

Il “danno da fumo” tra regolamentazione e risarcimento. Note in tema di informazione, dissuasione e limiti cognitivi degli individui

Matteo Ferrari

Un approccio che intenda scoraggiare il consumo di sigarette, senza compromettere la libertà di scelta individuale, deve necessariamente passare attraverso l'elemento dell'informazione. La pluralità delle fonti di informazione, i limiti cognitivi degli individui, l'interazione tra regolamentazione e responsabilità civile richiedono un approccio multidisciplinare, che sappia disegnare e implementare forme di intervento *cognitive oriented*.

Introduzione

A partire dagli anni '90 del secolo scorso, la dottrina italiana ha cominciato a interrogarsi sempre più frequentemente se fosse proponibile anche alle nostre latitudini il medesimo percorso che negli Stati Uniti mirava ad affermare la responsabilità dei produttori di sigarette per i danni alla salute occorsi ai fumatori (Pardolesi, 1991; Ponzanelli, 1991). Agli stimoli e alle riflessioni avanzate in dottrina sono seguite, nel torno di un lustro o poco più, le prime sentenze municipali, le quali hanno tuttavia negato che potesse essere riconosciuta alcuna forma di ristoro¹. Ci sono voluti otto anni dalla prima pronuncia perché una corte riconoscesse per la prima (e, al momento, unica) volta una responsabilità in capo ai produttori di tabacco². Nella dottrina italiana le analisi fin qui prodotte sul tema hanno guardato, il più delle volte, al passato, esplorando le possibilità di ottenere un risarcimento dai produttori per la condotta da loro tenuta nella confezione e commercializzazione delle sigarette. Occasionalmente sono stati fatti cenni a problemi di *policy* più generali. In particolare, ci si è interrogati se effettivamente la responsabilità civile possa essere considerata lo strumento più efficace per governare il rischio sociale prodotto dal fumo (Pacífico, 2000;

¹ Trib. Roma 4 aprile 1997, in *Danno e resp.* 1997, 750 con nota di Cafaggi; Trib. Roma 11 febbraio 2000, in *Corriere giur.* 2000, 1639, con nota di Pacifico; Trib. Napoli 15 dicembre 2004, in *Danno e resp.* 2005, 641, con note di D'Antonio e Giacchero; App. Roma 11 aprile 2005, in *Danno e resp.* 2005, 631, con nota di Palmieri.

² App. Roma 7 marzo 2005, in *Danno e resp.* 2005, 641, con note di D'Antonio e Giacchero, nonché in *Corriere giur.* 2005, 672 con nota di Monateri. Si veda anche *Giud. di Pace di Portici* 20 novembre 2003, in *Danno e resp.* 2004, 996, con nota di D'Antonio.

Cafaggi, 1997; Stalteri, 1994). La prospettiva seguita da questo tipo di riflessioni differisce nettamente da quella prima indicata: qui lo sguardo si rivolge al futuro, per individuare quale sia la forma ottimale di controllo del fenomeno in parola. Di più: l'attenzione si focalizza non tanto sulla posizione del singolo individuo che si ritiene danneggiato, per comprendere se meriti di essere risarcito, quanto piuttosto sulla società nel suo complesso, bilanciando gli interessi dei fumatori con quelli degli altri attori sociali che, in misura maggiore o minore, si trovano coinvolti nella questione "fumo". È questa la prospettiva che anima questo contributo. Comprendere quale sia lo strumento più efficace per regolamentare le conseguenze sociali del consumo di tabacco equivale ad assemblare le tessere di un *puzzle* molto complesso, dove s'intrecciano piani di lettura differenti, molteplici attori, interessi in conflitto. Significa identificare un modello idoneo a comporre un quadro composto di tanti tasselli diversi in cui, accanto alla tutela della salute, deve trovare spazio la protezione della libertà di scelta; nel quale le esigenze dei fumatori vanno coordinate con le istanze di tutela di chi il fumo lo respira passivamente o di chi, attraverso la contribuzione fiscale, è chiamato a sopportare i costi per la cura delle malattie che derivano dal fumo; dove, infine, considerare gli interessi economici dei produttori di tabacco accanto a quello delle amministrazioni pubbliche che dalla vendita di tabacco ricavano cospicui introiti fiscali.

Lo strumento più adatto per farsi carico di questi problemi è la regolamentazione accentrata di tipo amministrativo, oppure deve ritenersi che l'opera di coordinamento cui si è fatto cenno possa essere efficacemente assicurata dalla responsabilità civile? È ipotizzabile un sistema misto, in cui le diverse caratteristiche della responsabilità civile e della regolamentazione trovino modo di coordinarsi?

L'ordine di esposizione di queste note ricalca la successione delle domande che ci siamo appena posti e richiede l'adozione di una prospettiva metodologica che ponga al centro dell'indagine il tema dell'informazione. Questa chiave di lettura permette un felice coordinamento dei molti aspetti problematici che si frappongono a una gestione sociale ottimale del fenomeno "fumo". Da un lato, infatti, l'informazione rappresenta l'elemento che consente di analizzare in parallelo il modo di operare della responsabilità civile e della *regulation*. Dall'altro, la tutela della salute, ma anche la protezione della libertà di scelta degli individui, passa necessariamente attraverso il *medium* dell'informazione. Emerge allora l'importanza di rapportarsi al problema indagato alla luce delle acquisizioni raggiunte dalla psicologia cognitiva, un sapere volto a indagare i meccanismi che presidono all'acquisizione delle informazioni da parte dell'uomo e che ha subito rivelato le sue potenzialità multidisciplinari, stabilendo proficue interazioni con l'economia e il diritto.

Regolamentazione, informazione e processi decisionali degli individui

Occorre in primo luogo individuare e descrivere le variabili che influenzano la nostra analisi. Informazione, percezione del rischio e scelta individuale sono parti di un processo unitario, attraverso il quale l'informazione deve essere formulata in modo da incidere sulla percezione del rischio e, di conseguenza, sulle scelte individuali. Si tratta allora di comprendere come l'informazione debba essere costruita e diffusa per assicurare la maggior efficacia possibile al messaggio che si vuole trasmettere. A tal fine la nostra analisi verrà condotta presupponendo che il messaggio che si intende diffondere, di fronte alla scelta di non vietare l'attività dannosa in questione, sia quello per cui il fumo danneggia la salute propria e dei c.d. *by-standers*.

Le fonti di informazione di cui il consumatore può avvalersi per venire a conoscenza della pericolosità del consumo di sigarette sono molteplici. Da un lato, le politiche informative poste in essere dal legislatore e/o dalle autorità amministrative, che si concretizzano in diversi interventi, quali l'obbligo di apporre sui pacchetti avvertenze sulla pericolosità del fumo, campagne pubblicitarie che sottolineano i rischi connessi al tabacco e invitano al contempo a smettere di fumare, proibizioni per i produttori di sigarette di pubblicizzare i propri prodotti, divieti per i fumatori di abbandonarsi al proprio vizio in luoghi determinati. Dall'altro lato, il fumatore dispone di una serie di informazioni che prescindono dall'iniziativa pubblica. Così, per esempio, per le notizie sui rischi del fumo che riceve da amici e parenti, per le informazioni che affiorano dalla *litigation* che colpisce i produttori di tabacco o da inchieste giornalistiche, oppure da segnali che emergono dalle proprie vicende personali o familiari relative allo stato di salute.

