

Azione di classe in ambito sanitario: la preclusione dei diritti omogenei

Il commento analizza l'ordinanza del Tribunale di Milano, sez. imprese, A, 2 febbraio 2017 (R. G. n. 17628/2016), specialmente nella parte in cui afferma che il requisito dell'omogeneità dei diritti protetti dall'azione di classe di cui all'art. 140 bis del codice del consumo è apprezzabile sia sotto il profilo della derivazione causale dal medesimo fatto della vita, sia sotto il profilo della consistenza del pregiudizio subito. La formulazione del principio di diritto ha suscitato talune considerazioni sui possibili sviluppi dell'azione di classe in ambito sanitario.

This paper analyses the decision of the Tribunal of Milan, sez. imprese, A, 2 febbraio 2017 (R. G. n. 17628/2016), regarding the rights protected by the italian class action, and focuses on likely future scenarios of class action lawsuits related to medical treatments.

1. Il caso e la questione giuridica. 2. La decisione del Tribunale di Milano. 3. Le situazioni soggettive protette dall'azione di classe. 4. Gli elementi ostativi all'esercizio dell'azione di classe in ambito sanitario. 5. In particolare: l'omogeneità delle situazioni soggettive. 6. I possibili scenari dell'azione di classe in ambito sanitario, anche alla luce del diritto eurounitario.

1. Il caso e la questione giuridica

Il Tribunale di Milano⁸⁴ era chiamato a pronunciarsi circa l'ammissibilità dell'azione di classe promossa, quale rappresentante processuale, da un'associazione di consumatori iscritta nell'elenco degli enti rappresentativi a livello nazionale, per ottenere il risarcimento dei danni conseguenti alla

⁸⁴ Trib. Milano, sez. imprese, A, ord. 2 febbraio 2017 (R.G. n. 17628/2016).

diffusione di informazioni ingannevoli rese da una nota multinazionale della telefonia.

Più in particolare l'ente proponente, facendo leva sull'accertamento della pratica commerciale scorretta compiuto dall'autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e sul conseguente provvedimento sanzionatorio (provvedimento n. 25238 del 19.12.2014, non impugnato dinanzi al giudice amministrativo), assumeva che la società convenuta avrebbe fornito informazioni non veritiere, sia sul proprio sito ufficiale, sia mediante *brochure* destinate ai punti vendita, in ordine alla capacità di memoria di taluni modelli di *smartphone* e di *tablet*, influenzando la scelta del consumatore e quindi determinando l'insorgere di un danno corrispondente alla differenza di valore tra la memoria dichiarata e quella effettivamente disponibile.

2. La decisione del Tribunale di Milano

L'ordinanza del Tribunale di Milano, una delle rare pronunce in cui è superato il filtro iniziale dell'azione di classe, induce l'interprete a riflettere nuovamente sui limiti di ammissibilità di tale azione e, segnatamente, sul concetto di omogeneità del diritto protetto, che nel caso di specie, all'esito di un giudizio sommario, sembrerebbe corrispondere al diritto del singolo consumatore di ricevere informazioni commerciali veritiere e complete.

Il Tribunale di Milano, nondimeno, riferisce il carattere dell'omogeneità al fatto generativo del credito risarcitorio, del quale è particolarmente valorizzata la componente territoriale (la riferibilità degli effetti della condotta al solo territorio italiano) e cronologica (l'avvio del comportamento decettivo e la sua fine, corrispondente alla correzione delle informazioni), come anche alla natura del pregiudizio subito, il quale, seppur non identico, deve comunque possedere tratti di similarità.

Il collegio giudicante, nel dichiarare ammissibile l'azione, ordina dunque alle parti di provvedere alla pubblicità necessaria a raccogliere le eventuali adesioni dei titolari di analoghe posizioni soggettive.

3. Le situazioni soggettive protette dall'azione di classe

La pronuncia del Tribunale di Milano - la più recente, a quando ci consta, in materia di azione di classe⁸⁵ - nel dichiarare ammissibile l'azione collettiva consumeristica e, soprattutto, nel tentativo di fornire le coordinate del concetto di omogeneità⁸⁶, induce a riflettere, più ampiamente, sui limiti applicativi dell'azione stessa e pone dunque all'interprete l'interrogativo se essa, oltre ad essere posta a protezione (e prevenzione) di situazioni soggettive per così dire tradizionali, come quelle connesse all'apposizione di clausole vessatorie, all'esercizio di pratiche commerciali scorrette (come nel caso in esame), alla messa in commercio di beni difettosi, e dunque a diritti di cui è titolare il solo consumatore o utente di un pubblico servizio, possa essere - o in futuro divenire, eventualmente anche in seguito all'approvazione del recente disegno di legge n. 1335-3017 - strumento di protezione di un diritto fondamentale quale quello alla salute.

