

IANUS

Diritto e Finanza



UNIVERSITÀ
DI SIENA
1240

Rivista di studi giuridici

<https://www.rivistaianus.it>

n. 4 - giugno 2011

LA PRODUZIONE E VENDITA DI
TABACCHI DA FUMO: QUALE RESPONSABILITÀ
PER L'OMESSA INFORMAZIONE CIRCA
LA PERICOLOSITÀ DEI PRODOTTI?
NOTA ALLA SENTENZA DELLA CORTE DI
CASSAZIONE, SEZIONE III, N. 26516,
DEL 17 DICEMBRE 2009

Elio Viglione

LA PRODUZIONE E VENDITA DI TABACCHI DA FUMO: QUALE RESPONSABILITÀ PER L'OMESSA INFORMAZIONE CIRCA LA PERICOLOSITÀ DEI PRODOTTI?

Nota alla sentenza della Corte di Cassazione, Sezione III, n. 26516, del 17 dicembre 2009

Elio Viglione

*Dottorando di ricerca in Law and Economics
nell'Università di Siena*

CASSAZIONE CIVILE, Sez. III, 17 dicembre 2009, n. 26516 – Pres. Petti –Rel. Segreto – P.m. Russo –British American Tobacco BAT Italia S.p.a. c. Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato

Responsabilità civile - Domanda risarcitoria ex art. 2043 – Accoglimento ex art. 2050 – Ultrapetizione – Sussistenza (art. 2043, 2050 c.c.; art. 112 c.p.c.)

La produzione e la vendita di tabacchi lavorati costituiscono attività pericolose ai sensi dell'art. 2050 c.c., poiché i tabacchi, avendo come unica destinazione il consumo mediante il fumo, contengono in sé una potenziale carica di nocività per la salute umana; tuttavia, ove il danneggiato abbia proposto una domanda risarcitoria - ai sensi dell'art. 2043 c.c. - nei confronti del produttore-venditore di tabacco, viola l'art. 112 c.p.c.ed incorre nel vizio di ultrapetizione il giudice che sostituisca a tale domanda quella, nuova e diversa, di cui all'art. 2050 c.c., la quale integra un'ipotesi di responsabilità oggettiva (nella specie, l'originaria domanda risarcitoria era fondata sul carattere ingannevole delle diciture Light e Extra Light apposte sulla confezione di una marca di sigarette).

Responsabilità civile – Pubblicità ingannevole – Fatto produttivo di danno ingiusto – Obbligazione risarcitoria – Configurabilità

(Decreto Legislativo 25 gennaio 1992, n. 74; art. 2043 c.c.)

L'apposizione, sulla confezione di un prodotto, di un messaggio pubblicitario considerato ingannevole (nella specie, il segno descrittivo «light» sul pacchetto di sigarette) può essere considerato come fatto produttivo di danno ingiusto, obbligando colui che l'ha commesso al risarcimento del danno, indipendentemente dall'esistenza di una specifica disposizione o di un provvedimento, che vieti l'espressione impiegata.

Responsabilità civile – Danno da pubblicità ingannevole – Domanda di risarcimento ex art. 2043– Contenuto dell'onere a carico dell'attore

(art. 1223, 2043, 2056 c.c.)

In materia di responsabilità civile, il consumatore che, lamentando di aver subito un danno per effetto di una pubblicità ingannevole (nella specie, relativa ad una marca di sigarette con la dicitura Light ed Extra Light), agisca per il risarcimento del danno ai sensi dell'art. 2043 c.c., non assolve in modo adeguato all'onere della prova esistente a suo carico limitandosi a dimostrare il solo carattere ingannevole della pubblicità, ma è tenuto a provare l'esistenza del danno, il nesso di causalità, nonché (almeno) la colpa di chi ha diffuso la pubblicità, la quale si concreta nella prevedibilità che dalla diffusione di quel messaggio sarebbero derivate le lamentate conseguenze dannose.

1. Per la Cassazione le attività di produzione e vendita di tabacchi lavorati sono pericolose ai sensi dell'art. 2050 c.c.; si tratta di un *obiter dictum*¹, poiché il principio è stato

¹ In questo senso, già MONATERI, *La Cassazione e i danni da fumo: evitare un ennesimo "isolamento italiano"*, in *Danno e resp.*, 2011, 57,

enunciato a conferma di un capo della sentenza impugnata che la stessa Corte ha ritenuto nullo per ultrapetizione. La domanda risarcitoria era stata proposta *ex art.* 2043 c.c. davanti al Giudice di Pace di Napoli, il quale aveva dichiarato pericolosa *ex art.* 2050 c.c. l'attività di commercializzazione di sigarette. Il Supremo Collegio, ritenendo diversi i presupposti di fatto per l'applicazione delle due norme, considera la riqualificazione operata dal Giudice di Pace una sostituzione² della domanda proposta con una diversa e dichiara nullo il relativo capo della sentenza. Entrando comunque nel merito, la Corte per la prima volta ha reso il suo insegnamento³ sulla discussa pericolosità dell'attività di produzione e vendita di tabacchi da fumo.

L'art. 2050 c.c. pone i danni cagionati «*nello svolgimento di un'attività pericolosa, per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati*» a carico di chi la esercita. La prima decisione sull'applicabilità della norma alla produzione di sigarette fu resa dal Tribunale di Roma con la sentenza 4 aprile 1996⁴ (c.d. caso Stalteri). L'applicabilità fu esclusa, considerando che *a)* il danno da fumo è collegato al consumo della sigaretta e non alla sua produzione, *b)* la sigaretta non presenta una potenzialità lesiva collegata al processo produttivo. L'orientamento ebbe seguito in altre decisioni di merito⁵, fra cui la sentenza 15 dicembre 2004 del Tribunale di Napoli⁶, secondo cui: *a)* i rischi per la salute non dipendono dalle caratteristiche intrinseche del

e PONZANELLI, *La produzione di sigarette è attività pericolosa*, in *Corr. giur.*, 2010, 482.

² Vietata *ex art.* 112 c.p.c.

³ Ovviamente non vincolante.

⁴ Trib. Roma, 4 aprile 1996, in *Danno e resp.*, 1997, 750, con nota di Cafaggi.

⁵ Cfr., Trib. Roma, 11 febbraio 2000, *Corriere giur.*, 2000, 1639, con nota di Pacifico.

⁶ Trib. Napoli, sez. XI, 15 dicembre 2004, in *Danno e resp.*, 2005, 442, con nota di D'Antonio.

tabacco, ma dall'*abuso, uso non corretto*⁷ dei prodotti che lo contengono; b) i danni da fumo attivo sono evitabili con l'ordinaria diligenza *ex art. 1227 c.c.*, atteso che la scelta di fumare è libera.

Sennonché, la prima decisione in materia⁸ venne riformata dalla Corte di Appello di Roma, con sentenza 7 marzo 2005⁹, con cui, ribaltando l'argomentazione del Tribunale, la Corte qualificava pericolose le attività di produzione e vendita di tabacchi. I tabacchi sarebbero dotati di pericolosità potenziale: a) per la loro composizione biochimica, b) poiché esclusivamente destinati al consumo mediante il fumo e c) poiché dal fumo può derivare danno alla salute¹⁰. L'Ente Tabacchi Italiano (ETI)¹¹, dunque,

⁷ Cfr., sul punto, TASSONE, *Tobacco litigation all'italiana e responsabilita' civile che va in fumo*, in *Danno e resp.*, 2009, 1097, per il quale non è possibile «*tracciare una netta linea di demarcazione*» fra uso ed abuso, in considerazione che l'evidenza empirica dimostra che in media i fumatori fumano un pacchetto di sigarette al giorno (Cfr., in proposito, altresì, M. DI MARZIO, *Danni da fumo e nesso di causalità: giudici divisi, sentenze contrapposte*, in *Dir. e giust.*, 2005, fasc. 17, 48 ss.). Il primo Autore considera, comunque, assorbente l'incidenza della libera scelta di fumare sul nesso causale.

⁸ La sentenza del Tribunale di Roma, 4 aprile 1996, cit.

⁹ App. Roma, sez. I, 7 marzo 2005, in *Corr. giur.*, 2005, 668, con nota critica di Monateri. In proposito, cfr., altresì, MONATERI, *La Cassazione e i danni da fumo: evitare un ennesimo "isolamento italiano"*, cit., 57, che sostiene che tale pronuncia non possa considerarsi precedente in senso tecnico, poiché risolve il caso considerando che l'ETI ha omesso di provare di aver adottato tutte le misure idonee richieste dall'art. 2050 c.c. e, quindi, in base ad una questione processuale. L'opinione per quanto autorevole non sembra condivisibile: ogni volta che la responsabilità *ex art. 2050 c.c.* è ravvisabile il convenuto non è riuscito a provare di aver adottato tali misure, altrimenti la responsabilità si dovrebbe escludere. Dunque, l'opinione citata condurrebbe a ritenere che ogni decisione che ravvisi la responsabilità *ex art. 2050 c.c.* non possa mai considerarsi precedente.

¹⁰ In particolare, «*l'esistenza del rapporto causale tra cancro polmonare e fumo di sigaretta può dirsi accertata, secondo un criterio di seria probabilità scientifica, al di là di ogni ragionevole dubbio*». In senso sostanzialmente conforme, cfr. G. di P. Napoli, 18 marzo 2005, *Dir. e giust.*, 2005, fasc. 27, 37, con nota di Di Marzio.

veniva condannato al risarcimento del danno, per non aver soddisfatto la prova liberatoria prevista dall'art. 2050 c.c.¹². Per la Corte, l'ETI avrebbe dovuto provare di aver informato il consumatore circa i rischi del fumo, anche indipendentemente da specifici obblighi di legge¹³.

Meno di un mese dopo, il Tribunale di Roma¹⁴ ribadì la propria giurisprudenza e ritenne pericoloso l'«uso smodato» delle sigarette e non le sigarette in quanto tali. L'indirizzo fu confermato con la sentenza 11 aprile 2005¹⁵, con cui il medesimo Tribunale, rifiutando espressamente l'orientamento del Giudice d'Appello, affermò che l'omessa informazione del consumatore non può fondare la responsabilità del produttore ex art. 2050 c.c. In proposito, addusse la tradizionale distinzione tra pericolosità dell'attività e pericolosità della condotta¹⁶, deducendo che l'omessa informazione circa i danni del fumo, in quanto condotta pericolosa, potrebbe essere dedotta solo ex art. 2043 c.c. Comunque, muovendo dalla premessa che la

¹¹ Istituito con d.lgs., 9 luglio 1998, n. 283 e dedito all'attività di produzione e di commercio dei tabacchi.

¹² L'esercente un'attività pericolosa risponde «se non prova di avere adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno» (art. 2050 c.c.).

¹³ La Corte giungeva ad affermare che, in assenza di tale prova, non potrebbe escludere la responsabilità nemmeno la concreta conoscenza da parte del consumatore dei rischi del fumo: si tratta, tuttavia, di un *obiter dictum*, poiché il giudice non ha ritenuto provata tale conoscenza.

¹⁴ Trib. Roma, 4 aprile 2005, in *Corr. merito*, 2005, 793 con nota di Giovanardi.

¹⁵ Trib. Roma, 11 aprile 2005, in *Foro it.*, 2005, I, 1559. Conformi, Trib. Brescia, sez. II, 10 agosto 2005, in *Danno e resp.*, 2005, 1210 con nota di Monateri; Trib. Roma, 4 aprile 2008, sez. XII, *Danno e resp.*, 2009, 1079, con nota di Tassone.

