

ANDREA PARIGI

IL CONTENUTO DEI MESSAGGI PUBBLICITARI RADIO-TELEVISIVI TRA DISCIPLINA DEL MEZZO E REGOLAMENTAZIONE GENERALE DELLA PUBBLICITÀ INGANNEVOLE

SOMMARIO: 1. Quadro normativo di riferimento: a) le direttive comunitarie. b) (segue) la situazione italiana previgente all'attuazione delle direttive comunitarie. c) (segue) l'attuazione delle direttive C.E.E.: la legge 223/1990 ed il successivo D.M. 425/1991. d) (segue) il decreto legislativo 25 gennaio 1992, n. 74. — 2. Prime riflessioni e raffronti sulle disposizioni, previste nelle due normative in esame, riguardanti contenuto e modalità di presentazione dei messaggi pubblicitari: a) le lacune legislative. b) (segue) sperequazioni, incongruenze e sovrapposizioni normative. c) (segue) la problematica « *reductio ad unum* » del complesso normativo, anche rispetto alla pubblicità televisiva. — 3. Controlli: a) la legge 223/90. b) (segue) il D.Lgs 74/92. — 4. Elementi di raccordo (e di conflitto) fra le varie competenze e procedure di controllo: a) tra le due Autorità garanti. b) (segue) raccordi con altre forme di controllo. c) (segue) cenno ai possibili conflitti di competenza amministrativa e giurisdizionale. d) rapporti con l'autodisciplina. — 5. Considerazioni conclusive.

1. QUADRO NORMATIVO DI RIFERIMENTO.

a) *Le direttive comunitarie.*

Le esigenze di protezione del « pubblico » di fronte a comunicazioni pubblicitarie abusive e potenzialmente lesive di rilevanti interessi della persona, indussero la Commissione della Comunità Economica Europea a varare, fin dall'aprile 1975, il *Primo Programma per una politica di tutela e di informazione dei consumatori*, nel quale venivano individuati ed articolati in una sorta di statuto i seguenti diritti fondamentali: diritto alla protezione della salute e della sicurezza, diritto alla tutela degli interessi economici, diritto al risarcimento dei danni, diritto all'informazione ed all'educazione, diritto alla rappresentanza dei propri interessi¹.

¹ Cfr. Commissione delle Comunità Europee, *Dieci anni di politica comunitaria al servizio dei consumatori. Un contributo all'Europa dei cittadini*, Lussembur-

go, 1985, 11 ss. Su tale programma v. cenni anche in M. BESSONE, *Pubblicità, credito al consumo, « diritto all'informazione » dei consumatori*, in *Giur. merito* 1980, 736.

L'enucleazione di questo programma di tutela derivava espressamente dalla acquisita consapevolezza che « *il consumatore non può più essere considerato come un semplice acquirente ed utente di beni e servizi per uso personale, familiare o collettivo, bensì gli deve essere riconosciuto il ruolo di soggetto pienamente partecipe a tutte le manifestazioni della vita sociale che possono interessarlo direttamente o indirettamente nella sua qualità di consumatore* »².

Certamente, l'ottica con cui vennero formulati i diritti fondamentali sopra ricordati aveva un immediato riferimento nelle esigenze di tutela della persona per le conseguenze che le potevano derivare dal rapporto di consumo³, in relazione al tipo di prodotto negoziato; ed in questo senso appaiono più marcatamente orientati i primi tre di tali diritti.

È però anche vero che, da quello stesso « Statuto », emergeva in modo inequivoco che la tutela del consumatore — per essere veramente effettiva — non potesse comunque esaurirsi nel solo ambito del rapporto di consumo; ma, come è implicito nel riconoscimento di un diritto all'informazione ed all'educazione, essa doveva necessariamente consentire a ciascun consumatore di esigere, in via generale, da chi sollecita il rapporto di consumo, un'informazione adeguata e corretta; e ciò a prescindere dall'effettiva instaurazione — da parte di quel soggetto — del rapporto di consumo sollecitato.

Si può quindi ragionevolmente ritenere che già il programma comunitario di tutela sopra citato — sia nella definizione del ruolo, sia nella enucleazione dei relativi diritti — conteneva *in nuce* una nozione di consumatore così ampia da ricomprendervi — come meritevole della relativa tutela — ogni persona destinataria di messaggi pubblicitari, semplicemente in quanto utente dei *media* che li diffondono; nozione, questa, che possiamo efficacemente sintetizzare nell'espressione, del resto utilizzata dalla stessa Corte Costituzionale nella nota decisione 231/85, di « *utente-consumatore* »⁴.

Alcuni degli obbiettivi di tutela assunti nel programma comunitario del 1975 hanno poi trovato una più precisa collocazione e regolamentazione, per quanto attiene al contenuto ed alle modalità di diffusione dei messaggi pubblicitari, nella direttiva CEE 10 settembre 1984 n. 84/450 in materia di pubblicità ingannevole⁵ ed

² Cfr. Commissione delle Comunità Europee, op. cit., 12.

³ Con l'espressione « rapporto di consumo » intendiamo riferirci ad ogni rapporto negoziale (perlopiù di compravendita di beni o di utenza di servizi) instaurato a seguito dell'accoglimento di una sollecitazione pubblicitaria in tal senso.

⁴ Di « *tutela dell'utente-consumatore* » parla appunto Corte Cost. n. 231/85 (*Foro*

it. 1985, I, 2837), volendo con ciò identificare la tutela del soggetto spettatore radio-televisivo nella sua duplice veste di semplice destinatario di messaggi pubblicitari, in quanto « *utente* » di un mezzo di comunicazione, e di potenziale « *consumatore* » dei prodotti reclamizzati da tale mezzo.

⁵ GUCE, L 250, del 19 settembre 1984, 17 ss.

in alcune disposizioni (in particolare gli artt. da 12 a 16) della successiva direttiva 3 settembre 1989 n. 89/552 concernente l'esercizio delle attività televisive⁶.

Il rapporto esistente tra le disposizioni contenute nelle due direttive può essere agevolmente sintetizzato con il richiamo agli stessi « considerando » della direttiva 89/552, la quale si è preoccupata di chiarire che essa, limitandosi a norme concernenti specialmente l'attività televisiva, non intende pregiudicare « *gli atti comunitari di armonizzazioni esistenti o futuri specie attinenti alla protezione dei consumatori, alla lealtà delle transazioni commerciali ed alla concorrenza* »⁷, ma che essa, « *per garantire una integrale ed adeguata protezione degli interessi della categoria dei consumatori costituita dai telespettatori* », considera « *essenziale che la pubblicità televisiva sia sottoposta ad un certo numero di norme minime e di criteri...* »⁸.

L'intervento della direttiva 89/552, mirato esclusivamente rispetto alla pubblicità televisiva, è certamente da riconnettersi all'accresciuta rilevanza che il comparto della radiodiffusione, specie televisiva, ha assunto rispetto alla comunicazione pubblicitaria, divenendo nella realtà odierna lo strumento di gran lunga più efficace e privilegiato nella ricerca del « contatto » tra imprese e masse di consumatori. Tale intervento può peraltro essere interpretato, più in generale, come significativa conferma dell'acquisita consapevolezza (del resto già insita nel programma comunitario) che un fenomeno tanto massiccio nelle dimensioni socio-economiche⁹, quanto sottile e sofisticato nelle tecniche di pressione psicologica, non consente di limitare i mezzi di tutela ai soli profili economici derivanti dal rapporto di consumo ingannevolmente *indotto*; ma esso deve investire esigenze di protezione di ben altri interessi, attinenti alla sfera della libertà e dignità della persona, contro turbative intense, penetranti, oggettivamente scorrette, ricon-

⁶ GUCE, L 298/23, del 17 settembre 1989. Vedila anche in *Foro it.* 1990, V, 103 ss. (con ampia nota di A. TIZZANO, *La direttiva CEE sulla « televisione senza frontiere »*), nonché in AA.Vv., *Il sistema radiotelevisivo pubblico e privato*, a cura di E. Roppo e R. Zaccaria, Milano, 1991, 661 ss.

⁷ Direttiva 84/450/CEE, 17° Considerando, in AA.Vv., *Il sistema radiotelevisivo...*, cit., 663.

⁸ Ivi, 27° Considerando, 664.

⁹ Per riferimenti alla teoria dell'impatto sociale (*impact theory*) dei mezzi radiotelevisivi, ampiamente utilizzata dalla giurisprudenza statunitense a giustificazione della *regulation* del settore, cfr. R. PARDOLESI, Nota a Corte Cost. n. 148/1981, in *Foro it.* 1981, I, 2095; sentenza, quest'ulti-

ma, che apparve decisamente riecheggiare tali posizioni nel sottolineare « *i dati caratteristici del mezzo di diffusione del pensiero in esame che, per la sua notoria capacità di immediata e capillare penetrazione nell'ambito sociale attraverso la diffusione all'interno delle abitazioni e per la forza suggestiva delle immagini unita alla parola, dispiega una peculiare capacità di persuasione e di incidenza sulla formazione dell'opinione pubblica nonché sugli indirizzi socio-culturali, di natura ben diversa da quella attribuibile alla stampa* » (ivi, 2102); sul punto v. anche A. ZANACCHI, *Il controllo sul contenuto del messaggio pubblicitario radiotelevisivo in Italia*, in AA.Vv., *La pubblicità e il sistema dell'informazione*, a cura di P. BARILE e P. CARETTI, ERI, Torino, 1984, 292.

ducibili direttamente al contenuto e/o alle modalità di diffusione del messaggio pubblicitario, arrivando cioè a proteggere i destinatari dei messaggi quale particolare categoria di *consumatori* dei mezzi che tali messaggi diffondono.

b) *La situazione italiana previgente all'attuazione delle direttive comunitarie*

I richiamati indirizzi del programma comunitario avevano trovato nel nostro ordinamento una limitatissima e frammentaria considerazione con esclusivo riferimento al rapporto di consumo, mentre nessuna attenzione, almeno a livello normativo, era stata data ai problemi relativi al riconoscimento ed ai limiti di tutela dell'interesse dell'utente-consumatore, nel senso sopra indicato, nei confronti del contenuto e delle modalità di diffusione del messaggio pubblicitario.

Si tenga presente, infatti, che il nostro ordinamento non solo difettava di una organica regolamentazione della comunicazione pubblicitaria, a dispetto della pur considerevole casistica di limiti normativi previsti¹⁰; ma neppure contemplava una norma generale sanzionatoria delle fattispecie di decezione pubblicitaria, potendosi solo rinvenire — nel quadro di una « *irrazionale legislazione per frammenti* »¹¹ — isolate disposizioni di settore (per lo più a livello di legislazione penale speciale¹² e amministra-

¹⁰ Si tratta di una miriade di micro-previsioni settoriali, per lo più ispirate alle esigenze specifiche di disparati settori merceologici. Per una panoramica complessiva, cfr. L. SORDELLI, voce *Pubblicità commerciale ed altre informazioni pubblicitarie*, in *Noviss. Dig. It., App.*, Torino, 1986, 179 ss. È diffusa opinione che « la disciplina esistente non concerne il fenomeno pubblicitario per se stesso considerato, ma unicamente alcune sue manifestazioni viste nell'ottica settoriale dei particolari prodotti ai quali si riferiscono » (G. Floridia, *Legge e autodisciplina pubblicitaria in Italia. Prospettive dopo la direttiva CEE*, in *Riv. dir. ind.* 1987, I, 126).

¹¹ M. BESSONE, *Inviolabili diritti della persona e statuto costituzionale dei diritti del consumatore*, in *Dir. di famiglia e delle persone* 1986, 692.

¹² Per una sintetica panoramica di tale legislazione speciale si rinvia a L. SORDELLI, voce *Pubblicità commerciale ed altre informazioni pubblicitarie*, in *Noviss. Dig. It., App.*, Torino, 1986, 179 ss.; S. Gatti, voce *Pubblicità commerciale*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 1065.

Si tratta di normative che, in relazione ad alcuni settori merceologici, tendono a

tutelare penalmente la libertà e consapevolezza delle scelte di consumo, arrivando, come nel caso dei prodotti alimentari per la prima infanzia e dietetici, a vietare l'uso di determinate espressioni pubblicitarie indipendentemente dalla loro veridicità (D.P.R. 30 maggio 1953, n. 578, art. 10) o a proibire *tout court* qualsiasi forma di propaganda nel caso dei prodotti da fumo (legge 10 aprile 1962, n. 165).

Paradigmatico al riguardo è l'art. 13 della legge 30 aprile 1962, n. 283, il quale — nel contesto di una regolamentazione volta a porre sotto vigilanza pubblica tutte le attività economiche concernenti prodotti alimentari e bevande, ai fini di tutela della salute dei consumatori — disciplina come dato saliente (L. SORDELLI, op. cit., 186) la relativa pubblicità, punendo come reato contravvenzionale l'adozione di « *denominazioni o nomi impropri, frasi pubblicitarie, marchi o attestati di pubblicità o genuinità da chiunque rilasciati, nonché disegni illustrativi tali da sorprendere la buona fede o da indurre in errore gli acquirenti, circa la natura, sostanza, qualità o le proprietà nutritive delle sostanze stesse o vantando particolari azioni medicamentose* ». Questa norma ha poi costituito la matrice di ri-

tiva¹³), che colpiscono i messaggi potenzialmente ingannevoli relativi a particolari prodotti o servizi.

D'altra parte la pubblicità ingannevole veniva presa in considerazione, come fattispecie illecita di portata generale, esclusivamente nel quadro della repressione civilistica degli atti di concorrenza sleale, in quanto configurabile come « *mezzo non conforme ai principi della correttezza professionale e idoneo a danneggiare l'altrui azienda* » (art. 2598 n. 3 cod. civ.); quindi, nel contesto di una prassi giudiziale, in cui avevano tradizionalmente ingresso

ferimento di varie disposizioni legislative, successivamente emanate, relative a specifici prodotti agrari o alimentari, che ne producono sostanzialmente i precetti, quando non anche l'esatta formulazione (cfr. ancora L. SORDELLI, op. loc. ult. cit.).

Su tale tipologia di norme penali si è formata una giurisprudenza talvolta particolarmente rigorosa (a titolo esemplificativo, cfr. da ultimo Pret. Forlì 6 luglio 1988, in *Foro it.* 1989, II, 562, con nota di riferimenti), in contrasto con l'orientamento notoriamente « lassista » del giudice civile della concorrenza in tema di mendacio pubblicitario: cfr. sul punto M. FUSI — P. TESTA, *L'Autodisciplina Pubblicitaria in Italia*, Milano, 1983, 19, ove si rinvia anche a M. FUSI, *Osservazioni in tema di pubblicità ingannevole, in Problemi attuali del diritto industriale*, Milano, 1977, 453 ss.

¹³ Altrettanto disorganico ed episodico risulta il quadro degli strumenti — preventivi o successivi — di controllo amministrativo dell'*advertising* mendace, anch'esso circoscritto ad una casistica limitata di fattispecie (cfr. S. GATTI, op. cit., 1064; L. Sordelli, op. cit., 184 ss.; A. VIGNUDELLI *Aspetti giuspubblicistici della comunicazione pubblicitaria*, MAGGIOLI, 1983, spec. 192 ss.), ma non privo di elementi di notevole interesse.

Sono tuttora sottoposti ad autorizzazione amministrativa preventiva i messaggi pubblicitari che reclamizzano prodotti dietetici e per la prima infanzia (la relativa disciplina è contenuta nella legge 29 marzo 1951, n. 327 e nel relativo regolamento emanato con D.P.R. 30 maggio 1953, n. 578), per garantire il pubblico contro il ricorso ad espressioni tali da ingenerare inganno sulle effettive proprietà ed efficacia dei prodotti.

Sono ugualmente assoggettate a controllo autorizzatorio preventivo, da parte del Ministero delle Finanze, le c.d. « *vendite a premio* » (per le numerose fonti di disciplina del settore si rinvia a VIGNUDELLI, op. cit. 182 ss., spec. note 140-141), per le quali è previsto il diniego dell'autorizzazione

« *nell'ipotesi in cui l'incentivazione in esame risultasse lesiva della pubblica fede* » (ivi, 183).

L'effettuazione di « *vendite straordinarie e di liquidazione* », in base alla legge di riforma 19 marzo 1980, n. 80, è invece soggetta ad obbligo di comunicazione preventiva al Comune territorialmente competente, il quale può effettuare controlli in loco per verificare — tra l'altro — che le asserzioni pubblicitarie utilizzate siano « *presentate graficamente in modo non ingannevole per il consumatore* » (art. 9); l'onere di provare la veridicità di qualsiasi scritta pubblicitaria — tra l'altro — grava sul venditore: art. 9.2 (sul punto cfr. L. SORDELLI, op. cit., 185).

Il controllo amministrativo di tipo successivo/sanzionatorio è poi privilegiato dalla nuova disciplina dei cosmetici, introdotta con la Legge 11 ottobre 1986, n. 713, emanata in attuazione della Direttiva 76/728/CEE e connotata dall'intento di prevenire l'inganno nelle scelte del consumatore vietando, in particolare, che tali prodotti possano essere presentati o pubblicizzati vantando effetti terapeutici (cfr. artt. 1.2 e 9); sulla nuova normativa cfr., ampiamente, Giovanni GUGLIELMETTI, *Cosmetici e marchio ingannevole*, in *Riv. dir. ind.* 1988, I, 424 ss.

Di notevole interesse, nella disciplina appena richiamata, è la prima introduzione nell'ordinamento italiano — a quanto ci risulta — dell'istituto noto alla prassi statunitense come « *corrective advertising* » (d'altronde previsto dall'art. 4, par. 2, della Direttiva CEE sulla pubblicità ingannevole): il secondo comma dell'art. 9, oltre a comminare una sanzione pecuniaria al contravventore del divieto di cui si è fatto sopra cenno, obbliga lo stesso « *a pubblicare una rettifica con gli stessi mezzi e lo stesso risalto utilizzati nella pubblicità, nel modo e nei termini stabiliti dall'autorità sanzionatoria* », disponendo il raddoppio della sanzione pecuniaria in caso di mancato adempimento di tale obbligo.

istanze prevalentemente imprenditoriali, rimanendo semplice « parametro » — comunque privo di strumenti di tutela diretta — l'interesse del pubblico dei destinatari alla correttezza della comunicazione reclamistica¹⁴.

L'unica positiva eccezione di questo quadro era costituita dal Codice di Autodisciplina Pubblicitaria, che non solo evidenziava un organico approccio ai vari profili lesivi dei messaggi pubblicitari, ma contemplava anche una clausola generale sanzionatoria della pubblicità ingannevole tecnicamente pregevole¹⁵ e dotata di un elevato grado di « effettività »; se è vero, come è vero, che le decisioni di condanna a questo titolo rappresentano in genere circa un terzo di quelle complessivamente pronunciate dal Giurì dell'Istituto di Autodisciplina Pubblicitaria¹⁶.

Tuttavia, pur essendo indiscutibili i pregi di tale normativa sostanziale ed anche della connessa giurisdizione autodisciplinare — per citarne alcuni: rapidità di rito, legittimazione ad agire riconosciuta a « chiunque ritenga di subire pregiudizio da attività pubblicitarie »¹⁷ — si tratta pur sempre di un ordinamento giuridico autonomo fondato su un principio volontaristico, che, nonostante i notevoli e commendevoli sforzi per ampliarne la sfera soggettiva di efficacia vincolante¹⁸, non poteva e non può in alcun modo surrogarsi a quello statale.

¹⁴ Per un quadro generale della problematica, cfr. G.G. AULETTA — V. MANGINI, *Concorrenza in Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1987, spec. 244 ss.

