l'attuale contesto incerto ed imprevedibile ha generato e potrà generare.

L'utilizzo delle mediazioni da remoto comporterebbe una serie di vantaggi non solo di carattere sanitario, consentendo il rispetto del distanziamento fisico, ma, soprattutto, di efficacia ed efficienza, poiché l'immediatezza e la semplicità delle piattaforme tecnologiche rappresentano l'occasione per ampliare i numeri della partecipazione ai procedimenti, alleggerendo il peso dell'arretrato giudiziario. Non si può per altro sottacere che uno dei limiti al raggiungimento di questi obiettivi, se non il primo, è certamente il *digital divide*.

La mediazione potrebbe comunque, grazie alla sua connotazione creativa, nei limiti imposti dalla legge, consentire soluzioni ragionevoli per controversie complesse e prive di precedenti, al fine di evitare soluzioni imposte, che possano apparire non soddisfacenti per le parti.

** Avvocato, mediatore ed arbitro, già docente universitario e accreditato come responsabile scientifico per organismi di mediazione dal Ministero della Giustizia, presidente ALI Associazione Legali Italiani*

*** Mediatore - Member of Chartered Institute of Abitrators*