

Salvatore Sica, Luca Ettore Perriello

*La responsabilità civile come strumento di contrasto  
all'obesità: spunti dalla fast food litigation*

SOMMARIO: 1. L'obesità come epidemia sociale – 2. Il caso *Pelman v McDonald's*. La responsabilità del produttore negli Stati Uniti: tripartizione dei difetti e criteri di valutazione – 3. Il trapianto della *fast food litigation* in Italia. Critiche all'applicabilità della disciplina sulla responsabilità da attività pericolose – 4. Prevalenza del modello della responsabilità del produttore. Difettosità dipendente dall'uso e causalità ricostruita in termini dualistici – 5. L'esimente dell'assunzione del rischio. Necessità di una valutazione oggettiva della posizione del consumatore e di un bilanciamento degli interessi in gioco – 6. *Regulation through Legislation* o *Regulation through Litigation*? La polifunzionalità della responsabilità civile nel contrasto all'obesità.

1. *L'obesità come epidemia sociale*

L'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico ha stimato che nel 2016 il 40% della popolazione adulta statunitense fosse obeso, mentre tra i minori di età compresa tra i tre e i diciassette anni la percentuale si attesta intorno al 20%, prevedendo altresì che entro il 2030 circa un americano su due sarà affetto da obesità<sup>1</sup>.

In un contesto in cui l'obesità si è trasformata in una epidemia dai rilevanti costi economici e sociali<sup>2</sup>, la responsabilità civile è apparsa come un possibile strumento atto a combattere il fenomeno. Accanto alla leva fiscale e alla legislazione pubblicistica sulla sicurezza alimentare, la responsabilità civile si è imposta per la sua spiccata polifunzionalità, idonea non soltanto a risarcire il danno subito dal consumatore che abbia abusato di *fast food*, ma

---

\* Il presente scritto, pur se unitariamente concepito dai due Autori, deve essere così attribuito nelle sue singole parti: Luca Ettore Perriello, paragrafi 1-5; Salvatore Sica, paragrafo 6.

<sup>1</sup> Il rapporto, riferito al 2016, è consultabile in [oecd.org/health/obesity-update.htm](http://oecd.org/health/obesity-update.htm).

<sup>2</sup> Così la definiscono molti commentatori americani: *ex multis*, HILL, PETERS, *Environmental Contributions to the Obesity Epidemic*, in *Science*, 1998, p. 1371 ss.

anche ad incentivare l'adozione di misure di sicurezza e qualità, ad orientare le scelte alimentari.

Il caso *Pelman v McDonald's* è la spia di questa tendenza.

2. *Il caso Pelman v McDonald's. La responsabilità del produttore negli Stati Uniti: tripartizione dei difetti e criteri di valutazione*

Nel 2002 Jazlyn Bradley e Ashley Pelman intraprendono una *class action* nei confronti di *McDonald's* lamentando danni per le patologie connesse allo stato di obesità in cui riversano. Jazlyn, di anni 19, è alta 1.70 m, pesa 122 kg, ogni giorno mangia un *McMuffin*, un *Big Mac* gigante ("super size") e torta di mele. Ashley, di anni 14, è alta 1.25 m, pesa 77kg, è consumatrice abituale di *Happy Meal*.

La corte federale distrettuale respinge la domanda di parte, argomentando che ove sia noto, o dovrebbe essere noto, che consumare grandi quantità di prodotti *supersize* di *McDonald's* sia poco salutare e possa determinare un aumento di peso, l'ordinamento non potrebbe proteggere l'individuo dai suoi eccessi<sup>3</sup>. Le attrici, inoltre, hanno omesso di fornire la prova del nesso di causalità tra il consumo di *fast food* e l'obesità, non potendosi escludere che altri fattori, come lo stile di vita o la genetica, abbiano inciso sulla loro condizione.

3. *Il trapianto della fast food litigation in Italia. Critiche all'applicabilità della disciplina sulla responsabilità da attività pericolose*

È indubbio che l'incidenza dell'obesità in Italia sia inferiore. Secondo gli ultimi dati Istat riferiti al 2016, poco più di una persona su dieci (10,4%) è obesa, mentre più di un terzo della popolazione adulta è in sovrappeso (35,5%)<sup>4</sup>. L'obesità non è un'emergenza sociale come negli Stati Uniti, nondimeno costituisce il principale fattore di rischio di patologie non trasmissibili, quali le malattie ischemiche del cuore, l'ictus, il diabete tipo 2, le osteoartriti, alcuni tipi di cancro, ed è in grado di produrre costi ingenti per la sanità pubblica. I nostri repertori non conoscono azioni giudiziali intentate nei confronti di colossi del *fast food*, ma non può escludersi una simile evenienza in futuro, soprattutto ove l'incidenza

---

<sup>3</sup> *Pelman v McDonald's Corp.*, 237 F. Supp. 2d 512 (S.D.N.Y. 2003).

<sup>4</sup> *Rapporto Osservasalute 2017* sullo stato di salute e qualità dell'assistenza nelle regioni italiane, disponibile in [osservatoriosullasalute.it/osservasalute/rapporto-osservasalute-2017](http://osservatoriosullasalute.it/osservasalute/rapporto-osservasalute-2017).

dell'obesità dovesse aumentare. Occorre, dunque, indagare la trapiantabilità del modello statunitense di *fast food litigation* nel nostro ordinamento, tenendo in debita considerazione le peculiarità dei rispettivi sistemi di *torts*, nella consapevolezza che il trapianto non può mai essere un'operazione automatica ma richiede adattamenti e contestualizzazioni<sup>5</sup>.

