

CORONAVIRUS E IL CASO DELLE RSA. LA *CLASS ACTION* COME POSSIBILE STRUMENTO DI TUTELA DI OSPITI ED EREDI

DE BERTI JACCHIA FRANCHINI FORLANI
STUDIO LEGALE

1. INTRODUZIONE	2
2. LA <i>CLASS ACTION</i> TRA LA NUOVA E LA VECCHIA DISCIPLINA	2
3. LA DISCIPLINA DELL'ART. 140-BIS DEL CODICE DEL CONSUMO.....	2
4. (SEGUE) LEGITTIMAZIONE ATTIVA.....	3
5. (SEGUE) DIRITTI TUTELABILI E CONTENUTO DELLA DOMANDA	3
6. (SEGUE) LEGITTIMAZIONE PASSIVA.....	4
7. (SEGUE) AVVIAMENTO DELLA <i>CLASS ACTION</i>	4
8. (SEGUE) FILTRO DI AMMISSIBILITÀ E CAMPAGNA PER LE ADESIONI	5
9. (SEGUE) EFFETTI DELLA SENTENZA AD ESITO DEL PROCEDIMENTO DI <i>CLASS ACTION</i>	5
10. LA DISCIPLINA DEGLI ARTT. 840-BIS E SS. CPC	6
11. (SEGUE) AMBITO DI APPLICAZIONE OGGETTIVO	6
12. (SEGUE) AMBITO DI APPLICAZIONE SOGGETTIVO. LEGITTIMAZIONE ATTIVA	7
13. (SEGUE) AMBITO DI APPLICAZIONE SOGGETTIVO. LEGITTIMAZIONE PASSIVA	8
14. REGIME DI APPLICAZIONE TEMPORALE	8
15. CHE COSA SONO LE RSA?.....	9
16. RAPPORTO TRA RSA E OSPITE	10
17. L'OSPITE DI UNA RSA PUÒ CONSIDERARSI "CONSUMATORE" O "UTENTE"?	10
18. LA RSA PUÒ QUALIFICARSI COME "PROFESSIONISTA"?	11
19. IL RAPPORTO TRA OSPITE E RSA È CONTRATTO DEL CONSUMATORE?	12
20. EREDI DELL'OSPITE DELLA RSA E LEGITTIMAZIONE ATTIVA	12
21. CONSIDERAZIONI DI SINTESI.....	12
22. UNO SGUARDO COMPARATISTICO.....	13

1. Introduzione

Fa eco sulle testate giornalistiche nazionali ed internazionali, nei notiziari e *talk-show* il caso delle RSA italiane, solo tardivamente identificate come focolai “perfetti” di contagio nella prima parte del 2020, con un numero straordinario di vittime di Coronavirus nella popolazione anziana.

Proseguono a tappeto in tutte le Regioni d'Italia i filoni d'inchiesta sulle RSA, le case per anziani e le case di riposo. Nel mirino dei PM, delibere regionali, direttive e circolari di Regioni e ATS (Le Agenzie di Tutela della Salute che operano sul territorio regionale) riguardanti le strutture con riferimento alle misure di contenimento del Covid-19 ed al mancato rispetto dei protocolli di sicurezza.

Al centro delle attività investigative sono (i) il trasferimento di pazienti Covid-19 “post acuti” in alcune RSA, case per anziani e case di riposo, legittimato da delibere regionali (e.g. la Delibera no. XI/2906 della Regione Lombardia dell'8 marzo 2020), (ii) il mancato rispetto dei protocolli di sicurezza, (iii) la carenza di dispositivi di protezione per ospiti e operatori delle strutture, nonché (iv) la mancata formazione del personale sanitario destinato ad operare nelle situazioni di contenimento della pandemia. I dati al 14 aprile 2020 rilasciati dall'Istituto Superiore di Sanità indicavano il decesso di 6.773 ospiti di RSA che avevano contratto il Coronavirus in un arco temporale di soli due mesi (i dati sono tuttora in continua crescita).

Pur non essendo ancora stata accertata la responsabilità degli organi e dei preposti delle RSA e delle Regioni sotto il profilo penale, è verosimile, dal punto di vista civilistico, la presenza di elementi che potrebbero prefigurare procedimenti volti ad ottenere l'accertamento della negligenza e/o dell'imperizia delle strutture di accoglienza, e/o il loro operato con inosservanza di norme e provvedimenti delle autorità, con le conseguenti pretese di danno da parte delle vittime o dei loro aventi causa.

In questo contesto, ci si propone di esaminare la possibilità di ricorrere allo strumento processuale della azione di classe o *class action*, che potrebbe consentire la trattazione in un unico procedimento di più domande di risarcimento sostanzialmente omogenee derivanti da uno stesso fatto illecito lesivo e proposte da una pluralità di soggetti.

2. La *class action* tra la nuova e la vecchia disciplina

Ancora, occorre ricordare che la *class action* è stata oggetto, sin dalla sua introduzione in Italia con la Legge Finanziaria per il 2008 (Legge 24 dicembre 2007, n. 244, articolo 2, commi 445-449, mediante l'inserimento dell'articolo 140-bis D. Lgs. n. 206 del 6 settembre 2005, c.d. Codice del Consumo – “CCons”), di molteplici interventi legislativi, l'ultimo dei quali avvenuto con la Legge n. 31 del 12 aprile 2019 che ne ha ridisegnato integralmente la collocazione sistematica, i contenuti e i presupposti. Nei paragrafi seguenti si illustreranno sommariamente ambedue i regimi.

3. La disciplina dell'art. 140-bis del Codice del Consumo

Alla data odierna, la disciplina applicabile alla *class action* è tuttora quella prevista dall'art. 140-bis CCons, secondo cui “...I diritti individuali omogenei dei consumatori e degli utenti di cui al comma 2 nonché gli interessi collettivi sono tutelabili anche attraverso l'azione di classe, secondo le previsioni del presente articolo. A tal fine ciascun componente della classe, anche mediante associazioni cui dà mandato o comitati cui partecipa, può agire per l'accertamento della responsabilità e per la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni. L'azione di

classe ha per oggetto l'accertamento della responsabilità e la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni in favore degli utenti consumatori...".

