

## GIURISPRUDENZA

### CASSAZIONE

#### SEZIONI UNITE CIVILI

6 OTTOBRE 1995 N. 10508

**PRESIDENTE:** BRANCACCIO

**ESTENSORE:** BIBOLINI

**PARTI:** PREFETTURA

REGGIO EMILIA

(Avv. Stato)

BEZZECCHI

(Avv. Ferrari, Guardascione)

**Prodotti da fumo •  
Pubblicità • Divieto •  
Estensione • Atipicità della  
condotta**

*Il divieto di propaganda pubblicitaria dei prodotti da fumo comprende ogni comportamento, da chiunque posto in essere, rivolto al pubblico ed idoneo a sollecitarlo all'acquisto ed al consumo di tali prodotti, intesi come prodotti da fumare, non come strumenti per fumare o connessi al fumo di tabacco.*

**Prodotti da fumo •  
Pubblicità • Divieto •  
Forme indirette od occulte  
• Illiceità**

*Il divieto di propaganda pubblicitaria di prodotti da fumo*

*comprende sia forme direttamente evocative dei prodotti da fumo con effetto propagandistico, sia forme in cui l'effetto sia conseguito con modalità indirette ed occulte (come nel fenomeno delle sponsorizzazioni), senza che sia consentito, ai fini dell'esistenza o inesistenza dell'illecito, graduare la maggiore o minore intensità dell'effetto vietato, purché sussistente.*

**Prodotti da fumo •  
Pubblicità • Divieto •  
Utilizzazione del proprio  
marchio • Liceità • Limiti**

*Il divieto di propaganda pubblicitaria di prodotti da fumo trova un limite in quel tanto di effetto propagandistico insito necessariamente nell'offerta al pubblico di tali prodotti con il proprio marchio distintivo negli esercizi a ciò abilitati, nonché nell'esercizio normale del fumo da parte dell'utilizzatore di quei prodotti, e ciò in virtù della legittimità del commercio, della concorrenza e dell'utilizzazione dei prodotti da fumo; trova, inoltre, un limite nella continuazione dell'uso prioritario di un proprio marchio da parte di un produttore di beni*

*diversi, marchio che venga successivamente utilizzato da terzi per i prodotti da fumo.*

**Prodotti da fumo •  
Pubblicità • Divieto •  
Utilizzazione del marchio di  
un prodotto da fumo su un  
prodotto diverso •  
Sussistenza di effetto  
evocativo del prodotto da  
fumo • Illiceità**

*Incorre nel divieto di propaganda pubblicitaria di prodotti da fumo chi, nell'identificazione dei prodotti diversi, utilizza elementi distintivi di un prodotto da fumo, anche al di fuori di possibilità confusorie tra prodotti, se ed in quanto detta utilizzazione, ancorché realizzata con l'offerta in vendita, conservi un effetto evocativo del prodotto da fumo ed una funzione di richiamo pubblicitario sullo stesso, e ciò in quanto la stessa possibilità di utilizzazione di quel marchio, pur se legittima ex art. 11 l. marchi, diviene illegittima in virtù della legge n. 165/1962, e ciò indipendentemente dall'esistenza, o non, di un accordo negoziale tra il titolare del marchio prioritario e colui che successivamente lo utilizza negli elementi qualificanti.*

\* Per i precedenti di legittimità v. Cass. 29 luglio 1987, n. 6547 che risulta pubblicata in *Riv. dir. ind.*, 1987, II, 313 con nota di V. FRANCESCHELLI, *Fumo e uso del marchio a fini pubblicitari*; in *Giur. it.*, 1989, I, 1, 364 con nota di V. AMATO, *Osservazioni in tema di divieto di propaganda pubblicitaria dei prodotti da fumo*; in *Giust. civ.*, 1988, I, 120 con nota di S. SANDRI, *Funzione del marchio ed uso pubblicitario: un rapporto da approfondire*; Cass. 27 aprile

1990, n. 3545, in *Giur. it.*, 1990, I, 1, 1574 con nota di S. SANZO, *Qual è l'estensione del divieto di propaganda pubblicitaria dei prodotti da fumo nel nostro ordinamento?*; in *Riv. dir. ind.*, 1991, II, 36; in *Foro it.*, 1990, I, 1885; Cass. 11 luglio 1990, n. 7209, in questa Rivista, 1991, 826 con richiami di V.Z.Z.; in *Giust. civ.*, 1991, I, 650; Cass. 16 ottobre 1991, n. 10906, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, 704 con nota di S. SANZO, *Il divieto di pubblicità dei prodotti da fu-*

**S**VOLGIMENTO DEL PROCESSO. — Con ordinanza in data 14 giugno 1988 il Prefetto di Reggio Emilia ingiungeva al sig. Vilmo Bezzeccchi il pagamento della somma di L. 10.000.000, quale autore della contestata violazione dell'art. 1, legge 10 aprile 1962, n. 162, come modificato dall'art. 8 del d.l. 10 gennaio 1983, n. 4 convertito nella legge 22 febbraio 1983, n. 52, per avere, nella veste di legale rappresentante della S.p.A. Lebenz, venduto astucci per uso scolastico raffiguranti pacchetti di note marche di sigarette.

