

GUIDO ALPA-CARLO ROSSELLO

**PRIME NOTE SULLA ATTUAZIONE
DELLA DIRETTIVA COMUNITARIA
IN MATERIA DI PUBBLICITÀ
INGANNEVOLE
(D.LGS. 25 GENNAIO 1992, N. 74).**

SOMMARIO 1. L'esperienza italiana anteriore alla attuazione della direttiva. — 2. Pubblicità e concorrenza sleale. — 3. Pubblicità e disciplina penale. — 4. Pubblicità e disciplina delle radio-diffusioni. — 5. La direttiva comunitaria. — 6. L'attuazione della direttiva. — 7. Le tecniche di tutela. — 8. Il rapporto con il sistema di autodisciplina.

**I. L'ESPERIENZA ITALIANA ANTERIORE ALLA
ATTUAZIONE DELLA DIRETTIVA.**

L'esperienza italiana, nella quale si riflettono atteggiamenti e tendenze riscontrabili, a pari titolo, anche in altri ordinamenti europei e di *common law*, si è evoluta secondo alcune fondamentali direttrici:

a) Il controllo sulla *reclame* si è svolto su singoli atti (*rectius*, messaggi) piuttosto che sull'attività pubblicitaria nel suo complesso, sì che la valutazione della opportunità, legittimità, lealtà della *reclame* si è sempre circoscritta al singolo, contingente messaggio: ne viene quindi sacrificata la prospettiva globale nella quale occorre invece organizzare il controllo.

b) Muovendo dal presupposto che la pubblicità informa, il controllo si è quasi sempre attuato in modo da verificare, secondo il « principio di verità », la corrispondenza dei messaggi alla realtà dei prodotti. Di qui lo sviluppo di tendenze giurisprudenziali e legislative intese a reprimere la pubblicità ingannevole, rivolta cioè a trarre in errore il consumatore; tendenze destinate pertanto a controllare solo una parte (peraltro assai ridotta) dei messaggi pubblicitari; mentre, come è noto, i messaggi persuadono all'acquisto senza informare, ed accreditano — in forme esteticamente sempre più perfezionate — l'immagine di una società nella quale promozione sociale e propensione al consumo sono elette a obiettivo fondamentale di ogni individuo.

c) Il controllo si è organizzato con strumenti inidonei allo scopo, e comunque destinati a tutelare interessi diversi da quelli primari dei consumatori, come accade, ad esempio, con l'impiego delle norme sulla concorrenza sleale.

La repressione penale della pubblicità commerciale non sempre può sortire gli effetti sperati: essa è destinata ad essere attuata in casi assai gravi, nei quali è possibile ravvisare gli estremi di un reato; non sempre la sanzione repressiva si rivela efficace; in molte ipotesi, infatti, la sanzione è oblationabile.

d) I controlli e i divieti sono stati sporadici: v. ad es. il divieto di attività pubblicitaria per i prodotti da fumo (legge 10 aprile 1962, n. 165), o per le vendite a premio non autorizzate (art. 124 del d.l. 19 ottobre 1930, n. 1933).

Vi sono altresì controlli amministrativi che si attuano mediante la censura preventiva. In alcuni settori merceologici: medicinali, acque minerali, prodotti medico-chirurgici (r.d. 27 luglio 1934, n. 1265, art. 201); prodotti dietetici (legge 20 marzo 1951, n. 327); pubblicità turistica e alberghiera (r.d.l. 23 novembre 1936, n. 2523, art. 16; r.d. 24 ottobre 1935, n. 2049, art. 11). È vietata inoltre la diffusione di comunicazioni pubblicitarie ingannevoli in materia di prodotti alimentari e agrari (legge 30 aprile 1962, n. 283, art. 13, e 26 febbraio 1963, n. 441). Si pensi ancora alle regole deontologiche che riguardano la pubblicità di servizi professionali per le professioni legali; e finalmente, alla disciplina della pubblicità radio televisiva (art. 8 legge n. 223 del 1990).

e) Si è fatto altresì impiego delle norme del codice civile e del codice penale. Per il cod. civ., se si eccettua la proposta di ricorrere alla disciplina del dolo incidentale, dell'errore, o della reticenza, si è fatto soprattutto ricorso all'art. 2598, in materia di concorrenza sleale¹.