Gli elementi di informazione prodotti da queste diverse fonti devono essere elaborati dagli individui, onde rappresentarsi il livello di rischio che si è disposti ad accettare consumando il prodotto tabacco. È proprio la fase di elaborazione del rischio quella che presenta le maggiori problematiche nei contesti di *decision-making*. Il dilemma di fondo concerne la possibilità di considerare il consumatore come un soggetto in grado di compiere le proprie scelte in modo razionale, problema ampiamente dibattuto nella letteratura che ha analizzato le scelte adottate dagli individui in situazioni di incertezza. Il modello economico neoclassico presuppone che il consumatore sia un soggetto pienamente razionale, in grado di elaborare correttamente le informazioni che riceve e di compiere scelte coerenti con tali elaborazioni. Diversamente, per i cultori della psicologia comportamentale il preteso consumatore razionale è in realtà un individuo incapace sia di elaborare in modo asettico i dati che gli vengono presentati, sia di adottare comportamenti coerenti con quanto ha elaborato. Vediamo più da vicino le argomentazioni che contribuiscono a offuscare il mito del consumatore razionale, passando in rassegna i meccanismi cognitivi che vanificano una cor-

retta elaborazione delle informazioni, impedendo un *decision-making process* asettico, per poi descrivere alcuni dei c.d. *cognitive biases* che ottenebrano la nostra mente, raggruppandoli in alcune categorie descrittive (Kahneman, 1982; Jolls, Sunstein, Thaler, 1998; Korobkin, Ulen, 2000).

Un primo gruppo di inclinazioni che incidono sul processo decisionale degli individui deriva dalla complessità e ambiguità delle decisioni che questi ultimi sono chiamati a prendere. Alcune scelte presuppongono la valutazione di una gamma di dati considerevole e la capacità di calcolare l'interazione fra numerosi fattori, compiti che la mente umana affronta elaborando tali dati in forma semplificata. Per evitare paralisi decisionali dovute alla molteplicità e oscurità dei fattori in gioco, gli individui selezionano solo alcuni di questi fattori, facilitando così il *decision-making process*. A ciò si deve aggiungere la seconda categoria di *cognitive biases*. Gli individui tendono a sovrastimare determinate caratteristiche di un fatto o di una notizia, tralasciandone altre di pari importanza: tali caratteristiche finiscono per essere ritenute la qualità saliente e distintiva dell'intera attività o notizia. In questo gruppo di distorsioni cognitive rientra la c.d. *availability heuristic*, cioè la sovrastima della frequenza di un determinato fatto dovuta a una particolare enfasi posta sul medesimo (per esempio a livello mediatico: è il caso degli incidenti aerei). Il terzo e ultimo gruppo di *biases* riguarda il fatto che gli individui tendono a fare un uso strumentale delle informazioni che percepiscono. Vi è così la tendenza a interpretare le informazioni di cui si è in possesso in modo tale che queste si adattino a proprie idee preconcepite o a come effettivamente i fatti si sono verificati (rispettivamente *confirmatory bias* e *hindsight bias*). La lettura dei dati diventa una lettura di parte, nel senso che questi vengono intesi per confermare altri dati o convinzioni di cui si era già in possesso. A ciò va aggiunto che vi è un'inclinazione per cui, se il singolo ritiene che il fatto sia perfettamente controllabile, sarà portato a minimizzare la probabilità che da quel fatto possano derivare conseguenze negative (c.d. *overconfidence bias*). Occorre, infine, ricordare che le distorsioni cognitive appena descritte non operano l'una distinta dall'altra: al contrario, esse interagiscono e si rafforzano tra loro, contribuendo nel loro complesso a rendere l'individuo incapace di elaborare in modo pienamente razionale le informazioni fornitegli.

La scelta di fumare sconta i problemi cognitivi appena descritti a livello generale. Giudicare se fumare è dannoso per la salute implica la valutazione di una serie di informazioni già di per sé ambigue (si pensi alla non univoca interazione tra fumo e inquinamento ambientale nella eziopatogenesi del cancro al polmone), a cui si aggiunge la spesso errata convinzione, coltivata dalla maggior parte dei fumatori, di essere in grado di smettere di fumare a proprio piacimento. Risulta dunque fondamentale riflettere su quali informazioni sono fornite e quali dati vengono sottolineati nel veicolare il messaggio relativo alla pericolosità del fumo. In questo contesto, si è assistito negli anni a una vera e propria guerra dell'informazione tra attivisti delle campagne antifumo e produttori di tabacco, con i primi impegnati a focalizzare l'attenzione del pubblico

su studi scientifici, iniziative legislative o esiti giudiziari da cui desumere la pericolosità del consumo di sigarette, e i secondi pronti a enfatizzare ogni dato utile a revocare in dubbio la presenza di rischi riconducibili al tabacco, anche attraverso l'utilizzo di c.d. *junk science* (Ong, Glantz, 2000).

Oltreatlantico si è tentato di quantificare l'incidenza sul consumo di sigarette che le varie fonti di informazione hanno mostrato sul campo, riscontrando segnali contrastanti circa l'effettività degli *health warnings* via via implementati. Per esempio negli USA, alla fine degli anni '60, le radio e televisioni nazionali cominciarono a trasmettere, accanto a spot che pubblicizzavano sigarette, messaggi che diffondevano informazioni sui rischi del tabacco. Si registrò un calo del consumo di sigarette pari al 7,2%. Dopo un periodo di tre anni di informazioni, per così dire, "miste", entrò in vigore il divieto di trasmettere su radio e televisione qualsiasi tipo messaggio riguardante il tabacco, fosse esso promozionale o disincentivante. Ne conseguì un incremento nel consumo di tabacco pari al 4,5% (Bayer, Colgrove, 2004).

Il dibattito sull'efficacia delle campagne antifumo divide gli addetti ai lavori. Alcuni autori (Viscusi, 1992) ritengono che le campagne antifumo sono state in grado di ridurre il consumo di sigarette; altri sono di avviso contrario (Slovic, 2001; Romer, Jameson, 2001; Sloan, Smith, Taylor Jr., 2003, 62 ss.). Con riferimento all'esperienza italiana mancano specifici studi di settore che abbiano misurato l'impatto delle campagne antifumo sul consumo di sigarette. Estendere i risultati visti con riguardo agli Stati Uniti appare d'altro canto problematico, tenuto anche conto del fatto che negli USA vi è una parziale possibilità di pubblicizzare i *tobacco products*. Può essere utile far riferimento all'esperienza francese, in cui, a partire dal 1976 (*Loi Veil*) vi sono divieti di pubblicizzazione delle sigarette analoghi a quelli presenti in Italia. Il consumo di tabacco oltralpe crebbe costantemente fino al 1990, per poi ridursi nel periodo 1991-1997 e, infine, stabilizzarsi ai giorni nostri. Significativo è il fatto che il periodo di declino nel consumo di tabacco sia coinciso con la promulgazione della *Loi Evin*, tramite cui furono introdotti divieti più rigidi in materia di pubblicità indiretta e fumo in luoghi pubblici, così come strumenti di *enforcement* più efficaci rispetto alla legge precedente. Per contro, è stato notato come la *Loi Evin* sia ancora oggi malamente applicata e poco efficace, tanto che la riduzione nel consumo di sigarette negli anni 1991-1997 sarebbe da attribuirsi a un aumento significativo del loro prezzo (Nathanson, 2004).