La *class action* è, dunque, un procedimento giudiziale speciale con *iter* semplificato, utilizzabile per tutelare con modalità aggregate i diritti originati dallo stesso fatto generatore, vantati da una pluralità di consumatori (o di utenti) nei confronti di un medesimo soggetto. I diritti di ciascun consumatore o utente sono diritti **individuali**, ma il procedimento per farli valere è **collettivo**.

Il presupposto della *class action* risiede nell'**omogeneità** delle posizioni dei singoli soggetti lesi, che per tale ragione, previa la decisione di ammissibilità del Giudice, possono trovare una soluzione uniforme, con risparmio di tempo e risorse e più efficace accesso alla giustizia dei singoli. Con l'espressione "*diritti omogenei*" si intende una serie di posizioni giuridiche soggettive caratterizzate dalla comunanza della maggior parte degli elementi costitutivi (le circostanze di verificazione del fatto dannoso, la tipologia di danno subito, il nesso causale tra condotta generatrice e danno e la lesione dell'interesse tutelato), ma non necessariamente di tutti. Non si richiede, pertanto, una piena identità dei diritti azionati dai componenti della classe.

4. (segue) Legittimazione attiva

La legittimazione all'esperimento dell'azione di classe risulta, in base alla normativa attualmente vigente, secondo l'opinione prevalente ancorata alla nozione generale di "*consumatore*" o "*utente*" contenuta nell'art. 3 CCons, per il quale è tale "... *la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta ...*".

Non mancano, peraltro, opinioni secondo cui questa nozione generale non potrebbe venire invocata per tutti i diritti tutelabili con l'azione di classe, dovendosi all'uopo utilizzare le diverse, e talora più ristrette, nozioni speciali di consumatore che lo stesso Codice del Consumo fornisce in relazione allo specifico diritto fatto valere.

La conseguenza della scelta legislativa di delimitare l'ambito dei soggetti legittimati ai consumatori e agli utenti, è che il raggio di operatività dell'azione di classe non può estendersi ad altre categorie oltre a quelle di riferimento nel sistema del Codice del Consumo. Non sarebbero quindi azionabili ex art. 140-bis CCons le pretese nate da tipologie di illeciti che, pur riguardando una pluralità di danneggiati che versano in situazioni comparabili, non afferiscono ad un bene individualmente suscettibile di appropriazione da parte di un consumatore o di un utente.

Inoltre, per essere legittimati attivamente all'azione di classe e superare il vaglio di ammissibilità (di cui *infra*), occorre sotto il profilo oggettivo che i consumatori o utenti siano portatori di un interesse ad agire, derivante da un diritto "*individuale omogeneo*" che si caratterizzi al tempo stesso come di interesse collettivo.

Il consumatore o utente legittimato può agire in giudizio anche conferendo mandato ad un'associazione consumeristica o partecipando ad appositi comitati (art.140-bis, comma 1, CCons), così ponendo in essere una forma *sui generis* di sostituzione processuale.

5. (segue) Diritti tutelabili e contenuto della domanda

L'art. 140-bis, comma 2, CCons prevede che l'azione di classe sia esperibile a tutela di tre diverse tipologie predeterminate di diritti:

- i diritti contrattuali di una pluralità di consumatori o utenti che versano nei confronti di una stessa impresa in una situazione omogenea, inclusi i diritti relativi a contratti stipulati nelle forme degli articoli 1341 e 1342 CC (mediante l'adesione a moduli o formulari);
- i diritti omogenei spettanti ai consumatori finali di un determinato prodotto o servizio nei confronti del relativo produttore/fornitore, anche a prescindere da un diretto rapporto contrattuale;
- i diritti omogenei al ristoro del pregiudizio derivante ai consumatori e utenti da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali.

Con la domanda, si può richiedere al Giudice esclusivamente di (a) accertare la responsabilità del produttore/fornitore, nonché (b) condannare il medesimo al risarcimento del danno e/o alle restituzioni.

6. (segue) Legittimazione passiva

La legittimazione passiva di cui all'art. 140-bis, CCons, secondo un primo orientamento, non compete necessariamente alla controparte "naturale" del consumatore, vale a dire, al "professionista", in quanto nel caso dell'azione di classe, il Legislatore utilizza termini diversi, riferendosi di volta in volta all'impresa, al produttore oppure al gestore di servizi pubblici o di pubblica utilità. Quanto, in particolare, alla legittimazione passiva dei "gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità", il Legislatore non ha ritenuto di individuarli con esattezza, Il riferimento non sembra, comunque, limitato ai soli "concessionari" di servizi, dovendosi includere nella nozione anche gli enti pubblici incaricati delle gestioni dirette.

Secondo un distinto orientamento, poiché nulla di più specifico dice l'art. 140-bis, CCons circa il soggetto nei cui confronti è esperibile la *class action*, sarebbe necessario enucleare i tratti qualificanti della legittimazione passiva *a contrario*. Il soggetto cui sia ascritto il *mass tort* dovrebbe in realtà semplicemente essere un professionista ai sensi dell'art. 3 CCons, vale a dire, una "... *persona fisica o giuridica che agisce nell'esercizio della propria attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale, ovvero un suo intermediario ...*".

Come si dirà *infra*, la poco copiosa produzione giurisprudenziale in tema di art. 140-bis CCons non consente al riguardo di proporre soluzioni certe.

7. (segue) Avviamento della *class action*

Nella *class action*, un consumatore o utente (denominato "attore" o "proponente") nei cui riguardi sussistono i presupposti che si sono ricordati assume l'iniziativa di avviare il procedimento nei confronti del convenuto, tipicamente, un'impresa produttrice di un certo bene o fornitrice di un certo servizio, mediante atto di citazione notificato ex art. 140-bis, commi 4 e 5, CCons, anche all'ufficio del Pubblico Ministero presso il Tribunale ordinario avente sede nel capoluogo della regione in cui ha sede il convenuto.