2. PUBBLICITÀ E CONCORRENZA SLEALE.

A questo proposito, gli interessi tutelati direttamente sono quelli degli imprenditori, e tutta la disciplina è orientata ad assicurare agli operatori economici il libero gioco delle forze del mercato, secondo criteri di lealtà e di correttezza qui intesa nel senso di correttezza professionale.

Vi sono atti o attività di per sè non dannosi per i consumatori, che possono risultare tali se riferiti invece ai rapporti concorrenziali tra imprenditori. Vi sono atti o attività dannosi per i consumatori che non risultano tali nella disciplina della concorrenza, come accade per la pubblicità superlativa.

¹ V. ALPA, *Diritto privato dei consumi*, Bologna, 1986.

Nel primo caso, è divenuto ormai un assioma, non giustificato da norme di legge, ma piuttosto da una ricorrente giurisprudenza troppo attenta alla tutela degli interessi imprenditoriali, il divieto della *pubblicità comparativa*, con la quale il produttore diffonde messaggi intesi a proporre un raffronto tra i propri prodotti e quelli immessi sul mercato dai concorrenti, al fine di esaltare le qualità dei primi a danno dei secondi. Nel sistema giurisprudenziale, in assenza di regole *ad hoc*, la *rèclame comparativa* non assume rilievo al di fuori dell'effetto di discredito commerciale a danno dei prodotti o servizi sfavoriti dal confronto, e quindi come fattispecie di concorrenza sleale per denigrazione².

Se le notizie diffuse fossero vere, non si potrebbe sostenere che la pubblicità comparativa « confonde » i consumatori, come si suole ripetere per giustificare il divieto. E tuttavia, la giurisprudenza ritiene che la pubblicità comparativa sia sempre contraria ai principi della correttezza professionale e idonea a creare confusione e a promuovere atti denigratori del produttore, anche se le notizie comunicate al pubblico sono vere³.

Il confronto è invece ammesso, e la diffusione dei risultati appare lecita, se è operato non tanto da imprese produttrici, quanto da liberi professionisti, o da istituti di ricerca, e la comparazione è compiuta su basi scientifiche. Si tratta, in altri termini, di tecniche di *Warentest* che, se effettuate non dal produttore cui profitta la comparazione, ma da soggetti estranei alla competizione, sono ritenute lecite. Tuttavia, se non sussistono le circostanze accennate, anche i *warentest* diventano illeciti, in quanto configurano atti di concorrenza sleale.

Sempre a proposito di pubblicità comparativa, è stato notato come il sistema di autodisciplina diverga sensibilmente da quello legislativo. Infatti, nel prevedere espressamente l'ipotesi della comparazione indiretta, l'art. 15 del codice di autodisciplina pubblicitaria (qui di seguito, per brevità, c.a.p.) da un lato assegna una qualificazione di illiceità che prescinde dal discredito arrecato al concorrente. Dall'al-

² Cfr. in dottrina FLORIDIA, *Comparazione e informazione*, in *Riv. dir. ind.*, 1985, I, p. 32; GUGLIEMMETTI, *La pubblicità comparativa e la proposta di direttiva comunitaria*, in *Riv. dir. ind.*, 1979, I, p. 343; di recente v. anche V. ZENO-ZENCOVICH e M. ASSUMMA, *Pubblicità e sponsorizzazioni*, Padova, 1991, specie p. 39 ss. Fra le pronunce più significative cfr. Trib. Milano 14 gennaio 1985, in *Giur. dir. ind.*, 1986, 160; Cass. 3 agosto 1987, n. 6682; Trib. Milano 18 settembre 1983, in *Resp. civ.*, 1983, 804 con nota di SPOLIDORO.

³ Si v. già G. GHIDINI, *Introduzione allo studio della pubblicità commerciale*, Milano, 1968, e in precedenza ID., *La legittimazione ad agire per concorrenza sleale delle associazioni dei consumatori in Germania*, in *Riv. dir. ind.*, 1965, I, p. 281; P.G. JAEGER, *Valutazione comparativa di interessi e concorrenza sleale*, in *Riv. dir. ind.*, 1970, I, p. 21. La comparazione viene giustificata solo in situazioni di « paragone necessario » nelle quali essa rappresenta il solo mezzo per offrire al consumatore un obiettivo confronto fra i prodotti concorrenti (v. allora la giurisprudenza citata alla nota successiva).

tro lato, tuttavia, esso consente la comparazione indiretta finalizzata alla illustrazione delle caratteristiche effettive e dei vantaggi reali dei prodotti reclamizzati, allo scopo di fornire al consumatore di compiere scelte razionalmente fondate, ed ai produttori di valorizzare, con vantaggio generale, gli sforzi di miglioramento e differenziazione dei prodotti e dei servizi⁴.