Potrebbe discutersi se la responsabilità per l'esercizio di attività pericolose *ex art. 2050 c.c.* sia il modello più adatto per trapiantare la *fast food litigation*.

Ad una prima analisi, sembrerebbe che l'attività di produzione e commercializzazione di *fast food* svolta da *McDonald's* possa rientrare nei canoni di pericolosità delineati dalla nostra giurisprudenza sui danni da fumo attivo<sup>6</sup>. La produzione di *fast food*, benché non possa dirsi particolarmente pericolosa in relazione alla sua natura o ai mezzi impiegati, è senz'altro finalizzata alla commercializzazione e al consumo, dal quale

<sup>5</sup> Sul punto v. FRANKENBERG, *Constitutional Transfer: The Ikea Theory Revisited*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2010, p. 563 ss., il quale descrive il trapianto giuridico come un procedimento a più tappe. Nel primo stadio, la norma si trova nell'ordinamento di origine, immersa nel suo contesto giuridico e sociale. Lo stadio successivo consiste nella decontestualizzazione della norma, che viene isolata dalle circostanze della sua produzione e preparata al trasferimento. Essa viene reificata come se fosse un bene di consumo, formalizzata, cioè spogliata di qualsiasi significato contestuale e, infine, idealizzata con un determinato significato e una determinata funzione. La norma non è trasferita direttamente da un ordinamento all'altro. Nel terzo stadio, essa giunge in un serbatoio globale (*global reservoir*) di idee e istituti giuridici, di norme, dottrine, ideologie originate e sperimentate in contesti locali, dal quale i legislatori e gli interpreti nazionali possono attingere. Dal serbatoio sono chiaramente escluse le norme non suscettibili di reificazione, formalizzazione e idealizzazione, per la loro specificità contestuale. A questo punto, la norma viene trasferita in un diverso ordinamento (quarto e ultimo stadio). Potrebbe ancora apparire come una norma appartenente al suo sistema d'origine, ma si tratta pur sempre di una norma vuota, priva di uno specifico significato contestuale. La norma deve essere ricontestualizzata nel (nuovo) sistema ricevente. È questo il passaggio più problematico: la norma potrebbe essere rifiutata o richiedere un attento bricolage, adattamenti, reinterpretazioni, e gli elementi necessari a tale opera di ricontestualizzazione potrebbero mancare. Per una rivisitazione della teoria di Frankenberg v. MICHAELS, "One Size Can Fit All" – Some Heretical Thoughts on the Mass Production of Legal Transplants, in FRANKENBERG (ed.), *Order from Transfer. Comparative Constitutional Design and Legal Culture*, Cheltenham-Northampton, 2013, p. 56 ss.

<sup>6</sup> Affermano la responsabilità dell'impresa produttrice di sigarette: App. Roma, 7 marzo 2005, n. 1015, in *Foro italiano*, 2005, I, c. 1218; Cass. 17 dicembre 2009, n. 26516, *ivi*, 2010, I, c. 869; Trib. Milano, 11 luglio 2014, in *Danno e responsabilità*, 2015, p. 174 ss. Trattasi, tuttavia, di un orientamento che non ha avuto largo séguito, anzi prevalente è la giurisprudenza di segno contrario: Trib. Brescia, 10 agosto 2005, *ivi*, 2005, p. 1210; Trib. Roma, 12 aprile 2010 e Trib. Catanzaro 8 febbraio 2011, *ivi*, 2012, p. 84; App. Roma, 21 gennaio 2014, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2014, p. 586; e da ultimo Cass., 10 maggio 2018, n. 11272, con nota di TOPI, *La Cassazione torna sui danni da fumo attivo*, in *Danno e responsabilità*, 2018, p. 589 ss.

discende la potenzialità lesiva del prodotto.

Tuttavia, il ricorso al regime della responsabilità per attività pericolosa, se può giustificarsi nell'ottica di una politica del diritto che avvantaggi la posizione del consumatore (l'esercente l'attività non potrebbe avvalersi dell'eccezione del rischio da sviluppo *ex art.* 118, lett. *e*, cod. cons.; il consumatore non sarebbe tenuto a provare il difetto del prodotto *ex art.* 120, comma 1, cod. cons.), si espone a notevoli criticità che discendono in primo luogo dalla derivazione della pericolosità dall'uso. Se nell'ipotesi di produzione di bombole a gas è giustificabile la conclusione che il pericolo già insito nell'attività si trasferisca nel prodotto, tale analisi non è logicamente sostenibile per la produzione e commercializzazione di *fast food*, là dove la pericolosità non è insita nell'attività ma nel consumo, peraltro smodato, del prodotto<sup>7</sup>.

Ma soprattutto, oggi, esiste un diritto speciale di fonte europea che si applica *ad hoc* ai prodotti difettosi, mentre al regime interno è riservata la disciplina della responsabilità delle attività pericolose<sup>8</sup>. Se si sposta l'attenzione dalla pericolosità dell'attività in sé alla difettosità del prodotto dipendente dall'uso, si entra necessariamente nel campo di applicazione degli artt. 114 ss. cod. cons.