¹⁶ Nel primo caso, la pericolosità è intrinseca all'attività e la responsabilità va valutata ex art. 2050 c.c.; nel secondo, la pericolosità dipende dalle modalità di esercizio di un'attività di per sé non dannosa e l'eventuale responsabilità può riscontrarsi solo ex art. 2043 c.c. Cfr., in dottrina, M. COMPORTI, *Fatti illeciti: le responsabilità oggettive*, artt. 2049-2053 c.c., in *Il codice civile. Commentario*, diretto da Busnelli, Giuffrè, 2009, 189-190.

nocività del fumo è notoria, il Tribunale concluse che la colpa del fumatore è in ogni caso assorbente (e pregiudica il riconoscimento del risarcimento), sia quando il fumatore è in concreto informato dei rischi del fumo sia nel caso opposto. Nel primo caso, il fumatore assume su di sé liberamente i rischi del fumo¹⁷, nel secondo è comunque in colpa nell'ignorare un fatto notorio. Infine, il Tribunale di Roma, con sentenza 28 gennaio 2009¹⁸, oltre a riconfermare quest'ultimo indirizzo, avanzò un nuovo argomento. I regimi di responsabilità oggettiva o ad essa assimilabili (come quello *ex art. 2050 c.c.*) presupporrebbero che il solo danneggiante possa prevenire il danno: nel caso del fumo attivo, poiché il danno può essere evitato anche dal comportamento della vittima, applicare l'art. 2050 c.c. contrasterebbe con la sua *ratio*. Dunque, andavano consolidandosi- se si eccettua la decisione della Corte di Appello di Roma- due principi: a) le sigarette non sono cose pericolose, è l'*uso smodato* delle medesime ad essere fonte di rischi; b) in caso di danni da consumo di sigarette, la colpa del fumatore è sempre tale da precludere il risarcimento.

In questo quadro giurisprudenziale, si inserisce l'*obiter dictum* della Cassazione che, con l'espreso intento di comporre il contrasto fra le corti di merito, nega fondatezza all'indirizzo prevalente. La Corte esclude che, con riguardo alla produzione di una cosa destinata al commercio ed al consumo, la pericolosità *ex art. 2050 c.c.* debba necessariamente manifestarsi nel momento produttivo, potendo questa emergere all'atto del consumo del prodotto, tanto più se consistente nell'uso normale (e, dunque, prevedibile). Con riguardo alla produzione e vendita di sigarette, sarebbe, dunque, infondata la tesi per cui, qualora il prodotto sia commercializzato e, quindi, sia uscito dalla

¹⁷ In senso sostanzialmente conforme cfr., Trib. Roma, sez. II, 5 dicembre 2007, in *Foro It.*, 2008, I, 985.

¹⁸ Trib. Roma, sez. II, 28 gennaio 2009, *Danno e resp.*, 2009, 1084, con nota di Tassone.

sfera di controllo del produttore, ci si troverebbe di fronte ad una cosa pericolosa frutto di attività non pericolosa¹⁹. A confutazione di tale tesi, la Corte adduce: a) nel caso delle sigarette, la pericolosità è riferibile all'attività produttiva, poiché la loro destinazione al consumo mediante il fumo è lo scopo dell'attività medesima, b) la pericolosità dipende dal «*mezzo adoperato*» (il tabacco) e per esso si estende all'attività, c) sussistono indici normativi²⁰ della riferibilità della pericolosità del prodotto all'attività produttiva. La Corte dichiara che è comunque diritto vivente ascrivere la pericolosità della cosa alla relativa attività produttiva e prende in considerazione indici normativi della considerazione del tabacco come sostanza nociva²¹. Esclude che la conoscenza da parte del fumatore dei rischi del fumo possa impedire l'applicazione dell'art. 2050 c.c., poiché la norma prescinde del tutto dal comportamento del danneggiato, presupponendo esclusivamente la pericolosità dell'attività. Infine, confuta l'argomento per cui l'art. 2050 c.c., in quanto fattispecie di responsabilità oggettiva, potrebbe trovare applicazione solo in caso di possibilità di prevenzione unilaterale degli incidenti²². Sostiene, *ad opponendum*, che l'applicabilità dell'art. 1227 c.c., che obbliga il danneggiato a prevenire il danno, è pacificamente ammessa tanto con riferimento ad ipotesi di responsabilità per colpa quanto oggettiva. Inoltre, «*il dovere di*

¹⁹ Trib. Roma, sez. II, 5 dicembre 2007, cit. Aderiscono, in dottrina, MONATERI, *La Cassazione e i danni da fumo: evitare un ennesimo "isolamento italiano"*, cit., 57 e TASSONE, *Tobacco litigation all'italiana e responsabilità civile che va in fumo*, cit., 1093.

²⁰ Cfr., art. 1, l. 10 agosto 1988, n. 357.

²¹ Cfr., d.m. 25 ottobre 1924; art. 216, r.d. 27 luglio 1934, n. 1265; art. 64, r.d. 18 giugno 1931, n. 773; l. 10 aprile 1962, n.165; l. 28 dicembre 1990, n. 428; d.lgs. 24 giugno 2003, n. 184; L. 11 novembre 1975, n. 584; d.P.R. 11 luglio 1980, n. 28; art. 1, l. 10 agosto 1988, n. 357; art. 730 c.p.

²² Recepito da Trib. Roma, sez. II, 28 gennaio 2009. In dottrina cfr., già MONATERI, *I danni da fumo: classico e gotico nella responsabilità civile*, in *Corr. giur.*, 2005, 668.

*comportamento diligente del danneggiato (e quindi il mancato rispetto dello stesso), è un elemento esterno al singolo paradigma normativo di responsabilità»²³. Il comportamento del danneggiato rileverebbe solo sotto il profilo del nesso di causalità: la conoscenza dei rischi da parte del fumatore può portare, ex art. 1227 c.c., al rigetto della domanda risarcitoria. La Cassazione ha, altresì, rigettato la tesi avanzata dalla dottrina²⁴ secondo cui si verterebbe in tema di responsabilità del produttore per prodotto difettoso, obiettando che nel caso delle sigarette la pericolosità non dipende da un *vizio del prodotto*, ma è *intrinseca* allo stesso. Ha, dunque, enunciato il seguente principio di diritto: «*La produzione e la vendita di tabacchi lavorati integrano un'attività pericolosa, ai sensi dell'art. 2050 c.c., poiché i tabacchi, avendo quale unica destinazione il consumo mediante il fumo, contengono in sé, per la loro composizione bio-chimica e per la valutazione data dall'ordinamento, una potenziale carica di nocività per la salute*»²⁵.*

Come già accennato, la statuizione non altera il quadro dei precedenti in materia poiché si tratta di un *obiter dictum*; va aggiunto che la Corte non sembra aver preso una posizione chiara sulla rilevanza ex art 1227 c.c. della scelta di fumare, che - come già osservato - la prevalente giurisprudenza di merito tende a ritenere preclusiva del diritto al

²³ Cfr., par. 3.14. della sentenza in commento.

²⁴ PACIFICO, *Il risarcimento del danno da fumo attivo*, in *Corr. giur.*, 2000, 1639.

²⁵ Quanto alle statuizioni in tema di pubblicità ingannevole, la sentenza si uniforma alla pronunzia, 15 gennaio 2009, n. 794, resa a Sezioni Unite dalla Cassazione, da ultimo pubblicata in *Amb. e svil.*, 2010, 132, ed oggetto di molteplici annotazioni: GIAMPIETRO, *Sigarette "light" e danno da pubblicità ingannevole (nota a Cass. civ. Sez. Un. n. 794/2009)*, in *Amb. e svil.*, 2010, 132; DE STEFANIS, *Sigarette "light", pubblicità ingannevole e risarcimento del danno non patrimoniale*, in *Danno e resp.*, 2009, 853; BIANCHI, *Sigarette light e nuovo danno non patrimoniale*, in *Nuova giur. civ.*, 2009, 783; D'ANTONIO, *Sigarette "light", pubblicità ingannevole e danni al consumatore: i due principi fissati dalle Sezioni Unite*, in *Corr. giur.*, 2009, 770.

risarcimento. La Cassazione si è limitata ad ammettere che il fumatore informato dei rischi *possa* perdere il diritto al risarcimento *ex art.* 1227 c.c. L'affermazione sembra, tuttavia, esclusivamente finalizzata a chiarire che le considerazioni svolte circa l'irrilevanza della condotta del fumatore non vanno intese in senso assoluto, ma con esclusivo riferimento alla definizione del campo di applicazione dell'art. 2050 c.c.²⁶ Poiché la pronuncia, dunque, non pone in discussione la giurisprudenza circa il contributo colposo del fumatore, si può ragionevolmente escludere che possa avere rilevanti implicazioni pratiche²⁷; merita, tuttavia, attenzione per l'importanza delle questioni trattate²⁸.

2. Per ragioni di priorità logica è, tuttavia, necessario iniziare l'analisi della responsabilità da fumo attivo proprio dalla questione che ha ricevuto minor approfondimento dalla Corte: il contributo causale del fumatore. È noto, infatti, che il fatto della vittima rileva ai fini dell'individuazione del nesso causale - dunque, del fatto fonte di responsabilità - e non soltanto ai fini della quantificazione del danno. Con riferimento ai danni da fumo attivo, si è già detto che per la maggior parte dei precedenti²⁹, il fumatore è sempre in colpa assorbente,

²⁶ Cfr., par. 3.7 della decisione in commento: «*non si vuol dire che tale comportamento sia giuridicamente irrilevante, ma solo che ai fini del perfezionamento della fattispecie prevista dall'art. 2050 c.c., non costituisce un elemento necessario la "inscienza" del danneggiato*».

²⁷ *Contra* MONATERI, *La Cassazione e i danni da fumo: evitare un ennesimo "isolamento italiano"*, cit., 57, il quale teme l'inflazione di cause fondate nell'*an*, ma foriere di «*risarcimenti irrisori o nulli*».

²⁸ Sul rilievo della pronuncia cfr., PONZANELLI, *La produzione di sigarette è attività pericolosa*, cit., 482.

²⁹ Cfr., Trib. Napoli, sez. XI, 15 dicembre 2004, cit.; Trib. Roma, 11 aprile 2005, cit.; Trib. Brescia, sez. II, 10 agosto 2005, cit.; Trib. Roma, 5 dicembre 2007, cit.; Trib. Roma, 4 aprile 2008, cit.; Trib. Roma, sez. II, 28 gennaio 2009, cit. Per una posizione più articolata, cfr., TASSONE, *Tobacco litigation all'italiana e responsabilità civile che va in fumo*, cit., 1096, per il quale la conoscenza dei rischi da parte del fumatore

poiché o ignora il fatto notorio dei rischi del fumo o colpevolmente fuma conscio di tali rischi. La dottrina³⁰ ha, dunque, segnalato come in tali casi sembri mancare il nesso causale fra la produzione e vendita dei prodotti da fumo e il danno al fumatore. Si è, dunque, esclusa la riferibilità, a qualunque titolo di responsabilità, dei danni da fumo attivo alle attività suddette.

La tesi appare, in linea di principio, condivisibile: si può dubitare soltanto che i rischi connessi al fumo debbano sempre considerarsi notori. Innanzitutto, non si può dubitare che se l'atto del fumatore è libero e informato, i relativi rischi non siano riferibili all'attività di produzione e vendita delle sigarette. In questo caso, ci si trova al di fuori di ogni paradigma di responsabilità civile per fatto proprio: quest'ultima ha, fra le altre, la funzione di far internalizzare le esternalità, cioè di far ricadere sui soggetti che hanno deciso di compiere determinate azioni (e non sui terzi) le

costituisce «uno degli ostacoli principali che si frappongono all'affermazione della responsabilità dei produttori». Tuttavia, l'Autore ritiene che la colpa del fumatore sia assorbente "soltanto" nella «stragrande maggioranza dei casi» (p. 1097).

