

Università degli Studi della Calabria
Dipartimento di Scienze Giuridiche
Dottorato di ricerca *Impresa, Stato e Mercato*

XX CICLO

TESI DI DOTTORATO

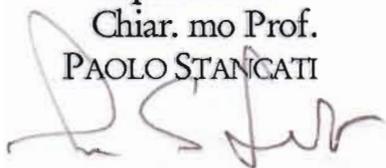
**LIBERTA' DI MANIFESTAZIONE DEL PENSIERO,
INFORMAZIONE E PUBBLICITA' OCCULTA:
RILIEVI COSTITUZIONALISTICI**

S.S.D. IUS/09

Supervisore

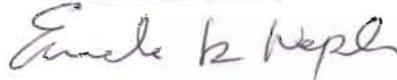
Chiar. mo Prof.

PAOLO STANCATI



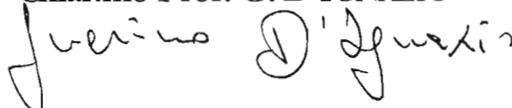
Dottoranda

EMANUELA DE NAPOLI



Coordinatore

Chiar.mo Prof. G. D'IGNAZIO



Anno Accademico 2006 – 2007

INDICE

INTRODUZIONE

CAPITOLO I:

Il controverso statuto della libertà di comunicazione pubblicitaria

1. La pubblicità quale forma di comunicazione: rilievi introduttivi
2. Lineamenti evolutivi del fenomeno pubblicitario
3. Comunicazione pubblicitaria e propagandistica
4. La pubblicità tra informazione e persuasione
5. La rilevanza della finalità economica della pubblicità
6. La tutela della pubblicità quale manifestazione del pensiero nella giurisprudenza degli organi della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo
7. La possibilità di limitare la pubblicità alla luce della giurisprudenza degli organi della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo
8. Il “margine di apprezzamento statale” nella valutazione delle limitazioni alle comunicazioni pubblicitarie
9. La rilevanza dell'art. 10 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo all'interno della giurisprudenza della Corte di Giustizia in tema di pubblicità
10. L'orientamento della Corte Costituzionale italiana in materia di pubblicità commerciale

CAPITOLO II:

La pubblicità occulta: product placement e pubblicità redazionale

1. Rilievi introduttivi

2. Il quadro normativo della pubblicità occulta: l'inidoneità dello strumentario legislativo antecedente al Decreto legislativo sulla pubblicità ingannevole n. 74 del 1992.
3. Il principio di trasparenza nel sistema di autoregolamentazione disciplinare della pubblicità: l'art. 7 del C.A.P.
4. L'articolo 4 del Decreto legislativo n. 74 del 1992 in materia di pubblicità ingannevole
5. L'evoluzione della disciplina
6. Il divieto di pubblicità occulta nell'ambito dell'attività giornalistica.
7. Tipologie di pubblicità occulta
8. La pubblicità redazionale: profili introduttivi e rilievi critici
9. Il product placement: profili introduttivi
 - 9.1. Product placement e pubblicità tradizionale
 - 9.2. Product placement: rilievi critici

CAPITOLO III:

L'attività dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato in tema di pubblicità redazionale

1. La pubblicità occulta nei procedimenti innanzi l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato
2. La prova della natura pubblicitaria nelle ipotesi di pubblicità occulta: il ricorso agli indici presuntivi in mancanza di prova del rapporto di committenza
3. La prova per presunzioni: l'orientamento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del mercato
 - 3.1 Contenuto e tono del messaggio
 - 3.2. Opportunità della presenza del messaggio

- 3.3. Contesto generale nel quale il messaggio viene inserito
- 3.4. I rapporti tra l'impresa interessata e il mezzo di diffusione del messaggio
- 4. La riconoscibilità del messaggio pubblicitario da parte dei consumatori
- 5. Modalità di identificazione del messaggio pubblicitario

Introduzione

Il presente lavoro si propone di esaminare, con spunti e riflessioni sulla recente giurisprudenza, il problema della pubblicità occulta nei suoi vari aspetti, inserendola all'interno della più ampia indagine sulla comunicazione pubblicitaria.

Nell'accostarsi allo studio relativo alle tematiche della comunicazione pubblicitaria ci si rende conto di essere in presenza di un settore, quello pubblicitario, che non si caratterizza certo per semplicità e linearità di espressione ma che, viceversa, si esterna in una molteplicità di sfaccettature tanto da essere oggetto d'interesse e di approfondimenti da parte di diverse discipline, dall'economia e dal *marketing* alla sociologia e psicologia, senza tralasciare, ovviamente, la rilevanza del fenomeno pubblicitario sotto il profilo prettamente giuridico.

Sul piano normativo la disciplina della pubblicità presenta caratteri di estrema frammentarietà¹. Ciò si giustifica per il fatto che nel settore della comunicazione pubblicitaria si sovrappongono aspetti afferenti a diversi ambiti del diritto: a quelli strettamente privatistico-contrattuali si accostano altri che sottolineano il profilo giuridico della pubblicità in relazione ai diritti ed interessi dei soggetti terzi con i quali la stessa viene in contatto (*rectius* contrasto). Tale ultimo rilievo è riferito sia alle ipotesi di pubblicità potenzialmente lesive del diritto dei singoli consumatori all'autodeterminazione nelle proprie scelte economiche sia all'ipotesi di comunicazioni commerciali che riescano in qualche modo a falsare il gioco della libera competizione commerciale ledendo in tal modo gli interessi delle imprese concorrenti. Sotto altro profilo la pubblicità rileva quale «puro fatto di comunicazione al pubblico» coinvolgendo così interessi collettivi come l'ordine pubblico, le convinzioni civili e religiose, la tutela dei minori, la salute e la sicurezza della collettività etc. Ne deriva che la pubblicità, quale fenomeno complesso, «acquista un rilievo giuridico in relazione alle varie e diverse categorie di interessi con cui è permanentemente in rapporto e con cui può venire in conflitto, e che i confini della sua liceità sono segnati dalle norme poste a tutela di tali interessi, da considerarsi come altrettanti limiti alla libera

¹ Fusi, M., Testa, P., *Diritto e Pubblicità*, Milano, 2006, p.21.

esplicazione di questo tipo di comunicazione»². In realtà, il problema dei “confini della liceità” della comunicazione pubblicitaria pone a monte il quesito della natura giuridica e del fondamento costituzionale del fenomeno pubblicitario. Solo se si riuscirà a dare una plausibile risposta a tale quesito si potranno affrontare le problematiche relative alla possibilità di limitare la comunicazione pubblicitaria in relazione ad interessi ulteriori con la stessa confliggenti.

La prima parte del presente lavoro prende le mosse, dunque, dall'intento di definire, prima di addentrarsi nel terreno spinoso della pubblicità occulta, lo statuto della comunicazione pubblicitaria partendo dal dibattito che da tempo interessa la questione del fondamento costituzionale della libertà di comunicazione commerciale, ossia della riconducibilità del fenomeno in parola all'art. 21 Cost., in quanto manifestazione del pensiero, ovvero all'art. 41 Cost., quale strumento tipico di svolgimento dell'iniziativa economica. La scelta tra le due disposizioni costituzionali è di fondamentale interesse visto che la eventuale opzione per il precetto di cui all'art. 41 Cost. aprirebbe la strada all'applicabilità, da parte del legislatore, di limiti molto più ristretti alla pubblicità, nonché avrebbe conseguenze rilevanti sul giudizio di bilanciamento che deve essere attuato in presenza di valori costituzionali in conflitto.

Se la scelta tra le due disposizioni costituzionali (art.21 o 41 Cost.) è fondamentale per il trattamento complessivo del fenomeno pubblicitario, ciò non toglie che, anche a voler ricondurre il messaggio pubblicitario nell'alveo della libertà di manifestazione del pensiero, possano essere previste, come nel caso della pubblicità occulta, delle restrizioni. Nei casi specifici di commistione tra informazione e pubblicità (ipotesi della pubblicità redazionale), «la pubblicità dovrebbe essere effettivamente chiara, palese, esplicita e riconoscibile; e ciò, proprio in quanto la distinguibilità del messaggio pubblicitario discende dall'essere, l'informazione e la cronaca, coperte da protezione costituzionale in modo da non consentire l'improprio, sleale e subdolo sviamento o camuffamento ad altri fini»³. Pertanto, laddove la pubblicità “intercetti” tali forme espressive potrà essere oggetto di differenziazioni e limitazioni.

² *Op. ult. Cit.*

³ Così STANCATI, P., *Lineamenti evolutivi della libertà di manifestazione del pensiero e della informazione: rivoluzione mediatica, “buona” e “cattiva” televisione, multiculturalismo, fenomenologia terroristica*, in *Dir.e Soc.*, n. 3/2005, 356.

La seconda parte del presente lavoro approfondisce tale tematica, soffermandosi sulle due “tradizionali” forme di pubblicità occulta, il *product placement* e la pubblicità redazionale, che sollevano i maggiori problemi interpretativi ma soprattutto applicativi. La difficoltà principale che tali tipologie di pubblicità presentano attiene all’individuazione dei criteri più idonei per operare l’identificazione del messaggio commerciale nelle ipotesi in cui lo stesso sia sapientemente “mimetizzato” in un contesto informativo o cinematografico, in maniera tale da risultare non riconoscibile dal destinatario. Si tratta della delicata problematica connessa all’identificazione della natura pubblicitaria di un messaggio, che prima ancora della questione relativa alla sua riconoscibilità da parte dei destinatari, interessa il confine tra libertà di comunicazione pubblicitaria da un lato e libertà di manifestazione del pensiero dall’altro. Rientra, infatti, nell’esercizio della libertà di manifestazione del pensiero la possibilità non solo di parlare apertamente di un prodotto commerciale ma anche di renderlo oggetto di un articolo giornalistico o di un servizio televisivo senza che il conseguente effetto promozionale modifichi la natura del “pezzo” in messaggio pubblicitario: «ciò non toglie però che la presenza di un prodotto in un contesto apparentemente neutrale e disinteressato, laddove invece esiste un interesse concreto alla sua promozione, senza che il destinatario sia reso edotto di ciò, costituisce una condotta ormai considerata da tutti (indipendentemente dagli interessi lesi) moralmente, eticamente e giuridicamente riprovevole»⁴.

Si desume, allora, che il compito affidato all’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato di individuare e sanzionare la pubblicità occulta diventa oltremodo delicato dal momento in cui si entra nella sfera dell’art. 21 della Costituzione e delle garanzie ivi previste. È da considerare che proprio la delicatezza del compito affidato all’*Antitrust* giustifica l’interesse ad analizzare, nell’ultima parte del lavoro, le modalità attraverso le quali tale compito viene eseguito al fine di valutare se si incorra o meno in una illegittima compressione del diritto fondamentale alla libera manifestazione del pensiero.

⁴ Così BUCCIROSSI, G., *Le diverse forme di pubblicità redazionale*, in *Dir. ind.*, 1/1995, p. 77.

Cap. I

Il controverso statuto della libertà di comunicazione pubblicitaria

1. La pubblicità quale forma di comunicazione: rilievi introduttivi

Ogni comportamento ha in sé valore di comunicazione quando si verifica in presenza di un osservatore, pertanto non si può esistere senza comunicare⁵. Nel linguaggio di uso frequente il termine comunicazione indica, nella sua duplice accezione, sia l'esprimere se stessi sia il trasmettere un qualcosa a qualcuno. Nel primo significato comunica qualsiasi organismo: esistendo esprime se stesso (non importa quanto consapevolmente) modificando l'ambiente in cui si trova. Se l'esprimersi è cosa facile, trasmettere a qualcuno un'informazione che presenta un obiettivo non lo è affatto e la comunicazione prodotta diventa tanto più complessa, strutturata e ricca quanto più complessi sono gli organismi coinvolti. In ogni caso, qualunque siano i soggetti implicati ed il livello di comunicazione, si ritiene che qualsiasi scambio di informazioni presenta una componente persuasiva: « è difficile immaginare una comunicazione che non provochi un cambiamento, per quanto minimo, nel comportamento valutativo, o di accettazione-rifiuto [...] È piuttosto difficile trovare degli esempi di comunicazione “puramente informative” (perfino la constatazione “oggi piove” può venir fatta con l'intenzione di persuadere l'altro a non uscire di casa) eppure molti concorderebbero nel giudicare certe comunicazioni più informative e meno persuasive di altre⁶». Quest'ultimo convincimento sembra ampiamente diffuso in ambito giuridico, in cui proprio il carattere delle comunicazioni pubblicitarie, più spiccatamente persuasivo (senza voler negare anche la componente informativa) e strumentale al perseguimento di finalità lucrative, giustificherebbe, secondo alcuni, l'esclusione del fenomeno in parola dall'ambito di garanzia relativo alle manifestazioni del pensiero propriamente dette (art. 21 Cost.). In realtà, non è ancora sopito il lungo dibattito relativo al fondamento costituzionale della libertà di comunicazione commerciale.

⁵ Cfr. WATZLAWICK, P. *Pragmatica della comunicazione umana*, Roma, 1971.

⁶ Così CRONKHITE, G. citato da A. TESTA, *La pubblicità*, Bologna, 2006, II ed., p.21.

A tal proposito, si deve evidenziare come la pubblicità commerciale è stata oggetto di una dettagliata regolamentazione volta a stabilire, oltre alle modalità e tempi di diffusione, i limiti contenutistici, per cui è fatto divieto di diffondere messaggi lesivi della dignità della persona, evocativi di discriminazioni razziali, sessuali e nazionali. Inoltre le restrizioni contenutistiche sono poste a salvaguardia dei valori quali la fede pubblica, la lealtà della concorrenza tra gli imprenditori, la tutela della salute e dei minori, la corretta informazione del consumatore. Alla luce delle medesime giustificazioni vengono posti divieti alla pubblicizzazione di alcuni prodotti e servizi. Servono da esempio il divieto di pubblicità per i prodotti da fumo, per i farmaci non da banco, per i prodotti sostitutivi del latte materno (d.min. 22 febbraio 2005 n. 46). Altre disposizioni normative regolano nel settore radiotelevisivo le sponsorizzazioni e le televendite, nonché disciplinano gli affollamenti pubblicitari. Il riferimento alle disposizioni giuridiche relative alla pubblicità potrebbe continuare ed arricchirsi di ulteriori specificazioni, ma ciò che in questa sede si vuole evidenziare è come «sarebbe certo complesso giustificare la legittimità costituzionale di tale imponente e pervasiva normativa, qualora si ritenga la comunicazione pubblicitaria una forma di manifestazione del pensiero, con le garanzie proprie della comunicazione politica, sociale e culturale.⁷» In realtà la complessità nasce dalla considerazione stessa che si ha della manifestazione del pensiero; qualora si avvalli una concezione della libertà in parola come «ipertrofica e avulsa dalle sue ragioni e dai suoi legami con altre libertà⁸» potrebbe risultare difficile legittimare l'applicazione alla pubblicità della garanzia di cui all'art. 21 Cost. e avallare, al contempo, la disciplina esistente del fenomeno pubblicitario. È stato autorevolmente sostenuto che se si parte «dall'idea che non ogni manifestazione è “pensiero”, che non ogni pensiero è “manifestato” e che non tutti i “pensieri” ricevono la medesima tutela nei diversi ordinamenti, in relazione al loro autore e al loro contenuto, il particolare regime della pubblicità si spiega perfettamente.⁹» In ogni caso, non può essere aprioristicamente esclusa la

⁷ Cfr. VIGEVANI, G.E. *La pubblicità commerciale*, in AA.VV., *Percorsi di diritto dell'informazione*, Torino, II ed., 2006, p.395-396.

⁸ Cfr. ZENO-ZENCOVICH, V., *LA libertà d'espressione, media, mercato, potere nella società dell'informazione*, Bologna, 2004, p. 85.

⁹ Così ZENO-ZENCOVICH, V., op. ult. cit.. In proposito autorevole dottrina sostiene che «la libertà di pensiero fa corpo immediatamente con i valori cui inerisce e, se questi sono apicali, assume, a sua volta un rilievo supremo che investe non più solo il suo essere nel complessivo sviluppo, ma, inevitabilmente, anche le singole sue esplicazioni.» Così BEVERE, A. CERRI, A., *Il diritto d'informazione e i diritti della persona, il conflitto della libertà di pensiero con l'onore, la riservatezza, l'identità personale*, Milano, II ed., 2006, p. 19. Alla luce di tale impostazione la libera manifestazione del pensiero può trovare un limite in considerazione di altri principi costituzionalmente protetti in via equiordinata, ma con maggiori

riconcucibilità delle comunicazioni commerciali all'alveo della protezione dell'art. 21 Cost. sulla base dell'evoluzione in senso altamente protezionistico (a tutela di interessi diversi) della disciplina pubblicitaria interna, ma anche (e soprattutto) comunitaria. Ogni intervento normativo deve, infatti, confrontarsi con quelli che sono i presidi di garanzia contenuti nella Costituzione a tutela di quelle che sono le libertà fondamentali¹⁰. «La regolamentazione della pubblicità viene generalmente considerata un dato acquisito. Quel che però viene il più delle volte ignorato è il confronto fra il modello classico della libertà di manifestazione del pensiero ed il modello di controllo sulla comunicazione commerciale. Quest'ultimo presenta infatti notevoli aporie concettuali e di applicazione.¹¹»

2. Lineamenti evolutivi del fenomeno pubblicitario

L'origine del fenomeno pubblicitario è da rinvenire nelle nuove capacità produttive e nel migliorato tenore di vita delle popolazioni strettamente correlato all'affermarsi della "rivoluzione industriale" della seconda metà del XVIII secolo. Il nuovo tipo di produzione su ampia scala, rendeva necessaria, affinché alla produzione corrispondesse la domanda dei consumatori, che la massa dei potenziali acquirenti potesse essere

difficoltà si potrà giustificare l'applicabilità di determinati limiti quando, attraverso il suo esercizio, diventi essa stessa "veicolo di verità" in quanto connessa ai valori sommi dell'uomo. « Il valore di verità o spontaneità che il libero pensiero reca con sé non è, dunque, indifferenziato, perché, pur essendo immancabile in ogni manifestazione del pensiero ed anche in ogni comunicazione privata, assume rilievo apicale solo quando investe valori apicali (democrazia, azione-difesa, religione, scienza, arte). E, d'altra parte, anche quando investe beni minori, ciò che può legittimare un limite non è tanto la fallacia dei risultati cui la dialettica conduce ma il valore di questi risultati (correlato al valore dei beni cui ineriscono appunto) in raffronto ai costi (umani e giuridici) occorrenti per conseguirli.» Cfr. op.ult. cit. p.18. Tale ricostruzione dottrinale avvalga l'esistenza, già delineata in dottrina (S. Fois) dell'esistenza di una "tutela privilegiata" della libera manifestazione del pensiero in alcune materie in quanto strumento insostituibile di verità o in considerazione del legame intrinseco con altri valori. Secondo tale impostazione quindi anche la pubblicità contiene un valore di verità che però è "minore" in raffronto a quello riferibile ad altri settori. Cfr. op. ult. cit. p.38. Per la originaria prospettazione delle materie privilegiate si v. FOIS, S., *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Milano, 1957, pp. 45 ss. e 83 ss.. *contra* BARILE, P., *Libertà di manifestazione del pensiero* 1974, 429 ss; nonché PACE, A., *Problematiche delle libertà costituzionali*, Parte speciale, Torino 1992, 391-2.

¹⁰ Cfr.L. PRINCIPATO, *Il fondamento costituzionale della libertà di comunicazione pubblicitaria*, in *Giur. Cost.*,2003 p. 522.

¹¹ Così ZENO- ZENCOVICH, V., *op. cit.* p.87 .

informata delle possibilità di acquisto esistenti sul mercato¹². Ed è ovvio che tale finalità non poteva essere raggiunta attraverso il tradizionale strumento del rapporto diretto tra produttore e consumatore¹³. La pubblicità, quale comunicazione finalizzata a promuovere l'acquisto di beni e servizi sul mercato, muove i suoi primi passi all'interno di questo contesto e la sua fortuna è profondamente legata allo sviluppo ed alla pervasività dei mezzi di comunicazione di massa attraverso i quali viene veicolata.

Nell'attuale realtà-storico economica, l'aumento esponenziale delle iniziative economiche nello stesso settore e l'apertura al mercato concorrenziale hanno generato una proliferazione di prodotti di consumo del tutto simili, differenziabili solo per classi. La pubblicità, pertanto, non è più solo utilizzata esclusivamente per avvertire il consumatore delle qualità di un prodotto in modo da potergli offrire le notizie necessarie per operare la scelta d'acquisto; viceversa la pubblicità ha assunto un connotato diverso e maggiormente persuasivo in relazione al fatto che «la competizione pubblicitaria non avverrà più fra prodotti qualitativamente diversi, bensì fra prodotti analoghi, se non identici.¹⁴»

La pubblicità, quale “sistema di tecniche di comunicazione persuasiva”, utili a promuovere i consumi, si inserisce nel processo produttivo globale non come elemento sussidiario bensì come fattore necessario ed inevitabile. A seguito della sua rapida ed incessante affermazione, ha assunto un ruolo trainante anche in relazione agli altri aspetti del mondo dell'informazione e della cultura in generale. Per effetto di tali processi, dunque, si è posta la necessità di procedere ad un ripensamento dei parametri

¹² Cfr. GHIDINI, G., *Introduzione allo studio della pubblicità commerciale*, Milano, 1968, p. 3 e ss.

¹³ «La producción industrial en masa, fruto de la revolución tecnológica e industrial, transforma la estructura tradicional de los mercados y da un nuevo giro al comportamiento de las relaciones de los productores y vendedores con los usuarios y consumidores, basadas hasta ese momento en un diálogo personal y directo, propio de un mercado de carácter artesanal fundado en la misma correspondencia cuantitativa de la producción a la demanda predeterminada de un círculo concreto y habitual de clientes. La capacidad expansiva del nuevo sistema de producción exige nuevas formas de contacto y comunicación con la masa anónima de los consumidores, idóneas para salvar el distanciamiento creado por la producción en serie entre el productor y el consumidor. Esta nueva forma de contacto se encuentra en la publicidad, por medio de la cual el empresario hace públicas -a través de los medios de difusión que la técnica va ofreciendo- las manifestaciones y comunicaciones encaminadas a informar y atraer la atención de los consumidores hacia sus propios productos o servicios y, de este modo, fomentar su contratación». Così FONT GALÁN, JUAN IGNACIO, *Constitución económica y Derecho de la competencia*, Tecnos, Madrid, 1987, pp. 85-86

¹⁴ Cfr. VIGNUDELLI, A., *op.cit.*, p. 106-107. In proposito è stato sostenuto che la pubblicità « da strumento di informazione del pubblico si trasforma in strumento di persuasione. (...) La funzione attuale della pubblicità infatti non è più quella di informare il pubblico, bensì quella di orientare i consumi, stimolare i bisogni, promuovere l'assorbimento della domanda.» Così ALPA, G., *Il diritto dei consumatori*, Bari, 2002, p.114.

valutativi della funzione e del ruolo della pubblicità e, contestualmente, adeguare il dato giuridico al fatto reale, tenendo conto delle nuove dinamiche di sviluppo¹⁵. La considerazione di tali dinamiche impone, anche volendo privilegiare gli aspetti giuridici relativi al fenomeno in parola, di definire la fisionomia e gli elementi costitutivi del momento pubblicitario. Infatti, solo partendo dal dato reale, per come oggi si rappresenta, si può risalire ad una congrua collocazione sistemica del fenomeno.

La pubblicità nella sua accezione tradizionale è «una relazione in cui il flusso delle informazioni ha carattere prevalentemente unidirezionale, struttura non conversazionale, tendenzialmente priva di correttivi rimediali endogeni»¹⁶. La libertà di comunicazione pubblicitaria si caratterizza per avere come oggetto il perseguimento di finalità promozionali dei prodotti e dei servizi di un'impresa¹⁷. Il contenuto di tale oggetto sarà dato dai poteri e dalle facoltà che appartengono alla sfera giuridica del titolare insieme «ai limiti imposti dalla disposizione costituzionale che ne rappresenta il fondamento, dalle altre situazioni giuridiche soggettive di pari rango nonché dalla normazione subordinata, della quale s'impone una verifica di legittimità costituzionale

¹⁵ Cfr. VIGNUDELLI, A., *Aspetti giuspubblicistici della comunicazione pubblicitaria*, Rimini, 1983, p. 107.

¹⁶ Così CAFAGGI, F., *Pubblicità commerciale*, in *Dig. disc. Priv.* (sez. comm.), XI, Torino, 1997, p. 434. Tale carattere unidirezionale delle comunicazioni pubblicitarie è messo in discussione proprio dalla nuova rivoluzione tecnologica e dall'uso di internet che offre la possibilità realizzare modalità pubblicitarie (pubblicità on line) con i caratteri dell'interattività. Cfr. MANSANI, L. - STABILE, S., *Comunicazione commerciale e pubblicità on line*, in *Commentario elettronico e servizi della società dell'informazione*, a cura di TOSI, E., Milano, 2003, p.92. Sulle nuove tecniche pubblicitarie in relazione alla rottura della tradizionale differenziazione tra le forme di comunicazione tutelate dall'art. 15 Cost e le manifestazioni del pensiero di cui all'art. 21 Cost. si v. CHIAPPETTA, G., *La pubblicità commerciale*, in *Iniziativa economica e impresa nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di BUONOCORE, V., ESI Napoli, 2006, 393- 412.

¹⁷ La nozione giuridica di pubblicità come «qualsiasi forma di messaggio che sia diffuso, in qualsiasi modo, nell'esercizio di un'attività commerciale, industriale, artigianale o professionale allo scopo di promuovere la vendita di beni mobili o immobili, la costituzione o il trasferimento di diritti e obblighi su di essi oppure la prestazione di opere o servizi» è contenuto nell'art. 2, lett. a) D. lgs. n.74/ 1992 attraverso il quale sono stati recepiti in Italia i principi della Direttiva 84/450/CEE sulla pubblicità ingannevole ed è attualmente confluito nell' art. 20 lett. a) del Codice del consumo (D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206. Si sottolinea come la disposizione normativa che ha "aperto la strada" all'attuale concetto legale di pubblicità non è stato il citato decreto legislativo ma il codice di autodisciplina pubblicitaria che ricomprende nella nozione di pubblicità anche la cosiddetta pubblicità sociale, o no-profit (così le "Norme preliminari e generali" del codice, lett. e), in relazione all'art. 46 C.A.P.).

Sulle tecniche pubblicitarie che devono essere incluse o escluse dal concetto di pubblicità commerciale Cfr. FUSI-TESTA-COTTAFANI, *La pubblicità ingannevole: commento al D.Lg. 25 gennaio 1992 n.74*, Milano, 1993, p.92 e ss; CAFAGGI IN CAFAGGI- CUFARO- DI VIA, *Commentario al Decreto Legislativo 25 gennaio 1992, n. 74* in *Leggi Civ. Comm.*, 1993, pp. 679-688; MELI, *La repressione della pubblicità ingannevole*, Torino, 1994 pp. 28-33. Secondo l'opinione di Fusi « È altresì evidente – come suggerisce l'espressione qualsiasi forma di messaggio che sia diffuso in qualsiasi modo – che è da ritenersi pubblicità anche la comunicazione promozionale su imprese o prodotti che sia effettuata al di fuori degli schemi tipici dell' advertising tabellare, e cioè senza attenersi rigorosamente a testi e sceneggiature prestabilite, ma attuata, per contro, attraverso messaggi estemporanei, e a volte improvvisati, affidati – per quanto attiene alla televisione – all'estro e all'abilità personale del conduttore di una trasmissione» Cfr. FUSI, M., *Telesponsorizzazioni, telepromozioni, televendite*, in *Dir. Inf.*, 1993, p. 838.

rispetto al relativo parametro, ancora tutto da determinare.¹⁸» La ricerca dell'oggetto delle comunicazioni commerciali implica una considerazione non solo della materiale attività di comunicazione che viene posta in essere (il flusso d'informazioni di cui prima, che poi è il “messaggio” veicolato) ma soprattutto dello scopo che viene perseguito e che consente di qualificare tali messaggi come “pubblicitari”. Si ritiene che la primaria funzione della pubblicità sia quella di rendere noti una marca o un prodotto, informando sulle caratteristiche e sui vantaggi specifici che derivano dal loro uso o consumo, ciò vuol dire che la pubblicità si pone come obiettivo principale quello di aumentare le possibilità di vendita del prodotto facendolo conoscere al consumatore e garantendo, così, un aiuto al rivenditore nella sua attività; inoltre, la pubblicità cerca di accrescere il “valore” del prodotto agli occhi dei potenziali consumatori¹⁹. È risaputo, infatti, che il consumatore considera di solito il prodotto di marca adeguatamente pubblicizzato come di “maggior valore” rispetto ad altro prodotto identico, nella qualità e nel prezzo, ma che non sia di marca o adeguatamente pubblicizzato. Pertanto, lo scopo primario che la pubblicità persegue è, e rimane, quello di promuovere l'acquisto di beni e servizi sul mercato. Si potrà parlare, pertanto, di pubblicità solo in relazione a quei messaggi che perseguono uno scopo di lucro e che sono finalizzati a stimolare la richiesta di consumo: «non costituisce pubblicità qualsiasi comunicazione contenente informazione e apprezzamenti positivi su prodotti e servizi offerti sul mercato, ma solo *la comunicazione diretta a promuovere la vendita* di tali prodotti e servizi nell'interesse di chi li realizza e commercializza.²⁰»

3. Comunicazione pubblicitaria e propagandistica

È stato autorevolmente sostenuto che nel momento in cui una comunicazione di massa sia finalizzata ad ottenere da parte della collettività un dato comportamento si può

¹⁸ Così PRINCIPATO, L., *op. cit.*, p. 522.