⁸⁵ Per un'introduzione all'azione di classe: G. ALPA, *L'art. 140 bis del codice del consumo nella prospettiva del diritto privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, II, 379 ss.; A. CARRATTA, *L'azione collettiva risarcitoria e restitutoria: presupposti ed effetti*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 723 ss.; G. COSTANTINO, *La tutela collettiva risarcitoria: la tela di Penelope*, in *Foro it.*, 2009, V, 388 ss.; G. COSTANTINO-C. CONSOLO, *Prime pronunce e qualche punto fermo sull'azione risarcitoria di classe*, in *Corr. giur.*, 2010, VIII, 985 ss.; R. DONZELLI, *L'azione di classe tra pronunce giurisprudenziali e recenti riforme legislative*, in *Corr. giur.*, 2013, I, 113 ss.; A. GIUSSANI, *L'azione di classe: un primo bilancio*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, V, 1177 ss.; C. PUNZI, *L'azione di classe a tutela dei consumatori e degli utenti*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, II, 253 ss.; R. RORDORF, *L'azione di classe del novellato art. 140-bis cod. consumo (e qualche interrogativo)*, in *Foro it.*, 2010, V, 183 ss.; P. SCHLENSINGER, *La nuova "azione di classe"*, in *Corr. giur.*, 2011 IV, 547 ss.; V. VIGORITI, *Class action e azione collettiva risarcitoria. La legittimazione ad agire ed altro*, in *Contr. e impresa*, 2008, III, 729 ss.

Per una trattazione esaustiva sull'azione di classe, comprensiva dei profili processuali, si veda, oltre al volume collettaneo G. CONTE-V. VIGORITI (a cura di), *Futuro, giustizia, azione collettiva, mediazione*, Torino 2010; R. DONZELLI, *L'azione di classe a tutela dei consumatori*, Napoli 2011; S. MENCHINI-A. MOTTO, *L'azione di classe dell'art. 140 bis c. cons.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2010, VI, 1413 ss.; F. SANTANGELI-P. PARISI, *Il nuovo strumento di tutela collettiva risarcitoria: l'azione di classe dopo le recenti modifiche all'art. 140 bis cod. cons.*, in www.judicium.it.

Il percorso della giurisprudenza in tema di azione di classe è ben riassunto da G. AFFERNI, *Recenti sviluppi nell'azione di classe*, in *Contratto e impresa*, 2013, VI, 1275 ss. In questa sede sono di particolare interesse: Cass., sez. un., 1° febbraio 2017, n. 2610; Trib. Venezia, sez. III, 12 gennaio 2016, in *Foro it.*, 2016, I, 1017 ss.; App. Milano, 3 marzo 2014, in *Foro it.*, 2014, I, 1619 ss.; Trib. Milano, 9 dicembre 2013, in *Foro it.*, 2014, I, 590 ss.; App. Milano, 26 agosto 2013, in *Foro it.*, 2013, I, 3326 ss.; Trib. Milano, 13 marzo 2012, in *Foro it.*, 2012, VI, 1909 ss.; Trib. Napoli, sez. XII, 18 febbraio 2013, n. 2195, in *Foro it.*, 2013, I, 1719 ss.; App. Roma, 25 gennaio 2012, in *Foro it.*, 2012, I, 1908 ss.; App. Torino, 23 settembre 2011, in *Foro it.*, 2011, I, 3422 ss.; Trib. Roma, 11 aprile 2011, in *Foro it.*, 2011, I, 3424 ss.; Trib. Roma, 25 marzo 2011, in *Foro it.*, 2011, I, 1889 ss.; Trib. Milano, sez. V, 20 dicembre 2010, in *Foro it.*, 2011, I, 617 ss.

⁸⁶ In ordine alle situazioni soggettive protette si veda S. CHIARLONI, *Il nuovo art. 140 bis del codice del consumo: azione di classe o azione collettiva?*, in *Giur. it.*, 2008, I, 1842 ss.; G. CONTE, *I diritti individuali omogenei nella disciplina dell'azione di classe*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, V, 609 ss., che definisce individual-cumulativo il relativo modello; I. PAGNI, *L'azione di classe del nuovo art. 140 bis: le situazioni soggettive tutelate, l'introduzione del giudizio e l'ammissibilità della domanda*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, IV, 349 ss.; P. RESCIGNO, *Sulla compatibilità tra il modello processuale della class action ed i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano*, in *Giur. it.*, 2000, I, 2224 ss.

Nell'avviare questo breve commento - il quale, d'altra parte, in ragione del limitato spettro applicativo dell'azione di classe vigente, non avrebbe potuto scaturire che da una pronuncia relativa a un rapporto consumeristico - è doveroso avvertire che le considerazioni che seguono riguardano soltanto il danno cagionato da trattamenti sanitari, pur facendosi riferimento, con tale termine, a un numero straordinariamente vario di comportamenti: dall'impianto di protesi cancerogene, all'effettuazione di emotrasfusioni infette, all'uso di terapie sprovviste di fondamento scientifico, fino alla prescrizione di farmaci variamente dannosi.

In premessa è ugualmente doveroso precisare che le considerazioni che seguono devono essere riferite ai comportamenti imputabili alle strutture ospedaliere pubbliche e private, anche se la citata proposta di legge sembrerebbe ricondurre nell'ambito di rilevanza della nuova azione di classe anche le condotte dannose di singoli professionisti.

Orbene, come già accennato, il nucleo della trattazione consiste proprio nell'individuazione delle situazioni soggettive protette, che la normativa vigente pare delimitare nettamente, e dei limiti oggettivi e soggettivi dell'azione.