#### 4. Prevalenza del modello della responsabilità del produttore. Difettosità dipendente dall'uso e causalità ricostruita in termini dualistici

Sì che, è alla responsabilità da prodotto difettoso *ex artt.* 114 ss. cod. cons. che occorre guardare per la trapiantabilità della *fast food litigation* nel nostro ordinamento<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> Sottolinea MONATERI, *La Cassazione e i danni da fumo: evitare un ennesimo "isolamento italiano"*, in *Danno e responsabilità*, 2011, pp. 57 ss., p. 62, che "se il consumatore è palesemente terzo rispetto all'attività, è chiaro che egli è tutelato dal 2050, ma è altrettanto chiaro che il suo utilizzo della cosa *non può* rientrare tra i parametri di giudizio della pericolosità, perché altrimenti la sua azione concorrerebbe a definire quell'attività stessa rispetto alla quale egli è terzo!". Anche la Cassazione insegna che la pericolosità dell'attività non è definita dall'uso colposo che si faccia della cosa: Cass., 23 febbraio 1983, n. 1394, in *Massimario Giurisprudenza italiana*, 1983.

<sup>8</sup> In tal senso: MONATERI, *La Cassazione e i danni da fumo: evitare un ennesimo "isolamento italiano"*, cit., p. 63, il quale opportunamente distingue tra la legislazione italiana competente per le cose in custodia e le attività pericolose e la legislazione italiana di derivazione europea competente per i prodotti difettosi.

<sup>9</sup> In contrario si veda PODDIGHE, *Obesità e diritto. Uno studio sul «paternalismo alimentare»*, Bologna, 2014, p. 228, la quale ritiene che un prodotto le cui caratteristiche siano evidenti

In cosa potrebbe consistere il difetto del prodotto alimentare di *McDonald's*? A ben vedere, è un difetto che si manifesta non nella produzione o lavorazione, ma nel consumo del prodotto<sup>10</sup>. La nozione di difetto nell'art. 117 cod. cons. prende espressamente in considerazione “l'uso al quale il prodotto può essere ragionevolmente destinato e i comportamenti che, in relazione ad esso, si possono ragionevolmente prevedere”.

Non sembra che *McDonald's* possa difendersi dall'azione risarcitoria intentata dall'obeso che lamenti danni alla salute sostenendo che il medesimo abbia abusato del prodotto. In primo luogo, non vi è alcuno standard oggettivo per stabilire quando il consumo di *fast food* possa definirsi abusivo. Tutti condividerebbero l'assunto che alimentarsi da *McDonald's* tre volte al giorno, sette giorni alla settimana, per un periodo indefinito di tempo, costituisca abuso, ma può dirsi altrettanto per il consumo di un solo pasto al giorno o di cinque pasti alla settimana? Optare per una porzione *supersize* costituisce abuso? Inoltre, l'anomalia del consumo può stabilirsi soltanto in relazione al peso della persona, all'età, allo stile di vita, alle condizioni di salute<sup>11</sup>.

Ma soprattutto, non potrebbe *McDonald's* contestare in radice l'imputazione allegando che la responsabilità potrebbe sorgere soltanto a fronte di comportamenti diligenti del consumatore che nondimeno abbiano cagionato danno. Il testo dell'art. 117 cod. cons. è chiaro sul punto. Il produttore risponde anche di comportamenti negligenti del consumatore, purché siano ragionevolmente prevedibili<sup>12</sup>. Da questo punto di vista,

---

ed ovvie non può dirsi difettoso.

<sup>10</sup> DI PAOLA, sub art. 10 – *Colpa del danneggiato*, in PARDOLESI, PONZANELLI (a cura di), *La responsabilità per danno da prodotti difettosi*, in *Nuove leggi civili commentate*, 1989, p. 618, nota che alcuni alimenti, che non sono intrinsecamente difettosi, possono divenire tali a séguito del comportamento negligente del consumatore, il quale non si adegua alle conoscenze comuni sulla dannosità del bene. Un esempio sarebbe l'assunzione di zucchero da parte di persone affette da diabete. Nel senso che il produttore non deve limitarsi a dare informazioni utili, ma deve altresì progettare il bene in modo da “neutralizzare i pericoli derivanti da usi anomali ragionevolmente prevedibili”: CARNEVALI, *Responsabilità del produttore*, in *Enciclopedia del diritto*, Agg. II, Milano, 1998, p. 944.

<sup>11</sup> AUSNESS, *Tell Me What You Eat, and I Will Tell You Whom to Sue: Big Problems Ahead for Big Food*, in *Georgia Law Review*, 3, 2005, pp. 839 ss., p. 875 s.