¹⁹ Cfr. ATTANASIO, F., *La pubblicità, oggi*, Milano, 1998, p.16

²⁰ Così AGCM, Prov. n. 2134 (PI282) – Guida ai miglior medici – 15/71994, in *Boll. Aut. Gar.*, 28-29/94, p.81.

parlare di propaganda²¹, e quando quest'ultima sarà indirizzata a provocare un comportamento di natura economica allora, in tale ipotesi, si potrà parlare di pubblicità commerciale²². Se si considera la pubblicità una forma di comunicazione persuasiva risulterà difficile, infatti, non riscontrare delle similitudini tra la comunicazione propagandistica e quella commerciale, a tal punto che molti dizionari, ad esempio, tendono a definire la pubblicità come particolare declinazione commerciale della propaganda, ed entrambe forme intercambiabili nel discorso persuasivo²³. Se

²¹ BARILE, P., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, p. 266, afferma «La propaganda tende a persuadere il prossimo delle idee che vengono esposte, e insieme a convincere i destinatari ad agire per mutare una situazione di fatto o un ordinamento».

La parola «propaganda» nasce nel 1622, quando papa Gregorio XV, per combattere l'affermarsi della riforma protestante, fonda la *Sacra Congregazione de propaganda fide*. Se esempi di propaganda organizzata in forma di manifesti e adunate si possono trovare nel periodo della Rivoluzione francese, la propaganda intesa come “forma di pressione sociale” appare al tempo della Prima guerra mondiale e della Rivoluzione d'ottobre. Le basi teoriche sono fornite da Gabriel Tarde (*Le leggi dell'imitazione*, 1890; *L'opinione e la folla*, 1901) e da Gustave Le Bon (*Psicologia delle folle*, 1895). All'inizio del '900 in Russia il pensiero leninista si diffonde proprio attraverso un'intensa attività propagandistica. A partire dagli studi di Pavlov sui riflessi condizionati, Sergej Ciacotin formula una teoria organica della propaganda politica. Con il fiorire della psicologia comportamentistica la propaganda consolida la propria dimensione teorica. E negli Stati Uniti, a partire dagli anni quaranta alla Yale University si studia comunicazione persuasiva sotto la guida di Carl Hovland. Leonard W. Dobb scrive nel 1949 *Public opinion and propaganda*. Dopo la Seconda guerra mondiale, negli anni del maccartismo, viene condotta una intensa campagna contro l'URSS (paragonata all'Anticristo), che a sua volta usa in modo massiccio e sofisticato gli strumenti della disinformazione. Ma l'impiego della propaganda non finisce con la Guerra fredda. Yves Mèny e Yves Surel parlano di populismo mediatico e telecrazia: «la televisione è un mezzo di enormi potenzialità. De Gaulle fu tra i primi a comprenderne la forza. E attraverso questo mezzo in più di una occasione ha scavalcato i partiti per parlare direttamente al popolo. Oggi però il Generale sarebbe considerato un dilettante (...) e grazie alla propaganda che la televisione di oggi ha creato la vera deriva populista.»

²² Cfr. FUSI, M., *La Comunicazione pubblicitaria nei suoi aspetti giuridici*, Milano 1970, p. 6.

Già nel 1953 G. CAPOGRASSI evidenziava l'analogia esistente tra propaganda e pubblicità, constatando come la prima tra le due figure venisse realizzata: «a) con il monopolio delle informazioni e delle notizie date o nascoste o deformate secondo la convenienza delle forze che tengono lo Stato; b) con il commentario di queste notizie, costantemente apologetico per una parte e costantemente denigratorio per l'altra parte.; c) con la ripetizione costante di frasi o parole tipiche, ossessionante, e a cui nessuno sfugge, con la stessa tecnica della pubblicità commerciale; d) con creazioni mediante questi o altri mezzi, di natura spettacolistica, di correnti collettive emozionali tali da trascinare in una specie di raptus le masse come forze cieche per qualunque scopo. È chiaro che queste prassi, sebbene portate a scala gigantesca, sono dell'identica natura di quelle attività di reclame, che è gran parte delle odierne aziende industriali e commerciali. La propaganda è l'adozione dei metodi della reclame comune, a scopi di formazione di stati artificiali di opinione pubblica a servizio di questo e quell'interesse politico (...)». Così CAPOGRASSI, G., *La crisi del diritto*, Padova, 1953, p. 23.

Sull'omologazione della propaganda politica rispetto a quella commerciale v. PACE, A., *La ridotta tutela della propaganda in materia economica. La pubblicità commerciale radiotelevisiva*, in A. PACE – M. MANETTI, *Rapporti civili, art. 21, Commentario della Costituzione*, Bologna, 2006, 60; RUOTOLO, M., *È veramente irragionevole ed eccessiva la distinzione tra propaganda e pubblicità applicata alle campagne referendarie? Sulla esigenza di tutelare i destinatari dei messaggi*, in F. MODUGNO (a cura di), *Par condicio e Costituzione*, p. 360 e ss.

²³ Cfr. *Diccionario de Real Academia de lengua Española*, vigesima edizione, 1984. In quest'ultimo la propaganda viene definita come «Acción o efecto de dar a conocer una cosa con el fin de atraer adeptos o compradores.» In questa definizione si evidenzia la presenza di due elementi, quello informativo (Accion o efecto de dar a conocer una cosa) e quello persuasivo che persegue due finalità: «la atracción de adeptos», che può interessare l'ambito politico, sociale, filosofico o religioso, oppure «la atracción de compradores» in riferimento all'ambito commerciale. In considerazione delle diverse finalità della

effettivamente sussiste tra le due figure una matrice comune, esistono comunque degli elementi di differenziazione che sono stati sottolineati soprattutto nell'ambito del settore pubblicitario e del marketing. La pubblicità individua settori di pubblico specifici ai quali offre scelte e comportamenti altrettanto specifici, che vengono contestualizzati all'interno dei sistemi di valori e di desideri che quei settori di pubblico già condividono o potrebbero condividere. La propaganda si rivolge soprattutto alle masse indifferenziate, a cui cerca di imporre sistemi di valori e desideri nonché scelte e comportamenti²⁴. È stato evidenziato, inoltre, come la pubblicità contiene o rinvia ad una argomentazione od ad un luogo comune, utilizzando quelli che nel linguaggio del settore vengono definiti "registri emozionali" blandi e, in linea di massima positivi, diversamente, la propaganda non si estrinseca in un messaggio argomentato, ma sviluppa un discorso a partire da un sistema di idee che non ammette contraddizioni pretendendo totale adesione²⁵. Nel far ciò la propaganda utilizza "registri emozionali" forti e spesso negativi. Infine è dato da aggiungere che la pubblicità rappresenta una informazione di parte resa esplicita (tant'è che, ad eccezione delle ipotesi di pubblicità occulta, l'identità del committente è nota) ed espressa in modo "seduttivo". Al contrario la propaganda pur essendo un'informazione di parte tende a presentarsi come oggettiva ed indiscutibile.

Al di là di queste diversificazioni, sul tema esistono due approcci metodologici tendenti ad individuare la differenziazione tra la propaganda e la pubblicità o in base all'attività esercitata (attività informativa o attività promozionale) o sulla natura dei fini perseguiti. Secondo quest'ultimo approccio la propaganda presenterebbe delle caratteristiche peculiari tendenti ad indirizzarsi alla diffusione di idee ed opinioni al fine di convincere della loro validità, diversamente la pubblicità sarebbe indirizzata alla diffusione di informazioni su determinati beni di cui si vuole incrementare il consumo.²⁶ In linea

propaganda si possono configurare diverse specie dentro lo stesso genere. Nello stesso Dizionario in relazione alla pubblicità si parla di «Divulgación de noticias o anuncios de carácter comercial para atraer a posibles compradores, espectadores, usuarios, etc.» la corrispondenza tra i due concetti è evidente, grammaticalmente la pubblicità è una specie del genere propaganda, qualificata per il suo ambito materiale e per la sua finalità. In questo senso JOSÈ LUIS GARCÍA GUERRERO, *La publicidad como vertiente de libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español*, in corso di pubblicazione.

²⁴ Cfr. TESTA, A., *op. cit.*, 24 e ss.

²⁵ *Op. Ult. Cit.*

²⁶ Cfr. F. PREZIOSO, *Diritto di cronaca e pretesa pubblicità indiretta dei prodotti da fumo*, osservazione a trib. Roma 3 settembre 1997, in *GiuR. Cost.*, 1999, 2868 e ss.. MARTÍN AMARÍO afferma che la pubblicità « tiene una finalidad claramente comercial, pues pretende no sólo informar, sino también persuadir para influir en la decisión de compra del público sobre ciertos productos y servicios. Esta finalidad permite

generale pur riconoscendo la compresenza in entrambe le figure sia dell'elemento informativo che di quello persuasivo si ritiene che il fattore discriminante sia da individuare nella particolare connotazione economica della pubblicità²⁷. È stato evidenziato²⁸ come tale interpretazione sembra venire contraddetta nell'ambito della disciplina relativa alla materia elettorale ed, in particolare, nel c.d. decreto sulla *par condicio*²⁹ che differenzia la pubblicità elettorale dalla propaganda elettorale. Tale distinzione sarebbe effettuata in base alla «diversa qualità della forma comunicativa, connotata nella propaganda dalla finalità di trasmettere ai destinatari i contenuti dell'azione politica al fine di sollecitarne la valutazione critica, mentre la pubblicità dall'intento di suggestionare emotivamente il pubblico, nel tentativo di determinare le scelte anche irrazionalmente, attraverso messaggi assai concisi e brevi³⁰». Sparisce in tale contesto il riferimento al discrimine basato sull'elemento economico e riemerge quello incentrato sulla diversa attività realizzata: informativa o persuasiva³¹. Tale

diferenciar la publicidad de la propaganda, ya que esta última està orientada por fines sociales, políticos, religiosos, etc., però nunca comerciales.» Così AMARIO, M., *Marketing, Barcellona*, 1993, p.477. In

²⁷ Cfr. PACE, A., *Fumo e libertà*, in *Il Tempo*, 5 luglio 1983, p.2. Sulla centralità dello scopo economico perseguito dalla pubblicità Vignudelli osserva « che, qualora venissero meno le finalità economiche, ci si troverebbe di fronte a figure del tutto diverse dalla pubblicità commerciale, quale la propaganda, nel caso in cui sussistessero scopi specifici (politici, sindacali, civili, religiosi ed umanitari), ma non economici, e quali la pubblicità in senso ampio, qualora venga a mancare una volontà finalizzata ad uno scopo specifico, anche nell'ipotesi fortuita che esso rivesta, in qualche modo, una rilevanza economica». Cfr. VIGNUDELLI, A., *op. cit.*, p. 59-60. Sul punto è stato osservato che «Ciò che distingue le due forme, peraltro, sono non tanto i temi trattati (ben potendo accadere che, nel quadro della propria pubblicità istituzionale, un'impresa agiti problemi ideologici per promuovere la sua immagine), quanto piuttosto gli scopi che la comunicazione persegue, onde, pur se sviluppi argomenti sociali, una campagna dovrà ritenersi pubblicità e non propaganda quando si risolva nella promozione di un marchio o di un prodotto.» Così FUSI, M., TESTA, P., *Diritto e pubblicità*, cit., p 303. Conformi a tale orientamento alcune pronunce del Giurì di autodisciplina pubblicitaria nelle quali è stata considerata pubblicità le campagne Benetton che sebbene caratterizzate da messaggi ideologici tuttavia erano atte a promuovere la marca pubblicizzata (Giurì 27/94, 161/93, 148/91, 21/91). In maniera conforme anche le decisioni dell'Autorità Garante n. 7954, n. 2027, n. 1752.

²⁸ Cfr. PRINCIPATO, L., *op. cit.*, p 524- 525.

²⁹ D.l. 20 marzo 1995 n. 83. Il riferimento è all'art. 2 che definisce come pubblicità elettorale «l'insieme dei messaggi brevi diffusi attraverso inserzioni sulla stampa e spot radiotelevisivi» che si caratterizzano per la finalità promozionale e che, ai sensi dell'art. 3 abbiano per contenuto «l'esposizione di elementi oggettivi attinenti alla denominazione del soggetto politico, al contrassegno del soggetto politico ed all'appartenenza del soggetto politico ad una determinata forza politica». Diversamente la propaganda elettorale, ai sensi dell'art. 22 comma 2, avrebbe per contenuto « l'esposizione, sulla stampa e nelle trasmissioni radiotelevisive, delle caratteristiche oggettive e soggettive, delle linee e dei programmi generali e specifici dei soggetti politici»

³⁰ Così PRINCIPATO, L., *op. cit.*, p 524.

³¹ Tale impostazione sembra seguita anche dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 161 del 1995 nell'ambito del giudizio sul conflitto di attribuzioni emerso in relazione al decreto legge sulla par condicio. La Corte nell'annullare l'art. 3 comma 6, per la parte in cui rendeva applicabile alle campagne referendarie il divieto di pubblicità elettorale nei trenta giorni precedenti le elezioni od il referendum, affermava che «mentre per le campagne elettorali la presenza di un limite temporale ragionevolmente contenuto per lo svolgimento della pubblicità può trovare giustificazione nel fatto di privilegiare la propaganda sulla pubblicità, al fine di preservare l'elettore dalla suggestione di messaggi brevi e non motivati, eguale esigenza non viene a prospettarsi per le campagne referendarie, dove i messaggi tendono,

ricostruzione sembrerebbe comunque allontanarsi dalle indicazioni precedentemente fornite proprio in riferimento all'origine³² ed ai caratteri dell'attività propagandistica. Senza voler proseguire oltre su tale tema, che meriterebbe una trattazione separata, si vuole sottolineare come gli approcci ricostruttivi finalizzati ad evidenziare un discrimine tra le due figure di comunicazioni non riescono a fornire una solida argomentazione alla conclusione per la quale la propaganda rientrerebbe tra le manifestazioni del pensiero di cui all'art. 21 Cost.³³ e la pubblicità, viceversa, ne sarebbe esclusa per essere ricondotta al solo art. 41 Cost.³⁴.

4. La pubblicità tra informazione e persuasione

Come è stato giustamente osservato per poter escludere l'applicabilità dell'art. 21 Cost. alla fattispecie pubblicitaria bisognerebbe dimostrare che gli elementi costitutivi del messaggio pubblicitario (informazione e persuasione) non rientrerebbero nell'ambito dell'ampia tutela apprestata dall'art. 21 Cost.³⁵.

Il messaggio pubblicitario si caratterizza per una doppia componente informativa e persuasiva. Posto che nell'ambito dell'evoluzione del fenomeno pubblicitario la componente persuasiva ha assunto un ruolo sempre crescente non si può non considerare la pubblicità la principale fonte di notizie economiche di cui dispone il consumatore³⁶.

per la stessa natura binaria del quesito, a risultare semplificati, così da rendere sfumata al distinzione tra le forme della propaganda e le forme della pubblicità»

³² Si rinvia alla nota 18.

³³ In questo senso anche la Corte Costituzionale che afferma «la libertà di propaganda è espressione di quella manifestazione del pensiero, pietra angolare dell'ordine democratico.» Cfr. C. Cost. sentenza del 17 aprile del 1969 n.84, in *Giur. Cost.*, 1969, p. 1175.

³⁴ Cfr. PRINCIPATO, L., *op. cit.*, p.525.

³⁵ Cfr. SERAFIN, E., *Emittenti estere e pubblicità televisiva; l'incostituzionalità del divieto pubblicitario prepara la strada alle telecomunicazioni di massa*, in *Giur. Cost.*, I, 1985, p. 2066. Cfr. PRINCIPATO, L., *op. ult. cit.*

³⁶ La dimensione persuasiva «venne via via assumendo un rilievo dominante rispetto a quella informativa, sempre più compressa e tuttavia insopprimibile, dato che un minimo d'informazione, quanto meno come segnalazione del nome o del tipo del bene offerto, è indispensabile perché la stessa funzione persuasiva possa esercitarsi a favore di un prodotto determinato.» Cfr. GHIDINI, G., *Introduzione allo studio della pubblicità commerciale*, Milano, 1969, p.19.

«Nelle sue manifestazioni più semplici la pubblicità è pura notizia, cioè l'esposizione di un fatto onde farlo conoscere: dunque un atto d'informazione³⁷». Che l'informazione trovi tutela nell'ambito dell'art. 21 della Costituzione è un dato così indiscusso sia in ambito dottrinario che giurisprudenziale³⁸ che non si reputa opportuno soffermarsi a ricostruire le motivazioni di tale riconduzione. Basti solo ricordare quanto l'insigne giurista Esposito aveva avuto modo di constatare, ossia come anche «la dichiarazione di esistenza di un fatto è manifestazione di un pensiero, di uno stato d'animo relativo a tale esistenza (...) e che le affermazioni di scienza, come manifestazione della opinione di conoscere o non conoscere un fatto, sono garantite dall'art. 21 Cost.³⁹»

In realtà, una delle principali obiezioni che vengono mosse alla riconducibilità della pubblicità all'art. 21 della Cost. non è incentrata sul contenuto informativo della stessa bensì sul fatto che essa non può essere considerata espressione di pensiero poiché è indirizzata a provocare nel destinatario uno stato emozionale che va ad incidere sull'irrazionale, risolvendosi in una forma di istigazione all'azione⁴⁰. È stato autorevolmente sostenuto che «ogni manifestazione di pensiero gode della garanzia costituzionale, anche se tende a creare uno "stato emozionale". Anzi, questo è lo scopo di ogni manifestazione che tende a convincere gli interlocutori della bontà delle idee espresse e, se necessario, dell'opportunità di agire perché esse si attuino. Solo l'istigazione, in quanto è "quasi azione" può essere non coperta dalla garanzia costituzionale»⁴¹. E siccome la capacità persuasiva della pubblicità non si estende fino

³⁷ FUSI, M., *op. cit.*, pp. 23- 24.

³⁸ Sul punto si rinvia alla sentenza n105 del 1972 in cui la Corte costituzionale afferma che nell'ambito di garanzia di cui all'art. 21 della cost. rientra «la libertà di dare e divulgare notizie, opinioni e commenti». Cfr. C. Cost. 15 giugno 1972 n. 105, in *Giur. Cost.*, 1972, p. 1203. Si rinvia, inoltre alla sentenza n 826 del 1988 in cui la Corte Costituzionale afferma che l'informazione, tutelata dall'art. 21 cost., debba intendersi « in senso lato ed onnicomprensivo, così da includervi qualsiasi messaggio televisivo, vuoi informativo, vuoi culturale, vuoi comunque di incidere sulla pubblica opinione.» Cfr. Corte Cost. 14 luglio 1988 n826, in *Giur. Cost.*, 1988, p. 3893. L'importanza di tale sentenza è stata sottolineata in dottrina: «L'elemento più significativo offerto da tale giurisprudenza costituzionale deve essere individuato nella affermazione riassuntiva per cui, per cogliere l'oggetto della corrispondente libertà costituzionale, ciò che conta è di considerare "informazione" qualunque manifestazione, in qualunque mezzo concretizzata (anche in quello televisivo); a mio avviso ciò significa che anche quello che in apparenza si risolve nella pura e semplice narrazione di un determinato "fatto", in realtà implica e si risolve nella comunicazione di qualunque cosa che viene elaborato nella sfera psichica di un soggetto agente, e che in qualche modo è intrinsecamente capace di produrre effetti nella sfera psichica dei soggetti destinatari del messaggio.» Cfr. S. FOIS, *Informazione e diritti costituzionali*, in *Dir. Inf.*, n. 2, 2000, p.259.

³⁹ Cfr. ESPOSITO, C., *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, in *Diritto costituzionale vivente. Capo dello Stato ed altri saggi*, Milano, 1992, p. 161, nota 90.

⁴⁰ Cfr. PRINCIPATO, L., *La pubblicità redazionale fra libertà di cronaca e libertà di comunicazione pubblicitaria*, in *Dir. Inf.*, 2003, p. 857.

⁴¹ Così BARILE, P., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, p. 266-267.

ad integrare gli estremi dell'istigazione, non si vede perché debba essere esclusa dalla garanzia apprestata in Costituzione alle altre manifestazioni del pensiero⁴². Del resto la medesima interpretazione dottrina afferma (al fine di escludere l'incriminazione della propaganda e della apologia) «la libertà di espressione del pensiero null'altro è che libertà di persuasione»⁴³. Tale impostazione troverebbe conferma nella stessa giurisprudenza della Corte Costituzionale. Quest'ultima, infatti, nella sentenza n. 84 del 1969 chiaramente afferma: «la propaganda è di per sé diretta a convincere, ed infatti questa Corte, nella sentenza 4 febbraio 1965 n. 9, ammise che rientra nell'art. 21 Cost. ogni espressione che miri a persuadere dell'utilità o della necessità di un dato contegno.»⁴⁴

Considerato quanto sinora esposto sembrerebbe che gli elementi caratterizzanti il messaggio pubblicitario (informazione e persuasione) non siano rilevanti al fine di escludere l'applicabilità dell'art. 21 Cost.. Si deve evidenziare, inoltre, che la dimensione informativa e quella persuasiva non possono essere facilmente scisse all'interno delle comunicazioni promozionali. Questo perché si tratta di due elementi che presentano una profonda connessione. È stato evidenziato, infatti, che «ogni manifestazione informativa è di per sé stessa, inevitabilmente ed intrinsecamente, in qualche modo “tendenziosa” nel senso etimologico del termine, per cui essa nasce e si esprime con l'impronta propria delle motivazioni e degli scopi del soggetto che la pone in essere.»⁴⁵ Se la “tendenziosità” è connaturata all'informazione in quanto tale, nel momento in cui quest'ultima sarà indirizzata alla finalità di promuovere la vendita di beni e servizi, si fonderà, inevitabilmente, con l'elemento persuasivo a ciò preposto. E questa connessione non varrà comunque a “svilire” il momento informativo ed il suo carattere di manifestazione del pensiero. «La finalità persuasiva che di regola si affianca a quella informativa non sembra privare del contenuto fondamentale di manifestazione di pensiero giacché, anche se utilizzata per convincere, essa è pur sempre l'espressione di una certa opinione su determinati fatti, allo stesso modo la diffusione di una notizia su un fatto politico, pur se prospettata a fini di propaganda ed

⁴² Per un esame del rapporto fra istigazione e libertà di manifestazione del pensiero, con particolare riferimento alla giurisprudenza della Corte Costituzionale sul punto si v. PRINCIPATO, L., *op. cit.*

⁴³ Cfr. BARILE, P., *op. cit.*

⁴⁴ Cfr. Corte Cost. 2 aprile 1969 n. 84, in *Giur. Cost.*, p. 1175.

⁴⁵ Così, FOIS, S., *op. cit.*, p. 259.

accompagnata dalla valutazione favorevole di esso, non perde per ciò solo il carattere essenzialmente informativo che ne costituisce l'essenza⁴⁶».

Che la pubblicità possa, dunque, essere libera espressione del pensiero, informazione e comunicazione di attività economica può ricavarsi agevolmente anche da un breve sguardo ad alcune tipologie di messaggi pubblicitari. Alcuni messaggi promozionali possono fornire informazioni di pubblico interesse (es: i benefici per la salute di un'acqua minerale) o favorire scelte razionali del consumatore (es. comparazione tra gestori di telefonia). Altri possono comunicare un ideale oppure una visione della vita (es. la critica alla società capitalistica nell'invito ad acquistare beni del commercio « equo e solidale»). Pertanto “dietro il messaggio” pubblicitario può essere individuato un “pensiero” che si vuole diffondere che non perde tale natura solo per l'esistenza di un intento persuasivo o di un richiamo emotivo⁴⁷.

In realtà, occorre precisare che una delle motivazioni che vengono addotte al fine di escludere l'applicabilità dell'art. 21 Cost. è l'impossibilità di rintracciare all'interno della pubblicità l'esistenza di un “pensiero” che possa definirsi “proprio”⁴⁸. In proposito si è sostenuto che la tutela dell'art. 21 Cost. è rivolta unicamente a quelle manifestazioni che sono espressione della personalità del soggetto comunicante e che, diversamente, «la pubblicità economica non costituisce manifestazione che viene diffusa per esprimere la personalità del suo autore»⁴⁹. È stato evidenziato come il messaggio pubblicitario, ad eccezione delle riproduzioni meccaniche di un «pensiero troppo informe, rarefatto e semplificato per essere reputato “proprio” alla stregua del primo comma dell'art. 21 Cost.»⁵⁰, potrebbe presentarsi in forma talmente originale ed

⁴⁶ Così FUSI, M., *La comunicazione pubblicitaria nei suoi aspetti giuridici*, Milano, 1970, p. 24. Sul punto si rinvia all'opinione dell'insigne giurista S. Foix: «quanto finora ho cercato di dire riguardo all'informazione in senso onnicomprensivo, alla libertà nella scelta degli scopi che essa può essere rivolta a perseguire, al fatto che essa possa esprimere accentuazioni propagandistiche, alla sua naturale ed intrinseca “tendenziosità”, tutto ciò serve ad impostare problemi molto attuali come quelli che riguardano la pubblicità economica e commerciale: ritengo che l'informazione pubblicitaria sia da considerare informazione a tutti gli effetti, e quindi debba essere considerata e garantita come oggetto del diritto di libertà del quale ora parliamo». Cfr. S. FOIX, *op. cit.*, p. 263.

⁴⁷ Cfr. VIGEVANI, G. E., *La pubblicità commerciale*, in AA. VV., *Percorsi di diritto dell'informazione*, Torino, II ed., p. 403.

⁴⁸ In questo senso C. CHIOLA che pare escludere qualsiasi connotazione di “pensiero proprio” dalla pubblicità in funzione della prevalenza, nella fattispecie, delle finalità economicistiche alla diffusione – ex art. 41 cost. – e quindi, dell'assenza di qualsiasi “nesso” fra pensiero manifestato e pensiero diffuso. Cfr. CHIOLA, C., *Manifestazione del pensiero (libertà di)*, in *enc. Giur. Treccani*, XIX, 1990, p. 6.

⁴⁹ Cfr. CHIOLA, C., *op. ult. cit.*

⁵⁰ STANCATI, P., *Lineamenti evolutivi della libertà di manifestazione del pensiero e della informazione: rivoluzione mediatica, “buona” e “cattiva” televisione, multiculturalismo, fenomenologia terroristica*, in *Dir. e Soc.*, 3/2005, 364.

innovativa, al pari di ogni «espressione artistica propriamente detta», da non potersi riferire ad essa in termini di “non pensiero” o addirittura di “pensiero non proprio”⁵¹. La non distinguibilità del pensiero pubblicitario rispetto al pensiero “in senso stretto” troverebbe, inoltre, conferma nei processi di espansione e convergenza mediatica i quali hanno favorito il livellamento e l’omologazione, soprattutto contenutistica e qualitativa, tra le manifestazioni del pensiero per così dire “incontaminate” e le comunicazioni funzionalizzate ad interessi commerciali⁵².

Con quanto affermato non si vuole sostenere che la funzione essenziale della comunicazione commerciale sia la stessa della “stampa d’informazione”, bensì che la pubblicità è, e resta, “comunicazione di attività economica”, informazione al consumatore circa l’esistenza sul mercato di determinati prodotti⁵³.

⁵¹ Cfr. STANCATI, P., *Manifestazione del pensiero e informazione tra libertà e funzione*, op.cit., 62 ss..

In relazione alle modalità espressive si è sostenuto che queste dovrebbero essere imputate all’autore del messaggio e non all’impresa interessata e che «l’attività svolta è da qualificarsi come economica e sottoposta ai limiti dell’art. 41 cost. in quanto “prodromica e preparatoria” dei mezzi necessari, dell’organizzazione indispensabile per la materializzazione ed asternazione del messaggio pubblicitario altrui». Di conseguenza, anche in presenza di un messaggio “confezionato” in maniera artistica da parte del suo autore si dovrebbe parlare di «arte applicata o funzionalizzata» all’interesse dell’impresa committente; ipotesi che escluderebbe la qualificazione della pubblicità, così artisticamente modellata, quale pensiero “privilegiato” rientrante nell’alveo di protezione dell’ art. 33 Cost. Cfr. G. CHIAPPETTA, *La pubblicità commerciale, in Iniziativa economica ed impresa nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di V. BUONOCORE, Napoli, 2006, p. 393-412. Di diversa opinione A. PACE il quale richiamandosi alle parole di altro autore afferma che: «L’ ”idea pubblicitaria” intesa quale “substrato di carattere nuovo che costituisce il fulcro attorno al quale possano poi svolgersi in varia forma le manifestazioni dell’attività pubblicitaria” costituisce pur sempre manifestazione del pensiero del “creativo” quand’anche essa non si estrinsechi “ mediante la forma espressiva di un originale apporto concettuale”; mentre qualora ricorrano questi requisiti (e quindi la presenza di un’opera pubblicitaria vera e propria) , il “creativo” ne è, a tutti gli effetti, l’autore anche ai sensi della legge n. 633 del 1941. Ma non basta. Ove l’opera attinga a livelli artistici l’autore di essa sarà tutelato, a livello costituzionale, non solo dall’art. in commento ma anche dall’art. 33, comma I Cost.». Così PACE, A., *Art. 21...*, op. cit. p 64 e ss. L’autore richiamato è L. SORDELLI, *Problemi giuridici della pubblicità commerciale*, p. 79 e ss.. Sul punto si rinvia inoltre alla sentenza della Corte di Cass. 23 gennaio 1969 n. 175 nella quale si afferma: «il risultato dell’attività pubblicitaria è protetto dal diritto d’autore [...] per quella parte di essa che può assumere concretizzazione esteriore quando abbia i caratteri, pur in minima misura, di originalità e creatività.»