Una volta avviata l'azione, gli altri consumatori e utenti che si trovano in situazione analoga a quella del consumatore/utente proponente possono prendere parte all'azione, concentrando anche le loro pretese nello stesso giudizio, di modo che la decisione finale abbia effetto anche per il loro caso.

Gli interessati devono a tal fine depositare un "atto di adesione" nella Cancelleria del Giudice competente. L'atto di adesione deve, tra l'altro, illustrare la situazione e le ragioni del consumatore aderente e presentare la relativa documentazione. Dopo il deposito dell'atto di adesione, i consumatori diventano tecnicamente "aderenti" (ed il gruppo costituito dal

proponente e dagli aderenti forma la “*classe*”). Il deposito dell’atto di adesione da parte degli aderenti può essere fatto anche via fax o posta elettronica certificata e senza l’assistenza di un difensore. Una volta depositato l’atto di adesione, gli aderenti perdono sia il diritto di avviare azioni individuali contro il medesimo soggetto (l’impresa), sia il diritto di aderire ad altre azioni di classe simili. Specularmente, l’impresa potrà successivamente essere destinataria di azioni individuali avviate solamente da consumatori non aderenti alla *class action* instaurata.

8. (segue) Filtro di ammissibilità e campagna per le adesioni

Una volta instaurata l’azione di classe, il Tribunale, prima di entrare nel merito della questione accertando se effettivamente la condotta illecita ha provocato i danni lamentati dal promotore nella domanda, dovrà compiere alcune verifiche preliminari, che aprono la c.d. fase “*filtro*”. Si tratta di controllare che la domanda proposta sia priva di vizi o irregolarità che potrebbero impedire al procedimento di giungere alla sua conclusione naturale, verificandone l’ammissibilità.

In particolare, la domanda è inammissibile (i) quando è manifestamente infondata; (ii) quando sussiste un conflitto di interessi tra chi propone l’azione (sia esso il singolo consumatore o l’associazione cui abbia dato mandato) e gli interessi dell’intera “*classe*” di consumatori/utenti; (iii) quando il Giudice non ravvisa l’identità dei diritti individuali tutelabili; (iv) quando chi agisce (attore) non pare in grado di curare adeguatamente l’interesse della classe.

Il giudizio di ammissibilità può avere esito negativo o positivo. In ogni caso, il Tribunale pronuncia un’ordinanza, che, ai sensi del comma 7 dell’art. 140-*bis* CCons, è reclamabile davanti alla Corte d’Appello nel termine perentorio di trenta giorni dalla sua comunicazione o notificazione se anteriore. In particolare, se la domanda è ritenuta inammissibile, la relativa ordinanza viene resa pubblica e il proponente è condannato al pagamento delle spese di giudizio.

Invece, in caso di esito positivo, secondo quanto previsto dal comma 9 dell’art. 140-*bis* CCons, il Tribunale precisa i diritti individuali oggetto della lite (e quindi, i criteri di ammissione o di esclusione dalla classe) e dispone che ne sia data opportuna pubblicità a cura dell’attore (a pena di improcedibilità) fissando il termine entro cui le adesioni devono essere presentate.

Esaurita questa prima fase, e dichiarata ammissibile l’azione, inizia la “*campagna*” per le adesioni, che permette di dare un volto concreto alla classe dei consumatori, mediante gli atti di adesione.

Superato il filtro di ammissibilità, conclusa la campagna per le adesioni da parte dei membri della classe e quindi, operati dal Giudice i necessari accertamenti per verificare l’esistenza dei diritti affermati dal promotore e la loro lesione ad opera dell’impresa convenuta, nonché la condanna eventuale ai risarcimenti e alle restituzioni, si giunge alla conclusione del processo di classe, con la pronuncia della sentenza, di rigetto o di accoglimento della domanda.

9. (segue) Effetti della sentenza ad esito del procedimento di *class action*

La domanda di *class action* potrà essere, pertanto, accolta o respinta. Quando ritiene fondata la domanda, il Giudice, oltre ad accertare la responsabilità del convenuto, lo condannerà a pagare ad ogni consumatore o utente aderente una determinata somma di denaro.

Naturalmente, sarà possibile stabilire *a priori* la somma dovuta ad ognuno solo se l’illecito ha leso tutti i consumatori/utenti in modo identico. Se invece il comportamento del convenuto ha inciso in maniera diversificata sui loro diritti, il Tribunale nella sentenza si limiterà ad indicare

un criterio omogeneo di calcolo che permetta di ricostruire la somma dovuta ad ogni danneggiato.

La sentenza ha effetto soltanto nei confronti di quei consumatori o utenti che, essendo in possesso dei requisiti di appartenenza alla classe hanno depositato regolare adesione entro i termini. Tutti gli altri consumatori o utenti che, pur trovandosi nella stessa situazione del soggetto promotore, non hanno aderito nei termini, saranno liberi di proporre azioni individuali, ma non un'altra azione di classe fondata sui medesimi fatti.

La sentenza che decide un'azione di classe diventa esecutiva soltanto dopo 180 giorni. Ciò significa che l'impresa condannata a risarcire i danni o ad effettuare restituzioni ai consumatori/utenti disporrà di 180 giorni di tempo per provvedervi spontaneamente, senza debenza di interessi ed accessori.

Concedendo questo lasso di tempo, il Legislatore ha voluto incentivare le imprese ad ottemperare spontaneamente all'ordine del Giudice. Se trascorsi i 180 giorni l'impresa non si sarà conformata, gli aventi diritto avranno titolo ad eseguire la sentenza, con decorrenza degli interessi.