L'opposizione proposta dall'ingiunto con ricorso depositato il 30 luglio 1988 (con cui sosteneva il difetto degli elementi soggettivi ed oggettivo del contestato illecito), veniva accolta dal Pretore di Correggio con sentenza n. 25/1989 in data 17 giugno 1989.

In particolare il giudice di prima istanza riteneva che l'elemento soggettivo dell'illecito contestato dovesse essere integrato, non solo dalla consapevolezza, ma dall'intenzionalità di promozione della vendita di sigarette; intenzionalità nella specie negata, in quanto la finalità perseguita dal sig. Vilmo Bezzeccchi era quella di favorire la vendita degli astucci resi più gradevoli dalla riproduzione di pacchetti di sigarette, fatta a scopo ornamentale. Detta opinione si radicava sull'interpretazione del termine « propaganda », delineante l'elemento oggettivo dell'illecito ed indicante (nell'interpretazione del Pretore di Correggio) un'attività di propalazione di una situazione coscientemente svolta al fine di ottenere un risultato voluto. Il Pretore collegava, inoltre, detta interpretazione ai principi enunciati dalla sentenza della Corte di Cassazione n. 6547/1987, nella quale si era ritenuto che l'illecito fosse integrato solo dalle situazioni di propaganda diretta dei prodotti da fumo, da accertare in relazione all'uso concreto fatto del marchio di un prodotto da fumo specifico; da ciò si trarrebbe l'opinione che l'elemento soggettivo debba essere riportato alla finalità perseguita dall'agente.

Ad analoga conclusione il Pretore perveniva in relazione all'elemento oggettivo dell'illecito, ritenendo che il pubblico cui era diretto l'eventuale messaggio pubblicitario (i minori degli anni 14), non fosse recettivo dello stesso, sia perché la tutela specifica dei minori contro l'induzione al fumo di tabacco era già sufficientemente garantita dal disposto dell'art. 730<sup>2</sup> cod. pen., sia perché altri sarebbero gli incentivi subiti dai minori, quali lo spirito di emulazione e di identificazione.

Avverso detta sentenza proponeva ricorso per Cassazione la Prefettura di Reggio Emilia sulla base di un unico ed articolato motivo; il sig. Vilmo Bezzeccchi, che non aveva depositato controricorso, era difeso all'udienza e depositava note.

**MOTIVI DELLA DECISIONE.** — Con l'unico mezzo di Cassazione l'Organo ricorrente deduce la violazione degli artt. 1, legge 10 aprile 1962, n. 162, 8 del d.l. 10 gennaio 1983, n. 4 e legge di conversione 22 febbraio 1983, n. 52 nonché dell'art. 3, legge n. 689/1981 in relazione all'art. 360, nn. 3 e 5 cod. proc. pen.

---

mo: nuovi sviluppi normativi e giurisprudenziali; in *Giust. civ.*, 1992, I, 2443.

Nelle varie note di commento sono ri-

chiamati i precedenti dei giudici di merito e amministrativi, nonché del Giuri di autodisciplina pubblicitaria.

In particolare il ricorrente, sotto il profilo della violazione di legge e del difetto motivazionale, sostiene:

a) la sussistenza nel caso di specie dell'elemento oggettivo dell'illecito addebitato, realizzato con condotta violatrice della legge citata in quanto mezzo idoneo alla persuasione ed all'incitamento al consumo di sigarette, quand'anche detto effetto fosse conseguito con un messaggio indiretto o occulto;

b) la non necessità sotto il profilo soggettivo, dell'elemento doloso, e per di più di un dolo specifico ed intenzionale, ad integrazione della fattispecie di illecito in esame, essendo sufficiente al fine la consapevole volontarietà della condotta tenuta dall'operatore;

c) il difetto di motivazione in relazione al fatto.

Tanto premesso in ordine al tema dedotto in controversia, deve rilevarsi che il giudice di prima istanza ha interpretato in senso limitativo il precetto normativo, concernente il fatto ascritto, sia sotto l'aspetto oggettivo che sotto quello soggettivo. Limitativo sotto il primo profilo, in quanto l'essenza del messaggio pubblicitario e propagandistico viene individuata nell'idoneità alla percezione immediata e diretta, con esclusione, pertanto, di qualsiasi elemento suggestivo che solo indirettamente (o anche inconsciamente per il percettore) possa addurre al consumo di prodotti da fumo. Limitativo sotto il profilo soggettivo, in quanto, dalla funzione propagandistica (come sopra intesa) che la legge vieta e dal dato normativo testuale deriverebbe, in tesi, la necessità dell'intenzionalità del fine quale elemento caratterizzante la fattispecie sanzionata.