⁵² Cfr. STANCATI, P., *Lineamenti evolutivi della libertà di manifestazione del pensiero e della informazione: rivoluzione mediatica, “buona” e “cattiva” televisione, multiculturalismo, fenomenologia terroristica*, op. cit., 366.

⁵³ Cfr. CORASANITI, G., *La regolamentazione della pubblicità: profili costituzionali, in diritto della Comunicazione Pubblicitaria*, a cura di G. CORASANITI E L. VASSELLI, Torino, 1999. L’autore sul punto afferma «Il messaggio pubblicitario non è manifestazione generica di attività economica o produttiva, ma è il modo, sempre più costante e ormai accettato universalmente, in cui il soggetto che la esercita comunica e quindi si esprime, presentando collettivamente un determinato prodotto o una linea produttiva o semplicemente affermando socialmente il proprio marchio.» Cfr. G. CORASANITI, op. cit. p. 6.

5. La rilevanza della finalità economica della pubblicità

La convinzione, ampiamente diffusa in dottrina, che lo statuto della pubblicità commerciale debba essere ricondotto all'art. 41 Cost. poggia, oltre che sulle considerazioni precedentemente esposte, sull'affermazione che la pubblicità commerciale sarebbe indirizzata «a tutt'altre finalità rispetto a quelle promesse dall'art. 21»⁵⁴, ossia al perseguimento del fine economico dell'impresa attraverso la promozione dell'acquisto di un determinato bene e servizio⁵⁵. È stato osservato, in proposito, che la finalità commerciale «spezza il nesso che deve legare la manifestazione alla diffusione per comprendere anche quest'ultima nell'area della libertà garantita dall'art. 21 Cost.»⁵⁶ Tale affermazione impone di considerare se la Costituzione valuti la finalità perseguita dalla manifestazione del pensiero come elemento costitutivo della fattispecie tutelata dall'art. 21 Cost.. In realtà, una efficace risposta può essere rintracciata nelle parole di un insigne giurista secondo il quale l'art. 21 Cost. «consentendo la “diffusione con ogni mezzo” non ha inteso discriminare fra i vari scopi cui essa può rivolgersi rientrando fra le funzioni caratteristiche della manifestazione del pensiero quella di persuadere gli altri della bontà di determinate ideologie o fedi o convinzioni scientifiche o culturali, o *incitare all'uso di determinati prodotti* o all'adozione di certi metodi.»⁵⁷. Considerare la finalità economica come non discriminante ai fini

⁵⁴ Così GHIDINI, G., *op. cit.*, p. 229. L'autore in particolare ritiene che l'esclusione della pubblicità dall'alveo di protezione dell'art. 21 cost. derivi dal fatto che il principio di libertà ivi sancito sia «diretto a garantire la libera formazione e quindi il libero dibattito delle opinioni intorno ai temi e alle istanze d'interesse “politico” nel senso più lato (e più proprio) del termine»; si veda anche ROPPO, E., *Pubblicità televisiva ed emittenti private. A proposito di spots, di diritto morale d'autore e di qualche altra cosa*, in *Foro it.*, 1983, I, 1144.

⁵⁵ A questa argomentazione se ne aggiunge un'altra di carattere strettamente economico secondo la quale la pubblicità può essere valutata come merce e gli investimenti pubblicitari possono essere misurati intermini di percentuali del prodotto industriale lordo. Pertanto, secondo tale considerazione, non si può trattare la pubblicità come una merce senza applicare alla medesima le regole dell'iniziativa economica privata. In questo senso RODOTÀ, S., *Alcuni spunti per una disciplina della pubblicità commerciale*, in *La pubblicità e il sistema dell'informazione*, a cura di BARILE E CARETTI, Torino 1984, p. 365.

⁵⁶ CHIOLA, C., *op. ult. cit.*

⁵⁷ Cfr. MORTATI, C., *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1967, 973-974. In maniera conforme VIGNUDELLI, A.: «A nostro parere ogni manifestazione del pensiero ha *in re ipsa* una finalità cui essa risulta naturalmente tendere, ma ciò nonostante le diverse fattispecie, le differenti forme che essa risulterà idonea ad assumere, non dovrebbero essere tali da comportare discipline sostanzialmente differenziate.» Cfr. VIGNUDELLI, A., *op. cit.*, p.100. Sul punto FUSI afferma: «Che ogni manifestazione del pensiero possa essere strumentalizzata ai più vari fini è cosa risaputa (...). Generalmente alla base di ogni manifestazione di pensiero che si proponga di influenzare e convincere il prossimo ad una certa azione, vi è un'attività, o un complesso, o un settore di attività materiali per favorire la quali, appunto, la manifestazione del pensiero viene strumentalizzata. Tuttavia, benché strumentalizzata, essa non perde il suo carattere per confondersi con l'attività sottostante: diversamente dovremmo affermare che propaganda politica ed attività politica sono la stessa cosa, propaganda scientifica ed attività scientifica si identificano, e così via ogni volta che la manifestazione del pensiero appaia come indispensabile strumento per dare incremento all'attività cui si riferisce. (...) Onde possiamo dire che la comunicazione

dell'applicazione dell'art. 21 Cost., non significa negarle aprioristicamente ogni rilievo e, soprattutto, non conduce al corollario della inapplicabilità, sempre e comunque, dell'art. 41 Cost. alla pubblicità. Infatti, sebbene la pubblicità, alla luce delle considerazioni precedentemente addotte, presenta tutti gli elementi costitutivi della manifestazione del pensiero, allo stesso tempo si presenta come momento essenziale di svolgimento dell'iniziativa economica⁵⁸. Tenendo conto di tale natura composita del fenomeno in parola si potrebbe sostenere che la materia pubblicitaria debba essere disciplinata in applicazione del combinato disposto degli art. 21 e 41 Cost.⁵⁹; e, secondo alcuni, la disciplina dovrebbe essere impostata riferendo le due disposizioni costituzionali ai due diversi "momenti" che caratterizzano il fenomeno pubblicitario, quello della predisposizione del messaggio e quello imprenditoriale⁶⁰. In proposito è stato precisato che anche se questa soluzione può apparire preferibile occorre, comunque, evidenziare che non si può aprioristicamente scindere l'aspetto relativo al contenuto del messaggio promozionale rispetto a quello relativo al suo impiego imprenditoriale, perchè i due piani, pur differenti, spesso si intersecano⁶¹. In ogni caso,

pubblicitaria è una manifestazione del pensiero di tipo particolare, utilizzata a fini economici a tal punto da divenire parte dell'attività d'impresa, ma non sostenere che essa sia un'attività economica: non se ne può confondere la funzione con la natura.» Cfr. FUSI, M., *op. cit.*, pp. 24-25

⁵⁸ «La comunicazione pubblicitaria si palesa strumento rispetto (all'iniziativa o) all'attività economica ed è a questa finalizzata, ma è anche vero che essa ha in sé tutte le caratteristiche, dal punto di vista strutturale e del suo contenuto, di ogni altra manifestazione del pensiero.» Così SANTORO, E., *Frammenti per una ricerca in tema di rettifica*, in *Il dir. Radiodiff. E telec.*, 1976, p.486. Secondo ZENO-ZENCOVICH «la pubblicizzazione del prodotto o del servizio costituisce un aspetto essenziale sia della determinazione dei costi che della previsione dei ricavi.» Cfr. ZENO-ZENCOVICH, *La libertà d'espressione*, p. 86.

⁵⁹ In senso favorevole alla duplice copertura costituzionale v. FUSI, M., *op. cit.*, p. 26 ss.; SANTORO E., *Frammenti per una ricerca in tema di rettifica*, in *Dir. Radiodiff. Telcom.*, p. 485 ss.; PACE, A., *Problematica delle libertà costituzionali*, *op. cit.*, p.393 ss.; PREZIOSO, F., *Le inesauribili realtà della pubblicità promozionale*, in *Giur. Cost.*, 1999, p.435 ss.; PRINCIPATO, L., *op. cit.*, p. 550 ss.; VIGNUDELLI, A., *op. cit.*, p. 107 ss.; SERAFIN, E., *op. cit.*, p. 2065 ss.

⁶⁰ Tale interpretazione scioglie le eventuali perplessità derivanti dall'utilizzo di un combinato disposto "sul terreno dei diritti di libertà ove l'indicazione tassativa dei limiti ha un preciso valore", attraverso il richiamo operato nel V comma dell'art. 21 alla trasparenza delle fonti di finanziamento alla stampa periodica. Tale richiamo «potrebbe, infatti, introdurre nell'ambito delle garanzie connesse alla produzione della comunicazione pubblicitaria, qualora la si volesse intendere come espressione del pensiero, la rilevanza del fattore dell'organizzazione imprenditoriale che concorre alla produzione o alla diffusione, diretta o indiretta, dello stesso messaggio.» Così BARILE, P., CARETTI, P., CHELI, E., DE SIERVO, U., ZACCARIA, R., *La Pubblicità e il sistema dell'informazione*, 1984, p. 24..

⁶¹Tale interdipendenza emerge nel rapporto tra il "creatore" dell'idea pubblicitaria ed il committente della medesima. Non si può escludere, ad esempio, che l'operatore pubblicitario nella creazione dell'idea promozionale debba adottare tutte le cautele sia di tipo oggettivo che soggettivo necessarie perché l'opera sia conforme alle richieste imposte dall'ordinamento vigente a tutela del consumatore (come la chiara riconoscibilità del messaggio). «Questi limiti, proprio perché rilevanti nella fase dello svolgimento dell'iniziativa economica (art. 41, comma 2 Cost.), non possono spiegare alcun effetto pratico prima della diffusione del messaggio promozionale. È però intuitivo che il committente, nella sua prudenza, li deduca in obbligazione all'atto del conferimento dell'incarico al pubblicitario con la conseguenza che tali limiti – che limitano costituzionalmente e legislativamente la sola impresa - si tradurranno, per il pubblicitario in essenziali limiti contrattuali (...) E, si badi bene, questi limiti sono particolarmente

la giustificazione a questa “interferenza” normativa potrebbe discendere dalla considerazione che un medesimo fatto può costituire elemento necessario e sufficiente di una fattispecie e come tale produrre una situazione giuridica, la quale diviene essa stessa oggetto di una diversa disposizione, ossia fatto che, sussumibile in una nuova fattispecie, è idoneo a produrre ulteriori effetti giuridici.⁶² La comunicazione pubblicitaria, infatti, pur oggetto dell’espressione del pensiero, rientra anche tra le componenti del contenuto della libertà d’iniziativa economica; non si deve dimenticare in proposito che fra i poteri e le facoltà attraverso le quali può estrinsecarsi il trattamento giuridico dell’attività economica, vi è, sicuramente, quella di promuovere presso la collettività l’attività posta in essere con il fine di persuadere all’acquisto. Secondo tale ricostruzione esiste una certa antecedenza logica tra le due fattispecie e relative disposizioni⁶³, nel senso che con riguardo all’art. 21 Cost. la comunicazione pubblicitaria è fattispecie di primo grado, in quanto nella sua componente obiettiva è oggetto della manifestazione del pensiero, mentre con riguardo all’art. 41 Cost. lo stesso fatto è fattispecie di secondo grado, poiché è indispensabile che sia presente l’ulteriore fenomeno dell’attività economica privata, in base al quale l’art. 41 collega l’applicabilità della tutela e dei limiti costituzionalmente previsti. Secondo tale ricostruzione non essendo il fatto “una monade all’interno della fattispecie” esso concorre con altre circostanze all’integrazione di quest’ultima; pertanto, il problema dei limiti alla pubblicità commerciale, che attiene a quello della determinazione del fondamento costituzionale della pubblicità, non può prescindere dall’esame concreto delle circostanze, il ricorrere delle quali qualifica la fattispecie, insieme al fenomeno comunicativo⁶⁴. Alla luce di tale condivisibile orientamento, dunque, la

importanti per negare che, sotto questo profilo, si applichi l’art. in commento. Infatti, il diritto del consumatore ad essere informato sul contenuto dei prodotti e dei servizi offerti mentre non esiste a fronte della generale manifestazione del pensiero, è invece specificamente desumibile dall’art. 41, comma 2 Cost. » Così PACE, A., *op. cit.* pp. 66-67.

⁶² «Così come le disposizioni dialogano fra loro, dando vita a più complessi trattamenti giuridici fondati ora sul combinato disposto di una molteplicità di norme, ora sulla tecnica del rinvio, ora sull’interpretazione sistemica, allo stesso modo esistono fatti che, pur autonomi ed unitari nella realtà sociale e pregiuridica, danno vita ad una pluralità di *fatti giuridici* poiché oggetto di previsione da parte di più disposizioni». Cfr. L. PRICIPATO, *op. cit.* 548

⁶³ Nel senso dell’antecedenza sussistente tra art. 21 e 41 si v. VIGNUDELLI, *op. cit.*, che si esprime in favore della prima disposizione considerata come «tipica norma costituzionale fondamentale, a fronte di una norma riconoscibile nella veste di disposizione costituzionale di dettaglio», p. 298.

⁶⁴ Cfr. L. PRICIPATO, *op. cit.*, p. 551. Ad esempio di quanto detto l’autore considera che «la disposizione che accordasse protezione alla creazione pubblicitaria solo laddove palese, veritiera e corretta, nell’ipotesi di falso obiettivo potrebbe dirsi legittima con riguardo all’art. 41, comma 2 Cost., ma sarebbe incostituzionale con riferimento all’art. 21 cost., che accorda tutela anche alle manifestazioni di pensiero non rispondente al vero ma pur tuttavia giudicata tale dall’autore. Al contrario, nella ben diversa fattispecie concreta in cui la pubblicità commerciale, quale decettivo strumento di sviamento della

determinazione dei limiti dovrebbe implicare la soluzione di un problema di qualificazione della fattispecie concreta, «verso la quale l'interprete deve porsi avendo presente che la comunicazione pubblicitaria è oggetto della libertà di manifestazione del pensiero, pur se la stretta inerenza rispetto all'esercizio della libertà d'iniziativa economica può giustificare l'imposizione di più stringenti limiti.»⁶⁵

6. La tutela della pubblicità quale manifestazione del pensiero nella giurisprudenza degli organi della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

La questione inerente alla tutela della comunicazione commerciale nell'ambito della Convenzione europea dei diritti dell'uomo investe direttamente il problema dell'applicabilità o meno alla pubblicità della garanzia predisposta dall'art. 10 CEDU in relazione alla libertà d'espressione. Tale articolo garantisce a qualsiasi persona la libertà di opinione e la libertà di ricevere e comunicare informazioni o idee indipendentemente dai confini⁶⁶. L'accoglimento dei ricorsi da parte della giurisdizione europea,

clientela, assurgesse al rango di fatto giuridico in quanto atto di concorrenza sleale, potrebbe ben dirsi pienamente applicabile l'art. 41 Cost., con la conseguenza che il relativo trattamento giuridico, avendo questa volta ad oggetto una facoltà contenuta della libertà d'iniziativa economica (*rectius*, un fatto sociale che giuridicamente rileva come facoltà contenuta della libertà d'iniziativa economica), potrà essere più incisivamente conformativo della situazione giuridica soggettiva.» Così L. PRINCIPATO, *op. cit.*, p. 551.

⁶⁵ *Op.ult.cit.* p. 53. Conforme è anche l'opinione del Giurì dell'autodisciplina pubblicitaria, secondo il quale «si può ammettere che la pubblicità è manifestazione del pensiero alla pari di altre manifestazioni, ma ciò non toglie che [...] essa deve essere sottoposta a limiti più severi di altre forme di comunicazione perché è strumentale ai fini economici dell'impresa» (così giurì 21/91 in relazione di una campagna ideologico-pubblicitaria della benetton, ma lo stesso orientamento è stato manifestato nelle pronunce n. 161/93, n. 25/92, n. 74/88 e n. 1/80).

Nel senso che lo scopo economico o di lucro renderebbe applicabili i limiti dell'art. 41 Cost. anche alla relativa manifestazione del pensiero v. PACE, A., *Problematiche delle libertà costituzionali*. Parte speciale, Padova, 1992, p. 393, il quale afferma «da un esame complessivo della giurisprudenza costituzionale può dirsi che deroghe alla libertà di manifestazione del pensiero potrebbero essere legittimamente previste qualora l'esercizio di tale libertà sia strumentale all'esercizio di un'attività economica (...).»

⁶⁶ L'art. 10 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo sancisce che:

«1.ogni persona ha diritto alla libertà d'espressione. Questo diritto comprende la libertà d'opinione e la libertà di comunicare e di ricevere informazioni e idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle pubbliche autorità e senza considerazione di frontiere. Il presente articolo non impedisce agli Stati di sottoporre le società radiotelevisive o cinematografiche ad un regime di autorizzazione».

«2.l'esercizio di tali libertà, che comporta doveri e responsabilità, può essere sottoposto ad alcune formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni previste dalla legge, che rappresentano in una società democratica provvedimenti necessari alla sicurezza nazionale, all'integrità territoriale o alla sicurezza pubblica, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione del crimine, alla tutela della salute o della morale, alla

indipendentemente dal contenuto del messaggio, mostra come quest'ultimo non sia considerato dalla Corte in alcun modo rilevante per l'applicazione dell'art. 10 CEDU⁶⁷. Semmai il contenuto risulterà determinante perché sia assicurato un grado più o meno intenso di tutela in relazione alla specificità dell'informazione, ma questo aspetto sarà trattato più avanti nel corso dell'esposizione.

Secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale della Corte, si può fondatamente affermare che nel momento in cui un'informazione viene fornita essa finisce per rientrare sotto la tutela del diritto alla libertà d'espressione senza che sia necessario domandarsi quale possa essere la natura, la qualità o l'importanza di quella specifica informazione. Sono, pertanto, oggetto di garanzia i messaggi d'informazione di qualsiasi contenuto (opinioni ed idee, notizie ed espressioni artistiche, ecc.), ed in qualsiasi forma diffusi, sia a mezzo stampa che attraverso altri mezzi tecnologici (via etere, via cavo ecc.), sia che essi vengano prodotti dal soggetto che li diffonde, sia che vengano da essi soltanto resi noti.⁶⁸ Ovviamente tale interpretazione ha condotto ad estendere la tutela della articolo 10 CEDU anche alle comunicazioni pubblicitarie⁶⁹.

tutela della reputazione o dei diritti altrui per impedire la divulgazione di informazioni confidenziali o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario.»

⁶⁷ Si rinvia a Sent. 26.4.1979 nel caso *Sunday Times c. Royaume*; sent. 24.5.1988 nel caso *Muller et autres c. Suisse*; Sent. 27.4.1995 nel caso *Piermont c. France*; sent. 26.9.1995 nel caso *Vogt c. Allemagne*; sent. 8.7.1999 nel caso *Karatas c. Turquie*; sent. 18.7.2000 nel caso *Sener c. Turquie*; sent. 14.3.2002 nel caso *De Diego Nafria c. Espagne*; sent. 27.8.2003 nel caso *Skalka c. Polonie*.

⁶⁸ Cfr. FERRANTI, G., *L'evoluzione della libertà d'informazione nella giurisprudenza degli organi della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, Torino, 2004, p.155.

⁶⁹ L'orientamento assunto all'interno della giurisprudenza degli organi della CEDU risulta essere conforme a quello espresso dalla giurisprudenza della Suprema Corte degli Stati Uniti. Quest'ultima, infatti, dopo un primo atteggiamento di chiusura, che l'aveva condotta ad escludere il *commercial speech* dalla garanzia che il Primo emendamento riserva alla libertà di espressione (si veda il caso *Valentine c. Chrestensen* del 1942), ha accordato la protezione ad alcune tipologia di messaggi pubblicitari sulla base della presunzione «*information is better than no information at all*». La prima apertura della Corte in questa direzione si registra nella sentenza *Pittsburg press Co. c. Pittsburg Commision on Human Relations* del 1973 avente ad oggetto la pubblicità apparsa su di un quotidiano, in cui la Corte affermò che la "parola" non diventa automaticamente "commerciale" per il solo motivo di essere inclusa in una comunicazione pubblicitaria. Determinante, in tal senso, la successiva sentenza, *Bigelow c. Virginia* del 1975, nella quale la Corte riconobbe che non si può escludere l'applicabilità del I emendamento in considerazione del fatto che l'informazione assume la forma di un messaggio commerciale pubblicato a pagamento su una rivista. Successivamente, a seguito del lento processo di erosione della *commercial speech doctrine*, la Corte arrivò ad affermare, nella causa *Virginia State Board* del 1976, che i messaggi di natura strettamente commerciale sono sottoposti alla tutela del I emendamento in quanto esiste l'interesse dei consumatori e della collettività alla libera circolazione delle informazioni di tale carattere. Pertanto, sebbene possono essere vietate le manifestazioni non veritiere, lo Stato non potrà sopprimere del tutto quelle manifestazioni indirizzate alla diffusione di informazioni veritiere relative ad attività commerciali legalmente esercitate. Questa posizione di ampia tutela del messaggio commerciale verrà meglio precisata nel caso *Central Huddson Gas* del 1980 relativo alla pubblicità commerciale di una

Questa, infatti, è l'attuale posizione della giurisdizione europea che emerge dall'analisi della giurisprudenza sia della Commissione che della Corte.

a) *La causa pastore X e Chiesa di scientologia c. Svezia*⁷⁰

Tale giudizio riveste particolare importanza e desta non poco interesse in quanto, per la prima volta, la Commissione si è pronunciata dichiarando che la tutela dell'art. 10 CEDU si estende anche ai messaggi a contenuto commerciale. Oggetto del procedimento è il ricorso presentato alla Commissione dalla Chiesa di Scientologia e da uno dei suoi pastori per violazione del diritto alla libertà di espressione di cui all'art. 10 CEDU. Nel 1973, infatti, la Chiesa di Scientologia pubblicò e distribuì una rivista contenente un annuncio relativo al necessario possesso da parte dei suoi membri dell'E-metro (strumento elettronico volto a misurare lo stato d'animo e le sue variazioni) sul presupposto che «non esiste purificazione senza E-metro» accompagnata dall'indicazione del suo prezzo. L'annuncio, nel soffermarsi sull'indicazione e sulle caratteristiche dello strumento mirava ad invogliarne l'acquisto tra i membri della Chiesa. L' "Ombudsman", incaricato della tutela dei consumatori, presentò istanza al tribunale competente al fine di ottenere una pronuncia che inibisse l'utilizzo di alcune frasi nell'annuncio in quanto integranti un'ipotesi di pubblicità ingannevole. Tale istanza venne integralmente accolta dal tribunale e, rigettato il ricorso in appello, la Chiesa si rivolse alla Commissione.

Dalla disamina della pronuncia della Commissione emerge che il tribunale svedese non volle impedire ai ricorrenti di difendere e divulgare le proprie opinioni circa il carattere religioso dello strumento in questione ma solo di vietare l'utilizzo di alcune frasi

società concessionaria di un servizio pubblico. In tale occasione, la Corte stabilì che nella protezione del messaggio pubblicitario si deve tener conto della natura del messaggio e dell'esistenza di un interesse sostanziale del governo alla sua regolamentazione. Elementi, quest'ultimi, che possono incidere, sia in ordine all'applicabilità del Primo Emendamento, sia in relazione all'ammissibilità di interventi restrittivi. Nell'ambito di tale sentenza la Corte fissò il c.d. *Test Hudson*, ossia un sistema di analisi tendente ad accertare se una comunicazione pubblicitaria rientrasse o meno nella tutela del Primo Emendamento. In definitiva, tale tutela veniva esclusa nelle ipotesi di pubblicità ingannevole o illecita, in caso contrario, si considerava applicabile tale protezione ma si ammetteva una regolamentazione restrittiva in presenza di un interesse governativo. A riguardo, per non incorrere in una violazione del Primo Emendamento, si richiedeva che tale regolamentazione soddisfacesse in via diretta tale interesse e venisse applicata in maniera strettamente necessaria a tale soddisfazione.

⁷⁰ Dec. Del 5.5.1979 nel caso *X et Eglise de Scientoloy c. Suède*, in Decisioni e relazioni, n. 16, pp.75-81.

descrittive aventi finalità commerciale. Questo determina, secondo la Commissione, un'interferenza con la libertà dei ricorrenti di esprimere idee che rientrano nella protezione dell'art. 10 CEDU. E, di conseguenza, legittima l'interesse della Commissione a valutare se risultino giustificate o meno le restrizioni effettuate alla luce dell'art. 10, par. 2 CEDU. Nell'ambito di tale valutazione, la Commissione opera nettamente una «distinzione tra annunci il cui scopo è unicamente “informare” o “descrivere”, e gli annunci commerciali che propongono la vendita di merce.» Nonostante tale distinzione, la Commissione dichiara apertamente che «il messaggio commerciale non è privato, come tale, della tutela prevista dal paragrafo 1 dell'articolo 10», anche se, in proposito, sottolinea come il grado di tutela dello stesso sia “minore” rispetto a quello riservato alle idee politiche⁷¹. Proprio in relazione al grado di tutela ed alle restrizioni di cui al paragrafo 2 dell'art. 10 CEDU, la Commissione evidenzia che, in generale, la libera circolazione delle idee commerciali debba essere ristretta per consentire la protezione dei diritti dei consumatori di fronte a pratiche sleali ed ingannevoli. Così, d'altronde, dispongono la maggior parte dei paesi che hanno ratificato la convenzione⁷². In questo caso, in particolare, la restrizione è giustificata dalla circostanza che, nell'ipotesi in cui comunità religiose esercitano attività commerciali, il consumatore è particolarmente sensibile alle loro argomentazioni di vendita. Alla luce di queste valutazioni, la Commissione conclude ritenendo che le misure restrittive imposte dall'autorità statale risultavano proporzionate all'esigenza di tutelare i diritti del consumatore.

⁷¹ Tale orientamento risulta conforme a quanto espresso dalla Suprema Corte degli Stati Uniti nella citata sentenza *Central Hudson Gas*⁷¹ del 1980. In tale occasione, la Corte, dopo aver sottolineato l'importanza dell'applicazione del I emendamento alla pubblicità commerciale, in quanto «le persone possono perseguire meglio i loro interessi solo se sono sufficientemente informate e il migliore strumento a tale fine è l'apertura dei canali di comunicazione», osservava che:« (...) Non di meno, la nostra giurisprudenza ha riconosciuto la distinzione di “buon senso” tra il messaggio che mira ad una transazione commerciale, il quale ricade nell'area tradizionalmente soggetta alla regolamentazione autoritativa, ed altri modelli di comunicazione. La Costituzione accorda così al *commercial speech* una protezione minore rispetto ad altre espressioni costituzionalmente garantite. La protezione per un particolare messaggio commerciale discende dalla natura sia del messaggio che degli interessi pubblici che si perseguono con la regolamentazione adottata (...)» Cfr. Sent. *Central Hudson Gas & Electric Corp. C. Public Service Commission of New York* del 20 giugno 1980, 447U.S., pp.557 e ss

⁷² La Commissione afferma di«aver preso in considerazione il fatto che la maggior parte degli Stati europei, avendo ratificato la Convenzione, hanno adottato disposizioni legislative che restringono la libera circolazione di “idee” commerciali al fine di tutelare i consumatori dalle procedure ingannevoli e menzognere»

b) *La causa Liljenberg c. Svezia*⁷³

Nel 1977 la LSM srl, fondata dal Sig. Liljenberg e dalla Sig.ra Sjostedt ottenne, dalle autorità competenti del settore alimentare, l'autorizzazione per commercializzare il prodotto "MAX-I-FORM". La impresa realizzò una intensa attività di promozione tra i rivenditori ai quali fecero pervenire articoli di giornali che elogiavano le qualità antidepressive e curative dell'insonnia del prodotto. Gli stessi titolari dell'impresa rilasciarono svariate interviste ai giornali in cui si faceva espressa menzione delle capacità terapeutiche del prodotto. Inoltre, al prodotto così distribuito, veniva allegato un prospetto informativo nel quale, oltre all'indicazioni sulle modalità di somministrazione, si evidenziava che, durante il suo utilizzo, poteva essere ridotto o sospeso l'uso di altri medicinali. In considerazione di ciò, le autorità svedesi riuscirono ad ottenere, dal tribunale competente, il ritiro dal commercio del prodotto nonché l'imposizione di una sanzione pecuniaria ai titolari dell'impresa per mancato rispetto della procedura di immissione sul mercato di prodotti medicinali. Tale condanna venne successivamente confermata dalle giurisdizioni superiori. Pertanto, il Sig. Liljenberg e la Sig.ra Sjostedt si rivolsero alla Commissione per violazione del loro diritto di diffondere informazione alla stampa e del loro diritto di informazione agli specialisti di settore.