Per sgombrare il campo dagli equivoci che circondano ancora oggi la materia - come è d'altronde ben testimoniato dal fatto che l'art. 140 bis c. cons., anche a seguito delle modifiche normative intervenute, contiene un incomprensibile riferimento alla tutela degli interessi collettivi - è appena il caso di svolgere una precisazione preliminare proprio con riguardo alla diversa consistenza delle situazioni soggettive protette e, segnatamente, alla dialettica interesse collettivo-diritto soggettivo.

Del c.d. interesse collettivo⁸⁷ vi è traccia già nel codice civile, segnatamente nell'art. 2601 c.c. (laddove esso è riferito a una categoria professionale e agli enti

⁸⁷ Sulla distinzione tra interessi collettivi e diffusi si vedano ad esempio i contributi raccolti in AA. VV., *Le azioni a tutela degli interessi collettivi*, Padova 1976; G. ALPA, voce *Interessi diffusi*, in *Dig. priv.*, IX, Torino 1993, 611 ss.; R. DONZELLI, voce *Interessi collettivi e diffusi*, in *Enc. giur.*, XVI, Roma 2007; M. NIGRO, *Le due facce dell'interesse diffuso: ambiguità di una formula e mediazioni della giurisprudenza*, in *Foro it.*, 1987, V, 8 ss.; A. ORESTANO, *Interessi seriali, diffusi e collettivi: profili civilistici di tutela*, in S. MENCHINI (a cura di), *Le azioni seriali*, Napoli 2008, 21 ss.; N. TROCKER, *Gli interessi diffusi e la loro tutela dinanzi al giudice civile*, in AA. VV. *Scritti in onore di Paolo Barile*, Padova 1990, 193 ss. Tra i

rappresentativi della categoria è attribuito il potere di agire contro gli atti di concorrenza sleale), anche se di interesse collettivo si inizia a discutere con forza soltanto in corrispondenza degli stravolgimenti sociali degli ultimi anni sessanta del secolo scorso, con il diffondersi dell'idea di costituzionalizzazione del diritto privato, con il tentativo, infine, di attribuire al giudice un ruolo nuovo, creativo e non meramente ricognitivo della volontà legislativa. Ve ne è traccia, per limitarsi ai riferimenti normativi più noti, nell'art. 28 della l. 20 maggio 1970, n. 300, nell'art. 37 del d. lgs. 11 aprile 2006, n. 198 in materia di pari opportunità e, infine, nella previsione dell'azione inibitoria consumeristica di cui all'art. 1469 sexies c.c. (oggi art. 37 c. cons.).

Riassumendo al massimo grado un percorso ben più complesso, può dirsi che il *proprium* dell'interesse collettivo e in particolare la differenza con la situazione soggettiva di diritto soggettivo si apprezza in ciò: che di esso sono titolari, contemporaneamente, una pluralità definita (ovvero indefinita, ma in tal caso si è soliti parlare di interesse diffuso) di persone, alle quali non è comunque possibile godere con esclusività del bene di riferimento, essendo lo stesso insuscettibile di appropriazione individuale.

Esempio classico di interesse collettivo è quello di cui sono titolari gli abitanti di una comunità montana rispetto al bene-ambiente, ovvero singoli consumatori relativamente alla correttezza dei comportamenti commerciali.

A conferma delle difficoltà teoriche implicate dall'analisi dell'istituto, di cui non a caso è stato autorevolmente detto non essere oggetto ideale di studio di chi non sia disposto a mettere da parte eventuali riserve mentali, vi è anche chi, nel tentativo di conservare il modello tradizionale, ha ritenuto di poter individuare un diritto soggettivo in capo ai diversi enti titolari della legittimazione ad agire, mentre altri, portando alle estreme conseguenze l'idea della titolarità condivisa, ha proposto di annoverarli tra gli interessi pubblici.

numerosi contributi monografici segnaliamo R. DONZELLI, *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, Napoli 2008.

In giurisprudenza si veda Cass., sez. un., 28 marzo 2006, n. 7036, in *Foro it.*, 2006, I, 1713 ss.

Col termine diritto soggettivo omogeneo si allude invece alla titolarità, in capo a distinti soggetti, di distinti diritti soggettivi perfetti i quali, nondimeno, derivando dalla medesima condotta, eventualmente tenuta in un diverso momento temporale, potranno essere tutelati - è anzi auspicabile che siano tutelati - all'interno del medesimo processo.

Di nuovo sintetizzando un dibattito ben più ampio e di durata pluridecennale, può dirsi che intorno al binomio diritto soggettivo-interesse collettivo è stata modellata l'alternativa tra l'azione di classe di cui all'art. 140 bis c. cons. e l'azione inibitoria di cui all'art. 140 c. cons.⁸⁸, corrispondenti, a grandi linee, al modello americano della *class action* e a quello europeo della *Verbandsklage*, e anche che, mentre la prima è posta a presidio di diritti soggettivi, la seconda, sempre in linea di massima, è chiamata a proteggere interessi di natura sovraindividuale.

La distinzione, come si diceva, deve ritenersi orientativa e non può essere enfatizzata: sia sufficiente la considerazione che l'azione inibitoria è comunemente utilizzata, come già si notava, per porre fine alle condotte lesive anche dei diritti soggettivi dei singoli consumatori. Non è allora un caso che alcuni Autori richiamino il principio di atipicità delle tutele, implicito nel disposto dell'art. 24 Cost., per affermare che la suddetta azione inibitoria può essere esperita anche dalla persona fisica titolare del relativo diritto, quando

⁸⁸ Per un'introduzione all'azione inibitoria, anche con riferimento ai limiti soggettivi del giudicato, si veda I. PAGNI, *Tutela individuale e tutela collettiva nella nuova disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti*, in V. BARBA (a cura di), *La disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti*, Napoli 2000, 140 ss.