L'interpretazione accolta dal Pretore di Caravaggio è in parte coerente con quella sostenuta da questa Corte con la sentenza 29 luglio 1987, n. 6547 e ribadita espressamente con la successiva sentenza 27 aprile 1990, n. 3547. Con dette pronunce (ed in particolare con le puntualizzazioni esistenti nella seconda, che della prima costituisce diretta evoluzione logica) si è sostenuto che se l'uso del marchio costituisce sempre una, sia pure mascherata e sottile, attività propagandistica-pubblicitaria di tutti i prodotti che il marchio protegge; se, inoltre, l'uso del marchio dei prodotti da fumo non è di per sé vietato come non è vietato il commercio dei prodotti che esso protegge; se, in contrario, è vietata solo la propaganda pubblicitaria di siffatti prodotti; se ciò è vero, dovrebbe dedursi che il divieto non è estensibile alle forme di propaganda mascherata, occulta o indiretta, in quanto essa sarebbe sempre inerente all'uso anche legittimo del marchio dei prodotti da fumo. Mancando nella disciplina normativa un precetto espresso di divieto della propaganda occulta o indiretta, l'essenza del divieto dovrebbe individuarsi (sempre secondo l'iter logico delle sentenze indicate) nel comportamento direttamente idoneo ad ingenerare o accrescere la propensione o la sollecitazione al consumo di quei prodotti, da individuarsi in concreto.

Peraltro, dall'interpretazione restrittiva del divieto normativo sul punto si è distaccata in buona parte la successiva sentenza di Cass., 11 luglio 1990, n. 7209, secondo cui l'indagine esegetica induce a ritenere che l'elemento oggettivo dell'illecito previsto dall'art. 8, legge n. 52/1983 comprenda indistintamente tutte le forme attraverso le quali può essere realizzata la propaganda pubblicitaria dei prodotti da fumo, sia dirette che indirette, comprendendo quindi, oltre a quelle che rendano immediatamente manifesta la finalità di creare una domanda di prodotti da fumo o di incrementarne il consumo, quelle che, utilizzando le tecniche di persua-

sione occulta, siano idonee a raggiungere il medesimo risultato, pur se esteriormente non rivelino il loro scopo. Il principio è attenuato dalla precisazione che l'idoneità non deve essere individuata in astratto, sulla base della semplice possibilità teorica che il messaggio evochi la suggestione del fumo e richiami, per mera assonanza mentale, una specifica marca di sigarette.

Infine la sentenza 16 ottobre 1991, n. 10906 (concernente un caso molto simile a quello oggi in discussione, in quanto si trattava dell'esposizione per la vendita di apparecchi telefonici riproducenti i marchi ed i simboli di note case produttrici di sigarette), affrontando espressamente il problema anche sotto il profilo soggettivo, riconosceva, da un lato, che per l'illecito in esame, come per tutte le violazioni punite con sanzioni amministrative, è sufficiente la coscienza e la volontarietà della condotta, sia essa dolosa o colposa; ribadiva, d'altro lato, che il divieto normativo comprendeva sia le forme di propaganda diretta, sia di quella indiretta.

Tale differente ampiezza del precetto normativo nella sua oggettività, secondo le diverse interpretazioni fornite nei casi offerti al giudizio di questa Corte a Sezione semplice, e l'incidenza diversa sull'elemento soggettivo dell'illecito, è alla base dell'investitura delle Sezioni Unite della Cassazione della soluzione della questione.

Tra le due impostazioni del problema, quella per ultima citata corrisponde al dettato normativo ed alla funzione perseguita dalla norma sanzionatoria.

Ed invero, per propaganda pubblicitaria deve intendersi ogni comportamento rivolto al pubblico ed inteso, o semplicemente idoneo, a sollecitarlo all'acquisto ed al consumo dei prodotti in questione (prodotti da fumare, non strumenti o attrezzi per fumare), non essendo ipotizzabile a priori che la legge voglia reprimere solo l'intento di propaganda, e non anche il solo effetto di propaganda, in quanto è quest'ultimo che, comunque posto in essere, giova al diffondersi del prodotto da fumo e, in corrispondenza, minaccia la salute pubblica.

Vano sarebbe dedurre dall'abbinamento del sostantivo con la consecutiva qualificazione (propaganda pubblicitaria), una volontà di legge limitata a forme intenzionalmente dirette di propaganda commerciale. In effetti, la ripetizione di analogo concetto in due termini dal significato univoco (dato che risale alla delineazione dell'originario reato contravvenzionale con la legge 10 aprile 1962, n. 165 e che l'art. 8 del d.l. 10 gennaio 1983, n. 4 ha mantenuto), ha la funzione di massimo ampliamento, in linea di principio, del precetto normativo a tutte le ipotesi in cui una sollecitazione al consumo, o all'acquisto, possa derivare da un concreto comportamento, indipendentemente dal fatto che esso possa essere posto in essere dal produttore del bene da fumo, ovvero da terzi mercé un accordo con il titolare del marchio, ovvero da terzi autonomamente per i fini più diversi. L'individuazione del soggetto attivo dell'illecito in « chi » (e quindi in chiunque) produca un determinato effetto (indipendentemente dalla finalità concretamente perseguita e dalla sua qualificazione in relazione a detto effetto), corrisponde non solo al dato normativo, ma soprattutto alla forma di tutela che la previsione dell'illecito persegue ed agli interessi tutelati.