<sup>12</sup> Cfr. MAGLI, *Il danno da alimenti tra responsabilità del produttore e stile di vita del consumatore*, Milano, 2018, p. 246 s., la quale osserva che il fabbricante deve tenere in considerazione anche i comportamenti imprudenti del consumatore, fermo restando che l'uso imprevedibile può escludere la sua responsabilità; DI PAOLA, sub art. 10 – *Colpa del danneggiato*, cit., p. 620, per il quale, qualora l'uso anomalo del prodotto possa essere previsto, il produttore sarebbe il soggetto in grado di sopportare il rischio nel modo economicamente più soddisfacente. Nella giurisprudenza più recente si veda Trib. Massa Carrara, 20 marzo 2000, in *Archivio civile*, 2002, p. 343, dove si è affermata la responsabilità del produttore di un frullatore per non aver

non può seriamente dubitarsi che *McDonald's* sia in grado di prevedere il possibile consumo smodato, anomalo, atipico di *fast food*, la sua incidenza sull'obesità e la correlazione tra questa e patologie particolarmente gravi. L'esperienza, infatti, insegna che il consumo abituale di *fast food* possa condurre ad uno stato di obesità e che diversi produttori alimentari impieghino strategie di *marketing* atte ad incoraggiare il consumo eccessivo di alimenti potenzialmente dannosi<sup>13</sup>.

Atteso che *McDonald's* è in condizione di prevedere l'uso anormale da cui dipende la difettosità del prodotto, rimane, però, in piedi il problema del nesso di causalità tra il consumo di *fast food* e l'obesità, la cui assenza è stata ritenuta fondamentale dalla giurisprudenza americana per escludere la responsabilità del produttore. Nel nostro ordinamento, una ricostruzione della causalità in termini probabilistici potrebbe agevolare la posizione del consumatore. L'indagine sulla causalità si articolerebbe in due momenti ("dual causation test")<sup>14</sup>: il primo consisterebbe nell'accertamento in positivo della elevata probabilità, avallata dall'analisi scientifica, di derivazione della patologia incriminata dall'obesità; il secondo nell'accertamento in negativo dell'esistenza di concause o fattori alternativi (ambientali, culturali, comportamentali, genetici etc.) rispetto al consumo di *fast food* che possano aver determinato l'obesità e, dunque, la patologia.

Occorre, però, ammettere che nella *fast food litigation* la prova del nesso eziologico è più complessa, non tanto quanto alla dimostrazione che una determinata patologia con ogni probabilità derivi dall'obesità, quanto alla dimostrazione che l'obesità dipenda solo dal consumo di *fast food* e che non vi siano fattori concomitanti, a meno che non si voglia ammettere la rilevanza del consumo di *fast food* come fattore di rischio non esclusivo, ma di certo prevalente e assorbente rispetto agli altri. Una soluzione verrebbe dall'orientamento più sensibile alle istanze dei consumatori per il quale, una volta provato il danno e l'uso del prodotto, il difetto e il nesso di

---

dotato il dispositivo di un sistema di sicurezza, senza così ragionevolmente prevedere l'uso a cui il bene sarebbe stato destinato e il comportamento dell'utilizzatore.

<sup>13</sup> Si consideri che nel 1999 il budget di *McDonald's* destinato alla pubblicità ammontava a 627 milioni di dollari, mentre quello che gli istituti nazionali di sanità americani avevano stanziato per il programma «Five-A-Day» sul consumo di frutta e verdura era di appena 3 milioni di dollari: BARNARD, *Big Food's Greasy Secrets*, in *New Jersey Law Journal*, 2003, p. 511. L'americano medio è esposto a più di centomila pubblicità ogni anno (STATT, *Understanding the Consumer: A Psychological Approach*, Basingstoke, 1997, p. 211) e trascorre più di un anno e mezzo della sua vita a guardare pubblicità in tv (SUTHERLAND, SYLVESTER, *Advertising and the Mind of the Consumer*, Crows Nest, 2000, p. 287).

<sup>14</sup> Cfr. App. Roma, 7 marzo 2005, n. 1015, in *Foro it.*, 2005, I, c. 1218; Trib. Milano, 11 luglio 2014, in *Danno e responsabilità*, 2015, p. 174 ss.

causalità potranno essere inferiti anche mediante presunzioni semplici<sup>15</sup>. Alla persona affetta da obesità basterà provare la patologia di cui soffre e che ha consumato prodotti *McDonald's*, a quel punto l'onere di provare il difetto del prodotto e il nesso di causalità dovrà considerarsi soddisfatto in via presuntiva. Del resto, se il difetto ha sostituito la colpa proprio per superare i limiti dell'imputazione soggettiva dell'illecito, ha senso logico, prima ancora che giuridico, riconoscere al consumatore un alleggerimento dell'onere probatorio e, conseguentemente, una maggiore effettività di tutela<sup>16</sup>.

*5. L'esimente dell'assunzione del rischio. Necessità di una valutazione oggettiva della posizione del consumatore e di un bilanciamento degli interessi in gioco*

Il nesso di causalità, tuttavia, potrebbe essere interrotto dall'assunzione del rischio da parte del consumatore, che si presenterebbe come fattore causale autonomo tale da escludere la responsabilità del produttore. La circostanza che i rischi di un consumo eccessivo di *fast food* fossero “*open and obvious*” per la generalità della popolazione è stata un elemento decisivo