³⁰ Sull'interruzione del nesso causale per il fatto della vittima, cfr. MONATERI, *I danni da fumo: classico e gotico nella responsabilità civile*, cit., 668, per il quale l'esercente è esente da responsabilità se riesce a provare che il danno è dovuto a causa a lui non imputabile. In generale, sulla difficoltà di provare il nesso fra il fumo e la patologia, cfr. TASSONE, *Tobacco litigation all'italiana e responsabilità civile che va in fumo*, cit., 1093, 1096, per il quale costituisce rilievo decisivo il fatto che è «quasi impossibile» provare il nesso di causalità individuale (e non la mera correlazione statistica) fra il consumo delle sigarette e lo sviluppo della malattia. Tuttavia, «vi è almeno un principio di prova del fatto che – su base aggregata – un elevato numero di individui ne divengono affetti». Cfr., su entrambe le problematiche relative al nesso causale, PACIFICO, *Il risarcimento del danno da fumo attivo*, cit., 1639, che, da un lato, rigetta la ricostruzione del nesso di causalità in termini statistici e, dall'altro, conclude che l'assunzione del fumo di sigaretta per scelta informata del consumatore vale senz'altro ad interrompere il nesso causale fra la produzione e/o vendita di sigarette e l'insorgenza di patologie dovute al fumo.

conseguenza di queste³¹. In quest'ottica, è ovvio che qualora il fumatore si determini a fumare con scelta libera e informata non può trovare applicazione alcuna regola di responsabilità civile per fatto proprio a pena di frustrare la *ratio* dell'istituto. In questo caso, infatti, già in assenza di responsabilità del produttore non vi è esternalità: il fumatore decide di fumare e soffre le conseguenze della sua scelta; al contrario, se in ipotesi siffatta il consumatore potesse ottenere un risarcimento dal produttore, il risarcimento costituirebbe esso stesso un'esternalità. Il fumatore farebbe pagare al produttore, almeno in parte³², il costo di una sua scelta. Dunque, salvi i casi di responsabilità per fatto altrui (cui di certo l'art. 2050 c.c. non è ascrivibile), nessuno può essere chiamato a rispondere dell'atto di un terzo da questi deciso con scelta libera e informata. È questa la *ratio* della considerazione del fatto della vittima come causa interruttiva del nesso di causalità. Dunque, i danni da fumo non sono ascrivibili all'attività di produzione delle sigarette, quando il loro consumo è dipeso da una scelta libera e informata. Non appare, dunque, corretta la tesi della Cassazione per cui la circostanza che il bene sia stato usato per scelta informata del consumatore è sempre irrilevante al fine di stabilire l'applicabilità dell'art. 2050 c.c.: come è stato

³¹ Cfr., in termini giuridici, MONATERI, *I danni da fumo: classico e gotico nella responsabilità civile*, cit., 668, per il quale «il pregiudizio verificatosi non ammonta a responsabilità del convenuto, se risulta estraneo alla sua signoria di controllo, il che appunto si verifica quando il danno è derivato da una causa esterna a lui non imputabile, compreso il fatto della vittima». Il nesso causale andrebbe, infatti, inteso come «signoria sul fatto», cioè «possibilità concreta, tanto del danneggiante potenziale, che della vittima potenziale, di influenzare i fatti dalla cui concatenazione il danno è derivato». Tale concezione sarebbe richiesta dalla funzione di prevenzione dei danni della responsabilità civile. Cfr., altresì, ID., *La responsabilità civile*, in *Trattato Sacco dir. civ.*, Torino, 1998, 1036.

³² Atteso che il risarcimento per un danno permanente alla salute non può mai ritenersi perfettamente compensativo.

autorevolmente osservato³⁵, la condotta della vittima rileva sempre sotto il profilo del nesso di causalità e, dunque, della configurabilità di un fatto come fonte di responsabilità.

Tuttavia, quando il concreto fumatore non è adeguatamente informato ed i rischi del fumo non sono notori (o è un minore o un incapace), non sembra possibile escludere in ogni caso la sussistenza del nesso di causalità fra l'attività di produzione e vendita dei tabacchi da fumo e l'insorgenza delle patologie da fumo. In tali casi, la responsabilità del produttore e/o venditore non può, dunque, escludersi. Consideriamo, allora, le informazioni diffuse in passato tra il pubblico circa la pericolosità del fumo, alla luce, in particolare, dell'ampio materiale probatorio valutato dal Tribunale di Brescia nella citata sentenza³⁴. Una diffusa opera di informazione del pubblico sembra essere avvenuta soltanto nel periodo fascista, ma vi è da chiedersi quali rischi venissero pubblicizzati all'epoca se ancora nel 1915 un manuale per educatori³⁵ annoverava fra i danni da fumo soltanto «*l'assuefazione alle sigarette e i gravi fenomeni dovuti all'astinenza*». Inoltre, la sentenza citata desume che la pericolosità del fumo fosse «*common knowledge*» negli anni cinquanta del secolo scorso, considerando che quotidiani anche nazionali e riviste dell'epoca dedicarono ai relativi rischi numerosi articoli. È, tuttavia, sufficiente la copertura del problema da parte della stampa nazionale a far ritenere che gli effettivi pericoli del fumo fossero notori? Quanta parte della popolazione italiana era raggiunta dalla stampa quotidiana negli anni '50 del secolo scorso? E ancora, quali pericoli potevano essere pubblicizzati all'epoca? Infatti, se l'Enciclopedia Treccani³⁶ nel 1949 alla

³⁵ MONATERI, *La Cassazione e i danni da fumo: evitare un ennesimo "isolamento italiano"*, cit., 57.

³⁴ Trib. Brescia, sez. II, 10 agosto 2005, cit.

³⁵ UBERTIS, 1915, citato dalla sentenza.

³⁶ *Enciclopedia Treccani*, voce *Tabagismo*, vol. XXXIII, 1949, 134, citata dalla sentenza.

voce *Tabagismo* riportava già il cancro fra le conseguenze del fumo, tuttavia, si dovrà attendere il 1964 ed il Rapporto Terry³⁷ per avere la prova statistica della correlazione fra fumo e cancro al polmone. Quest'ultimo a detta dei giudici bresciani ha ricevuto ampia copertura da parte della stampa italiana dell'epoca: tuttavia, anche per questo periodo valgono le riserve circa la diffusione della stampa presso la popolazione italiana. Alla stregua di questi elementi non sembra potersi dire con sicurezza che l'uomo medio avesse precisa percezione del grado di pericolosità dei tabacchi da fumo, almeno fino alla comparsa delle avvertenze sulle confezioni³⁸. Altrimenti, risulterebbe anche difficile comprendere per quale ragione il Legislatore abbia in seguito onerato il produttore all'avvertenza dei danni da fumo, se questi erano notori. Non sembra, dunque, potersi ritenere il fumatore sempre in colpa assorbente e, quindi, non sembra potersi escludere la responsabilità del produttore e/o venditore. Quando, la scelta di fumare non è sufficientemente informata per integrare un'ipotesi di interruzione del nesso causale nè la colpa del fumatore è assorbente, la responsabilità di produttore e venditore è coerente con la *ratio* sopra descritta di una regola di responsabilità civile per fatto proprio. Infatti, proprio poiché la scelta del fumatore non è sufficientemente informata, le conseguenze del fumo possono essere considerate, almeno in parte, come esternalità della produzione e vendita di sigarette.

3. Potendo, dunque, sussistere in qualche caso il nesso causale fra lo svolgimento dell'attività e lo sviluppo della malattia, merita chiedersi se sia configurabile una

³⁷ Citato dalla sentenza.

³⁸ Cfr., in tal senso già PACIFICO, *Il risarcimento del danno da fumo attivo*, cit., 1639, per il quale anteriormente alla comparsa degli avvertimenti «il consumatore medio poteva non essere in grado di rappresentarsi in modo realistico le conseguenze dannose del fumo, di cui pur aveva – è indubbio – una generica consapevolezza».

responsabilità *ex art.* 2050 c.c. La norma obbliga al risarcimento chi nell'esercizio di «*un'attività pericolosa, per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati*», cagioni danno ad altri, «*se non prova di aver adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno*». Dunque, il criterio di imputazione della responsabilità consiste nell'esercizio di: a) «*un'attività pericolosa*»³⁹, b) «*per sua natura o per la natura dei mezzi impiegati*».

Per pericoloso s'intende ciò «*che ha in sé la possibilità di determinare o di costituire un pericolo, che può procurare o provocare danni fisici o d'altra natura, direttamente o indirettamente*»⁴⁰: dunque, la nozione di pericolosità richiede che l'attività sia idonea a causare un danno. Possa porsi, cioè, come *condicio sine qua non* della verifica di eventi dannosi; si consideri, tuttavia, che l'art. 2050 c.c. fa dipendere la responsabilità dell'agente dalla mancata adozione di «*tutte le misure idonee ad evitare il danno*». Si tratta, ovviamente, di una norma ispirata dalla *ratio* di prevenire gli incidenti⁴¹. Quindi, una corretta interpretazione teleologica della disposizione dovrebbe garantire una correlazione fra la responsabilità e la possibilità di prevenzione⁴²: la norma dovrà essere letta in modo tale che l'agente sia chiamato a rispondere solo dei danni prevedibili⁴³ e evitabili⁴⁴. Ovviamente, come ogni

³⁹ Cfr., MONATERI, *I danni da fumo: classico e gotico nella responsabilità civile*, cit., 668, nota 2, per il quale la locuzione è <<*tendenzialmente indefinita*>>.

⁴⁰ Cfr., *Vocabolario Treccani*.

⁴¹ Non della previsione *ex lege* di un'obbligazione di garanzia, semplicemente tendente ad allocare una perdita attesa. Su queste ultime, cfr., GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, IV ed., vol. II, t. I, Padova, 2004, 17.

⁴² Afferma il principio, in generale, MONATERI, *I danni da fumo: classico e gotico nella responsabilità civile*, cit., 668: «*Se la responsabilità civile vuol prevenire i danni, deve imputare i fatti a ciascuno, nella misura in cui quel tipo di soggetti (...) può, controllando i fatti, evitare in concreto l'insorgere del danno*».

⁴³ Al tempo dello svolgimento dell'attività. Diversamente – considerando, cioè, ricompresi nel campo di applicazione della norma

regola di responsabilità, l'art. 2050 c.c. non può essere inteso in modo tale da rendere l'esercente responsabile anche di eventi dannosi a lui non imputabili: ciò deve valere anche ai fini dell'interpretazione dell'espressione «*attività pericolosa*». Nel valutare tale pericolosità non si potranno tenere in conto gli eventi dannosi imprevedibili ed inevitabili, poiché avverso tali eventi nessuna attività di prevenzione è idonea ad impedirli. Dovrà, dunque, ritenersi pericolosa *ex art. 2050 c.c.* l'attività idonea a porsi come *condicio sine qua non* – secondo un processo causale prevedibile nel tempo in cui l'attività è svolta – di (almeno) un evento dannoso evitabile da parte dell'esercente. Inoltre, poiché la regola di responsabilità ha natura obiettiva (sul punto, cfr. *infra*), la sua applicazione deve prescindere dalla colpa e, più in generale, dalle caratteristiche soggettive dell'agente. Pertanto, la prevedibilità e l'inevitabilità dovranno essere intese in senso obiettivo. Inoltre, poiché l'esercente, per sfuggire alla responsabilità, è tenuto a porre in essere *tutte* le misure preventive idonee, deve concludersi che lo sforzo di prevenzione richiesto dal legislatore incontri come unico limite l'idoneità delle misure. Si tratta, dunque, di uno sforzo assoluto, nel valutare il quale non potranno considerarsi le caratteristiche dell'attività esercitata: dunque, solo gli eventi *assolutamente* inevitabili ed imprevedibili sono esclusi dalla responsabilità *ex art. 2050 c.c.* Quindi, nel valutare la pericolosità *ex art. 2050 c.c.* non potrà tenersi in conto degli *eventi dannosi obiettivamente ed assolutamente imprevedibili ed inevitabili*: cioè di quegli *eventi che nessun soggetto potrebbe mai prevedere od evitare indipendentemente dallo sforzo profuso*. Infine, poiché la nozione di pericolosità fa riferimento all'idoneità a causare generici danni, è sufficiente che il rapporto causale richiesto dalla nozione di

anche eventi imprevedibili – si finirebbe per svincolare la responsabilità dalle possibilità di prevenzione, attribuendo alla norma una funzione di garanzia che la lettera pare voler escludere.