¹⁵ Così recita l'art. 2 C.A.P.: « La pubblicità deve evitare ogni dichiarazione o rappresentazione che sia tale da indurre in errore i consumatori, anche per mezzo di omissioni, ambiguità o esagerazioni non palesemente iperboliche, specie per quanto riguarda le caratteristiche e gli effetti del prodotto, il prezzo, la gratuità, le condizioni di vendita, la diffusione, l'identità delle persone rappresentate, i premi o riconoscimenti ». Vedi commento e giurisprudenza in M. FUSI-P. TESTA, op. cit., 80 ss.; più di recente, cfr. *Giurisprudenza completa del Giurì di autodisciplina pubblicitaria (1977-1985)* a cura di L.C. UBERTAZZI, Milano, 1986.

¹⁶ Secondo una rilevazione statistica resa nota dall'Istituto dell'Autodisciplina (*Il Sole-24 Ore* 26 marzo 1990, 3), negli anni 1975-1989 le condanne del Giurì pronunciate a titolo di pubblicità ingannevole hanno costituito il 32,6% del totale, di gran lunga la percentuale più rilevante della casistica complessiva.

¹⁷ Cfr. art. 36, Codice Autodisciplina Pubblicitaria.

¹⁸ Secondo quanto previsto dalle Norme preliminari e generali (punto b) del vigente Codice di Autodisciplina (v. l'ultima

edizione in *Riv. dir. ind.* 1990, II, 113 ss.), quest'ultimo « è vincolante per utenti, agenzie, consulenti di pubblicità, gestori di veicoli pubblicitari di ogni tipo e per tutti coloro che lo abbiano accettato direttamente o tramite la propria associazione, ovvero mediante la sottoscrizione di un contratto di pubblicità »; a quest'ultimo fine, al successivo punto d) si precisa che « per meglio assicurare l'osservanza delle decisioni dell'organo giudicante, gli organismi aderenti si impegnano a far sì che ciascun soggetto ad essi associato inserisca nei propri contratti una speciale clausola di accettazione del Codice e delle decisioni assunte, anche in ordine alla loro pubblicazione ». Cfr. in dottrina A. CALISSE, *Cenni sulla giurisdizione del Giurì di autodisciplina pubblicitaria*, nota a dec. Giurì n. 124/1987, G. Armani S.p.A. e altri c. Ginocchietti e altri, in *Riv. dir. ind.* 1988, II, 121, ove si segnala un passo di notevole interesse della decisione: « ... dopo che per oltre vent'anni, praticamente in tutti i contratti pubblicitari vengono inserite clausole sostanzialmente uniformi di accettazione del sistema di Autodisciplina, ben può dirsi che tale accettazione abbia assunto il carattere di norma contrattuale consuetudinaria, e che perciò ogni contratto pubblicitario oggi stipulato, ancorché in ipotesi non la contenga espressamente, comporti tale accettazione ai sensi dell'art. 1374 cod. civ., per il quale « il con-

c) *L'attuazione delle direttive C.E.E.: la legge 223/1990 ed il successivo D.M. 425/1991*

L'approvazione della legge 6 agosto 1990, n. 223 recante la lungamente attesa « *disciplina del sistema radiotelevisivo pubblico e privato* »¹⁹, oltre a segnare l'epilogo di quella che fu definita l'era del « *far west dell'etere* »²⁰, per altro e più specifico profilo ha costituito dunque il primo intervento statuale per una regolamentazione del fenomeno pubblicitario a protezione degli interessi degli utenti dei *media* in questione.

Se si esaminano i 18 commi che compongono il corposo art. 8 dedicato a « Disposizioni sulla pubblicità »²¹, si può notare che il complesso delle disposizioni è rivolto a regolamentare prevalentemente i profili, per così dire, « esterni » o « quantitativi » della comunicazione pubblicitaria, disciplinando limiti di tempo e modalità di collocazione dei messaggi nell'ambito dei programmi trasmessi²².

Si tratta di norme che hanno l'evidente scopo — in primo luogo — di concorrere alla realizzazione di « *un equilibrio delle risorse dei diversi settori dell'informazione* »²³, nel quadro di quella finalità antioligopolistica che doveva costituire il vero obiettivo qualificante della legge²⁴ (con i ben modesti esiti a tutti noti) e — in subordine — di contenere le interruzioni pubblicitarie di determinati programmi²⁵ a protezione sia del diritto morale d'autore che del-

tratto obbliga le parti... anche a tutte le conseguenze che ne derivano... secondo gli usi... ». Tale dictum, secondo l'A. citato, « propone l'Istituto dell'Autodisciplina pubblicitaria addirittura tra le fonti di produzione normativa » (ivi, 124).

Più ampiamente, sull'estensione soggettiva e sul fondamento del vincolo autodisciplinare, cfr. da ultimo A. PEDRIALI, *Profili soggettivi dell'autodisciplina pubblicitaria*, in *Riv. dir. ind.* 1992, I, 136 ss.

¹⁹ Per un ampio e sistematico commento alla legge, cfr. il già cit. AA.Vv., *Il sistema radiotelevisivo pubblico e privato*, a cura di E. ROPO e R. ZACCARIA, nonché AA.Vv., *Disciplina del sistema radiotelevisivo pubblico e privato* (l. 6 agosto 1990, n. 223), Commentario a cura di E. BOCCHINI e N. LIPARI, in *NLCC* 1991, 585 ss.

²⁰ L'espressione (anzi: la previsione, non poco lungimirante) risale a G. AMATO, *Monopolio e pluralismo: un dilemma che non doveva proporsi*, in *Dir. radiodiff. telecom.* 1976, 3, in polemica con le tesi di apertura della radiodiffusione locale ai privati, che di lì a poco sarebbe stata fatta propria dalla celebre Corte Cost. n. 202/1976.

²¹ Cfr. il commento di P. CARETTI, G. V. BRIANTE-G. SAVORANI e R. ZACCARIA in AA.Vv., *Il sistema radiotelevisivo...*, cit., 156 ss.

²² Cfr. art. 8, commi 6 ss., L. 223/1990.

²³ Corte Cost. n. 826/1988, in *Foro it.* 1988, I, 2498.

²⁴ Sulla « costante e primaria preoccupazione di assicurare... l'effettiva garanzia del valore fondamentale del pluralismo » (anche attraverso discipline che limitino la concentrazione delle risorse economiche) espressa dalla giurisprudenza costituzionale in materia di radiotelevisione privata, v. per tutte la già cit. sent. n. 826/1988 ed il commento di R. PARDOLESI, *Etere misto e pluralismo (annunciato)*, ivi, 2479. Sulla scarsa considerazione in passato riservata dal nostro ordinamento ai profili « quantitativi » della pubblicità in funzione antimonopolistica nell'ambito delle imprese di informazione, cfr. G. GHIDINI, *Disciplina della pubblicità: quali riforme?*, in AA.Vv., *La pubblicità e il sistema dell'informazione*, cit., 339.

Sulla inversione di tendenza registratasi per la prima volta con l'emanazione della legge 416/1981, recante tra l'altro la previsione di limiti di concentrazione per le concessionarie di pubblicità, si rinvia a G. CASTIGLIA e V. CUFFARO, in *Disciplina delle imprese editrici e provvidenze per l'editoria* (leggi 5 agosto 1981, n. 416 e 30 aprile 1983, n. 137), a cura di N. LIPARI e P. MARCHETTI, sub art. 12, in *NLCC* 1983, 564 ss.

²⁵ Cfr. art. 8, commi 3-4, L. 223/1990. Su quest'ultimo aspetto, cfr. anche P. BA-

l'interesse del pubblico degli utenti ad una libera e corretta fruizione delle trasmissioni.

D'altra parte, con la legge n. 223/1990 il legislatore, in ottemperanza ai dettami comunitari in materia di radiotelevisivi, ha purtuttavia codificato alcune clausole generali di divieto di indubbio rilievo.

Ci riferiamo anzi tutto ai divieti che, in attuazione quasi letterale dell'art. 12 della direttiva 89/552/CEE, sono stati introdotti al 1° comma: « *la pubblicità radiotelevisiva non deve offendere la dignità della persona, non deve evocare discriminazioni di razza, sesso e nazionalità, non deve offendere convinzioni religiose ed ideali, non deve indurre a comportamenti pregiudizievoli per la salute, la sicurezza e l'ambiente, non deve arrecare pregiudizio morale o fisico ai minorenni (...)* »²⁶.

Il profilo più interessante ed innovativo della disposizione è costituito dalla circostanza che tali limiti vengono posti per la prima volta al contenuto del messaggio pubblicitario in sé considerato, con riferimento, cioè, al pericolo di lesione di rilevanti interessi della persona che può derivare direttamente dalla sua diffusione, prescindendo totalmente dalla natura del prodotto o servizio per cui si sollecita il rapporto di consumo, come invece di regola avveniva — secondo quanto abbiamo già rilevato — nella precedente legislazione.

L'apposizione di detti limiti trova del resto piena giustificazione, anche sotto il profilo del nostro ordinamento interno, nell'esigenza di salvaguardare altri principi ed interessi costituzionalmente rilevanti, quali quelli che si richiamano a valori umani, etici e sociali di generale e consolidato riconoscimento (dignità umana, uguaglianza, libertà di confessione religiosa, di opinioni morali e politiche, salute) ed anche ad altri di più recente emersione (come la tutela dell'ambiente), rispetto a cui l'esercizio del diritto di libertà in esame deve trovare un necessario bilanciamento e temperamento²⁷.

I divieti concernenti contenuti espressivi suscettibili di porre in pericolo la salute o di recare pregiudizio morale o fisico ai minorenni vengono poi rafforzati e sviluppati nel successivo comma 5 dello stesso art. 8, ove si ribadisce il divieto — peraltro già esistente ai sensi dell'art. 31, legge 833/1978 — della pubblicità riguardante i medicinali disponibili su ricetta²⁸ e si demanda l'attua-

RILE Servizio pubblico ed emittenza privata, in AA.Vv., *Rapporto annuale sui problemi giuridici dell'informazione 1986-1987*, a cura di P. BARILE-P. CARETTI-R. ZACCARIA, Padova, 1988, 197-198, ove riferimenti; in giurisprudenza, cfr. da ultimo App. Roma 16 ottobre 1989, in *Foro it.* 1989, I, 3201, con nota di R. PARDOLESI.

²⁶ Cfr. art. 8.1, L. 223/1990.

²⁷ Cfr. P. CARETTI, *Commento all'art. 8, commi 1-11, L. 223/1990*, in AA.Vv., *Il sistema radiotelevisivo...*, cit., 163.

²⁸ « È vietata ogni forma di propaganda e di pubblicità presso il pubblico dei farmaci sottoposti all'obbligo della presentazione di ricetta medica e comunque di quelli contenuti nel prontuario terapeutico (...) » (art. 31.2, legge 833/1978).

zione dei limiti e divieti previsti dagli art. 13 (sigarette e prodotti del tabacco), 15 (bevande alcoliche) e 16 (tutela dei minori) della direttiva 552/CEE ad un successivo regolamento ministeriale; regolamento che — come noto — è stato approvato con D.M. 30 novembre 1991, n. 425²⁹.

Tale decreto si è per la verità limitato negli artt. 2 e 3 a ripetere — quasi pedissequamente — i divieti previsti dai corrispondenti artt. 15 e 16 della direttiva in materia di bevande alcoliche e di tutela dei minori, laddove all'art. 1 ha esteso il divieto della pubblicità dei prodotti da fumo, già vigente in base all'articolo unico della legge 10 aprile 1962, n. 165, fino a ricomprendervi anche quello della pubblicità c.d. indiretta; relativa, cioè, alla utilizzazione di nomi, marchi o simboli o di altri elementi caratteristici di prodotti del tabacco o di aziende, la cui attività principale — da determinare ai sensi del 2 comma in base all'incidenza del fatturato relativo³⁰ — consiste nella produzione e nella vendita di tali prodotti; divieto questo, che non era esplicitamente previsto né dall'art. 8.5 della legge 223/90, né dall'art. 13 della direttiva, ma che era tuttavia desumibile alla luce del 29° considerando della stessa direttiva, in cui si manifesta la necessità di vietare anche le forme di pubblicità indiretta dei prodotti in esame, al fine di impedire facili elusioni³¹.

In tal modo — oltre alle contestazioni già mosse da più parti all'anomala procedura di delegificazione per l'adattamento al diritto comunitario prevista dall'art. 8.5 della legge 223/90, per l'evidente contrasto con i dettami dell'art. 4 della legge 86/1989 (così detta Legge La Pergola) e dell'art. 17 della legge 400/1988³² — si potreb-

²⁹ D.M. Poste e Telecomunicazioni 30 novembre 1991, n. 425, *Regolamento concernente l'attuazione degli articoli 13, 15 e 16 della direttiva del Consiglio CEE del 3 ottobre 1989 (89/552/CEE)*, relativi alla pubblicità televisiva dei prodotti del tabacco e delle bevande alcoliche ed alla tutela dei minorenni.

³⁰ «Al fine di determinare quale sia l'attività principale (...) deve farsi riferimento all'incidenza del fatturato delle singole attività di modo che quella principale sia comunque prevalente rispetto a ciascuna delle altre attività di impresa nell'ambito del territorio nazionale» (art. 1.2, D.M. Poste e Telecomunicazioni 425/1991).

³¹ Cfr. sul punto G. STROZZI, *Commento all'art. 39, L. 223/1990*, in AA.VV., *Il sistema radiotelevisivo...*, cit., 589.

³² Cfr. P. CARETTI, *Commento all'art. 8...*, cit., 164-165, secondo il quale entrambi i riferimenti normativi citati «appaiono disattesi posto che la materia (disciplina di un particolare tipo di comunicazione ai fini di tutela di valori di sicuro rilievo costi-

tuzionale, quali la salute e lo sviluppo della personalità degli utenti) sembrerebbe rientrare tra quelle riservate al legislatore e posto che, in ogni caso, si sarebbe dovuto almeno fare riferimento al regolamento governativo e non a quello ministeriale (tale dovendosi considerare un decreto che rechi «norme», così come detto nel comma in esame)». Alla dubbia legittimità del D.M. 425/1991 rispetto all'art. 17 della L. 400/1988, nel quadro di una disamina dei vasti spazi normativi riservati al Governo ed al Ministro delle Poste dalla L. 223/1990, accenna anche U. DE SIERVO, *Gli organi statali di governo del sistema radiotelevisivo*, intervento al Convegno *La radio-televisione in Italia e in Europa. Leggi, esperienze, prospettive*, Firenze, 9-10 ottobre 1992, testo dattiloscritto.

La previsione dell'attuazione dell'art. 13 della direttiva 89/552/CEE mediante decreto ministeriale è pure contestata da G. STROZZI, *Commento all'art. 39, L. 223/1990*, cit., 588-589, notando — tra l'altro — che, in ogni caso, la norma comunitaria

bero profilare ulteriori ed autonomi dubbi di legittimità costituzionale sul contenuto stesso dell'art. 1 del decreto sopra citato, con riferimento agli artt. 21 e 41 Cost. Tale norma regolamentare ha infatti limitato la comunicazione pubblicitaria in questo campo, comprimendo allo stesso tempo la libertà d'impresa di quelle aziende che svolgono le attività oggetto del divieto, senza alcuna specifica copertura legislativa, che non sia quella desumibile dal richiamo alle fonti comunitarie, peraltro nei termini indiretti sopra evidenziati³³.

Per quanto concerne, infine, le modalità di diffusione del messaggio pubblicitario, l'art. 8 legge 223 ha dettato al comma 1 il divieto specifico di inserimento dei messaggi pubblicitari in programmi di cartoni animati (norma questa da ricollegarsi direttamente con le citate esigenze di particolare tutela dei minori), mentre al 2 comma ha imposto un generale obbligo di riconoscibilità della comunicazione pubblicitaria, che « *deve essere distinta dagli altri programmi con mezzi ottici od acustici di immediata percezione* ». L'imposizione di tale obbligo, per la verità, non può ritenersi esaustiva delle prescrizioni di cui all'art. 10, direttiva 89/552/CEE, che, in stretta connessione logica, ai successivi paragrafi 10.3 e 10.4 vieta anche il ricorso a tecniche subliminali e ad ogni forma clandestina di pubblicità, quest'ultima come puntualmente definita all'art. 1 della stessa direttiva³⁴.

Peraltro, vi è da osservare che sul tema della riconoscibilità dei messaggi pubblicitari il legislatore nazionale si è mosso sinora in modo particolarmente prudente nei confronti degli interessi economici in gioco, così come è testimoniato anche dalla posizione assunta in punto di definizione dei programmi sponsorizzati; tanto da indurre gli organismi comunitari a passi ufficiali nei confronti dello Stato Italiano³⁵.

in esame « è sicuramente provvista del carattere di efficacia diretta, destinata in quanto tale a prevalere su qualsiasi norma interna di diverso contenuto e portata ».

³³ In effetti, l'art. 13 della direttiva 89/552/CEE si limitava a vietare « qualsiasi forma di pubblicità televisiva » dei prodotti in questione, mentre (soltanto) il cit. 29° Considerando della direttiva è assolutamente esplicito circa la necessità di ricomprendere nel divieto anche le forme di pubblicità indiretta.

D'altra parte, ci pare opinabile che la norma regolamentare di cui all'art. 1, D.M. 425/1991, possa trovare adeguata copertura legislativa in un'interpretazione analogica dell'art. 8.14, legge 223/1990, nella parte in cui, trattando delle sponsorizzazioni, stabilisce che « i programmi non possono essere sponsorizzati da persone fisiche o giuridiche la cui attività principale consista nella fabbricazione o vendita di sigarette o di altri prodotti del tabacco

(...) ». Si tratta infatti di norme, a ben vedere, non pienamente coincidenti per finalità e sfera di efficacia: si pensi, ad esempio, alla diversità di trattamento riservata alle aziende produttrici di alcoolici, che non possono sponsorizzare programmi, ma che possono — sia pure nel rispetto di certi limiti — pubblicizzare i loro prodotti.

³⁴ « Per "pubblicità clandestina" si intende la presentazione orale o visiva di beni, di servizi, del nome, del marchio o delle attività di un produttore di beni o di un fornitore di servizi in un programma, qualora tale presentazione sia fatta intenzionalmente dall'emittente per perseguire scopi pubblicitari e possa ingannare il pubblico circa la sua natura; si considera intenzionale una presentazione quando è fatta dietro compenso o altro pagamento »: art. 1, lett. d), dir. 89/552/CEE.

³⁵ A questo riguardo, si deve sottolineare che la formulazione dell'art. 8, L. 223/1990, nel testo attualmente vigente,

La legge 223 — al di là di questi profili strettamente attinenti alla « correttezza e lealtà » delle modalità di diffusione del messaggio pubblicitario — non si occupa invece del contenuto decettivo delle sollecitazioni, implicitamente demandando la materia al legislatore che darà attuazione alla direttiva CEE 84/450.

d) Il decreto legislativo 25 gennaio 1992 n. 74.

Sulla base della delega legislativa contenuta all'art. 41 della legge 428/1990 (c.d. legge comunitaria 1990) il Governo Italiano ha finalmente dato attuazione, con un ritardo di oltre 7 anni³⁶, alla citata direttiva CEE 84/450 sulla pubblicità ingannevole.

I primi tre articoli del decreto legislativo 74/1992³⁷, in pressoché totale aderenza ai corrispondenti articoli della direttiva, precisano le finalità del decreto (« *ha lo scopo di tutelare dalla pubblicità ingannevole e dalle sue conseguenze sleali i soggetti che esercitano un'attività commerciale, industriale, artigianale e professionale, i consumatori ed in genere gli interessi del pubblico nella fruizione*

non ha recepito la prescrizione di cui all'art. 17 par. 1, lett. c), della direttiva 89/552/CEE (che vieta ai programmi sponsorizzati di « *stimolare all'acquisto o al noleggio dei prodotti o servizi dello sponsor o di un terzo...* »). La difformità rispetto ai dettami comunitari si è poi ulteriormente aggravata con l'emanazione del D.M. Poste e Telecomunicazioni 4 luglio 1991, n. 439, di approvazione del Regolamento recante norme sulla sponsorizzazione dei programmi radiotelevisivi, ai sensi dell'art. 8.15, legge 223/1990.