<sup>15</sup> Cfr. DI MAJO, *La responsabilità per prodotti difettosi nella direttiva comunitaria*, in *Rivista di diritto civile*, 1989, I, pp. 21 ss., 34; CARNEVALI, *Responsabilità del produttore*, cit., p. 943; CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Milano, 2018, p. 797 ss.; STELLA, *La responsabilità del produttore per danno da prodotto difettoso nel nuovo Codice del Consumo*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2006, pp. 1589 ss., p. 1606, il quale fa l'esempio dello pneumatico nuovo che esplode alla guida dell'auto a velocità normale oppure della bottiglia scoppiata al momento del prelievo dallo scaffale; e, con specifico riferimento al settore alimentare, MAGLI, *Il danno da alimenti*, cit., p. 139, per la quale, nella prospettiva più favorevole al consumatore, basterà provare il danno nonostante l'uso appropriato del prodotto, che consisterebbe, ad esempio, nell'ingestione di un quantitativo ragionevole di cibo o nella conservazione del cibo in condizioni ottimali. In giurisprudenza v. Cass., 8 ottobre 2007, n. 20985, con nota di BITETTO, *Prodotto difettoso: onere probatorio e comunicazione dei rischi*, in *Foro italiano*, 1, 2008, c. 143, la quale ha ritenuto sufficiente la prova che l'uso del prodotto – nella specie una protesi mammaria che dopo due anni dall'impianto si era svuotata infiltrando i tessuti della paziente – avesse comportato risultati anomali rispetto alle ragionevoli aspettative di sicurezza. Si veda altresì Trib. Mantova, 2 luglio 2010, in *ilcaso.it*, dove si osserva che “proprio il fatto che l'utilizzo del prodotto non abbia consentito di raggiungere ed ottenere i risultati che era legittimo attendersi costituisce elemento indiziario particolarmente pregnante ed indicativo della effettiva sussistenza del difetto, sicché una volta provata l'anomalia di funzionamento del prodotto, può ritenersi che il danneggiato abbia assolto all'onere probatorio su di lui gravante, incombendo a quel punto al produttore l'onere di fornire la prova liberatoria a suo carico”.

<sup>16</sup> PONZANELLI, *Causa probabile del danno e responsabilità del produttore*, in *Danno e responsabilità*, 2004, pp. 531 ss., 532.

per esonerare *McDonald's* da responsabilità nel caso *Pelman*<sup>17</sup>. Secondo gli avvocati di *McDonald's*, i consumatori dovrebbero essere liberi di scegliere cosa mangiare, nonostante la riprovazione della scienza medica, e una volta che abbiano esercitato la loro libera scelta, non sarebbe loro consentito traslare sui produttori la responsabilità per le patologie connesse all'obesità.

Il criterio dell'assunzione del rischio è stato accolto dalla nostra legislazione consumeristica, la quale prevede una riduzione del risarcimento per l'ipotesi di concorso del fatto colposo del danneggiato, e un suo radicale azzeramento qualora "il danneggiato sia stato consapevole del difetto del prodotto e del pericolo che ne derivava e nondimeno vi si sia volontariamente esposto" (art. 122 cod. cons.). Tuttavia, la norma tace sui criteri da adoperarsi per stabilire quando il consumatore sia in colpa e quando si sia consapevolmente esposto al rischio del prodotto. L'avventore di *McDonald's* il quale sapeva che il consumo di *fast food* fosse potenzialmente nocivo per la propria salute, o che avrebbe dovuto saperlo utilizzando l'ordinaria diligenza e informandosi dei rischi così come avrebbe fatto qualsiasi altra persona ragionevole, è in concorso di colpa o ha assunto il rischio?

Su un piano più generale, esimere il produttore da responsabilità per il fatto che il consumatore si sia volontariamente esposto al pericolo è una scelta non del tutto ragionevole e proporzionata. Vi sono rischi che potrebbero essere astrattamente evitati, nondimeno sono approvati stante l'utilità sociale delle attività che li producono. A fronte di ciò, sarebbe irragionevole e sproporzionato che l'ordinamento consenta al produttore, da un lato, di inserire i rischi nella società accettandone i costi in termini di responsabilità, dall'altro, di sottrarsi alla responsabilità in costanza di un comportamento del consumatore che, per quanto colposo, non può dirsi veramente di accettazione a sua volta dell'intero pericolo<sup>18</sup>. Il fondamento dell'assunzione del rischio come causa di esclusione di responsabilità andrebbe ricercato altrove, più precisamente in una valutazione oggettiva della posizione del consumatore e nel bilanciamento degli interessi in gioco. L'esenzione da responsabilità potrà aversi in dipendenza delle ragioni per le quali il danneggiato si sia esposto al pericolo, dell'utilità sociale e della frequenza dell'attività, del titolo (oneroso, gratuito, di cortesia) del rapporto con il danneggiante, della tolleranza o del divieto della condotta del danneggiato, della destinazione dell'attività ad un pubblico o a singoli

<sup>17</sup> L'argomento dell'assunzione del rischio è ricorrente anche nella giurisprudenza italiana sui danni da fumo. Cfr., *ex multis*, Trib. Brescia, 10 agosto 2005, n. 3900, in *Danno e responsabilità*, 2005, p. 1210, per il quale il rischio tumorale apportato dal fumo "deve ritenersi una nozione comunemente diffusa da moltissimi anni".

<sup>18</sup> CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., p. 823.

individui. In relazione a tali fattori, vi saranno ipotesi in cui potrà porsi l'alternativa tra l'esposizione al pericolo, assumendone interamente le conseguenze, e l'astensione da esso, ed ipotesi in cui una simile alternativa non è giustificata, di guisa che il produttore non potrà esimersi dai costi connessi a beni che, sebbene siano potenzialmente dannosi, l'ordinamento gli consente di diffondere nella società<sup>19</sup>.