⁴⁴ Mediante l'adozione di «*misure idonee ad evitare il danno*».

«pericolosità» leghi lo svolgimento dell'attività ad un danno astratto ed ipotetico e non necessariamente a quello concretamente verificatosi. Riassumendo: *un'attività può dirsi pericolosa ex art. 2050 c.c. quando può causare eventi dannosi obiettivamente ed assolutamente prevedibili ed evitabili al tempo del suo esercizio.*

L'art. 2050 c.c. precisa che la pericolosità rilevante è soltanto quella che dipende o dalla natura dell'attività o dalla natura dei mezzi impiegati: cioè, la norma si riferisce esclusivamente alle attività *intrinsecamente pericolose*⁴⁵. Evidentemente, restano escluse dall'ambito applicativo, le attività pericolose per la *scarsa diligenza con la quale sono esercitate*⁴⁶. Così intesa, dunque, la norma sembra voler dettare una disciplina differenziata - rispetto a quella ordinaria prevista dall'art. 2043 c.c. - per le attività idonee a cagionare danni *anche se esercitate in modo diligente*. Per queste il Legislatore non si limita a richiedere l'ordinario dovere di diligenza (richiesto dall'art. 2043 c.c.), ma pretende l'*obiettiva* adozione di misure di prevenzione⁴⁷.

⁴⁵ Così, M. COMPORTE, *Fatti illeciti: le responsabilità oggettive*, artt. 2049-2053 c.c., cit., 190.

⁴⁶ Si tratta della distinzione tradizionale fra pericolosità della condotta e pericolosità dell'attività, su cui cfr. *supra*. Echi di tale distinzione sembrano percepibili nella motivazione della sentenza in commento: «*la valutazione richiesta dalla norma concerne l'attività nella sua interezza e non il comportamento personale dell'imprenditore*». La Cassazione ne desume, quindi, che la responsabilità ex art. 2050 c.c. è oggettiva e che, nel caso in cui l'attività pericolosa sia d'impresa, la responsabilità per i danni grava su «*colui che ha il controllo dell'attività al momento del danno, sul solo presupposto dell'oggettiva mancanza delle misure protettive idonee*».

⁴⁷ L'inclusione nell'ambito applicativo della norma di tutte e sole le attività idonee a causare danni anche quando esercitate con diligenza sembra ragionevole: per queste, sarebbe poco efficace, in termini di prevenzione del danno, ancorare la responsabilità alla diligenza dell'esercente. Così inteso, il criterio di imputazione dà, altresì, coerenza al sistema: riserva all'art. 2043 c.c. la disciplina della diligenza nell'esercizio delle attività dannose se colposamente svolte, mentre all'art. 2050 c.c. la disciplina delle obgettive misure di prevenzione e della responsabilità per la loro omissione in caso di esercizio di attività

Riassumendo, l'art. 2050 c.c. deve trovare applicazione con riguardo alle *attività che, anche se esercitate con diligenza, possono causare danni obiettivamente ed assolutamente prevedibili ed evitabili al tempo del loro esercizio*⁴⁸.

Prima di poter applicare questo *test* di pericolosità intrinseca alla produzione e vendita di sigarette, ci si deve chiedere se sia fondata la tesi per cui le sigarette sarebbero cose pericolose frutto di attività non pericolosa, con cui espressamente la decisione in commento dissente. In altre parole, si deve considerare se la pericolosità del prodotto, uscito dalla sfera di controllo del produttore, possa trasmettersi alla relativa attività di fabbricazione. In particolare, il Tribunale di Roma⁴⁹ aveva escluso la pericolosità delle attività sulla considerazione che essa non trasfonde alcuna pericolosità nelle sigarette. La tesi veniva,

intrinsecamente pericolose. Coerentemente, la clausola di esclusione di responsabilità - che richiede che l'agente ponga in essere «*tutte le misure idonee ad evitare il danno*» - andrà letta in termini puramente obiettivi. Così intesa, sembra fare riferimento a *tutte le misure, disponibili dato lo stato della tecnica, che, al tempo dello svolgimento dell'attività, possano ritenersi obiettivamente idonee ad evitare i danni obiettivamente ed assolutamente prevedibili come conseguenza dell'attività*.

⁴⁸ *Contra* MONATERI, *La Cassazione e i danni da fumo: evitare un ennesimo "isolamento italiano"*, cit., 57, per il quale «*un'attività è pericolosa se produce più danni della media delle attività umane (che sono tutte inevitabilmente dannose!) se produce statisticamente moltissimi danni anche se piccoli, o se può produrre statisticamente pochissimi danni ma enormi e sproporzionati rispetto alla media dei danni*». Si ritiene di non poter seguire questa pur autorevole opinione, poiché essa sembra obliterare che l'art. 2050 c.c. fa esclusivo riferimento alla pericolosità *intrinseca*. Infatti, considerando l'insieme di tutti i danni prodotti da un'attività si tiene ovviamente anche in conto di quelli dovuti a negligenza. Inoltre, il citato Autore ritiene che il giudizio di pericolosità abbia natura empirica; sembra, tuttavia, più coerente con la citata *ratio legis* configurare il medesimo come giudizio prognostico ed astratto.

⁴⁹ Trib. Roma, sez. II, 5 dicembre 2007, cit.

altresì, sostenuta da autorevole dottrina⁵⁰ che aggiungeva che l'art. 2050 c.c. tutelerebbe soltanto i terzi rispetto all'attività pericolosa e non i partecipanti ad essa: dunque, se il consumatore è terzo rispetto all'attività di produzione e commercializzazione, l'uso del prodotto non può concorrere a determinare la pericolosità dell'attività.

Innanzitutto, giova premettere che, qualora la causazione dei danni da fumo sia mediata dall'uso del prodotto, non può dirsi in astratto che sia sempre interrotto il nesso causale fra la produzione e vendita della cosa ed il danno: come abbiamo visto *supra*, ciò accade solo quando l'uso non è informato. Con riguardo a queste ipotesi, dunque, solo il dettato dell'art. 2050 c.c. potrebbe escludere la rilevanza dell'uso del prodotto al fine di definire la pericolosità dell'attività. Consideriamo, dunque, tale nozione come ricostruita *supra*: *un'attività è pericolosa se è idonea a cagionare danni obiettivamente ed assolutamente prevedibili ed evitabili al tempo del suo esercizio*. Il concetto non contiene una limitazione ai solo eventi lesivi conseguenza immediata dello svolgimento dell'attività. Ciò che limita la rilevanza di un evento appartenente ad una serie causale innescata dallo svolgimento dell'attività è (come osservato *supra*) la sua prevedibilità ed evitabilità. Dunque, in caso di prodotto dannoso, la nozione di «attività pericolosa» fa riferimento anche al danno che si manifesti all'atto dell'uso del prodotto, purché *tanto l'uso quanto il danno siano obiettivamente ed assolutamente prevedibili ed evitabili al tempo dell'esercizio dell'attività*. Consideriamo ancora la clausola «*nello svolgimento*» e se essa valga ad impedire l'applicazione dell'art. 2050 c.c. agli eventi dannosi causati dall'uso del prodotto. Una dottrina

⁵⁰ Cfr., MONATERI, *La Cassazione e i danni da fumo: evitare un ennesimo "isolamento italiano"*, cit., 57 e TASSONE, *Tobacco litigation all'italiana e responsabilità civile che va in fumo*, cit., 1093, il quale conclude che «*la pericolosità delle sigarette non deriva da loro caratteristiche intrinseche, bensì dalle modalità con le quali vengono utilizzate*».

autorevole⁵¹ ritiene che tale espressione valga ad escludere l'applicabilità dell'art. 2050 c.c. ai danni causati da cose non azionate dall'uomo, anche se si trovano nella sfera di controllo dell'esercente. L'art. 2050 c.c. riguarderebbe soltanto i danni causati dall'attività nella sua fase dinamica e non anche in quella statica: sembra che così ragionando si possa escludere la rilevanza di tutti i danni dovuti all'uso del prodotto, atteso che l'attività di produzione e/o vendita non è più in atto al tempo del consumo. La *ratio* della norma consente di escludere siffatta interpretazione. Assumiamo, per assurdo, che l'art. 2050 c.c. venga interpretato in modo da prestare tutela solo per i danni conseguenza immediata di attività pericolosa: in tal modo, i danni mediati cadranno nell'ambito applicativo dell'art. 2043 c.c.⁵² Con riferimento ai prodotti dannosi, dunque, i danni causati nella loro produzione sarebbero risarcibili *ex* 2050 c.c., mentre quelli causati dal prodotto finito *ex* 2043

⁵¹ M. COMPORTI, *Fatti illeciti: le responsabilità oggettive, artt. 2049-2053 c.c.*, cit., 174 s.

⁵² Si badi che non osta alla riconducibilità dei danni da prodotto alle due attività in considerazione il disposto dell'art. 1223 c.c. ed, in particolare, la clausola di limitazione del risarcimento ai soli danni conseguenza immediata e diretta. In tal senso, cfr., Cass., Sez. III, 06 aprile 2006, n. 8096, in *Mass. Giur. it.*, 2006, per la quale: «*Il giudice di merito, per stabilire se sussista il nesso di causalità materiale - richiesto dall'art. 2043 cod. civ. in tema di responsabilità extracontrattuale - tra un'azione o un'omissione ed un evento deve applicare il principio della "conditio sine qua non", temperato da quello della regolarità causale, sottesi agli artt. 40 e 41 cod. pen. Pertanto, alla stregua di ciò, se la condotta della vittima si inserisce in una serie causale avviata da altri, concorrendo alla produzione dell'evento dannoso, il suo apporto non vale ad interrompere quella serie in quanto **non è possibile distinguere fra cause mediate o immediate, dirette o indirette, precedenti o successive e si deve riconoscere a tutte la medesima efficacia** [grassetto mio, nda]; l'interruzione si verifica, invece, se la condotta della vittima, pur inserendosi nella serie causale già intrapresa, ponga in essere un'altra serie causale eccezionale ed atipica rispetto alla prima, idonea da sola a produrre l'evento dannoso, che sul piano giuridico assorbe ogni diversa serie causale e la riduce al ruolo di semplice occasione».*

c.c. Tale differenza di trattamento appare incoerente con la *ratio legis* che non basa la differenziazione dei due regimi di responsabilità sulla immediatezza o meno del danno, ma sulla idoneità a causare danni *anche se l'esercente è diligente*. Questa idoneità permane anche quando il danno non è conseguenza immediata: l'interpretazione restrittiva della norma condurrebbe, dunque, ad irragionevoli disparità di trattamento. Quindi, *qualora, al tempo dell'esercizio dell'attività di fabbricazione, anche se il produttore è diligente, sia assolutamente ed obiettivamente prevedibile ed evitabile il verificarsi di un evento dannoso, anche come conseguenza dell'uso del prodotto dell'attività*, l'eventuale responsabilità andrà valutata *ex art. 2050 c.c.*

Consideriamo la produzione di tabacchi da fumo ed, in particolare, cosa potrebbe fare il produttore di sigarette diligente per evitare i danni. Potrebbe fabbricare la sigaretta evitando con diligenza di introdurre sostanze nocive ulteriori rispetto al tabacco (il tabacco sarà comunque necessario altrimenti il prodotto non potrà dirsi sigaretta). Potrebbe dotare la sigaretta di un filtro in grado di trattenere una parte delle sostanze sprigionate dalla combustione, ma comunque il filtraggio non potrà essere totale, altrimenti la sigaretta non sarà idonea all'uso del fumo, cui è destinata. Potrebbe, infine, adeguatamente informare i terzi dei rischi connessi al fumo. Ipotizzando che il produttore tenga queste condotte, è *obiettivamente ed assolutamente prevedibile ed evitabile*, al tempo della loro fabbricazione, che le sigarette siano *idonee a causare danni, anche mediante il loro utilizzo da parte dei terzi*? Ovviamente, la questione trova risposta negativa: in costanza di diligenza nella commercializzazione e nella produzione, è obiettivamente ed assolutamente prevedibile che le sigarette causeranno danni ai fumatori, ma tali danni saranno obiettivamente ed assolutamente inevitabili dall'esercente. I fumatori, infatti, saranno adeguatamente informati circa la pericolosità del fumo e, quindi, fumando, ne assumono il rischio: il danno è generato da una causa

non imputabile al produttore, cioè, la scelta libera e informata del fumatore. In queste condizioni i danni che pure potranno assolutamente ed obiettivamente prevedersi sono inidonei a connotare l'attività di «*pericolosità*». Questa diventa pericolosa solo in caso di negligenza dell' esercente: in particolare, quando i tabacchi da fumo non sono posti in commercio con adeguate avvertenze⁵³. Le attività di produzione e vendita di tabacchi da fumo, dunque, non sono attività pericolose *ex art. 2050 c.c.*: l'orientamento della sentenza in commento non sembra, dunque, potersi condividere.