Tali disposizioni, infatti, hanno sostanzialmente consentito, oltre ad una sistematica elusione dei limiti quantitativi previsti dalla legge 223/1990, anche la palese violazione — all'interno dei programmi sponsorizzati — dell'obbligo di distinzione tra pubblicità e programma, sancito appunto dall'art. 8.2.

Situazione, questa, che la Commissione CEE non ha mancato di rilevare come uno dei più significativi inadempimenti dello Stato Italiano, nel recente richiamo ufficiale inviato al nostro Governo in data 3 novembre 1992.

Anche in considerazione di ciò, è stato in questi ultimi giorni introdotto in sede di conversione del D.L. 19 settembre 1992, n. 408, un emendamento del citato art. 8.13, legge 223/1990, tendente ad adeguare il contenuto di tale norma al dettato comunitario, con l'inserimento — tra l'altro — di una disposizione finalmente conforme all'art. 17, par. 1, lett. c) della citata direttiva. Cfr. *Atti Camera dei Deputati*, Discussioni, Seduta

del 15 dicembre 1992, 27 ss.; *Atti Senato della Repubblica*, Resoconto sommario, Sedute del 26 e 27 novembre 1992.

³⁶ Tra le proposte di attuazione della direttiva, si segnalò per tempestività l'apposito disegno di legge del Ministro dell'Industria: *Atti Senato*, IX legisl., D.d.L. n. 995 del 22 settembre 1984, *Disciplina della pubblicità ingannevole e istituzione dell'Osservatorio dei prezzi presso il Ministero dell'industria, del commercio e dell'artigianato*; vedilo in AA.VV., *Quale legge per la pubblicità*, Quaderno SACIS, 1985, 79 ss., ove anche ampi contributi critici sul progetto, nonché in AA.VV., *Rapporto annuale sui problemi giuridici dell'informazione 1985*, a cura di P. BARILE-R. ZACCARIA, Padova, 1986, 431, con rilievi di E. ROPPO, *I controlli sul contenuto della pubblicità: sviluppi, problemi, prospettive*, 171 ss.

Sull'art. 41 della legge 428/1990 (c.d. legge comunitaria 1990), v. A. PARIGI, *L'attuazione della direttiva CEE sulla pubblicità ingannevole: la problematica tutela dell'interesse degli utenti-consumatori* (art. 41, legge 428/1990), in *Studi & Informazioni - Rivista trimestrale sul governo dell'economia*, Firenze, 1991, 25 ss.

³⁷ Per un primo commento, v. G. ALPA-C. ROSSELLO, *Prime note sulla attuazione della direttiva comunitaria in materia di pubblicità ingannevole*, in *Dir. inf.* 1992, 259 ss.; *Id.*, *Pubblicità ingannevole (d. legisl. n. 74/92)*, in *Commentario breve al codice civile. Leggi complementari*, a cura di G. ALPA e P. ZATTI, Padova, 1992, 1711 ss.

dei messaggi pubblicitari»: art. 1); formulano le definizioni di pubblicità, operatore pubblicitario e soprattutto di pubblicità ingannevole (« *qualsiasi pubblicità che in qualunque modo, compresa la sua presentazione, induca in errore o possa indurre in errore le persone ... alle quali è rivolta o che essa raggiunge e che a causa del suo carattere ingannevole possa pregiudicare il loro comportamento economico ovvero ... ledere o possa ledere un concorrente* »: art. 2 lett. b); infine, indicano gli elementi di valutazione per determinare l'ingannevolezza (art. 3).

Niente, però, è detto esplicitamente in ordine alle sollecitazioni pubblicitarie non specificamente menzognere, che possono indurre in errore in forza delle loro « *forme iperboliche, allusive, suggestive* »³⁸, considerate invece dall'art. 2 del C.A.P.³⁹, e che sono state ampiamente approfondite nella ormai ricchissima giurisprudenza del Giurì, cui già si è fatto cenno.

Il decreto ha peraltro aggiunto alle prescrizioni della direttiva un contenuto in positivo della pubblicità, stabilendo all'art. 1 secondo comma che essa dovrà essere « *palese, veritiera e corretta* » ed imponendo all'art. 4 (intitolato significativamente « *Trasparenza della pubblicità* »), l'obbligo di riconoscibilità della pubblicità ed il conseguente divieto di ogni pubblicità redazionale per la stampa, in conformità a quanto già previsto all'art. 8.2 della legge Mammì per la radiotelevisione⁴⁰.

Viene anche confermato, in generale, il divieto di ogni pubblicità subliminale; divieto che per la pubblicità radiotelevisiva, pur essendo implicito nell'obbligo di riconoscibilità, poteva dedursi solo indirettamente dall'art. 15.9 della legge 223, che si riferisce però indistintamente ad ogni messaggio, pubblicitario e non⁴¹.

La disciplina sostanziale della pubblicità ingannevole viene completata dalla regolamentazione, contenuta nel 2° comma dell'art. 4, dell'uso dei termini « *garanzia* » e « *garantito* » (mutuata in

³⁸ L'espressione è di G. GHIDINI, *Disciplina della pubblicità: quali riforme?*, cit., 338, il quale ravvisa in tali forme reclamistiche i casi più tipici ed insidiosi di illecito pubblicitario (si è esattamente affermato che l'interesse dell'utente-consumatore confligge in primo luogo « *con ogni forma di esasperata tecnica persuasiva che ostacoli la spontaneità nelle scelte* »: S. Gatti, op. cit., 1059).

Propendono invece per considerare la « *suggestione* » compresa nell'ambito dell'« *induzione in errore* », di cui all'art. 2 del D.Lgs. 74/1992, G. ALPA-C. ROSSELLO, *Prime note sulla attuazione...*, cit., 267; G. SANTANIELLO, *La pubblicità ingannevole: la valutazione del Garante per la Radiodiffusione e l'Editoria*, in Atti del Convegno *La pubblicità ingannevole: isti-*

tuzioni, imprese, mezzi e consumatori a confronto, Milano, 18 giugno 1992, testo dattilosc., 4.

³⁹ Come si è già ricordato, l'art. 2 C.A.P. consente di qualificare come ingannevole anche la pubblicità che può indurre in errore i consumatori « *per mezzo di omissioni, ambiguità o esagerazioni non palesemente iperboliche* ».

⁴⁰ Per una rassegna di ipotesi tipiche di « *pubblicità nascosta* » ed una loro valutazione alla luce della disciplina statale, comunitaria ed autodisciplinare, v. G. GUGLIEMMETTI, *Pubblicità nascosta ed autodisciplina comunitaria*, in *Riv. dir. ind.* 1990, I, 384 ss., spec. 397 ss.

⁴¹ Art. 15.9, L. 223/1990: « *È vietata la trasmissione di messaggi cifrati o di carattere subliminale* ».

buona parte dall'art. 5 del Codice di Autodisciplina Pubblicitaria), nonché da due norme, una relativa alla pubblicità di prodotti pericolosi per la salute e la sicurezza dei consumatori (art. 5), l'altra rivolta alla tutela dei bambini ed adolescenti (art. 6).

Da notare, peraltro, che per introdurre tali ultime disposizioni, non espressamente previste in contenuti della direttiva e, per la verità, neppure in quelli della legge di delegazione, il Governo — anche a fronte di precisi rilievi sollevati sia dalla Commissione speciale per le Politiche Comunitarie della Camera dei Deputati⁴², sia dalla Commissione Attività Produttive della stessa Camera in sede di parere sullo schema di decreto legislativo⁴³ — è stato costretto a ricorrere, con evidente forzatura logica e verbale⁴⁴, ad una presunzione legale circa la ingannevolezza di fattispecie che appaiono in realtà dirette a tutelare ben altri interessi (« è considerata ingannevole la pubblicità che, riguardando prodotti suscettibili di porre in pericolo la salute e la sicurezza dei consumatori, ometta di darne notizia ... »: art. 5; oppure « che, in quanto suscettibile di raggiungere bambini od adolescenti, possa anche indirettamente minacciare la loro sicurezza ... », e così via: art. 6).

Nessun cenno è invece contenuto nel decreto legislativo alla regolamentazione della pubblicità comparativa; regolamentazione, che era stata inizialmente introdotta all'art. 5 dello schema di decreto in attuazione dei principi e criteri direttivi di cui alla lett. f) dell'art. 41 della legge comunitaria '90, ma che è stata successivamente stralciata, su invito delle Commissioni parlamentari in sede consultiva, sulla considerazione che « tale forma di pubblicità è oggetto di una specifica proposta di direttiva del Consiglio — COM/91 art. 147 def. — che disciplina la materia in forma più articolata rispetto a quanto previsto dallo schema di decreto »⁴⁵.

Neppure — il che appare ben più grave — è stata presa in considerazione dal decreto la delega contenuta alla lett. g) dello stesso art. 41, in relazione al riordino — quanto mai necessario — delle « vigenti disposizioni relative alla pubblicità di particolari catego-

⁴² Atti Camera dei Deputati, Commissione speciale per le politiche comunitarie, seduta del 10 dicembre 1991, 16.

⁴³ Atti Camera dei Deputati, X Commissione, seduta del 22 dicembre 1991, 17.

⁴⁴ Così anche G. FLORIDIA, *La pubblicità ingannevole e l'autodisciplina pubblicitaria: il Giurì fra due Garanti*, in Atti del Convegno *La pubblicità ingannevole: istituzioni, imprese, mezzi e consumatori a confronto*, Milano, 18 giugno 1992, testo dattiloscritto, 12.

⁴⁵ Cfr. ancora Atti Camera dei Deputati, Commissione speciale per le politiche

comunitarie, seduta del 10 dicembre 1991, 16, nonché quanto espressamente previsto dalla stessa direttiva 84/450/CEE, cit., 6° Considerando. Ricordiamo che l'originaria proposta della medesima direttiva formulata dalla Commissione CEE riguardava tanto la pubblicità ingannevole che quella sleale; v. il testo in appendice ad AA.VV., *La pubblicità e il sistema...*, cit., 367 ss.; su tale « stralcio » (che ha fra l'altro interessato anche il riferimento alla liceità, in linea di principio, della pubblicità comparativa), v. E. ROPPO, *I controlli...*, cit., 170-171 e riferimenti ivi cit.

rie di prodotti », nonché a quella di cui alla lettera h) in relazione alla disciplina — in via regolamentare - « *di alcune categorie di prodotti o di particolari modalità di vendita o promozione, che non siano già oggetto di disciplina normativa* ».

Lacuna, questa, che tradisce ogni aspettativa di raccordo tra la disciplina generale della pubblicità ingannevole e le numerose disposizioni che regolano il profilo decettivo rispetto a specifiche categorie merceologiche; così come impedisce una armonizzazione, altrettanto opportuna della disciplina in oggetto — che pure si estende, come testimoniato dall'art. 7.7 del decreto in esame, anche alla presentazione e confezione dei prodotti — con le puntuali disposizioni in materia di etichettatura, presentazione e pubblicità di prodotti alimentari, acque minerali, prodotti del tabacco, dettate di recente, in attuazione di varie direttive comunitarie, rispettivamente dai D.Lgs. 109/1992⁴⁶ e D.Lgs. 105/1992⁴⁷, nonché dal D.M. 31 luglio 1990⁴⁸.

2. PRIME RIFLESSIONI E RAFFRONTI SULLE DISPOSIZIONI, PREVISTE NELLE DUE NORMATIVE IN ESAME, RIGUARDANTI CONTENUTO E MODALITÀ DI PRESENTAZIONE DEI MESSAGGI PUBBLICITARI.

Se si considera che il nostro ordinamento ha evidenziato da sempre « *un vistoso deficit di regime normativo, ormai infinite volte segnalato da una intera generazione di studiosi* »⁴⁹, non si può obiettivamente disconoscere che i recenti provvedimenti — sia pure grazie all'iniziativa ed alla costante pressione della Comunità — hanno in qualche modo contribuito a ridurre se non a colmare tale « *deficit* », introducendo una molteplicità di limitazioni al contenuto e modalità di presentazione dei messaggi pubblicitari, che nel passato trovavano riconoscimento, all'interno del nostro sistema giuridico, solo nelle regole volontaristiche del C.A.P.

È, però, proprio il raffronto con tale strumento di autotutela che evidenzia in maniera impietosa le lacune e le incongruenze, anche sotto il profilo della disciplina sostanziale, degli interventi normativi in esame.

È opinione ormai difficilmente contestabile quella che richiede, per una organica ed efficace regolamentazione statuale dell'intero

⁴⁶ D.Lgs. 27 gennaio 1992, n. 109, *Attuazione delle direttive (CEE) n. 395/89 e (CEE) n. 396/89, concernenti l'etichettatura, la presentazione e la pubblicità dei prodotti alimentari*.

⁴⁷ D.Lgs. 25 gennaio 1992, n. 105, *Attuazione della direttiva (CEE) n. 777/80, relativa alla utilizzazione e alla commercializzazione delle acque minerali naturali*.

⁴⁸ D.M. Finanze 31 luglio 1990 recante *Specifiche disposizioni tecniche per il condizionamento e l'etichettatura dei prodotti del tabacco conformemente alle prescrizioni della direttiva del Consiglio CEE n. 89/622/CEE*.

⁴⁹ M. BESSONE, *Disciplina della pubblicità commerciale e policies comunitarie di tutela del consumatore*, in *Giur. merito* 1987, IV, 225.

comparto della comunicazione pubblicitaria, un intervento normativo articolato su un doppio livello:

— il primo (costituente disciplina di settore) diretto a dare regole di carattere generale comuni ad ogni tipo di messaggio pubblicitario;

— il secondo rivolto invece a fornire delle discipline speciali (« *di sub settore* ») in funzione delle particolari esigenze di tutela connesse ai « prodotti » oggetto dei messaggi, ovvero ai « mezzi » attraverso cui tali messaggi vengono diffusi⁵⁰.

Certamente l'attuale quadro normativo di riferimento per la disciplina del contenuto dei messaggi pubblicitari, come sopra sinteticamente riassunto, non pare rispondere a queste caratteristiche, né sembra prestarsi, come vedremo, ad una sia pure paziente opera di riorganizzazione sistematica capace di fornire, al di là delle molteplicità delle fonti, risposte operative di sufficiente chiarezza, completezza ed efficacia.

a) *Le lacune legislative.*

Le disposizioni in esame evidenziano anzitutto gravi lacune, fra cui la più eclatante è rappresentata dall'assenza nella disciplina di cui al D.Lgs. 74/92 di ogni richiamo a quei principi e valori di rango costituzionale (quali: la dignità umana, l'uguaglianza, la libertà di confessione religiosa, etc.) richiamati espressamente all'art. 8.1 della legge 223 e dall'art. 10 dello stesso C.A.P., ai fini di una protezione avanzata degli interessi dell'utente-consumatore.

È vero che la previsione di tali limiti esulava dalla materia della direttiva comunitaria 84/450; ci parrebbe però quantomeno semplicistico e fuorviante invocare a giustificazione di tali lacune legislative una rigorosa attuazione della direttiva comunitaria⁵¹.

In verità la direttiva in oggetto, per logica e per espressa disposizione (cfr. art. 7), non si opponeva affatto all'adozione da parte degli stati membri di disposizioni che avessero lo scopo di garantire una più ampia tutela dei consumatori, nonché del pubblico in generale.

È accertato, del resto, che anche in questa stessa materia Parlamento e Governo hanno interpretato in maniera molto libera le disposizioni delle direttive comunitarie, prima, e gli stessi criteri direttivi della delegazione legislativa, poi.

⁵⁰ Cfr. G. LAZZERI, *Aspetti qualitativi e quantitativi della pubblicità: conseguenze sui consumatori e loro autotutela*, in AA.Vv., *La pubblicità e il sistema...*, cit., 359.

⁵¹ La lacuna in esame è probabilmente un riflesso di (quella che appare ancora oggi) una tendenza di fondo dell'analisi dottrinale in tema di pubblicità ingannevole, tradizionalmente restia ad inquadrare gli

aspetti lesivi della stessa nel contesto più ampio delle molteplici forme di attentato ai diritti della persona perpetrate attraverso i media, perché poco incline a riconoscere al singolo un pregiudizio diverso da quello patrimoniale derivante dal rapporto di consumo decettivamente indotto. Si veda anche quanto più diffusamente osservato alla successiva nota 53.

Così vi è da osservare che la legge 223/90 ha tranquillamente esteso i limiti in parola anche ai messaggi radiofonici, mentre in realtà la direttiva CEE 89/552 si riferiva ai soli messaggi pubblicitari televisivi.

D'altro canto, neppure la legge comunitaria '90 si era limitata ad una pedissequa attuazione dei criteri della direttiva CEE 84/450, avendo introdotto all'art. 41 una delega relativa a contenuti, che abbiamo indicato esulare dalla direttiva stessa, quali la disciplina della pubblicità comparativa, nonché il riordino delle vigenti disposizioni relative alla pubblicità di particolari categorie di prodotti⁵².

Analogamente, abbiamo già avuto modo di notare che il Governo, nell'esercizio del potere delegato, si è mosso con un certo « margine di manovra », sia nel rifiutare talune indicazioni della legge di delegazione (come nel caso delle lett. *f*), *g*) e *h*) dell'art. 41 cit.), sia nello sviluppare in autonomia tematiche non espressamente tracciate nelle fonti comunitarie od in quelle di delega (si veda appunto quanto osservato in ordine all'introduzione degli artt. 5 e 6). Non senza sottolineare, a questo ultimo proposito, che in realtà gli interessi sostanziali tutelati dalle norme ricordate (tutela dei minori, sicurezza e salute) hanno — come del resto sopra evidenziato — una connessione con la materia del mendacio pubblicitario certamente più labile ed incerta rispetto a quella che potrebbe fondatamente argomentarsi rispetto agli inviolabili diritti della persona, fra cui la dignità e la libertà della stessa, interpretata anzitutto come libertà di autodeterminazione economica e negoziale al riparo da indebite coercizioni⁵³.

⁵² Cfr. art. 41, lett. *f*)-*h*), L. 428/1990.

⁵³ Al riguardo (rinviando per più diffusi riferimenti in ordine a tali tematiche ad A. PARIGI, *L'attuazione della direttiva CEE sulla pubblicità ingannevole...*, cit., 42 ss.), si può osservare che la rilevanza della pubblicità ingannevole quale elemento viziante il consenso, ai fini della tutela del contraente indotto in errore, non solo non esclude, ma presuppone una lesione che non è affatto limitata alla sfera patrimoniale, in quanto ancor prima essa necessariamente incide sulla sfera conoscitiva e volitiva del soggetto.

E, ovviamente, mentre la lesione patrimoniale si realizza solo al momento della conclusione dell'atto di consumo, la turbativa della libertà di determinazione si verifica a seguito della semplice percezione del messaggio ingannevole e coinvolge individualmente ciascuno dei destinatari, a prescindere dal fatto che ciò dia luogo o meno — per le motivazioni più varie — a rapporti di consumo.

Può quindi ragionevolmente ritenersi che il mendacio pubblicitario — quale mezzo « di coazione psicologica al consumo irrazionale e disinformato » (M. BESSONE, *Inviolabili diritti della persona e statuto costituzionale dei diritti del consumatore*, in *Dir. di famiglia e delle persone*, 1986, 693) interferisca anzitutto sul « diritto alla libertà » del soggetto nella sua accezione più alta, quale « modo di essere personale, consistente nell'essere libero nelle proprie azioni », nonché sulla « possibilità che la volontà, il pensiero, il sentimento della persona si formino "liberamente" », in assenza di « estranee coercizioni riguardo alla loro stessa formazione » (A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, in *Tratt. Messineo*, Milano, 1982, 210).