In particolare, l'alternativa non può ammettersi per quelle attività che necessariamente implicano l'esposizione al rischio, per le quali, cioè, l'evenienza di incedenti è parte integrante e necessaria del rischio di impresa, come la produzione di *fast food*, a meno che non si voglia indebitamente sollevare l'imprenditore dai costi sociali della sua attività<sup>20</sup>. A maggior ragione, l'alternativa tra esposizione al pericolo e astensione da esso, con conseguente esclusione della responsabilità, non può aversi per quelle attività rischiose che attraggono la curiosità o l'entusiasmo del pubblico attraverso operazioni di *marketing* o pubblicitarie, o attività rispetto alle quali il consumatore opera una sistematica sottovalutazione del rischio<sup>21</sup>.

Al riguardo, è nota la posizione dominante di *McDonald's* nel mercato del *fast food*<sup>22</sup> e la sua capacità di influenzare il consumatore. Attraverso attente operazioni di *marketing*, *McDonald's* illude il consumatore che la propria offerta alimentare coincida con ciò che egli realmente vuole e di cui realmente ha bisogno, e fa apparire la scelta come totalmente libera

<sup>19</sup> In tal senso TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, p. 325, il quale efficacemente osserva che “la assunzione del rischio non dipende dalla volontà del danneggiato, ma piuttosto da una valutazione, secondo criteri oggettivi, della sua posizione tipica”.

<sup>20</sup> Così TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, cit., p. 330. In senso contrario, propugna l'applicabilità dell'art. 122 cod. cons.: Poddighe, *Obesità e diritto*, cit., p. 229, sul rilievo che “non soltanto il consumatore non è stato mediamente accorto, ma addirittura ha consapevolmente scelto di incorrere nel danno assumendo volontariamente il rischio, e talvolta la certezza, del danno da obesità”.

<sup>21</sup> *McDonald's* sfrutta l'euristica affettiva attraverso la pubblicizzazione di un ambiente adatto alle famiglie e la creazione di associazioni positive che inducono i consumatori a sottostimare i rischi derivanti da regimi alimentari malsani: AA.VV., *The Elephant in the Room: Evolution, Behavioralism, and Counteradvertising in the Coming War Against Obesity*, in *Harvard Law Review*, 2002-2003, pp. 1161 ss., p. 1165 e p. 1168.

<sup>22</sup> Osserva FORELL, *McTorts: The Social and Legal Impact of McDonald's Role in Tort Suits*, in *Loyola Consumer Law Review*, 2011, pp. 105 ss., p. 114, nota 45, che gli unici rivali nel settore dei burger sono *Burger King* e *Wendy's*, ma non hanno lo stesso potere finanziario e psicologico di *McDonald's*. Vero è che *Starbucks* incarna lo stile di vita americano, ma la sua offerta è rivolta per lo più a giovani e consta di innocue bevande, settore nel quale *McDonald's* sta tentando di sbarcare attraverso i suoi *McCafé*. Anche la Coca-Cola è un simbolo degli Stati Uniti, ma il suo mercato è limitato alle bevande ed ha un rivale importante nella Pepsi.

e incondizionata. Slogan come “*I’m loving it*”, “*We do it all for you*”, “*You deserve a break today*” si inseriscono precisamente in questa strategia, la quale ha successo perché le persone vogliono credere che le loro scelte siano fondate su un processo decisionale interno razionale, non condizionato da pressioni esterne. Sì che, nel convincimento di esercitare una scelta libera conforme ai propri interessi, i consumatori felicemente si illudono di acquistare ciò che *McDonald’s* vuole vendergli<sup>23</sup>.

## 6. Regulation through Legislation o Regulation through Litigation? *La polifunzionalità della responsabilità civile nel contrasto all’obesità*

La diversità del modello economico e culturale americano rispetto a quello europeo impone di analizzare criticamente il trapianto della *fast food litigation* e di rifuggire da operazioni di automatica trasposizione. L’impiego della responsabilità civile in Europa in chiave di contrasto all’obesità si connota per la sua spiccata residualità all’interno di un sistema di intensa disciplina *ex ante* dell’attività di impresa, che si propone di contenere le esternalità negative attraverso la legislazione pubblicistica sulla sicurezza alimentare e le sanzioni penali e amministrative poste a suo presidio<sup>24</sup>.

Viceversa, negli Stati Uniti, l’impatto della *fast food litigation*, accentuato dalla rilevanza del tema dell’obesità nel dibattito pubblico, dalla sua trattazione in libri e film di grande successo, dalla fiducia del cittadino medio nell’apparato giudiziale<sup>25</sup>, è strettamente connesso all’effettività

<sup>23</sup> Sul punto nota GEORGE, *Preference Pollution: How Markets Create the Desires We Dislike*, Ann Arbor, 2001, p. 66, che la manipolazione esercitata dalla pubblicità “is more than just giving us too much of one product or too little of another. Rather, it amounts to a failure to facilitate the very human function of shaping one’s preferences, the very human function of exercising a free will”.