Quanto alle spese legali per promuovere azione di classe ai sensi dell'art. 140-bis CCons è stato stabilito che le stesse andranno calcolate sulla base delle tabelle di cui al D.M. 55/2014 come successivamente modificato, con possibilità di aumentare il compenso sino al triplo rispetto a quello altrimenti liquidabile.

10. La disciplina degli artt. 840-bis e ss. CPC

Con la Legge n. 31 del 12 aprile 2019 è stata introdotta la c.d. "terza *class action*" di cui ora negli artt. da 840-bis a 840-sexiesdecies CPC, che ne riscrive (i) l'ambito di applicazione, (ii) i presupposti, (iii) il procedimento, (iv) i meccanismi di adesione e (v) le conseguenze risarcitorie.

Le nuove disposizioni, non più limitate alla sola tutela di consumatori e utenti, avrebbero dovuto entrare in vigore il 19 aprile 2020. Tuttavia, a seguito della modifica all'art. 7, comma 1, della Legge n. 31 del 12 aprile 2019 operata dall'art. 8, comma 5, D.L. 30 dicembre 2019, n. 162, convertito, con modificazioni, dalla Legge n. 8 del 28 febbraio 2020, la versione consolidata dell'art. 7, comma 1, della Legge n. 31 del 12 aprile 2019 prevede che "*... al fine di consentire al Ministero della giustizia di predisporre le necessarie modifiche dei sistemi informativi per permettere il compimento delle attività processuali con modalità telematiche, le disposizioni di cui alla presente legge entrano in vigore decorsi diciannove mesi dalla pubblicazione della medesima legge nella Gazzetta Ufficiale ...*". Conseguentemente la nuova disciplina entrerà in vigore il **19 novembre 2020**.

Con il suo inserimento nel nuovo Titolo (VIII-bis) del Libro Quarto del codice di rito, lo strumento della *class action* viene esteso a tutti i portatori (anche non consumatori o utenti) di interessi omogenei lesi, che intendano far valere la loro pretesa nei confronti di un'impresa (di qualunque tipo) o di un gestore di servizi pubblici.

11. (segue) Ambito di applicazione oggettivo

Quanto al piano oggettivo, l'art. 840-bis CPC. prevede, al comma 1, che i "*diritti individuali omogenei*" sono tutelabili "*anche*" attraverso l'azione di classe. Con la terza *class action* vengono quindi meno i limiti oggettivi già previsti dall'art. 140-bis CCons.

In particolare, la tutela di classe dei diritti

- i. nell'ambito dei rapporti contrattuali, non è più limitata ai soli rapporti di consumo, potendo invece ricomprendere anche i rapporti B2B (*business to business*);
- ii. nell'ambito dei rapporti extracontrattuali, viene meno la limitazione *ratione materiae* alla responsabilità del produttore e a quella delle imprese autrici di pratiche commerciali scorrette o di comportamenti anticoncorrenziali.

La nuova azione di classe potrà, pertanto, trovare applicazione in ogni contesto nel quale un'impresa o un gestore di servizi pubblici o di pubblica utilità pongano in essere comportamenti illeciti pluri-offensivi, dando così vita a una "classe" di soggetti danneggiati. L'unico requisito espressamente previsto dal Legislatore della novella del 2019 per la formazione di una classe è, pertanto, l'omogeneità dei diritti lesi, già prevista nella disciplina consumeristica.

Con la domanda giudiziale, si potrà richiedere al Giudice (a) di accertare la responsabilità dell'impresa o del gestore di servizi pubblici o di pubblica utilità, nonché (b) di condannare il medesimo al risarcimento del danno e/o alle restituzioni.

12. (segue) Ambito di applicazione soggettivo. Legittimazione attiva

L'art. 840-*bis*, comma 2, CPC amplia il perimetro della legittimazione attiva a promuovere la *class action* a

- i. "ciascun componente della classe"; nonché
- ii. ad ogni "organizzazione" o "associazione", "senza scopo di lucro", "i cui obiettivi statuari comprendano la tutela dei predetti diritti", purché "iscritte in un elenco pubblico istituito presso il Ministero della Giustizia". Questi quattro requisiti sono cumulativi.

Quanto alla legittimazione del singolo componente della classe, la novità più rilevante è data dall'eliminazione del requisito soggettivo della qualità di consumatore/utente, la nuova azione di classe sarà esperibile anche da parte di soggetti che non agiscano in tale qualità ed in relazione a rapporti non di "consumo". Non riscontrandosi nell'art. 840-*bis* CPC limiti alla formazione di una classe a sua volta costituita da imprese, eventualmente anche organizzate in forma societaria, si potrà ritenere sussistente la legittimazione anche in capo ad enti giuridici individualmente lesi da condotte pluri-offensive¹.

Quanto alla legittimazione autonoma degli enti ("organizzazioni" o "associazioni"), si tratta di un'autentica novità. Nella disciplina consumeristica dell'art. 140-*bis* CCons che pure contemplava gli "interessi collettivi" tra le situazioni soggettive tutelabili, non era attribuito alle associazioni di categoria un autonomo diritto di azione: il singolo "componente della classe" poteva semplicemente farsi rappresentare in giudizio dall'organizzazioni.

Non tutti gli enti ("organizzazioni" o "associazioni") potranno, tuttavia, agire in giudizio *iure proprio*, ma solo quelli iscritti in un elenco pubblico costituito con decreto del Ministro della Giustizia, di concerto con il Ministro dello Sviluppo Economico, previo parere delle competenti commissioni parlamentari (ex art. 196-*ter* disp. att. CPC, introdotto dalla Legge 31/2019).

¹ Per una più approfondita analisi, si veda V. Vallefucio, *Anche le imprese possono presentare il ricorso*, in *Come cambia la class action, I focus del Sole 24 Ore*, 2019, 11

13. (segue) Ambito di applicazione soggettivo. Legittimazione passiva

Quanto alla legittimazione passiva, ai sensi dell'art. 840-bis, comma 1, CPC il convenuto dev'essere (quantomeno nella prospettazione dell'attore l'"autore della condotta lesiva". Possono essere convenuti in giudizio, "relativamente ad atti e comportamenti posti in essere nello svolgimento delle loro rispettive attività", solo le (i) "imprese" ed i (ii) "gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità".