La disciplina in tema di divieto di propaganda pubblicitaria dei prodotti da fumo trova il suo fondamento prioritario nell'esigenza di tutela della salute della collettività, come emerge dall'esplicito contenuto in

tale senso dei lavori preparatori ed inoltre dal dato testuale del comma 2 dell'art. 1, legge n. 165/1962 (nel testo risultante dall'art. 8 del d.l. n. 4/1983 conv. in legge n. 52/1983), che destina i proventi delle sanzioni amministrative « all'informazione ed all'educazione sanitaria nonché a studi e ricerche finalizzati alla prevenzione della patologia da fumo ». In questa prospettiva, che individua l'uso del tabacco come fonte possibile di danno per la salute dell'individuo fumatore ed indirettamente di danno per la salute collettiva (comprendendo tra i soggetti tutelati anche i non fumatori), la disciplina legislativa appare come diretto adempimento dell'impegno costituzionale di tutela della « salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività » (art. 32<sup>1</sup> della Costituzione). D'altronde il precetto proibitivo non può ritenersi in contrasto con la tutela dei diritti economici dei cittadini, per i quali la pubblicità dei prodotti può costituire uno dei mezzi essenziali dell'attività di impresa, in quanto i limiti all'attività economica, sia pure in linea generale enunciati dall'art. 41 della Costituzione fanno sì che essa, riconosciuta e giuridicamente garantita, non possa in ogni caso svolgersi in contrasto con l'utilità sociale; quell'utilità sociale che, nel caso di specie, è individuabile nell'interesse generale integrato dalla salute della collettività.

Indubbiamente, in linea di principio, un'interpretazione limitativa del divieto può individuarsi nel contrasto tra la legittimità del commercio e dell'uso di quei prodotti ed il divieto di incentivazione della loro diffusione. Il legislatore, pur riconoscendo la natura sicuramente tossica del prodotto, non ne inibisce senz'altro la produzione, il commercio oppure l'uso, in quanto ritenuto bisogno o, comunque, utilizzazione ormai entrati a far parte da tempo del costume sociale.

Tuttavia la stessa limitata possibilità di commercializzazione, accompagnata dalla previsione di specifici punti di vendita caratterizzati da particolari segni di individuazione regolamentati, corrisponde ad un originario modello di intervento pubblicistico nel settore che rappresenta già uno strumento, per le sue potenzialità, diretto alla più adeguata attuazione delle direttive costituzionali in tema di tutela della salute. La scelta successiva di un ulteriore modello di azioni, in cui è più immediatamente percepibile una funzione di prevenzione del danno, tende più marcatamente al contenimento indiretto del mercato del bene e delle dimensioni complessive del fenomeno, attraverso l'eliminazione del meccanismo pubblicitario, ispirata essenzialmente alla tutela preventiva della salute nella sua dimensione collettiva.

In questa prospettiva deve, quindi, risolversi, in linea di principio il fondamentale problema dell'estensione del divieto anche alla pubblicità indiretta, occulta o occasionale. Poiché, infatti, è l'effetto propagandistico (al di là della sua intenzionalità) che giova al diffondersi del prodotto e costituisce minaccia alla salute pubblica, è l'effetto in quanto tale che diviene oggetto del divieto, da chiunque e con qualunque modalità posto in essere e qualunque sia il fine specifico cui in concreto la singola azione sia diretta.

Con riferimento a detta finalità, insita nel precetto normativo, deve risolversi l'apparente conflitto che il primo indirizzo giurisprudenziale citato aveva posto in evidenza, tra legittimità della vendita e dell'uso del relativo marchio nella vendita del prodotto da fumo ed il fine pubblicitario ritenuto necessariamente, e comunque, connesse all'uso commerciale del marchio.

Anche chi sostiene che tra funzione distintiva e funzione pubblicitaria dei segni distintivi di un prodotto (i marchi) possa esservi un processo di immedesimazione (cioè soprattutto per i marchi celebri, di alta risonanza o supernotori, come variamente qualificabili), non può prescindere dalla distinzione tra l'offerta in vendita di un prodotto, anche con quel tanto di richiamo pubblicitario che è inerente alla perfezione essenziale dell'offerta, ed un richiamo distinto ed ulteriore rispetto alla semplice essenzialità dell'offerta di vendita.

Qualora, quindi, la vendita concerna i prodotti da fumo negli esercizi a ciò abilitati, l'offerta in vendita e l'esposizione per la vendita dei singoli prodotti può ben essere fatta con i loro segni distintivi, sia all'interno dell'esercizio, sia nella vetrina, sia nei distributori automatici posti all'esterno dell'esercizio stesso, poiché il legittimo commercio di quei beni non può non esercitarsi se non con le modalità necessarie ed essenziali dell'offerta, ancorché a detta modalità minima ed essenziale si accompagni quel tanto di richiamo implicito che all'offerta stessa è connesso. Se è legittimo il commercio di quei prodotti, legittima ne deve essere l'offerta, costituente il minimo di attività attraverso cui il commercio necessariamente si esplica, così come legittimo deve ritenersi quel tanto di richiamo che all'offerta, ed alla distinzione con il marchio del bene offerto, necessariamente si associa. Inoltre alla legittimità del commercio, consegue la legittimità della concorrenza tra i vari prodotti e produttori, per cui la funzione distintiva del marchio non è elisa per i prodotti da fumo, che è legittimo individuare con un segno distintivo (cioè con un marchio), dotato della sua tutela specifica e tipica nell'ambito concorrenziale.