<sup>24</sup> Nel confrontare il modello europeo e americano, osserva ZENO-ZENCOVICH, *Alcune riflessioni sulla riconoscibilità nell’ordinamento italiano di sentenze statunitensi di condanna a “punitive damages”*, in *Judicium.it*, 11 luglio 2016, p. 3, che negli Stati Uniti l’ampia libertà di impresa è controbilanciata dal ruolo preponderante assolto dalla responsabilità civile. Il rilievo, però, è ridimensionato da REIMANN, *Product Liability*, in BUSSANI, SEBOK (eds.), *Comparative Tort Law. Global Perspectives*, Cheltenham-Northampton, 2015, p. 273 s., per il quale l’impressione che l’Europa «regola» mentre gli Stati Uniti «litigano» ignora che l’apparato regolatorio americano consta di molteplici disposizioni di sicurezza su automobili, farmaci, cibo etc., molte delle quali sono soggette ad una «*pre-emption*» federale che impedisce ai singoli stati di legiferare diversamente.

<sup>25</sup> FERRARI, IZZO, *Diritto alimentare comparato. Regole del cibo e ruolo della tecnologia*, Bologna, 2012, p. 292, evidenziano che negli Stati Uniti la funzione della responsabilità

del sistema delle *class actions*. Gli onorari dei legali delle vittime, inoltre, dipendono dall'esito della causa (*contingency fees*) e la parte soccombente non è tenuta a sostenere le spese processuali<sup>26</sup>.

Nondimeno, molti hanno contestato l'idoneità del potere giudiziario a dare una risposta soddisfacente alla piaga dell'obesità (*regulation through litigation*)<sup>27</sup>, prospettando una responsabilizzazione del legislatore (*regulation through legislation*)<sup>28</sup>. La traslazione del danno da obesità sui produttori di *fast food* porterebbe alla crisi dell'industria alimentare<sup>29</sup>, deresponsabilizzando il consumatore, il quale farebbe leva su un asserito dovere del produttore di educare ad uno stile salutare di vita e di rispondere delle abitudini di vita malsane. In siffatto contesto, si è perfino giunti ad impedire le azioni di responsabilità nei confronti dei produttori alimentari per i danni da obesità (ed infatti, circa 20 Stati hanno promulgato i c.d. "*cheeseburger bills*")<sup>30</sup>.

Non sembra, tuttavia, che la regolazione dell'obesità possa affidarsi, in via esclusiva, alla legislazione, ridimensionando il ruolo della responsabilità civile. Il contrasto dell'obesità richiede sia una tutela *ex ante* di stampo pubblicitario, sia una complementare tutela risarcitoria che trasferisca sul

---

civile non si esaurisce nella traslazione della perdita sul danneggiante, ma ricomprende la pressione sulla politica a colmare i vuoti di tutela che emergono in sede risarcitoria, così rivestendo una dimensione sociale.

<sup>26</sup> In una conferenza sulla responsabilità da prodotti difettosi tenutasi a Londra nel 1980, l'allora commissario irlandese per la tutela dei consumatori, Richard Burke, notò che fossero proprio le *contingency fees* a spingere gli attori ad adire le corti "senza pensare troppo al costo del contenzioso": CARUSO, PARDOLESI, *Per una storia della Direttiva 1985/374/CEE*, in *Danno e responsabilità*, 2012, 11 (numero speciale), pp. 9 ss., 12.

<sup>27</sup> GROSSMAN, *Categorical Liability: Why the Gates Should Be Kept Closed*, in *South Texas Law Review*, 1995, pp. 385 ss., 407 ss. Si veda altresì KIP VISCUSI, *Reforming Products Liability*, Cambridge (MA), 1991, p. 9, per il quale "*courts are not regulatory agencies and do not have the expertise to set safety levels, especially since they must act within the narrow perspective of a particular case*".

<sup>28</sup> AUSNESS, *Tell Me What You Eat, and I Will Tell You Whom to Sue*, cit., p. 885.

<sup>29</sup> Così AUSNESS, *Tell Me What You Eat, and I Will Tell You Whom to Sue*, cit., p. 887; ma v. anche MAGLI, *Il danno da alimenti*, cit., p. 228, per la quale l'espansione della responsabilità, da un lato, rende i prodotti più sicuri e le informazioni più complete, dall'altro, essa osta alla competitività tra le imprese e determina un aumento dei premi assicurativi, che inevitabilmente si riflette sui prezzi al consumo.

<sup>30</sup> A titolo esemplificativo, si veda Colorado Rev. Stat. § 13-21-1104 (1) (2007) in base al quale i produttori alimentari "shall not be subject to civil liability for any claim arising from weight gain, obesity, a health condition associated with weight gain or obesity, or other injury caused by or likely to result from the long-term consumption of the food". Più diffusamente v. BURNETT, *Fast-Food Lawsuits and the Cheeseburger Bill: Critiquing Congress's Response to the Obesity Epidemic*, in *Virginia Journal of Social Policy & the Law*, 2007, p. 357 ss.

produttore il danno subito dal consumatore di *fast food*<sup>31</sup>. Non si vuole disconoscere l'efficacia di alcune misure legislative nel dissuadere dall'abuso di *fast food* (esempi sono la leva fiscale sugli alimenti particolarmente dannosi<sup>32</sup> e gli obblighi di etichettatura circa le qualità nutrizionali), ma non si può fare a meno di osservare che notevoli sono le criticità del modello della *regulation through legislation*. La storia della legislazione antifumo insegna che l'obiettivo principale della *legislation* è la protezione della libertà del consumatore di autodeterminarsi, che si vuole rendere consapevole e informata, non già di altri suoi beni, di rilevanza costituzionale, come la vita e la salute. Ove tali interessi siano lesi, deve necessariamente intervenire la responsabilità civile, altrimenti si creerebbe un vuoto di tutela.