Il riferimento ai gestori di servizi pubblici e di pubblica utilità non è casuale. Infatti, l'art. 140-bis CCons non specificava, se non indirettamente, se tra i potenziali convenuti dovessero ricomprendersi anche i gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità, a cui veniva fatto riferimento solo nel comma 12, relativo al contenuto della sentenza di condanna. In ogni caso, anche il riferimento, contenuto nell'art.140-bis, agli "utenti" depone nel senso dell'ammissibilità dell'azione di classe consumeristica nei confronti dei pubblici gestori.

Il riferimento alle "imprese" non sembra doversi individuare come mero rinvio all'art. 2082 CC, che definisce la figura dell'"imprenditore"². Guardando alla, pur scarsa giurisprudenza in tema di *class action* consumeristica [cfr. Trib. Roma, 27 aprile 2012, in NGCC, 2012, I, 903, con nota di M. Libertini e M. Maugeri], emerge che nella nozione di "impresa" si dovrebbero includere tanto i professionisti, quanto gli enti (di natura pubblica o privata) che, operando con modalità imprenditoriali ed eventualmente anche in assenza di scopo di lucro, erogano servizi pubblici all'utenza. Nella nozione di "impresa" sembrano ricadere, in mancanza di indicazioni contrarie, (i) gli imprenditori individuali, (ii) le società, ed oltre (iii) agli imprenditori commerciali, anche (iv) gli imprenditori agricoli ed (v) i piccoli imprenditori.

14. Regime di applicazione temporale

Come si è già ricordato, le nuove disposizioni entreranno in vigore il **19 novembre 2020**. Il secondo comma dell'art. 7 della Legge 31/2019 prevede l'applicabilità delle disposizioni di cui agli artt. 840-bis e ss. CPC alle "condotte illecite poste in essere successivamente" alla data di entrata in vigore della legge, con la precisazione che "alle condotte illecite poste in essere precedentemente continuano ad applicarsi le disposizioni vigenti prima della medesima data di entrata in vigore", vale a dire, le disposizioni di cui all'art. 140-bis del CCons.

Il regime di applicazione temporale previsto dall'art. 7 della Legge 31/2019 lascia, tuttavia, spazio ad incertezze interpretative, in particolare, con riferimento agli illeciti "permanenti" (nei quali la condotta perdura per un certo lasso di tempo) e agli illeciti "istantanei ad effetti permanenti" (nei quali da una condotta istantanea si generano conseguenze durevoli nel tempo: si pensi, ad esempio, ai danni lungo-latenti da *malpractice* medico-sanitaria)³.

² Cfr. E. Fanesi, "*Brevi considerazioni sulla nuova Class action*", in La Nuova Procedura Civile, Dicembre 2019; *contra* A. Palmieri, "*Class Action in G.U.: nuovi orizzonti per la tutela collettiva*", in www.quotidianogiuridico.it secondo cui "*In mancanza di elementi più puntuali, non può che farsi riferimento alla figura di imprenditore delineata in termini alquanto generali dall'art. 2082 c.c.*"

³ Per una puntuale definizione di illecito c.d. permanente e illecito c.d. istantaneo si veda Cass., S.U., 3.3.2010, n. 5023, in Foro it., 2010, I, 2788, nella cui motivazione si richiama il principio espresso da Cass., 20.12.2000, n. 16009, in Rep. Foro it., 2000, voce Responsabilità civile, n. 183, secondo cui "*l'istantaneità o la permanenza del fatto illecito extracontrattuale deve essere accertata con riferimento non già al danno, bensì al rapporto eziologico tra questo ed il comportamento contra ius dell'agente, qualificato dal dolo o dalla colpa; mentre nel fatto illecito istantaneo tale comportamento è mero elemento genetico dell'evento dannoso e si esaurisce con il verificarsi di esso, pur se l'esistenza di questo si protragga poi autonomamente (fatto illecito istantaneo ad effetti permanenti), nel fatto illecito permanente il comportamento contra ius oltre a produrre l'evento dannoso, lo alimenta continuamente per tutto il tempo in cui questo perdura, avendosi così coesistenza dell'uno e dell'altro*".

In linea di principio, ogniqualvolta la condotta illecita si sia svolta (se istantanea)⁴ o comunque si esaurisca (se permanente)⁵ prima dell'entrata in vigore delle nuove disposizioni, il ricorso al nuovo processo di classe sarà precluso, a prescindere dall'epoca del manifestarsi delle propagazioni dannose. Di conseguenza, troverà applicazione la normativa consumeristica, se per ogni altro riguardo applicabile⁶.

Meno ovvia la soluzione per l'ipotesi di condotte permanenti che, avviate prima dell'entrata in vigore delle nuove disposizioni, si protraggano anche successivamente. Si potrebbe in questi casi prospettare l'applicabilità del nuovo processo di classe solo con riferimento alla condotta successiva (per così dire, "ignorando" la condotta pregressa)⁷. Questa soluzione potrebbe, tuttavia, creare delle disimmetrie di tutela, in quanto i soggetti astrattamente rientranti nella classe si vedrebbero preclusa la promozione o l'adesione all'azione soltanto perché danneggiati "prima" del 19 novembre 2020 (o, persino, danneggiati "dopo" ma in esito di una condotta pregressa), pur in presenza di una condotta proseguita anche dopo tale data.

In dottrina⁸, si è proposto di considerare la "condotta" non in senso atomistico (vale a dire come riferita ai singoli individui che compongono la classe), ma con riferimento alla classe nel suo insieme. In particolare, si è sostenuto che nel caso in cui sia possibile individuare una classe di diritti individuali omogenei, il cui fondamento si rinviene in più illeciti (siano essi permanenti o istantanei) reiterati dalla parte convenuta nel tempo, anche se solo alcuni siano riferibili temporalmente ad un momento successivo all'entrata in vigore della nuova normativa, questa dovrebbe comunque ritenersi applicabile a tutti i titolari dei diritti individuali omogenei.