Tale turbativa può assumere, poi, tratti ancora più marcati con riferimento alla autonomia privata della persona, intesa « quale libertà del soggetto di decidere della propria sfera personale e patrimoniale » (M. BIANCA, *Diritto civile* (vol. I): *La norma*

Respinte, perciò, come poco convincenti tali motivazioni formali relative all'attuale contenuto della disciplina in oggetto, vi è purtuttavia da prendere atto che il Governo, consapevolmente o meno, non ha inteso procedere in modo da riequilibrare tale discriminazione. Pertanto, allo stato, quei limiti pacificamente acquisiti alla coscienza comune risultano in realtà operanti solo per i messaggi pubblicitari radio-teletrasmessi; quasi che il pericolo di lesione di rilevanti interessi della persona (come la dignità, l'uguaglianza, i convincimenti religiosi, morali e civili) non esista o comunque sia meno grave in relazione ai messaggi diffusi a mezzo stampa o in altro modo rispetto a quelli radiotelevisivi.

Altre lacune normative sembrerebbero invece riguardare entrambe le discipline in esame; ci riferiamo alle esigenze di tutela della pubblicità nei confronti della violenza, volgarità ed indecenza, così come nei confronti dell'abuso della superstizione e credulità; fattispecie, queste, regolate rispettivamente agli artt. 8 e 9 del C.A.P.

Per la radiodiffusione si potrebbe forse invocare, al riguardo, l'analogo divieto, riferito indistintamente a tutti i programmi, di cui all'art. 15.10 della legge 223⁵⁴. Non si può, però, fare a meno di notare che l'art. 8.1 della stessa legge 223, mentre ha richiamato, con specifico riferimento ai messaggi pubblicitari, alcuni dei principi e valori già espressi nel citato art. 15.10, nessun cenno ha fatto ai puntuali limiti qui considerati. Il che potrebbe non essere privo di significato.

giuridica. I soggetti, Milano, 1984, 166); apparendo ovvio, come autorevolmente sottolineato, « *il considerare l'autonomia del soggetto nella sfera negoziale (...) come un'espressione di libertà* », implicante il pieno arbitrio circa la « *libertà di contrarre* », cioè di concludere o meno negozi giuridici di vario contenuto (A. DE CUPIS, op. cit., 218); tanto che si è perfino affermato espressamente che la pubblicità ingannevole « *ostacola e turba l'esercizio della libertà individuale di scelta economica (come specifico profilo della « libertà » garantita dal 2° comma art. 41 Cost.)* » (G. GHIDINI, *Slealtà della concorrenza e costituzione economica*, Padova, 1978, 167).

Neppure si può negare che il messaggio pubblicitario, nei suoi scopi decettivi o anche solo meramente suggestivi, possa risultare — per il suo contenuto o per la sua stessa presentazione — offensivo della dignità umana, laddove svilisca, banalizzi o strumentalizzi il modo di essere, le facoltà, i valori che costituiscono il patrimonio spirituale e culturale della persona, od anche solo le sue esigenze ed aspettative.

Anzi, si deve purtroppo notare che mol-

to spesso l'insidia per la libertà del singolo si accompagna all'offesa per la sua dignità: è sufficiente, ad esempio, scorrere le rassegne delle decisioni del Giurì dell'Autodisciplina Pubblicitaria, per rendersi conto che la gran parte delle *réclames* dichiarate ingannevoli mirano scopertamente ad abusare di situazioni di disagio e difficoltà personali (fisiche, psicologiche od economiche) e della debolezza critica di talune tipologie di pubblico. Il che, se da un lato rende più cinicamente insidioso il contenuto dei messaggi, dall'altro costituisce sicuro motivo di umiliazione per coloro cui gli stessi messaggi sono essenzialmente diretti, ed — al contempo — offesa all'intelligenza di coloro che ne avvertono la penosa ingannevolezza. Si tratta in definitiva di profili che non appaiono poi così secondari, come lascerebbe intendere la scarsa attenzione che è stata sin qui loro riservata.

⁵⁴ « *È vietata la trasmissione di programmi che possano nuocere allo sviluppo psichico o morale dei minori, che contengano scene di violenza gratuita o pornografiche...* »: art. 15.10, legge 223/1990.

Certo è che, rispetto ai mezzi di diffusione diversi dalla radiotelevisione, l'unico appiglio cui attualmente fare riferimento per una adeguata tutela delle fattispecie qui considerate potrebbe derivare dalla generale regola di correttezza sancita all'art. 1.2 del D.Lgs. 74/92⁵⁵.

Una volta, infatti, riconosciuto che gli aggettivi « palese » e « veritiera » esigono una pubblicità riconoscibile e non ingannevole, probabilmente il terzo aggettivo « corretta » può essere legittimamente interpretato nel senso di inibire ogni altra forma di scorrettezza non riferibile al contenuto mendace o a criptiche modalità di presentazione del messaggio.

E quindi solo su questa regola di correttezza del messaggio pubblicitario, che potrebbe — allo stato — basarsi una paziente opera di ricostruzione, tendente ad assicurare, anche alla pubblicità diversa da quella radiotelevisiva, il rispetto di quei principi e valori che paiono essere stati dimenticati nella legge comunitaria '90 e nel D.Lgs. 74/92.

b) Sperequazioni, incongruenze e sovrapposizioni normative.

Accanto a questi profili generali si devono anche ricordare talune singolari anomalie e discrasie rilevabili dal raffronto delle due discipline in oggetto. Fra esse, degna di nota appare quella relativa alla pubblicità dei prodotti del tabacco e delle bevande alcoliche, che hanno un regime del tutto diverso tra televisione ed altri mezzi.

Con il D.M. 425/91, emanato ai sensi dell'art. 8.5 della legge 223 (singolarmente riferito alla sola pubblicità televisiva, laddove tutte le disposizioni dell'art. 8, fra cui l'8.5, riguardano anche quella radiofonica), è stato imposto, come si è detto, il divieto della pubblicità anche in forma indiretta delle sigarette o di ogni prodotto del tabacco⁵⁶; mentre per gli altri mezzi di diffusione tale divieto della pubblicità indiretta non sussiste, essendo ancora in vigore le disposizioni specifiche sul fumo e su prodotti del tabacco della legge 165/1962.

Anche in questo caso c'è da augurarsi che, nella auspicabile e delegata attività di riordino delle disposizioni in materia, tale limitazione venga estesa ad ogni mezzo; è però da mettere in conto che neppure troppo nascoste esigenze di sostegno economico-finanziario alla stampa possano indurre a mantenere una tale sperequazione, sul rilievo che la categoria delle aziende operanti in questo

⁵⁵ Secondo la disposizione citata la pubblicità « deve essere palese, veritiera, corretta ».

⁵⁶ Si deve ricordare al riguardo che il già cit. D.M. 4 luglio 1991, n. 439, in tema di sponsorizzazioni, ha invece ricompreso

nel divieto anche le trasmissioni radiofoniche; cosicché oggi, paradossalmente, la pubblicità indiretta dei prodotti in esame è ammissibile nella radiodiffusione sonora, purché non integri una forma di sponsorizzazione.

settore merceologico, tradizionalmente « affamata » di comunicazione pubblicitaria, potrebbe in tal modo garantire una rilevante fonte di approvvigionamento finanziario a favore delle imprese giornalistiche.

Analoghe considerazioni possono farsi per i divieti della pubblicità di bevande alcoliche contenuti nel successivo art. 2 del D.M. 425/91; anche se, in questo caso, trattandosi di divieti a determinati contenuti del messaggio pubblicitario, e non di un divieto *tout court* alla pubblicizzazione del prodotto o dell'azienda produttrice in sé, risulterebbero ancor meno comprensibili le ragioni di una discriminazione fra trasmissione televisiva e diffusione attraverso altri mezzi⁵⁷.

Oltre alle evidenti sperequazioni di trattamento createsi tra messaggi pubblicitari (al limite facenti parte di una stessa campagna) solo in conseguenza dei mezzi prescelti per la loro diffusione, la comparazione delle due discipline in esame dà luogo anche ad una sovrapposizione di fattispecie normative che, con tutta probabilità, costituirà all'atto pratico un duro banco di prova per le autorità che saranno chiamate a darvi applicazione; così come meglio illustreremo in prosieguo.

Alcuni precetti fra le due discipline sono infatti assolutamente identici, quali quello del generale obbligo di riconoscibilità e trasparenza del messaggio pubblicitario contenuto in entrambe (art. 4.1 D.Lgs. 74/92 e art. 8.2 della legge 223/90) con il corollario dei divieti di pubblicità subliminale e redazionale. Si evidenziano inoltre, pur nei diversi obiettivi di tutela, sovrapposizioni fra le disposizioni in tema di salute e sicurezza di cui all'art. 8.1 della legge 223/90 e le citate disposizioni dell'art. 5 D.Lgs. 74/92 in tema di pubblicità riguardante i prodotti suscettibili di porre in pericolo la sicurezza e la salute dei consumatori, considerata ingannevole ove « *ometta di darne notizia in modo da indurre i consumatori a trascurare le normali regole di prudenza e vigilanza* ».

Analoga duplicazione si ha tra l'art. 3 (norma a tutela dei minorenni) del D.M. 425/91, emanato in attuazione dell'art. 16 della Direttiva CEE 89/552, e l'art. 6 del D.Lgs. 74/92. Sovrapposizione, però, che non sempre dà luogo a profili coincidenti.

In effetti, accanto a fattispecie del tutto identiche (si pensi a quella che inibisce l'abuso della naturale credulità o mancanza di esperienza degli adolescenti: art. 3 lett. a) D.M. 425 e art. 6 D.Lgs. 74/92) ve ne sono altre che, pur avendo ad oggetto la stessa

⁵⁷ Forse non è del tutto estranea a questa incongrua limitazione dei divieti alla sola pubblicità telediffusa anche l'idea che la pubblicità di determinati prodotti « via etere » sia molto più « pericolosa » che non quella diffusa a mezzo della stam-

pa, vuoi per il maggior impatto psico-sociale riconosciuto al mezzo elettronico, vuoi per la diffusa concezione di una maggiore « criticità » di atteggiamento del lettore della stampa rispetto allo spettatore televisivo.

tematica, evidenziano nella redazione notevoli diversità di approccio alla fattispecie, con conseguente disomogeneità di delimitazione del campo applicativo. Si pensi ad esempio alla sicurezza dei bambini e degli adolescenti: l'art. 6 D.Lgs. 74/92 persegue tale obiettivo, equiparando alla pubblicità ingannevole ogni *réclame* che possa mettere in pericolo la sicurezza dei minori « *anche indirettamente* » (quindi anche con messaggi che non riguardino specificamente questi ultimi soggetti, consentendo all'interprete — mediante un giudizio finalistico — di dilatare ampiamente la portata della disposizione); l'art. 3 lett. d), D.M. 425, vieta invece alla pubblicità televisiva di « *mostrare, senza motivo, minorenni in situazioni pericolose* » (con palese restrizione delle ipotesi sanzionate a quelle in cui il messaggio concerna specificamente una circostanza di pericolo, che veda per diretto protagonista un minore)⁵⁸.

Completamente opposta, infine, la prospettiva di altre fattispecie previste all'art. 6 del D.Lgs. 74/92 ed all'art. 3 D.M. 425/91; nella prima norma ci si preoccupa che la pubblicità, impiegando bambini ed adolescenti, abusi dei naturali sentimenti dei genitori verso questi; nell'altra, invece (art. 3), si vuole evitare che venga sfruttata la particolare fiducia che i minori hanno nei genitori, negli insegnanti o in altre persone.

Un'ottica, quindi, praticamente ribaltata che trova giustificazione nella peculiare impostazione della disciplina dell'art. 6 del D.Lgs. 74/92: poiché questo, muovendo dal profilo della ingannevolezza, è costretto a ravvisarla o in quanto l'adolescente è ritenuto veicolo scorretto (e quindi ingannevole) di pubblicità rispetto agli adulti, ovvero in quanto è considerato destinatario sprovveduto (così da far divenire il messaggio pubblicitario a lui rivolto di per sé ingannevole)⁵⁹.

In conclusione, il tentativo del Governo di ampliare i confini della pubblicità ingannevole, al fine di ricomprendervi, in maniera più o meno surrettizia, altre ipotesi di illeciti pubblicitari,

⁵⁸ In margine a quest'ultima disposizione, verrebbe di notare che essa — ben lungi dal costituire una efficace clausola di salvaguardia della sicurezza dei minori rispetto alla pubblicità televisiva, per l'ottica limitata e « formalista » con cui è concepita — avrebbe potuto logicamente essere accomunata, nel quadro del medesimo art. 6 del D.Lgs. 74/1992, anche (o piuttosto) alla ipotesi di abuso dei « *naturali sentimenti degli adulti per i più giovani* », di cui diciamo subito dopo nel testo: si pensi alla sollecitazione pubblicitaria che faccia leva sull'istinto protettivo di ciascuno nei confronti dei bambini, come nel caso di un noto *spot* che invitava ad acquistare uno pneumatico « dalla frenata sicura », mostrando un bimbo di te-

nera età intento a giocare tranquillamente in mezzo alla carreggiata stradale.

⁵⁹ « *È considerata ingannevole la pubblicità, che, in quanto suscettibile di raggiungere bambini ed adolescenti, (...) abusi della loro naturale credulità o mancanza di esperienza o che, impiegando bambini ed adolescenti in messaggi pubblicitari, abusi dei naturali sentimenti degli adulti per i più giovani* »: art. 6, D.Lgs. 74/1992. È chiaro — già se ne è fatto cenno — che l'ultima parte di tale disposizione non tutela tanto l'interesse ad una informazione pubblicitaria veritiera, quanto la dignità della persona umana rispetto a odiose strumentalizzazioni della stessa e dei suoi sentimenti più essenziali.

ha sì colmato qualche lacuna normativa, ma, con altrettanta certezza, ha contribuito a rendere meno netti i contorni sostanziali e, di conseguenza, le competenze dei relativi organi di controllo.

Ciò appare tanto più singolare ove si consideri che, allo stesso tempo, neppure si è riusciti a dare una completa e razionale regolamentazione della specifica materia oggetto di intervento; ci riferiamo non tanto alla pubblicità comparativa ed a quella sleale (che dovrebbero essere oggetto di apposite direttive, come si è detto), ma a quelle forme, già ricordate, di pubblicità « *iperbolica, allusiva o suggestiva* », nonché, soprattutto, al mancato riordino delle varie disposizioni concernenti il mendacio pubblicitario applicato a particolari categorie di prodotti.

A fianco delle disposizioni, fin qui richiamate, di recente (o recentissima) emanazione, è infatti doveroso sottolineare la (già ricordata) sopravvivenza di una molteplicità di disposizioni particolari, finalizzate alle specifiche esigenze di diversi settori merceologici (prodotti agrari, alimentari, dietetici, per la prima infanzia, ecc.), rispetto a cui la libertà e consapevolezza delle scelte di consumo è stata salvaguardata mediante la previsione di specifici limiti e divieti, e/o tramite la sottoposizione a regimi di controllo od autorizzatori di particolare incisività, spesso assistiti da pesanti sanzioni amministrative e penali.

Vi è infine da segnalare la disciplina relativa all'offerta pubblica di valori mobiliari, che si è fin dall'origine preoccupata della correttezza dell'informazione rivolta al pubblico⁶⁰ e che, nel recente D.Lgs. 25 gennaio 1992, n. 85, ha introdotto penetranti controlli a cura della CONSOB, al fine di « *assicurare, in ogni caso, la trasparenza e la correttezza dell'informazione contenuta negli annunci nonché la conformità della stessa al contenuto del prospetto informativo, in modo che gli investitori non siano indotti in errore nel valutare i rischi inerenti l'operazione* »⁶¹.

c) *La problematica « reductio ad unum » del complesso normativo, anche rispetto alla pubblicità televisiva.*

È innegabile che il complesso delle disposizioni in parola, creatosi per successiva stratificazione normativa, pur contenendo molteplici limiti e divieti, non riesce ad esprimere un sistematico e razionale quadro normativo; tale agglomerato di norme viene ad acquisire una sua (accettabile) completezza solo con riferimento alla pubblicità televisiva (non invece a quella radiofonica, che, come detto, è esclusa dalle disposizioni del D.M. 425/91), per la semplice circostanza che tale pubblicità è contemporaneamente

⁶⁰ Cfr. per tutti P. MARCHETTI, *La réclame e l'attività promozionale nel settore bancario e finanziario*, in AA.VV., *La con-*

correnza bancaria, a cura di L.C. UBER-TAZZI, Milano, 1985, 207 ss.

⁶¹ Art. 3, D.Lgs. 85/1992.

soggetta ai limiti e divieti sostanziali di tutte le disposizioni in questione.

La contemporanea applicabilità di queste discipline, però, da un lato, non rende certo più facile una riduzione ad unità delle varie ipotesi previste, proprio a causa delle diverse finalità e delle diverse prospettive delle discipline in esame; dall'altro lato, comporta anche la contemporanea soggezione della pubblicità radio-televisiva ai vari organi e procedimenti di controllo previsti a garanzia di ciascuna delle discipline sostanziali applicabili, con tutto ciò che ne può conseguire in termini di probabile insorgenza di conflitti positivi e negativi fra i rispettivi organi di garanzia.

Il problema di fondo è che le due discipline normative, anche ove contemporaneamente applicabili, non riescono ad esprimere un sistema integrato e coordinato. Ciò è probabilmente imputabile ad un vizio di origine.

L'attuazione delle due direttive in questione, anziché rappresentare il necessario adeguamento di una legislazione vigente ai criteri di armonizzazione indicati dalla comunità rispetto a due rilevanti aspetti del fenomeno pubblicitario, ha coinciso con i primi interventi normativi del settore nel nostro ordinamento.

Così è stato che una parte, sia pure rilevante, di una disciplina generale di settore (quella relativa al contenuto ed al modo di presentazione ingannevole dei messaggi pubblicitari) ed una disciplina speciale di sub-settore (quella relativa al comparto della pubblicità radio-televisiva) si sono trovate a dover costituire nel loro insieme l'unico quadro normativo di riferimento per la disciplina dell'intero comparto pubblicitario.

In effetti, la suddivisione « *ratione materiae* », dovuta alla stessa impostazione generale delle direttive comunitarie⁶², non agevolava un immediato raccordo sistematico, dal momento che le due discipline si ponevano su piani diversi, distinguendosi, l'una, per il contenuto dei messaggi pubblicitari e, l'altra, per il mezzo di diffusione dei medesimi.

Ci pare però incontestabile che la differenza di prospettive — verrebbe da dire lo strabismo — delle due direttive comunitarie, avrebbe potuto essere agevolmente assorbita, ove l'adattamento al diritto comunitario fosse avvenuto nell'ambito di una regolamentazione organica, da crearsi contestualmente.

Il difetto di coordinamento è stato anche enfatizzato dalla inversione non solo temporale, ma anche logica dei due interventi; dato che la preventiva attuazione della più recente direttiva comunitaria in tema di pubblicità radio-televisiva ha reso in qualche modo obsoleti ed insoddisfacenti alcuni profili della regolamentazione richiesta dalla direttiva sulla pubblicità ingannevole; tanto

⁶² Cfr. G. Floridia, *La pubblicità ingannevole...*, cit., 26.

più nella particolare impostazione, molto mirata al rapporto di consumo, che di essa ha dato il D.Lgs. 74/92.

La disciplina sostanziale della legge 223/90 si è indubbiamente spinta molto avanti nella protezione degli interessi coinvolti dal fenomeno pubblicitario⁶³, preoccupandosi di tutelare gli utenti televisivi con riferimento soprattutto alle lesioni che ad essi potevano e possono derivare dal contenuto del messaggio e/o dal suo modo di presentazione, prescindendo in certo qual modo dalla instaurazione, del tutto eventuale, di un rapporto di consumo.

Il D.Lgs. 74/92, grazie anche al peculiare ritaglio che è stato dato delle possibili opzioni operative prospettate dalla direttiva 84/450, sembra invece essersi arroccato su posizioni molto tradizionali, limitandosi a proteggere direttamente e soltanto — concorrenti a parte — i consumatori e le loro organizzazioni, con riferimento comunque al rapporto di consumo; l'utente dei mezzi, tramite cui vengono diffusi i messaggi pubblicitari, viene così relegato al semplice ruolo di « pubblico », con le conseguenze procedurali e processuali che vedremo⁶⁴.