Pur mancando dati specifici idonei a dimostrare gli effetti che gli interventi regolativi hanno spiegato nel tempo sul consumo di tabacco in Italia, meritano di essere esaminate con attenzione le decisioni emanate sia in sede giudiziale sia dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato in materia di pubblicità indiretta dei prodotti del tabacco. I divieti di forme di pubblicità, diretta e indiretta, delle sigarette risalgono in Italia al 1962 (L. 10 aprile 1962, n. 165) e sono stati via via rafforzati da successive disposizioni, anche non strettamente legate ai prodotti da tabacco, come è il caso del D.Lgs. 25 gennaio 1992, n. 74, in materia di pubblicità ingannevole. Recentemente è stato emanato il D.Lgs. 16

dicembre del 2004, n. 300 che, attuando la Direttiva 2003/33/CE, ha ribadito il divieto di pubblicità di prodotti del tabacco e posto forti limiti alla loro sponsorizzazione³.

L'attenzione dei giudici e dell'autorità indipendente si è concentrata sulla nozione di pubblicità ingannevole intesa come sottospecie della pubblicità indiretta, al fine di delimitare l'ambito di applicabilità del divieto di pubblicità relativo al tabacco e in particolare a prodotti merceologicamente diversi come, per esempio, abbigliamento, gadgets ecc. Il che significava stabilire se queste pratiche pubblicitarie avessero una "capacità evocativa" in grado di orientare le scelte dei fumatori, attuali o potenziali, incrementando la domanda di prodotti derivati dal tabacco e ponendosi così in contrasto con la *policy* sanitaria sottesa al divieto di pubblicità implementato con riferimento a questo tipo di prodotti. Dopo un stagione di contrasti giurisprudenziali, furono le Sezioni Unite della Corte di Cassazione nel 1995 a dirimere il problema⁴, abbracciando una nozione estensiva di propaganda pubblicitaria, dopo aver riconosciuto che il divieto di pubblicità è uno strumento che il legislatore ha sancito proprio per tutelare la salute pubblica. Ciò che preme rilevare nella nostra prospettiva è il fatto che i giudizi di legittimità abbiano riscontrato l'inadeguatezza della regolamentazione allora vigente nel fronteggiare in modo efficace i problemi relativi al ruolo assunto dall'informazione nel contesto della commercializzazione delle sigarette. Considerazioni non dissimili emergono dall'analisi delle decisioni emesse dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato sulle sigarette *light* (D'Antonio, 2003). Il problema consisteva nel comprendere se la dicitura *light* (o *mild*) apposta su alcuni tipi di sigarette potesse rappresentare una forma di pubblicità ingannevole volta a indurre i fumatori a ritenere che tali tipi di sigarette non fossero dannose, o lo fossero in misura minore rispetto alle sigarette tradizionali. In termini più precisi il problema richiedeva di decidere se la dicitura *light*, intesa quale marchio contraddistinguente un determinato tipo di sigarette, avesse effetti pubblicitari decettivi e dovesse pertanto essere vietato. Anche in questo caso, dopo qualche tentennamento, l'AGCM ha promosso un'interpretazione estensiva della *ratio* sottesa alla *regulation* relativa al divieto di pubblicità dei prodotti derivati dal tabacco. In tal modo l'Autorità ha integrato una regolamentazione che sembrava inadatta a perseguire le sue finalità, ovvero scoraggiare il consumo di tabacco, informando i consumatori di tali prodotti sui rischi legati alla scelta di fumare.

Il nucleo comune da cui, a nostro avviso, hanno preso le mosse sia i giudici togati sia i decisori amministrativi italiani consiste nella presa di coscienza che la regolamentazione esistente in materia di pubblicità di prodotti da fumo si rivolgeva a un modello di fumatore, per così dire, semplificato, che non teneva in debito conto i limiti cognitivi dei soggetti esposti a tale azione informativa.

³ Diverso il discorso sull'apposizione degli health warnings sui pacchetti di sigarette, oggi disciplinata in modo esaustivo dal D.Lgs. 24 giugno 2003, n. 184, che ha attuato la Direttiva 37/2001/CE.

⁴ Cass. S.U. 6 ottobre 1995, n. 10508, in *Foro it.*, 1995, I, 3458, con nota di Borrelli, Pardolesi. Si veda inoltre Cass. 7 luglio 1999, n. 7029, in *Foro it.*, 1999, I, 3537, con nota di Filograna.

A questo ragionamento si potrebbe obiettare che il divieto di pubblicità, vigente fin dal 1962, era mirato proprio a tutelare un consumatore facile a essere influenzato dalle *réclames* dei produttori di tabacco. La risposta a tale critica può essere sviluppata su due piani. In primo luogo il divieto di pubblicizzazione di un prodotto non implica necessariamente che si sia consapevoli dei *cognitive biases* che affliggono il consumatore. Lo scopo può essere semplicemente di evitare che un consumatore, pur sempre razionale, venga sommerso di informazioni pro-sigarette, senza che al contempo vi sia alcun soggetto, pubblico o privato, che diffonde contro-informazioni sui pericoli del fumo. In secondo luogo non è mai stato chiaro se il divieto di propaganda in parola fosse rivolto solo a forme dirette di pubblicità, o anche a forme indirette. Ciò che a noi interessa sono solo le forme indirette di pubblicità, tenuto conto che le prime sono compatibili sia con un consumatore razionale sia con uno “affetto” da pregiudizi cognitivi. In realtà gli approdi interpretativi della Cassazione riguardo alla pubblicità indiretta e ingannevole, e quelli dell’Autorità Antitrust in materia di marchio ingannevole sono il frutto di un’evoluzione sviluppatasi nel tempo, che testimonia come anche nei decisori sia maturata progressivamente la consapevolezza di dover arricchire il modello di consumatore di riferimento, tenendo conto di alcuni suoi limiti a livello cognitivo e, al contempo, correggendo certe smagliature della regolamentazione.

Le esperienze statunitense e italiana sull’efficacia della regolamentazione in materia di prodotti da fumo dimostrano che l’attenzione deve essere concentrata principalmente su come i divieti vengono costruiti (nel caso italiano) o su come le informazioni vengono confezionate (nel caso statunitense) e, al contempo, mettono in rilievo come il modello di consumatore cui riferirsi debba essere quello di un soggetto dalla razionalità limitata.

La capacità regolativa della responsabilità civile e i suoi limiti

La capacità della responsabilità civile di rappresentare un valido sostituto alla regolamentazione amministrativa nella gestione di fenomeni sociali, quali il consumo di sigarette, appare legata alla funzione di *deterrence* che le viene riconosciuta e che anzi, per taluni autori, appare la finalità principale della responsabilità civile (Cooter, Ulen, 2004, 307 ss.). Anche la responsabilità civile è uno strumento in grado di diffondere informazioni all’esterno, segnalando la maggiore o minore pericolosità di una certa attività, così come la misura degli standard di sicurezza che devono essere rispettati. La funzione di *deterrence* si riconnette proprio a questa capacità informativa, da cui discende un sistema di incentivi e disincentivi. Non pochi autori hanno però messo in dubbio l’effetti-

va capacità della responsabilità civile di avere effetti di prevenzione assimilabili a quelli espressi dalla *regulation*.