Anche la *pubblicità superlativa* è considerata atto di concorrenza sleale, come tale suscettibile di sanzione. Nel valutare la liceità del messaggio pubblicitario superlativo, la giurisprudenza mostra peraltro di adottare modelli meno rigorosi di quelli riservati alla pubblicità comparativa.

Una generica affermazione di « superiorità » di un prodotto rispetto a tutti gli altri del medesimo tipo esistenti in commercio non si considera di per sé vietata. Occorre che l'atto si risolva in una vera e propria tecnica specifica di denigrazione, dal momento che la generica vanteria è ormai correntemente intesa come semplice elogio delle qualità del prodotto, senza che il pubblico possa seriamente intendere come veritiere le affermazioni contenute in messaggi di tal genere⁵. Presentare il proprio prodotto con aggettivazioni che lo definiscano il migliore o il vero degno del nome con cui è contrassegnato nel linguaggio comune, costituisce una semplice vanteria, e non un riferimento a quelli consimili.

Tali confronti, per poter produrre discredito, dovrebbero riscuotere nella cerchia della possibile clientela un minimo di attendibilità. Si ritiene, proprio per l'evidente esagerazione che frasi di quel tipo denunciano, che tali conseguenze non si possano verificare. In altri termini, la giurisprudenza è orientata a ritenere che il pubblico sia ormai consapevole che, in casi siffatti, ha di fronte una mera vanteria, e come tale la considera, senza farne discendere alcun giudizio sfavorevole nei confronti degli altri produttori⁶.

Nel sistema dell'autodisciplina, la pubblicità iperbolica trova sanzione nelle ipotesi in cui rientri nella previsione di comparazione indiretta non giustificata (art. 15 c.a.p.), ovvero quando ricada, per la

⁴ Cfr. Giuri Cod. Aut. Pubb. 29 giugno 1988, n. 73, in L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Giurisprudenza pubblicitaria*, vol. III, Milano, 1989, p. 105; *id.*, 30 gennaio 1984, n. 4, in *Foro it.*, 1984, I, 1140 e in *Riv. dir. ind.*, 1984, II, p. 111. Nello stesso senso, fra le recenti pronunce giudiziarie, si è espressa Trib. Torino 21 marzo 1983, in *Giur. dir. ind.*, 1983, p. 527, che ha giustificato la comparazione nell'ipotesi cui si renda necessario met-

tere a confronto un prodotto nuovo per illustrarne le caratteristiche rispetto ad un prodotto preesistente rispetto al quale esistesse una situazione di monopolio o oligopolio, riferendosi direttamente in motivazione ai principi di cui all'art. 41 della Costituzione.

⁵ Cfr. in termini Pret. Catania 23 febbraio 1987, in *Giur. dir. ind.*, 1987, p. 377.

⁶ App. Milano 10 ottobre 1969, in *Giur. it.*, 1970, I, 2, 1.

rivendicazione di un primato di fatto inesistente, nella nozione di comparazione decettiva, come tale ricompresa nella nozione di pubblicità ingannevole di cui all'art. 2 del c.a.p.⁷.

La veridicità dei fatti affermati, in materia di comparazione, o di *rèclame* superlativa, di per sé non esclude il controllo sulla liceità del messaggio: è costante insegnamento della giurisprudenza, che la « concorrenza sleale per denigrazione non richiede come presupposto indispensabile la falsità dei fatti affermati o degli apprezzamenti compiuti, poichè può costituire illecito non conforme alla correttezza professionale anche la divulgazione di circostanze o notizie vere, qualora sia fatta in modo tendenzioso, subdolo o comunque scorretto, così da produrre discredito per i prodotti o l'attività di un imprenditore concorrente ».