Si badi che le argomentazioni testè svolte valgono ad escludere la responsabilità *ex art. 2050 c.c.* per i danni conseguenti all'uso di qualunque tipo di prodotto: infatti, qualunque produttore diligente informerebbe il pubblico adeguatamente circa la pericolosità della cosa (se essa non è già notoria) e gli usi cui il prodotto può essere destinato. Dunque, se in questo contesto informativo si producono danni essi devono considerarsi obiettivamente ed assolutamente inevitabili da parte del produttore, poiché imputabili esclusivamente alla condotta dell'utente. Dunque, con le precisazioni che precedono, la tesi del prodotto pericoloso frutto di attività non pericolosa sembra trovare applicazione con riguardo a qualunque prodotto.

4. C'è un'ulteriore ragione per cui l'art. 2050 c.c. non può trovare applicazione in caso di danni da prodotto: la primazia del diritto comunitario⁵⁴. La responsabilità da

⁵³ Si deve, dunque, condividere la conclusione della già citata sentenza del Trib. Roma, 11 aprile 2005, cit., par. 4.2, ove si esclude l'applicabilità dell'art. 2050 c.c. ai danni causati da omessa informazione circa i rischi del fumo, poiché tale omissione è condotta e non attività pericolosa.

⁵⁴ MONATERI, *La Cassazione e i danni da fumo: evitare un ennesimo "isolamento italiano"*, cit., 57, che mette in guardia dal rischio che un'interpretazione giurisprudenziale del diritto nazionale in difformità da quello comunitario possa esporre lo Stato Italiano a condanna da parte delle istituzioni comunitarie, come già avvenuto in passato [cfr.,

prodotto è disciplinata dalla direttiva CE del 25 luglio 1984, n. 374, recepita nell'ordinamento nazionale dagli art. 114 ss., cod. cons. L'art. 127 cod. cons. dispone che le norme sulla responsabilità da prodotto difettoso «*non escludono né limitano i diritti attribuiti al danneggiato da altre leggi*». La disciplina sembrerebbe, dunque, fornire una tutela addizionale ai danneggiati, insuscettibile di precludere l'applicazione di altre tutele previste dall'ordinamento. Tuttavia, l'art. 13 della citata direttiva – cui è stata data attuazione mediante il citato art. 127 cod. cons. - dispone: «*La presente direttiva lascia impregiudicati i diritti che il danneggiato può esercitare in base al diritto relativo alla responsabilità contrattuale o extracontrattuale o in base ad un regime speciale di responsabilità **esistente al momento della notifica della direttiva***»⁵⁵. Sembra che la direttiva non precluda l'applicabilità del diritto nazionale in materia di responsabilità da prodotto solo se già in vigore al tempo della sua notifica (30 luglio 1985). Da quella data, i Legislatori nazionali sembrano aver perso la facoltà di introdurre tutele ulteriori rispetto a quelle previste dalla disciplina comunitaria⁵⁶.

CGCE, Gran. Sez., 9 dicembre 2003, C-129/00, *Commissione c. Repubblica Italiana*, in *Racc.*, 2003, I-14637].

⁵⁵ Grassetto mio.

⁵⁶ La norma ha, tuttavia, formato oggetto di interpretazione restrittiva da parte della Corte di Giustizia, la quale, riunita in Grande Sezione [CGCE, Gran. Sez., 10 gennaio 2006, C 402/03, *Skov c. Bilka*, in *Racc.*, 2006, I-199], sembra aver elaborato i seguenti criteri. a) «*La direttiva ... persegue un'armonizzazione totale sui punti da essa disciplinati*» (par. 33. Sul punto, cfr., altresì, CGCE, Gran. Sez., 2 dicembre 2009, C-358/08, *Aventis Pasteur SA c. OB*, in *Racc.*, 2009, I-11305). Sembra, quindi, che in caso di contrasto fra norme nazionali, anche anteriori alla direttiva e più favorevoli al consumatore, e disposizioni della direttiva, le prime andranno disapplicate in favore delle seconde. b) Tuttavia, «*l'art. 13 della direttiva dev'essere interpretato nel senso che il regime attuato da quest'ultima non esclude l'applicazione di altri regimi di responsabilità contrattuale o extracontrattuale purché essi si basino su elementi diversi, come la garanzia dei vizi occulti o la colpa* [neretto mio, nda]» (par. 47). In

Per verificare se la direttiva osti all'applicazione dell'art. 2050 c.c. in materia di responsabilità da prodotto, giova, innanzitutto, chiedersi se prima della data di notifica della direttiva (30 luglio 1985) la *pacifica* giurisprudenza nazionale applicasse già la norma codicistica nel modo accolto dalla sentenza in commento. Si è detto *pacifica*, poiché sembra ragionevole intendere l'art. 13 della direttiva come ostativo anche della consolidazione, in data successiva alla notifica, di un orientamento giurisprudenziale non ancora pacifico. La *ratio* della disposizione, infatti, in accordo con la generale finalità di armonizzazione della direttiva, sembra voler cristallizzare al tempo della notifica le varie discipline nazionali in tema di responsabilità da prodotto, affinché i vari modelli non divergano ulteriormente. Dunque, sembra coerente con la sua *ratio* ritenere che l'art. 13 osti anche alla consolidazione di una giurisprudenza nazionale non ancora *pacifica*. Orbene, l'ultimo precedente, in materia di *res periculosae*, emanato dalla Corte di Cassazione, prima della notifica della direttiva, fu la sentenza 13 gennaio 1982, n. 182⁵⁷, con cui si ritenne sostanzialmente che l'art. 2050 c.c. disciplini la responsabilità del produttore *fintantoché il prodotto si*

applicazione di questi principi, la Corte ha dichiarato che la direttiva: a) «*osta ad una norma nazionale secondo la quale il fornitore risponde, al di là dei casi tassativamente elencati all'art. 3, n. 3, della direttiva stessa, della responsabilità oggettiva che la direttiva istituisce e imputa al produttore*»; b) «***non osta ad una norma nazionale secondo la quale il fornitore è tenuto a rispondere illimitatamente della responsabilità per colpa del produttore*** [neretto mio, nda]». Comunque sembra chiaro che uno stato membro non possa, *in seguito alla notifica della direttiva*, introdurre una disciplina difforme in tema di responsabilità da prodotto, *anche se basata su elementi diversi dalla nozione comunitaria di prodotto difettoso.*

⁵⁷ In *Resp. civ. e prev.*, 1982, 746 ss., con nota di Monateri. Nella specie, la Corte ritenne che, nel momento in cui un produttore di bombole di gas consegna il prodotto ad impresa distributrice ed installatrice, l'art. 2050 c.c. cessa di disciplinare la responsabilità del produttore per i danni cagionati dalla bombola, restando unicamente applicabile all'attività del distributore-installatore.

trova nella sua sfera di controllo. Ovviamente, alla stregua di questo criterio, nessun danno da fumo attivo potrebbe ricondursi alla responsabilità del produttore o del venditore, poiché, all'atto del fumo, la sigaretta non è nella sfera di controllo di questi ultimi, ma in quella del consumatore. Dato questo autorevole precedente, non sembra potersi ritenere che il principio enunciato dalla sentenza oggi in commento fosse *pacífico* al tempo della notifica della direttiva. Quindi, per i danni da fumo attivo (e, in generale, per i danni da prodotto *uscito dalla sfera di controllo del produttore*) l'art. 13 della direttiva osta all'applicazione dell'art. 2050 c.c.

5. Compariamo ora, con l'ausilio della teoria economica, i diversi effetti che i vari modelli di responsabilità - cui il produttore ed il venditore possono essere astrattamente assoggettati - possono spiegare sul costo sociale atteso dei danni da fumo. In proposito, un'autorevole dottrina⁵⁸ aveva richiamato il consolidato risultato di *law and economics* per cui le regole di *strict liability* pura possono trovare applicazione solo in caso di unilaterale possibilità di prevenzione degli incidenti, cioè quando solo il danneggiante potenziale può impedire il danno. Infatti, tale forma di allocazione della responsabilità non tiene conto né del contributo colposo del danneggiato né di quello del danneggiante, ma alloca la responsabilità al danneggiante per la mera sussistenza del nesso causale. Dunque, qualunque sia il grado di diligenza del danneggiato questo otterrà sempre l'integrale risarcimento del danno sofferto. Verosimilmente, dunque, nei casi di possibilità bilaterale di prevenzione degli incidenti, le regole di *strict liability* pura non conducono ad esiti efficienti in termini di incentivi alla prevenzione forniti alla vittima potenziale⁵⁹. In questi casi, la considerazione della colpa tanto dell'una quanto

⁵⁸ MONATERI, *I danni da fumo: classico e gotico nella responsabilità civile*, cit., 668.

⁵⁹ Cfr., COOTER-ULEN, *Law and Economics*, V ed., Boston, 2008, 341.

dell'altra parte è per - la dottrina citata⁶⁰ - il «*criterio princeps*», al fine di soddisfare l'interesse generale alla minimizzazione dei costi sociali degli incidenti. Il Tribunale di Roma recepiva l'argomento ed escludeva l'applicabilità dell'art. 2050 c.c. ai danni da fumo attivo⁶¹. La Cassazione, con la pronuncia in commento, ha avuto buon gioco a rigettare l'opinione, rammentando che l'art. 1227 c.c. - pacificamente applicabile anche in ipotesi di responsabilità oggettiva⁶² - onera il danneggiato a prevenire il danno. L'obiezione della Cassazione sembra fondata: una attenta dottrina⁶³ aveva già rammentato che l'applicabilità dell'art.

⁶⁰ MONATERI, *I danni da fumo: classico e gotico nella responsabilità civile*, cit., 668.

⁶¹ Trib. Roma, Sez. II, 28 gennaio 2009, cit., par. 4: «*non si imputa una responsabilità oggettiva (o simile a questa quanto all'onere probatorio) se l'agente non ha l'esclusivo controllo del danno (rectius, della pericolosità dell'attività svolta), e se la condotta può invero essere pericolosa anche per l'interazione di terzi*». Cfr., TASSONE, *Tobacco litigation all'italiana e responsabilità civile che va in fumo*, cit., 1092, che aderisce alla conclusione del Tribunale, ma evidenzia i limiti del percorso argomentativo.