In primo luogo la funzione di *deterrence* presuppone un modello di attore razionale, che sia in grado di rispondere agli stimoli esterni in modo coerente e logico. Abbiamo già visto in precedenza, però, come tale modello sia da considerarsi irrealistico alla luce dei *cognitive biases* che condizionano la mente umana (Schuman, 1993, 163-164; Schwartz, 1994, 383; Rabin, 2001, 348 ss.). Si pensi, per esempio, alla c.d. *overconfidence*. Si può essere consci che una certa attività comporta statisticamente un dato rischio di causare danni a sé o a terzi. Tuttavia, nel momento in cui queste informazioni vengono rapportate al proprio agire, si sceglie di svolgere comunque quella attività, perché si ritiene di essere in grado di controllarla, evitando danni. Si pensi, ancora, al *confirmatory bias*. Si può ritenere che determinati danni si verifichino non a causa di una propria azione, ma di elementi esterni o di sequenze causali che si è in grado di controllare: le informazioni di cui si è in possesso vengono così interpretate in modo tale da supportare questa propria precomprensione. Un esempio riferito al nostro tema: il fumatore che ritiene di poter smettere di fumare quando vuole. Tale convinzione può essere rafforzata attraverso una lettura unidirezionale di altre informazioni: il fatto che alcuni soggetti smettano di fumare viene interpretato come segno che abbandonare il proprio vizio sia un semplice atto di volontà, minimizzando così le difficoltà che la dipendenza da nicotina invece comporta.

In secondo luogo si rileva come la capacità deterrente della responsabilità civile dipenda dalla definizione di standard di diligenza certi e precisi. Solo se tali standard vengono portati a conoscenza degli interessati con sufficiente chiarezza, costoro potranno conformare le proprie azioni a quanto richiesto e andare così esenti da responsabilità (Schuman, 1993, 123-124). Tuttavia la responsabilità civile, a ogni latitudine, è un settore del diritto contraddistinto da una spiccata produzione giurisprudenziale che, se per un verso assicura una certa flessibilità, dall'altro non consente di cristallizzare con certezza gli standard di condotta esigibili dai consociati. Il fatto che i potenziali convenuti si trovino in presenza di standard incerti porta a fenomeni di *underdeterrence* o di *overdeterrence* capaci di minare un sistema di incentivi e disincentivi efficiente.

Un terzo tipo di problemi sollevato dalla dottrina riguarda la conoscenza e la comprensione delle regole di condotta create dai giudici attraverso la responsabilità civile (Schuman, 1993, 158). Non si tratta di riproporre la considerazione per cui i singoli sono afflitti da pregiudizi cognitivi che impediscono un corretto *decision-making process*, quanto piuttosto di analizzare più da vicino se (e come) le decisioni dei giudici siano portate a conoscenza degli interessati. Anche ammettendo che i destinatari di tali informazioni siano soggetti perfettamente razionali, si dovrà comunque fornire loro tutte le informazioni rilevanti perché possano scegliere. Se le informazioni che devono essere portate a conoscenza nel caso specifico sono le decisioni e, più in generale, le argomentazioni utilizzate dai giudici nelle loro sentenze, si dubita che ciò possa avvenire nel mondo reale a causa della poca attenzione (salvo casi sporadici) che le decisioni giudiziarie, contraddistinte da un

linguaggio tecnico poco comprensibile ai profani, ricevono dai *mass media*. Si è poi sostenuto che il sistema di responsabilità civile possa svolgere solo un ruolo secondario nel disincentivare l'agire dannoso, in quanto sarebbero altri fattori a determinare tale risultato. Con riferimento ai produttori in genere, elementi quali la reputazione commerciale giocherebbero un ruolo ben più importante del timore di una sanzione risarcitoria, specie se i *media* enfatizzassero determinati rischi associati al prodotto in questione (Schwartz, 1994, 383-384).

Nonostante i problemi di *optimal deterrence* appena sottolineati, alcuni autori continuano a magnificare la capacità della responsabilità civile di governare le attività pericolose, difendendo la capacità deterrente espressa dal sistema (Shavell, 1997; Posner, 1998). Nel settore della produzione di sigarette, non è mancato chi ha ritenuto che un sistema risarcitorio a iniziativa privata sia preferibile a regolamentazioni di tipo amministrativo, le quali, alla prova dei fatti, si sarebbero rivelate inefficienti (Hanson, Logue, 1998).

Quali conclusioni trarre sull'effettiva capacità della responsabilità civile di governare un fenomeno così ampio e complesso quale quello del consumo di sigarette, alla luce delle considerazioni che abbiamo svolto in tema di *deterrence*? Ci pare utile richiamare una distinzione introdotta da uno *scholar* statunitense, che ha ritenuto opportuno differenziare una versione forte e una versione moderata della capacità deterrente del *tort law* (Schwartz, 1994, 378-379). La versione forte coincide con i modelli di deterrenza sviluppati dall'analisi economica del diritto, cioè con modelli che, se correttamente disegnati e applicati, sono in grado di produrre l'*optimal deterrence*. La versione moderata ritiene che la responsabilità civile sia capace di generare una certa quantità di *deterrence*, anche se minore rispetto a quanto i cultori della *law and economics* tendono a predire. In altri termini, nella versione moderata la *tort law* è solo uno degli elementi che contribuiscono a incentivare comportamenti virtuosi rispetto alla produzione di danni, essendo però incapace di determinare da sola livelli di deterrenza ottimale. L'Autore conclude che, mentre la versione forte non trova riscontro a livello empirico, la versione moderata ha un riscontro nella realtà. Una conclusione che appare condivisibile in linea generale, tenuto conto che vi sono settori dove indubbiamente la responsabilità extracontrattuale si è rivelata in grado di influenzare le condotte degli agenti coinvolti (è il caso, per esempio, della responsabilità medica). Tuttavia, nel settore specifico della responsabilità civile da fumo, l'impatto in punto di *deterrence* appare modesto, se non questionabile: la *tobacco litigation* statunitense ha prodotto ben magri risultati risarcitori per gli attori, né pare essere stata in grado di indurre i produttori di sigarette a immettere sul mercato prodotti più sicuri o a migliorare la quantità e la qualità delle informazioni fornite ai fumatori⁵.