Ciò che esula dall'ambito della legittimità della vendita, pur riconosciuta, è il richiamo ulteriore, e l'ulteriore effetto suggestivo che può connettersi alle modalità di utilizzo del marchio, o di altre forme rappresentative, al di fuori della semplice offerta in vendita nei luoghi a ciò autorizzati. Quindi la stessa offerta fatta nell'esercizio abilitato, nella vetrina o al di fuori di essa, con forme suggestive esulanti la semplice offerta in vendita di prodotti individuati dai propri segni, può implicare quell'effetto di propaganda che esula dalla semplice legittimità della vendita e che la legge intende reprimere; può decampare da quell'effetto pubblicitario consentito in quanto essenziale alla semplice offerta del prodotto con i propri segni distintivi, ed integrare l'effetto promozionale (invito all'acquisto, nelle varie possibilità di incremento, di persistenza nell'uso ovvero ancora allo spostamento delle preferenze verso alcuni prodotti), represso con la qualificazione di illecito e con la comminatoria della relativa sanzione.

Né può sostenersi che l'ampliamento del concetto, ovvero l'individuazione della sanzione anche al di fuori dell'intenzionalità pubblicitaria, finirebbe per colpire illogicamente anche forme di effetto pubblicitario connesse ad atteggiamenti normalmente correnti (il soggetto che dimentichi in luogo pubblico un pacchetto di sigarette, la persona che fumi in pubblico alla vista dei terzi i quali possono subire la suggestione relativa). Queste situazioni, infatti, debbono risolversi, non in base all'elemento intenzionale, ma alla normalità della condotta consentita. Se, come già indicato, rientra nell'ambito della liceità la vendita e l'uso del prodotto da fumo, e ciò in quanto espressione di un costume sociale ormai affermatosi, come deve sopportarsi quel tanto di effetto pubblicitario connesso alla offerta in vendita, deve altresì esulare dalla previsione proibitiva quel tanto

di effetto verso i terzi connesso all'uso del tabacco, con le modalità normalmente correnti che siano al di fuori di espresse e diverse previsioni di divieto (fumare in determinati locali) e che rientrino nella normalità di condotta di un fumatore.

Nella stessa linea logica deve ritenersi che, oltre alla propaganda diretta fatta con i normali mezzi pubblicitari, rientrino nel divieto quelle forme di pubblicità individuate sotto il nome di sponsorizzazioni.

Sotto il profilo della tecnica pubblicitaria tali forme possono essere correttamente intese quali ipotesi di pubblicità indiretta, in relazione al fatto che l'interesse del consumatore al prodotto pubblicizzato è sollecitato attraverso l'interesse di questi all'attività (sportiva, culturale o di altro genere) costituente veicolo del messaggio pubblicitario; la sponsorizzazione, quindi, rappresenta sempre una fattispecie ulteriormente articolata rispetto alle forme di pubblicità tradizionali, e da esse non diversa negli effetti. Poiché, come si è inizialmente ritenuto, il divieto non coinvolge solo l'intenzione pubblicitaria ma, alternativamente ed autonomamente, l'effetto, non possono permanere dubbi rispetto alla considerazione delle sponsorizzazioni quali forme di propaganda pubblicitaria e, come tali, rientranti nell'ambito del divieto, ove esse riguardino prodotti da fumo, con relativa possibilità di irrogazione del divieto sia allo sponsor che all'abbinante, quali soggetti necessari, in un rapporto contrattuale, per la realizzazione dell'illecito. Ciò indipendentemente dal fatto che, nell'ambito del rapporto contrattuale di sponsorizzazione, sia l'abbinante il soggetto che intenda trarre vantaggio e diffusione per la propria attività dall'utilizzazione di un marchio celebre di prodotti da fumo, ovvero sia lo sponsor che intenda trarre diffusione del prodotto da fumo, ovvero l'abbinamento sia fatto per un fine di vantaggio reciproco. Ciò che rileva per l'indagine in atto e per l'integrazione della fattispecie di illecito, giova ripetere, non è l'intento, ma l'effetto pubblicitario dei prodotti di quel genere, indipendentemente dall'intenzione e dalle finalità commerciali in concreto perseguite dalle parti del rapporto di sponsorizzazione.

Con ulteriore, e connessa, evoluzione del concetto, quindi, deve estendersi il divieto anche ai casi in cui, al di fuori di un rapporto contrattuale con il titolare del marchio di un prodotto da fumo (o al di là della prova dell'esistenza di detto rapporto negoziale), l'abbinamento del marchio di un prodotto da fumo venga fatto da chi eserciti una diversa attività, anche imprenditoriale, al fine di captare l'interesse suscitato dal marchio celebre del prodotto da fumo e deviarlo sul diverso prodotto o servizio offerto. Quand'anche l'utilizzazione del segno distintivo avvenga senza il consenso, o senza l'opposizione, del suo titolare, l'utilizzazione di quel marchio (non ha importanza se impiegato solo come motivo ornamentale), in quanto abbia connesso l'effetto (non importa se indiretto, implicito o occasionale) di ulteriore propagazione del messaggio pubblicitario del prodotto da fumo, costituisce esso stesso fatto integratore dell'illecito. Il fatto che l'intenzione, ed il fine, dell'utilizzatore sia quello di dirottare verso il proprio prodotto l'interesse esistente per il prodotto da fumo al fine di affermare o incrementare la vendita del proprio prodotto, non esclude che all'utilizzazione di quel marchio (o come segno distintivo del diverso prodotto o come motivo ornamentale), possa accedere l'effetto propagandistico del prodotto da fumo incorrendo come tale nel relativo divieto se, come si ribadisce, la disciplina sanzionatoria è volta essenzialmente a reprimere l'effetto pubblicitario, non necessariamente l'intenzione.