Per il raccordo tra le due tutele e il confine, non sempre chiaro, delle posizioni soggettive protette: R. CAPONI, *Azioni collettive: interessi protetti e modelli processuali di tutela*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, V, 1205 ss.; ID., *Il nuovo volto della class action*, in *Foro it.*, 2009, V, 383 ss.; ID., *Litisconsorzio "aggregato". L'azione risarcitoria in forma collettiva dei consumatori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, III, 819 ss.; ID., *Variabilità dell'oggetto del processo (nell'azione collettiva risarcitoria)*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, I, 47 ss.; S. CHIARLONI, *Il nuovo art. 140 bis, cit.*; ID., *Per la chiarezza, cit.*; R. DONZELLI, *La tutela collettiva dei consumatori davanti alla Corte di Cassazione*, in *Corr. giur.*, 2012, II, 217 ss., commentando Cass., sez. III, 18 agosto 2011, n. 17351; E. MARINUCCI, *Il rapporto fra le azioni collettive previste nel codice del consumo dopo l'introduzione della nuova azione collettiva risarcitoria*, *Corr. giur.*, 2008, VII, 1024 ss.; S. MENCHINI, *La tutela giurisdizionale dei diritti individuali omogenei: aspetti critici e prospettive ricostruttive*, in S. MENCHINI (a cura di), *Le azioni seriali, cit.*, 55 ss., che pone l'accento sul problema dell'estensione soggettiva del giudicato; I. PAGNI, *Azione inibitoria delle associazioni e azione di classe risarcitoria: le forme di tutela del codice del consumo tra illecito e danno*, in AA. VV., *Studi in onore di Modestino Acone*, Napoli 2010, I, 1813 ss.; ID., *L'azione di classe, cit.*, ID., *Tutela individuale e tutela collettiva: un'indagine sul possibile raccordo tra rimedi*, in S. MENCHINI (a cura di), *Le azioni seriali, cit.*, 153 ss.; F. SANTANGELI, *Le lacune della nuova azione di classe e i problemi di coordinamento con altri strumenti di tutela collettiva*, in www.judicium.it.

appunto vengano contemporaneamente in rilievo diritti soggettivi dei singoli. Il che accade, ad esempio, in caso di apposizione di clausole abusive, se i contratti che le contengono sono già stati sottoscritti.

In altre parole, l'interesse sovraindividuale e quello del singolo possono coesistere ed essere soddisfatti con la pronuncia inibitoria, oltre che con l'eventuale adozione delle misure ripristinatorie di cui all'art. 140 c. cons.

Della netta distinzione teorica e del diverso rilievo pratico delle due situazioni giuridiche soggettive sono consapevoli anche i firmatari di una recente proposta normativa (n. 1135-3017, di cui si dirà tra poco), già approvata dalla Camera dei Deputati, i quali, infatti, da una parte, hanno ritenuto di dover espungere dalla norma dedicata alla nuova azione di classe il riferimento all'interesse collettivo e, dall'altra, hanno privato di tale riferimento anche l'azione inibitoria, che quindi potrà essere all'evidenza promossa per proteggere sia gli interessi collettivi, sia i diritti soggettivi.

4. Gli elementi ostativi all'esercizio dell'azione di classe in ambito sanitario

Chiarita la diversa natura delle posizioni soggettive coinvolte, è opportuno a questo punto individuare gli elementi ostativi all'esercizio dell'azione di classe in materia sanitaria, avvertendo fin d'ora che la soluzione, pur riferibile alle diverse ipotesi di trattamento medico sopra individuate, è suscettibile di alcune precisazioni in dipendenza delle peculiarità del trattamento sanitario preso in considerazione.

Una prima preclusione all'esercizio dell'azione di classe in ambito sanitario deriva dunque dalle norme relative all'ambito oggettivo. L'art. 140 bis c. cons., infatti, pur a fronte del ben più corposo catalogo di diritti del consumatore previsto dall'art. 2 c. cons. (ove sono significativamente contemplati i diritti alla tutela della salute, alla sicurezza e alla qualità dei prodotti e dei servizi, ad un'adeguata informazione e ad una corretta pubblicità, all'esercizio delle pratiche commerciali secondo principi di buona fede, correttezza e lealtà, all'educazione al consumo, alla correttezza, alla trasparenza ed all'equità nei rapporti

contrattuali, alla promozione e allo sviluppo dell'associazionismo libero, volontario e democratico tra i consumatori e gli utenti, all'erogazione di servizi pubblici secondo standard di qualità e di efficienza), riferisce la tutela soltanto: a) ai diritti contrattuali di una pluralità di consumatori e utenti, compresi quelli relativi a contratti stipulati ai sensi degli artt. 1341 e 1342 c.c.; b) ai diritti spettanti ai consumatori finali di un determinato prodotto o servizio nei confronti del produttore, anche a prescindere da un diretto rapporto contrattuale; c) ai diritti al ristoro del pregiudizio derivante ai consumatori e agli utenti da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali. Lo spettro della tutela è peraltro notevolmente meno ampio anche di quello dell'azione inibitoria, ove è presente, come detto, soltanto un generico riferimento agli interessi collettivi di consumatori e utenti.