Analogo orientamento è seguito dalla giurisprudenza anche in materia di *pubblicità menzognera*, in ordine alla quale è necessario apprezzare la « falsità » della comunicazione. In dottrina si è osservato che il termine « falsità » debba essere inteso nella sua accezione più lata: è vietata infatti la diffusione di notizie e apprezzamenti « falsi » non solo in senso stretto, ma anche in senso lato⁸.

Tale falsità « in senso ampio » ricorre ogni qualvolta, pur essendo veri tutti i fatti esposti, la notizia è tale da ingenerare nel pubblico un falso giudizio, come quando si riferiscono fatti veri, sfavorevoli al prodotto, ma se ne tacciono altri, la cui conoscenza è necessaria per un'esatta valutazione, o come quando il fatto è vero, ma è esposto, presentato o commentato in modo tale da ingenerare un giudizio falso. È lecita pertanto solo la diffusione che consente al pubblico un giudizio esatto⁹.

La falsità di solito si riscontra nei casi in cui la specifica allegazione di notizie inesatte si traduce in un apprezzamento riferito soggettivamente al produttore di un articolo in concorrenza con quelli fab-

⁷ Per tutte cfr. Giurì Cod. Aut. Pubb. 29 gennaio 1988, n. 2, in *Foro it.*, 1988, I, 2443 con nota di TROIANO; *id.*, 2 novembre 1987, n. 120, *ibidem*; *id.*, 15 dicembre 1987, n. 119, in *Riv. dir. ind.*, 1988, II, p. 341 con nota di G. TASSONI.

⁸ I contributi fondamentali in materia sono quelli di VANZETTI, *La repressione della pubblicità menzognera*, in *Riv. dir. civ.*, 1964, I, p. 584 ss.; G. GHIDINI, *La réclame menzognera come atto di concorrenza sleale*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, I, p. 406; FUSI, *Osservazioni in tema di pubblicità ingannevole*, in

AA.Vv., *Problemi attuali del diritto industriale*. Più di recente, per un quadro di sintesi, v. FLORIDIA, *La repressione della pubblicità menzognera: vent'anni dopo*, in *Quadri-mestre*, 1986, p. 69; si cfr. inoltre V. FRANCESCHELLI *Pubblicità ingannevole e culpa in contrahendo*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, II, p. 268 ss.; V. ZENO-ZENCOVICH e M. ASSUMMA, *Pubblicità e sponsorizzazione*, cit., p. 46 ss.

⁹ Le pronunce in questo senso sono numerose: v. G. GHIDINI, *La concorrenza sleale*, Torino, 1982, p. 263 ss.; V. ZENO-ZENCOVICH e M. ASSUMMA, *opp. e locc. ultt. citt.*

bricati da chi ha diffuso i messaggi inesatti. In altri termini, dall'esame della casistica sembra emergere l'orientamento secondo il quale la diffusione di notizie inesatte non è tanto rilevante sul piano oggettivo, quanto piuttosto qualora risulti idonea a creare discredito sui concorrenti¹⁰. Si ottiene così una nuova conferma della tesi che intravede nelle norme sulla concorrenza sleale solo un corpo di regole intese a tutelare in modo diretto ed esclusivo gli interessi degli imprenditori concorrenti.

Quanto ai *criteri di valutazione della veridicità e della idoneità decettiva* dei messaggi, la giurisprudenza solitamente fa impiego del parametro dell'uomo medio, o di normale diligenza. Quest'ultimo, in quanto destinatario dei *claims*, deve saper vagliare, con la sua cultura, con le proprie cognizioni tecniche, con la sua sensibilità, la falsità dei messaggi, o la loro idoneità a creare confusione. In giurisprudenza di precisa che « in concreto, la idoneità dell'atto di propaganda menzognera a trarre in inganno il consumatore va desunta dalla forza suggestiva del messaggio nel suo complesso, piuttosto che nelle sue singole parti, avuto riguardo al presumibile impegno critico che il consumatore di media diligenza ed avvedutezza può dedicare alla sua interpretazione e verifica delle circostanze in cui si determina all'acquisto del prodotto »¹¹.

L'impiego di questo criterio è stato criticato da quanti ritengono che in materia di controlli di pubblicità commerciale non sia possibile adottare un metro uniforme di valutazione, ma sia piuttosto necessario fare riferimento alle circostanze di specie.