A questo proposito, peraltro, si pongono una serie di correlazioni quando un unico segno sia utilizzato per distinguere più prodotti, uno dei quali da fumo. In tale caso nell'analisi del problema debbono proporsi delle soluzioni che siano coordinabili con la tutela di diritti acquisiti dai singoli soggetti. Non si tratta di soluzioni di compromesso (come pure è stato detto in dottrina) fra varie esigenze da adottarsi in via interpretativa, ma di valutare se e quale sia il limite insito nel divieto quando venga in contatto con realtà altrimenti legittime, ovvero se realtà altrimenti legittime subiscano *ab origine* un limite dalla previsione sanzionatoria in esame.

Si possono richiamare:

a) il caso in cui un produttore o un commerciante utilizzi puramente e semplicemente il marchio (o il cuore del marchio) del prodotto da fumo quale segno distintivo di un prodotto di diversa natura, sia che ciò avvenga in base ad un accordo negoziale con il suo titolare, ovvero del tutto autonomamente (il caso che ha dato luogo alla sentenza di cassazione n. 3545/1990 già citata);

b) il caso di un marchio nato come individuante un prodotto da fumo, che peraltro successivamente abbia assunto una propria rilevanza e notorietà, come distintivo di una diversa attività economica, per cui il messaggio, pur mutuante in tutto o in parte simboli del marchio di un prodotto da fumo, si concretizzi in un *quid* del tutto autonomo, acquisendo la capacità di identificare con assoluta immediatezza un prodotto diverso da quello originariamente richiamato, avendo perso la potenzialità di evocare, in quanto utilizzato nel diverso settore, il prodotto originario (è il caso illustrato nella sentenza di questa Corte 11 luglio 1990, n. 7209);

c) il caso, infine, di un marchio individuante un prodotto diverso, che venga successivamente utilizzato per un prodotto da fumo (in dottrina è stato indicato il caso del marchio « Mercedes », originariamente utilizzato da impresa automobilistica e successivamente da una marca di sigarette).

In relazione alla più generale ipotesi *sub a*) non è dubbio che, secondo la disciplina sostanziale del marchio, la preadozione di un segno come marchio non impedisce la utilizzazione successiva, da parte di altri, dello stesso segno in un ambito non confusorio. Non basta questo rilievo, peraltro, per escludere che l'uso anche pubblicitario del marchio per un prodotto diverso e non confondibile con quello da fumo, possa incontrare ostacolo nel fatto che il marchio sia notoriamente usato da altri per un prodotto da fumo.

L'interesse, infatti, che regge il divieto della propaganda pubblicitaria è del tutto diverso da quello inerente alla disciplina ordinaria del marchio. La disciplina del marchio protegge il titolare nella sua aspirazione a diffondere prodotto e marchio come legati alla propria azienda e mira a promuovere consapevoli scelte del pubblico; il divieto in esame, al contrario, tende a sfavorire la diffusione del prodotto e del marchio ed a tenerne lontano il pubblico. Al limite, la diffusione del marchio originariamente del prodotto da fumo da parte di un'impresa operante in un diverso settore, può giovare anche al titolare del marchio il quale può non avere interesse alcuno a fare valere il diritto all'esclusiva, mentre il divieto della legge in esame ha ugualmente ragione di essere, proprio perché quell'uso giova a propagandare il prodotto da fumo, mentre la tutela della salute collettiva, nella previsione dell'illecito in esame, non è lasciata alla reazione da parte di chi possa rivendicare un'esclusiva.



Né pare esatta l'opinione secondo cui, come vi è compromesso, nella legge analizzata, tra liceità dell'offerta in vendita del prodotto di fumo ed illiceità dell'invito ad acquistare, tra liceità dell'uso ed illiceità dell'introduzione all'uso, così bisognerebbe accettare quel tanto di compromesso che, malgrado la diversità dell'ambito merceologico, sia configurabile tra diritto sul marchio del prodotto pubblicizzabile e potere di richiamo del prodotto non pubblicizzabile; situazione questa che si verifica quando un prodotto diverso venga offerto in vendita con un marchio di prodotto da fumo.