La disposizione, in definitiva, non sembra rendere possibile alcuna interpretazione estensiva, se non in ordine alla locuzione "diritti contrattuali", che alcuni ritengono infatti riferibili anche alle obbligazioni assoggettate alla disciplina contrattuale, indipendentemente dalla fonte di produzione.

Una seconda, chiara preclusione riguarda l'ambito soggettivo, posto che il peculiare strumento di protezione in considerazione può applicarsi ai soli rapporti che interessano un consumatore o un utente di pubblico servizio. È evidente che i rapporti di tipo sanitario, seppur coinvolgono un soggetto che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale, non rispondono affatto alla logica protezionistica del codice del consumo e alle altre ad esso sottese, riguardando, per l'appunto, la tutela di un diritto fondamentale della persona.

Sotto il profilo della legittimazione passiva⁸⁹ l'azione collettiva in considerazione non sembra riferibile, quantomeno, alle strutture ospedaliere pubbliche, che dovrebbero invece esserne i destinatari privilegiati.

⁸⁹ Circa la legittimazione passiva, in particolare G. AFFERNI, *Recenti sviluppi*, cit. e M. LIBERTINI-M. MAUGERI, *Azione di classe: definizione di impresa e diritti contrattuali dei consumatori*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, XI, 911 ss.

Pur dovendosi prendere atto dell'esistenza di diverse opinioni dottrinali, è maggioritaria, anche in giurisprudenza, l'opinione secondo cui il riferimento all' "impresa" svolto dall'art. 140 bis c. cons. deve essere interpretato seguendo l'elaborazione giurisprudenziale relativa alla nozione codicistica di imprenditore e dunque nel senso che il destinatario dell'azione agisca seguendo criteri economici di gestione. È evidente, come detto, che a tale nozione sfuggirebbero proprio le strutture sanitarie pubbliche, le quali non possono infatti subordinare il trattamento sanitario a un eventuale giudizio di antieconomicità (tra le più recenti Cass., sez. VI, 24 dicembre 2014, n. 27391 e Cass., sez. VI, 9 maggio 2013, n. 10958).

5. In particolare: l'omogeneità delle situazioni soggettive

Anche a ritenere superabili i tre ostacoli appena visti e dunque ampliando al massimo grado la nozione di diritto contrattuale e di impresa, oltre che decontestualizzando quella di consumatore e di utente, l'interprete sembra comunque costretto ad arrestarsi di fronte al preteso carattere di omogeneità che deve accomunare i diversi diritti.

Lo sforzo motivazionale della pronuncia in commento si apprezza proprio nel tentativo di delimitare tale nozione - non certo consolidata nell'uso normativo e dottrinale - che il Tribunale di Milano, come detto, riferisce sia alla natura dell'interesse violato (quello che, utilizzando il lessico della responsabilità aquiliana, potrebbe essere definito danno-evento), sia al fatto generativo del danno, sia al pregiudizio subito.

Il termine omogeneità, fin dalla sua entrata in vigore, è stato comunque oggetto di molteplici interpretazioni, essendo stato riferito alla *causa petendi*, al *petitum* oppure a entrambi. Oggi vi è sostanziale concordia in dottrina e in giurisprudenza - e la circostanza è particolarmente rilevante per il tema che ci occupa - nel ritenere integrato il requisito nel caso in cui la possibilità di decidere sul merito derivi dalla soluzione della questione comune, in fatto e in diritto, sempre che

dalla soluzione delle (non complesse) questioni individuali dipenda soltanto la quantificazione del danno.

Detto altrimenti, si richiede che l'accertamento del nesso causale impegni il giudice una volta per tutte, così che l'esame delle diverse pretese in un unico procedimento non si risolva piuttosto in un impedimento, e inoltre che sia possibile determinare agevolmente il *quantum* risarcitorio, come d'altronde tenta di fare anche il testo attualmente vigente dell'art. 140 bis c. cons., precisamente il comma 12, il quale impone, a prescindere da eventuali difficoltà liquidatorie, di procedere equitativamente ai sensi dell'art. 1226 c.c.⁹⁰

Può peraltro osservarsi che la ricostruzione del concetto di omogeneità appena proposta non costituisce un' "invenzione" dei giuristi nostrani, ma trae piuttosto le proprie radici nella nota *Federal Rule of Civil Procedure* n. 23 statunitense, oltre che dalla relativa esperienza applicativa.

Per ragioni di completezza è opportuno osservare che la normativa in vigore prima delle modifiche apportate dalla legge 23 luglio 2009, n. 99, come quella antecedente all'entrata in vigore del d. l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito nella l. 24 marzo 2013, n. 27 risultava ancor più limitativa.

Più precisamente la versione iniziale dell'art. 140 bis c. cons. - che però, in conseguenza dei numerosi rinvii, non ha mai visto la luce - per quel che più rileva attribuiva la legittimazione alle sole associazioni e comitati adeguatamente rappresentativi oppure iscritti negli appositi registri e conseguentemente individuava, quale unica situazione protetta, quella di interesse collettivo e l'imprenditore quale unico destinatario. Per quanto concerne il profilo oggettivo, mentre i diritti contrattuali protetti erano soltanto quelli connessi all'uso di contratti per adesione, si faceva invece riferimento agli atti illeciti extracontrattuali senza alcuna limitazione.