In questa ottica, può anche plausibilmente spiegarsi la mancata estensione ad ogni messaggio pubblicitario (diverso da quello radiotelevisivo) di quei limiti, sinteticamente riassumibili nella tutela della dignità e libertà umana, su cui ci siamo sopra ampiamente soffermati. È ragionevole presumere che il problema, per il nostro legislatore, consistesse non tanto nella difficoltà di ampliare le ipotesi di illecito pubblicitario — perché comunque tali limiti si sarebbero fondati su principi e valori indiscutibili anche sul piano costituzionale — quanto piuttosto nel riconoscere ipotesi di illecito non attinenti al rapporto di consumo, bensì riguardanti proprio lo stesso contenuto e modalità di presentazione della comunicazione pubblicitaria. Tutto ciò, infatti, avrebbe comportato, come logica e doverosa conseguenza, di aprire anche ai semplici utenti destinatari dei messaggi le porte di quel contenzioso amministrativo e giurisdizionale, che invece il legislatore evidentemente intendeva limitare ai soli consumatori ed alle loro associazioni. In altre parole, all'ampliamento della sfera oggettiva degli illeciti pubblicitari avrebbe fatto riscontro una correlativa estensione della legitti-

⁶³ Cfr. ancora l'opinione di Floridia, op. ult. cit., 5, il quale riconosce che con l'art. 8 della legge 223/1990, nella parte in cui ha inteso salvaguardare la dignità della persona umana ed altri valori costituzionalmente rilevanti, « si è voluto stabilire una frontiera di tutela del consumatore molto più avanzata rispetto a quella della repressione della pubblicità ingannevole ».

⁶⁴ È interessante notare come la relazione di accompagnamento allo schema di decreto legislativo, con riferimento alla disposizione sulla tutela amministrativa e giu-

risdizionale, mostra chiaramente di distinguere tra un soggetto « consumatore » ed un soggetto indefinito — « il pubblico » — così qualificato per essere semplicemente destinatario dei messaggi pubblicitari: la tutela contro il mendacio reclamistico è accordata nell'interesse di entrambi, ma la diretta legittimazione attiva — si spiega — è riservata « ai titolari di posizioni giuridiche differenziate... mentre il pubblico in genere potrà solo avvalersi di un potere di denuncia » alle competenti amministrazioni pubbliche.

mazione ad esperire i rimedi previsti dalla normativa in questione⁶⁵.

Opzione questa — si noti bene — tutt'altro che impedita dalla direttiva comunitaria, cui si è data attuazione⁶⁶.

Certo è che il legislatore non si è voluto muovere in questa direzione, anche se è possibile riscontrare una certa contraddittorietà nella sua azione, nel momento in cui già tutta una serie di disposizioni del D.Lgs. 74/92, al di là degli artifici verbali usati, tendono a tutelare interessi dal pericolo di lesioni che derivano prima (od esclusivamente) dal messaggio, piuttosto che dal rapporto di consumo sollecitato⁶⁷. E, non a caso, sono queste le aree in cui possono riscontrarsi significative sovrapposizioni fra le due discipline, come sopra evidenziato.

Si può quindi concludere che, ancora una volta, il legislatore si è fermato a mezza strada, così da rendere poco decifrabile, allo stato, sia la posizione sostanziale e — come vedremo — processuale di « consumatore »; sia l'effettiva portata della legittimazione genericamente conferita alle associazioni di consumatori⁶⁸.

⁶⁵ In effetti, una volta superata l'ottica tradizionale, che riferisce soltanto al danno (patrimoniale o meno) derivante dal rapporto di consumo l'area di protezione da accordarsi rispetto alla pubblicità commerciale, non vi potrebbe essere più alcuna remora a riconoscere adeguate forme di tutela ad ogni lesione (comunque determinata dal messaggio pubblicitario) della sfera personale del soggetto nelle sue più svariate proiezioni; così come non vi sarebbe più ragione di incardinare nel rapporto di consumo la situazione legittimante l'interesse singolo, o coagulante l'interesse collettivo, al fine di filtrare, come fino ad oggi è stato fatto, le istanze di giustizia in questo campo.

⁶⁶ Nel contesto della direttiva 84/450/CEE, il riferimento alla garanzia degli interessi sia del « consumatore » sia del « pubblico in generale », anziché dar luogo ad una contrapposizione delle due situazioni soggettive, avrebbe potuto essere interpretato come affermazione di un principio di effettività di tutela, che la stessa normativa comunitaria intendeva evidentemente accogliere come scelta fondante: proprio la pacificazione, a questi fini, delle due posizioni (utente dei media e futuro acquirente) avrebbe permesso di enucleare un comune interesse alla repressione della pubblicità ingannevole, svincolato dalla ricorrenza di un qualche pregiudizio patrimoniale conseguente ad un atto negoziale viziato dal messaggio pubblicitario.

Tale interpretazione della direttiva parrebbe implicitamente confermata anche dalla disposizione dell'art. 4, par. 2, del

medesimo atto comunitario, dove si prevede l'adozione di provvedimenti amministrativi o giurisdizionali contro la pubblicità ingannevole « anche in assenza di prove in merito alla perdita o al danno effettivamente subito » (evidentemente in seguito alla conclusione di un rapporto di consumo).

E se è vero che dalla definizione di pubblicità ingannevole accolta dal legislatore comunitario si coglie un particolare riguardo a profili economici, è altrettanto vero che per la tutela ivi prospettata è sufficiente che dalla ingannevolezza del messaggio « possa » derivare « pregiudizio » anche solo genericamente al « comportamento economico » del soggetto. Questo significa che il pregiudizio non deve essere necessariamente attuale e che non si è data rilevanza soltanto al danno patrimoniale, ma si è inteso ricomprendere ogni aspetto comunque incidente sulla libertà di auto-determinazione del soggetto rispetto alla sua sfera economico-negoziale; il che, del resto, si evince anche dal 3° Considerando della stessa direttiva, secondo cui la sollecitazione pubblicitaria ingannevole « indipendentemente dal fatto che essa porti o no alla conclusione di un contratto, influisce sulla situazione economica dei consumatori ».

⁶⁷ V. ad es. le disposizioni a tutela dei minori, più volte ricordate.

⁶⁸ Al riguardo si può osservare che il riconoscimento di un potere di azione in capo ad enti esponenziali è storicamente legato alla correlativa difficoltà di emersione di un interesse differenziato del singolo.

Anche in questa materia, a partire dai

È proprio su questo specifico punto che, a mio avviso, si doveva giocare il coordinamento fra le due discipline: attraverso, cioè, una effettiva integrazione della sfera di interessi tutelati e una complessiva ricostruzione ed inquadramento della posizione dell'utente-consumatore inteso nella sua duplice veste: di semplice destinatario di messaggi pubblicitari, in quanto utente dei mezzi di comunicazione, e di potenziale consumatore di prodotti reclamizzati da tale mezzo.

primi importanti studi degli anni '60 (A. VANZETTI, *La repressione della pubblicità menzognera*, in *Riv. dir. civ.* 1964, I, 584 ss.; G. GHIDINI, *Introduzione allo studio della pubblicità commerciale*, Milano, 1968; L. SORDELLI, *Problemi giuridici della pubblicità commerciale*, Milano, 1968; M. FUSI, *La comunicazione pubblicitaria nei suoi aspetti giuridici*, Milano, 1970), è un dato ricorrente la propensione dottrinale a concepire in termini di interesse essenzialmente « collettivo » le posizioni soggettive pregiudicabili dalla *rèclame* ingannevole e — conseguentemente — a modellare in forma collettiva i meccanismi di tutela prospettabili *de iure condendo*. E ciò sulla base della distinzione tra lo specifico interesse (puramente patrimoniale) del singolo consumatore « a non essere danneggiato nel caso in cui venga ingannato » (tutelabile civilisticamente con azione risarcitoria), dall'interesse (non personale, ma) collettivo dei consumatori « alla fiducia ed alla sicurezza nei rapporti della vita sociale », definita anche « fede pubblica » (la cui protezione, necessariamente preventiva, si riteneva dovesse esplicarsi « solo sul piano pubblicistico »): v. M. FUSI, *La comunicazione pubblicitaria...*, cit., 169-170. (Sulle varie motivazioni convergenti a qualificare come essenzialmente collettivo l'interesse dei consumatori rispetto all'illecito pubblicitario, ed in particolare su quella incentrata sul carattere « seriale » dell'interesse stesso, ci permettiamo di rinviare anche ad A. PARIGI, *L'attuazione della direttiva CEE sulla pubblicità ingannevole...*, cit., 42 ss.).

In buona sostanza, secondo l'impostazione richiamata, la rilevanza dell'interesse personale del singolo *utente-consumatore* risultava delimitata ai soli casi in cui questi fosse in grado di attivare — in quanto acquirente « effettivamente e direttamente » danneggiato — gli ordinari strumenti della responsabilità civile, o di far valere i vizi del consenso negoziale.

È un'impostazione recentemente ribadita da Florida (*La pubblicità ingannevole...*, cit., 14 ss.; ma v. anche *Id.*, *La repressione della pubblicità menzognera*:

vent'anni dopo, in *Quadrimestre* 1986, 105 ss.), per il quale la direttiva 84/450/CEE, « quando menziona l'interesse dei consumatori come oggetto della protezione, si riferisce al cosiddetto interesse collettivo e non certo all'interesse individuale del consumatore »; e ciò in quanto « al singolo consumatore potrebbe interessare di ottenere il risarcimento del danno oppure l'annullamento del contratto dopo che è rimasto vittima dell'inganno, ma a lui non interessa di ottenere l'inibitoria della pubblicità ingannevole », proprio perché « quando presenta il ricorso... egli non corre più il rischio di essere ingannato dal momento che è consapevole del mendacio contenuto nella pubblicità ».

Oggi che, viceversa, l'interesse del singolo consumatore — sia pure con le indubbe contraddizioni sopra rilevate — è stato riconosciuto dal D.Lgs. 74/1992, c'è da chiedersi se il richiamo alla concorrente legittimazione degli enti esponenziali stia a significare solo una volontà di rafforzare ed ampliare le forme e le occasioni di protezione di quell'interesse (cioè dei consumatori), ovvero — come appare più verosimile — non tenda anche a compensare indirettamente quel deficit di tutela che il riconoscimento della legittimazione del singolo consumatore non ha affatto colmato, quanto meno con riferimento a tutte le ipotesi in cui la lesione sia riferibile non al rapporto di consumo, bensì al messaggio pubblicitario in sé considerato: in questo senso, si può ipotizzare che le associazioni dei consumatori — al di là della loro definizione letterale — tenderanno di fatto a surrogare anche, o piuttosto, la rappresentanza dell'interesse degli utenti dei *media* (rispetto al quale l'interesse portato da dette associazioni sembra sostanzialmente omogeneo).

In definitiva, sembra che a livello collettivo il legislatore abbia accomunato indistintamente interessi che, individualmente, si è invece curato di tenere ben separati, anche se in base a criteri nominalistici, che difficilmente consentiranno un reale raccordo con le situazioni sostanziali da tutelare.

3. CONTROLLI

a) *La legge 223/90.*

Il controllo a garanzia dei limiti e divieti sostanziali previsti dalla legge Mammi è demandato dall'art. 31 della legge 223 al neo-istituito Garante per la radio-diffusione e l'editoria. Tale regime si applica all'intero comparto della pubblicità radio-televisiva, senza distinzione tra concessionaria del servizio pubblico ed emittenti private.

Con ciò si è avuto un riequilibrio di quella sperequazione, più volte lamentata da larga parte degli operatori e degli autori per il fatto che la concessionaria pubblica era assoggettata al regime di controllo — sia pure interno — ad opera della consociata SACIS⁶⁹, mentre le emittenti private potevano operare in assoluta libertà da vincoli e limiti, che non fossero autoimposti direttamente od indirettamente (tramite l'adesione al C.A.P.).

Il controllo si esercita in forma procedurale abbastanza semplice: si prevede un potere di azione del Garante, che viene esercitato d'ufficio in caso di inosservanza delle disposizioni di cui all'art. 8, legge 223/1990; fra cui, appunto, quelle relative alla disciplina del contenuto e del modo di presentazione dei messaggi pubblicitari.

Secondo il sistema delineato in tale legge, è quindi soltanto il Garante competente ad assicurare l'osservanza di tali disposizioni e ad irrogare le conseguenti sanzioni sulla base di un procedimento, che è stato molto sbrigativamente disciplinato all'art. 31, commi 1-3, e che concerne anche ulteriori violazioni amministrative rispetto a quelle qui in esame⁷⁰.

Vi si prevede che il Garante, in caso di inosservanza, dispone i necessari accertamenti e contesta gli addebiti agli interessati, assegnando un termine non superiore a 15 giorni per le giustificazioni.

Al 2° comma si prevede che, trascorso tale termine o quando le giustificazioni risultano inadeguate, il Garante può diffidare gli interessati a cessare dal comportamento illegittimo e quindi, nel nostro caso, può diffidare dalla diffusione di ulteriori messaggi pubblicitari, entro un termine non superiore ai 15 giorni.

In caso di inosservanza della diffida, il Garante può infliggere sanzioni amministrative pecuniarie e, nei casi più gravi, può di-

⁶⁹ La società SACIS realizza un controllo volontario della pubblicità che, a differenza di quello dell'Istituto di Autodisciplina, è una forma di controllo preventivo effettuato solo sulla pubblicità televisiva destinata ad essere diffusa dalle reti RAI (sulle modalità operative di tale controllo, cfr. A. ZANACCHI, *Il controllo sul contenuto del messaggio...*, cit., 295 ss.). Il controllo si basa sulle norme di legge, sulle regole del C.A.P. (al quale anche la RAI aderisce) e

su uno speciale regolamento (pubblicato in *Dir. radiodiff. telecom.* 1985, 193 ss.) elaborato dalla stessa SACIS d'intesa con la RAI e con la società concessionaria SIPRA. Sul punto cfr. anche l'intervento dell'amministratore delegato della SACIS E. BARBIERI tra gli atti del Convegno *La pubblicità ingannevole...*, cit., testo dattiloscritto.

⁷⁰ Cfr. C. MARZUOLI, *Commento all'art. 31, L. 223/1990*, in AA.VV., *Il sistema radiotelevisivo...*, cit., 522 ss.

sporre la sospensione dell'efficacia della concessione o dell'autorizzazione per un periodo da 1 a 10 giorni. Sanzioni queste, che possono aumentare, nel caso di recidiva previsto al punto 5 dell'art. 31, fino a pervenire alla definitiva revoca della concessione o dell'autorizzazione.

Nessun cenno è fatto dalla legge alle modalità procedurali, con cui possa essere sollecitato tale intervento repressivo del Garante, al di là dell'obbligo di segnalazione previsto per i direttori degli organi periferici del Ministero delle poste e telecomunicazioni⁷¹.

La legge disciplina i mezzi di tutela giurisdizionale degli interessati contro le sanzioni pecuniarie o interdittive; in modo però non abbastanza chiaro, se è vero che sono sorte rilevanti perplessità circa la delimitazione delle rispettive competenze tra giudice ordinario e giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva⁷². La stessa legge tace, però, sulla eventuale possibilità di una autonoma impugnativa delle diffide e contestazioni del Garante; impugnativa che consenta di instaurare, quindi, un giudizio espressamente diretto a far valere la supposta conformità del messaggio pubblicitario alle disposizioni di legge, piuttosto che ad accertare la presunta illegittimità per difetto di presupposti delle sanzioni già irrogate.

La legge 223/90 neppure ha previsto alcuna possibilità di intervento degli utenti-consumatori, che abbiano interesse a far valere, nei confronti dei soggetti destinatari delle sanzioni in oggetto, la violazione delle disposizioni sostanziali (fra cui quelle relative alla pubblicità) che giustificano tali sanzioni.

Tale *deficit* di tutela trova però un parziale bilanciamento nella stessa composizione dell'organo di garanzia. Vi è da notare, a questo proposito, che, presso l'ufficio del Garante, l'art. 28 della legge 223/90 ha previsto l'istituzione di un Consiglio Consultivo degli Utenti, la cui attività, secondo il regolamento di attuazione emanato in data 12 settembre 1990⁷³, ha ad oggetto tutte le questioni inerenti la tutela degli interessi degli utenti aventi rilevanza collettiva nei confronti dei mezzi di comunicazione radio-televisiva; detta attività del consiglio si deve ispirare ai precetti costituzionali in materia di libertà e diritti di informazione, ai principi insiti sia nella legislazione nazionale sul sistema radiotelevisivo pubblico e privato, sia nella normativa e nelle direttive della Comunità europea, nonché ai criteri fondamentali derivanti dalle vigenti disposizioni in materia di tutela del consumatore⁷⁴.

⁷¹ Art. 31.16, L. 223/1990.

⁷² Sulle incertezze cui può dar luogo l'impugnazione delle sanzioni interdittive, cfr. ancora C. MARZUOLI, op. cit., 532 ss.

⁷³ Garante per la radiodiffusione e l'editoria, *Regolamento del 12 settembre 1990, per l'organizzazione e il funzionamento del Consiglio consultivo degli uten-*

ti, in *Gazz. Uff.* 18 settembre 1990, n. 218. Sulla creazione di tale organo, v. G. CORASANITI, *Commento all'art. 28, L. 223/1990*, in AA.VV., *Il sistema radiotelevisivo...*, cit., 477 ss.; A. LUCARELLI, *Commento all'art. 28, L. 223/1990*, in AA.VV., *Disciplina del sistema...*, cit., 873 ss.

⁷⁴ Cfr. art. 1, co. 2-3, reg. cit.

Deve quindi ritenersi che la legge 223 abbia delineato, con riferimento all'attività del Consiglio degli Utenti ed in particolare alle proposte, raccomandazioni e pareri (che possono essere espressi su richiesta del Garante stesso, ma anche su iniziativa dello stesso Consiglio)⁷⁵, una struttura che istituzionalmente deve farsi espressione degli interessi degli utenti-consumatori e, segnatamente, di quegli interessi riconosciuti dalla stessa legge⁷⁶.

Nella legge 223 manca, infine, ogni raccordo con l'attività del Giurì dell'autodisciplina pubblicitaria che, come vedremo, è invece espressamente previsto per la pubblicità ingannevole dal successivo D.Lgs. 74/92.

b) Il D.Lgs. 74/92.

Una opzione del tutto simile, in termini di devoluzione ad una Autorità amministrativa indipendente⁷⁷, di un potere provvedimentale sanzionatorio è stata anche accolta per il controllo della pubblicità ingannevole.

L'art. 7 del D.Lgs. 74/92, accogliendo una delle possibili soluzioni contemplate nella direttiva⁷⁸, ha attribuito all'Autorità garante del mercato non un potere di azione di fronte alla Autorità giurisdizionale, bensì un diretto potere sanzionatorio estrinsecantesi in decisioni a vocazione, per così dire, giurisdizionale.

Il modello organizzativo procedimentale però risulta ben diverso da quello prescelto nella legge 223. Là infatti il potere sanzionato-

⁷⁵ Ai sensi dell'art. 1.4, reg. cit., il Consiglio degli Utenti « *esprime, su richiesta del Garante o di sua iniziativa, pareri aventi specifico riferimento ai principi e ai valori culturali e sociali di cui è portatrice la collettività degli utenti e in tale ambito può formulare proposte e raccomandazioni* ».

⁷⁶ Secondo CORASANI (op. cit., 432), il Consiglio degli Utenti costituisce « *un nuovo soggetto istituzionale, indipendente dal Garante, seppure a questi strettamente collegato per esigenze logistiche e per la trasmissione e la diffusione dei propri atti, con funzioni consultive ed insieme, soprattutto, centro di riferimento per le istanze degli utenti e per lo studio e lo sviluppo delle relative problematiche* ».