Anche per quanto concerne la pubblicità decettiva, va poi precisato che alla disciplina legislativa (*ex art. 2598 cod. civ.*) e giurisprudenziale si è affiancata la autodisciplina, caratterizzata, nella previsione dell'art. 2 c.a.p. (*pubblicità ingannevole*), da una maggiore attenzione per l'interesse del consumatore¹².

¹⁰ In questa direzione può interpretarsi Cass. 2 aprile 1982, n. 2020, in *Giur. dir. ind.*, 1983, p. 3.

¹¹ Trib. Milano 28 settembre 1972, in BESSONE (a cura di), *Casi e questioni di diritto privato*, Milano, 1976, p. 280; la massima è dell'App. Milano 19 dicembre 1975, in *Foro pad.*, 1976, I, 29; più di recente, v. App. Milano 9 gennaio 1981, in *Giur. dir.*

ind., 1981, p. 258.

¹² Per una panoramica di decisioni relative al giudizio di decettività dei messaggi pubblicitari in quanto ingannevoli per i consumatori cfr. FUSI e TESTA, *L'autodisciplina pubblicitaria in Italia*, Milano, 1983, p. 90 ss.; L.C. UBERTAZZI, *Giurisprudenza pubblicitaria*, III, cit., p. 505 ss.

3. PUBBLICITÀ E DISCIPLINA PENALE.

Un controllo assai puntuale è attuato dalla *giurisprudenza penale*. Le norme richiamate sono quelle che reprimono l'esercizio di frodi in commercio (art. 515 cod. pen.), la vendita di sostanze alimentari non genuine come genuine (art. 516); la vendita o la messa in commercio di prodotti industriali con nomi, marchi, o segni distintivi atti a indurre in inganno il compratore sull'origine, provenienza o qualità di essi (art. 517); la diffamazione a mezzo pubblicità (art. 595) la truffa (art. 640); l'abuso di credulità popolare (art. 661); la violenza contro gli incapaci di intendere e di volere (artt. 610, 613).

Un'ipotesi a sè stante può poi ravvisarsi nel fenomeno più generale del contrasto del messaggio pubblicitario con le norme penali volte alla tutela della morale familiare, della morale pubblica e del buon costume (artt. 565, 528, 725, 726)¹³.

4. PUBBLICITÀ E DISCIPLINA DELLE RADIO-DIFFUSIONI.

L'art. 8 della legge n. 223 del 1990 non contiene una definizione di pubblicità.

Il legislatore non si pone il problema del contenuto informativo della pubblicità, nè si pone il problema della qualità del messaggio. Si preoccupa soprattutto della veicolazione di informazioni mediante la pubblicità: perciò ha stabilito che la pubblicità radiofonica e televisiva non deve offendere la dignità della persona, nè evocare discriminazioni di razza, sesso e nazionalità, offendere convinzioni religiose ed ideali, indurre a comportamenti pregiudizievoli per la salute, la sicurezza e l'ambiente, arrecare pregiudizio morale e fisico ai minorenni, avere ad oggetto medicinali e cure disponibili unicamente con ricetta medica.

La normativa riguarda il « tetto » massimo temporale dei messaggi e la loro quantità¹⁴.

¹³ In generale sull'argomento v. F. BRICOLA, *Profili penali della pubblicità commerciale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1965, p. 726 ss.; L. SORDELLI, voce *Pubblicità commerciale ed altre informazioni pubblicitarie*, in *Noviss. Dig., Appendice*, vol. VI, Torino, 1986, p. 179 ss.; V. ZENO-ZENCOVICH e F. ASSUMMA, *Pubblicità e sponso-*

rizzazioni, cit., p. 111 ss.

¹⁴ Per un più diffuso commento sulla disciplina della pubblicità radio-televisiva v. ALPA, *La persona. Tra cittadinanza e mercato*, Milano, 1992, p. 79 ss.; M. BUONCRISTIANO, *Lealtà dell'informazione radiotelevisiva e poteri del garante*, in questa *Rivista*, 1991, p. 456 ss.

5. LA DIRETTIVA COMUNITARIA.

La commissione per la tutela dei consumatori aveva elaborato una proposta di intervento il 21 marzo 1978. Questa proposta, rielaborata successivamente, è confluita, insieme con il parere del Parlamento europeo e il parere del Comitato economico sociale, nel testo della Direttiva approvata dal Consiglio il 10 settembre 1984, relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri in materia di pubblicità ingannevole (Direttiva CEE 450/1984).