Si può individuare un risultato indiretto della *litigation* considerando che le risorse finanziarie che i produttori hanno dovuto impiegare per sostenere i costi

⁵ Anche se sembra prematuro trarre considerazioni in punto di *deterrence* con riferimento al case law italiano, tuttavia la tendenza che emerge dalle (poche) sentenze stilate dai giudici municipali non è certo favo-

revole agli attori, per cui non pare azzardato guardare all'esperienza statunitense per dipingere possibili, futuri panorami sul problema che qui affrontiamo.

di lite si sono tradotte nell'aumento dei prezzi delle sigarette, innescando una conseguente contrazione della domanda. Ma si tratta di un risultato modesto se paragonato all'assunto di chi ha sostenuto che la *tobacco litigation* fosse in grado di proteggere la *public health* in modo ottimale (Rabin, 2001, 349). L'effetto benefico indiretto determinato dai costi della *litigation* è, infatti, giunto al prezzo di elevatissimi costi transattivi, propri dello spostamento di risorse attraverso la (parziale) riallocazione operata tramite il funzionamento giudiziale della *tort law* (Calfee, 2002). Ancor più modesti i risultati conseguiti dal *case law* in parola nella prospettiva della capacità di veicolare informazioni. Se il prezzo rappresenta in linea teorica un segnale in grado di comunicare indirettamente informazioni sulla pericolosità del prodotto che si sta acquistando, non può non rilevarsi come, alla luce dei *cognitive biases* che si sono descritti, questo segnale vada in gran parte perduto (Calfee, 2002, 58-59).

Implicazioni della policy. Verso una costruzione cognitive oriented della regolamentazione con specifico riguardo al profilo informativo

Le considerazioni che precedono costituiscono una sorta di *pars destruens* tesa a porre alcuni dei problemi sollevati dalla regolamentazione amministrativa e dalla responsabilità civile, sia da un punto di vista teorico sia pratico, quali strumenti impiegati per limitare il consumo di tabacco. Nella seconda parte del contributo si avvanzeranno alcuni suggerimenti per amministrare in modo socialmente più efficace il fenomeno fumo, consapevoli che, trattandosi di suggerimenti, non possono costituire una proposta organica.

La principale critica mossa alla regolamentazione amministrativa consiste nel non aver saputo divulgare messaggi atti a dissuadere in modo efficace dal consumare prodotti derivati dal tabacco. Si tratta allora di comprendere come confezionare e trasmettere messaggi che siano in grado di raggiungere i risultati voluti, alla luce dei fallimenti delle passate esperienze e dei limiti cognitivi propri degli individui. Prima di avanzare proposte in tal senso, vale la pena di chiedersi, tenuto conto dei *cognitive biases* che colpiscono gli individui e la conseguente difficoltà di veicolare informazioni sui rischi che il fumo comporta, perché non vietare *tout court* la produzione e commercializzazione di un prodotto che assume un'elevata pericolosità sociale? Riconoscere l'esistenza di limiti cognitivi non implica però arrendersi di fronte a essi, ma, più semplicemente, tenerne conto quando si decide di implementare una qualche forma di intervento. Imporre politiche di tipo paternalistico comporta notevoli costi, primo fra tutti la rinuncia a un principio basilare nella nostra società quale quello della libertà individuale. In tal senso, l'ordinamento deve intervenire in un contesto in cui sia comunque assicurata la libertà di scelta dei singoli (Cosentino, 1993; Rachlinski, 2003; Klick, Mitchell, 2005). La prospettiva al-

l'interno della quale intendiamo avanzare le nostre proposte non può essere, quindi, che quella di garantire la *freedom of choice* degli individui.

Possono essere indicati tre punti in grado di orientare il dibattito. In primis, i messaggi devono essere ideati e confezionati sulla base di un approccio multidisciplinare, che tenga conto cioè di una pluralità di fattori (costi economici legati all'implementazione della misura prescelta, conseguenze legali che ne possono derivare, capacità dei messaggi di far presa sui destinatari). È necessario comprendere, prima di tutto da un punto di vista culturale, che veicolare informazioni sui rischi connessi a un certo prodotto costituisce un'attività complessa, che richiede abilità molto diversificate. In aggiunta, si tratta di un'attività che necessita di una continua opera di revisione e aggiornamento, via via che il contesto in cui si inserisce muta (Magat, Viscusi, 1992). In secondo luogo una buona informazione sui rischi di un prodotto non è necessariamente un'informazione completa: a causa dei limiti cognitivi di cui soffriamo, una mole di dati eccessivamente ricca può determinare effetti indesiderati, quali per esempio l'incapacità di memorizzare tali informazioni o di concentrarsi su quelle più salienti. Da ciò la necessità di trovare il giusto bilanciamento tra completezza e incisività, per evitare un sovraccarico di dati che finirebbe per rendere inefficace il messaggio trasmesso (Magat, Viscusi, 1992, 185-186). Infine, si deve tener presente che l'*informational regulation* che si intende implementare deve conformarsi alle specifiche caratteristiche del prodotto e dei consumatori che ne fanno uso. Ciò significa che non è possibile pensare di creare un modello generale di regolamentazione informativa, che appaia valido per qualsiasi prodotto o in qualsiasi circostanza (Magat, Viscusi, 1992, 7-8).

Quest'ultima notazione permette di calare le riflessioni svolte in linea generale sulla psicologia cognitiva nel campo specifico dei prodotti del tabacco. Quanti ritengono che la campagna informativa relativa ai rischi del fumo non abbia prodotto gli effetti voluti attribuiscono tale fallimento alla mancanza di incisività dei messaggi trasmessi. I messaggi sarebbero stati troppo generici, indicando, per esempio, che il fumo uccide o che provoca il cancro, ma senza chiaramente riportare tali informazioni alla salute del singolo fumatore che recepisce il messaggio. Ricerche empiriche dimostrano, al contrario, come le informazioni trasmesse più efficacemente siano quelle che permettono al destinatario di collegare tali informazioni a esperienze concrete di cui ha avuto conoscenza o che ha vissuto personalmente. Ciò significa che i messaggi devono essere costruiti in modo tale da valorizzare i possibili legami tra l'informazione che si vuole trasmettere e il vissuto del destinatario. Il messaggio deve essere personalizzato, in altre parole, perché la nostra mente tende ad acquisire informazioni per lo più attraverso l'esperienza. Alcuni autori (Sloan, Smith, Taylor Jr., 2003) hanno sottolineato come la maggior parte dei fumatori smette di fumare quando loro stessi, oppure amici e parenti, subiscono un *major health shock* (infarto, cancro ecc.) riconducibile causalmente al consumo di sigarette. Ugualmente, l'essere messi a confronto con conseguenze pregiudizievoli per la propria salute che incidono negativamente sulla qualità di vita, quali inabilità o necessità di frequenti cure, ha effetti maggiormente dissuasivi che il semplice riferimento a patologie mortali. Questo dipenderebbe dal