⁹⁰ Sul problema del nesso causale e del danno risarcibile può vedersi F. BENATTI, *Il danno nell'azione di classe*, in *Danno e resp.*, 2011, I, 14 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Risarcimento del danno, restituzioni e rimedi nell'azione di classe*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, III, 501 ss., il quale prospetta la possibilità di risarcire i danni non patrimoniali attraverso l'azione di classe; G. VILLA, *Il danno risarcibile nell'azione collettiva*, in *Danno e resp.*, 2009, I, 11 ss.

Per un inquadramento dei danni punitivi e per valutare le relative prospettive applicative nel nostro Paese si veda F. QUARTA, *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile*, Napoli 2013.

La l. 23 luglio 2009, n. 99 sostituì, da parte sua, il riferimento all'omogeneità dei diritti con quello dell'identità e intervenne parzialmente anche sotto il profilo oggettivo. La tutela, più in particolare, era riferita ai *“diritti contrattuali di una pluralità di consumatori e utenti che versano nei confronti di una stessa impresa in situazione identica”*, ai *diritti identici spettanti ai consumatori finali di un determinato prodotto nei confronti del relativo produttore* e infine ai *“diritti identici al ristoro del pregiudizio derivante agli stessi consumatori e utenti da pratiche commerciali scorrette”*.

Ritornando al testo attualmente in vigore, per quanto detto in punto di presupposti soggettivi ed oggettivi di applicazione, di nesso causale e di pronta liquidazione, è del tutto comprensibile che nel nostro Paese non sia stata neppure tentata la strada dell'azione di classe sanitaria e che, di fronte ai casi della vita che presentavano alcune analogie (come di fronte alle richieste risarcitorie per danni asseritamente provocati dal consumo di sigarette), sia stato recisamente affermato che la tutela cumulativa può avvenire soltanto nei casi in cui, per le caratteristiche della fattispecie sostanziale, la decisione del giudice può fondarsi esclusivamente su valutazioni di tipo comune, essendo del tutto inesistenti o marginali i temi personali.

È bene a questo punto chiarire che è del tutto estranea all'oggetto dell'indagine odierna il tema dell'azione pubblicistica per l'efficienza della pubblica amministrazione, di cui al d. lgs. 20 dicembre 2009, n. 198, esercitabile nei confronti di una pubblica amministrazione e di un concessionario di pubblico servizio soltanto in caso di violazione di termini del procedimento, di mancata emanazione di atti amministrativi generali, di violazione di obblighi contenuti nelle carte di servizi e di *standard* qualitativi ed economici e comunque, in nessun caso, per ottenere il risarcimento del danno.

6. I possibili scenari dell'azione di classe in ambito sanitario, anche alla luce del diritto eurounitario

Se è dunque doveroso prendere atto delle attuali incompatibilità normative tra l'azione di classe e la materia sanitaria, resta comunque da domandarsi se lo strumento della *class action* in materia sanitaria sia una strada praticabile in futuro, eventualmente già in conseguenza della definitiva approvazione della recente proposta di legge n. 1135-3017⁹¹.

Il testo normativo in considerazione si propone di intervenire direttamente sul codice di rito, mediante l'inserimento, nel libro I, del titolo IV bis, artt. 840 bis ss. c.p.c., e dunque di attribuire valenza generale all'azione di classe.

Rileva innanzitutto l'art. 840 bis c.p.c., che sotto la rubrica "*Ambito di applicazione*", per quanto d'interesse, così recita: "*I diritti individuali omogenei sono tutelabili anche attraverso l'azione di classe, secondo le disposizioni del presente titolo. A tal fine, un'associazione o un comitato che hanno come scopo la tutela dei predetti diritti o ciascun componente della classe può agire nei confronti dell'autore delle condotte lesive per l'accertamento della responsabilità e per la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni. L'azione di classe può essere esperita nei confronti di imprese ovvero nei confronti di enti gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità, relativamente a fatti commessi nello svolgimento delle loro rispettive attività. Sono fatte salve le disposizioni in materia di ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici*".

Come si vede, una volta eliminato il riferimento agli interessi collettivi, sono divenuti oggetto della tutela i soli diritti soggettivi, mentre la legittimazione attiva è stata attribuita alle persone fisiche, così come ad associazioni e comitati, ma stavolta anche a prescindere da un espresso mandato.