Il termine « pubblicità ingannevole » deve essere inteso in senso proprio, e cioè con contenuti decettivi, perchè nei *consideranda* previsti nel preambolo della direttiva si precisa che essa è il primo segmento di disciplina comunitaria, al quale dovrà far seguito una direttiva sulla pubblicità sleale e, se necessario, una direttiva sulla pubblicità comparativa.

Per quanto riguarda *l'aspetto definitorio*, la Direttiva definisce come pubblicità « qualsiasi forma di messaggio che sia diffuso nell'esercizio di una attività commerciale, industriale, artigianale o professionale, allo scopo di promuovere la fornitura di beni o servizi, compresi i beni immobili, i diritti e gli obblighi »; e definisce « pubblicità ingannevole » quella che « in qualsiasi 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 dato il suo carattere ingannevole, possa pregiudicare il comportamento economico di dette persone o che, per questo motivo, leda o possa ledere un concorrente ».

L'espressione « qualsiasi forma di messaggio » è ampia: implica che il messaggio contenga informazioni. Ciò perchè la direttiva stabilisce che per determinare che la pubblicità sia ingannevole se ne devono considerare tutti gli elementi. In particolare, i suoi riferimenti alle caratteristiche dei beni e dei servizi, al prezzo o al modo in cui esso viene calcolato, alla natura, alla qualifica e ai diritti dell'operatore pubblicitario: evidentemente, si muove dal presupposto che la pubblicità commerciale abbia contenuti di carattere informativo.

6. L'ATTUAZIONE DELLA DIRETTIVA.

L'art. 41 della legge n. 428 del 1990 (seconda legge comunitaria) ha precisato l'ambito della delega al Governo per l'attuazione della Direttiva¹⁵.

Le prime tre norme del d.lgs. 25 gennaio 1992, n. 74, con il quale si è data attuazione alla direttiva, riproducono testualmente gli artt. 1, 2, 3, della direttiva stessa.

Si conferma così l'ambito circoscritto di intervento del legislatore, che riguarda la pubblicità che trae in inganno il pubblico o che crea confusione tra i prodotti e danneggia i concorrenti.

Atteso lo spirito della normativa, è ragionevole ritenere che si possa considerare ingannevole anche la pubblicità che non informa, ma suggestiona (c.d. *pubblicità suggestiva*).

Ci si può chiedere se la dizione « interessi del pubblico » possa alludere agli interessi diffusi. Atteso che si riconosce un ruolo attivo anche alle associazioni, senza indicarne il grado di rappresentatività, la risposta deve essere positiva.

Gli artt. 4, 5 e 6 non costituiscono una novità per le forme di controllo dei messaggi pubblicitari, in quanto corrispondono nelle linee di fondo a norme del codice di autodisciplina.

¹⁵ Se ne riproduce per comodità di riferimento il contenuto: « L'attuazione della direttiva del Consiglio 84/450/CEE deve avvenire nel rispetto dei seguenti principi.

a) prevedere la competenza di una Autorità garante sia per la sospensione che per il divieto della pubblicità ingannevole che per l'adozione dei provvedimenti necessari per l'eliminazione degli effetti;

b) prevedere la legittimazione ad adire l'Autorità da parte dei concorrenti, dei consumatori e delle loro associazioni, del Ministro dell'Industria, del commercio e dell'artigianato nonché degli altri soggetti pubblici interessati, anche su denuncia del pubblico;

c) prevedere il ricorso giurisdizionale avverso le decisioni definitive adottate dall'Autorità avanti il giudice amministrativo nell'esercizio della sua giurisdizione esclusiva;

d) garante l'osservanza dei provvedimenti dell'Autorità prevedendo l'arresto sino a tre mesi e l'ammenda sino a cinque milioni in caso di inottemperanza dell'operatore pubblicitario ed adeguate sanzioni amministrative a carico del proprietario del mezzo di diffusio-

ne del messaggio pubblicitario che non permette l'identificazione dell'operatore;