⁷⁷ L'idea di fondo che il nostro legislatore ha inteso perseguire è senza dubbio quella di una sorta di ordinamento settoriale affidato ad una *Agency*, secondo uno schema sempre più frequentemente adottato anche nel nostro continente e nella nostra legislazione: cfr. C. FRANCHINI, *Le autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1988, 549 ss. È appena il caso di notare, tuttavia, come in questo caso difetti — almeno sotto il profilo che

qui interessa — uno dei connotati essenziali della tipica *regulatory agency*, visto che non risulta attribuito all'Autorità garante della concorrenza e del mercato alcun potere normativo in materia di pubblicità ingannevole; non sarebbe, cioè, dotata di quel potere regolamentare di settore che caratterizza, in altri ambiti dell'ordinamento, organi come la CONSOB o l'ISVAP.

⁷⁸ In forza dell'art. 4, par. 1, della direttiva 84/450/CEE, gli Stati membri sono tenuti ad accertarsi « *che esistano mezzi adeguati ed efficaci per lottare contro la pubblicità ingannevole nell'interesse sia dei consumatori che dei concorrenti e del pubblico in generale* »; tali mezzi « *devono comportare disposizioni giuridiche ai sensi delle quali persone od organizzazioni, aventi secondo la legislazione nazionale un diritto o legittimo interesse ad ottenere il divieto della pubblicità ingannevole, possano*

a) *promuovere un'azione giudiziaria contro tale pubblicità e/o*

b) *sottoporre tale pubblicità al giudizio di un'autorità amministrativa competente a giudicare in merito ai ricorsi oppure a promuovere un'adeguata azione giudiziaria* ».

rio viene esercitato d'ufficio dal Garante per l'editoria; l'Autorità del mercato non risulta invece avere alcun potere di iniziativa, ma può provvedere soltanto su impulso di uno dei soggetti che la stessa norma individua come legittimati a dare avvio al procedimento⁷⁹: « *I concorrenti, i consumatori, le loro associazioni ed organizzazioni, il Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato, nonché ogni altra pubblica amministrazione che ne abbia interesse in relazione ai propri compiti istituzionali, anche su denuncia del pubblico* »⁸⁰.

Il tema della legittimazione è senza dubbio delicato e fra quelli di maggiore rilevanza che avrebbero dovuto qualificare gli obiettivi della direttiva. Intanto, l'individuazione delle « *persone ed organizzazioni* » è stata singolarmente effettuata solo con riferimento alla procedura dinanzi all'Autorità; con ciò attribuendosi a detti soggetti — almeno in questa fase — niente più che un interesse semplice, concretantesi in un potere di denuncia finalizzato ad ottenere l'intervento dell'Autorità.

Peraltro, la lettura dell'art. 7.2 sembrerebbe effettivamente discriminare la posizione del « *pubblico* », cui dovrebbe essere negata — col riconoscimento solo di un « *sub-potere di denuncia* » — perfino la titolarità di un interesse semplice: almeno ad una prima lettura, infatti, il « *pubblico* » parrebbe facoltizzato ad interessare l'organo tutorio solo in via mediata, cioè per il tramite di quelle Amministrazioni Pubbliche interessate (ancorché non meglio specificate), cui potrà inoltrare denuncia⁸¹ (salvo capire se tale denuncia renda poi obbligatoria o puramente facoltativa l'attivazione di queste ultime⁸²).

C'è effettivamente da chiedersi se tale distinzione si sostanzi in una diversificazione puramente procedimentale (e quindi si risolva in una pura tautologia), nel senso che dovrebbe ritenersi « *consumatore* » chi adisce direttamente l'Autorità, mentre sarebbe (parte del) « *pubblico* » chi si limita ad avanzare denuncia presso le Amministrazioni pubbliche interessate; oppure, il che è più probabile (sulla scorta di quanto abbiamo già detto), se essa presupponga una differenziazione sostanziale (riflettentesi anche sul piano procedurale), indicando una diversa situazione soggettiva, legittimante diverse modalità di reazione alla diffusione di messaggi pubblicitari ingannevoli (l'azione dinanzi all'Autorità,

⁷⁹ Così E. AUTERI, *La nuova normativa sulla pubblicità ingannevole: tutela dei concorrenti e dei consumatori*, in Atti del Convegno *La pubblicità ingannevole...*, cit., testo dattiloscritto, 6. La previsione di un potere di iniziativa « *anche d'ufficio* » da parte dell'Autorità garante era stata peraltro sollecitata dalla X Commissione della Camera nella già cit. seduta in sede consultiva del 22 dicembre 1991, 18.

⁸⁰ Art. 7.2, D.Lgs. cit.

⁸¹ In questo senso, come abbiamo ricordato sopra, depone chiaramente la relazione di accompagnamento allo schema di decreto.

⁸² L'uso della locuzione verbale « *possono chiedere all'Autorità...* », tuttavia, sembra letteralmente deporre per un'attivazione discrezionale.

in un caso, la semplice denuncia ai soggetti che tale azione non possono intraprendere, nell'altro).

D'altra parte, il richiamo contenuto nella norma in esame alla posizione del consumatore, da un lato, e la mancata qualificazione o specificazione (auspicata da alcuni)⁸³ delle associazioni o organizzazioni legittimate ad adire l'Autorità, dall'altro lato, più che risolvere l'annoso problema della legittimazione processuale, sembra in realtà aggirarlo.

In particolare, risultano del tutto oscuri i criteri in base ai quali l'Autorità, prima, ed il Giudice amministrativo, poi, potranno stabilire l'esistenza di un interesse al ricorso, distinguendo tra consumatori e semplici destinatari dei messaggi, anche rispetto a fattispecie normative che, come si è sopra accennato, riferiscono i pericoli di lesione direttamente alla diffusione del messaggio pubblicitario prima ancora che al (o perfino prescindendo dal) rapporto di consumo sollecitato. Si osservi, oltretutto, che — ai sensi della ricordata definizione di pubblicità ingannevole accolta nel decreto — non solo il pregiudizio, ma anche l'attitudine all'inganno possono essere semplicemente potenziali⁸⁴; ciò rende ancor più difficile distinguere la posizione sostanziale, e quindi processuale, del potenziale consumatore da quella del semplice utente dei media destinatario del messaggio, anche limitandosi al solo profilo economico.

La decisione motivata dell'Autorità della concorrenza può sostanzialmente nel divieto della pubblicità non ancora portata a conoscenza del pubblico o nella continuazione di quella già iniziata; rispetto alla prima ipotesi, potrebbe avanzarsi qualche fondata perplessità rispetto all'art. 21 Cost.⁸⁵, ancorché (come è stato fatto no-

⁸³ Cfr. G. FLORIDIA, *La pubblicità ingannevole...*, cit., 14, il quale si rammarica del fatto che « si sia perduta una buona occasione per arricchire la disciplina già esistente con la previsione di un qualche requisito soggettivo diretto a garantire un minimo di rappresentatività » alle associazioni dei consumatori; rilevando come dal testo definitivo del decreto approvato sia scomparsa la previsione della « formazione di un apposito elenco di associazioni legittimate ad esigere la repressione della pubblicità ingannevole », soluzione che l'A. avrebbe preferito al fine di « evitare qualche possibilità di abuso ».

⁸⁴ « Qualsiasi pubblicità che... induca in errore o possa indurre in errore... e che, dato il suo carattere ingannevole, possa pregiudicare il comportamento... »: cfr. art. 2, n. 2, direttiva 84/450/CEE.

⁸⁵ Quale che sia la tesi da accogliere in ordine alla posizione costituzionale della comunicazione pubblicitaria — oggetto di ampio dibattito in dottrina — e, quindi, in ordine ai limiti di ammissibilità dei controlli contenutistici su di essa alla luce del-

la garanzia disposta dall'art. 21 Cost. per ogni forma di manifestazione del pensiero, sembra difficile escludere in assoluto ogni operatività di tale garanzia anche in questo particolare settore della comunicazione, secondo la drastica posizione assunta dalla già cit. Corte Cost. n. 231/1985 (assertrice della « netta distinzione tra le manifestazioni del pensiero e... la pubblicità commerciale », ritenuta — quale « fonte di finanziamento degli organi di informazione » — « una componente dell'attività delle imprese, come tale assistita dalle garanzie di cui all'art. 41 Cost., e assoggettabile, in ipotesi, alle limitazioni ivi previste al 2° e 3° comma »: *Foro it.* 1985, I, 2837). Sul punto si rinvia a E. ROPPO, *I controlli sul contenuto della pubblicità: sviluppi, problemi, prospettive*, in AA.Vv., *Rapporto annuale...*, cit., 167 ss.; P. BARILE - P. CARETTI - E. CHELI - U. DE SIERVO - R. ZACCARIA, *La pubblicità e il sistema dell'informazione*, in AA.Vv., *La pubblicità e il sistema...*, cit., 21 ss.; A. VIGNUDELLI, *Aspetti giuspubblicistici...*, cit., 79 ss.

tare⁸⁶) formalmente non si tratti di un sistema censorio generalizzato, essendo comunque necessario il ricorso di uno dei soggetti legittimati, che in qualche modo sia venuto a conoscenza di una campagna pubblicitaria di prossima diffusione in contrasto con i principi della disciplina in questione.

Da notare che, oltre alla semplice inibitoria, l'Autorità del mercato può anche disporre una apposita dichiarazione rettificativa « *in modo da impedire che la pubblicità ingannevole continui a produrre effetti* »⁸⁷. Si tratta di una previsione molto opportuna di « *corrective advertising* » ampiamente usata in altri paesi, di cui il nostro ordinamento sembra recare traccia — come si è già detto — soltanto nell'art. 9.2 della legge 713/1986 sulla disciplina dei cosmetici.

Le decisioni dell'Autorità hanno, per definizione legislativa, carattere definitivo e vengono assunte a seguito di un contraddittorio con l'operatore pubblicitario interessato.

In assenza del regolamento di attuazione, cui l'art. 7.8 ha demandato la disciplina procedurale, non è possibile allo stato chiarire quali siano i poteri difensivi ed istruttori delle parti di tale procedimento davanti all'Autorità⁸⁸. È peraltro lo stesso art. 7.4 che fin d'ora attribuisce all'Autorità il potere di imporre all'operatore pubblicitario, « *quando tale esigenza risulti giustificata* », l'onere di provare l'esattezza materiale dei fatti contenuti nella pubblicità, con le ovvie conseguenze per la ipotesi che tale prova sia omessa o non venga ritenuta sufficiente⁸⁹.

È anche previsto all'art. 7.2 che, « *in caso di particolare urgenza* », l'Autorità possa disporre con provvedimento motivato la sospensione provvisoria della pubblicità ingannevole.

Va sottolineato, a questo proposito, che la disposizione in esame ha completamente pretermessa — come del resto puntualmente rilevato durante la discussione parlamentare sullo schema di decreto⁹⁰ — una precisazione (a nostro avviso) assai significativa, contenuta all'art. 4.2, della direttiva 84/450/CEE, sulla quale abbiamo già avuto modo di soffermarci: la disposizione comunitaria prescrive espressamente che i provvedimenti di sospensione della

⁸⁶ Cfr. G. Floridia, *La pubblicità ingannevole...*, cit., 17.

⁸⁷ Art. 7.6, ultima parte, D.Lgs. 74/1992.

⁸⁸ Risulta, tuttavia, che — nelle more della predisposizione del previsto regolamento governativo — le prime procedure avviate dall'Autorità contro messaggi pubblicitari ingannevoli siano state da questa condotte attenendosi a quanto disposto dal D.P.R. 10 settembre 1991, n. 461, concernente le procedure istruttorie relative alle infrazioni concorrenziali, sanzionate dalla

legge 10 settembre 1990, n. 287, *Norme per la tutela della concorrenza e del mercato*.

⁸⁹ Si è giustamente osservato che « *non si tratta di un'inversione costante dell'onere della prova e quindi di una presunzione di inesattezza, ma si tratta di una facoltà di inversione che il Garante può esercitare se ne avverte l'esigenza date le circostanze del caso specifico* » (G. FLORIDIA, op. ult. cit., 18).

⁹⁰ Cfr. ancora *Atti Camera dei Deputati*, Commissione speciale per le politiche

pubblicità già iniziata, ovvero di inibizione di quella non ancora portata a conoscenza del pubblico, possano essere assunti « *tenuo conto di tutti gli interessi in causa ed in particolare dell'interesse generale ... anche in assenza di prove in merito alla perdita o al danno effettivamente subito* ».

Giova ribadire che la disattenzione del legislatore nazionale su questo punto rischia di tradire la *ratio* innovativa della disciplina CEE, che deve rinvenirsi proprio nella scelta di riconoscere come meritevole di tutela — ai fini della inibizione della pubblicità ingannevole — non solo l'interesse di chi è stato abusivamente indotto al consumo, ma anche l'interesse dell'*utente-consumatore*, cioè del semplice destinatario di messaggi pubblicitari decettivi, indipendentemente dalla possibilità di vantare o meno uno specifico pregiudizio legittimante azioni risarcitorie.

L'art. 7.5 prescrive, inoltre, che l'Autorità garante del mercato, prima di provvedere in ordine alla pubblicità radiotelevisiva od a mezzo stampa, deve richiedere il parere del Garante per l'editoria; parere obbligatorio, dunque, ma non vincolante. La previsione di raccordo con il Garante dell'editoria, introdotta su richiesta delle Commissioni parlamentari in sede di parere sull'art. 7 dello schema di decreto⁹¹, esprime certamente una legittima esigenza di coordinamento rispetto alle funzioni che lo stesso Garante si è visto riconoscere all'art. 31 della legge 223/90; può però essere letta anche in chiave di supporto, rispetto alle incerte capacità attitudinali che, almeno in questa fase, vengono riconosciute all'Autorità per l'esercizio delle nuove attribuzioni affidatele. Prova ne sia che il parere obbligatorio del Garante per l'editoria è stato previsto anche con riferimento alla carta stampata; settore rispetto al quale, come è noto, il Garante per l'editoria non aveva in precedenza ricevuto alcuna particolare attribuzione (riguardo, ovviamente ai controlli sui contenuti della comunicazione pubblicitaria) e rispetto al quale, quindi, non sussisteva alcuna esigenza di coordinamento.

Tale scelta ha in realtà suscitato, fino dagli interventi in Commissione, perplessità e riserve⁹²; ritenendosi a ragione che l'Autorità del mercato, chiamata ad operare — per vocazione istituzionale — a tutela dei principi della libera concorrenza ispirati a criteri di natura esclusivamente economica, non sia la più indicata — almeno in linea di principio — a farsi garante degli interessi dei consumatori, così come ad assicurare il rispetto dei diritti fondamentali (diritto alla salute, alla sicurezza, alla tutela dei minori) previsti dalla normativa in questione⁹³. Ne deve essere, in qualche

comunitarie, seduta del 10 dicembre 1991, 16.

⁹¹ Cfr. *Atti Camera dei Deputati*, X Commissione, seduta del 18 dicembre 1991, 35; *Atti Senato*, X Commissione, seduta dell'11 dicembre 1991, 62.

⁹² Cfr. *Atti Senato*, X Commissione, seduta del 13 novembre 1991, 25.

⁹³ In occasione della seduta della X Commissione del Senato appena cit., il relatore Sen. VETTORI — riferendo sullo schema di decreto legislativo in esame — ebbe a se-

modo, consapevole la stessa Presidenza dell'Autorità garante, che, in sede di indagine conoscitiva dinanzi alla Commissione Industria del Senato⁹⁴, si è dichiarata d'accordo con chi auspicava, anche all'interno della sua struttura, la istituzione di un organismo rappresentativo dei consumatori e degli utenti, in analogia a quello già creato presso l'Ufficio del Garante per l'editoria.

L'inosservanza delle determinazioni assunte dall'Autorità nelle sue decisioni è sanzionata penalmente come reato contravvenzionale: art. 7.9. Le decisioni definitive dell'Autorità possono peraltro — a norma del successivo comma 11 — essere impugnate di fronte al giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva.

Si noti, però, che l'elencazione dei soggetti « *legittimati ad adire l'Autorità* » non è stata richiamata in detto comma 11; la norma non offre perciò elementi per chiarire, tra l'altro:

— se astrattamente la legittimazione a impugnare la decisione dell'Autorità garante debba riconoscersi o meno a tutti i soggetti, cui il precedente comma 2 conferisce il potere di adire il medesimo organismo⁹⁵;

— se il concreto interesse al ricorso giurisdizionale debba ritenersi sussistente soltanto in capo a quello (quelli) tra i medesimi soggetti sopra indicati che abbia (abbiano) preventivamente adito l'Autorità, cosicché tale ricorso sarebbe precluso a chi, pur essendo in linea di principio legittimato ad adire la stessa Autorità, non sia intervenuto nella precedente fase amministrativa;

— se al « *pubblico* », che abbia avanzato denuncia ad una delle « *amministrazioni pubbliche interessate* », possa riconoscersi l'interesse a ricorrere, quanto meno in via di surroga, a fronte dell'inerzia del soggetto pubblico, successiva al provvedimento negativo dell'Autorità.

Anche prescindendo dai soggetti legittimati all'intervento diretto nel procedimento, è difficile prevedere se il controllo operato dalla giustizia amministrativa potrà rivelarsi idoneo a poter utilmente

gnalare con precisione l'incongruenza della proposta estensione di competenza dell'Autorità del mercato rispetto alla repressione della pubblicità ingannevole: « *la predetta Autorità opera, secondo la legislazione vigente (legge n. 287 del 1990), a tutela dei principi ordinatori della libera concorrenza; solo occasionalmente, e comunque in via mediata, essa è tenuta a considerare gli interessi dei consumatori... Viceversa gli interessi tutelati con la normativa in esame sono inerenti a beni e valori non necessariamente riconducibili a considerazioni di carattere economico... Sarebbe pertanto più coerente con la stessa ratio della normativa in esame attribuire la competenza di cui*

trattasi ad un organismo idoneo ai fini di tutela dianzi richiamati: questo potrebbe essere individuato nel Garante per la radio-diffusione e l'editoria, al quale sono già attribuite funzioni consimili... »; tenendo anche conto che « *la tutela degli utenti — in riferimento al sistema radiotelevisivo — costituisce già ora un primario parametro di valutazione negli interventi del Garante, come si evince, tra l'altro, dalla istituzione di un apposito consiglio consultivo presso l'ufficio di tale organismo* » (ivi, 25-26).

⁹⁴ Atti Senato, X Commissione, seduta del 28 novembre 1991, 23.

⁹⁵ Dubbioso sul punto anche E. AUTERI, *La nuova normativa...*, cit., 7.

orientare e correggere eventuali insufficienze o iniquità degli indirizzi seguiti dall'organo garante⁹⁶.

È vero che l'art. 7.11 prevede l'esercizio di una giurisdizione esclusiva al riguardo; è però anche vero che la scelta della giustizia amministrativa — per le sue caratteristiche intrinseche e per la peculiare sensibilità di chi tale giustizia amministra — appare in principio poco appropriata al tipo di problematica connessa alle controversie pubblicitarie, di cui è testimonianza nella copiosa giurisprudenza del Giurì dell'Autodisciplina Pubblicitaria⁹⁷.

È quindi da presumere che l'oggetto di tale sindacato giurisdizionale sarà costituito pur sempre dai provvedimenti resi dall'Autorità garante e non dai messaggi pubblicitari ingannevoli. L'esame di questi — ed in particolare della loro decettività — potrà tutt'al più essere effettuato nell'esercizio di quel più ampio potere di cognizione e di istruzione riconosciuto al giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva, ma sempre in un'ottica di controllo dell'esercizio del potere pubblico manifestatosi nel provvedimento.

È pertanto difficile dire se tale giudizio potrà consentire un'adeguata verifica dell'ingannevolezza dei messaggi e della loro potenzialità lesiva nei confronti dei destinatari, ovvero se tenderà a prevalere quella naturale vocazione ad un riscontro di legittimità dei provvedimenti: un'ottica giurisprudenziale, quindi, nella quale l'interesse di tutti i soggetti (che dovrebbero essere tutelati nei confronti del mendacio pubblicitario) rischierebbe di appiattirsi fino ad annullarsi nell'interesse pubblico.