fatto che la morte dovuta a patologie dipendenti dal fumo viene percepita come un evento futuro che non implica periodi di malattia o sofferenza prolungati: il fumatore medio confida che la propria qualità di vita sia buona fino al momento della morte. A riscontro di quanto si dice è diffusa la convinzione per cui è sempre possibile smettere di fumare, determinando così un netto miglioramento della propria salute, se non un vero e proprio ripristino della *status quo ante*. In realtà vari studi epidemiologici dimostrano come il fumo comporti conseguenze irreversibili per il nostro organismo. Come personalizzare questo messaggio che va veicolato a un pubblico di destinatari che, almeno potenzialmente, coincide con l'intera massa dei consumatori? Le fonti di informazione impiegabili per veicolare informazioni sui rischi del tabacco sono molteplici. Il livello di personalizzazione sarà necessariamente limitato nel caso di messaggi che si rivolgono a un pubblico indistinto: si pensi agli *health warnings* apposti sui pacchetti di sigarette, oppure alle campagne "antifumo" pubblicizzate attraverso i *mass media*. Più in particolare si può pensare a messaggi che siano costruiti in modo tale da focalizzare l'attenzione sul complesso di pregiudizi negativi, anche in termini di qualità della vita, che il fumo comporta. In aggiunta, un utile strumento attraverso cui fare leva può essere l'aumento del prezzo delle sigarette, anche se, per i motivi che abbiamo già indicato in precedenza, dovrà essere affiancato da messaggi meno ambigui. L'Unione europea sembra essersi mossa in tal senso con l'art. 5 della Direttiva 2001/37/CE, ripreso nell'art. 6, 4 comma, D. Lgs. 184/2003, il quale prevede che possano essere apposti sui pacchetti di sigarette «*fotografie a colori o pittogrammi che illustrino e spieghino le ripercussioni del fumo sulla salute*». È stato, inoltre, indetto un bando di gara per la realizzazione di tali immagini: si veda in proposito la decisione della Commissione del 5 settembre 2003 "*on the use of colour photographs or other illustrations as health warnings on tobacco packages*", pubblicata sull'*Official Journal of European Union* del 10 settembre 2003. Altri tipi di messaggi possono essere veicolati con un maggior grado di personalizzazione: si pensi al ruolo che possono svolgere al riguardo i medici, specie in un sistema sanitario quale il nostro, dove il medico di famiglia identifica un'istituzione che gode ancora di notevole prestigio. Tale soggetto appare in una posizione ideale per realizzare quell'opera di collegamento tra consapevolezza generica della pericolosità del tabacco e rischi per la propria salute che abbiamo indicato essere uno degli snodi fondamentali per realizzare una campagna informativa realmente efficace. L'opera di collegamento in parola può essere svolta anche con altre modalità, quali per esempio campagne informative condotte nei luoghi di lavoro, nelle scuole o in gruppi ristretti dove sia possibile creare rapporti stabili e un clima di fiducia. La figura del medico sembra ideale proprio perché generalmente è legata a un rapporto di fiducia a lungo termine con il proprio paziente. A ciò si aggiunga che, quale *learned intermediary*, le opinioni espresse da tale soggetto godono di una considerazione qualificata ben più efficace rispetto a quelle che possono essere fornite da qualsiasi altro individuo.

Un sistema di responsabilità civile sarebbe in grado di veicolare informazioni in modo tanto efficace quanto una regolamentazione con le caratteristiche

descritte? La risposta, a nostro avviso, deve essere negativa per diverse ragioni. In primo luogo abbiamo più volte sottolineato la necessità di creare messaggi calibrati in modo tale da tenere in considerazione una pluralità di aspetti, tanto che si è ritenuto necessario adottare un approccio multidisciplinare e flessibile: multidisciplinarietà e flessibilità che meglio si conciliano con la regolamentazione che con la responsabilità civile. In secondo luogo, ciò che la responsabilità extracontrattuale è in grado di fare è costringere i convenuti a rivelare informazioni sulla pericolosità del proprio prodotto. Ma questa è solo una parte del problema che qui interessa, fermo restando che tali informazioni devono essere poi elaborate e rese conoscibili ai consumatori. È proprio questo ulteriore passo ad apparire problematico. I produttori non hanno certo interesse a confezionare le informazioni in un modo comprensibile e significativo per i consumatori; quanto ai giudici, il loro compito è di rendere giustizia nel caso concreto, non di far sì che i consumatori siano efficacemente informati sui rischi derivanti dal tabacco (Sloan, Smith, Taylor Jr., 2004). Si aggiunga poi che, anche a voler ammettere che nel corso del giudizio emergano informazioni direttamente fruibili dai consumatori, si pone un problema di diffusione delle sentenze o degli atti che tali informazioni contengono. La sempre maggior diffusione di Internet potrebbe costituire un antidoto al problema, salvo ulteriori problemi di *information overload*: non va, infatti, dimenticato che una delle tecniche utilizzate dai produttori di tabacco per porre in dubbio la pericolosità dei prodotti da loro commercializzati consisteva nel far leva su un sovraccarico informativo.

L'uso congiunto di forme di ex ante safety regulation e della responsabilità civile

È giunto il momento di esplorare una terza possibilità di intervento, alternativa rispetto all'utilizzo esclusivo della responsabilità civile e della regolamentazione. Si tratta di comprendere se e come possa operare un sistema integrato, in cui i due strumenti fin qui analizzati convivano, pur nella specificità delle loro funzioni. L'idea centrale è che solo un sistema integrato possa assicurare un maggiore livello di efficienza: il fatto che sotto il profilo informativo si sia ritenuto preferibile la *regulation* rispetto alla *tort law* non significa che la regolamentazione sia priva di aspetti problematici che, in parte, possono essere risolti attraverso il ricorso alla responsabilità civile. Nell'analisi economica del diritto, il problema che ci accingiamo a trattare è stato posto nei termini di utilizzo congiunto oppure esclusivo di forme di *ex ante safety regulation* e di *ex post tort liability*, dove con la prima espressione si fa riferimento alla regolamentazione amministrativa, e con la seconda alla responsabilità extracontrattuale. Da un punto di vista economico, entrambi gli strumenti mirano a minimizzare i costi sociali che derivano dall'agire umano: la regolamentazione amministrativa intervenendo prima che gli incidenti si siano verificati (approccio *ex ante*), con

uno schema di *command and control* di tipo pigouviano; la responsabilità civile una volta che gli incidenti si siano verificati (approccio *ex post*), attraverso la propria capacità di *deterrence* (Shavell, 1984; Viscusi, 1988; Kolstad, Ulen, Johnson, 1990; Schwartz, 2000; Faure, 2002; Izzo, 2004; Cafaggi, 2006).