e) valorizzare gli organismi volontari ed autonomi di autodisciplina e la loro funzione preventiva prevedendo la sospensione della procedura avanti l'Autorità per un periodo non superiore a trenta giorni, in caso di ricorso avanti l'organo di autodisciplina;

f) regolare la pubblicità comparativa fissandone i limiti di ammissibilità, con esclusione di ogni forma di pubblicità ingannevole e sleale;

g) riordinare le vigenti disposizioni relative alla pubblicità di particolari categorie di prodotti;

h) prevedere che in via regolamentare siano emanate disposizioni relative alla pubblicità di alcune categorie di prodotti o a particolari modalità di vendita e promozione, che non siano già oggetto di disciplina normativa;

i) fare salva la giurisdizione del giudice ordinario in materia di atti di concorrenza sleale, a norma dell'art. 2598 del codice civile ».

In particolare, l'art. 4 (*Trasparenza della pubblicità*) riprende il contenuto degli artt. 7 (*Identificazione della pubblicità*) e 5 (*Garanzie*) del c.a.p., con l'aggiunta della previsione della pubblicità subliminale; l'art. 5 del d.leg. (*Pubblicità di prodotti pericolosi per la salute e la sicurezza dei consumatori*) si modella sul contenuto dell'art. 12 (*Sicurezza*) del c.a.p.; l'art. 6 del d.leg. (*Bambini e adolescenti*) trova referente più analitico nel testo dell'art. 11 del codice di autodisciplina.

L'art. 5 deve essere coordinato con le disposizioni del d.P.R. 24 maggio 1988, n. 224 sulla responsabilità del produttore. Il produttore che usa messaggi ingannevoli può essere considerato responsabile anche se di per sé il prodotto non presentava difetti, ma richiedeva da parte dell'utente l'impiego di regole di prudenza e vigilanza che l'utente non abbia osservato perché a ciò indotto dal modo di presentare il prodotto.

Di particolare interesse è poi la previsione dell'art. 8 con riguardo al coordinamento rispetto al sistema di autodisciplina pubblicitaria; un rapporto di coordinamento modellato all'insegna della auspicata valorizzazione degli organismi volontari ed autonomi di autodisciplina e della loro funzione preventiva¹⁶.

7. LE TECNICHE DI TUTELA.

La protezione del consumatore o dell'imprenditore concorrente si dispiega sul terreno amministrativo. È l'Autorità garante istituita con la l. *antitrust* competente a decidere del ricorso inibitorio proposto da concorrenti, consumatori, associazioni e organizzazioni, e le altre pubbliche Amministrazioni (art. 7).

I provvedimenti riguardano:

a) la sospensione provvisoria, in caso di urgenza;

b) l'istruzione del procedimento con identificazione dell'operatore, l'accertamento dei caratteri del messaggio e la acquisizione delle prove relative alla sua decettività; l'onere della prova è a carico dell'operatore;

c) l'accoglimento o il rigetto del ricorso;

d) in caso di accoglimento, il divieto di diffusione o la cessazione della diffusione;

¹⁶ Sul quale si v. il successivo paragrafo 8.

e) l'eventuale pubblicazione della pronuncia;

f) l'eventuale dichiarazione rettificativa;

g) in caso di messaggi stampigliati sulle confezioni dei prodotti, si consente l'adeguamento in tempi « tecnici », che dovrebbero corrispondere al tempo per il ritiro della merce — ma non della sua esitazione — e alla sostituzione delle confezioni;

h) in caso di inottemperanza, si prevedono sanzioni penali.

È fatta salva la competenza del giudice ordinario per l'applicazione dell'art. 2598 cod. civ.

Trattandosi di tutela circoscritta alla circolazione del messaggio, si deve ritenere che il consumatore danneggiato possa ricorrere anche alle altre norme del codice civile, sempre che riesca a dimostrare il danno e il suo nesso causale con la diffusione del messaggio (artt. 2043, 1337, 1428 etc.)

L'art. 7 dispone al comma 5 che, qualora il messaggio sia stato diffuso o sia in procinto di essere diffuso attraverso la stampa o per via radiofonica o televisiva, l'Autorità debba richiedere parere al Garante per la radiodiffusione e l'editoria prima di provvedere. Trattasi — è da ritenere — di parere obbligatorio ma non vincolante.