Merita, infine, un cenno la disposizione contenuta nell'ultimo comma dell'art. 7 del decreto in esame, per la quale « è comunque fatta salva la giurisdizione del giudice ordinario, in materia di atti di concorrenza sleale, a norma dell'art. 2598 del codice civile ». Quest'ultima previsione — meramente riproduttiva della lett. i) dell'art. 41, legge 428/1990 — contribuirà certamente ad ac-

⁹⁶ Per cenni comparatistici sul controllo giudiziario della pubblicità ingannevole, cfr. M. FUSI, *La normativa sulla pubblicità ingannevole: un confronto con le esperienze di altri paesi*, in Atti del Convegno *La pubblicità ingannevole...*, cit., testo dattiloscritto, 5.

⁹⁷ Per un'ampia rassegna delle decisioni del Giurì, si rinvia a M. FUSI - P. TESTA, op. cit., 61 ss., dalla quale emerge con tutta evidenza la particolare « specializzazione » di tale giudice, necessariamente costretto a valutazioni implicanti dimestichezza con problematiche sociologiche, psicologiche, semiologiche, di marketing, ecc. Cfr. da ultimo anche G. FLORIDIA, *La pubblicità ingannevole...*, cit., 10, per il quale « l'elaborazione del Giurì dell'Autodisciplina si giova non soltanto della lunga esperienza

acquisita come giudice specializzato, ma anche delle competenze professionali specifiche dei singoli componenti ed in particolare della combinazione fra gli esperti in psicologia della comunicazione ed i giuristi ».

Restano inoltre aperti gli ulteriori problemi legati ai tempi di amministrazione della giustizia: problemi che assumono peso decisivo nel campo degli illeciti pubblicitari, per loro natura destinati generalmente a consumarsi nell'arco delle poche settimane di una « campagna ». Probabilmente ciò contribuirà — da un lato — ad enfatizzare il ruolo determinante dei provvedimenti di natura cautelare e costituirà — dall'altro lato — un sicuro incentivo per continuare a ricorrere al giudizio autodisciplinare, notoriamente rapido.

centuare la « separatezza » ed il carattere « corporativo-imprenditoriale » del foro concorrenziale anche in materia pubblicitaria⁹⁸, secondo un orientamento accolto anche di recente dalla Corte Costituzionale⁹⁹; fornendo con ciò un solido argomento normativo contro tutti gli indirizzi interpretativi più recenti, miranti ad individuare nella normativa codicistica la possibilità di una diretta tutela anche di interessi *extra-imprenditoriali*, ed in particolare dei consumatori¹⁰⁰.

4. ELEMENTI DI RACCORDO (E DI CONFLITTO) FRA LE VARIE COMPETENZE E PROCEDURE DI CONTROLLO.

a) Tra le due Autorità garanti.

Il criterio basilare per la delimitazione delle rispettive attribuzioni delle due Autorità è strettamente collegato alla disciplina so-

⁹⁸ In tal senso si esprime già E. AUTERI, *La nuova normativa...*, cit., 4-5, secondo il quale la competenza attribuita all'Autorità garante per la repressione del mendacio pubblicitario « nell'interesse dei consumatori e della collettività... esclude certamente la legittimazione dei consumatori e delle loro associazioni ad agire davanti all'autorità giudiziaria ordinaria per vietare la pubblicità ingannevole ».

⁹⁹ Cfr. Corte Cost. ord. 21 gennaio 1988, n. 59, in *Foro it.* 1988, I, 2158.

La Corte, vagliando la legittimità dell'art. 2601 cod. civ. sotto il profilo della violazione dell'art. 3 Cost. per disparità di trattamento tra i mezzi di tutela riconosciuti alle organizzazioni di categorie professionali e quelle di altre categorie organizzate, quali ad esempio quelle per la tutela del consumatore, ha « *sin troppo seccamente* » (F. SCIRÈ, *La concorrenza sleale nella giurisprudenza*, Milano, 1989, t. I, 330) statuito che: « *non appare neppure ipotizzabile il confronto con enti ed associazioni che abbiano finalità istituzionali diverse dal potenziamento del commercio di un determinato prodotto e che fanno quindi valere interessi del tutto estranei alla correttezza dei rapporti economici di mercato* », così come tutelata dagli artt. 2595 ss. cod. civ.; ed ha quindi concluso che « *pertanto compete al legislatore e non già al giudice delle leggi di apprestare, per il consumatore, adeguati strumenti di salvaguardia attualmente limitati alla tutela penale (cfr. art. 444 c.p.), prevedendo e le forme e l'ambito di azioni specifiche, sul modello di quelle contemplate dalle legislazioni tedesca e svizzera in favore delle associazio-*

ni dei consumatori » (ivi). Cfr. i rilievi critici alla decisione formulati da C. VERARDI - M. FERRO, *Distorsioni di mercato, pubblicità ingannevole, concorrenza sleale: tecniche di tutela dell'interesse collettivo del consumatore all'informazione non decettiva*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1986, 270, che evidenziano tuttavia la parzialità e l'insufficienza dei profili di illegittimità costituzionale delineati nell'ordinanza di rimessione e la mancata indicazione delle ben più consistenti censure ipotizzabili con riferimento all'art. 41 Cost. ed alla normativa comunitaria della concorrenza.

¹⁰⁰ Sulle problematiche relative alla legittimazione ad agire dei consumatori sulla base dei criteri di correttezza professionale sanciti dall'art. 2598 n. 3 cod. civ., anche alla luce dell'art. 10-bis n. 3 della Convenzione di Unione di Parigi per la protezione della proprietà imprenditoriale (nella revisione di Lisbona del 1958, ratificata e resa esecutiva in Italia con L. 4 luglio 1967, n. 676), cfr. G.G. AULETTA — V. MANGINI, op. cit., 202 ss.; P. MARCHETTI, *Il paradigma della correttezza professionale nella giurisprudenza di un ventennio*, in *Riv. dir. ind.* 1966, II, 180 ss.; P.G. JAEGER, *Valutazione comparativa di interessi e concorrenza sleale*, in *Riv. dir. ind.* 1970, I, 101 ss.; C. SANTAGATA, *Le nuove prospettive della disciplina della concorrenza sleale*, in *Riv. dir. comm.* 1971, 141 ss.; *Id.*, *Concorrenza sleale ed interessi protetti*, Napoli, 1975, 2 ss.; *Id.*, *Atti perturbatori delle scelte e concorrenza sleale*, in *Riv. dir. ind.* 1975, I, 329 ss. In giurisprudenza, cfr. Trib. Verona 28 dicembre 1985, in *Giur. merito* 1986, I, 523, con nota di F. ODDI.

stanziale, che le stesse sono chiamate a far rispettare; nel senso, cioè, che la competenza di ciascuno dei due organi è radicata in via esclusiva rispetto alle disposizioni previste da ciascuna legge.

Per quanto attiene alla osservanza dei limiti e divieti contenuti nel D.Lgs. 74/92, la funzione di garanzia e controllo dell'Autorità si estende ad ogni messaggio pubblicitario, qualunque sia il mezzo di diffusione e, quindi, tale competenza si estende certamente ai messaggi pubblicitari radio-televisivi. Per questi messaggi, peraltro, come per quelli sulla stampa, il coordinamento con le competenze proprie del Garante per l'editoria è stato assicurato attraverso la introduzione di quel parere di cui si è detto.

Nel D.Lgs. 74/92 è però ragionevole ipotizzare anche un ulteriore (e sotto certi aspetti più significativo) raccordo fra i due organismi: l'Ufficio del Garante per la radiodiffusione e l'editoria — ovvero, presso di questo, il Consiglio degli Utenti, cui sono state riconosciute dall'art. 28, legge 223/90, e dal successivo regolamento 12 settembre 1990 attribuzioni non equivocate in tema di tutela degli utenti-consumatori — potrebbe a pieno titolo essere annoverato fra quelle pubbliche amministrazioni che, in relazione ai propri compiti « istituzionali », sono legittimate a sollevare la questione di fronte all'Autorità garante per la inibitoria o la sospensione della pubblicità radio-televisiva ingannevole¹⁰¹.

Alla struttura del Garante per l'editoria, oltre al potere sanzionatorio di ufficio per le ipotesi di sua diretta e specifica competenza, potrebbe così riconoscersi — in materia di pubblicità ingannevole — sia una funzione consultiva, sia al contempo un importante potere di iniziativa per il tramite del Consiglio degli Utenti; consentendo cioè al Garante di giocare una importante funzione di stimolo e di supporto all'opera dell'Autorità, anche e soprattutto in quelle aree di interesse degli utenti-consumatori, rispetto a cui più grave sembra essere il *deficit* di tutela.

Vi è d'altra parte il rischio — da non sottovalutare — che il coinvolgimento di due diversi organismi di garanzia possa essere « interpretato » in maniera più formale che sostanziale; ciò si risolverebbe in un inutile — o più probabilmente nocivo — raddoppio di istruttorie e di attività e comporterebbe ritardi ed intralci burocratici, che male si conciliano con quelle esigenze di pronta reazione, fondamentali per una efficace protezione degli interessi che si intendono proteggere rispetto a campagne reclamistiche che si esauriscono nello spazio di pochi giorni.

¹⁰¹ Cfr. G. ALPA-C. ROSSELLO, *Prime note sulla attuazione...*, cit., 269: « O il Consiglio si considera una Pubblica Amministrazione, cioè un ufficio ausiliario di natura amministrativa, e quindi si ritiene che possa operare liberamente e direttamente; ovvero, in virtù dell'ausiliarità, il Consi-

glio possa e debba provvedere ad attivarsi. Oppure il Consiglio deve considerarsi « organizzazione dei consumatori », creata non spontaneamente ma ex lege, e quindi deve desumersene che possa operare direttamente ».

A ciò si aggiunga il timore di conflitti positivi o negativi di competenza determinati dalla concorrente applicazione delle due normative in oggetto.

Si tenga presente quanto abbiamo sopra evidenziato, sia pure schematicamente, in ordine alle sovrapposizioni ed ai gravi difetti di coordinamento delle due discipline sostanziali, che in più parti presentano contorni tutt'altro che netti; si ripensi, ad esempio, a quanto abbiamo accennato circa le disposizioni a tutela della sicurezza e della salute, a quella di protezione dei minori, agli obblighi di riconoscibilità e trasparenza, etc.

Si tratta di norme che potrebbero radicare, in linea di principio, entrambe le competenze¹⁰²; con la singolare possibilità di vedere attribuito al Garante per l'editoria il duplice ruolo di organismo dotato di poteri sanzionatori autonomi esercitabili di ufficio e, al contempo, di organo di iniziativa e consultivo rispetto ai provvedimenti dell'Autorità.

È intuibile cosa ne potrebbe presumibilmente conseguire, anche in termini di possibili conflitti fra le decisioni dell'uno o dell'altro organo, a seconda delle fattispecie ed a seconda del tipo di potere esercitato; tanto più ove si tenga conto che le norme, sia pure simili nel tenore letterale, possono presentare, in taluni casi, notevoli disomogeneità nella loro sfera applicativa, come si è già avuto modo di notare.

È perciò auspicabile che le due Autorità riescano a darsi quanto prima delle regole o quantomeno a definire delle aree di intervento consolidate; e su questa reciproca delimitazione potrebbe avere un rilevante peso il già ricordato doppio ruolo (attivo e consultivo) del Garante.

b) *Raccordi con altre forme di controllo.*

La competenza generale dell'Autorità garante, ai fini dell'osservanza delle norme sulla pubblicità ingannevole, sia pure esclusiva, come abbiamo detto, rispetto alle attribuzioni del Garante per l'editoria, non lo è in realtà completamente rispetto ad ogni fattispecie di mendacio pubblicitario.

L'art. 7.12, sia pure con una non felice formulazione (« *ove la pubblicità sia assentita con provvedimento amministrativo, preordinato alla verifica del carattere non ingannevole della stessa, la tutela dei concorrenti e consumatori ... è esperibile solo in via giurisdizionale con ricorso al giudice amministrativo avverso il predetto provvedimento* »), individua dei settori merceologici a cui il controllo dell'Autorità garante sul mendacio pubblicitario

¹⁰² Cfr. G. FLORIDIA, *La pubblicità ingannevole...*, cit., 26; E. AUTERI, *La nuova normativa...*, cit., 6.

non si può estendere; e ciò, appunto, laddove per detti settori esistono delle leggi speciali, che prevedano un controllo autorizzativo sul contenuto della pubblicità.

Parrebbe esclusa, ad esempio, dalla giurisdizione dell'Autorità la pubblicità riguardante alcuni settori merceologici tuttora soggetti ad autorizzazione amministrativa. Possiamo ricordare, a questo proposito, i messaggi pubblicitari che reclamizzano prodotti dietetici e per la prima infanzia (la relativa disciplina è contenuta nella legge 29 marzo 1951, n. 327 e nel successivo regolamento emanato con D.P.R. 30 maggio 1953, n. 578), che sono soggetti ad autorizzazione per garantire il consumatore contro l'uso di espressioni suscettibili di trarre in inganno circa le reali caratteristiche ed efficacia dei prodotti. Analogo richiamo può essere fatto rispetto alle c.d. « vendite a premio », per le quali l'art. 58 del D.L. 1933/1938 dispone il diniego dell'autorizzazione da parte del Ministero delle Finanze, ove la relativa incentivazione risulti lesiva della « pubblica fede ».

Tali fattispecie sembrano quindi esulare dal controllo dell'Autorità garante, la quale dovrebbe pertanto negare la propria competenza ad intervenire¹⁰³; d'altra parte, è opportuno segnalare che, per queste ipotesi, la norma parrebbe, per la prima volta, legittimare all'impugnazione giurisdizionale dei relativi provvedimenti autorizzativi soggetti (quali i consumatori, i concorrenti e le relative organizzazioni, tutti esplicitamente menzionati dalla stessa norma) sulla cui legittimazione avrebbe potuto in precedenza avanzarsi qualche obiezione¹⁰⁴.

Secondo taluno, la deroga dovrebbe valere anche per la pubblicità dei valori mobiliari disciplinata dall'art. 3 del recente D.Lgs. 25 gennaio 1992, n. 85, sopra richiamato¹⁰⁵; per la verità, tale normativa prescrive che i testi degli annunci pubblicitari debbano essere trasmessi preventivamente alla CONSOB, la quale è tenuta a eseguire un controllo di conformità di detti annunci pubblicitari ai criteri che la stessa è « chiamata » a redigere, « al fine di assicurare in ogni caso la trasparenza e la correttezza dell'informazione contenuta negli annunci nonché la conformità della stessa al contenuto del prospetto informativo

¹⁰³ La norma, ritenuta di non facile lettura da E. AUTERI (per il quale « non sarà facile individuare i casi rientranti con esattezza in questa ipotesi »: op. ult. cit., 5) ma anche da G. FLORIDIA (op. ult. cit., 27-28, il quale sottolinea soprattutto la difficoltà di stabilire quando il provvedimento amministrativo possa dirsi « preordinato anche alla verifica della non ingannevolezza »), potrà comportare non pochi problemi di coordinamento rispetto alla ordinaria procedura di denuncia all'Autorità del mercato isti-

tuita dal decreto in esame, anche tenendo conto che la proposizione di quest'ultima non è soggetta al rispetto di alcun termine, mentre l'impugnazione giurisdizionale dovrà avvenire nel consueto termine di decadenza per essa prescritto.

¹⁰⁴ E ciò proprio perché, prima della investitura normativa, tali soggetti avrebbero potuto essere ritenuti portatori di un interesse indifferenziato rispetto al provvedimento autorizzatorio.

¹⁰⁵ E. AUTERI, op. ult. cit., 5-6.

in modo che gli investitori non siano indotti in errore nel valutare i rischi inerenti l'operazione».

Espressamente la norma non tratta mai di un provvedimento autorizzativo in senso proprio; anzi, per la verità, in due passi si sofferma sul potere di divieto della CONSOB. Non risulta quindi chiaro se questo controllo, sicuramente preventivo ad opera della CONSOB, sfoci in una vera e propria autorizzazione, con la conseguente applicabilità dell'art. 7.12, D.Lgs. 74/92, ovvero si risolva nell'eventuale apposizione di un divieto, che lascerebbe quindi inalterata la competenza dell'Autorità del mercato.

Considerazioni simili si devono fare anche sulla disciplina delle « vendite straordinarie e di liquidazione » che, in base alla legge di riforma 19 marzo 1980, n. 80, sono soggette ad obbligo di comunicazione preventiva al Comune territorialmente competente, il quale può sì effettuare controlli in loco (anche per verificare che i consueti *slogans* vengano mostrati « *graficamente in modo non ingannevole per il consumatore* »: art. 9), ma non ha alcun potere autorizzatorio.

Vi è da aggiungere per completezza (o forse ovvia constatazione) che quegli stessi messaggi pubblicitari (sottratti alla competenza dell'Autorità sotto il profilo della ingannevolezza), ove diffusi per il mezzo della radio-televisione, sono ugualmente oggetto dei poteri sanzionatori relativi alla osservanza dei limiti e divieti di competenza del Garante per l'editoria.

c) *Cenno ai possibili conflitti di competenza amministrativa e giurisdizionale.*

Il problema dei conflitti di competenza ed a maggior ragione di quelli successivi, tra organi giurisdizionali, si pone con allarmante gravità rispetto alla difficile ricomposizione delle discipline in oggetto ed all'ancor più difficile ritaglio che è stato dato alle funzioni dei vari organi interessati al controllo. In questo senso ci si può anche sbizzarrire ad ipotizzare numerosi casi di conflitto amministrativo o giurisdizionale, che in virtù delle disposizioni in esame potranno crearsi sulla medesima fattispecie sostanziale.

Ulteriori interrogativi nascono, poi, dalla riserva del foro esclusivo per la concorrenza sleale *ex art. 2598 cod. civ.*, espressamente confermata all'art. 7.13, come si è già ricordato: non sembra che siano stati presi in adeguata considerazione possibili problemi di raccordo fra il giudicato amministrativo che potrà definire lo speciale procedimento in esame ed un eventuale accertamento *incidenter tantum* della legittimità degli atti dell'Autorità nell'ambito di un giudizio civile promosso tra imprese concorrenti sullo stesso oggetto. Si noti che tale ipotesi ricorrerà più frequentemente di quanto si possa pensare, perché le imprese, anche in presenza di una decisione dell'Autorità, che abbia ritenuto non ingannevole la pubblicità di un'impresa concorrente, riterranno presu-

mibilmente più spesso opportuno *by-passare* il giudizio amministrativo, agendo direttamente dinanzi al giudice civile, previa di applicazione del provvedimento emanato dall'Autorità garante.

Così, oltre a quello prospettato fra i Garanti in conseguenza dell'incerta delimitazione delle rispettive competenze sostanziali; oltre a quelli di altrettanto prevedibile insorgenza tra Autorità del mercato ed altri organi cui era già e — in mancanza di riordino — è tuttora riconosciuta (od è stata da poco riconosciuta) una funzione di controllo rispetto al mendacio pubblicitario; se ne possono per la verità richiamare molti altri e di molto complessa risoluzione, quali appunto: i conflitti sopra ipotizzati tra Autorità e giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva sulle decisioni di quest'ultimo, da un lato, e l'A.G.O., adita in sede di foro esclusivo per la concorrenza sleale, dall'altro; ed ancora i conflitti di giurisdizione tra il giudice amministrativo chiamato a pronunciarsi contro il provvedimento amministrativo (di autorizzazione della pubblicità soggetta a tale preventiva autorizzazione) e l'A.G.O. chiamata a pronunciarsi nel giudizio di concorrenza sleale; oppure ancora i conflitti tra i giudicati dello stesso giudice amministrativo, l'uno riferito ai provvedimenti dell'Autorità del mercato e l'altro relativo ai provvedimenti autorizzatori della pubblicità soggetti a tale regime; ed infine, sempre tra il giudicato amministrativo *ex art. 7.11 del D.Lgs. 74/92* e quello del giudice amministrativo o ordinario competente, secondo l'art. 31 della legge 223/90, a giudicare delle sanzioni irrogate dal Garante in relazione alle stesse fattispecie sostanziali previste nelle due discipline.