⁹¹ Per un esame della proposta di legge approvata dalla Camera dei Deputati: A. DI LANDRO, *La nuova azione di classe. Linee di riforma e riflessioni critiche*, in *Contratti*, 2016, I, 64 ss.; A. SPADAFORA, *La nuova azione di classe: da strumento protettivo settoriale a rimedio di diritto comune?*, in *Contratti*, 2016, I, 73 ss. I lavori preparatori, come anche le trascrizioni delle audizioni del Professor Conte, Vigoriti, Giussani e De Santis, sono consultabili sul sito istituzionale della Camera dei deputati. Circa i progetti di legge susseguitisi dai primi anni duemila ad oggi: G. BALENA, *Sui progetti di azione di gruppo*, in S. MENCHINI (a cura di), *Le azioni seriali, cit.*, 183 ss.; M. BOVE, *Una proposta per la via italiana alla class action*, in S. MENCHINI (a cura di), *Le azioni seriali, cit.*, 197 ss.; A. CARRATTA, *Dall'azione collettiva inibitoria a tutela di consumatori e utenti all'azione collettiva risarcitoria: i nodi irrisolti delle proposte di legge in discussione*, in *Giur. it.*, 2005, I, 662 ss.; S. CHIARLONI, *Il nuovo art. 140 bis, cit.*; ID., *Per la chiarezza di idee in tema di tutele collettive dei consumatori*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, III, 567 ss.; G. COSTANTINO, *La tutela collettiva: un tentativo di proposta ragionevole*, in *Foro it.*, 2007, V, 140 ss.

Oltre alla collocazione stessa della norma, che, come si diceva, è posta al di fuori del codice del consumo, è significativo che il destinatario dell'azione coincida genericamente con l'autore del danno, tanto che la previsione che l'azione possa essere esperita nei confronti di imprese o di enti gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità costituisce una mera precisazione, verosimilmente non idonea a restringere l'ambito applicativo dell'azione medesima.

È d'interesse, inoltre, che l'art. 840 ter c.p.c., al comma 4, confermi che la domanda è dichiarata inammissibile laddove il tribunale non ravvisi l'omogeneità dei diritti individuali tutelabili ai sensi dell'art. 840 bis c.p.c., confermando l'ambito generale di applicazione e il riferimento all'omogeneità del diritto.

Il riferimento all'omogeneità dei diritti in generale è peraltro confermato dall'art. 840 quinquies c.p.c., in cui è stabilito che con l'ordinanza con cui ammette l'azione di classe il tribunale stabilisce un termine per l'adesione dei soggetti portatori di diritti individuali omogenei, oltre che nell'art. 840 sexies c.p.c., ove, nel descrivere il contenuto della sentenza, è detto che questa, tra le altre cose, contiene l'accertamento della lesione di diritti individuali omogenei da parte del convenuto e dei relativi caratteri.

L'ampliamento dello spettro della tutela è testimoniato anche dai vari interventi forniti, in sede di audizione, dagli esperti della materia e dai pareri resi dalle Commissioni interpellate e in particolare dalla VI Commissione permanente Finanze, nel cui parere si legge che *“l'intervento legislativo intende potenziare lo strumento dell'azione di classe, allargandone il campo di applicazione sia dal punto di vista soggettivo, sia dal punto di vista oggettivo delle situazioni giuridiche che possono essere fatte valere in giudizio, sia del tipo di tutela che si può ottenere mediante tale azione”* e dalla X Commissione permanente Attività produttive, Commercio e Turismo, la quale sottolinea *“l'importanza di estendere le tutele a tutti i diritti individuali omogenei, eliminando la tipizzazione delle situazioni tutelabili che aveva frenato lo sviluppo dell'azione di classe introdotta nell'ordinamento italiano nel 2008”*.

Alcuni recenti atti normativi e documenti comunitari confermano la direzione seguita dal legislatore italiano e infatti intendono il ricorso alla tutela collettiva come obiettivo primario delle politiche dell'Unione Europea.

Trascurando, ovviamente, i documenti relativi alla tutela collettiva in ambito consumeristico, tra cui anche il recente provvedimento in materia di danno antitrust, recepito dal legislatore con d. lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, merita una menzione la Raccomandazione della Commissione UE dell'11 giugno 2013 (2013/396/UE), relativa a principi comuni per i meccanismi di ricorso collettivo di natura inibitoria e risarcitoria negli Stati membri che riguardano violazioni di diritti conferiti dalle norme dell'Unione, in particolare l'art. 3 circa la nozione di danno collettivo (*“una situazione in cui due o più persone fisiche o giuridiche pretendono di aver subito un pregiudizio che ha causato un danno derivante dalla stessa attività illecita di una o più persone fisiche o giuridiche”*) e l'art. 31 in tema di danno punitivo (*“L'importo accordato alle persone fisiche o giuridiche lese di una situazione di danno collettivo non dovrebbe eccedere il risarcimento che sarebbe stato accordato se la pretesa fosse stata valere mediante azioni individuali”*). Nondimeno, alla possibilità di utilizzare l'azione di classe non si fa alcun cenno, né nell'articolato, né nella parte preliminare (cfr. il considerando n. 7).

Documenti e testi normativi di interesse sono inoltre costituiti dalla Comunicazione della Commissione n. 401 del 2013 (COM(2013)401), *“Verso un quadro orizzontale europeo per i ricorsi collettivi”*, che anticipa i contenuti della appena richiamata Raccomandazione e auspica l'ampliamento oggettivo degli strumenti collettivi; la Consultazione pubblica della Commissione del 2011, di nuovo dal titolo *“Verso un approccio europeo coerente in materia di ricorso collettivo”*; la Risoluzione del Parlamento europeo del 2 febbraio 2012, che di nuovo esprime l'auspicio di creare principi comuni in materia di ricorsi collettivi, senza peraltro limitarsi alle sole violazioni relative ai consumatori. Si ricorda,

infine, lo studio realizzato nell'anno 2008, su richiesta della Commissione, in materia di effettività ed efficienza dei meccanismi di tutela collettiva⁹².