Il coordinamento tra la disciplina che riconosce la legittimità dell'uso e del commercio dei prodotti da fumo (sia pure con limitazioni inerenti a detta forma commerciale) ed il divieto di propaganda pubblicitaria dello stesso prodotto, sono componenti, sia pure con norme succedutesi nel tempo, di un unitario sistema concernente un unico oggetto. Conseguentemente, la legittimità del commercio del prodotto da fumo costituisce una realtà giuridica che determina il limite del divieto posto dalla legge 10 aprile 1962, n. 165 e che, come già detto, consente di escludere dal divieto quel tanto di effetto propagandistico connesso all'offerta in vendita del prodotto da fumo. Per contro, l'introduzione della disciplina di divieto si pone come limite alle modalità di esercizio (di pubblicità) di differenti attività commerciali, quando dette modalità attuative siano tali da comportare comunque un effetto di propaganda pubblicitaria di prodotti da fumo, sia con l'offerta in vendita del prodotto diverso con quel tanto di effetto pubblicitario connesso all'offerta con quel marchio, sia, ed a maggior ragione, con effetto pubblicitario di maggiore ampiezza. Né può farsi distinzione sul grado di minore o maggiore intensità del richiamo pubblicitario connesso alla singola operazione commerciale del prodotto non da fumo, per darsi attuazione, o non, al divieto.

Non può, quindi, sostenersi che l'uso legittimo (secondo la legge marchi) di un marchio di prodotto da fumo per identificare un diverso prodotto con esso non confondibile, deve consentire la sopportazione di quel tanto di effetto pubblicitario del prodotto da fumo connesso all'offerta del diverso prodotto con quel marchio; al contrario la stessa esistenza del divieto sanzionato entra a far parte del sistema di norme che delineano la legittimità dell'uso di un segno distintivo di prodotto o di attività, per cui le utilizzazioni *contra legem* e, come tali, illegittime di segni distintivi, non sono solo quelle confusorie disciplinate in linea generale dall'art. 11 l. marchi (art. 11, r.d. 21 giugno 1942, n. 924 vigente all'epoca del fatto nonché art. 11 in relazione all'art. 1 nel testo risultante dal d.lgs. 4 dicembre 1992, n. 480), ma anche quelle che comportino comunque propaganda di un diverso prodotto (quello da fumo) non pubblicizzabile.

Quindi, se il marchio di un prodotto da fumo venga utilizzato come segno distintivo di un diverso prodotto, non può escludersi l'illegittimità dell'utilizzazione anche come semplice segno distintivo per l'offerta in vendita del secondo, quando alla modalità di utilizzazione in concreto si associ nel pubblico, percettore del segnale, il richiamo pubblicitario del primo. È il diritto all'utilizzazione del marchio da parte del secondo che, in quanto idoneo ad integrare una forma, anche indiretta, di propaganda del prodotto da fumo, nasce limitato nella sua legittimità anche al di fuori di ipotesi confusorie tra prodotti.

Né il postadottante il marchio, originariamente di prodotto da fumo, è legittimato ad apportare solo quelle modifiche o quelle aggiunte di segno

atte ad evitare la confusione di prodotti nell'utilizzazione come segno distintivo, mantenendo quel tanto del marchio originario atto a mantenere l'effetto evocatore specifico del prodotto da fumo, e ritenere che, siccome l'adozione del marchio con semplice funzione distintiva è legittima anche per lo stesso prodotto da fumo, analoga legittimità permarrebbe nella semplice offerta in vendita del prodotto diverso con il marchio del prodotto da fumo, con quel minimo effetto pubblicitario del prodotto da fumo insito nell'offerta. Basti ribadire, in senso contrario, che l'uso del marchio in funzione distintiva, anche con l'inevitabile effetto pubblicitario connesso all'offerta in vendita, costituisce modalità indispensabile e strettamente connessa alla legittimità del commercio del prodotto da fumo, con le limitazioni insite in detta forma commerciale, in cui la individuazione di un prodotto non può che avvenire attraverso l'utilizzazione del segno distintivo proprio del prodotto da fumo. Diversamente, la libertà di commercio di prodotti diversi da quelli da fumo non richiede necessariamente l'adozione di segni distintivi che evochino i prodotti da fumo, per cui l'adozione di segni che abbiano effetto evocativo, suggestivo e pubblicitario del prodotto da fumo non è modalità necessitata dalla libertà del commercio, la quale, pertanto, subisce il limite nell'adozione di segni distintivi che assumano un più o meno marcato effetto evocativo e pubblicitario.

Diversa è, nell'evoluzione di questa linea logica, la soluzione dell'ipotesi sopra indicata *sub b*), in quanto il marchio, originariamente applicato al prodotto diverso da quello da fumo, in quanto idoneo solo ad individuare o propagandare lo stesso, è nato al di fuori del vincolo della legge n. 164/1962; né la condotta originariamente legittima del suo titolare può incorrere in una causa di illegittimità a causa della condotta ascrivibile esclusivamente al terzo (colui che applichi lo stesso marchio ad un prodotto da fumo).

Ad analoga soluzione deve pervenirsi per l'ipotesi *sub c*), ma ciò in quanto il segno, originariamente distintivo del prodotto da fumo, nella pratica applicazione ad altro genere di bene o di servizio, abbia di fatto assunto una sua autonomia tale da essere privato, se usato in quel contesto, del potere evocativo dell'originario prodotto e, pertanto, divenga privo in concreto dell'effetto pubblicitario vietato.