Si noti, concludendo sul punto, che le occasioni di contrasto fra Autorità amministrative e giurisdizionali sono tali e tante da far temere che il sistema, al di là della insorgenza di singoli conflitti positivi o negativi, sia purtroppo destinato ad offrire ad operatori, aziende, *media* ed utenti, uno strumento gravemente contraddittorio, incerto e fuorviante: in una parola, inaffidabile.

d) *Rapporti con l'autodisciplina.*

Un'ultima considerazione riguarda infine i rapporti che l'art. 8 del D.Lgs. ha espressamente previsto con il sistema di autodisciplina.

La formulazione della norma appare per la verità assai felice¹⁰⁶, in quanto lascia libera la facoltà alle parti di poter concordare il ricorso volontario agli organismi di disciplina con una sorta di « *pactum de non petendo* » ed addirittura prevede la eventuale possibilità di sospensione dell'attività dell'Autorità garante, per un periodo di 30 giorni, ove sia iniziato il procedimento di autodisciplina.

¹⁰⁶ Un giudizio estremamente positivo è espresso anche da FLORIDIA, op. ult. cit., 19.

Questo richiamo all'attività dell'autodisciplina pubblicitaria appare singolarmente emblematico; alla fine di tutto quanto qui esposto si ha l'impressione che la organicità, competenza e sistematicità della disciplina sostanziale, così come la comprovata efficacia e rapidità dei procedimenti davanti al Giurì, insieme alla sua indiscussa e specifica competenza, contribuiscano a rendere rinnovata autorevolezza al Giurì medesimo a fronte degli incerti, disorganici contorni delle varie competenze statuali e dei prevedibili conflitti che ne deriveranno in sede procedimentale.

Non è perciò difficile ipotizzare che, fin quando gli istituti e gli strumenti di controllo statale non avranno trovato un assetto chiaro e definitivo, l'ordinamento volontario potrà svolgere ancora importanti funzioni vicarie di quelle statuali.

Eppure devono essere chiari i limiti e le differenti finalità dell'uno e dell'altro ordinamento; il ricorso al Giurì non è, come si è in un primo momento indotti a credere, uno strumento arbitrale di deroga alla giurisdizione italiana¹⁰⁷.

Si tratta invece di un procedimento che trae titolo dall'autonomia negoziale ed insieme svolge una funzione di garanzia delle sole regole su base volontaria che si è imposto; non può pertanto sovrapporsi od escludere le norme sostanziali e quelle procedimentali stabilite dalle leggi statali.

Può peraltro contribuire a dare dei risultati apprezzabili rispetto all'esito sostanziale della controversia ove i due ordinamenti — quello statale e quello volontaristico del C.A.P. — risultino coincidenti; fermo restando, però, che le pronunzie del Giurì, al di là del loro significato di pur autorevoli precedenti, non possono vincolare né in senso positivo né in senso negativo le decisioni dell'Autorità del mercato ed a maggior ragione quelle del Garante (con cui manca ogni raccordo)¹⁰⁸.

Così che, anche in questa materia, si possono ipotizzare casi non infrequenti di contrasti fra giudicati; non certo però conflitti in senso tecnico.

5. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.

Si ricorda che nella introduzione ad un importante Convegno su « *La pubblicità ed il sistema dell'informazione* », svoltosi una de-

¹⁰⁷ Sulla qualificazione dei giudizi autodisciplinari come arbitrati rituali, cfr. G. SENA, *Il sistema dell'autodisciplina pubblicitaria*, in *Riv. dir. ind.*, 1988, I, 188 ss.; su diverse posizioni G. FLORIDIA, *La pubblicità ingannevole...*, cit., 19-20, per il quale « il fenomeno dell'autodisciplina italiana è del tutto estraneo a qualsiasi forma di risoluzione arbitrale delle controversie pubbli-

citarie e meno che mai è configurabile come un sistema contenzioso inserito nell'ordinamento dello Stato », costituendo invece « un ordinamento autonomo ed indipendente, il cui unico collegamento rispetto all'ordinamento dello Stato è quello di essere emanazione del potere di autonomia negoziale ».

¹⁰⁸ Sostanzialmente in questo senso anche G. FLORIDIA, op. ult. cit., 24.

cina di anni fa¹⁰⁹, con riferimento allo specifico tema del contenuto dei messaggi pubblicitari vennero segnalati quali aspetti di maggior momento:

« a) il riconoscimento al consumatore della titolarità di una posizione soggettiva tutelabile sul piano processuale, sia individualmente sia collettivamente;

« b) la definizione di ciò che si intende per pubblicità menzognera o ingannevole (a cui vanno aggiunte le varie forme di pubblicità mascherata);

« c) la definizione di obblighi informativi nella predisposizione del messaggio pubblicitario (ivi incluso l'aspetto relativo alla pubblicità comparativa);

« d) l'imposizione di limiti quantitativi e di limiti relativi alle modalità di presentazione del messaggio;

« e) la previsione di divieti con riferimento a certi prodotti, per motivi legati alla difesa di interessi costituzionalmente rilevanti »¹¹⁰.

Non vi è dubbio che taluni importanti passi nelle direzioni a suo tempo indicate (particolarmente per quanto attiene ai profili contenutistici di cui ai punti b), c), d), e)) siano stati compiuti, specie in considerazione del « combinato disposto » delle due (più recenti) discipline applicabili ai messaggi radiotelevisivi. Intendiamo riferirci soprattutto alla definizione di pubblicità ingannevole, alla apposizione di limiti non solo contenutistici, ma anche relativi a modalità (scorrette) di presentazione dei messaggi pubblicitari, all'imposizione di obblighi informativi in positivo; ed ancora alla enucleazione di limiti che travalicano il « mendacio » ed il semplice profilo « economico » del rapporto di consumo, per assicurare tutela a primari interessi della persona coinvolti dal fenomeno pubblicitario.

Probabilmente di qui a poco, grazie anche all'impulso della Comunità, tale disciplina si arricchirà con la regolamentazione della pubblicità comparativa e forse anche della pubblicità sleale.

È anche prevedibile che nel prossimo futuro vengano emanate — come era disposto alle lettere f) e g) dell'art. 41 della legge comunitaria '90, ormai scaduta — nuove norme per il riordino e/o per una nuova regolamentazione di particolari settori merceologici e di vendita.

È indubbio, però, che in assenza di un disegno organico e di un maggior grado di sensibilità normativa, le disposizioni vigenti come quelle future continueranno a stratificarsi, senza poter espri-

¹⁰⁹ Si tratta del Convegno del novembre 1981, organizzato dall'Istituto di Diritto Pubblico dell'Università di Firenze e dalla Regione Toscana, i cui Atti sono pubblicati nel già cit. AA.Vv., *La pubblicità e il sistema dell'informazione*, a cura di P.

BARILE e P. CARETTI.

¹¹⁰ Così P. BARILE, P. CARETTI, E. CHELI, U. DE SIERVO, R. ZACCARIA, *Introduzione* a AA.Vv., *La pubblicità e il sistema...*, cit., 17-18.

mere una disciplina sistematica del fenomeno pubblicitario, capace di dare un quadro di riferimento certo e comune a tutte le fattispecie, così come di fornire risposte operative differenziate rispetto alle diverse esigenze dei *media* e dei settori merceologici.

Questo, appunto, ci pare debba essere l'obiettivo primario di un qualsiasi ulteriore intervento in materia; non ci si deve preoccupare tanto di aggiungere nuovi limiti e divieti, quanto di razionalizzare quelli esistenti, eliminando quelle lacune, incongruenze, discriminazioni e sovrapposizioni che rendono per ciò stessa incompleta ed equivoca la relativa disciplina.

Tale obiettivo, del resto, non sembra comportare la necessità di grandi riforme, ma solo di una modesta, sia pure attenta, opera di riflessione e ridefinizione delle rispettive sfere di efficacia dei singoli precetti contenuti nelle varie discipline in esame.

È invece ancora largamente insoddisfacente il riconoscimento che è stato dato alla posizione del consumatore; e ciò proprio perché, in un'ottica « consumeristica » molto tradizionale, non si sono voluti (o potuti) ricomporre i vari interessi da tutelare nella complessiva posizione di sintesi dell'« *utente-consumatore* »; che, in effetti, emerge dalla vigente legislazione in modo frammentario e confuso.

Si assiste, così, nella disciplina del mezzo radio-televisivo, al riconoscimento di interessi e valori di natura chiaramente extraeconomica, direttamente in capo agli utenti, senza però che a tale riconoscimento segua la diretta azionabilità di idonei strumenti di tutela (essendo unicamente il Garante per la radiodiffusione il titolare del potere di reazione previsto dall'ordinamento).

Nella disciplina generale della pubblicità ingannevole, invece, il rilievo conferito al danno patrimoniale, derivante dal rapporto di consumo, sembra singolarmente voler condizionare la tutela di quegli stessi valori ed interessi extraeconomici alla ricorrenza di un pregiudizio economico connesso al rapporto di consumo (visto che il potere di adire direttamente l'Autorità garante sembra essere stato riconosciuto ai « *consumatori* » ed alle loro associazioni — ma non al « *pubblico* » — anche nei casi in cui il messaggio ingannevole sia offensivo di interessi riconducibili alla persona).

Lo iato e la contraddizione del quadro normativo sta forse in questa sorta di incomunicabilità tra i due piani di disciplina: nella regolamentazione dei mezzi di comunicazione non si ha difficoltà a riconoscere la potenzialità offensiva delle comunicazioni pubblicitarie in sé rispetto agli interessi dei destinatari; nella regolamentazione dell'attività pubblicitaria il pericolo di lesione, invece, viene riconosciuto solo in funzione del sottostante rapporto di consumo.

D'altra parte, l'impostazione amministrativa del regime della pubblicità (radiotelevisiva e non) ha indotto il legislatore a far ricorso sempre più massiccio a strumenti di controllo pubblicistico successivo, spesso anche preventivo, se non, in certi casi, perfino autorizzatorio.

Appare allora complessivamente contraddittorio invocare il rilievo costituzionale di valori e principi, quali quelli sopra ricordati (dignità, salute, sicurezza, libertà di convinzioni religiose e morali, tutela del risparmio e dell'autodeterminazione negoziale, etc.), al fine di giustificare limiti e controlli così penetranti (e talvolta di dubbia legittimità) alla libertà di comunicazione d'impresa, quando i soggetti, cui detti valori sono immediatamente riferibili, non siano comunque posti in grado di sollecitare e sindacare, anche giudizialmente, il corretto esercizio di tali poteri a difesa dei propri interessi.

Con queste premesse, non è difficile prevedere quali esiti operativi potrà dare il sistema prefigurato.

Già la scelta del modello organizzativo-procedimentale incentrato su organi amministrativi, sia pure di non sospetta indipendenza, comporta l'esclusione di ogni possibilità di diretta tutela giurisdizionale, negando *a priori* la configurabilità di diritti soggettivi in materia.

Già la tendenza centripeta, seguita in entrambe le discipline, a favore di un organismo con competenza estesa a tutto il territorio nazionale, rende improbabile un'efficiente e capillare azione di controllo della pubblicità rispetto a mezzi di diffusione di tipo locale ed a forme pubblicitarie « minori »¹¹¹.

Né, d'altra parte, questa opzione a favore di un controllo accentrato nelle Autorità garanti sembra essere stata accompagnata, come era nelle aspettative, da una maggior apertura in termini di accesso; in realtà, per quanto riguarda la procedura dinanzi all'Autorità del mercato, la logica sembra piuttosto quella di filtrare e selezionare l'esercizio del potere di azione di quelle « *persone ed organizzazioni* »¹¹², cui comunque tale potere doveva essere riconosciuto.

In questo contesto, incentrare l'attenzione sul rapporto di consumo significherebbe ridurre notevolmente la cerchia dei soggetti legittimati a dare impulso alla procedura amministrativa, a meno di ipotizzare la farsa di un rapporto di consumo posto in essere strumentalmente dal singolo al solo fine di procurarsi la « prova d'acquisto » necessaria a radicare la propria legittimazione in tal senso.

C'è quindi da augurarsi che nell'applicazione della disciplina in esame venga superata quella impostazione politico-legislativa, apparentemente tesa a favorire una selezione del contenzioso attraverso la ricordata discriminazione tra utenti (il « *pubblico* ») e « *consumatori* ». (Selezione, per la verità, poco giustificata anche

¹¹¹ Cfr. sul punto le critiche avanzate, in sede di parere sullo schema del D.Lgs. 74/1992, in seno alla X Commissione della Camera: *Atti Camera dei Deputati*, seduta

del 20 dicembre 1991, 59.

¹¹² Cfr. art. 4, par. 1, direttiva 84/450/CEE.

in un clima di diffidenza nei confronti del « *disturbatore pubblicitario* »¹¹³, visto che, per contro, nessun particolare requisito di rappresentatività è stato fissato, come abbiamo già avuto modo di dire, per le associazioni dei consumatori).

Vale, inoltre, la pena di ricordare che ben diverse sono state le scelte del legislatore, ad esempio, in tema di concentrazioni editoriali, ove si è espressamente ammessa l'azione popolare (art. 4, legge 416/1981)¹¹⁴, proprio perché si è ritenuto che un controllo diffuso potesse costituire la miglior forma di garanzia di rispetto dei limiti legislativi.

È perciò auspicabile che la giurisprudenza dell'Autorità, prima, e del Giudice amministrativo, poi, vogliano ricorrere il meno possibile a questa, oltretutto impossibile, distinzione tra utente e consumatore, per filtrare le istanze di giustizia; accogliendo una definizione di consumatore di portata analoga a quella prevista dal Codice di Autodisciplina Pubblicitaria (« *ogni persona a cui è indirizzato il messaggio pubblicitario* » o che comunque « *sia suscettibile di riceverlo* »)¹¹⁵.

Un'opera di adeguamento in questo senso ci parrebbe del resto pienamente legittimata, proprio assumendo le disposizioni delle direttive comunitarie quale parametro di interpretazione del diritto interno, ed in particolare delle leggi di attuazione¹¹⁶, allo scopo di assicurare loro l'effettivo conseguimento del risultato contemplato dall'art. 189, comma 3, del Trattato¹¹⁷.

¹¹³ L'espressione è di A. VANZETTI (*Il disegno di legge sulla pubblicità ingannevole: un infortunio sotto il profilo della tecnica legislativa*, in AA.VV., *Quale legge per la pubblicità*, SACIS, Roma, 1985, 38), il quale paventa il rischio di istituzionalizzare — accordando un potere di azione al singolo consumatore — la figura del « *disturbatore pubblicitario* », in analogia con i c.d. disturbatori di assemblea che affliggono le società commerciali; cfr. le analoghe, già ricordate, considerazioni in G. FLORIDIA, *La pubblicità ingannevole...*, cit., 16.

¹¹⁴ Sull'azione popolare introdotta, in tema di concentrazioni nella stampa quotidiana, dall'art. 4 della legge 5 agosto 1981, n. 416, si rinvia a A. GENTILI, in *Disciplina delle imprese editrici e providenze...*, cit., sub art. 4, 507 ss.

¹¹⁵ Cfr. ancora l'art. 2 C.A.P.

¹¹⁶ Ricordiamo che, secondo il principio fissato nella decisione *Van Kolson e Kamman* della Corte di Giustizia CEE (sent. 10 aprile 1984, causa 14/83, *Raccolta* 1984, 1891 ss.), spetta al giudice nazionale « *dare alla legge adottata per l'attuazione della direttiva, in tutti i casi in cui il diritto nazionale gli attribuisce un margine discrezionale, un'interpretazione ed un'applicazione conformi alle esigenze del*

diritto comunitario ». Su tale tematica si rinvia a R. BARATTA, *Inopponibilità ai singoli di direttive non tempestivamente attuate e loro rilevanza nell'interpretazione del diritto nazionale*, in *Giust. civ.* 1989, I, 5 ss., ove riferimenti.

¹¹⁷ Il richiamo a possibili « *effetti diretti* » delle discipline comunitarie sopra indicate (certamente invocabili per integrare o correggere la disciplina sostanziale di diritto interno in materia pubblicitaria, laddove questa non risulti pienamente conforme a precise prescrizioni CEE) potrebbe invece apparire una forzatura rispetto a questi temi concernenti la legittimazione, tenuto conto che l'art. 4, par. 1, della direttiva 84/450/CEE lascia pur sempre al legislatore nazionale ampia discrezionalità di configurare ed individuare le posizioni giuridiche soggettive meritevoli di riconoscimento e di tutela rispetto alla pubblicità ingannevole.

Sulla « *efficacia diretta* » delle disposizioni di direttive CEE « *sufficientemente chiare, precise, incondizionate* », rispetto alle autorità giurisdizionali ed amministrative degli Stati membri, cfr. da ultimo Corte Giust. CEE, sent. 22 giugno 1989, causa 103/88, in *Foro it.* 1991, IV, 129, con ampia nota di A. BARONE, *L'efficacia diretta delle direttive CEE nella giurisprudenza*

In tale prospettiva si deve ricordare che, nel contesto della direttiva 84/450/CEE, il riferimento alla garanzia degli interessi sia del « *consumatore* » sia del « *pubblico in generale* »¹¹⁸ (da non confondere con « *l'interesse generale* », cui pure la direttiva fa riferimento¹¹⁹) testimonia chiaramente la volontà di parificare, a questi fini, le due posizioni (utente dei *media* e futuro acquirente) e di enucleare un comune interesse alla repressione della pubblicità ingannevole, che prescinde dalla circostanza della effettiva induzione del destinatario al compimento di futuri atti di consumo altrimenti non voluti. Volontà comprovata, d'altra parte, dalla (già ricordata) prescrizione agli Stati membri di approntare forme di tutela inibitoria nei confronti del mendacio pubblicitario anche in difetto di prova « *in merito alla perdita o al danno effettivamente subito* »¹²⁰.

Questa tendenza alla sostanziale unificazione, sotto il profilo del riconoscimento e della tutela, della posizione degli utenti dei *media* e dei consumatori nell'accezione tradizionale, si riscontra anche nella direttiva 89/552/CEE, nella quale — come si è detto — espressamente si qualificano i telespettatori come « *categoria di consumatori* »¹²¹; con ciò accogliendosi una nozione dilatata di « *consumatore* », che abbraccia ogni persona destinataria di messaggi pubblicitari quale potenziale consumatore.

Sarà dunque sufficiente riconoscere, in sede di applicazione della disciplina, che il pregiudizio riferibile alla pubblicità decettiva non deve essere necessariamente attuale e che non deve avere rilevanza soltanto patrimoniale; ma che esso ricomprende ogni aspetto comunque incidente sulla libertà di auto-determinazione del soggetto rispetto alla sua sfera economico-negoziale; il che, del resto, si evince anche dal 3° Considerando della direttiva 84/450/CEE più volte citata, secondo cui la sollecitazione pubblicitaria ingannevole, « *indipendentemente dal fatto che essa porti o no alla conclusione di un contratto, influisce sulla situazione economica dei consumatori* ».

della Corte di Giustizia e della Corte Costituzionale. Per un inquadramento generale della tematica, cfr. anche L. SBOLCI, *L'applicabilità immediata delle direttive comunitarie e l'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. internaz.* 1977, 17.

¹¹⁸ Cfr. artt. 1, 4 par. 1 e 7 della direttiva 84/450/CEE.

¹¹⁹ Cfr. art. 4 par. 2, direttiva cit., ove

si richiede che gli Stati membri — nel definire i poteri delle autorità giudiziarie e amministrative in materia — tengano conto dell'« *interesse generale* », accanto a « *tutti gli interessi in causa* ».

¹²⁰ Cfr. ancora art. 4 par. 2, direttiva cit..

¹²¹ Cfr. ancora direttiva 89/552/CEE, 27° Considerando.