⁶² Concorda sull'applicabilità dell'art. 1227 c.c. ad ogni ipotesi di responsabilità civile MONATERI, *I danni da fumo: classico e gotico nella responsabilità civile*, cit., 668.

⁶³ TASSONE, *Tobacco litigation all'italiana e responsabilità civile che va in fumo*, cit., 1092, il quale riconosce che il disposto dell'art. 1227 c.c. ha, fra gli altri, l'effetto di «*dotare la responsabilità oggettiva di un correttivo idoneo a prevenire comportamenti da free rider (o comunque incuranti) del danneggiato*». Dunque, attraverso l'applicazione dell'art. 1227 c.c., la responsabilità oggettiva presenta le stesse proprietà, in termini di incentivi alla precauzione, di una *rule of negligence*. Quest'ultima rende responsabile l'agente per i danni cagionati dalla sua condotta colposa, mentre il costo degli eventuali danni non dovuti a colpa verrà sopportato dalla vittima. La regola che emerge dal combinato disposto dell'art. 2050 c.c. e dell'art. 1227 c.c. è simmetrica a quest'ultima: la vittima sopporta i danni causati dalla propria colpa, mentre tutti gli altri sono sopportati dall'esercente l'attività (salva la *defence* dell'adozione di «*tutte le misure idonee*»). Per la tradizionale dottrina giureconomica, sotto determinate condizioni, qualunque regola che allochi il costo degli incidenti bilateralmente prevenibili in funzione della colpa di almeno una delle parti, non presenta problemi di

1227 c.c. ad ogni ipotesi di danno, attribuisce alla responsabilità oggettiva prevista dal nostro ordinamento la capacità di fornire incentivi alla prevenzione degli incidenti non solo al danneggiante potenziale, ma anche al potenziale danneggiato. Precisamente, poiché il nostro ordinamento considera in ogni caso la condotta colpevole del danneggiato, riducendo in misura proporzionale l'entità del risarcimento dovuto, non sussiste mai il rischio che questi non abbia incentivi alla prevenzione dei danni. Quindi, purché trovi applicazione l'art. 1227 c.c., ogni forma di responsabilità, anche quella oggettiva, è teleologicamente compatibile - sotto il profilo degli incentivi alla prevenzione degli incidenti - con situazioni fattuali nelle quali sia la vittima che l'agente possono contribuire ad evitare il danno⁶⁴.

Con specifico riferimento al danno da fumo, sussiste un ulteriore argomento a confutazione della tesi della inadeguatezza dell'art. 2050 c.c. a regolare la responsabilità di produttori e venditori di tabacchi da fumo: il fumatore si espone al rischio di morire. Quando il danno consiste nella morte della vittima può fortemente dubitarsi che, in caso di applicazione di una regola di responsabilità oggettiva, la vittima sia indifferente fra soffrire il danno, ma ricevere il risarcimento, e non essere danneggiata⁶⁵. Una volta deceduto il fumatore potrà giovare ben poco del risarcimento eventualmente concesso ai suoi familiari⁶⁶: in

incentivazione solo unilaterale alla prevenzione del danno. Cfr., COOTER-ULEN, *Law and Economics*, cit., 346: «*assuming perfect compensation and each legal standard equal to the efficient level of care, every form of the negligence rule gives the injurer and victim incentives for efficient precaution*» (c.d. *equivalence result*).

⁶⁴ Dunque, la contraria opinione accolta dalla giurisprudenza di merito citata sembra il frutto di una trasposizione erronea di risultati validi soltanto con riferimento al modello di *strict liability* pura.

⁶⁵ In altre parole, il risarcimento non potrà mai essere perfettamente compensativo.

⁶⁶ Analogamente, TASSONE, *Tobacco litigation all'italiana e responsabilità civile che va in fumo*, cit., nota 23, che, tuttavia, svolge

questo caso, dunque, anche una regola di *strict liability* pura non priverebbe la vittima potenziale degli incentivi a prevenire il danno. Infatti, il fumatore fronteggia, comunque, un efficace deterrente all'espone la propria salute ai rischi del fumo: l'incremento della probabilità di contrarre malattie potenzialmente mortali.

Ogni discussione in merito agli incentivi alla precauzione di un incidente dovrebbe, tuttavia, prendere le mosse dalla definizione dell'incidente che le parti devono evitare: orbene, si è già detto che non ha senso applicare una regola di responsabilità per fatto proprio in assenza di un'esternalità. Si è, altresì, precisato che quando la scelta di fumare è libera e informata il danno da fumo attivo non può essere considerato come un costo esterno (non sopportato, cioè, dall'esercente) dell'attività di produzione e vendita delle sigarette, bensì costituisce il costo interno (cioè, sopportato dal fumatore) della decisione di fumare. L'esternalità è, invece, ravvisabile quando il fumatore non è adeguatamente informato circa i rischi del fumo: quando tali rischi si realizzano, non possono essere considerati costi interni della scelta di fumare, poiché il fumatore non ha potuto tenerne conto al tempo della propria decisione. Questi costi, dunque, devono essere riferiti all'attività di produzione e vendita delle sigarette, come esternalità della medesima. L'incidente che la regola di responsabilità vuole indurre ad evitare è, dunque, il danno sofferto dal fumatore a causa della propria ignoranza dei rischi: quali attività precauzionali possono immaginarsi a prevenzione di questi danni? All'evidenza l'unica condotta precauzionale efficace sembra l'opera d'informazione del consumatore da parte del produttore⁶⁷: d'altronde, cosa potrebbe fare il fumatore

l'argomento con riferimento alla perdita da parte dei familiari del congiunto fumatore.

⁶⁷ Cfr., TASSONE, *Tobacco litigation all'italiana e responsabilità civile che va in fumo*, cit., 1094, che include fra le «*misure idonee ad evitare il danno*» previste dall'art. 2050 c.c. l'opera di informazione del fumatore.

che ignora i rischi per minimizzare i danni? Evidentemente nulla, perché delle due l'una o il consumatore ignora di esporsi ad un rischio e, allora non è in condizione di tenere condotte di prevenzione, o è informato dei rischi e, dunque, nessuna esternalità sussiste e l'incidente che la regola vuole evitare⁶⁸ non può verificarsi. Dunque, i danni risarcibili da fumo attivo possono essere prevenuti solo mediante la condotta precauzionale del produttore e del venditore: siamo, dunque, di fronte ad un'ipotesi di precauzione unilaterale. Ciò che è bilaterale in materia di danno da fumo attivo è il livello dell'attività⁶⁹: affinché un danno da fumo si verifichi, è necessario che siano svolte tanto l'attività di produzione e vendita quanto quella di consumo di sigarette, ma, come vedremo di seguito, i livelli di attività non influenzano la probabilità di verifica di danni risarcibili. Quindi, l'unica attività di precauzione che deve essere incentivata attraverso una regola di responsabilità è quella del produttore e del venditore⁷⁰: tanto una *rule of negligence* quanto una regola di *strict liability* sono astrattamente idonee allo scopo. Alla luce dell'analisi svolta, l'unica situazione inefficiente in termini di incentivi sarebbe l'assenza di ogni responsabilità in capo al produttore ed al venditore, i quali, in questo caso, non avrebbe interesse ad

⁶⁸ Cioè, il danno al fumatore non adeguatamente informato.

⁶⁹ La quantità di attività svolta.

⁷⁰ PONZANELLI, *La produzione di sigarette è attività pericolosa*, cit., 482, dubita che l'attribuzione della responsabilità ai produttori di tabacchi da fumo possa avere un'elevata influenza sulle future condotte di prevenzione di questi, per l'impossibilità di produrre sigarette incapaci a causare danni da fumo. Teme, dunque, il fenomeno dell'*overdeterrence*, anche perché non sembra considerare che la funzione di deterrenza della r.c. possa anche manifestarsi nell'induzione alla diffusione di informazioni circa i rischi del fumo da parte del produttore. Quindi, per l'Autore, collegare il risarcimento all'omissione informativa da parte del produttore gli attribuirebbe una funzione sanzionatoria. Tale conclusione non sembra condivisibile, perché non pare condivisibile l'assunto da cui muove per cui l'azione informativa del produttore non può essere considerata come un obiettivo al cui conseguimento tende la funzione di deterrenza della r.c.

informare il consumatore. Quindi, sotto il profilo dell'incentivazione alla precauzione, l'analisi economica, pur richiedendo che una responsabilità per l'omessa *disclosure* dei rischi del fumo sia posta a carico del venditore e del produttore dei tabacchi da fumo, non induce a preferire una regola piuttosto che un'altra.

Tuttavia, la valutazione dell'efficienza relativa dei vari modelli di responsabilità deve tenere in conto, altresì, degli incentivi al contenimento dei livelli⁷¹ di attività dannosa forniti dalle diverse regole⁷². È, infatti, risultato consolidato che la *strict liability* fornisca incentivi a mantenere il livello di attività dannosa in corrispondenza del livello socialmente ottimo⁷³, mentre la *rule of negligence* non fornisca alcun incentivo al contenimento del livello e, quindi, le attività dannose ad essa soggette siano sempre svolte ad un livello socialmente sovra-ottimale. Dunque, tanto più il livello di attività incide sulla probabilità di verifica del danno, tanto più una regola di *strict liability* consentirà di ridurre il costo sociale degli incidenti rispetto ad una *rule of negligence*⁷⁴. Con riguardo ai tabacchi da fumo, sembra potersi dire che, quando il produttore ed il venditore sono soggetti ad una qualsiasi regola di responsabilità per i danni da fumo, hanno un incentivo a informare adeguatamente il fumatore circa i relativi rischi. Quindi, il fumatore sarà sempre adeguatamente informato ed i danni da questi sofferti non possono più considerarsi costi esterni dell'attività di produzione e vendita delle sigarette. Dunque, non sussiste alcuna esternalità negativa dipendente dal livello di tali attività, cioè il livello dell'attività non

⁷¹ La quantità.

⁷² TASSONE, *Tobacco litigation all'italiana e responsabilità civile che va in fumo*, cit., 1092.

⁷³ In termini di minimizzazione del costo sociale degli incidenti.

⁷⁴ Il fondamentale risultato si deve a SHAVELL, *Strict Liability versus Negligence*, 9 *J. Leg. Stud.* 1 (1980); cfr., anche TASSONE, *Tobacco litigation all'italiana e responsabilità civile che va in fumo*, cit., 1092.

influenza il livello dei danni attesi⁷⁵: dunque, non vi è l'esigenza di adottare una regola di *strict liability*. Anche sotto il profilo dei livelli di attività, quindi, l'analisi economica non fornisce argomenti per preferire una regola all'altra.

Un ulteriore profilo distintivo fra la regola di *strict liability* e quella di *negligence* si ravvisa nella differente allocazione del rischio di verificazione degli incidenti: la prima regola rende l'agente responsabile per gli incidenti che si verificano anche in costanza di comportamento diligente. La seconda è simmetrica: quando l'agente è diligente non risponde mai, dunque i danni che si verificano in costanza di comportamento diligente del danneggiante potenziale sono sempre sopportati dalla vittima. Quindi, la prima regola alloca il rischio di verificazione degli incidenti inevitabili con l'ordinaria diligenza all'agente, la seconda alla vittima. Qualora il primo sia neutrale al rischio e la seconda sia avversa, è socialmente ottimale l'uso della regola di *strict liability*, nel caso opposto l'ottimo sociale è conseguibile mediante una regola di *negligence*⁷⁶. Nel caso delle sigarette, tuttavia, come osservato *supra*, non è immaginabile la verificazione di danni risarcibili in costanza di diligenza del produttore: cioè, quando questi informi adeguatamente il fumatore. Dunque, non si pone il problema dell'allocazione di tali rischi: anche sotto questo profilo l'analisi economica non induce a preferire una delle due regole.