È esatto, in definitiva, quanto affermato da questa Corte con la sentenza 11 luglio 1990, n. 7209 secondo cui l'effetto propagandistico del prodotto da fumo connesso all'utilizzazione di un marchio, anche come semplice segno distintivo, debba essere valutato in concreto, e non come semplice idoneità astratta; esatto, peraltro, purché la valutazione di merito costituisca idonea applicazione dei principi di diritto in ordine all'estensione del divieto della propaganda pubblicitaria dei prodotti da fumo, estensione così sintetizzabile:

A) per propaganda pubblicitaria vietata deve intendersi ogni comportamento, da chiunque posto in essere, rivolto al pubblico ed idoneo a sollecitarlo all'acquisto ed al consumo dei prodotti da fumo, intesi come prodotto da fumare, non come strumenti per fumare o connessi al fumo di tabacco;

B) il divieto coinvolge sia forme direttamente evocative dei prodotti da fumo con effetto propagandistico, sia forme in cui l'effetto sia conseguito con modalità indirette ed occulte (come nel fenomeno delle sponsorizzazioni), senza che sia consentito, ai fini dell'esistenza o inesistenza dell'il-

lecito, graduare la maggiore o minore intensità dell'effetto vietato, purché sussistente;

C) l'estensione del divieto trova un limite in quel tanto di effetto propagandistico insito necessariamente nell'offerta al pubblico del prodotto da fumo con il proprio marchio distintivo negli esercizi a ciò abilitati, nonché nell'esercizio normale del fumo da parte dell'utilizzatore di quei prodotti, e ciò in virtù della legittimità del commercio, della concorrenza e dell'utilizzazione dei prodotti da fumo; trova, inoltre, un limite nella continuazione dell'uso prioritario di un proprio marchio da parte di un produttore di beni diversi, marchio che venga successivamente utilizzato da terzi per i prodotti da fumo;

D) incorre nel divieto, invece, chi nell'identificazione dei prodotti diversi utilizza elementi distintivi di un prodotto da fumo, anche al di fuori di possibilità confusorie tra prodotti, se ed in quanto detta utilizzazione, ancorché realizzata con l'offerta in vendita, conservi un effetto evocativo del prodotto da fumo ed una funzione di richiamo pubblicitario sullo stesso, e ciò in quanto la stessa possibilità di utilizzazione di quel marchio, pur se legittima ex art. 11 l. marchi, diviene illegittima in virtù della legge n. 165/1962, e ciò indipendentemente dall'esistenza, o non, di un accordo negoziale tra il titolare del marchio prioritario e colui che successivamente lo utilizza negli elementi qualificanti.

In base a detti principi non può non disconoscersi l'erroneità della decisione del Pretore di Caravaggio, sia in ordine all'identificazione dell'elemento oggettivo sia in ordine alla richiesta intenzionalità dell'effetto pubblicitario di prodotti da fumo.

La decisione integra ulteriormente, e comunque, un elemento di errore, allorché a parte l'elemento intenzionale, richieda comunque un elemento di dolo all'integrazione dell'illecito. Esatta e condivisibile è sul punto la richiamata decisione n. 10906/1991 di questa Corte secondo cui, a norma dell'art. 3 della legge 24 novembre 1981, n. 689, modellato sull'art. 52 cod. pen., per le violazioni colpite da sanzione amministrativa è richiesta la coscienza e volontà della condotta attiva o omissiva, sia essa dolosa o colposa, ed il principio deve essere inteso nel senso della sufficienza dei suddetti estremi, senza che occorra la concreta dimostrazione del dolo o della colpa, nel senso che dalla norma si desume altresì una presunzione di colpa in ordine al fatto vietato a carico di colui che lo abbia commesso, incombendo a questi l'onere di provare di avere agito senza colpa (Cass. 5 maggio 1988, n. 3321).

Infine si deve rilevare che il giudice del merito ha ritenuto insussistente l'effetto propagandistico nel caso di specie in quanto i minori destinatari dei beni (astucci scolastici) non sarebbero ricettivi del messaggio stesso.

A parte l'esattezza o no di questa valutazione, riservata al giudice del merito, non può non apprezzarsi l'incompletezza della motivazione, ed il relativo vizio sotto il profilo motivazionale in quanto, se i minori sono gli utilizzatori di quel prodotto, non è detto che essi siano i soli acquirenti; l'offerta in vendita degli astucci li espone alla visione di tutti coloro che frequentino gli esercizi in cui i beni siano offerti e di tutti coloro (i genitori) che per i minori eventualmente effettuino l'acquisto, rispetto ai quali, in ordine alla ricettività del messaggio propagandistico, nessuna motivazione è stata svolta nella sentenza impugnata.

Sotto gli indicati profili, quindi, la sentenza n. 25/1989 del Pretore di Correggio deve essere cassata e la Pretura Circondariale di Reggio Emilia, cui la causa è rimessa, provvederà ad una nuova valutazione in applicazione dei principi sopra enunciati, decidendo inoltre anche sulle spese del giudizio di legittimità.

P.Q.M. — La Corte accoglie il ricorso; cassa e rinvia, anche per le spese del giudizio di legittimità, alla Pretura Circondariale di Reggio Emilia.