Con tale procedimento la Commissione ha a la possibilità di confermare la sua posizione sulla pubblicità commerciale. Nell'analizzare i contenuti dei messaggi trasmessi alla stampa, ribadendo quanto già affermato nella precedente causa *Pastore X e Chiesa di Scientologia c. Svezia*, la Commissione sottolinea che i messaggi commerciali e le campagne promozionali rientrano nella tutela dell'art. 10 CEDU. Ammessa e ribadita tale riconducibilità, la Commissione valutata se l'intervento restrittivo operato dalle autorità svedesi possa essere giustificato alla luce del paragrafo 2 dell'art. 10 CEDU. A termine dell'analisi espletata, la Commissione conclude che i limiti ai messaggi pubblicitari non provengono solo dai diritti dei consumatori, ma anche dalla protezione della salute, che così si configura come una causa restrittiva. Gli interventi delle autorità si fondano proprio sul contenuto del prospetto e degli articoli per cui si produce effettivamente una ingerenza nella libertà di espressione del ricorrente. Nonostante ciò, questa restrizione costituisce, secondo la Commissione, un

⁷³ Causa Liljenberg c. Svezia, Decisione del 1 marzo 1983, dispensa del Consiglio d' Europa, p.19.

intervento necessario in una società democratica per proteggere la salute e i diritti dei consumatori.

c) La causa Bartold c Repubblica Federale Tedesca⁷⁴

Un articolo giornalistico del periodico “Hamburger Abendblatt” stigmatizzò il problema della città di Amburgo priva di un servizio veterinario notturno e, nell’articolo-denuncia, la giornalista menzionò il nome del Dottor Bartold, corredato di sua foto e della sua clinica, come l’unica ad offrire tale servizio. All’interno dell’articolo, tra l’altro, la giornalista riportò brani dell’intervista con il Dr. Bartold nella quale affermò che le chiamate di intervento da lui ricevute di notte risultavano essere in aumento essendo il servizio già da tempo attivo. A seguito della pubblicazione, alcuni veterinari, per il tramite di una associazione, intrapresero una azione civile contro il Dr. Bartold. Secondo la tesi del ricorrente, la pubblicazione sarebbe avvenuta in violazione degli art. 1 e 7 della legge sulla concorrenza sleale perché la pubblicità in essa contenuta sarebbe contraria al codice di deontologia vigente per la categoria professionale dei veterinari. Il tribunale adito nel riconoscere la violazione della normativa, per l’effetto, vietava al dottore di esprimersi nel medesimo modo in altri articoli. Dopo un infruttuoso tentativo innanzi alla Corte Costituzionale, che respinse il suo ricorso, il Dr. Barthold si rivolse alla Commissione per violazione della sua libertà d’espressione.

La Commissione, pur ammettendo la applicabilità dell’art. 10 CEDU alla pubblicità, esclude che, nel caso in esame, si possano rintracciare nell’articolo diffuso a mezzo stampa gli estremi di una pubblicità. Pertanto, secondo la Commissione, si è in presenza di un normale articolo, contenente un’intervista giornalistica, qualificato come tale per la presenza sia di «elementi d’informazione (per esempio, la descrizione delle necessità attuali e dell’organizzazione effettiva del servizio veterinario ad Amburgo durante la notte)» sia per «l’espressione di un’opinione». Inoltre, secondo la Commissione, non è riscontrabile l’intenzione del veterinario di strumentalizzare l’intervista a scopo pubblicitario ed, infine, le informazioni rilasciate sulla sua identità costituiscono un elemento essenziale dell’esercizio della sua libertà d’espressione. La

⁷⁴ Causa Barthold c. Repubblica federale Tedesca, relazione della Commissione approvata il 13 luglio 1983, Dispensa del Consiglio d’Europa, p.72.

Commissione, dunque, ammette il ricorso dopo aver valutato le restrizioni imposte dallo Stato non sul piano della libertà di comunicazione pubblicitaria ma su quello della libertà di esprimere opinioni ed idee su un argomento di interesse generale⁷⁵.

Il caso in esame può essere considerato la prima opportunità presentatasi alla Corte Europea dei Diritti Umani per pronunciarsi sulla inclusione della pubblicità commerciale nella sfera dell'art. 10 della CEDU, anche se, alla fine, tale occasione non verrà pienamente sfruttata. La Corte, infatti, afferma, come già sostenuto dalla Commissione, che nell'articolo oggetto del suo esame, l'effetto pubblicitario assume una posizione secondaria rispetto al momento informativo che rappresenta carattere dominante. Secondo la Corte le misure restrittive adottate nei confronti del ricorrente sono da ritenersi una violazione dell'art. 10 CEDU, in quanto, pur potendo considerarsi lesive dei diritti altrui cioè degli interessi degli altri colleghi, quelle informazioni potevano costituire oggetto d'interesse da parte del pubblico. Secondo la Corte, infatti, «le restrizioni imposte al presente caso si riferiscono alle dichiarazioni del Dr. Barthold sulla necessità di un servizio veterinario notturno ad Amburgo, a certe informazioni e affermazioni, relative in particolare alla sua persona e al funzionamento della sua clinica. Connesse le une con le altre, questi diversi elementi costituiscono un insieme, al centro del quale figurano l'espressione di una "opinione" e la comunicazione di "informazioni" su un tema di interesse generale»⁷⁶. In conclusione, nel bilanciamento tra l'interesse generale ed i "diritti altrui", come diritti dei singoli professionisti, la Corte ha finito con il privilegiare l'interesse del pubblico a ricevere e comunicare informazioni ed idee. E, di conseguenza, la Corte conclude affermando «(...)l'applicabilità dell'art. 10 CEDU senza bisogno di ricercare, nella fattispecie, se la pubblicità in quanto tale beneficia o no della garanzia che esso assicura»⁷⁷.

d) *La causa Markt-Intern Verlag GmgH et Klaus Beermann c. Allemagne*⁷⁸

⁷⁵ Cfr. LAURANCE BOISSON DE CHAZOURNES, *Pubblicità commerciale e libertà d'espressione nella giurisprudenza dei diritti dell'uomo*, in D.R.T, 1-2, 1987, p.8.

⁷⁶ Causa Barthold c. Repubblica federale Tedesca, istanza del 25 marzo 1985, dispensa del Consiglio d'Europa, par.42, p.17.

⁷⁷ Op. ult. Cit.

⁷⁸ Rapporto del 18.12. 1987 nel caso *Markt-Intern Verlag GmgH et Klaus Beermann c. Allemagne*, in *CEDH Publications, serie B, vol.155*.

La Mark- Intern è un'impresa editoriale che si occupa della difesa dei diritti delle piccole e medie imprese di commercio. In uno dei suoi bollettini informativi dedicati al settore dei prodotti di bellezza veniva redatto da Klauss Beerman un articolo in cui si esponeva il caso della titolare di un negozio (la signora Luchau) che acquistò per corrispondenza dei prodotti di bellezza da una società inglese "Cosmetic Club International". Tali prodotti, in seguito, non risultati di suo gradimento, furono restituiti alla società inglese poiché il contratto di acquisto conteneva la possibilità di effettuare la restituzione della merce con il reintegro dell'importo versato. Tuttavia, il reintegro non era stato ottenuto dalla titolare del negozio nonostante diversi reclami. Prima della pubblicazione dell'articolo, il giornalista aveva contattato la direttrice della società inglese per chiederle se il caso trattato rappresentasse un singolo episodio oppure se rientrasse in una scelta di politica aziendale. La direttrice affermò di non essere a conoscenza dell'incidente e che in ogni caso avrebbe agito per far fronte agli impegni assunti con l'acquirente. Con questo precedente Klaus Beerman nel presentare un articolo ai suoi lettori del settore di cosmetica chiedeva loro se conoscessero il caso della signora Luchau ed altri casi analoghi, affermando che le risposte date sarebbero state molto importanti per costruire un'opinione sulla politica della società inglese al fine di sapere se si trattasse di un caso sporadico. La "Cosmetic Club International" presentò ricorso contro l'editore ed il giornalista. Alla fine dei diversi gradi di giudizio ottenne dal tribunale federale di giustizia la condanna di Mark- Intern e di Klaus Beerman a non pubblicare nuovamente le informazioni ottenute, sulla base dell'art. 1 della legge del 1909 sulla concorrenza sleale. Respinto il ricorso da parte del Tribunale Costituzionale federale i condannati ricorsero alla Commissione per violazione dell'art. 10 CEDU.

Secondo il governo tedesco, trattandosi di un articolo apparso su un bollettino di categoria, rivolto ai commercianti di settore, le finalità perseguite erano quelle di promuovere gli interessi economici di un determinato gruppo di aziende. Quest'attività, in considerazione del carattere economico, rientrava nell'ambito della libertà di concorrenza non tutelata dalla CEDU. Veniva, pertanto, contestata l'applicabilità dell'art. 10 CEDU in quanto, estendendo la sua tutela all'ambito delle informazioni, anche di diverso genere, non poteva trovare applicazione alle comunicazioni inerenti ad attività commerciali finalizzate alla promozione di interessi economici.

La Commissione, sulla questione, assume una posizione netta attraverso una motivazione i cui punti nevralgici sono essenzialmente tre. *In primis*, la Commissione afferma che se una materia è inclusa tra i diritti fondamentali che proteggono la libertà economica questo non implica di per sé la carenza della tutela anche da parte dell'articolo 10 CEDU (affermazione contenuta nel punto 196). Inoltre, secondo quanto affermato al punto 202, l'articolo 10 CEDU non ammette limiti in riferimento alla materia, pertanto, estendendo la sua applicazione non solo «alle dichiarazioni artistiche, religiose, scientifiche, politiche o politico-economiche che sono parti di una discussione intellettuale in corso. È chiaro che comprende le pubblicazioni di qualunque genere che trasmettono un'opinione o una informazione». Infine, la Commissione precisa come la finalità perseguita, inclusa quella economica, non giustifica di per sé l'inapplicabilità dell'art. 10 CEDU. Si legge infatti nel punto 203: «il fatto che una pubblicazione difende interessi particolari, inclusi quelli economici, non è motivo sufficiente per escluderla dal campo di applicazione della libertà d'espressione.»

La Corte, investita della questione, afferma, a sua volta che l'applicazione dell'art. 10 CEDU non riguardava solo alcuni specifici tipi di messaggi e che, pur essendo evidente che il bollettino conteneva delle informazioni di carattere pubblicitario, «non si può escluderlo dall'ambito della articolo 10, il quale non si applica solamente a determinati classi di informazioni, di idee o di forme di espressione»⁷⁹.

Non esiste, dunque, per la Corte un ambito di minore importanza che potrebbe individuarsi nei messaggi commerciali. La tutela della libertà d'espressione deve applicarsi ogni qual volta sia rinvenibile un'informazione trasmessa al pubblico senza dover verificare la natura, il genere, la qualità della medesima⁸⁰.

La Corte, e pur evidenziando la necessità di proteggere la libertà d'espressione, decide di non sostituire le proprie valutazioni a quelle della giurisdizione nazionale che aveva considerato le misure restrittive ragionevolmente necessarie: «Secondo la reiterata giurisprudenza della Corte, gli Stati contraenti possiedono un certo margine di apprezzamento per giudicare sull'esistenza della necessità di un'ingerenza; però questa

⁷⁹ Sent. 20.11.1989, nel caso *Markt-Intern Verlag GmbH et Klaus Beermann c. Allemagne*, in *CEDH Publications, serie A, vol. 165*.

⁸⁰ «Non si può del resto sottovalutare che la ricerca di una gerarchia tra informazioni e messaggi è una ricerca estremamente soggettiva che può aprire la strada a forme di restrizione e manovre autoritarie» Così G. FERRANTI, *op. cit.* p. 159.

facoltà è soggetta ad un controllo europeo tanto sulla legislazione che sugli atti che ne danno applicazione, compreso quando procede un tribunale indipendente». Nell'ipotesi in esame la Corte ritiene che non fosse stato superato il c.d. margine di apprezzamento statale.

La sentenza fu, comunque, alquanto controversa, da non ottenere il consenso unanime (si pensi che ben nove giudici componenti la Corte furono dissidenti). Particolarmente aspre le critiche del Giudice Petitti, secondo il quale lo Stato tende a difendere gli interessi dei gruppi di pressione utilizzando l'alibi di una norma sulla concorrenza per far prevalere la sua preferenza nei confronti di un gruppo. La trasparenza delle attività economiche richiede, invece, che le informazioni e le idee relative ai prodotti offerti ai consumatori si debbano diffondere liberamente. La difesa dei consumatori dipende, infatti, dalla libertà delle pubblicazioni che criticano i prodotti anche in maniera forte⁸¹. È proprio tale difesa, secondo il giudice Petitti, non è stata garantita dalla giurisprudenza nazionale incapace di distinguere l'interesse dei gruppi di pressione da quello dei consumatori.

e) *Causa Casado Coca c. Espagne*⁸²

Il caso in esame verte su un'inserzione pubblicitaria effettuata da un avvocato, in seguito ricorrente presso la Commissione Europea, per la quale lo stesso aveva ricevuto una sanzione disciplinare da parte del suo Ordine di appartenenza. Anche in questa occasione la Commissione ribadisce la sua precedente posizione sostenendo, diversamente da quanto affermato dal governo spagnolo, che l'articolo 10 CEDU estende la sua tutela anche alle informazioni di natura commerciale. Ciò non toglie, sempre secondo la Commissione, che non siano ammissibili delle restrizioni rese necessarie in una società democratica per la tutela dei diritti altrui ed ammette sul punto che tali possano essere quelle adottate nelle ipotesi di pubblicità ingannevole⁸³. Se,

⁸¹ Opinione dissenziente individuale del giudice Petitti in sent. 20/11/1989 nel caso *Markt-Intern Verlag GmgH et Klaus Beermann c. Allemagne*, in *CEDH Publications, serie A, vol. 165*, p. 26 e ss.

⁸² Rapporto del 01/12/1992 nel caso *Casado Coca c. Espagne*, capitolo I.

⁸³ L'orientamento espresso in questa sentenza "richiama" quanto sostenuto dalla Suprema Corte degli Stati Uniti nella sentenza *Zanderer c. office of Disciplinary Council*⁸³ del 1985. Secondo la Suprema Corte, infatti, la tutela accordata dal I emendamento poteva essere esclusa nelle ipotesi di pubblicità ingannevole, mentre restava applicabile alle altre comunicazioni pubblicitarie. In particolare, nel caso in esame, la Corte stabilì che le garanzie del I emendamento potessero essere estese anche alla pubblicità di un avvocato il quale aveva promosso la sua disponibilità a rappresentare le donne che avessero subito un danno dall'uso di un determinato anticoncezionale. Secondo la Suprema Corte il fatto che si trattasse di una pubblicità contraria alla dignità professionale non escludeva la garanzia del I emendamento.

dunque, la natura ingannevole giustifica l'imposizione di una sanzione, nel caso in esame, la Commissione non ritiene che il messaggio rivesta tale carattere in quanto il ricorrente si è limitato a diffondere i suoi dati professionali. Per effetto di ciò accoglie il ricorso proposto e conseguentemente ritiene la sanzione applicata incompatibile con l'art. 10 CEDU.

La Corte, nel caso in esame, emette una sentenza⁸⁴ di grande interesse in quanto affronta in maniera puntuale due tematiche di rilievo non secondario. Da un lato si pronuncia sull'applicabilità dell'art. 10 CEDU in riferimento alle ipotesi di pubblicità effettuata da un appartenente ad una categoria professionale (in tale caso un avvocato), dall'altro si pronuncia sull'ammissibilità delle restrizioni alla libertà di comunicazione commerciale disposte da un Ordine professionale. In relazione al primo aspetto, si evidenzia che il Governo spagnolo aveva obiettato circa l'inapplicabilità dell'articolo 10 CEDU in considerazione del fatto che il messaggio in esame aveva come unico obiettivo quello di aumentare la clientela del ricorrente, non perseguendo, quindi, alcun interesse pubblico. La Corte, nel rispondere a tale obiezione, ripercorre, ianzitutto, la propria giurisprudenza sull'argomento. La Corte, infatti, a partire dal caso *Barthold* aveva ammesso l'applicabilità dell'art. 10 CEDU alla pubblicità commerciale, affermando, nelle pronunce successive, che il suddetto articolo estende il suo ambito di tutela a tutti i tipi di informazioni o idee o forme espressive e non solo, quindi, a quelle di natura politica (causa *Mark Intern*). Infine, nel caso *Groppera Radio AG* aveva esteso la tutela anche alla pubblicità realizzata via cavo. Detto ciò la Corte ritiene, in riferimento al caso sottoposto al suo esame, che la pubblicazione di un annuncio a chiaro scopo promozionale dell'attività professionale di un avvocato diffonde informazioni di grande utilità per quelle persone che necessitano di una assistenza legale. In conseguenza di tali considerazioni la Corte ritiene applicabile al presente caso l'articolo 10 CEDU. Il problema, dunque rimaneva quello di individuare un equilibrio tra la dignità della professione forense ed il diritto di ciascun individuo a ricevere informazioni sull'assistenza legale.

Secondo quanto affermato dalla Corte, la pubblicità in generale ammette delle restrizioni in considerazione del suo carattere falso, erroneo ed ingannevole. Al di là di queste ipotesi, è ammissibile la limitazione di annunci obiettivi e veritieri in

⁸⁴ Sent. 24.2.94 nel caso *Casado Coca c. Spagna*, in CEDH Pubblicazioni, Serie A, vol. 285.

considerazione della speciale natura della professione pubblicizzata. La condotta degli avvocati, infatti, deve essere discreta, onesta e degna, perché essi sono collaboratori ed operatori dell'amministrazione della giustizia. Quest'ultima richiede che gli avvocati occupino una posizione da intermediario tra i cittadini e gli organi giudiziari. In ragione di questo particolare *status* ricoperto dall'avvocato, la Corte ritenne che la reazione delle autorità nazionali competenti non potesse essere ritenuta sproporzionata alla finalità perseguita, che si configurava come il giusto equilibrio tra una buona amministrazione della giustizia, la dignità della professione forense, il diritto del pubblico a ricevere informazioni sull'assistenza legale e la possibilità per un avvocato di fare pubblicità alla propria attività.

La Corte ritenne, inoltre, che un obiettivo di interesse generale è rappresentato dalla garanzia di una assistenza legale libera ed adeguata. Tali considerazioni impongono un controllo pubblico dell'esercizio della professione di avvocato e del rispetto della deontologia forense giustificando l'attività di controllo effettuata dal Collegio nazionale forense. Sul punto la Corte precisò che i codici di deontologia degli avvocati dovranno in futuro tenere conto del progressivo aumento della pubblicità perché ciò è imposto dall'evoluzione della società europea e dal crescente protagonismo dei mezzi di comunicazione in ambito giuridico.

f) *La causa Groppera Radio AG e altri c. Svizzera*⁸⁵

In questo caso la violazione dell'art. 10 CEDU consisteva nel rifiuto da parte del Governo svizzero di autorizzare la ricezione e la ritrasmissione di messaggi trasmessi via cavo da un ripetitore posto fuori i confini nazionali, precisamente in Italia. Secondo il governo svizzero poiché si trattava di un'attività esercitata a fini puramente commerciali essa non rientrava nella tutela accordata dalla CEDU. Tale caso assume particolare rilievo perché, pur non affrontando in maniera diretta il tema della pubblicità, rappresenta un'ulteriore occasione in cui la Corte esprime, con sempre maggiore chiarezza, che la tutela apprestata dall'art. 10 CEDU prescinde dal contenuto del messaggio diffuso. La Corte, nel rispondere all'obiezione sollevata dal Governo svizzero, afferma che l'articolo in questione si estende alla diffusione dei programmi

⁸⁵ Sent. 28.3.1990 nel caso Groppera Radio AG e altri c. Svizzera, in CEDH pubblicazioni, serie A, vol. 173

via radio indipendentemente dal loro contenuto: « (...) non è necessario definire in questa occasione con precisione cosa si deve intendere per “informazione” o “idea”. La radiodiffusione si trova menzionata dalla Convenzione a proposito, giustamente, della libertà d’espressione. La Corte, come la Commissione, ritiene che tanto le emissioni di programmi attraverso le onde tanto la ritrasmissione via cavo sono rilevanti per il primo paragrafo dell’art. 10.1, senza che sia necessario distinguere il contenuto dei programmi»⁸⁶.

La Corte, sancita l’applicabilità dell’art. 10 CEDU al caso in esame, ritiene che l’ingerenza statale operata non superasse i limite del margine di apprezzamento consentito. Difatti, l’ingerenza non poteva essere considerata una forma di censura ai programmi ma, diversamente, una misura adottata dalle Autorità svizzere per evitare che attraverso l’utilizzo di una antenna posta fuori il confine venisse elusa la normativa nazionale. Secondo la Corte, inoltre, la limitatezza delle frequenze rendeva necessaria una loro equa ripartizione per assicurare il pluralismo dell’informazione. Questa necessità implica che le misure restrittive, oltre a trovare una giustificazione nella finalità perseguita dal governo nazionale di tutelare l’ordine delle telecomunicazioni, risultano necessarie anche per la “tutela dei diritti altrui”⁸⁷.

g) *La causa Autronic AG c. Svizzera*⁸⁸

Oggetto della causa in esame è la presunta violazione dell’art. 10 CEDU effettuata attraverso il rifiuto da parte del Governo svizzero di autorizzare la ricezione dei programmi per mezzo del satellite sovietico. Il Governo svizzero, da parte sua, riteneva non applicabile l’articolo summenzionato in quanto la società ricorrente perseguiva, attraverso la ritrasmissione dei programmi captati dal satellite, finalità economiche non tutelate dalla CEDU⁸⁹. La Corte, sul punto, ritiene che «la condizione legale di società anonima, nè il carattere commerciale della sua attività (...) possono

⁸⁶ Sent. 28.3.1990 nel caso Groppera Radio AG e altri c. Svizzera, in CEDH pubblicazioni, serie A, vol. 173, par. 55.

⁸⁷ Sent. 28.3.1990 nel caso Groppera Radio AG e altri c. Svizzera, in CEDH pubblicazioni, serie A, vol. 173, par. 69-70.

⁸⁸ Sent. 22.5.1990 nel caso Autronic. AG c. Svizzera, in CEDH Pubblicazioni, serie A, Vol.178.

⁸⁹ In particolar,e secondo il governo svizzero, la società ricorrente, dedita ad attività di tipo commerciale, aveva come unico obiettivo quello di dimostrare, in occasione di una fiera, le possibilità dell’antenna parabolica dalla stessa prodotta al fine di promuoverne la vendita. Pertanto, secondo il Governo svizzero, la libertà d’espressione utilizzata con finalità meramente lucrative, fa parte della libertà economica no tutelata dalla CEDU.

distogliere la Autronic AG dalla protezione dell'articolo 10, che è applicabile a "tutte le persone" fisiche o giuridiche»⁹⁰.

Ritenuto applicabile, al caso in esame, l'art. 10 della CEDU, la Corte, comunque, giustifica le misure restrittive applicate dalle autorità statali alla libertà di ricevere informazioni ed idee attraverso un satellite di telecomunicazioni in considerazione dello scopo perseguito di tutelare "l'ordine delle telecomunicazioni" (elemento che aveva assunto rilievo anche nel precedente caso *Groppera Radio AG*). Secondo la Corte, infatti, se il settore fosse stato lasciato sprovvisto di controllo si sarebbero potuti determinare degli effetti dannosi per la comunicazione sia a livello nazionale che internazionale. Risultava necessario pertanto «tenir compte du nombre limité des fréquences disponibles, de prévenir l'anarchie que pourrait provoquer la circulation illimitée des informations au niveau international, ainsi que d'assurer le pluralisme culturel et politique»⁹¹.

7. La possibilità di limitare la pubblicità alla luce della giurisprudenza degli organi della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo

Emerge, dalla giurisprudenza citata, in maniera chiara ed inequivoca, la riconducibilità del fenomeno pubblicitario nell'alveo di protezione dell'art. 10 CEDU, che estende il proprio ambito di applicabilità a tutte le tipologie di messaggio indipendentemente dal contenuto e dalla natura del soggetto comunicante. Tale riconducibilità determina l'applicabilità anche alla pubblicità del secondo paragrafo dell'art. 10 CEDU in base al quale «l'esercizio di tali libertà, che comporta doveri e responsabilità, può essere sottoposto ad alcune formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni previste dalla legge, che rappresentano in una società democratica provvedimenti necessari alla sicurezza

⁹⁰ La Corte ribadisce, dunque, l'applicabilità dell'articolo in questione alle persone giuridiche che perseguono finalità di lucro come aveva già fatto in altre occasioni: sentenza *Sunday Times*, del 26 aprile del 1979; sent. *Mark Intern Verlag GmgH e Klauss Beerman*, del 20 novembr 1989; Sent. *Groppera Radio AG* e altri, del 28 marzo 1990.

⁹¹ Sent. 22.5.1990 nel caso *Autronic. AG c. Svizzera*, in CEDH Pubblicazioni, serie A, Vol.178, par. 58.

nazionale, all'integrità territoriale o alla sicurezza pubblica, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione del crimine, alla tutela della salute o della morale, alla tutela della reputazione o dei diritti altrui per impedire la divulgazione di informazioni confidenziali o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario.»

Il secondo paragrafo dell'articolo 10 CEDU contiene, dunque, i limiti che possono essere imposti alla libertà d'espressione e, conseguentemente, alla pubblicità. Dalla giurisprudenza analizzata nel precedente paragrafo emerge come in relazione alle comunicazioni commerciali solo alcuni di questi limiti sono risultati operanti.

In riferimento alla tutela dei diritti altrui, l'esame della giurisprudenza dimostra che sia la Commissione che la Corte interpretano l'art. 10 CEDU in maniera estensiva per cui sono considerati oggetto di tutela anche diritti che non sono espressamente menzionati nel testo della CEDU. La tutela dei consumatori rientra nell'interpretazione estensiva dell'art. 10 CEDU ed assume una particolare valenza proprio in relazione al fenomeno pubblicitario. Secondo la costante giurisprudenza della Commissione e della Corte la libera circolazione delle idee commerciali deve essere limitata per proteggere i consumatori dalle pratiche sleali, ingannevoli ed erronee (causa *Casado Coca* e causa *Lijenberg*). La speciale natura della professione pubblicizzata, tuttavia, può rendere ammissibile anche la limitazione della pubblicità obiettiva e veritiera sempre in funzione della tutela della protezione dei diritti altrui ossia dei diritti degli appartenenti alla categoria professionale e dei diritti dei consumatori (Causa *Casado Coca*). Tale tutela deve intensificarsi se i prodotti sono venduti dalle comunità religiose che esercitano attività commerciale poiché il consumatore è particolarmente sensibile alle loro argomentazioni di vendita (causa *Pastore X e Chiesa di Scientologi*).

La tutela dei diritti altrui viene in rilievo anche nel caso *Barthold c. Allemagne* nell'ambito del quale entra in conflitto con la libertà di ricevere e comunicare informazioni. In tale ipotesi, la Corte ha ritenuto che le misure restrittive, adottate nei confronti del ricorrente per aver dato nel corso di un'intervista informazioni sulla sua professione di veterinario, fossero da ritenersi emesse in violazione dall'art. 10 CEDU. Le informazioni diffuse, infatti, pur potendo considerarsi lesive dei diritti altrui, ed in particolare dell'interesse di altri colleghi, potevano costituire oggetto d'interesse da parte del pubblico. Pertanto, la Corte, nel bilanciamento tra interesse generale e diritti altrui, inteso come diritti dei singoli professionisti, ha privilegiato l'interesse

all'informazione del pubblico. Considerazioni analoghe sono state espresse dalla Corte in un caso abbastanza recente (*Stambuk c. Allemagne*⁹²) in cui un oculista era stato sanzionato poiché, contravvenendo al precetto che nega la possibilità ai medici di farsi pubblicità, in un'intervista da lui rilasciata aveva diffuso informazioni circa la sua attività di chirurgo specializzato in una operazione molto delicata.

Una diversa considerazione assume la tutela dei diritti altrui nel caso *Groppera Radio AG*. In tale ipotesi tale tutela, infatti, viene realizzata attraverso una equa ripartizione delle frequenze a livello nazionale ed internazionale. Secondo la Corte, la limitatezza delle frequenze rende necessaria una loro equa ripartizione per assicurare il pluralismo dell'informazione. La Corte, infatti, nel giustificare come necessarie le misure restrittive disposte dalla Svizzera alla ricezione e ritrasmissione transfrontaliera di emissioni radiofoniche, evidenzia che la tutela dei diritti altrui non è in contrasto con l'interesse del pubblico a ricevere informazioni ed idee in quanto sussiste egualmente una ampia possibilità di scelta tra le diverse stazioni radiofoniche.

Nel caso *Lijenberg* la Commissione ha ritenuto che il controllo della promozione della vendita di prodotti corredato da prospetto informativo sulle proprietà terapeutiche degli stessi trova giustificazione nella finalità di garantire il diritto alla salute oltre che i diritti dei consumatori.

Alla tutela della sicurezza nazionale e dell'ordine pubblico possono essere ricondotte le posizioni espresse nelle cause *Groppera Radio Ag* e *Autronic AG*, ove si è affermato che le misure restrittive applicate alla diffusione delle trasmissioni erano da considerarsi giustificate in base alla finalità di tutelare "l'ordine delle telecomunicazioni".

I sopraindicati limiti alla libertà di espressione e, pertanto alla pubblicità, devono rispondere, secondo la dizione del par. 2 dell'art. 10 CEDU, a tre requisiti fondamentali: la misura adottata deve essere prevista dalla legge, deve rispondere ad un obiettivo legittimo che rientra tra quelli enunciati all'interno del par. 2 dell'art. 10 CEDU ed, infine, si deve trattare di una misura "necessaria in una società democratica". Ogni requisito meriterebbe una trattazione approfondita, ma in relazione al tema trattato si reputa opportuno effettuare solo qualche breve considerazione.

⁹² Sent. 17.1 2003. Nel caso *Stambuk c. Allemagne*, in CEDH publications, Serie A, Vol.90.