Nella sua spiccata polifunzionalità, la responsabilità civile si presta a risarcire il danno sofferto, ad incentivare l'adozione di misure di prevenzione<sup>33</sup>, a punire comportamenti illeciti<sup>34</sup>. Nonostante il rigetto della domanda di risarcimento in *Pelman, McDonald's* ha modificato la

<sup>31</sup> Cfr. D'ANTONIO, *La "saga" della tabacco litigation italiana all'indomani di Cass. n. 26516/2009*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2015, pp. 192 ss., il quale osserva che nella responsabilità civile la "regolazione si realizza tanto in una prospettiva *ex ante*, in termini di prevenzione speciale e deterrenza generale, quanto in una *ex post*, quale strumento di riallocazione dei costi connessi al consumo del prodotto in capo al soggetto (in genere, il produttore) che meglio può prevenire il realizzarsi degli stessi" (p. 192).

<sup>32</sup> Alcuni Stati americani hanno imposto piccole tasse su bevande gassate, dolci, gomme da masticare: JACOBSON, BROWNELL, *Small Taxes on Soft Drinks and Snack Foods to Promote Health*, in *American Journal of Public Health*, 2000, p. 854 ss., i quali osservano, però, che l'ammontare esiguo della tassazione è tale da non scoraggiare il consumo e il suo ricavato confluisce nel bilancio generale dello Stato, senza essere vincolato a programmi educativi. In tale direzione possono anche citarsi le tasse sulle bevande analcoliche dolcificate in Francia o sugli alimenti ricchi di sostanze gassose in Danimarca, dove sono stati raccolti 280 milioni di euro per politiche di contrasto ai disturbi alimentari: MAGLI, *Il danno da alimenti*, cit., p. 223, nota 17.

<sup>33</sup> A séguito del caso *Liebeck v McDonald's*, no. 93-02419, 1995 WL 360309 (D.N.M. Aug. 18, 1994), dove un consumatore si era ustionato versandosi addosso il caffè bollente acquistato in un punto vendita «*drive-through*», *McDonald's* ha cominciato a servire il caffè ad una temperatura inferiore e ha diffuso avvertenze sul calore delle bevande: HALTOM, MCCANN, *Distorting the Law: Politics, Media, and the Litigation Crisis*, Chicago, 2004, p. 194. Più in generale, nel senso che «la funzione principale della responsabilità civile è quella di ridurre il più possibile il costo dei sinistri e il costo per evitare i sinistri»: CALABRESI, *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico-giuridica*, trad. it. a cura di De Vita, Varano, Vigoriti, Milano, 2015, p. 50.

<sup>34</sup> In *Liebeck v McDonald's*, cit., *McDonald's* è stata condannata da una giuria a corrispondere 160.000 dollari in *compensatory damages* e 2.7 milioni di dollari in *punitive damages*. L'ammontare dei danni punitivi, calcolato in base ai proventi delle vendite di caffè di due giorni, è stato successivamente ridotto dal giudice a 480.000 dollari, pari a tre volte i danni compensativi.

propria offerta alimentare in senso più salutare, inserendo insalate, frutta, hamburger vegetariani nei propri menu<sup>35</sup>, ha bandito le porzioni *supersize*<sup>36</sup>, ha avviato programmi educativi, ha cominciato a fornire informazioni più complete ai consumatori. Il modello della *regulation through litigation* è in grado di orientare gli imprenditori verso forme di produzione più salutari, di sanzionare i loro abusi, di aumentare il ventaglio di informazioni disponibili per il consumatore, salvaguardando quell'esigenza di riparare il danno che verrebbe obliterata da un modello esclusivo di *regulation through legislation*.

---

<sup>35</sup> Si noti che è stata perfino progettata una variante di *Happy Meal* per adulti, contenente insalata, acqua in bottiglia, un libro con esercizi e un pedometro. Anche Burger King ha intrapreso una politica salutista, ampliando la propria offerta con il *Santa Fe Fire-Grilled Chicken Baguette* il quale, a confronto con il *Whopper* da 42 grammi di grasso e 700 calorie, possiede soltanto 6 grammi di grasso e 345 calorie. Sul punto v. ANDREWS, *Small Bites: Obesity Lawsuits Prepare to Take on the Fast Food Industry*, in *Albany Law Journal of Science and Technology*, 2004, pp. 153 ss., p. 178 s.

<sup>36</sup> FORELL, *McTorts: The Social and Legal Impact of McDonald's Role in Tort Suits*, cit., p. 149, ricorda il documentario "Super Size Me", dove il regista e produttore americano Morgan Spurlock si fece riprendere mentre si alimentava di *McDonald's* per un mese, riportando gravi danni alla salute. Il documentario ha raggiunto picchi di ascolti e sensibilizzato l'opinione pubblica sulle porzioni giganti servite dal colosso del *fast food*. Poco dopo il suo debutto, *McDonald's* ha smesso di servire le porzioni *supersize*.