Le ragioni per non far affidamento esclusivamente sulla *regulation* possono essere ricondotte a due motivi fondamentali: 1) la regolamentazione può essere inefficiente; 2) la fase di applicazione può rivelarsi inadeguata. Partendo da questo ultimo punto, la responsabilità civile può essere considerata una forma di *private enforcement* a fronte di eventuali smagliature che il sistema amministrativo presenta in fase di applicazione. L'efficienza della regolamentazione amministrativa dipende dalle risorse che la pubblica amministrazione è disposta a investire in punto di *enforcement*. Ma un controllo rigido ed esauriente nell'applicazione della regolamentazione comporta costi difficilmente sostenibili. L'inefficienza della regolamentazione può essere dovuta a un insieme di fattori: tra i più rilevanti ai nostri fini, vi è in primo luogo il *lobbying*. I produttori hanno un forte incentivo a investire risorse nel circuito politico al fine di influenzare il contenuto dei provvedimenti che il legislatore (o, più genericamente, i regolatori) assumono: in particolare, cercheranno di far sì che le norme cui dovranno in futuro adeguarsi siano le più possibili conformi ai loro interessi (Stiglitz, 2001). Se negli Stati Uniti è risaputo che la *lobby* dei produttori di tabacco è una delle più influenti a livello politico (Bayer, Colgrove, 2004), nel caso italiano la commistione tra interessi dei produttori e circuito politico si può dire sia andata addirittura oltre. Il regime di monopolio nella produzione delle sigarette che ha caratterizzato a lungo il nostro sistema si accompagnava a un forte controllo politico dell'attività produttiva in questione, tenuto conto che l'ente monopolista era diretta emanazione del Ministero delle Attività Produttive. Una situazione, quella italiana, che paradossalmente appariva tale da depotenziare l'attività di *lobbying* dei produttori, laddove il conflitto di interesse vissuto dalla massima istituzione esponenziale della collettività, contemporaneamente prim'attrice nel mercato del fumo e paladina della salute dei consociati, veniva considerato indice della capacità di contemperare le esigenze della produzione e della tutela della salute pubblica. Era, questa, una *faible convenu* che storicamente non ha mai trovato riscontro nei fatti. In tutti gli ordinamenti in cui si era ingenerata questa situazione (il pensiero corre alla Francia), lo Stato si è rivelato poco incline ad adottare provvedimenti incisivi a tutela della salute pubblica. L'esperienza italiana, in precedenza brevemente ripercorsa, è in questo senso emblematica: interventi significativi si sono avuti solo a partire dagli anni '90, mentre la precedente normativa aveva ricevuto scarsa applicazione. Un secondo fattore suscettibile di compromettere l'efficienza della *regulation* è legato alla c.d. *regulatory compliance defence*, ovvero alla difesa che i produttori, convenuti in giudizio, possono sollevare per evitare addebiti di responsabilità, dimostrando di aver uniformato la condotta precauzionale rilevante (apposizione di *warning*, caratteristiche del prodotto ecc.) a quanto le *regulation* prescrivevano nel periodo in questione. Il rispetto degli standard

regolativi vigenti all'epoca dei fatti innesca il problema di valutare se gli standard regolativi così implementati dai produttori segnassero, o no, un punto di equilibrio ottimale nel *trade-off* tra i rischi e i benefici sottesi all'attività oggetto di regolamentazione. Si pensi al problema della continua e inevitabile obsolescenza degli standard regolamentari, che possono non essere oggetto di tempestiva revisione da parte dell'autorità preposta, con il risultato di individuare una condotta precauzionale inefficiente dei soggetti chiamati a uniformare la propria attività al rispetto degli standard stessi. Assumendo la validità della *regulatory compliance defence*, in presenza di una regolamentazione inefficiente i produttori finiscono per non essere incentivati a sviluppare autonomamente la propria attività precauzionale, sopperendo alle lacune palesate dalla normativa precauzionale, espressa dal regolatore accentrato (Izzo, 2004, 477). È in tali casi che il dispiegarsi della deterrenza promossa dalla prospettiva di essere assoggettati all'imputazione della responsabilità permette di far continuamente emergere i punti deboli delle *regulations*, attraverso l'enucleazione giudiziale di nuovi standard precauzionali, con un effetto assimilabile a una sorta di *judicial review* delle disposizioni inefficienti, che non si realizza attraverso gli usuali canali istituzionali di creazione e revisione delle norme regolamentari, ma tramite l'aggiudicazione giudiziale operata dalle corti nell'applicare le regole di responsabilità civile (Cross, 2000; Seidenfeld, 2002). Ciò detto, non si deve cedere alla tentazione di considerare la responsabilità civile una panacea per tutti i mali. Vi sono, al contrario, specifiche ragioni per non far affidamento esclusivamente sulla responsabilità civile. In primo luogo quest'ultima non può sfruttare quelle economie di scala nell'acquisizione ed elaborazione delle informazioni che sono, invece, possibili nella regolamentazione. Soprattutto in settori contraddistinti dalla necessità di raccogliere una grande mole di dati per consentirne l'analisi da parte di soggetti altamente competenti, la responsabilità civile, con il suo approccio particolaristico ai problemi, appare in netto svantaggio rispetto alla figura del regolatore. Vi è poi un secondo rilievo: la regolamentazione, proprio in virtù della diversa struttura istituzionale in cui si inserisce, consente una valutazione dei costi e dei benefici connessi a una data attività più accurata rispetto a quella che può essere realizzata attraverso la responsabilità civile. Nell'ambito della *regulation* non solo si è in grado di adottare un approccio multidisciplinare, che è difficile replicare in seno alle dinamiche che reggono la valutazione scientifica attuata in ambito giudiziale, ma è anche possibile tenere in considerazione diversi interessi, che vanno oltre quelli delle parti coinvolte nel processo (Cafaggi, 2006). In terzo luogo la responsabilità civile presenta evidenti problemi di incertezza degli standard applicabili all'attività che intende regolare. Si è già accennato come standard incerti possano dare luogo a fenomeni di *underdeterrence* o di *overdeterrence*, compromettendo così il livello di deterrenza ottimale. La regolamentazione, da parte sua, assicura un grado di certezza maggiore e pare, in questo senso, meglio equipaggiata a garantire l'*optimal deterrence*. Il discorso che si sta sviluppando è solo apparentemente in contraddizione con quanto precedentemente detto circa la

non desiderabilità di una *regulatory compliance defence*. Il che non implica negare un qualche valore alla circostanza che il convenuto si sia conformato a quanto prescritto dalle *regulations* applicabili. In realtà si può ipotizzare che, in casi di questo tipo, il convenuto possa godere di una presunzione relativa di diligenza, che l'attore può vincere adducendo al processo elementi tali da indurre a denunciare la validità assoluta delle determinazioni precauzionali espresse dalla *regulation*. Ciò significa che un sistema integrato fra *safety regulation* e *tort liability* può ovviare ad alcuni degli inconvenienti che i due strumenti, se utilizzati in modo isolato, disvelano. Se la regolamentazione costituisce lo zoccolo duro nella disciplina di un'attività produttiva, la responsabilità civile deve potersi innestare su tale substrato, apportando correzioni e chiarimenti, e rappresentando, rispetto alla regolamentazione, uno strumento correttivo di natura temporanea, che raddrizza alcune storture della *regulation* senza sostituirsi a essa. È d'obbligo precisare che i rapporti reciproci tra *safety regulation* e *tort liability* dipenderanno dal contesto storico-istituzionale proprio del sistema in cui tali rapporti operano. Nei sistemi di *civil law* la capacità regolativa della responsabilità civile e della regolamentazione amministrativa non si porrà nei medesimi termini che nei sistemi di *common law*: la complementarità tra i due strumenti si attingerà in modi diversi. Sebbene la forza regolativa della responsabilità civile e delle *safety regulations* possa variare a seconda del contesto storico e geo-istituzionale preso a riferimento, entrambi gli istituti mantengono una capacità regolativa minima che implica la necessità di investigare i loro reciproci rapporti (Cafaggi, 2006). Il settore del tabacco costituisce un esempio di come sia opportuna la presenza di un complesso integrato tra *tort law* e *regulation*. Si è consapevoli che quello descritto costituisce uno scenario ideale che difficilmente trova riscontro nella realtà: il fatto stesso che spesso si ricorra alla responsabilità civile per governare problemi sociali quali la questione "fumo" testimonia un'incapacità delle istituzioni competenti a fronteggiare tali situazioni, per cui è il giudice a dover intervenire per colmare il vuoto di tutela presente (Shapiro, 1988, 565-566). Se in una società democratica l'intervento del giudice dovrebbe essere semplicemente correttivo perché è il legislatore a fissare la disciplina generale, ben si comprende come la *regulation through litigation* ponga problemi di legittimazione delle norme che così vengono realizzate. Ragionare in termini diversi espone la nostra società al pericolo di un paternalismo a posteriori attuato dalle corti, in cui i giudici assumono il ruolo di regolatori. Sono le procedure previste a livello parlamentare o amministrativo il luogo deputato a creare le norme, perché tali procedure consentono un bilanciamento di interessi non possibile all'interno delle diverse procedure (e funzioni) del processo civile (Calfée, 2002; Viscusi, 2002; Klick, Mitchell, 2005; Stalteri, 2004). Il processo civile potrà servire da foro per una revisione anche critica delle norme esistenti, revisione che non potrà però diventare creazione, se non in ipotesi particolari e per periodi di tempo limitati.