In riferimento al primo aspetto si evidenzia che ogni intervento limitativo trova la sua ragion d'essere in quanto previsto da una disposizione di legge da intendere, quest'ultima, sia in senso formale, da far riferimento all'organo emanante ovvero alla procedura adottata, sia in senso materiale da intendersi tutti quegli atti a contenuto normativo, indipendentemente dagli organi che li pongono in essere e quale che sia il procedimento per la loro formazione. Dall'esame della giurisprudenza emerge che gli organi della CEDU considerano "legge" quelle norme che secondo la Costituzione degli stati membri sono da considerare tali, individuando, quindi, nella legge nazionale e nella sua applicazione il punto di riferimento. Ovviamente tale interpretazione presuppone l'accettazione di eventuali diversità nella nozione di "legge" esistenti nei vari Stati, ma allo stesso tempo, essa considera che, in generale, gli Stati membri presentino omogeneità sui principi democratici che comporta l'assunzione di concezioni analoghe sul processo di formazione delle leggi «come risultato di un processo democratico posto in essere da organi legittimati a tale scopo»⁹³. La giurisprudenza, comunque, evidenzia come sia stato dato sempre maggior rilievo all'aspetto sostanziale piuttosto che a quello formale nell'identificare il concetto di legge. Nei casi precedentemente esaminati un riferimento all'interpretazione del concetto di legge è presente nella causa *Barthold c. Allemagne*, nell'ambito della quale viene riconosciuto il valore giuridico attribuito anche alle regole di deontologia professionale. La motivazione di questo riconoscimento viene individuata nell'iter legislativo di adozione di tale normativa che vede a monte l'esistenza di una delega legislativa. In ogni caso gli organi europei richiedono che qualsiasi atto giuridico considerato "legge" in base al par. 2 dell'art. 10 CEDU debba rispondere a due condizioni: quella della "sufficiente accessibilità" da parte del cittadino e quello della prevedibilità delle conseguenze giuridiche. Tale requisito permette l'applicabilità solo di quelle norme i cui contenuti siano chiari e precisi⁹⁴.

La seconda condizione richiede, al fine di legittimare una ingerenza statale nella libertà d'espressione, la presenza di uno degli obiettivi elencati nel par. 2 dell'art. 10 CEDU dei quali si è già avuto modo di parlare in riferimento ai limiti imponibili ai messaggi commerciali. Si vuole solo evidenziare che l'articolo in esame non permette

⁹³ Cfr. G. FERRANTI, op. cit. p. 205 e ss.

⁹⁴ La Corte sostiene sul punto che « la legge deve essere enunciata con precisione per permettere al cittadino di regolare la sua condotta; egli avvalendosi all'occorrenza di consigli adeguati, deve essere in grado di prevedere, in ragionevole misura, le conseguenze che possono derivare da un atto determinato, nei casi di specie». Cfr, Causa *Sunday Times*, op. cit., par. 49, p.31.

alcuna restrizione alla libertà d'espressione per motivi sociali, culturali ed economici. «Le ingerenze dovute a ragioni di congiuntura economica, come ad esempio il calo di competitività di alcuni prodotti rispetto ad altri non potrebbero essere ammesse»⁹⁵.

L'ultimo criterio di riferimento per l'applicazione delle misure restrittive alla libertà d'espressione è la loro "necessità in una società democratica". Non potendo soffermarci su che cosa gli organi della CEDU intendano per carattere democratico della società e sul concetto di società democratica, si reputa opportuno approfondire il concetto di "necessità". La giurisprudenza evidenzia in proposito che "necessario" non è assunto come sinonimo di "indispensabile" ma non ha neanche la flessibilità dei termini "ammissibile", "normale", "utile", "ragionevole" od "opportuno". Tale termine implica «l'esistenza di una necessità sociale imperiosa» (caso *Barthold*). Viene concesso pertanto agli Stati un c.d "margine di apprezzamento" per valutare l'esistenza di tale necessità imperiosa. Il criterio del margine di apprezzamento nasce dalla consapevolezza che gli Stati contraenti possono avere una maggiore conoscenza delle situazioni che si verificano al loro interno rispetto a quella che possono avere gli organi di controllo europei. Tale potere non risulta essere assoluto poiché gli organismi europei devono valutare qualsiasi manifestazione statale in merito a tale "margine di apprezzamento", ed il controllo viene esteso sia alla finalità del provvedimento adottato sia alla sua necessità⁹⁶. Si ricorda, in relazione ai messaggi pubblicitari, che le proibizioni assolute sono considerate in modo esplicito inammissibili dalla Corte Europea (caso *Casado Coca*). La restrizione deve essere sempre proporzionata all'obiettivo perseguito e i motivi addotti dalle autorità per giustificare le ingerenze devono essere pertinenti e sufficienti⁹⁷. Inoltre la necessità di una limitazione deve essere reinterpretata in conformità al tempo in cui si vive (caso *Casado Coca*).

⁹⁵ Così LAURENCE. Op. cit. p.15.

⁹⁶ Al punto 33 nella causa *Markt-Intern* la Corte afferma «Secondo la reiterata giurisprudenza della Corte, gli Stati contraenti hanno un certo margine di apprezzamento per giudicare sull'esistenza della necessità di una ingerenza; però tale facoltà è soggetta ad un controllo europeo, tanto sulla legislazione quanto sopra i provvedimenti che le danno attuazione, inclusa quando a procedere sia un tribunale indipendente».

⁹⁷ Caso *Barthold*, *Groppera Radio AG* (punto 72), Caso *Casado Coca* (punto 50).

8. Il “margine di apprezzamento statale” nella valutazione delle limitazioni alle comunicazioni pubblicitarie.

Dalla giurisprudenza esaminata nel precedente paragrafo emerge, nell'applicazione dell'art. 10 CEDU alla fattispecie pubblicitaria, un ampio ricorso, da parte degli organi della Convenzione Europea, alla dottrina del “margine di apprezzamento” statale⁹⁸. Le origini di tale dottrina sono collegate all'applicazione dell'art. 15 della Convenzione, e, quindi, alla tutela della persona umana in occasione di stati di emergenza. Il suddetto

⁹⁸ Per un approfondimento degli studi sulla dottrina del “margine di apprezzamento” statale si v. in particolare: MORRISON, *Margin of appreciation in human right law*, in *Revue des droit de l'homme*, 1973, p. 263. Secondo tale autore il fondamento della dottrina del “margine di apprezzamento” va rintracciato nell' “atteggiamento di autolimitazione” degli organi della CEDU, una specie di rinuncia da parte di tali organi all'esercizio dei poteri di controllo loro attribuiti giustificato dalla necessità di evitare che un forte attivismo potesse indurre gli Stati a recedere dalla Convenzione. Sempre sull'argomento si rinvia a BLECKMANN, *Der beurteilungsspielraum im Europa und im Volkerrecht*, in *Europaische Grundrechte Zeitschrift*, 1979, p. 485. Il punto di partenza delle riflessioni di tale autore è basato sulla considerazione che il ricorso al “margine di apprezzamento” statale viene in rilievo nelle ipotesi in cui la Convenzione utilizza “concetti giuridici indeterminati” (es: utilità pubblica, interesse generale, ordine pubblico, etc.). Condivide lo stessa riflessione anche se poi il pensiero segue un percorso differenziato SAPIENZA, R., *Sul margine di apprezzamento statale nel sistema della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Riv. Dir. Inter.*, 1991, pp. 571-614. Secondo tale autore «la dottrina del margine d'apprezzamento statale è frutto di concrete ed irrinunciabili esigenze poste dalla formulazione stessa di alcune disposizioni e dalla struttura della Convenzione e che essa rappresenta un utile strumento per la “gestione” del complesso meccanismo convenzionale » Così Sapienza, op. cit., p. 614.

Come ulteriori studi di approfondimento si rinvia a: Donati F., Milazzo P., *La dottrina del margine di apprezzamento statale nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'uomo*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it; GAJA G., *Carta dei diritti fondamentali e Convenzione europea: una relazione complessa*, in U. De Siervo (a cura di), *La difficile Costituzione europea*, Bologna, 2001, 211 ss.; GALETTA D.-U., *Il principio di proporzionalità nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, fra principio di necessità e dottrina del margine di apprezzamento statale: riflessioni generali su contenuti e rilevanza effettiva del principio*, in *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, 1999, 744 ss.; GREER S., *The margin of appreciation and discretion under the European Convention on Human Rights*, Council of Europe, 2000; KASTANAS E., *Unité et diversité: notion autonomes et marge d'appréciation des états dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 1996; MACDONALD R. ST. J., *The margin of appreciation in the jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in *Coll. Cour. Of the Acad. Of Eur. Law*, 1992, 103 ss.; MACDONALD R. ST. J., *The margin of appreciation*, in R. ST. J. MACDONALD, F. MATSCHER, H. Petzold (a cura di), *The European system for the protection of human rights*, L'Aja, 1996, 83 ss.; MAHONEY P., *Marvellous richness of diversity or invidious cultural relativism ?*, in *HRLJ*, 1998, 1 ss.; O'BOYLE M., *The margin of appreciation and derogation under Article 15: ritual incantation or principle?*, in *HRLJ*, 1998, 23; OVEY C., *The margin of appreciation and article 8 of the Convention*, in *HRLJ*, 1998, 10 ss.; PREBENSEN S. C., *The margin of appreciation and articles 9, 10 and 11 of the Convention*, in *HRLJ*, 1998, 13 ss.; SCHOKKENBROEK J., *The prohibition of discrimination in article 14 of the Convention and the margin of appreciation*, in *HRLJ*, 1998, 20 ss.; WINISDOERFFER Y., *The margin of appreciation and article 1 of protocol no. 1*, in *HRLJ*, 1998, 18 ss. YOUROW H. C., *The margin of appreciation doctrine in the dynamics of european human rights jurisprudence*, L'Aja, 1996; DONNEL, *The margin of appreciation doctrine: standards in the jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in *Human Rights Quarterly*, 1982, p. 474 e ss.; MACDONALD, *The margin of appreciation in the jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in *Il diritto internazionale al tempo della sua codificazione*, Studi in onore di Roberto Ago, Milano, 1987, III, p. 187 e ss.; MERRILLS, *The development of International law by the European Court of Human Rights*, Manchester, 1988, p. 136 e ss.

articolo prevede, infatti, che sia riconosciuto agli Stati parti il diritto di derogare alle obbligazioni previste all'interno della CEDU, in situazione di «guerra» e di «altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione», nel rispetto di alcuni limiti specificatamente indicati⁹⁹. La Commissione e la Corte nell'operare un controllo sull'applicazione di tale articolo hanno fatto riferimento al “margine di apprezzamento” statale, ritenendo lo stesso rilevante in riferimento a due circostanze: la determinazione dell'esistenza di un «caso di guerra o di altro pericolo pubblico che minacci l'esistenza della nazione», nonché la determinazione della necessità delle misure adottate¹⁰⁰.«(...) la necessità del riconoscimento agli Stati di un margine di apprezzamento nell'applicazione dell'art. 15 CEDU deve rinvenirsi nella peculiarità della situazione di emergenza che implica che il controllo europeo tenga conto proprio delle difficoltà che il governo si trova a fronteggiare quando deve adottare delle misure

⁹⁹ *In primis*, la deroga è ammessa solo «nella stretta misura in cui la situazione lo esiga» ed, in ogni caso, le misure derogatorie non possono contraddire «altri obblighi derivanti dal diritto internazionale». Secondariamente, le deroghe non possono riguardare i diritti tutelati dagli artt. 2, 3, 4 e 7 (il diritto alla vita, il diritto a non essere sottoposto a torture, pene e misure inumane e degradanti, il diritto a non essere posto in condizione di schiavitù o servitù, il diritto a non essere condannato per un comportamento che al momento della sua commissione non costituiva reato secondo il diritto interno ed internazionale). Infine, sussiste un dovere d'informazione da parte dello Stato nei confronti del Segretario Generale del Consiglio d'Europa sulle misure adottate e sulle motivazioni a giustificazione delle stesse, nonché sulla data di cessazione del vigore delle medesime misure.

¹⁰⁰ Cfr. SAPIENZA, R., *Sul margine di apprezzamento statale nel sistema della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Riv. Dir. Inter.*, 1991, p. 578

Il primo caso in cui si discute sull'applicazione dell'art. 15 CEDU è rappresentato dal ricorso presentato dal Governo greco nel 1956 (n. 175/56) con il quale si portava all'attenzione della Commissione la non conformità all'art. 15 CEDU della deroga effettuata dalla Gran Bretagna in riferimento alla situazione di Cipro. In tale occasione la Commissione, riconoscendosi competente a valutare sia l'esistenza di una delle situazioni che, a norma dell'art. 15 rendevano ammissibili delle deroghe alla Convenzione, sia a valutare la necessità delle misure adottate, riconobbe, comunque, esistente un certo margine di apprezzamento del governo inglese nel determinare l'esistenza di una situazione di pericolo e l'adozione delle misure necessarie a fronteggiarla.

Una formulazione più precisa della dottrina del “margine di apprezzamento” viene effettuata nel caso *Lawless c. Irlanda* del 1957 avente ad oggetto il ricorso presentato da un cittadino irlandese, ex membro dell'IRA, per essere stato sottoposto a detenzione senza giusto processo, in applicazione di una legge statale sullo stato di emergenza del 1940, ed in assenza delle condizioni di “pericolo pubblico” di cui all'art. 15 CEDU, che potessero giustificare una deroga all'art. 5 della Convenzione. In tale ipotesi, la Commissione ritenne di poter riconoscere al Governo irlandese un certo margine di apprezzamento nel valutare le situazioni che possono rientrare nelle ipotesi di «pericolo pubblico che minacci la vita di una nazione», esimendosi così dall'effettuare un'autonoma ricostruzione della nozione di “pericolo pubblico” e di minaccia alla vita della nazione. La Corte, investita della questione, concordava con la posizione espressa dalla Commissione, ma allo stesso tempo sanciva la propria competenza ad effettuare un controllo sia sull'esistenza dello stato di emergenza sia sulla “ragionevolezza” delle misure utilizzate. La posizione così assunta dalla Corte è stata ribadita nella sua successiva giurisprudenza (si veda in particolare il caso *Irlanda c. Regno Unito* del 1959) in cui è stato sancito che il margine di discrezionalità riconosciuto agli Stati parti trovava la propria ragion d'essere nella migliore posizione in cui si trovavano le autorità nazionali per valutare sia il “pubblico pericolo” sia l'idoneità delle misure per fronteggiarlo. Pertanto, secondo la Corte, il controllo alla stessa riservato poteva essere limitato ad una valutazione sulla ragionevolezza delle decisioni assunte dagli Stati parti, senza dover necessariamente ricostruire tutte le considerazioni effettuate dai Governi nazionali a monte delle loro scelte operative.

in tali condizioni. Il che veniva “tradotto” dalla Corte nell’affermazione dell’opportunità di un controllo volto ad accertare soltanto la ragionevolezza delle decisioni del Governo»¹⁰¹.

La dottrina del “margine d’apprezzamento” statale, originatasi nell’ambito dell’applicazione dell’art. 15 CEDU, ha ottenuto un ulteriore seguito in ipotesi diverse dallo stato di emergenza, ed in particolare, nei casi di violazione degli articoli da 8 a 11 della CEDU¹⁰². La casistica in proposito risulta essere molto corposa¹⁰³, tuttavia, la dottrina del “margine di apprezzamento” ha trovato una più adeguata formulazione proprio in alcune decisioni che attengono alle ipotesi di violazione della libertà di espressione (art. 10 CEDU). Il primo riferimento è al caso *Handyside* del 1976 avente ad oggetto il ricorso presentato da un editore inglese a seguito del sequestro di un testo di educazione sessuale per adolescenti dallo stesso pubblicato e considerato quale pubblicazione contraria alla morale. La Corte, investita della questione, nel valutare la congruità delle misure restrittive come “necessarie in una società democratica”, ribadisce il carattere sussidiario del sistema della Convenzione rispetto al sistema “interno” di protezione dei diritti dell’uomo. Secondo la Corte, infatti, le autorità nazionali dispongono di una posizione privilegiata rispetto a quella degli organi della CEDU per effettuare le valutazioni adeguate delle concrete situazioni. Il primato del sistema interno impone, dunque, il riconoscimento dell’esistenza di un margine di apprezzamento statale, che risulta essere più ampio nelle ipotesi, come quella in esame, in cui vi è una estrema variabilità dei criteri di giudizio adottati negli ordinamenti interni. Esiste, infatti, una diversità di posizioni e concezioni su quali possano essere considerate le misure “necessarie in una società democratica” per garantire la protezione della morale.

Sempre in relazione alla applicazione del margine di apprezzamento nelle ipotesi in cui opera l’art. 10 CEDU si deve registrare una profonda evoluzione interpretativa della

¹⁰¹ Così SAPIENZA, R., *Op cit.*, p. 585

¹⁰² Tali articoli sono posti a protezione del diritto al rispetto della vita privata e familiare, del domicilio e della corrispondenza (art.8), del diritto alla libertà di pensiero (art. 9), alla libertà di espressione (art. 10). Della libertà di riunione e associazione (art. 11).

¹⁰³ Esemplificative le decisioni della Corte nei casi *Klass*, del 6 settembre 1978, in *Publications, Serie A*, n. 28, par. 48; *Rees*, del 17 ottobre 1986, Serie A, n. 106, par. 35; *Leander*, del 26 marzo 1987, Serie A, n. 116, par. 59; *Olsson*, del 24 marzo 1988, Serie A, n. 130, par. 67-68; *Norris*, del 26 ottobre 1988, Serie A, n. 142, par. 43-46; *Barfod*, del 22 febbraio 1989, Serie A, n. 149, par. 28 *Chappel*, del 30 marzo 1989, Serie A, n.152, par.59; *Powell e Rayer*, del 21 febbraio 1990, Serie A, n.172, par. 41; *Cossey*, del 27 settembre del 1990, Serie A, n. 184, par. 40.

giurisprudenza degli organi della CEDU. «Si è passati infatti, gradualmente, da un'interpretazione che concede agli Stati parti un'ampia discrezionalità nell'applicazione delle misure restrittive e che riserva alla Commissione ed alla Corte il controllo della conformità di queste con i parametri europei (legalità, legittimità dello scopo e necessità della misura restrittiva) ad un'interpretazione più restrittiva del margine di apprezzamento, cioè ad un controllo europeo su cui incidono significativamente l'omogeneità di concezioni dei valori ed il riconoscimento della funzione sociale dell'informazione»¹⁰⁴. In tale evoluzione un ruolo determinante è svolto dalla sentenza del caso *Sunday Time*¹⁰⁵ nella quale viene sancito in maniera equivocabile la giusta ponderazione tra l'applicazione restrittiva da conferire al criterio del margine di apprezzamento¹⁰⁶ e la tutela privilegiata della libertà d'informazione attuata dagli organi di controllo. Questa tutela privilegiata non è però generalizzata, bensì la sua gradualità è funzionale al contenuto dell'informazione. In considerazione dell'orientamento e dell'interpretazione giurisprudenziale frattanto maturatasi, pertanto, il contenuto dell'informazione influisce sull'ampiezza del margine di apprezzamento e, quindi, sulla discrezionalità riconosciuta agli Stati nell'applicazione delle misure restrittive finalizzate a tutelare gli altri diritti garantiti dalla Convenzione ed, allo stesso tempo, influenza la valutazione che gli organi europei sono chiamati ad effettuare sulla compatibilità di tali ingerenze con i parametri europei¹⁰⁷. Se si considerano i messaggi a contenuto pubblicitario si deve evidenziare come, nonostante le diverse affermazioni sulla tutelabilità di tali messaggi all'interno dell'art. 10 CEDU, la giurisprudenza sia costante nel ritenere che il carattere commerciale di tali comunicazioni renda meno severa la tutela prevista dall'art. 10 CEDU e, di conseguenza, attribuisce allo Stato un margine di apprezzamento più ampio rispetto alle altre tipologie di messaggi.

¹⁰⁴ Così FERRANTI, G., *op. cit.*, p. 293. In riferimento “alla omogeneità di concezioni dei valori” la Corte ritiene che l'ampiezza del margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati parti dipenda dalla minore o maggiore uniformità di vedute all'interno degli ordinamenti statali. In base alla diversità di vedute è infatti possibile che gli Stati assumano delle soluzioni diversificate per risolvere i problemi che implicano giudizi di valore. Le scelte effettuate in questo modo dagli Stati saranno valutate dagli organi della Cedu solo in considerazione della loro compatibilità con la Convenzione. Quest'ultima «non intende applicarsi uniformemente all'interno degli Stati parti, ma solo costituire un sistema di *standards* comuni, compatibili con la scelta di differenti opzioni concrete all'interno degli Stati. » Così Sapienza, R., *op. cit.*, p. 598.

¹⁰⁵ Sent. 26.4.1979, caso *Sunday Time* c. Royaume-Uni, in CEDH Publications, Serie A, vol. 30. Tale caso aveva ad oggetto il ricorso, per violazione dell'art. 10 Cedu, avverso le misure adottate dalle autorità giudiziarie inglesi che avevano impedito le pubblicazioni relative agli effetti teratogeni di un farmaco in pendenza di un giudizio su tale questione.

¹⁰⁶ «A tal proposito la Corte ritiene che lo Stato godesse di un margine di apprezzamento più ristretto a quello riconosciuto nel caso *Handyside* e ciò perché la nozione di “impartiality of the judiciary” presenta rispetto a quella di “protection of morals” maggiore obiettività e uniformità negli ordinamenti giuridici degli Stati membri». Così SAPIENZA, R., *op. cit.*, p. 594.

¹⁰⁷ Cfr. FERRANTI, G., *op. cit.*, p.305.

Nella sentenza *Markt Intern*, ove sussisteva un conflitto tra l'interesse pubblico ad essere informati ed i diritti altrui, la Corte nel decidere di non sostituire le proprie valutazioni a quelle delle giurisdizioni nazionali che avevano valutato le misure restrittive imposte come ragionevolmente necessarie, considerò, quindi, che il margine di apprezzamento non fosse stato oltrepassato. L'influenza del contenuto commerciale nella valutazione del margine di apprezzamento viene evidenziata chiaramente nell'opinione congiunta espressa dai giudici dissenzienti, secondo la quale tale criterio era stato utilizzato per ridurre la libertà d'espressione nell'ambito dei messaggi pubblicitari in chiaro contrasto con la precedente giurisprudenza che, viceversa, estendeva la tutela del'art. 10 CEDU indipendentemente dal contenuto.

Tale interpretazione della Corte viene ribadita anche nel caso *Casado Coca* in cui sussisteva un evidente conflitto tra la tutela della dignità della professione forense e la tutela del diritto di ricevere informazioni sull'assistenza legale. La Corte, dopo aver ponderato le divergenti posizioni, ritenne di demandare alle autorità nazionali, non anche agli organi europei, la corretta valutazione della regolamentazione ed applicazione della pubblicità dell'attività forense in quanto tale disciplina rappresenta una materia giudicata non omogenea nell'ambito degli Stati contraenti. Secondo la Corte infatti, «l'ampio ventaglio di discipline e le differenze di ritmo negli Stati membri del Consiglio d'Europa mostrano la complessità del problema. Grazie ai contatti diretti e costanti con i propri cittadini, le autorità o le corti e i tribunali nazionali si trovano in una posizione migliore rispetto a quella del giudice internazionale per indicare dove si situi, in un dato momento, il giusto equilibrio per contemperare i diversi interessi in gioco: la necessità di una buona informazioni sull'assistenza giudiziaria e la possibilità per un avvocato di farsi pubblicità al suo studio. (punto 55).» La suddetta motivazione sorregge anche la sentenza *Jacobowski*¹⁰⁸ del 1994 relativa all'attività promozionale di agenzia di stampa effettuata da un giornalista.

Dai casi precedentemente esaminati si desume, inoltre, che per gli organi CEDU il margine di apprezzamento statale non viene oltrepassato quando il messaggio evidenzia un predominante carattere pubblicitario rispetto a quello informativo. Si verifica, viceversa, un superamento del margine consentito e, quindi, una violazione dell'art. 10

¹⁰⁸ Caso *Jacobowski c. Allemagne*, 23 giugno 1994, Serie A, n. 291-A, p.14.

CEDU, quando il carattere informativo assume un ruolo primario (caso *Barthold*, e più recentemente: caso *Stambuk e Vgt*¹⁰⁹).

Di notevole interesse, sempre in relazione all'applicazione del criterio del margine di apprezzamento, il caso *Murphy c Irlanda*¹¹⁰ del 2003 relativo al divieto di trasmissione di una comunicazione commerciale da parte di una stazione radiofonica sulla proiezione di un film religioso. La Corte nel tener presente la mancanza di omogeneità tra gli Stati membri in relazione alla disciplina della diffusione dei messaggi di natura religiosa, ritiene che l'autorità nazionale abbia le sufficienti ragioni per giustificare la propria ingerenza nella libertà d'espressione del ricorrente.

9. La rilevanza dell'art. 10 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo all'interno della giurisprudenza della Corte di Giustizia in tema di pubblicità

La tutela dei diritti fondamentali all'interno dell'ordinamento comunitario deve il proprio "ingresso" alla giurisprudenza della CGCE a partire dalla storica sentenza *Stauder* del 1969 fino alla sentenza *Kreil* del 2000. Attualmente i diritti fondamentali possono ritenersi parte dell' "*acquis communautaire*" in quanto "principi generali di diritto comunitario", così come già sostenuto nell'ambito della giurisprudenza della CGCE ed ora espresso nell'art. 6. Trattato UE attraverso il richiamo esplicito alla CEDU della quale si garantisce il rispetto.

Per questa via e con questa motivazione giuridica i diritti tutelati dall'art. 10 della CEDU sono anch'essi oggetto del diritto comunitario.

Si deve rammentare, d'altronde, che il diritto alla libertà d'espressione e d'informazione trova tutela anche nell'art. 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, la quale riprendendo in parte quanto disposto dallo stesso art. 10

¹⁰⁹ Sent. 17.1.2003, caso *Stambuk c. Allemagne* e sent. 28.9.2001 caso *VgT Verein gegen Tierfabriken c. Suisse*.

¹¹⁰ Caso *Murphy c. Irlanda*, 3/12/2003, in www.echr.coe.int.

della CEDU¹¹¹ (vi si riconosce, infatti, la «libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limite di frontiera») apporta un elemento di grande novità, ossia il riconoscimento della libertà dei media ed il rispetto del loro pluralismo. Tuttavia, la giurisprudenza della CGCE risulta essere poco propensa a far uso della Carta di Nizza all'interno delle proprie decisioni¹¹². Si ritiene che la giustificazione di tale atteggiamento si possa rinvenire in due ordini di motivazioni¹¹³: da un lato, per effetto della prevalenza all'interno della giurisprudenza della CGCE di «categorie interpretative di tipo economicistico»¹¹⁴, dall'altro in considerazione della valenza attribuita alla Carta, che in attesa dell'entrata in vigore del Trattato costituzionale può essere considerata «un atto “impegnativo” ma non avente efficacia vincolante, non solo all'esterno, ma anche all'interno dell'ordinamento comunitario»¹¹⁵. Diversamente dalla Carta, la CEDU, oggetto di formale recezione per effetto del riferimento operato dall'art. 6, II comma Trattato UE, viene costantemente richiamata nella giurisprudenza della Corte di Giustizia. Quest'ultima, infatti, ha in più occasioni affermato che la CEDU rappresenta la fonte d'ispirazione della tutela dei diritti umani nell'ordinamento giuridico comunitario¹¹⁶. «Il fatto è, però, che la CEDU, pur se è essa stessa affermativa, al pari della Carta di Nizza, di un regime di garanzia della libertà di manifestazione del pensiero, introduce un modello della libertà in discorso non del tutto conferente rispetto a quello che si contraddistingue per la tendenziale assenza di aspetti funzionalistici. La CEDU conserva, infatti, in confronto ai principi espressi dalla Carta, tratti di maggiore relativizzazione»¹¹⁷. Il riferimento è al par. 2 dell'art. 10 CEDU e alle

¹¹¹ Cfr. sull'argomento G. COHEN-JONATHAN, *Article 10*, in *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, a cura di L. PETITTI, E. DECAUX; P. IMBERT, Paris, 1999, p. 365 e ss.; P. CARETTI, *Articolo 10*, in *Commentario alla Convenzione europea dei Diritti dell'uomo*, a cura di S. BARTOLE, B. COMFORTI, G. RAIMONDI, padova, 2001.

¹¹² A. CELOTTO, G. PISTORIO, *L'efficacia giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (rassegna giurisprudenziale 2001-2004)* in sito www.associazionedeicostituzionalisti.it, p.36.

¹¹³ Cfr. P. STANCATI, *Il diritto fondamentale comunitario alla libera manifestazione del pensiero: profili critici e ricostruttivi (Parte II)*, in *Pol. Dir.*, n. 3/2005, p. 423-424.

¹¹⁴ Cfr. V. ONIDA, «*Armonia tra diversi*» e *problemi aperti – La giurisprudenza costituzionale sui rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario*, in *Quad. Cost.*, 2002, p.555; L.S. ROSSI, *La Carta dei diritti come strumento di costituzionalizzazione dell'ordinamento UE*, in *Quad. Cost.*, 2002, p. 570-572.

¹¹⁵ Cfr. P. STANCATI, op. cit., p. 424; Sul punto si rinvia a: M. CARTABIA, A CELOTTO, *La giustizia costituzionale in Italia dopo la Carta di Nizza*, in *Giur. Cost.*, 2002, p. 4479; C. DI TURI, *La prassi giudiziaria relativa all'applicazione della Carta di Nizza*, in *Dir.Unione europea*, 2002, pp. 681 e ss.

¹¹⁶ Sent. 21 settembre 1989, caso Hoechst, causa c 46/87 e C227/88, in CGCE Racc. 1989, p. 2859; sent. 17 ottobre 1989, caso Dow Benelux, causa C 85/87, in CGCE Racc. 1989, p. 3137 e caso Dow Chemical Iberica SA, causa C 99/87, CGCE Racc. 1989, p.3165.