A sua volta, il Garante può esprimersi ritenendo utile l'acquisizione del parere del *Consiglio degli utenti*, organo presso il suo Ufficio, che esprime, in forma rappresentativa degli interessi degli utenti, l'avviso sulle materie in cui è competente il Garante. *La normativa in esame ignora questo organismo*. Tuttavia, è lecito ritenere che lo stesso Consiglio possa direttamente segnalare all'Autorità *antitrust* i messaggi ritenuti ingannevoli? Il capoverso 2 dell'art. 7 contiene due espressioni relative ai soggetti legittimati a proporre ricorso, nelle quali si può far rientrare il Consiglio.

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'ausiliarietà, il Consiglio possa o debba provvedere ad attivarsi presso il Garante.

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

8. IL RAPPORTO CON IL SISTEMA DI AUTODISCIPLINA.

Come si accennava, di particolare interesse è l'atteggiarsi del rapporto fra la disciplina legislativa così entrata in vigore ed il sistema di autodisciplina pubblicitaria operante da oltre venticinque anni in pa-

rallelo alla regolamentazione assegnata al fenomeno dalla giurisprudenza ordinaria¹⁷.

Come è noto, fino ad oggi il vuoto di presenza istituzionale dell'ordinamento statale conseguente alla assenza di una disciplina legislativa specifica del fenomeno pubblicitario ha fatto sì che si producesse un ruolo di vera e propria supplenza del Giuri di autodisciplina e della sua produzione giurisprudenziale.

Quest'ultimo, proprio in conseguenza del vuoto normativo, ha operato con margini di autonomia e con una incisività difficilmente riscontrabili in altre esperienze¹⁸.

Una tale prevalenza dello strumento autodisciplinare (frutto della autonomia privata) rispetto alla regolamentazione pubblicistica (frutto dell'intervento del legislatore) caratterizza il contenuto dell'art. 8 del d.l. (*Autodisciplina*), finalizzato a disciplinare il rapporto tra la tutela amministrativa e giurisdizionale accordata dalla nuova normativa ed il controllo autodisciplinare.

In detta disposizione si prevede infatti che le parti possano rivolgersi, per la inibitoria degli atti di pubblicità ingannevole, ad « organismi volontari ed autonomi di autodisciplina », e che, una volta intrapresa la procedura di fronte all'organismo autodisciplinare, le parti stesse possano convenire di astenersi dall'adire l'Autorità garante fino alla pronuncia definitiva.

Anche nell'ipotesi in cui il ricorso all'Autorità garante fosse stato già proposto (o venisse proposto successivamente da altro soggetto legittimato), è data a ogni interessato la possibilità di richiedere all'Autorità la sospensione del procedimento in attesa della pronuncia dell'organismo di autodisciplina (sospensiva che può essere accordata discrezionalmente dall'Autorità, valutate tutte le circostanze, per un periodo non superiore a trenta giorni).

¹⁷ Per un quadro di riferimento in materia di autodisciplina pubblicitaria si cfr. per tutti SENA, *Il sistema dell'autodisciplina pubblicitaria*, in *Riv. dir. ind.*, 1988, I, p. 188; FUSI, *I vent'anni dell'autodisciplina pubblicitaria italiana (1966-1986)*, in *Riv. dir. ind.*, 1986, I, p. 168; DA MOLO, *L'autodisciplina pubblicitaria*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1987, II, p. 232; ZORZI, *Autodisciplina pubblicitaria*, in *Contratto e impresa*, 1985, p. 549.

¹⁸ Cfr. al riguardo FLORIDIA, *Legge e autodisciplina pubblicitaria in Italia: prospettive dopo la direttiva CEE*, in *Riv. dir.*

ind., 1987, I, p. 122, specie 127; più in generale, sul rapporto fra legge statale e autodisciplina, v. BORRELLI, *Autodisciplina e leggi nazionali*, *ivi*, 1981, I, p. 367. Per avere un'idea anche dal punto di vista quantitativo del rapporto fra regolamentazione ordinaria e autodisciplinare del fenomeno pubblicitario è sufficiente confrontare in prospettiva diacronica il numero di interventi dell'autorità giudiziaria ordinaria rispetto a quello del Giuri: cfr. L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Giurisprudenza completa del Giuri di autodisciplina pubblicitaria*, Milano, 1986, fin dalla Prefazione (p. 7).