⁷⁵ In senso conforme, TASSONE, *Tobacco litigation all'italiana e responsabilità civile che va in fumo*, cit., 1093, per il quale la produzione e vendita di tabacchi da fumo non sembra richiedere una responsabilità basata sulla *strict liability*, poiché «i livelli dell'attività [del danneggiante] non incidono sul rischio di danno a meno di non voler considerare l'impatto sull'intero mercato di misure volte a innalzare significativamente i prezzi e/o a ridurre le quantità offerte, le quali però appartengono più al paradigma della regulation (...) che a quello della responsabilità civile».

⁷⁶ Cfr., SHAVELL, *Liability for Accidents*, 2005, <http://ssrn.com/abstract=849285>, 6 s.

Consideriamo, infine, i costi di amministrazione delle due regole: il costo, cioè, di farne applicazione attraverso lo strumento processuale. In generale, la teoria economica ritiene che le regole di *negligence* rendono più costosi i processi, poiché l'attività processuale oltre a dover riguardare il nesso di causalità e il danno, come nel caso dell'applicazione della *strict liability*, deve anche essere svolta con riguardo alla colpa del convenuto. Tuttavia, in caso di applicazione di una regola di *negligence*, il numero dei processi instaurati è minore, poiché in questo caso la vittima può sperare di ottenere il risarcimento solo per i danni dovuti a colpa e non per tutti quelli comunque causalmente legati all'attività dell'attore come nel caso dell'applicazione di una regola di *strict liability*. I due effetti, dunque, influenzano il costo di amministrazione in senso opposto: dunque, non si può dire in astratto quale delle due regole conduca alla sua minimizzazione⁷⁷. Nel caso delle sigarette, tuttavia, questo risultato ambiguo non sembra verificarsi, per due ordini di ragioni. In primo luogo, è notorio che prima dell'entrata in vigore dell'obbligo legale delle avvertenze sulle confezioni queste ne erano prive ed è comunque notorio che i produttori ed i venditori di sigarette non hanno svolto attività di informazione del pubblico circa i rischi del fumo. Dunque, poiché i fatti notori non debbono essere provati⁷⁸, il costo di provare la colpa dei produttori è nullo e poiché i costi della decisione in merito alla colpa sembrano coincidere quasi completamente con i costi dell'attività istruttoria, sembra potersi concludere che anche questi siano pressoché nulli. Quindi, nella specie, la *rule of negligence* non sembra incrementare i costi del processo rispetto all'ipotesi dell'applicazione di una regola di *strict liability*. In secondo luogo, come abbiamo visto, quando il produttore è diligente, il fumatore è informato e non c'è responsabilità:

⁷⁷ Cfr., COOTER-ULEN, *Law and Economics*, cit., 360.

⁷⁸ Cfr., art. 115, 2° comma, c.p.c.

dunque, anche se si applicasse una regola di *strict liability*, il fumatore non potrebbe sperare di ottenere alcun risarcimento in caso di diligenza del produttore. Indipendentemente dalla regola applicata, la vittima instaura il processo solo in caso di colpa del produttore e/o del venditore. In conclusione, indipendentemente dalla regola applicata, il numero delle cause che verranno instaurate sembra essere lo stesso ed identico appare, altresì, il costo dell'attività processuale: dunque, nel caso dei danni da fumo attivo, tanto una regola di *strict liability* quanto una *rule of negligence* sembrano presentare gli stessi costi di amministrazione. Anche sotto questo profilo, dunque, la teoria economica non fornisce ragioni per preferire una regola all'altra.

In conclusione, la teoria economica suggerisce che, al fine di minimizzare il costo sociale atteso dei danni da fumo attivo, a) quando il fumatore conosce adeguatamente i rischi per la salute (essi sono, cioè, notori), nessuna tutela risarcitoria deve essergli concessa⁷⁹; b) quando il fumatore non è adeguatamente informato, è necessario rendere il produttore ed il venditore di sigarette responsabili⁸⁰ - a qualunque titolo di responsabilità - dei danni da omessa informazione circa i rischi del fumo attivo⁸¹.

⁷⁹ Altrimenti, questa consentirebbe al fumatore di esternalizzare, almeno in parte, le conseguenze di una propria scelta. Si è detto almeno in parte, poiché il risarcimento in caso di morte o lesioni permanenti non può essere perfettamente compensativo.

⁸⁰ Sembra ritenere efficiente addossare al produttore la responsabilità per i danni da fumo anche PACIFICO, *Il risarcimento del danno da fumo attivo*, cit., 1639.

⁸¹ Cfr., altresì, TASSONE, *Tobacco litigation all'italiana e responsabilità civile che va in fumo*, cit., 1094, che suggerisce come l'applicazione dell'art. 2050 c.c. sia astrattamente idonea a stimolare il produttore ad investire nell'innovazione del prodotto in modo tale da diminuirne la pericolosità. Conclude, tuttavia, che di fatto i produttori di sigarette già svolgono tale attività, per varie ragioni, in generale, riconducibili alla massimizzazione dei profitti. Sembra, tuttavia, poter aggiungersi che nemmeno in astratto l'art. 2050 c.c. in combinazione con l'art. 1227 c.c. possa essere idoneo a stimolare l'innovazione di prodotto in modo

6. Consideriamo ora se la responsabilità, auspicata dalla teoria economica, può essere attribuita ai produttori ed ai venditori dalle norme sulla responsabilità da prodotto difettoso *ex artt.* 114 ss. del codice del consumo. Rammentiamo che per la decisione in commento le sigarette non sono prodotti difettosi, in quanto la loro pericolosità è intrinseca e non dipende da un vizio. Il confine fra la responsabilità *ex art.* 2050 c.c. e quella *ex artt.* 114 ss. cod. cons. andrebbe, dunque, cercato nella distinzione fra *vizio* e *pericolosità intrinseca* del prodotto. Quest'ultima sembra potersi ravvisare quando un prodotto, destinato alla commercializzazione ed al consumo, è «altamente idoneo», per la propria composizione, a produrre danni, anche «nella fase del consumo»⁸². La Corte ha, invece, omesso ogni espressa definizione di *vizio del prodotto*; sembra, comunque, potersi desumere dal principio enunciato che

più efficace dell'art. 2043 c.c. in combinazione con l'art. 1227 c.c. In forza di quest'ultima norma, il danneggiato informato dei rischi è sempre in colpa assorbente e non può ottenere alcun risarcimento, in entrambi i casi, dunque, il produttore risponderà solo dei danni sofferti dal fumatore ignorante. Dunque, qualunque regola si applichi in congiunzione con l'art. 1227 c.c. il valore della responsabilità a carico del produttore sarà sempre lo stesso e, quindi, la medesima forza avrà l'incentivo da essa rappresentato all'innovazione di prodotto. Né si può ritenere che in caso di applicazione dell'art. 2050 c.c. possano porsi a carico dell'esercente i rischi del prodotto non conoscibili dato lo stato della tecnica al tempo dello svolgimento dell'attività: tali rischi devono, infatti, considerarsi assolutamente ed obiettivamente imprevedibili e, dunque, inevitabili dall'esercente. In altre parole, non sono imputabili al medesimo: dunque, non possono essere posti a suo carico tramite l'art. 2050 c.c. che, come osservato *supra*, ha la funzione di indurre gli esercenti ad evitare i danni e non di imporre sui medesimi un'obbligazione di garanzia.

La dottrina citata sembra comunque concludere la propria analisi lasciando aperta la questione circa la *performance* in termini di incentivi dell'art. 2043 c.c. e suggerendo, in generale, che il problema dei danni da fumo sembra potersi affrontare più adeguatamente attraverso forme di intervento pubblico diverse dalla responsabilità civile.

⁸² Cfr., par. 3.3.-3.4. della sentenza in commento.

non basti ad integrare il vizio la mera intrinseca pericolosità dei prodotti. Per la Corte, dunque, a) le sigarette non sono prodotti difettosi ai fini della responsabilità del produttore; b) la mera pericolosità intrinseca di un prodotto non basta a rendere il prodotto difettoso.

Consideriamo se queste conclusioni possono essere condivise, stante il dettato dell'art. 117 cod. cons., per cui «*un prodotto è difettoso quando non offre la sicurezza che ci si può legittimamente attendere*». La nozione, dunque, appare incentrata sulla discrasia fra a) *aspettative legittime* in merito alla pericolosità del prodotto e b) *pericolosità effettiva*: in assenza di tale discrasia, la mera pericolosità intrinseca non sembra sufficiente a rendere il prodotto difettoso. Appare, dunque, fondato il secondo principio desumibile dalla statuizione della Corte. Ovviamente, la pericolosità intrinseca deve essere tenuta in conto nel determinare la pericolosità effettiva: infatti, la norma prosegue imponendo di valutare la difettosità «*tenuto conto di tutte le circostanze*». Dunque, parrebbe che, affinché un prodotto, anche intrinsecamente pericoloso, possa dirsi difettoso ex art. 117 cod. cons., debba *legittimamente apparire meno pericoloso di quanto sia realmente*⁸³. Cioè, la *pericolosità effettiva* del prodotto debba essere superiore alla *pericolosità legittimamente attesa*⁸⁴.

Ci si deve, dunque, chiedere sotto quali condizioni un'aspettativa circa la pericolosità del prodotto possa dirsi legittima. Sembra ragionevole ritenere legittime le aspettative che un ipotetico agente medio si formerebbe

⁸³ La *ratio* della disciplina sembra, dunque, consistere nell'incentivare i produttori alla *disclosure* di informazioni relative alla pericolosità dei propri prodotti. La norma sembra voler promuovere la trasparenza circa la pericolosità dei prodotti mediante la tutela del legittimo affidamento dei terzi sulla loro pericolosità apparente.

⁸⁴ Cfr., in senso analogo, MONATERI, *Manuale della responsabilità civile*, Torino, 2001, 520, per il quale «*il prodotto risulta difettoso se il modo della sua commercializzazione, rispetto all'uso cui è destinato, induce il consumatore ad abbassare la soglia di attenzione che sarebbe invece stata ragionevole nella specie*».

«tenuto conto di tutte le circostanze» ed, in particolare, di quelle espressamente elencate dall'art. 117, 1 comma, cod. cons. Queste ultime paiono, così, riassumibili: a) le modalità della messa in circolazione del prodotto; b) «l'uso al quale il prodotto può essere ragionevolmente destinato e i comportamenti che, in relazione ad esso, si possono ragionevolmente prevedere» e c) il tempo della messa in circolazione. Sembra che l'uso ragionevole del prodotto debba consistere in quello che un ipotetico utente medio⁸⁵ porrebbe in essere; così come i comportamenti ragionevolmente prevedibili andranno determinati con riguardo alle capacità predittive di un ipotetico agente medio. Sembrerebbe, dunque, potersi concludere che *sono legittime le aspettative che un agente medio si formerebbe, al tempo della messa in circolazione di un prodotto e sulla base delle modalità di questa, circa la pericolosità di questo in relazione agli usi cui lo stesso agente medio destinerebbe la cosa ed ai comportamenti dei terzi rispetto a questa dal medesimo prevedibili.*

Quanto alla pericolosità effettiva, essa sembra doversi valutare *dato lo stato delle conoscenze all'epoca della sua messa in circolazione.* Infatti, l'art. 118, 1° comma, lett. e), cod. cons. esclude la responsabilità «*se lo stato delle conoscenze scientifiche e tecniche, al momento in cui il produttore ha messo in circolazione il prodotto, non permetteva ancora di considerare il prodotto come difettoso*». Come già segnalato, dovrà, comunque, tenersi in conto «*di tutte le circostanze*» ed in particolare di quelle contemplate dall'art. 117 cod. cons.