¹¹⁷ Così P. STANCATI, op. cit.. La Carta di Nizza mostra un assetto della libertà d'espressione di tipo “proclamativo” nel senso che alla situazione di vantaggio in essa prevista non fa seguito una precisa

“misure” ivi richiamate «necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, all’integrità territoriale o alla pubblica sicurezza, alla difesa dell’ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, alla protezione della reputazione o dei diritti altrui». Si tratta di una formulazione chiaramente abilitativa di un intervento normativo ed implicante, nella sua finalistica attitudine alla garanzia dell’assetto democratico, una estesa propensione delimitativa¹¹⁸. Propensione che è emersa soprattutto nella disciplina del fenomeno pubblicitario all’interno della giurisprudenza, precedentemente esaminata, degli organi della CEDU e che trova ulteriore seguito nell’interpretazione della CGCE.

Si reputa opportuno richiamare alcune significative sentenze della CGCE in cui si fa esplicito riferimento all’art. 10 della CEDU per il profilo pubblicitario in esame. Nella sentenza del caso *Bond van Adverteerder*¹¹⁹, relativo ad una domanda di pronuncia pregiudiziale, la Corte ha sostenuto che il divieto per un’emittente di ritrasmettere programmi contenenti pubblicità e diffusi da un’emittente di altro Stato membro non trovava giustificazione nei motivi di interesse generale¹²⁰. L’importanza di questa pronuncia è da rinvenire nel contributo che la Corte dà alla libera circolazione dei programmi televisivi senza alcun riguardo alla tipologia ed al contenuto del messaggio né al mezzo di trasmissione, in quanto si considera in ogni caso che trattasi di una prestazione di servizi. Ciò che assume rilievo per la CGCE, in analogia a quanto già emerso in relazione all’art. 10 CEDU, non è, dunque, il contenuto o il mezzo di

elencazione dei limiti apponibili a tale libertà, come diversamente avviene nell’ambito della CEDU. In mancanza di una previsione limitativa si applica, dunque la disciplina sulla portata dei diritti garantita dall’art. 52 della Carta. Sul punto Cfr. F. DONATI, *Art. 11. Libertà di espressione e d’informazione*, in *L’Europa dei diritti, Commentario alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea*, a cura di R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO.

Sul livello di protezione della libertà di manifestazione del pensiero nella Carta di Nizza e nella Cedu si v. P.STANCATI, *Il diritto fondamentale comunitario alla libera manifestazione del pensiero: profili critici e ricostruttivi (Parte I)*, in *Pol. Dir.*, pp.171 e ss.

¹¹⁸ Cfr. P.STANCATI, op. cit. p. 201. È stato osservato che la clausola presenta una previsione così ampia da poter consentire in ipotesi, uno svuotamento della libertà in parola e per questo motivo la giurisprudenza della Corte dei diritti umani ha elaborato una serie di principi volti a circoscrivere il potere limitativo dei legislatori nazionali. Cfr. F. Donati, articolo 11, op. cit. p.103.

¹¹⁹ Sent. 26 aprile 1988, caso *Bond van Adverteerders*, causa 352/85, in CGCE Racc. 1988, p.2085. Per commento: TIZZANO, *Sulla liberalizzazione dei servizi radiotelevisivi nella C.E.*, in *Foro it.*, 1988, IV, Col. 309 ss. MASTROIANNI, R., *Il diritto comunitario e le trasmissioni televisive*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1990, p.178.

¹²⁰ Si ricorda che l’unica deroga al Trattato permessa agli Stati membri nell’emanare norme nazionali discriminatorie nei confronti dei servizi erogati da parte di aziende europee riguarda l’ordine pubblico, per garantirlo lo Stato può derogare all’applicazione dell’art. 59 TCE (ora art. 49) e questo non era il caso di specie. Di conseguenza la Corte ha reputato l’attività di redistribuzione dei programmi come transfrontaliera e, quindi, prevista negli art. 59 e 60 (ora art. 49 e 50) ed ha riconosciuto il diritto della società di redistribuzione alla erogazione della prestazione.

emissione del messaggio ma il fatto che lo stesso possa essere diffuso e che possa raggiungere il pubblico. Sebbene attraverso questa sentenza la CGCE sembri fare propria una interpretazione estensiva della libertà d'espressione equivalente a quella di cui all'art. 10 CEDU¹²¹, tuttavia la Corte non si esprime sulla eventuale violazione da parte della norma interna del disposto dell'art. 10 CEDU. Solo successivamente la Corte affronta tale profilo ed, in particolare, nella sentenza *Elliniki Radiophonia Tileorasi*¹²². In tale occasione era stata sollevata la questione della compatibilità del sistema di monopolio televisivo con il Trattato ed il giudice nazionale aveva posto alla CGCE uno specifico quesito: se l'art. 10 CEDU ed il fine individuato nell'art. 2 del TCE imponevano agli Stati eventuali obblighi e di che genere. Nel fornire una risposta la Corte espressamente afferma che la normativa interna di uno Stato, limitativa della libera circolazione dei servizi in materia radiotelevisiva, giustificata dagli artt. 56 e 66 del TCE (ora artt. 46 e 55), deve in ogni caso rispettare la libertà d'espressione garantita dall'art. 10 della CEDU, che diviene, pertanto, importante parametro di riferimento e di valutazione¹²³.

Anche nella sentenza *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda* vi è un deciso richiamo alla libertà d'espressione intesa in senso ampio come risulta tutelata dall'art. 10 CEDU. In questo caso, infatti, la libertà d'espressione e la sua tutela sono rappresentate dalle politiche culturali che, poste in essere da uno Stato membro con la finalità di tutelare i diversi aspetti (religioso, sociale o culturale) che caratterizzano il patrimonio di ciascuno Stato, possono far parte della deroga indicata dall'art. 56 del TCE (ora art. 46) non essendo finalizzate alla protezione di interessi nazionali di carattere economico. Esse, dunque, possono produrre norme che limitano di fatto la libera circolazione dei servizi. Nella ipotesi in discussione presso la Corte, la norma interna richiedeva ad emittenti estere che trasmettevano verso il territorio nazionale di seguire gli stessi criteri espositivi stabiliti per le emittenti interne. Nel caso sottoposto alla sua attenzione, la Corte ha ritenuto che le restrizioni imposte all'emittente straniera nella trasmissione di messaggi pubblicitari fossero da considerarsi conformi con quanto previsto dall'ordinamento comunitario.

¹²¹ Cfr. G. FERRANTI, op. cit., p.65 e ss.

¹²² Sent. 18 giugno 1991, caso *Elliniki Radiophonia Tileorasi*, causa C 260/91, Racc. CGCE 1991, p. 2925.

¹²³ Sent. 18 giugno 1991, caso *Elliniki Radiophonia Tileorasi*, causa C 260/91, punti 41, 43 e 44.

In riferimento alle comunicazioni commerciali emerge che non solo la CGCE riconosce un ruolo privilegiato alla CEDU ma anche all'interpretazione che ne è stata data dagli organi della Convenzione. Si ricorda sul punto la sentenza *RTL Television*¹²⁴ del 2003 avente ad oggetto alcune domande pregiudiziali sollevate nell'ambito di una controversia tra la *RTL Television GmbH*, emittente televisiva privata, e la *Niedersächsische Landesmedienanstalt für privaten Rundfunk* (istituto del Land della Bassa Sassonia per la radiotelevisione privata) relativa ad una decisione dell'NLA con la quale quest'ultimo ha statuito che taluni film trasmessi dalla RTL non rispettavano la regolamentazione in materia di frequenza delle interruzioni pubblicitarie. In tale occasione la CGCE per giustificare la legittimità dell'intervento restrittivo adottato dall'NLA espressamente afferma, al punto 73, della sentenza:

«Risulta inoltre dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo relativa all'art. 10, n. 2, della CEDU che le autorità nazionali godono di un certo margine di discrezionalità nel valutare l'esistenza di una necessità sociale imperativa che possa giustificare una limitazione della libertà d'espressione. Secondo tale giurisprudenza, ciò è necessario in particolare in materia commerciale e soprattutto in un settore così complesso e oscillante come quello della pubblicità (v. sentenza Corte eur. D.U. 28 giugno 2001, *VGT Verein gegen Tierfabriken/Svizzera*, *Recueil des arrêts et décisions* 2001-VI, punti 66-70)».

Di tale affermazione, si può evidenziare che la CGCE in relazione ai limiti da apporre alla libertà d'espressione, ammette l'esistenza di un certo "margine di apprezzamento" statale ed una maggiore duttilità ed elasticità dello stesso, specie nel settore della pubblicità, per come desumibile dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

La CGCE nella sentenza *Karner* del 2004¹²⁵ richiamandosi espressamente al principio della libertà di espressione contenuto nell'art. 10 CEDU individua le limitazioni alla libertà in parola consentite dal par. 2 dello stesso articolo, ossia quelle «giustificate da obiettivi di interesse generale», in quanto «previste dalla legge», «dettate da uno o più scopi legittimi» e «necessarie in una società democratica» in quanto giustificate da «un bisogno sociale imperativo» nonché «proporzionate al fine legittimo perseguito»

¹²⁴ Sent. 23 ottobre 2003, caso *RTL Television*, causa C 245/01, consultabile su www.curia.eu.com.

¹²⁵ Sent. CGCE 25 marzo del 2004, caso *Herbert Karner Industrie-Auktionen GmbH e Troostwijk GmbH*, causa C 71/02, consultabile su www.Curia.eu.com.

(punto 50)¹²⁶. Affermato ciò, la Corte si richiama al “pacifico” margine di valutazione discrezionale di cui dispongono le autorità competenti «per stabilire dove si trovi il giusto equilibrio tra la libertà di espressione e gli obiettivi sopramenzionati», sostenendo sul punto che il livello di discrezionalità riconosciuto sia da intendersi in maniera dinamica e variabile in relazione a «ciascuno degli scopi che giustificano la limitazione di tale diritto e secondo la natura delle attività considerate» (punto 51). La tipologia delle attività poste in essere assume, dunque, secondo la CGCE grande rilievo ai fini della valutazione del livello di discrezionalità consentito, soprattutto quando «l’esercizio della libertà non contribuisca ad un dibattito di interesse generale»; fatto quest’ultimo che abiliterebbe un controllo sull’ingerenza operata limitato solo «alla verifica del carattere ragionevole e proporzionale» della stessa (punto 51). Quanto detto troverebbe applicazione, secondo la CGCE anche per l’uso commerciale della libertà d’espressione (punto 51).

Dalla giurisprudenza della Corte emerge, da un lato, il riconoscimento della pubblicità quale forma autonoma di comunicazione e la sua riconducibilità alla libertà di espressione di cui all’art. 10 della CEDU (come del resto affermato dalla giurisprudenza degli stessi organi della CEDU) e, dall’altro, il riconoscimento di una maggiore margine d’apprezzamento statale nell’ambito del settore pubblicitario.

La riconducibilità della comunicazione commerciale all’art. 10 CEDU si ricaverebbe implicitamente dal richiamo effettuato dalla CGCE sia al medesimo articolo, sia all’interpretazione estensiva dello stesso effettuata dalla Corte europea dei diritti umani, nonché, dai numerosi rinvii ai limiti individuati dal par. 2 dell’articolo in parola e all’applicazione che gli stessi possono trovare proprio in relazione alla comunicazione pubblicitaria (sent. Karner del 2004, causa C 71/02 e sent. 12 dicembre 2006, causa C 380/03). L’autonomia riconosciuta alla pubblicità emerge, inoltre, in «talune pronunce, in cui la presenza programmata della pubblicità all’interno di “prodotti” sicuramente afferenti alla sfera della libertà di manifestazione del pensiero (nella specie: Film per la televisione) non inficia la dignità né “corrompe” necessariamente la natura degli stessi; e ciò, probabilmente, proprio in funzione del principio per cui permane in seno alla radiotelevisione (...) la possibilità di trasmettere e programmare secondo i principi

¹²⁶ Si veda in tal senso, sentenza 23 ottobre 2003, causa C-245/01, RTL Television, Racc. pag. I-0000, punto 73, nonché sentenze Corte eur. D.U. 20 novembre 1989, Markt intern Verlag GmbH e Klaus Beermann, serie A, n. 165, § 33, e 28 giugno 2001, VGT Verein gegen Tierfabriken c. Svizzera, *Recueil des arrêts et décisions* 2001-VI, §§ 69-70.

della “libera comunicazione” e della “libera radiodiffusione”; principi alla stregua dei quali la pubblicità televisiva sembra assumere valenza di forma autonoma di comunicazione (v. C-245/01, *RTL*, 23 ottobre 2003).¹²⁷» Quanto detto troverebbe ulteriore conferma nelle Conclusioni dell’Avvocato Generale A. Tizzano in alcune recenti cause¹²⁸ nell’ambito delle quali egli sollevava dei dubbi di legittimità in relazione al divieto di pubblicità televisiva disposto in termini generici¹²⁹. Secondo le conclusioni in parola, solo a seguito di una stretta operazione di bilanciamento tra i due principi, diritto alla diffusione della pubblicità televisiva e diritto alla salute, si potrà considerare prevalente quest’ultimo¹³⁰.

In relazione al riconoscimento di un ampio potere statale in ordine alla conformabilità del diritto in esame nel settore pubblicitario, si può osservare come anche in quest’ambito la CGCE si esprime in maniera conforme a quanto statuito dalla Corte Europea dei Diritti Umani. Secondo quest’ultima infatti, il contenuto della comunicazione influisce sull’ampiezza del margine di apprezzamento e, conseguentemente, sulla discrezionalità riconosciuta agli Stati nell’applicazione delle misure restrittive finalizzate a tutelare gli altri diritti garantiti dalla Convenzione e, allo stesso tempo, influenza la valutazione che gli organi europei sono chiamati ad effettuare sulla compatibilità di tali ingerenze con i parametri europei¹³¹. Se si considerano i messaggi a contenuto pubblicitario si deve evidenziare che, secondo la costante giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti Umani il carattere commerciale di tali comunicazioni rende meno severa la tutela prevista dall’art. 10 CEDU e, di conseguenza, attribuisce allo Stato un margine di apprezzamento più ampio rispetto alle altre tipologie di messaggi. La CGCE fa propria questa valutazione ed esemplificative della posizione adottata sono le affermazioni contenute nella recente sentenza del 12 dicembre 2006¹³² avente ad oggetto il ricorso presentato dalla Repubblica Federale di Germania al fine di ottenere l’annullamento degli artt. 3 e 4 della direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 26 maggio 2003, 2003/33/CE, sul ravvicinamento

¹²⁷ Così P. STANCATI, *Lineamenti evolutivi...*, op. cit., p. 361-362.

¹²⁸ Cause C 262/02 Commissione c. Francia e C 249/02 Bacardi France c Television Francaise TF1, consultabile su [www. Curia.eu.com](http://www.curia.eu.com).

¹²⁹ Il caso riguardava la legislazione francese del 2001 “relativa alla lotta contro il tabagismo ed alcolismo”.

¹³⁰ Cfr. P. STANCATI op. cit. p.362.

¹³¹ Cfr. G. FERRANTI, op. cit., p.305.

¹³² Sent. CGCE del 12 dicembre 2006, causa C 380/03 consultabile su [www. curia.eu.com](http://www.curia.eu.com).

delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di pubblicità e di sponsorizzazione a favore dei prodotti del tabacco:

« (...) come giustamente rilevato dal Parlamento, dal Consiglio e dagli intervenienti a loro sostegno, il margine di valutazione discrezionale di cui dispongono le autorità competenti per stabilire dove si trovi il giusto equilibrio tra la libertà di espressione e gli obiettivi di interesse generale di cui all'art. 10, n. 2, della CEDU è variabile per ciascuno degli scopi che giustificano la limitazione di tale diritto e secondo la natura delle attività considerate. Qualora esista un certo margine di valutazione discrezionale, il controllo si limita alla verifica del carattere ragionevole e proporzionato dell'ingerenza. Altrettanto vale per l'uso commerciale della libertà di espressione in un settore così complesso ed oscillante come quello della pubblicità (v., in particolare, sentenza *Karner*, cit., punto 51)». (punto 155).

Secondo quanto affermato dalla CGCE sono altresì da considerarsi legittime le restrizioni alla libertà d'espressione laddove queste, oltre che "ragionevoli e proporzionate" siano strumentali alla tutela del consumatore ed alla lealtà dei rapporti commerciali. Afferma, infatti, la Corte che «la tutela dei consumatori contro gli eccessi della pubblicità commerciale o, in un fine di politica culturale, il mantenimento di una certa qualità dei programmi costituiscono motivi imperativi d'interesse generale che possono giustificare restrizioni alla libera prestazione dei servizi (v., in particolare, sentenza 25 luglio 1991, causa C-288/89, *Collectieve Antennevoorziening Gouda e a.*, Racc. pag. I-4007, punto 27)»¹³³. L'importanza della tutela del consumatore emerge anche nella causa *Karner* nell'ambito della quale la CGCE ha ritenuto legittima una legge austriaca che indipendentemente dalla veridicità della comunicazione, vietava, proprio a tutela del consumatore «ogni riferimento alla provenienza della merce», essendo nota «la tendenza dei consumatori ad acquistare merci provenienti da fallimento.»

In conclusione, la giurisprudenza della CGCE in relazione alla libertà di manifestazione del pensiero mostra una certa «propensione alla relativizzazione e funzionalizzazione del diritto, alla costante comparazione del diritto stesso con esigenze ed interessi

¹³³ Così CGCE in sent. 28 ottobre 1999, caso ARD, causa C 6/98, punto 50, consultabile su www.curia.eu.com.

ultronei»¹³⁴, comparazione che sovente implica la cedevolezza della libertà in parola soprattutto quando la comunicazione in oggetto abbia natura commerciale. In realtà, come sostenuto in dottrina, la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha come obiettivo quello di assicurare il rispetto delle finalità della Comunità e pertanto « più che operare un bilanciamento tra i diversi interessi in gioco sembra muoversi nell’ottica della tendenziale prevalenza di tali finalità rispetto ai diritti codificati nella Convenzione»¹³⁵. La prevalenza di tale finalità determina da parte della CGCE una valutazione della libertà d’espressione come «funzionalmente inserita in una dimensione di mercato» il che giustificherebbe l’interpretazione “eccessivamente elastica” che viene dalla stessa fornita delle previsioni di cui al pa. 2 dell’art.10 CEDU¹³⁶.

10. L’orientamento della Corte Costituzionale Italiana in materia di pubblicità commerciale

Dall’analisi della giurisprudenza della Corte Europea e della Corte di Giustizia si evince l’utilizzo di una definizione ampia e quasi onnicomprensiva della libertà d’espressione capace di ricomprendere al proprio interno la comunicazione pubblicitaria. Diversamente, la Corte Costituzionale italiana sembra non ricondurre il messaggio pubblicitario nell’ambito della garanzia di cui all’art. 21 della Costituzione posto a tutela della libertà di manifestazione del pensiero¹³⁷. In verità la Corte Costituzionale non mostra un atteggiamento completamente univoco, nel senso che alle sentenze che riferiscono la comunicazione pubblicitaria all’art. 41 Cost. fanno da contraltare altre decisioni che non mostrano una netta chiusura circa la riferibilità del

¹³⁴ Cfr. P. STANCATI, *Il diritto fondamentale comunitario...*, op. cit., p.220.

¹³⁵ Vedi P. CARETTI, *Articolo 10, libertà d’espressione*, op. cit., p.349.

¹³⁶ Cfr. P. STANCATI, op. cit. p. 216.

¹³⁷ Vi è chi individua le motivazioni di tale diverso orientamento dei giudici italiani nell’assenza di un esplicito riferimento all’interno dell’art. 21 Cost. alla libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee come nell’art. 10 CEDU; nonché nella presenza di una norma posta a tutela della iniziativa economica privata (art. 41 Cost.) che consente di fornire, in ogni caso, una protezione costituzionale alla pubblicità, mentre ciò non sarebbe possibile in ambito sovranazionale non essendovi nella CEDU una disposizione analoga. Cfr. G. E. VIGEVANI, op. cit., p. 402..

fenomeno in parola alla libera manifestazione del pensiero¹³⁸. Sia pure indirettamente già con la sentenza n. 1 del 1956 la Corte ha modo di intervenire sul tema in questione. Nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 113 del t.u. di p.s. del 1931, la Consulta aveva posto fine al regime di autorizzazione preventiva che veniva richiesto per ogni tipo di messaggio, compresi, dunque, anche quelli pubblicitari. Con la sentenza n. 68 del 1965 la Corte ha voluto sottolineare, affrontando il tema della legittimità della autorizzazione preventiva della pubblicità alberghiera su prezzi e tariffe da parte dell'Ente provinciale per il turismo, come tale disciplina non si ponesse in contrasto con l'art. 21 Cost. che vieta ogni forma di autorizzazioni e censure¹³⁹. La pubblicità di attività economiche, secondo quanto affermato dalla Corte, può sottostare a disciplina amministrativa di controllo preventivo volta a tutela della fede pubblica, distinguendosi così la pubblicità dalla "stampa d'opinione" il cui regime di garanzia rimane quello di cui all'art. 21 Cost.¹⁴⁰. In riferimento alla sentenza in esame, è stato evidenziato come la Corte esprima una motivazione alquanto contraddittoria con riguardo all'oggetto della libertà di manifestazione del pensiero. Infatti, da un lato riconosce la natura informativa delle pubblicazioni sottoposte al suo esame; dall'altro riconosce, inoltre, che l'art. 21 Cost. garantisce la stampa d'informazione però, in conclusione, esclude le pubblicazioni in parola dall'ambito di garanzia di cui all'art. 21 Cost.¹⁴¹. In realtà, secondo il ragionamento operato dalla Corte non è l'informazione di per sé ad essere esclusa dall'alveo di protezione dell'art. 21 Cost. bensì l'informazione con finalità di lucro; il discriminante ai fini della tutela costituzionale è, dunque, lo scopo perseguito.

Nella successiva sentenza n. 131 del 1973, pur senza toccare in maniera diretta il problema del fondamento giuridico della pubblicità commerciale, la Corte sembra assumere una posizione diversa e in certo qual modo più vicina alla logica dell'art. 21

¹³⁸ Attribuiscono alla Corte cost. un atteggiamento non univoco BARILE, CARETTI, CHELI, DE SIERVO E ZACCARIA, *La pubblicità e il sistema dell'informazione*, op. cit. p. 22. Sul punto P. Stancati afferma «Deve, peraltro, rimarcarsi che una lettura esasperatamente svalutativa del fenomeno pubblicitario non pare neppure fatta propria dalla Corte Costituzionale, la quale, pur costantemente sottolineando l'esigenza di sottoporre la pubblicità ad una serie estesa di limitazioni (...) non la espunge mai dal novero delle manifestazioni del pensiero direttamente tutelate dall'art. 21, né pare definitivamente ascrivere il regime di garanzia al solo art. 41». Cfr. P. STANCATI, *lineamenti...* op. cit. p. 364.

¹³⁹ Si rinvia sul punto alla nota alla sentenza di S. FOIS, *Censura e pubblicità economica*, in *Giur. Cost.* 1965.

¹⁴⁰ La Corte sul punto afferma: «nei confronti delle pubblicazioni a stampa del tipo di quelle cui ha riguardo la disposizione impugnata, un controllo preventivo come quello contemplato dalla stessa disposizione non incide assolutamente sulla particolare garanzia costituzionale posta a difesa della stampa di cultura, di opinione, di informazione del secondo comma dell'art. 21 Cost.»

¹⁴¹ Cfr. L. PRINCIPATO, op. cit., p. 529

Cost.. In tale occasione, la Corte affronta la questione di costituzionalità dell'art. 15 l. 5 luglio 1961 n. 64 in relazione all'art. 2 commi 2 e 3 della medesima legge, per contrasto con gli artt. 21 e 53 Cost., nella parte in cui assoggetta ad imposta anche le forme di propaganda ideologica effettuata, senza fini di lucro, a cura diretta dell'interessato. La disposizione oggetto d'impugnazione assoggettava a tassazione ogni tipologia di pubblicità (economica, ideologica, politica culturale etc.). La Corte argomenta la fondatezza della questione considerando che, nelle forme di propaganda ideologica effettuate a cura dell'interessato e senza finalità di lucro, «non è dato ravvisare alcuna manifestazione di reddito o di spesa che giustifichi l'imposizione stessa». Anche in tale occasione la finalità di lucro assume un rilievo determinante ai fini della dichiarazione di illegittimità costituzionale della disposizione oggetto d'impugnazione ma non in riferimento all'art. 21 cost. (come nella precedente sentenza) bensì in relazione all'art. 53 Cost.. Dalle argomentazioni della Corte si evince, infatti, che la finalità economica rilevi non per escludere la natura di manifestazione del pensiero della comunicazione pubblicitaria, bensì per sottrarre all'imposizione fiscale la propaganda ideologica priva di scopo di lucro in quanto si realizzerebbe una violazione dei principi della capacità contributiva e della progressività dell'imposizione tributaria. In definitiva, si potrebbe affermare che sia la comunicazione pubblicitaria che la propaganda ideologica sono manifestazioni del pensiero ma solo quella connotata dallo scopo di lucro potrà essere sottoposta ad imposizione fiscale.

Nella sentenza (di molto successiva) n. 231 del 1985¹⁴² la Corte, nell'affrontare la questione delle limitazioni poste dalla disciplina radiotelevisiva di cui alla l. n. 103 del 1975 ai messaggi pubblicitari provenienti dall'estero e contenuti su canali ritrasmessi in Italia, si esprime per l'applicabilità dell'art. 41 Cost. alla comunicazione pubblicitaria¹⁴³. L'intento che la normativa oggetto del ricorso perseguiva in relazione alle comunicazioni commerciali era quello di evitare che le emittenti estere raccogliessero pubblicità presso gli operatori economici italiani per poi ritrasmetterla

¹⁴² Sentenza Corte Cost. n. 231 del 1985 in *Giur. Cost.*, 1985, I, p. 1879.

¹⁴³ Conforme a tale orientamento della Corte anche le recenti pronunce della Cassazione civ., sez. I, 27/02/2001, n. 2822, in *Giust.civ. mass.*, 2001, 329, nella quale si afferma «il divieto di pubblicità non può porsi in contrasto con l'art. 21 Cost. non essendo ricompresa nella garanzia di tutela della manifestazione del pensiero la comunicazione pubblicitaria di attività economiche. La pubblicità rientra invece nella libertà di iniziativa economica privata, che è tutelata dall'art. 41 Cost., solo in quanto si ponga in contrasto con l'utilità sociale.» In maniera analoga Cass. Civ. sez. III, 18/02/2000, n.1862 in *Nuova giur. civ. comm.* 2001,I, 89, nonché cass. Civ. sez. I 23/03/2001, n. 4183, in *Foro it.*, 2001, I, 2219; Cass.23 novembre 1999, n. 12993, in *AIDA* 2000, 656/3.

all'interno del territorio¹⁴⁴. Ed infatti, la Corte sul punto afferma «che attraverso una adeguata limitazione della pubblicità si evita il pericolo che la radiotelevisione, inaridendo una tradizionale fonte di finanziamento della libera stampa, rechi grave pregiudizio ad una libertà che la Costituzione fa oggetto di energica tutela.» La Corte, dunque, qualificando la pubblicità commerciale come “fonte di finanziamento” degli organi dell'informazione¹⁴⁵ sottolinea come la stessa sia componente dell'attività d'impresa, soggetta ai limiti ma anche assistita dalle garanzie di cui all'art. 41 Cost.. Il giudice costituzionale, dunque, individua nell'esigenza di tutela del pluralismo informativo il fine di utilità sociale posto a fondamento della limitazione legislativa. Ma risolve, sul punto, considerando sproporzionato il divieto assoluto di pubblicità rispetto al fine di «non inaridire una tradizionale fonte di finanziamento» dei mezzi di comunicazione.

In conclusione, la Corte esclude che le disposizioni censurate limitino la “libera circolazione delle idee” e valuta l'ambito di azione del divieto legislativo di diffusione pubblicitaria come circoscritto alla sola libertà d'iniziativa economica che sarebbe compromessa dall'impossibilità di ricorrere a una certa tipologia di finanziamento. Tuttavia, anche tenendo presente il fine di utilità sociale, di cui prima, ritiene il divieto assoluto “mezzo incongruo e sproporzionato”¹⁴⁶.

A commento della sentenza è stato sostenuto che «il discorso è tutto predicato su una scelta di campo che porta a concentrare l'attenzione sul *business* pubblicitario come fonte di finanziamento dei *mass-media* e, quindi, in funzione “strumentale” rispetto alla libera circolazione delle idee (...) senonché, l'angolo di visuale resta, per così dire, unidimensionale, e schiva accuratamente la possibilità di guardare alla pubblicità non alla stregua di attività organizzata di promozione commerciale, bensì quale

¹⁴⁴ Come evidenziato in dottrina tale disciplina sollevava non poche perplessità anche in relazione al principio della libera circolazione di servizi all'interno della Comunità europea sancito dagli art. 59 e 60 del Trattato di Roma del 1957. Per un approfondimento di tale problematica si v. E. SERAFIN, *Emittenti estere e pubblicità televisiva; l'incostituzionalità del divieto pubblicitario prepara la strada alle telecomunicazioni di massa*, Giur. Cost., I, 1985, p. 2061.

¹⁴⁵ Qualificazione già presente nelle sentenze della Corte Cost. n. 225 e 226 del 1974 e 202 del 1974 nonché più di recente ribadita nella sentenza n. 1 del 1995.