15. Che cosa sono le RSA?

L'acronimo "RSA" significa Residenza Sanitaria Assistenziale. La nozione di RSA trova il suo primo riconoscimento normativo nella Legge 67/1988 e nel DPCM 22 dicembre 1989.

Secondo quanto previsto nell'Allegato 1, rubricato "*Requisiti minimi organizzativi generali*" del DPR del 14 gennaio 1997, denominato "*Approvazione dell'atto di indirizzo e coordinamento alle regioni e alle province autonome di Trento e di Bolzano, in materia di requisiti strutturali, tecnologici ed organizzativi minimi per l'esercizio delle attività sanitarie da parte delle strutture pubbliche e private*", le RSA sono presidi che offrono a soggetti non autosufficienti, anziani e non, con esiti di patologie fisiche, psichiche, sensoriali o miste, non curabili a domicilio, un livello medio di assistenza medica, infermieristica e riabilitativa, accompagnata da un livello "alto" di assistenza tutelare e alberghiera, modulate in base al modello assistenziale adottato dalle regioni e dalle province autonome. Si tratta di materia di potestà legislativa concorrente a norma dell'art. 117, comma 3, Cost. Le RSA vengono definite come strutture residenziali extraospedaliere caratterizzate dalla integrazione funzionale ed organica dei servizi sanitari e di quelli socio-sanitari.

⁴ Cfr. Trib. Roma, 25.3.2011, in Foro it., 2011, I, 1889 con riferimento ad un presunto illecito qualificato istantaneo e commesso prima dell'entrata in vigore della *class action* consumeristica

⁵ Cfr. Trib. Roma, 11.4.2011, cit., con riguardo ad una condotta asseritamente illecita ritenuta di tipo permanente

⁶ Per ulteriori approfondimenti, seppur riferiti allo spartiacque temporale tra l'azione di classe ex art. 140-bis CCons *pre* e *post* riforma introdotta dalla legge cd. finanziaria per il 2008, cfr. D. De Santis, "*Riti a cognizione piena. Azione di classe a tutela del consumatore*" in Libro dell'anno del Diritto 2012. Si veda anche "*La nuova class action: analisi delle principali disposizioni*" in Approfondimenti, Diritto Bancario, 2019.

⁷ Cfr. "*La nuova class action: analisi delle principali disposizioni*" in Approfondimenti, Diritto Bancario, 2019.

⁸ Si veda R. Donzelli, *L'ambito di applicazione e la legittimazione ad agire*, in Aa. Vv., *Class action. Commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31*, a cura di B. Sassani, Pisa, 2019, 8 ss.

Le RSA si differenziano dalle strutture riabilitative, anch'esse rientranti nella categoria delle residenze extraospedaliere, per la minore intensità delle cure sanitarie e per i tempi più prolungati di permanenza degli assistiti, che in relazione al loro stato psico-fisico possono trovare nella stessa anche "ospitalità permanente". Distinta dalle RSA e dalle strutture di riabilitazione, sono le residenze assistenziali, che si collocano al di fuori del sistema del Servizio Sanitario Nazionale e si esprimono attraverso diverse forme di residenzialità collettiva, tra cui case di riposo, case albergo, e comunità alloggio.

Secondo quanto previsto dalla Legge 724/1994, le Regioni possono prevedere che la gestione delle RSA sia affidata ad organismi pubblici, privati o misti, disciplinando le modalità di controllo della qualità delle prestazioni e del servizio reso.

Le RSA possono essere pubbliche o private, accreditate e non. Nelle RSA, sia pubbliche che private accreditate e che hanno in essere convenzioni rispettivamente – in base alla normativa regionale in essere - con le ASL (Aziende Sanitarie Locali), le AUSL (Aziende Unità Sanitarie Locali) e le ATS (Agenzie di Tutela della Salute), una parte dei costi viene sostenuta dal Fondo Sanitario Regionale, l'altra dalle persone ospiti o dai Comuni di loro residenza. Nelle RSA che non hanno in essere una convenzione con la ATS, i costi sono totalmente a carico delle persone ospiti o dei Comuni di residenza.

16. Rapporto tra RSA e ospite

Alla luce della precedente esposizione, ci si chiede, nell'attuale vigenza dell'art. 140-bis CCons, se (a) l'ospite di una RSA possa considerarsi "*consumatore o utente*", (b) la RSA possa qualificarsi come "*professionista*" e (c) più in generale se il rapporto tra l'ospite e la RSA, sia questa pubblica, privata o convenzionata, possa definirsi come "*contratto del consumatore*".

17. L'ospite di una RSA può considerarsi "consumatore" o "utente"?

Già si è detto della definizione di "*consumatore*" o "*utente*" di cui all'art. 3 CCons. Di talché, se la figura del consumatore si caratterizza per lo scopo del suo agire, estraneo all'esercizio di una attività imprenditoriale o professionale, non sembra dubbio che l'ospite di una struttura extraospedaliera dovrebbe ritenersi tale. E ciò, sia quando l'ospite viene ricoverato in una RSA, sia quando il suo ricovero avviene presso una struttura convenzionata. Alle medesime conclusioni si dovrebbe giungere per i familiari chiamati eventualmente ad integrare la retta in forza di una convenzione. Difatti, anch'essi agiscono per uno scopo estraneo all'attività professionale o imprenditoriale.