Riferimenti bibliografici

- Bayer, Colgrove, 2004, *Children and Bystanders First: The Ethics and Politics of Tobacco Control in the United States*, in Feldman, Bayer (eds.), *Conflicts over Tobacco Policy and Public Health*, Cambridge-London.
- Cafaggi, 1997, *Immunità per i produttori di sigarette: barriere culturali e pregiudizi di una giurisprudenza debole* (nota a Trib. Roma 4 aprile 1997), in *Danno e resp.*, 750.
- Cafaggi, 2006, *A Coordinated Approach to Regulation and Civil Liability in European Law: Rethinking Institutional Complementarities*, in Cafaggi (a cura di), *The Institutional Framework of European Private Law*, Cambridge-London.
- Calfee, 2002, commento al contributo di Viscusi, *Tobacco: Regulation and Taxation through Litigation*, in Viscusi (ed.), *Regulation through Litigation*, Washington D. C..
- Cooter, Ulen, 2004, *Law and Economics*, Boston.
- Cosentino, 1993, *Il paternalismo del legislatore nelle norme di limitazione dell'autonomia dei privati*, in *Quadrimestre*, 119.
- Cross, 2000, *Pragmatic Pathologies of Judicial Review of Administrative Rulemaking*, in 78 *NCL Rev.* 1013.
- D'Antonio, 2003, *Pubblicità ingannevole e prodotti da fumo «leggeri»*, in *Danno e resp.*, 1170.
- Faure, 2002, *Comments on Paper by Marcel Boyer and Donatella Porrini*, in Zerbe, Swanson (eds.), *An Introduction to the Law and Economics of Environmental Policy: Issues in Institutional Design*, North Holland.
- Hanson, Logue, 1998, *The Costs of Cigarettes: The Economic Case for Ex Post Incentive - Based Regulation*, in 107 *Yale L. J.* 1163.
- Izzo, 2004, *La precauzione nella responsabilità civile. Analisi di un concetto sul tema del danno da contagio per via trasfusionale*, Padova.
- Kahneman et al. (eds.), 1982, *Judgement under Uncertainty: Heuristics and Biases*, Cambridge.
- Klick, Mitchell, 2005, *Government Regulation of Irrationality and Cognitive Hazards*, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=766824.
- Kolstad, Ulen, Johnson, 1990, *Ex Post Liability for Harm vs. Ex Ante Safety Regulation: Substitutes or Complements?*, in 80 *American Economic Review* 888.
- Korobkin, Ulen, 2000, *Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics*, 88 *Calif. L. Rev.* 1051.
- Jolls, Sunstein, Thaler, 1998, *A Behavioral Approach to Law and Economics*, in 50 *Stan. L. Rev.* 1471.
- Magat, Viscusi (eds.), 1992, *Informational Approaches to Regulation*, Cambridge-London.
- Nathanson, 2004, *Liberté, Egalité, Fumée: Smoking and Tobacco Control in France*, in Feldman, Bayer (eds.), *Conflicts over Tobacco Policy and Public Health*, Cambridge-London.
- Ong, Glantz, 2000, *Tobacco Industry Efforts Subverting International Agency for Research on Cancer's Second-hand Smoke Study*, in *The Lancet*, 1253.
- Pacifico, 2000, *Il risarcimento del danno da fumo attivo* (nota a Trib. Roma 11 febbraio 2000), in *Corriere giur.*, 1639.
- Pardolesi, 1991, *Dalla parte di Zeno: fumo passivo (negli occhi) e responsabilità civile*, in *Foro it.*, I, 2312.
- Ponzanelli, 1991, *I danni da fumo passivo: l'opinione del «non fumatore»*, in *Foro it.*, I, 2314.
- Posner R., 1998, *Economic Analysis of Law*, New York.
- Rabin, 2001, *The Tobacco Litigation: A Tentative Assessment*, in 51 *DePaul L. Rev.* 331.

- Rachlinski, 2003, *Empirical Legal Realism: A New Social Scientific Assessment of Law and Human Behavior: The Uncertain Psychological Case for Paternalism*, in 97 Nw. U. L. Rev. 1165.
- Romer, Jameson, 2001, *Advertising, Smoker Imagery, and the Diffusion of Smoking Behavior*, in Slovic (ed.), *Smoking: Risk, Perception, and Policy*, Thousand Oaks.
- Schuman, 1993, *The Psychology of Deterrence in Tort Law*, in 42 Kan. L. Rev. 115.
- Schwartz, 1994, *Reality in the Economic Analysis of Tort Law: Does Tort Law Really Deter?*, in 42 UCLA L. Rev. 377.
- Schwartz, 2000, *Statutory Interpretation, Capture and Tort Law: The Regulatory Compliance Defence*, in 1 American Law and Economics Review 1.
- Seidenfeld, 2002, *Getting beyond Cynism: New Theories of the Regulatory State Cognitive Loafing, Social Conformity, and Judicial Review of Agency Rulemaking*, in 87 Cornell L. Rev. 486.
- Shapiro, 1988, *Courts, Legislatures, and Paternalism*, in 74 Va. L. Rev. 519.
- Shavell, 1984, *Liability for Harm versus Regulation of Safety*, in 13 Journal of Legal Studies 357.
- Shavell, 1987, *An Economic Analysis of Accident Law*, Cambridge-London.
- Sloan, Smith, Taylor Jr., 2003, *The Smoking Puzzle. Information, Risk Perception, and Choice*, Cambridge-London.
- Slovic, 2001, *Smokers: Rational Actors or Rational Fools?*, in Slovic (ed.), *Smoking: Risk, Perception, and Policy*, Thousand Oaks.
- Stalteri, 1994, *Il problema della responsabilità del produttore di sigarette e il caso Cipollone: L'«assalto alla cittadella» è realmente cominciato?*, in Riv. dir. civ., 177.
- Stalteri, 2004, *Scienza, regole giuridiche e adattamento dei mercati in epoca di globalizzazione*, in Riv. critica dir. privato, 377.
- Stiglitz, 2001, *Economics of the Public Sector*, New York.
- Viscusi, 1988, *Product Liability and Regulation: Establishing the Appropriate Institutional Division of Labor*, in American Economic Review - Papers and Proceedings 300.
- Viscusi, 1992, *Smoking: Making the Risky Decisions*, Oxford.
- Viscusi, 2002, *Smoked-Filled Rooms: A Post-Mortem on the Tobacco Deal*, Chicago.