¹⁴⁶ È stato sostenuto che tale motivazione si pone in contraddizione con la precedente giurisprudenza della Corte in materia di “libertà d'antenna”. Infatti, la Corte non ha mai utilizzato, quale punto di riferimento e di giustificazione, il solo art. 41 Cost., poiché non ha mai ritenuto che le emittenti televisive private svolgessero essenzialmente e unicamente un'attività commerciale. Di conseguenza, nella sua precedente giurisprudenza, ha sempre richiamato l'art. 21 Cost., giustificando attraverso l'assunto della limitatezza dei mezzi, la riserva statale televisiva di dimensione non locale. Cfr. E. SERAFIN, *op. cit.*, p. 2068.

comunicazione al pubblico di contenuti informativi, sia pure di segno economico e miranti ad un risultato lucrativo.¹⁴⁷»

Inoltre a medesima conclusione, ossia all'illegittimità del divieto di pubblicità si sarebbe potuti pervenire anche facendo riferimento all'art. 21 Cost.; infatti, anche qualificando la pubblicità come manifestazione del pensiero non sarebbe venuta meno la possibilità di applicare dei limiti alla situazione giuridica soggettiva fondata sull'esigenza di tutelare ulteriori beni costituzionalmente garantiti; «ne sarebbe derivato, parimenti, che il divieto assoluto di pubblicità, pur posto a tutela di un bene costituzionalmente garantito qual è la libertà di stampa, è misura sproporzionata rispetto al prefissato fine di tutela e, pertanto, ne sarebbe stata dichiarata egualmente l'illegittimità costituzionale per contrasto con l'art. 21 Cost.¹⁴⁸»

Più recentemente, un riferimento al tema trattato e confermativo dell'orientamento della Corte costituzionale favorevole all'applicazione dell'art. 41 Cost. alle comunicazioni pubblicitarie si trova nella sentenza n. 1 del 1995. In tale occasione, la Corte ha dichiarato inammissibile la richiesta di referendum abrogativo relativo a diverse disposizioni normative relative alla disciplina dei messaggi pubblicitari nell'ambito del servizio pubblico radiotelevisivo¹⁴⁹. È stato evidenziato come la Corte, anche se indirettamente, affronta la questione della «qualificazione “in negativo” del messaggio pubblicitario» rispetto alle altre tipologie di messaggio televisivo¹⁵⁰. Il giudice costituzionale, infatti, soffermandosi solo sull'aspetto della contraddittorietà del quesito (contraddittorietà tra i fini perseguiti dai promotori del referendum e gli effetti di un eventuale esito positivo dello stesso), indirettamente ammette che «quello della presenza o meno della pubblicità nel servizio pubblico, ed in forme e modi più o meno estesi, sia scelta “neutra” da lasciare al legislatore¹⁵¹». Ciò avvallerebbe una considerazione del messaggio pubblicitario come rientrante fra le attività economiche di cui all'art. 41 Cost.. Del resto, se la Corte si fosse voluta esprimere per una qualche

¹⁴⁷ R. PARDOLESI, nota a sent. 17 ottobre 1985, n. 231, in *Foro it.*, 1985, p. 2830.

¹⁴⁸ Così L. PRINCIPATO, op. cit., p. 547.

¹⁴⁹ Secondo la Corte Costituzionale è inammissibile la richiesta di referendum popolare per l'abrogazione di numerose norme relative alla raccolta di pubblicità da parte della RAI, quando vi sia una discrasia fra il significato che assume la cancellazione di questa disposizione (da una lato) ed i fini concretamente perseguiti dai promotori (e che puntano ad introdurre un diritto assoluto di trasmissione pubblicitaria ad opera della concessionaria pubblica): perché questa discrasia denota l'assoluta ambiguità della richiesta referendaria, che non consentirebbe all'elettorato di approvare o respingere la proposta di abrogazione con la dovuta consapevolezza (Corte Cost. sent. n. 1 del 1995)

¹⁵⁰ Cfr. P. STANCATI, *Manifestazione.., cit.*, p. 65.

¹⁵¹ *Ibidem*

afferenza della comunicazione pubblicitaria all'alveo di protezione dell'art. 21 Cost. avrebbe introdotto qualche particolare riferimento nella declaratoria di inammissibilità; anche perché sarebbe impensabile operare l'integrale abrogazione per via referendaria delle disposizioni relative all'esercizio del diritto alla libera manifestazione del pensiero.

II Capitolo

La pubblicità occulta: product placement e pubblicità redazionale

1. Rilievi introduttivi

L'evoluzione tecnologica ed i recenti processi di convergenza mediatica hanno radicalmente modificato i contesti della comunicazione favorendo lo sviluppo di nuovi veicoli e modalità pubblicitarie. L'eccessiva invadenza delle *réclame* ed il "martellamento" pluridirezionale a cui i consumatori sono stati sottoposti ha indotto un cambiamento nell'atteggiamento del pubblico verso i messaggi a contenuto commerciale, determinando un innalzamento delle naturali difese critiche che ogni individuo pone in essere quando subisce una pressione pubblicitaria. Tale trasformazione, come dimostrano i recenti studi sul *consumer behavior*, ha incoraggiato la diffusione di forme dissimulate, occulte, di pubblicità a cui è attribuita una maggiore efficacia promozionale rispetto ad una comunicazione commerciale riconoscibile¹⁵².

L'espressione pubblicità occulta, intende, pertanto, far riferimento a quelle ipotesi in cui la pubblicità «non è riconoscibile come tale, ovvero sia quella che non assume la veste esteriore idonea a far sì che il destinatario del messaggio (lettore dell'articolo, spettatore televisivo o cinematografico, ecc) sia reso consapevole di trovarsi al cospetto di un messaggio pubblicitario anziché di una comunicazione informativa artistica»¹⁵³. La diffusione in modo del tutto eccezionale di tale forma pubblicitaria si deve attribuire ai notevoli vantaggi che essa assicura agli operatori economici del settore. L'esistenza di tali vantaggi è dimostrata dal fatto che tale modalità pubblicitaria comporta un

¹⁵² Attraverso la pubblicità occulta «l'operatore pubblicitario e l'impresa committente riescono ad attribuire al messaggio una credibilità di gran lunga maggiore di quella che sarebbe in grado di esprimere ove fosse recepito in funzione pubblicitaria e parallelamente riescono a neutralizzare quegli istintivi meccanismi di autodifesa che rappresentano a tutt'oggi la migliore garanzia del consumatore contro gli abusi pubblicitari.» Così FUSI, M.-TESTA, P.-COTTAFAVI, P., *La pubblicità ingannevole (commento al d.lg. 25 gennaio 1992 n.74)*, Milano, 1993, 168.

Sul punto cfr. MAGELLI, S., *La pubblicità redazionale*, in *Dir.ind.*, 8/1996, 702; MELI, V., *La repressione della pubblicità ingannevole*, Torino, 1994, 71; UNNIA, F., *La pubblicità clandestina: il camuffamento della pubblicità nei contesti informativi*, Milano, 1997, 65; GHIDINI, G., *Della concorrenza sleale*, in *Commentario al codice civile*, a cura di SCHLESINGER, Milano, 1991, 217; GUGLIEMMETTI, G., *Pubblicità nascosta ed autodisciplina pubblicitaria*, in *Riv. dir. ind.*, 1990, I, 384.

Cfr. Provv. n. 2442, PI358, Lattanti Zintala, 9. 11.94, *Boll. Aut. Gar.*, n. 45/94, 70.

¹⁵³ Così SAVINI A., *Gli autori tra pubblicità occulta ed ingannevole*, in *Dir.autore*, 1994, I, p.32.

elevato costo che spesso è all'incirca di tre/quattro volte superiore a quello relativo alla pubblicità diretta¹⁵⁴. Tale modalità di comunicazione commerciale fornisce la possibilità di raggiungere il destinatario del messaggio quando lo stesso non è in condizione di reagire criticamente all'azione persuasiva pubblicitaria poiché ne ignora la reale natura¹⁵⁵. Oltre a superare la diffidenza dei consumatori, la pubblicità occulta consente alle marche reclamizzate di dotare le proprie dichiarazioni di maggiore attendibilità e credibilità¹⁵⁶. Si deve, inoltre, aggiungere che nel momento in cui il messaggio pubblicitario assume la forma di una comunicazione obiettiva riesce ad ottenere dal pubblico una attenzione maggiore di quella che in genere viene riservata alla comunicazione commerciale palese¹⁵⁷. Le insidie della pubblicità non riconoscibile vengono così sintetizzate dall' *Antitrust*: «la pubblicità non riconoscibile come tale (non palese) risulta insidiosa sotto un triplice profilo: a) aggira molte delle naturali difese che il destinatario può azionare quando è fatto oggetto di una iniziativa promozionale scoperta e di parte; b) avendo l'apparenza di un' informazione neutrale e disinteressata risulta più efficace ed autorevole; c) si presta meglio ad attirare l'attenzione dei lettori, facendo venire meno quel complesso di condizioni ambientali che generalmente indeboliscono l'efficacia della pubblicità (soprattutto per un istinto di reazione al continuo bombardamento cui è sottoposto il consumatore che si traduce nell'adozione di misure di riduzione delle soglie di attenzione, ovvero di superamento).¹⁵⁸»

¹⁵⁴ Cfr. MAGELLI, S., *La pubblicità redazionale*, in *Dir. ind.*, 8/1996, p.702.

¹⁵⁵ Sul punto FUSI afferma: «L'azione persuasiva, anche la più suggestiva e insinuante, urta fatalmente contro la struttura della personalità già cristallizzata del ricevente, dando luogo ad una reazione automatica e forse inconscia, che attenua notevolmente l'efficacia di qualsivoglia messaggio. Tale reazione si caratterizza per un forte contenuto critico allorché la comunicazione persuasiva palesi di natura pubblicitaria o comunque di comunicazione d'impresa, giacché il fatto stesso che si tratti di messaggio non neutrale e disinteressato ma al contrario, ciò di cui tutti sono consapevoli, motivato da un rilevante interesse da parte del dichiarante, innesta automaticamente nel ricevente scetticismo, incredulità se non addirittura rifiuto, per il timore latente di esserne sopraffatto». Cfr. FUSI, M., *op. cit.*, p.141.

¹⁵⁶ Sulla maggiore credibilità dei messaggi pubblicitari occulti cfr., GHIDINI, G., *op. cit.*, p.217; GUGLIELMETTI, G., *op. cit.*, p.384; FUSI, M.-TESTA, P.-COTTAFANI, P., *op. cit.*, pp. 167-168.

¹⁵⁷ Cfr. CARTELLA, M., *Trasparenza della pubblicità e tendenze applicative dell'Autorità Garante*, in *Riv.dir.ind.*, 1995,II, p. 231

¹⁵⁸ Così l'AGCM in Provv. n. 2442, PI358, Lattanti Zintala, 9. 11.94, *Boll. Aut. Gar.*, n. 45/94, 70; allo stesso modo cfr. Provv. n. 2484 PI326, Beauty farm fiuggi, 23-11-1994, in *Boll. Aut. Gar.* n.74/94, p.40.

2. Il quadro normativo della pubblicità occulta: l'inedoneità dello strumentario legislativo antecedente al Decreto legislativo sulla pubblicità ingannevole n. 74 del 1992.

Fino all'entrata in vigore del d.lgs. 74/92 non esisteva nell'ordinamento italiano alcuna norma che espressamente vietasse la pubblicità occulta¹⁵⁹. La mancanza di disposizioni espresse ha generato un intenso dibattito dottrinario circa la possibilità di estrapolare il divieto di pubblicità occulta- e di pubblicità ingannevole in generale¹⁶⁰- dalla normativa vigente in materia di concorrenza sleale contenuta negli artt. 2598 -2601 del codice civile.

La questione più dibattuta, per il profilo che qui può assumere rilievo, concerneva la possibilità di sanzionare la pubblicità non riconoscibile sulla base del disposto dell'art. 2598, comma III, c.c. secondo il quale compie atti di concorrenza sleale «chiunque (...) si vale direttamente o indirettamente di ogni altro mezzo non conforme ai principi di correttezza professionale e idoneo a danneggiare l'altrui azienda». Secondo l'interpretazione dominante, la pubblicità occulta poteva essere considerata illecita «nella misura in cui fosse portatrice di contenuto illecito». Il carattere occulto del messaggio pubblicitario, di conseguenza, non era sufficiente di per sé a determinare l'illiceità dello stesso. Questa corrente di pensiero, pur riconoscendo l'effetto insidioso che tale modalità pubblicitaria può avere per il consumatore, considerava come legittimo solo il giudizio di liceità condotto sul contenuto della comunicazione e non anche sulle modalità di presentazione della stessa¹⁶¹. Si trattava, comunque, di una lettura dell'art. 2598 c.c. improntata sull'esclusiva esigenza di tutela della concorrenza e, pertanto, destinata a modificarsi con l'emergere della sempre più pregnante necessità di accordare una compiuta protezione giuridica anche ai consumatori e alla collettività nel suo insieme. Diversi autori, infatti, nel considerare la pubblicità occulta quale

¹⁵⁹ L'unico riferimento alla pubblicità trasparente era contenuto nell'art. 8, comma II della c.d. Legge Mammì (l. n. 223/1990) che in relazione alla pubblicità radiotelevisiva e radiofonica disponeva la riconoscibilità e la distinguibilità dal resto dei programmi attraverso l'utilizzo di «mezzi acustici o ottici di evidente percezione».

¹⁶⁰ Sulla considerazione della pubblicità ingannevole come atto di concorrenza sleale cfr. VANZETTI, A., , *La repressione della pubblicità menzognera*, in *Riv. dir. civ.*, 1964, pp.584 e segg.; GHIDINI, G., *La réclame menzognera come atto di concorrenza sleale*, in *Riv. dir. civ.*, 1967 pp.406 3 segg.; FUSI, M. *la comunicazione pubblicitaria nei suoi aspetti giuridici*, Milano, pp. 157-163; JAEGER, P. G., *Pubblicità e principio di verità*, in *Riv.dir. ind.*, 1971, I, pp.331 e segg.

¹⁶¹ Sul punto cfr. FUSI, M., *op ult. cit.*, p.205; SORDELLI, L., *Problemi giuridici della pubblicità commerciale*, milano, 1968, p.198; FRANCESCHELLI, R., *Notizie ed apprezzamenti veri e notori, pubblicità redazionale e concorrenza sleale*, in *Riv. dir. ind.*, 1964, II, p.54 e 56.

espressione di pubblicità ingannevole, ritengono che possa essere sanzionata proprio in virtù dell'applicazione dell'art. 2598, comma III, c.c.¹⁶². L'inganno perpetrato ai danni del consumatore deriverebbe, secondo tale interpretazione, dal fatto che tale modalità pubblicitaria è idonea ad indurlo in errore in ordine sia alla natura sia all'origine del messaggio commerciale.

La giurisprudenza ordinaria degli anni 60-70 sembra negare l'esistenza e la configurazione di una autonoma fattispecie di illiceità della pubblicità occulta, per accogliere l'interpretazione che lega il giudizio di liceità alla presenza di un contenuto dai rilievi mendaci¹⁶³. Tuttavia, a partire dalla sentenza della Corte di Appello di Milano del 1992¹⁶⁴, si impose presso i giudici ordinari una diversa valutazione del messaggio pubblicitario modulata in considerazione della modalità di presentazione del messaggio e, quindi, a prescindere dall'ingannevolezza del contenuto¹⁶⁵. In considerazione della evoluzione giurisprudenziale e normativa (soprattutto con il d.lgs. del 1992) risulta acquisito al principio della correttezza professionale d'impresa quello secondo il quale la pubblicità debba risultare riconoscibile da parte dei consumatori¹⁶⁶. Del resto, secondo quanto affermato in dottrina, che il disposto dell'art. 2598 c.c. sia utilizzabile anche nell'ipotesi di pubblicità ingannevole per la sua mancata trasparenza, può essere dedotto dalla «considerazione secondo cui l'accertamento della natura pubblicitaria di una comunicazione è un atto che lede anche gli interessi delle imprese concorrenti e delle stesse categorie professionali»¹⁶⁷.

Al di là della possibilità di applicare alla pubblicità occulta la citata disposizione del codice, esisteva nell'ambito dell'ordinamento statale, come già ricordato, prima dell'entrata in vigore del d.lgs. 74 del 92, un'unica previsione espressa in tema di trasparenza della pubblicità. La c.d. legge Mammì di disciplina del sistema radiotelevisivo pubblico e privato infatti, disponeva, e dispone tutt'ora, al secondo

¹⁶² Cfr. GHIDINI, *La concorrenza sleale*, Torino, 1982, pp. 267 e segg.; MENESINI, V., *La denigrazione*, Milano, 1970, p. 139; SAVINI, A., *Gli autori tra pubblicità occulta e ingannevole*, in *Dir. autore*, 1/1994, pp. 37-38; DI VIA, IN CAFAGGI, CUFFARO, DI VIA, *op. cit.*, p. 732.

¹⁶³ Cfr. UNNIA, F., *op. cit.*, p. 106 e segg. La giurisprudenza nell'applicazione dell'articolo 2598 c.c. affermava «la struttura redazionale di un messaggio appartiene alla sfera della sua presentazione esterna, volta a conferirgli una particolare credibilità; per ciò stesso quella struttura è da considerare giuridicamente indifferente, se non si accompagna ad un contenuto illecito.» Trib. Milano 20 dicembre 1973, in *Giur. ann. Dir. ind.* 1973, p. 429.

¹⁶⁴ Sent. 18.12.92, AIDA, 1993, 611.

¹⁶⁵ *Op. ult. cit.*

¹⁶⁶ Cfr. trib. Milano 21.05.90, RFI, 1993, *Concorrenza*, 153.

¹⁶⁷ Così UNNIA, F., *op. cit.*, p. 109.

comma dell'art. 8 che la pubblicità televisiva e radiofonica dovesse essere riconoscibile come tale ed essere distinta dal resto dei programmi con mezzi ottici ed acustici di evidente percezione». Tale disposizione normativa da espressa attuazione al principio della distinguibilità della pubblicità e della sua separatezza dal resto della programmazione così come stabilito nell'art.10, comma I della direttiva 89/552/CEE¹⁶⁸, nota come la Direttiva sulla “televisione senza frontiere” e finalizzata a coordinare le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri in tema di esercizio dell'attività televisiva. La Direttiva, oltre a vietare la pubblicità occulta, offre, all'art.1, lettera c,) una nozione di pubblicità clandestina che vede quest'ultima come «la presentazione orale o visiva di beni, servizi, del nome, del marchio o delle attività di un produttore di beni o di un fornitore di servizi di 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 corrispettivo economico od altro tipo di pagamento»¹⁶⁹. Tale puntuale definizione non è stata recepita nella normativa interna di attuazione, suscitando anche i rilievi della Commissione europea. Pertanto, nell'ambito della Legge Mammì, il solo riferimento al problema della identificazione della pubblicità occulta risulta essere quello contenuto nel menzionato comma 2 dell'art. 8, nonché nel comma 13 lettera b) del medesimo articolo, ove si dispone che «i programmi sponsorizzati devono essere chiaramente riconoscibili come programmi

¹⁶⁸ L'art. 10 della direttiva 89/552/CEE dispone: «la pubblicità deve essere riconoscibile come tale ed essere distinta dal resto dei programmi con mezzi ottici ed acustici di evidente percezione. Gli spot isolati devono costituire eccezioni. La pubblicità non deve utilizzare tecniche subliminali. La pubblicità clandestina è vietata».

Il principio della separazione tra pubblicità e contenuto editoriale è qualificato come “obiettivo di interesse generale” dalla relazione esplicativa sulla Convenzione europea sulla Televisione transfrontaliera, consultabile su: <http://conventions,coe,int/Treaty/FR/Reports/Html/132.htm>.

La Direttiva in parola è stata modificata dalla Direttiva 97/36 del 30 giugno 1997. Cfr. su questa TIZZANO, A., *La direttiva C.E.E. sulla televisione senza frontiere*, in *Foro.it*, 1990, IV p.100; CUFFARO, V., *La direttiva CEE sulla tv: un primo passo verso la disciplina del “caos dell'etere” italiano*, in *Dir.inf.*, 1990, pp.291 e segg.. In riferimento alla attuazione in ambito interno cfr. FRIGNANI, A., *Sponsorizzazione dei programmi e nuove forme di promozione commerciale televisiva*, in *Giurispr.ital.*, vol CXLV, 1993, IV, pp.393 e segg.; MASTROIANNI, R., *La pubblicità televisiva tra Direttiva CEE e Legge Mammì: un recepimento solo parziale*, in *Riv. ital. dir. pubbl. comunit.*, 1991, pp 1290 e segg.

¹⁶⁹ In riferimento a tale disposizione UNNIA afferma «In sostanza la qualifica di liceità o meno di una comunicazione è ricollegata ad un giudizio d'insieme nel quale molto influente risulterà essere la valutazione che il giudice sarà chiamato a compiere», UNNIA, *op. cit.*, p.126-127. Inoltre tale definizione «rifugge dal criterio basato sulle presunzioni obiettivamente desumibili dal contenuto del programma, ricorrendo al criterio soggettivo fondato sull'elemento dell'intenzionalità», così FUSI-TESTA-COTTAFAVI, *op. cit.*, 1993, p.173.

sponsorizzati ed indicare il nome o il logotipo dello sponsor all'inizio e alla fine del programma»¹⁷⁰.

3. Il principio di trasparenza nel sistema di autoregolamentazione disciplinare della pubblicità: l'art. 7 del C.A.P.

A fronte dell'inidoneità dello strumentario normativo statale nel controllo del fenomeno della pubblicità non trasparente, la fonte più efficace di intervento sulle pratiche pubblicitarie scorrette è stata rappresentata dal sistema di autoregolamentazione¹⁷¹. Nel 1966, infatti, venne adottato da parte degli operatori del settore il Codice di Autodisciplina Pubblicitaria per soddisfare l'esigenza, fortemente sentita, di predisporre una regolamentazione organica della materia pubblicitaria¹⁷². Come evidenziato da taluna dottrina, gli operatori erano ben consapevoli della

¹⁷⁰ Come evidenziato dal FLORIDIA il senso della norma è quello di proibire la « sponsorizzazione occulta [...] la quale si risolve nel cosiddetto *product placement*: e cioè nel fatto che il programma (opera televisiva oppure opera cinematografica) è finanziato per far apparire un prodotto o un servizio come se fossero presenti non per volontà o scopi promozionali, ma perché costituiscono un naturale punto di riferimento dell'autore del programma o del protagonista della vicenda narrata nel programma», FLORIDIA, G., *La tormentata vicenda legislativa e regolamentare delle sponsorizzazioni* in *Dir. ind.*, 3/1994, p.286.

¹⁷¹ Cfr. ROSSELLO, C., *La pubblicità ingannevole*, in CI, 1995, p.140.

¹⁷² Sul sistema di autodisciplina in Italia Cfr.: ZORZI, N., *Autodisciplina pubblicitaria*, in CI, 1985, pp.549 e segg.; FUSI, M.- TESTA, P., *La autodisciplina pubblicitaria in Italia*, Milano, 1983; FLORIDIA, G., *Legge e autodisciplina pubblicitaria in Italia. Prospettive dopo la direttiva CEE*, in *Riv. dir. ind.*, 1987, I, p. 122 e segg.; MELI, V., *Autodisciplina pubblicitaria e legislazione statale*, in *Dir. ind.*, 3/1996, pp.223 e segg. Sulla natura del Giurì di Autodisciplina Pubblicitaria e del procedimento innanzi lo stesso si v. AA.VV., *Commentario al Codice di Autodisciplina Pubblicitaria*, a cura di Ruffolo, U., Milano, 2003. In tale opera, in particolar modo, si analizzano le diverse ipotesi ricostruttive del sistema autodisciplinare, sottolineando come «la dottrina e la giurisprudenza più recente ritengono che la natura giuridica e non meramente deontologica del sistema autodisciplinare sia fuori discussione e, rifacendosi alla celeberrima teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici, qualificano l'Autodisciplina come vero e proprio ordinamento giuridico. Naturalmente, poiché l'Autodisciplina nasce da un atto negoziale che è espressione dell'autonomia privata, cioè di quel potere che la legge riconosce ai privati, non può che trattarsi di un ordinamento derivato da quello statale, che si legittima nei confronti di quest'ultimo solo qualora non contrasti con norme imperative di legge, con l'ordine pubblico e con il buon costume. Al di là di alcune tesi connotate da diverse sfumature, ma invero isolate, secondo l'interpretazione da ultimo citata che è quella maggiormente accreditata, l'Autodisciplina è un sistema avente origine e natura negoziale che si pone su un piano distinto, parallelo ma non interferente con quello dell'ordinamento statale. Le norme dell'autodisciplina non vengono certo a supplire alla normativa statale, né si pongono in condizione di sussidiarietà rispetto a questa; al contrario, il rapporto che si instaura fra l'ordinamento autodisciplinato e quello statale è di complementarietà». Cfr. *op.ult.cit.* p.480- 481. Sulla natura delle decisioni del Giurì cfr. SENA, G., *Il sistema dell'autodisciplina pubblicitaria*, in *Riv. dir. ind.*, 1988, I, pp 196-199; UBERTAZZI, L.C., *La giurisprudenza del giurì di Autodisciplina pubblicitaria: alcune osservazioni*, in *Foro.it*, 1986, I, pp. 2951-2952. Per una valutazione positiva del sistema di autodisciplina cfr. FUSI, M., *I vent'anni dell'autodisciplina pubblicitaria italiana (1966-1986)*, *Riv. dir. ind.*, 1986, I, pp. 168 e segg.; GUGGINO, V., *Regole autodisciplinari e principio di correttezza professionale*, in *Dir. ind.*, 2/1999, p. 177; ROSSELLO, C., *Pubblicità ingannevole*, in CI, pp.139-140; VANZETTI, A., *L'autodisciplina pubblicitaria oggi*, in *Corr.giur.*, 11/1988, p.1192. Di opinione contraria GHIDINI, G., *Per i consumatori*, Bologna, 1977, pp. 21-24; ALPA, G., BESSONE, M., E ROPPO, E., *Una politica del diritto per la pubblicità commerciale*, in *Riv. dir. comm.*, 1974, I, p.306-308.

“pericolosità sociale” della pubblicità, pericolosità che non poteva essere efficacemente contrastata con il solo strumento delle difese contrattuali del singolo consumatore ingannato¹⁷³. L’art. 7 del CAP, introdotto con la terza edizione del codice¹⁷⁴, venne redatto, appunto, con l’intento di rafforzare «gli aspetti relativi alla tutela del consumatore»¹⁷⁵. Tale articolo del codice dispone, in particolare, che « la pubblicità deve essere sempre riconoscibile come tale. Nei mezzi in cui, oltre alla pubblicità, vengano comunicati al pubblico informazioni e contenuti di altro genere, la pubblicità inserita deve essere nettamente distinta per mezzo di idonei accorgimenti».

La portata di tale norma viene individuata nell’interesse a «vietare in modo inequivocabile la pubblicità redazionale e qualsiasi altra forma di reclame, tra cui il *product placement*, in cui la natura del messaggio non sia resa chiaramente riconoscibile al pubblico, vietando altresì qualsiasi sovrapposizione, commistione fra informazioni costituenti frutto di libere scelte intellettuali dei redattori e comunicazioni pubblicitarie¹⁷⁶». Il giudice disciplinare ha avuto modo di precisare che «il potere del Giurì trae il suo fondamento negoziale dallo scopo perseguito dai soggetti aderenti al sistema di autodisciplina che è quello – e solo quello- di garantire onestà, veridicità e correttezza della pubblicità commerciale: sicchè esulano dal sindacato dell’organo di autodisciplina le manifestazioni del pensiero che non abbiano natura e funzione pubblicitarie»¹⁷⁷

¹⁷³ Cfr. DI VIA, in CAFAGGI, CUFFARO, DI VIA, op. cit., 672. Inoltre, sempre secondo lo stesso autore, «la tutela che l’ordinamento apprestava contro il messaggio pubblicitario ingannevole era limitata alla logica individualista del diritto leso del singolo soggetto nell’ambito della singola transazione commerciale e non riguardava il fenomeno nel suo complesso, se non limitatamente all’interesse del concorrente. La tutela apprestata dalle disposizioni in materia di concorrenza sleale (art. 2598 c.c.) offriva però un limitato spazio applicativo e soprattutto non ammetteva un’estensione della legittimazione ad agire dei consumatori» p. 672.

¹⁷⁴ L’art. 7 è stato inserito nel codice di autodisciplina anche per uniformare la normativa autodisciplinare italiana ai principi del “*Code de Pratique Loyales*” della Camera di commercio internazionale del 1937 che all’art. 11 (edizione 1966) così disponeva: «La publicité doit pouvoir être clairement distinguée comme telle, quels que soient sa forme et le support utilisé; lorsqu’elle est diffusée dans des media qui comportent également des messages rédactionnels, la publicité doit être présentée de telle sorte que le consommateur puisse la distinguer facilement de ces messages». Cfr. AA.VV. *Commentario al Codice di autodisciplina*, op. cit., p.179, nota 1.. Secondo l’UNNIA, l’importanza dell’art. 11 e, in generale, del Code de pratique Loyales « poggia principalmente nel fatto che fin dagli albori della storia della disciplina giuridica della pubblicità quello dell’identificazione è stato principio basilare sulla cui necessità e opportunità si è raccolto il consenso di tutti gli operatori del settore» Cfr. UNNIA, F., *op.cit.* p.111.

¹⁷⁵ Cfr. Autodisciplina pubblicitaria annuario 1988, a cura di istituto dell’autodisciplina pubblicitaria, Milano, 1988, p.3.

¹⁷⁶ Così MANSANI, L., *Product placement. La pubblicità nascosta negli spettacoli cinematografici e televisivi*, in CI, 1988, , p.924.