Concludendo, *un prodotto è difettoso quando la sua effettiva pericolosità, definita dato lo stato delle conoscenze all'epoca della sua messa in circolazione, è superiore a*

⁸⁵ Le caratteristiche di tale utente medio, ovviamente, devono variare a seconda del tipo di prodotto ed all'uso in vista del quale è stato fabbricato. Analogamente, MONATERI, *Manuale della responsabilità civile*, cit., 520, per il quale le aspettative rilevanti sarebbero quelle della collettività dei consumatori cui il prodotto è destinato.

quella che un agente medio si aspetterebbe, al tempo della messa in circolazione del bene e sulla base delle modalità di questa, in relazione agli usi cui lo stesso agente destinerebbe la cosa ed ai comportamenti dei terzi dal medesimo prevedibili.

Nel valutare la difettosità del prodotto e, più in generale, la responsabilità del produttore⁸⁶, risulta centrale la nozione di «messa in circolazione»⁸⁷. Essa non è, tuttavia, definita dalla citata Direttiva CE, cui la disciplina nazionale sulla responsabilità da prodotto cerca di dare attuazione. La Corte di Giustizia della Comunità Europea ha, dunque, avuto occasione⁸⁸ di colmare la lacuna, anche se non con riferimento alla nozione di prodotto difettoso, ma in merito all'art. 11 della direttiva, in tema di prescrizione. Per la Corte: «*si deve ritenere che un prodotto sia stato messo in circolazione, ai sensi dell'art. 11 della direttiva, quando è uscito dal processo di fabbricazione messo in atto dal produttore ed è entrato in un processo di commercializzazione in cui si trova nello stato offerto al pubblico per essere utilizzato o consumato*»⁸⁹. Dunque, il

⁸⁶ Cfr., altresì, l'art. 118, 1° comma, lett. a), cod. cons., che esclude la responsabilità «*se il produttore non ha messo il prodotto in circolazione*».

⁸⁷ Cfr., CABELLA PISU, *Ombre e luci nella responsabilità del produttore*, in *Contr. e imp.*, 2008, 617, per la quale il produttore risponde «*per messa in circolazione di un prodotto difettoso*».

⁸⁸ Cfr., CGCE, Sez. I, 9 febbraio 2006, C-127/04, *Declan O'Byrne c. Sanofi Pasteur MSD Ltd*, in *Racc.*, 2006, I-01313. La Corte aveva già accolto una diversa nozione (estremamente ampia) di messa in circolazione, con la sentenza CGCE, Sez. V, 10 maggio 2001, C-203/99, *Henning Vedfeldt c. Århus Amtskommune*, in *Racc.*, 2001, I-03569. In questo caso, tuttavia, la Corte era chiamata a pronunciarsi sull'art. 7 della direttiva relativo alle cause di esclusione della responsabilità, ed aveva fondato la propria interpretazione considerando sostanzialmente tale norma come eccezionale. Pare, dunque, che al fine di definire la nozione di prodotto difettoso (senz'altro, costituente una regola generale) questa decisione sia poco pertinente.

⁸⁹ Cfr., altresì, il par. 28 della decisione: «*A questo proposito resta irrilevante, in linea di principio, il fatto che il prodotto sia venduto*

prodotto è messo in circolazione quando esce dalla sfera di controllo del produttore. Stante la primazia del diritto comunitario, alla luce di tali indirizzi dovrà leggersi l'art. 119, cod. cons., che, invece, definisce la messa in circolazione solo come consegna all'acquirente, all'utilizzatore oppure al vettore od allo spedizioniere per l'invio ai primi⁹⁰. Dunque, applicando i principi comunitari alla produzione di sigarette, non si può dubitare che queste siano messe in circolazione, al più tardi, al tempo della consegna al tabaccaio, nonostante la lettera dell'art. 119 cod. cons.

Consideriamo, dunque, se i tabacchi da fumo possano ritenersi prodotto difettoso *ex art.* 117 cod. cons. Quanto alla pericolosità effettiva, sembra fuor di dubbio che a partire dal 1964⁹¹ la correlazione statistica fra fumo e cancro ai polmoni fosse provata. Dunque, con riguardo a tabacchi da fumo messi in circolazione dopo il 1964 deve

direttamente dal produttore all'utilizzatore o al consumatore oppure che tale vendita sia effettuata nell'ambito di un processo di distribuzione che implica uno o più operatori...». Tuttavia, «quando una delle maglie della catena di distribuzione è strettamente legata al produttore, per esempio nel caso di una società controllata al 100% da quest'ultimo, occorre stabilire se tale legame fa sì che tale entità sia in realtà implicata nel processo di fabbricazione del prodotto interessato...» (par. 28). «Spetta ai giudici nazionali stabilire, alla luce delle circostanze di ciascuna fattispecie e della situazione di fatto della causa di cui sono investiti, se i legami tra il produttore ed un'altra entità sono così stretti che la nozione di produttore ai sensi degli artt. 7 e 11 della direttiva incorpora anche quest'ultima entità e che la cessione del prodotto dall'una all'altra di tali entità non comporta la messa in circolazione del prodotto ai sensi delle dette disposizioni». A tal fine, «rileva sapere se si tratta di imprese che esercitano attività di produzione differenti oppure, al contrario, di imprese di cui una, la società controllata, agisce semplicemente come distributore o come depositario del prodotto fabbricato dalla società madre...» (cfr., par. 30).

⁹⁰ CABELLA PISU, *Ombre e luci nella responsabilità del produttore*, cit., 617, rileva il rischio dell'incompatibilità della normativa nazionale con quella comunitaria.

⁹¹ Rapporto Terry, citato da Trib. Brescia, sez. II, 10 agosto 2005, cit.

concludersi che le conoscenze scientifiche dell'epoca consentissero di comprendere che il fumo fosse dannoso. Il punto della questione riposa, dunque, nella definizione delle legittime aspettative circa la pericolosità dei prodotti considerati: in altre parole, ci si deve chiedere se, nei periodi di tempo, caso per caso, rilevanti per l'insorgenza della malattia, il fumatore medio, sulla base delle informazioni disponibili all'epoca della messa in circolazione dei prodotti fumati, fosse in grado di percepire i pericoli per la salute dovuti al loro consumo. In proposito, si rinvia alle argomentazioni svolte *supra* circa la notorietà dei rischi del fumo che portano a dubitare che, prima della comparsa delle avvertenze sulle confezioni di sigarette, il consumatore medio avesse una corretta percezione dei rischi cui andava esponendosi⁹². Dunque, a quell'epoca, il fumatore, non comprendendo le conseguenze del fumo normale e del suo abuso (per usare la terminologia invalsa presso le corti di merito), poteva ritenere entrambi *usi ragionevoli* del prodotto⁹³. Quindi, l'inadeguata percezione dei rischi del fumo *a*) rende *uso ragionevole* qualsiasi quantitativo assunto e *b*) rende legittime le aspettative circa un livello di sicurezza maggiore dell'effettivo. Dunque, la disciplina in parola sembra applicabile ai danni da fumo attivo compiuto anteriormente alla comparsa delle

⁹² *Contra* MONATERI, *La Cassazione e i danni da fumo: evitare un ennesimo "isolamento italiano"*, cit., 57, per il quale la pericolosità delle sigarette è generalmente nota almeno a partire dagli anni '70 del secolo scorso.

⁹³ Cfr., PACIFICO, *Il risarcimento del danno da fumo attivo*, cit., 1639, secondo il quale un uso ragionevole (in quanto ragionevolmente prevedibile) delle sigarette consiste nel «*consumarne una discreta quantità giornaliera*». Tale conclusione, tuttavia, sembra stata raggiunta indipendentemente dalla considerazione dell'informazioni disponibili al fumatore medio. L'autore, inoltre, considerando che il quantitativo citato è di per sé sufficiente a causare danni alla salute, conclude che le sigarette sono prodotti che mancano di sicurezza e, quindi, difettosi. Tale tesi non sembra accettabile, poiché sembra privare rilevanza alle *legittime aspettative* del fumatore e, conseguentemente, alla loro difformità rispetto alla *pericolosità effettiva* del prodotto.

avvertenze sulle confezioni⁹⁴. Queste sono state previste dalla legge 29 dicembre 1990, n. 428, la quale ha, tuttavia, consentito la messa in circolazione in assenza di avvertenze delle sigarette fino al 31 dicembre 1992 e degli altri tabacchi da fumo fino al 31 dicembre 1993 (cfr., art. 46, 2° comma). La disciplina della responsabilità da prodotto difettoso sembra applicabile con riguardo ai danni dovuti al consumo di sigarette messe in circolazione fra il 30 luglio 1988 (data iniziale dell'applicabilità della disciplina, cfr., art. 127, 3° comma, cod. cons.) ed il 31 dicembre 1992 (od anche successivamente purché prive delle avvertenze richieste dalla legge) ed ai danni dovuti al fumo degli altri prodotti messi in circolazione fino al 31 dicembre 1993. Ovviamente, si tratta di mera astratta applicabilità, al produttore sarà, comunque, sempre consentito di provare che in concreto il fumatore sapeva dei rischi ed andare così esente da responsabilità⁹⁵ (cfr., art. 122, 2° comma, cod. cons.). Dunque, con riferimento a questo periodo di tempo, l'opinione della Cassazione - che esclude in ogni caso l'applicabilità della disciplina - non sembra condivisibile. Si deve precisare che, mentre la Cassazione ha ritenuto parimenti pericolose *ex art. 2050 c.c.* tanto la produzione quanto la vendita di tabacchi da fumo, la disciplina della responsabilità da prodotto non equipara la posizione del

⁹⁴ Cfr., gli argomenti e le fonti citate *supra* in tema di interruzione del nesso di causalità. Cfr., altresì, PACIFICO, *Il risarcimento del danno da fumo attivo*, cit., 1639, il quale suggerisce un ulteriore non condivisibile argomento per escludere la responsabilità del produttore in epoca successiva alla comparsa delle avvertenze. Gli eventuali danni causati dall'inadeguatezza di tali avvertenze non possono generare responsabilità del produttore, in quanto tali avvertenze sono richieste dalla legge (cfr., *infra* nel testo) e, dunque, nella specie, il difetto deriverebbe da conformità a norma imperativa (cfr., art. 118, 1° comma, lett. *d*), cod. cons.). La tesi non è accettabile, perché la norma sull'etichettatura non sembra impedire ai produttori di fornire ai fumatori informazioni ulteriori rispetto a quelle prescritte dalla legge.

⁹⁵ Per quest'obiezione, cfr., PACIFICO, *Il risarcimento del danno da fumo attivo*, cit., 1639, che condivisibilmente riconduce tale situazione ad un'ipotesi di interruzione del nesso causale.

venditore a quella del produttore: al primo è estesa la responsabilità prevista per il secondo solo se «*ha omissis di comunicare al danneggiato, entro il termine di tre mesi dalla richiesta, l'identità e il domicilio del produttore o della persona che gli ha fornito il prodotto*» ed «*il produttore non sia individuato*» (art. 116 cod. cons.).

Si tenga, infine, in considerazione un rilevante limite alla tutela del fumatore attraverso la citata Direttiva: il danneggiato decade dal diritto al risarcimento se non propone l'azione entro dieci anni *dalla messa in circolazione del prodotto* (cfr., art. 126 cod. cons. che attua l'art. 11 della Direttiva). Quindi, dati i ristretti limiti temporali di astratta applicabilità della disciplina – individuati *supra* - e la previsione della decadenza, si deve concludere che oggi nessuna azione è più ammissibile, restano, invece, ammissibili domande proposte, al più tardi, a seconda del tipo di prodotto da fumo, nel corso dell'anno 2002 o 2003.