Tuttavia, la questione è di agevole soluzione soltanto in apparenza. La Corte di Cassazione ha, infatti, statuito che chi abbia usufruito di prestazioni sanitarie, come nel caso degli ospiti di una RSA, può avvalersi del foro del consumatore previsto dall' art. 66-*bis* CCons qualora il rapporto fra l'ospite e la struttura sanitaria del Servizio Sanitario Nazionale (o convenzionata) "*... abbia corso con l'espletamento di una serie di prestazioni aggiuntive, il cui costo sia posto direttamente a carico dell'utente e non del Servizio Sanitario Nazionale ...*" (cfr. Cass. n. 27391/2014). Sulla base di tale pronuncia, non potrebbe dirsi consumatore un soggetto la cui posizione è solo quella di ricoverato a carico del Servizio Sanitario Nazionale, ma lo sarà se, invece, si considera la prestazione aggiuntiva di assistenza tutelare e alberghiera resa a fronte del pagamento di una retta. Non diversa dovrebbe essere la posizione dei congiunti e aventi causa dell'ospite.

Solo se l'ospite di RSA può qualificarsi, nel caso concreto, come “consumatore”, ci si potrà (attualmente) avvalere della tutela contemplata dall'art. 140-bis CCons mediante l'azione di classe.

18. La RSA può qualificarsi come “professionista”?

Come detto *supra* in punto di legittimazione passiva dell'azione di classe di cui all'art. 140-bis CCons, il soggetto che può esservi convenuto, secondo alcuni è “l'impresa”⁹ a fronte dei richiami contenuti nella medesima norma, mentre, secondo altri, è il “professionista” quale figura antagonista di quella del “consumatore o utente”¹⁰.

Mentre di per sé non si ravvisano ragioni per cui una RSA non potrebbe ricondursi alla categoria dell'“impresa” e per tale ragione qualificarsi come soggetto passivamente legittimato nel paradigma dell'azione di classe, in giurisprudenza si sono riscontrate divergenze sulla possibilità di considerare la RSA come “professionista”.

Il discrimine nell'individuazione della RSA come “professionista” verte sulla applicabilità al suo agire del c.d. principio di economicità¹¹. In particolare, è stato affermato¹² che mentre all'ospite di RSA si può di regola attribuire la qualifica di “consumatore” o “utente”, non potrebbe, senza una preliminare indagine in concreto sulla natura e le caratteristiche della RSA, allo stesso modo attribuire a questa la veste di “professionista”.

La Corte di Cassazione [cfr. Cass. n. 8093/2009] ha statuito che questa veste potrebbe essere inapplicabile ad una struttura pubblica, la quale, erogando la prestazione anche al di fuori del principio di economicità, non sempre agisce nell'esercizio di un'attività di impresa. Diversa è la posizione della struttura privata, che si presume agisca perseguendo il proprio utile, salvo si tratti di struttura privata che agisce senza fini di lucro per cui si potrebbe ipotizzare il medesimo ragionamento svolto dalla Corte di Cassazione per le strutture pubbliche. La Cassazione¹³ ha pure ritenuto che tra la struttura pubblica (o convenzionata) e il paziente non si conclude alcun contratto, neppure per fatti concludenti, venendo così a mancare il presupposto per l'applicazione del Codice del Consumo. Questa linea di pensiero si basa sulla circostanza secondo cui la struttura pubblica (o convenzionata) che eroga la prestazione richiesta dall'ospite non farebbe altro che dare esecuzione all'obbligo pubblicistico di fornire una modalità di servizio sanitario soddisfacente del diritto alla salute, di rango costituzionale.

Constano, tuttavia, anche orientamenti contrari¹⁴, secondo cui tra l'ospite e la struttura, sia essa pubblica o convenzionata, si instaurerebbe comunque un rapporto contrattuale, con conseguente applicabilità del Codice del Consumo.

⁹ Cfr. Libertini – Maugeri, *Azione di classe: definizione di impresa e diritti contrattuali dei consumatori*, in Nuova giur. civ. comm., 2012, I, 916

¹⁰ Cfr. V. Cuffaro, *Commento all'art. 140-bis, Codice del Consumo* in *Le fonti del Diritto Italiano*, Giuffrè Ed., 2018; *ex multis* M. Bove, *Profili processuali dell'azione di classe*, in www.judicium.it.

¹¹ Il principio di economicità può definirsi come la capacità di una azienda di massimizzare l'efficienza delle risorse a sua disposizione con il vincolo della copertura dei costi. Ciò equivale a dire che le entrate (ricavi) dell'impresa debbono sempre essere uguali o superiori alle uscite.

¹² S. Nardi, “*Il foro competente per la lite tra struttura pubblica e paziente*” in *La Responsabilità Civile*, 2009

¹³ Cass. n. 8093/2009

¹⁴ J. Long, “*I contratti per l'assistenza residenziale alle persone anziane*”, Maggioli Ed., 2012; *cf.* *ex multis* sul concetto di “contratto” nel servizio sociale S. Fargion, “*Riflessioni sul concetto di contratto nel servizio sociale*”, in *La Rivista di Servizio Sociale*, 2007-3

19. Il rapporto tra ospite e RSA è contratto del consumatore?

Ne segue che, essendo in ogni caso necessaria una valutazione caso per caso della natura della singola RSA e del rapporto da questa instaurato con i propri ospiti questo potrà, secondo l'orientamento più garantista, qualificarsi come contratto del consumatore, quantomeno per tutti gli aspetti relativi alle attività di matrice non strettamente sanitaria, quali quelle inerenti all'assistenza tutelare e alberghiera, con la conseguente possibilità di applicare la disciplina di cui all'art. 140-bis CCons (sempre che ne ricorrano i presupposti di applicazione oggettiva).

20. Eredi dell'ospite della RSA e legittimazione attiva

Occorre, da ultimo, domandarsi se l'erede dell'ospite di RSA deceduto durante il ricovero abbia la qualità di legittimato attivo in una ipotetica azione di classe rivolta nei confronti della RSA per negligenza o *malpractice*, sia essa quella consumeristica o quella futura di più ampio respiro di cui agli artt. 840-bis e ss. CPC.

Al riguardo, è ragionevole osservare che, oltre all'ospite che è vittima diretta della condotta lesiva, anche altri soggetti a lui legati da rapporti di parentela o vicinanza affettiva potranno di regola agire per il risarcimento dei danni, anche biologici e morali, da loro individualmente patiti.