Riprendendo dunque l'interrogativo sollevato, può confermarsi che l'azione di classe sanitaria è destinata a non avere alcun seguito nel nostro ordinamento?

In effetti, l'opinione negativa espressa non sembra dover essere rivista, considerando che se anche, con la citata riforma, dovessero venire meno gli ostacoli di carattere soggettivo e oggettivo, continuerebbe nondimeno a sussistere l'ostacolo dell'omogeneità dei diritti e, primo fra tutti, quello dell'accertamento del nesso causale.

Continuerebbe a sussistere, parimenti, la difficoltà di determinare il danno non patrimoniale, posto che sarebbe richiesta una valutazione personalizzata verosimilmente complessa, circostanza che, anche secondo l'ordinanza in commento, vale ad escludere la praticabilità dell'azione collettiva risarcitoria.

Non è un caso, allora, che nei lavori preparatori, non sia stato fatto alcun cenno, se non isolatamente durante il dibattito assembleare, all'estensione dell'azione alla materia sanitaria.

Gli ostacoli dovuti alla necessità di provare rigorosamente il nesso causale potrebbero essere superati sol che si osservasse, come purtroppo accade molto raramente, una concatenazione causale particolarmente chiara e non ancora falsificata, tale insomma da giustificare l'affermazione che al trattamento sanitario x deve eseguire, senza per l'appunto eccezioni, la conseguenza pregiudizievole y .

La possibilità di utilizzare lo strumento dell'azione di classe anche in ambito sanitario non può dunque che passare dalla possibilità di operare profonde revisioni sistematiche: si dovrebbe rinunciare all'accertamento rigoroso del nesso causale, come anche ammettere meccanismi liquidatori semplificati,

⁹² Per completezza diamo conto dei principali riferimenti normativi sulle azioni collettive in materia di consumo: la direttiva 2014/104/UE in materia di danno antitrust; la direttiva 2009/22/CE relativa a provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori; la risoluzione della Commissione 2008/2154 sul libro bianco in materia di danno antitrust; il libro verde della Commissione sui mezzi di ricorso collettivo dei consumatori (COM(2008)794) e il relativo documento di consultazione; il libro bianco della Commissione in materia di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitaria (COM(2008)165); il libro verde sulle azioni di risarcimento dei danni derivanti dalla violazione di norme antitrust (COM(2005)672).

eventualmente procedendo all'applicazione "matematica" dei criteri tabellari, e comunque rinunciando, di regola, alla personalizzazione. Occorre comunque avere ben presente che tale rinuncia significherebbe negare le peculiarità del singolo individuo (che non può essere scambiato per un consumatore!) e l'infinita varietà delle reazioni umane dinanzi al medesimo accadimento lesivo.

Non a caso, il fatto che la strada della *class action* sanitaria sia stata altrove percorsa positivamente si spiega, tra l'altro, con la possibilità di utilizzare standard probatori inferiori in punto di nesso causale (e dunque meccanismi di standardizzazione), come anche di concedere risarcimenti punitivi e di procedere a quantificazioni del danno seguendo modalità ben più sommarie⁹³.

Se, per finire, si volesse riflettere sulle funzioni attribuite comunemente all'azione di classe, si prenderebbe atto di un'ulteriore elemento di incompatibilità. Delle varie funzioni che vengono cumulativamente riconosciute dalla dottrina - ovvero di economia processuale e di uniformità del giudicato, di deterrenza e di prevenzione, di incremento della competitività del sistema, di definizione delle liti in unico processo, di recupero di somme che altrimenti il danneggiato non avrebbe l'interesse a recuperare, di riduzione delle spese - non vi è chi non veda che la materia sanitaria sfugge ad alcune di esse mentre, di fronte a illeciti plurioffensivi di tal genere, è a nostro avviso predominante l'esigenza di rapidità processuale (anche in forza della spinta alla transazione che l'azione produce) e di soddisfacimento di esigenze di giustizia sostanziale.

La possibilità di ricorrere all'azione di classe in materia sanitaria passa, dunque, anche attraverso la rivisitazione delle funzioni dell'azione di classe consumeristica.

⁹³ Per riferimenti iniziali di diritto comparato si veda R. CAPONI, *Modelli europei di tutela collettiva nel processo civile: esperienze tedesca e italiana a confronto*, in S. MENCHINI (a cura di), *Le azioni seriali*, cit., 107 ss.; B. GAMBINERI, *Modelli europei di tutela collettiva nei processi civili: l'esperienza francese*, in S. MENCHINI (a cura di), *Le azioni seriali*, cit., 141 ss.; A. GIUSSANI, *Studi sulle class actions*, Padova, 1996; A. PELLEGRINI GRINOVER, *Dalla class action for damages all'azione di classe brasiliana (i requisiti di ammissibilità)*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, IV, 1068 ss.; EAD., *I processi collettivi in Brasile*, in S. MENCHINI (a cura di), *Le azioni seriali*, cit., 99 ss.; M. TARUFFO, *La tutela collettiva: interessi in gioco ed esperienze a confronto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, I, 539 ss.; N. TROCKER, *Class action negli USA. E in Europa?*, in *Contratto e impresa. Europa*, 2009, I, 178 ss.