Occorrerà, però, altresì distinguere la risarcibilità dei danni *iure proprio*, dai danni *iure hereditatis*. Per questi, è presupposta, e dovrà essere dimostrata, la successione ereditaria nel diritto al risarcimento che sarebbe spettato alla vittima deceduta. Per danni *iure proprio* si intendono invece i c.d. "danni riflessi" che si producono a seguito dell'evento morte del dante causa sulle c.d. vittime secondarie.

Sembra allora da ritenersi che la *class action* sia promuovibile (o aderibile) anche da parte degli eredi degli ospiti deceduti, con la precisazione che nel caso di azione consumeristica, l'erede potrà vantare solamente i danni *iure hereditatis*.

21. Considerazioni di sintesi

Si potrà, dunque, concludere che, in linea di principio, gli ospiti delle RSA ed i loro parenti e aventi causa potrebbero avvalersi dello strumento dell'azione di classe per ottenere, da un lato, l'accertamento della responsabilità della struttura nella causazione del danno e, dall'altro, il risarcimento dei danni patiti.

In particolare,

- i. per le azioni di classe inerenti a condotte generatrici poste in essere in data antecedente al 19 novembre 2019 si applicherà la disciplina dell'art. 140-bis CCons, con la necessità di qualificare la RSA come "*professionista*" o "*impresa*";
- ii. per le azioni di classe inerenti a condotte generatrici permanenti ma esaurite prima dell'entrata in vigore della nuova *class action*, continuerà parimenti ad applicarsi la disciplina dell'art. 140-bis CCons;
- iii. per le azioni di classe inerenti a condotte generatrici permanenti che, avviate prima dell'entrata in vigore delle nuove disposizioni, si protragano anche dopo, si ipotizza l'applicabilità del nuovo processo di classe solo con riferimento alle condotte successive;
- iv. infine, per le azioni di classe concernenti condotte generatrici integralmente poste in essere a far data dal 19 novembre 2020 si applicheranno le disposizioni di cui all'art. 840-bis ss. CPC, senza i limiti della disciplina consumeristica.

22. Uno sguardo comparatistico

Poiché l'emergenza sanitaria *Coronavirus* ha investito sostanzialmente tutti i Paesi del mondo, sembra opportuno chiudere la presente trattazione con un sommario sguardo comparatistico.

Circostanza analoghe a quelle occorse agli ospiti delle strutture extraospedaliere in Italia si sono, infatti, come è noto verificate in altre parti del mondo, e le "care homes" comunque denominate e strutturate sono tra le comunità più duramente colpite dall'epidemia. L'Organizzazione Mondiale della Sanità ha riferito come, sul totale delle vittime da *Coronavirus* circa la metà sia costituita da anziani residenti nelle case di cura.

Problemi e carenze delle strutture nella gestione dell'emergenza si sono riscontrati in quasi ovunque, dalla Spagna al Regno Unito, dalla Francia alla Germania, sino ad arrivare oltreoceano negli USA e in Québec.

Ed è proprio lo strumento processuale della *class action* a cui si sta facendo ricorso nel mondo per accertare la responsabilità delle "care homes" ed ottenere il risarcimento dei danni. A titolo esemplificativo:

- i. è stata presentata alla *Superior Court* del Québec un'istanza per avviare un'azione di classe contro una residenza per anziani, dove almeno 30 persone sono decedute nell'ultimo mese a causa del Covid-19. L'azione è volta ad ottenere dalla struttura il ristoro dei danni per il "maltrattamento disumano e degradante"¹⁵ subito sia dai residenti deceduti per aver contratto il virus all'interno della struttura, che dagli attuali residenti;
- ii. è stata presentata dai parenti delle vittime di una casa di riposo a Mougins (Francia) deceduti per sospetti casi di *Coronavirus*, una azione di classe al fine di accertare se vi sia stata una corretta gestione dell'epidemia. L'Agenzia Regionale della Salute (ARS) aveva già aperto, nel mese di marzo, un'indagine per determinare la causa dei decessi, dalla quale risulta che essi erano effettivamente legati al *Coronavirus*.
- iii. è stata presentata dinnanzi alla Corte Superiore dell'Ontario una *class action* avverso la *care home* di Responsive Group Inc., per non aver "pianificato e risposto in modo adeguato e corretto alla pandemia COVID-19".

E così via. Sembra quindi certo che lo strumento dell'azione di classe (vecchia e nuova) è destinato nei tempi brevi a venire messo alla prova concreta anche nel nostro Paese.

13 maggio 2020

¹⁵ Per libera traduzione.

Il presente articolo ha esclusivamente finalità informative e non costituisce parere legale.

This article is exclusively for information purposes, and should not be considered as legal advice.



Roberto A. Jacchia

PARTNER

 r.jacchia@dejalex.com

 +39 02 72554.1

 Via San Paolo 7
20121 - Milano



Silvia Doria

PARTNER

 s.doria@dejalex.com

 +39 02 72554.1

 Via San Paolo 7
20121 - Milano



Giulietta Minucci

ASSOCIATE

 g.minucci@dejalex.com

 +39 02 72554.1

 Via San Paolo 7
20121 - Milano

MILANO

Via San Paolo, 7 · 20121 Milano, Italia
T. +39 02 72554.1 · F. +39 02 72554.400
milan@dejalex.com

ROMA

Via Vincenzo Bellini, 24 · 00198 Roma, Italia
T. +39 06 809154.1 · F. +39 06 809154.44
rome@dejalex.com

BRUXELLES

Chaussée de La Hulpe 187 · 1170 Bruxelles, Belgique
T. +32 (0)26455670 · F. +32 (0)27420138
brussels@dejalex.com

MOSCOW

Ulitsa Bolshaya Ordynka 37/4 · 119017, Moscow, Russia
T. +7 495 792 54 92 · F. +7 495 792 54 93
moscow@dejalex.com