¹⁷⁷ Cfr. Dec. N. 102/89, Koning S.p.a. c. Siat S.p.a. Rusconi Editore S.p.a. Editoriale domus S.p.a.. In tale caso era stato contestato il carattere promozionale occulto di alcuni articoli pubblicati su alcune riviste

La disposizione in esame, «presidio irrinunciabile della trasparenza nelle relazioni pubblicitarie», nel reprimere l'inganno realizzato non attraverso il contenuto del messaggio ma «alla sua funzione»¹⁷⁸, si pone a tutela di «tutti gli interessi tipici cautelati dal codice di autodisciplina»¹⁷⁹. In realtà, fino agli anni ottanta il Giurì considerava che il principio di trasparenza fosse rivolto unicamente alla tutela degli interessi dei consumatori, le cui difese critiche venivano aggirate, e alla tutela degli interessi delle imprese concorrenti, lese da una violazione delle condizioni di uguaglianza. Solo in un momento successivo¹⁸⁰, venne presa in considerazione all'interno delle decisioni del Giurì la tutela del sistema disciplinare in se considerato. In definitiva, da una parte viene protetto l'interesse del consumatore ad effettuare le proprie scelte liberamente e consapevolmente; difatti il consumatore deve poter valutare liberamente e criticamente i messaggi pubblicitari e ciò potrà avvenire solo ove questi siano riconoscibili in quanto tali. Dall'altra parte, viene tutelato l'interesse delle imprese concorrenti al fine di evitare che un'impresa, attraverso forme dissimulate di pubblicità, possa ottenere una maggiore presa sul consumatore rispetto a chi si avvale di forme trasparenti di pubblicità. Infine, l'art. 7 CA tutela «gli interessi dell'intero sistema pubblicitario: che è tanto più facilmente “accettato” dai consumatori e dalla collettività in generale in quanto più la pubblicità “sia sempre più riconoscibile

che esaltavano le qualità di un nuovo prodotto alternativo alle catene e alle ruote chiodate per fondi stradali innevati.

Sulla propria competenza in tema di pubblicità occulta, il Giurì ha avuto modo di precisare che «tutte le molteplici, vibranti, talvolta “caricate” argomentazioni con le quali le parti hanno stigmatizzato l'iniziativa del Comitato di controllo paventando un vero e proprio attentato alla libertà di stampa e di manifestazione del pensiero paiono completamente fuor di luogo, così come fuor di luogo sono le minacce riferite alla violazione dell'art. 21 che, se fossero fondate dovrebbero riguardare l'art. 4 del d. lgs. 74/92 non meno che il sistema negoziale dell'Autodisciplina Pubblicitaria. La verità è che sia l'Autorità Garante della Concorrenza e del mercato, che presidia l'applicazione dell'art. 4 d.lgs. 74/92, sia il Giurì di Autodisciplina Pubblicitaria sono perfettamente consapevoli della delicatezza del compito di censurare le sempre più frequenti forme di pubblicità camuffata che inquinano l'informazione televisiva e a mezzo stampa. Non c'è minimo dubbio che una eccessiva grossolanità nell'effettuazione di tale controllo potrebbe tradursi in una censura dell'opera giornalistica ma non c'è del pari dubbio che un rischio di tal fatta non può valere a lasciare completamente sfornito di tutela l'interesse dei consumatori a non essere ingannati da messaggi pubblicitari apparentemente informativi, sicché il contemperamento degli opposti interessi dovrà essere realizzato sempre e soltanto mediante il prudente apprezzamento degli organi di controllo» Cfr. Decisione del Giurì n. 90/96, Comitato di Controllo c. RAI Radiotelevisione Italiana S.p.a., Telecom Italia Mobile S.p.a., Nokia Mobile Phonesit s.r.l.

¹⁷⁸ Cfr. Giurì dec. N. 11/80, Lanfranconi S.p.a. c. Sito, nella quale si afferma «la norma è diretta ad impedire un inganno tipico pubblicitario che si realizza pur sempre mediante un occultamento della verità non già però con riferimento al contenuto del messaggio, bensì con riferimento alla sua funzione che viene fatta apparire estranea all'ambito concorrenziale e quindi non strumentale alla vendita del prodotto.»

¹⁷⁹ Cfr. Giurì dec. N. 150/89, Upjohn S.p.a. c. Korff- Campagna per le farmacie S.p.a. e altri.

¹⁸⁰ Cfr. Giurì dec. N. 150/89 già citata.

come tale” ed il mondo dei pubblicitari sia trasparente e si allontanano dal modello negativo dei “persuasori occulti”»¹⁸¹.

L'applicazione della norma da parte del Giurì ha incontrato, quale problema fondamentale, quello della prova della natura pubblicitaria del messaggio, che è anche, in realtà, l'aspetto nodale e critico di tutta la normativa relativa alla pubblicità occulta. Sul punto lo stesso Giurì ha avuto modo di chiarire che «l'art. 7 non pone il problema di accertare se una determinata comunicazione è o non è pubblicità, ma unicamente quello di accertare se appaia o no come tale. Solo se, e nella misura in cui non appare come pubblicità, si può porre il problema se essa è in realtà una pubblicità camuffata»¹⁸². In conclusione – e rimandando ad altra parte del lavoro l'analisi dei criteri utilizzabili al fine di valutare la natura pubblicitaria occulta di un messaggio - per il Giurì risulta fondamentale che la pubblicità non appaia diversa da quello che è, poiché questa rappresenta la *condicio sine qua non* «per l'instaurarsi di un dialogo improntato a franchezza e lealtà»¹⁸³.

4. L'articolo 4 del Decreto legislativo n. 74 del 1992 in materia di pubblicità ingannevole

L'art.1, co. II del d.lgs. n. 74/92, di attuazione interna alla direttiva Cee n. 84/450 in materia di pubblicità ingannevole, afferma: “*La pubblicità deve essere palese, veritiera e corretta*”. Il principio della trasparenza della pubblicità viene ribadito e precisato nell'art. 4 del suddetto decreto, ove si dispone: «la pubblicità deve essere chiaramente riconoscibile come tale; in particolare la pubblicità a mezzo stampa deve essere distinguibile dalle altre forme di comunicazione al pubblico, con modalità grafiche di

¹⁸¹ Giurì, dec. n. 150/89, 19.11.89., Pres. Vanzetti Est. Ubertazzi- Upjohn spa c. Korff Campagna per le Farmacie spa, RCS Editoriale Quotidiani spa, Società Europea di Edizioni, Segisa spa, Editoriale La Repubblica spa, Società Editrice il Messaggero spa, Giur. pubbl., III,1991, 436.

¹⁸² Giurì, dec. N. 83/93, 21.05.93, Pres. Vanzetti Est. Floridaia – Comitato di Controllo c. Arnoldo Mondadori Editore spa, *Giu. Pubbl.*, V, 1994, 384.

¹⁸³ Così Giurì, dec. N. 60/87, 02.10.87.- Pres. Vanzetti Est. Floridaia – Comitato di Controllo c. federottica, Publikompass spa, La nuova Sardegna, *Giur. pubbl.*, I, 1988, 486.

evidente percezione»¹⁸⁴. Attraverso tale disposizione entra a pieno titolo nell'ordinamento italiano il principio di trasparenza della pubblicità che, fino ad allora, aveva avuto una attuazione settoriale¹⁸⁵, non generalizzata¹⁸⁶. Il d.lgs. 74/92 nel complesso rappresenta un passaggio importante per il Diritto della Pubblicità italiano in quanto, come evidenziato in dottrina, con il recepimento della direttiva Cee summenzionata «si assiste al passaggio della pubblicità da fenomeno di rilevanza limitata alle parti del contratto, come tale regolato dalla disciplina apprestata dal codice in materia di vizi della volontà e di responsabilità precontrattuale, a fenomeno che deve essere regolato nella sua peculiarità in ragione delle caratteristiche giuridicamente rilevanti sua proprie nonché dell'enorme rilevanza economica che ha raggiunto»¹⁸⁷. Eppure, nonostante la normativa Cee si sia posta l'obiettivo primario di individuare i principi fondamentali in materia di pubblicità ingannevole, al suo interno è assente il richiamo espresso al principio della trasparenza della pubblicità; il divieto di pubblicità occulta deve essere ricercato nella stessa definizione di pubblicità ingannevole fornita dalla medesima Direttiva che indica, tra gli elementi attraverso i quali valutare il carattere ingannevole di una comunicazione, anche la loro modalità di presentazione¹⁸⁸. In ogni caso, l'espressa affermazione contenuta nel citato art. 4 rappresenta una novità introdotta dal legislatore italiano. In particolar modo, non essendovi alcun riferimento nella delega del Parlamento al Governo, si può affermare che l'iniziativa sia da riconoscere proprio all'Esecutivo¹⁸⁹. Se, pertanto, l'origine di tale disposizione non è da rintracciare nell'ambito della direttiva Cee n. 84/450, si deve considerare che molti dei principi base del moderno diritto pubblicitario affondino le loro radici nell'esperienza maturata dall'Istituto di Autodisciplina Pubblicitaria ed espressa all'interno del Codice¹⁹⁰. Inoltre, la formulazione dell'articolo risente chiaramente del principio di

¹⁸⁴ Si deve dare atto che quanto stabilito dal d.lgs. n. 74/92 in materia di trasparenza della pubblicità è attualmente confluito negli artt. 19, comma 2 e 23, comma 1 del Codice del Consumo (Decreto legislativo n. 206/2005).

¹⁸⁵ In proposito è sufficiente pensare alle disposizioni della c.d. legge Mammi per il settore radiotelevisivo.

¹⁸⁶ Il riferimento è al codice di autodisciplina pubblicitaria.

¹⁸⁷ «Eso – prosegue questa importante ed autorevole dottrina – costituisce non più uno stimolo secondario di concorrenza rispetto alla qualità e al prezzo dei prodotti reclamizzati. Ma uno strumento economico di primaria importanza influenzando in maniera notevole il consumo di diversi beni e servizi». Così CAFAGGI, CUFARO, DI VIA, *op. cit.*, p.671.

¹⁸⁸ Cfr. GUGLIELMETTI, G., *op.cit.*, p.388. MELI, V., *op. cit.*, p.69; FLORIDIA, G., *Repressione della pubblicità ingannevole e scorretta: il sistema italiano*, in *Dir. ind.*, 1/1995, p.82.

¹⁸⁹ Cfr. sul punto UNNIA, F., *op. cit.*, p.113.

¹⁹⁰ «Le disposizioni contenute nell'articolo in esame (il 4, I co del d.lgs. n. 74/92) non trovano il proprio referente nella Direttiva n. 84/450 Cee. Esse risultano ispirate da disposizioni contenute nel codice di

trasparenza sancito nella direttiva 89/552/CEE sulla pubblicità radiotelevisiva che ha trovato attuazione nell'art. 8. co. II della legge Mammi.

La *ratio* della disposizione in esame è, evidentemente, quella di garantire la riconoscibilità della natura pubblicitaria di un messaggio da parte dei destinatari che devono effettuare le proprie valutazioni economiche in un contesto non falsato, preservando in tal modo l'affidamento del pubblico dai comportamenti pubblicitari equivoci¹⁹¹. L'art. 4 muove dalla necessità che i consumatori siano resi edotti del fatto che il messaggio a cui sono sottoposti è frutto di un accordo di natura contrattuale stipulato tra l'utente di pubblicità e il proprietario del mezzo che lo diffonde e non corrisponde, dunque, ad un'opinione disinteressata dell'autore del messaggio¹⁹². In proposito, come è stato evidenziato in dottrina, il legislatore disponendo l'obbligo della riconoscibilità della natura pubblicitaria del messaggio, ha voluto far sì che il consumatore fosse a conoscenza che il contenuto della *réclame* non è dovuto all'estrinsecazione spontanea e disinteressata del protagonista dello spot, o di chi l'ha commissionato, ma «è l'effetto di una precedente convenzione contrattuale in forza della quale un soggetto, a seguito di un corrispettivo, si obbliga a pronunciare in pubblico una data dichiarazione o si obbliga a compiere un certo fatto, idoneo a pregiudicare il comportamento economico»¹⁹³.

L'Autorità in più occasioni si è espressa sullo scopo perseguito dall'articolo in esame sottolineando come « la finalità della norma risulta collegata soprattutto all'esigenza di garantire che i messaggi pubblicitari (così come definiti dall'art. 2 lettera a), siano tenuti distinti dai messaggi a carattere giornalistico-informativo, in maniera da consentire ai destinatari di comprendere il carattere non neutrale e le finalità puramente commerciali dell'iniziativa»¹⁹⁴.

Evidenziato lo scopo perseguito dalla disposizione in esame, rimane da chiarire se pubblicità non trasparente rappresenti una forma di pubblicità ingannevole alla luce del d.lgs. n. 74 del 92. In via preliminare si osserva che la pubblicità ingannevole è

autodisciplina pubblicitaria. Precisamente, il disposto del I co., appare una ripetizione di quanto previsto dall'art. 7 CA» Così CAFAGGI, CUFARO, DI VIA, *op. cit.*, p.727.

¹⁹¹ Cfr. UNNIA, F., *op.cit.*, 118. «La trasparenza alla quale fa menzione la rubrica deve, pertanto, essere intesa in questi termini: come fine a cui deve tendere il messaggio pubblicitario, ponendosi come una chiara e quanto più possibile inequivoca dichiarazione avente contenuto economico e diretta ad influire sui comportamenti economici dei consumatori» così CAFAGGI F., CURARO V., DI VIA L., *op. cit.*, 671.

¹⁹² Cfr. UNNIA, F., *op. cit.*, p.119

¹⁹³ Così CAFAGGI F., CURARO V., DI VIA L., *op. cit.*, p. 727.

¹⁹⁴ Così l'*Antitrust* in Prov. n. 4151, PI819- Opel Frontiera 09.08.1996, *Boll. Aut. Gar.*, n. 32-33/96, 47.

considerata tradizionalmente illecita in quanto induce in errore i propri destinatari in ordine alle caratteristiche dei prodotti, delle loro qualità, della composizione, ecc. D'altro canto, l'emergere di nuove tecniche non ha fatto che ampliare i meccanismi attraverso i quali l'inganno pubblicitario può realizzarsi. Pertanto, è dato affermare che la problematica della pubblicità occulta, come evidenziato in dottrina, «si inserisce necessariamente nell'ambito di una più ampia trattazione del tema dell'inganno pubblicitario»¹⁹⁵. Del resto, il d.lgs. 74/92 all'art.2 lett. b), definisce come ingannevole «qualsiasi pubblicità che in qualunque modo, *compresa la sua presentazione*, induca in errore o possa indurre in errore le persone fisiche e giuridiche alle quali è rivolta o che essa raggiunge e che, a causa del suo carattere ingannevole, possa pregiudicare il loro comportamento economico ovvero che, per questo motivo leda o possa ledere un concorrente»

Nel commento al Decreto in oggetto, parte della dottrina ha escluso, però, che la pubblicità occulta possa rientrare nella definizione di pubblicità ingannevole ivi contenuta osservandosi che «le tre disposizioni contenute nell'art. 4, quanto meno nella formulazione letterale, sembrano sostanzialmente avulse dalla materia regolata dal d.lgs. 74»¹⁹⁶. Secondo tali autori, il testo normativo solleva addirittura dei dubbi di legittimità costituzionale «per aver il governo legiferato oltre i limiti della delega, ciò che appare particolarmente evidente per ciò che concerne gli artt. 4 (*riconoscibilità della pubblicità come tale*, uso del termine garanzia, pubblicità subliminale), 5 (pubblicità per prodotti potenzialmente pericolosi) e 6 (tutela dei bambini e adolescenti) i quali disciplinano materie non contenute nella direttiva...»¹⁹⁷. Alla luce di tali affermazioni, sembra evincersi che la pubblicità occulta non possa essere ricompresa nella definizione di pubblicità ingannevole pur se l'occultamento della natura del messaggio non possa essere considerata una circostanza idonea ad ingannare il consumatore.

In proposito, è stato sottolineato come «le disposizioni in oggetto appaiono qualcosa di più che non una specificazione del concetto di ingannevolezza, definito dall'art. 2, lett. b). Esse, al contrario, estendono il principio anche laddove esso non poteva essere

¹⁹⁵ Cfr. UNNIA, F., *op.cit.*, p.81.

¹⁹⁶ Cfr. FUSI-TESTA-COTTAFI, *op. cit.*, p.164.

¹⁹⁷ Cfr. *Op. ult. cit.* p.66-67.

esteso in mancanza di tali disposizioni, se non in forza di ardite operazioni interpretative»¹⁹⁸.

Di diverso avviso sono altri autori che considerano la disposizione sulla trasparenza come pertinente al divieto di ingannevolezza « nella misura in cui si consideri compreso nel divieto anche il fatto di indurre in errore circa la natura pubblicitaria del messaggio. La direttiva si presta a tale interpretazione perché attribuisce rilievo ingannevole anche alla presentazione del messaggio»¹⁹⁹. Pertanto, anche se l'art. 4, e con esso il principio di trasparenza della pubblicità, rappresenta una novità del legislatore italiano rispetto a quanto disposto dalla direttiva sulla pubblicità ingannevole, tuttavia l'art. 2.2 della stessa direttiva (e, correlativamente l'art.2 lett. b) d.lgs. 74/92 cui da attuazione) – stabilendo che è ingannevole la pubblicità che in qualsiasi modo, inclusa *la sua presentazione*, induce o può indurre in errore – permette di includere la pubblicità occulta all'interno della sua cornice concettuale.

L'ingannevolezza, in tale contesto, deriverebbe non dal contenuto del messaggio, che potrebbe anche essere veritiero, ma dalla circostanza di non essere resa palese al consumatore la finalità commerciale del messaggio stesso²⁰⁰. L'inganno così perpetrato, inducendo in errore circa l'origine e la finalità della comunicazione, altererebbe la libertà di decisione dei consumatori. Questi ultimi, infatti, non potendo giudicare l'informazione secondo la sua reale natura, formano il loro giudizio sul prodotto in maniera subdolamente condizionata. L'opinione forgiatasi sul prodotto promosso in modo occulto è, quindi, un'opinione “viziata”, non in quanto erroneamente condizionata da false affermazioni riguardanti il prodotto, ma in quanto condizionata erroneamente nella valutazione dei componenti che tale scelta ha determinato.

Si può quindi fondatamente affermare che, in ogni caso la pubblicità occulta si inquadra perfettamente nel profilo legale che sia la Direttiva che il Decreto legislativo tracciano per la pubblicità ingannevole. Quanto detto trova conferma nel fatto che i

¹⁹⁸ Così CAFAGGI F., CURARO V., DI VIA L., *op. cit.*, p.672-673

¹⁹⁹ Cfr. FLORIDIA, G., *op.cit.*, p.82. dello stesso avviso MELI,V., *La repressione della pubblicità ingannevole*, Torino, 1994, p.69.; GUGLIEMETTI, G, *op. cit.*, p.388.

²⁰⁰ Non a caso l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, cui spetta la competenza a dare applicazione al decreto in questione, ha affermato, all'inizio della sua attività in tale settore, che «l'ingannevolezza in senso tecnico del messaggio è il profilo che riguarda messaggi non percepibili come tali e dunque configurabili come una normale informazione, non programmati come tali e riconoscibilmente finalizzata a provocare l'acquisto di beni o servizi. Confondibile dunque con una comunicazione “disinteressata” e come tale più incisiva e più credibile». Così Prov. n. 767 PI22, Federazione Farmacisti/Korff 4. 11.92, *Boll.Aut. Gar.*, n. 21/92, 46.

messaggi pubblicitari non palesi assolvono pienamente ai requisiti richiesti per i messaggi ingannevoli, dato che, al pari di quest'ultimi, possono indurre in errore i consumatori circa l'origine e la finalità dell'informazione, essendo potenzialmente idonei ad influire in maniera negativa sul loro comportamento economico.

5. L'evoluzione della disciplina

Il decreto legislativo n.74 del 1992 , attuativo della direttiva 84/450/CEE (integrato dalla direttiva 97/55/C), in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, è stato modificato dal d. lgs n. 67 del 24 febbraio 2000 e dalla legge n. 49 del 6 aprile 2005. L'intera disciplina è ora contenuta nel d.lgs. n. 206 del 6 settembre 2005 recante "Codice del consumo"²⁰¹.

Sempre in riferimento alla trasparenza della pubblicità il T.U del sistema radiotelevisivo del 2005 prevede, tra i principi generali posti a tutela degli utenti, che le trasmissioni pubblicitarie «siano riconoscibili come tali e distinte dal resto dei programmi con mezzi di evidente percezione, con esclusione di quelli che si avvalgono di una potenza sonora superiore a quella ordinaria dei programmi, fermi gli ulteriori limiti e divieti previsti dalle leggi vigenti» (art. 4.1 lett. c) del T.U.)²⁰² Infine, l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, ha effettuato un esplicito riferimento al divieto di pubblicità clandestina all'art. 3, comma 7 del Regolamento in materia di pubblicità e televendite del 25 luglio del 2001²⁰³

La normativa fin'ora menzionata è stata recentemente oggetto di approfondimento con l'emanazione del *Decreto legislativo 2 agosto 2007 n. 145*, attuativo dell'articolo 14 della direttiva 2005/29/CE che modifica la direttiva 84/450/CEE sulla pubblicità ingannevole. Con tale intervento sono state approvate le nuove disposizioni sulla tutela

²⁰¹ In particolare, quanto stabilito in materia di trasparenza della pubblicità è attualmente confluito negli artt. 19, comma 2 e 23, comma 1 del Codice del Consumo.

²⁰² Il T.U., contenuto nel D.Lgs. 31 luglio 2005 n. 177, prevede, inoltre, in riferimento alle trasmissioni sponsorizzate che «devono essere chiaramente riconoscibili come programmi sponsorizzati e indicare il nome o il logotipo dello sponsor all'inizio o alla fine del programma» (art. 39 lett. b) del T.U.)

²⁰³ L'art. 3, comma 7, della delibera Agcom n. 538/01/CSP del 25 luglio 2001 dispone:« è vietata la pubblicità clandestina e che comunque utilizzi tecniche subliminali».Sul principio della distinguibilità l'art. 3, comma 1, dispone che lo stesso sia garantito «attraverso l'uso di mezzi di evidente percezione, ottici nei programmi televisivi, o acustici nei programmi radiofonici, inseriti all'inizio e alla fine della pubblicità o della televendita».

dei professionisti dalla pubblicità ingannevole e sulle condizioni di liceità della pubblicità comparativa²⁰⁴.

In relazione al prodotto cinematografico il legislatore è intervenuto nel 2004 andando a disciplinare il diffuso fenomeno del “collocamento del prodotto” (*product placement*). Il decreto legislativo n. 28 del 22 gennaio del 2004 all’art. 9, terzo comma, stabilisce: «Fatte salve le disposizioni contenute nella l. 10 aprile 1962 n.165, per i film che contengono inquadrature di marchi e prodotti, comunque coerenti con il contesto narrativo, è previsto un idoneo avviso che renda nota la partecipazione delle ditte

²⁰⁴ In linea generale si ribadisce quanto già previsto da tempo nel nostro ordinamento e cioè che *la pubblicità deve essere palese, veritiera e corretta*.

Per quanto riguarda il primo requisito: *la pubblicità deve essere chiaramente riconoscibile come tale*, è vietata pertanto ogni forma di pubblicità subliminale. I termini “garanzia”, “garantito” e simili possono essere usati solo se accompagnati dalla precisazione del contenuto e delle modalità della garanzia offerta. Il Decreto stabilisce che *l’ingannevolezza della pubblicità deve essere determinata considerandone tutti gli elementi*, con particolare riferimento:

- a) alle caratteristiche dei beni o dei servizi, quali la loro disponibilità, la natura, l’esecuzione, la composizione, il metodo e la data di fabbricazione o della prestazione, l’idoneità allo scopo, gli usi, la quantità, la descrizione, l’origine geografica o commerciale, o i risultati che si possono ottenere con il loro uso, o i risultati e le caratteristiche fondamentali di prove o controlli effettuati sui beni o sui servizi;
- b) al prezzo o al modo in cui questo è calcolato ed alle condizioni alle quali i beni o i servizi sono forniti;
- c) alla categoria, alle qualifiche e ai diritti dell’operatore pubblicitario, quali l’identità, il patrimonio, le capacità, i diritti di proprietà intellettuale e industriale, ogni altro diritto su beni immateriali relativi all’impresa ed i premi o riconoscimenti.

La *pubblicità comparativa* è giudicata lecita qualora siano rispettati i seguenti requisiti:a) non è ingannevole ai sensi del presente decreto legislativo o degli articoli 21, 22 e 23 del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, recante “Codice del consumo”;b) confronta beni o servizi che soddisfano gli stessi bisogni o si propongono gli stessi obiettivi;c) confronta oggettivamente una o più caratteristiche essenziali, pertinenti, verificabili e rappresentative, compreso eventualmente il prezzo, di tali beni e servizi;d) non ingenera confusione sul mercato tra i professionisti o tra l’operatore pubblicitario ed un concorrente o tra i marchi, le denominazioni commerciali, altri segni distintivi, i beni o i servizi dell’operatore pubblicitario e quelli di un concorrente;e) non causa discredito o denigrazione di marchi, denominazioni commerciali, altri segni distintivi, beni, servizi, attività o posizione di un concorrente;f) per i prodotti recanti denominazione di origine, si riferisce in ogni caso a prodotti aventi la stessa denominazione;g) non trae indebitamente vantaggio dalla notorietà connessa al marchio, alla denominazione commerciale ovvero ad altro segno distintivo di un concorrente o alle denominazioni di origine di prodotti concorrenti;h) non presenta un bene o un servizio come imitazione o contraffazione di beni o servizi protetti da un marchio o da una denominazione commerciale depositati. A vigilare sulla corretta applicazione della disciplina e a sanzionarne le violazioni sarà l’Autorità garante della concorrenza e del mercato che si potrà avvalere della collaborazione della Guardia di Finanza.

Tra le altre sanzioni applicabili, è previsto che con il provvedimento che vieta la diffusione della pubblicità, l’Autorità possa disporre l’applicazione di una *sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000,00 euro a 500.000,00 euro*, tenuto conto della gravità e della durata della violazione. Nel caso di pubblicità che possono comportare un pericolo per la salute o la sicurezza, nonché suscettibili di raggiungere, direttamente o indirettamente, minori o adolescenti, la sanzione non può essere inferiore a 50.000,00 euro.

E’ tuttavia stabilito che le parti interessate possono richiedere che sia inibita la continuazione degli atti di pubblicità ingannevole o di pubblicità comparativa ritenuta illecita ricorrendo ad *organismi volontari e autonomi di autodisciplina*. In questo caso, le parti possono convenire di astenersi dall’adire l’Autorità fino alla pronuncia definitiva, ovvero possono chiedere la sospensione del procedimento innanzi all’Autorità, qualora lo stesso sia stato attivato, anche da altro soggetto legittimato, in attesa della pronuncia dell’organismo di autodisciplina.

produttrici di detti marchi e prodotti ai costi di produzione del film. Con decreto ministeriale, sentito il Ministero per le Attività Produttive, sono stabilite le relative modalità tecniche di attuazione.» Tale decreto di attuazione è stato emanato il 30 luglio 2004 e pubblicato sulla *Gazzetta Ufficiale* del 4 ottobre 2004. Esso individua, dopo aver sancito al suo art. 1 che il *product placement* cinematografico è ammesso e che la relativa materia è lasciata alla libera contrattazione fra le parti, alcune «modalità tecniche» di attuazione. In proposito, l'art. 2 dispone che la presenza di marchi e prodotti deve «integrarsi nello sviluppo dell'azione, senza costituire interruzione del contesto narrativo»; che la presenza dei prodotti sia «palese, veritiera e corretta, secondo i criteri individuati negli artt 3, 3-bis e 6, d. lg. 25 gennaio 1992 n. 74.»; che, ai fini della riconoscibilità, l'«idoneo avviso» menzionato dall' art. 9 del d. lg. debba essere individuato in un «avviso nei titoli di coda che informi il pubblico della presenza dei marchi e prodotti all'interno del film, con la specifica indicazione delle ditte inserzioniste»²⁰⁵. Tali disposizioni normative hanno il merito di far emergere la suddetta modalità pubblicitaria dalla «zona grigia»²⁰⁶ (prossima a ciò che viene indicato come pubblicità occulta) a cui era stata relegata fino ad allora. Tuttavia, contestualmente, sorgono diversi problemi pratici, soprattutto quando, con il passaggio del film alla televisione, si tratta di armonizzare la disciplina in oggetto con le disposizioni interne e con quanto disposto dalla direttiva *televisione senza frontiere*.

In proposito si deve evidenziare come a partire dal 2003 è maturata una profonda riflessione sulla necessità di adeguare la direttiva in parola ai nuovi scenari tecnologici e del mercato. L'aggiornamento della direttiva "Televisione senza frontiere" del 1989 era stato proposto dalla Commissione il 13 dicembre 2005. A partire da tale data si sono registrati notevoli interventi in tale direzione: il Consiglio, il 13 novembre 2006, ha approvato l'impostazione generale di un progetto aggiornato di direttiva sui servizi audiovisivi; successivamente, il 13 dicembre 2006 il Parlamento europeo ha portato a termine la prima lettura, che ha evidenziato un positivo apprezzamento della proposta della Commissione e dell'impostazione generale seguita dal Consiglio; il 12 febbraio 2007 un Consiglio informale svoltosi a Berlino ha preparato il terreno per l'adozione di una posizione comune sulla direttiva il 24 maggio 2007; infine, il 9 marzo la

²⁰⁵ Per una analisi della riforma sul *product placement* cinematografico e delle problematiche ad esso inerenti si rinvia a: GAVIANO, N., *op.cit.*; FUSI, M., *Il product placement fra divieto di pubblicità non trasparente e nuova disciplina del cinesponsoring*, in *Riv. dir. ind.*, 1/2005, 5-32

²⁰⁶ Cfr. BRUNO F. e NAVA G., *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni*, Milano, 2006, p.808

Commissione ha presentato il testo consolidato della direttiva "Televisione senza frontiere" aggiornato²⁰⁷.

«Nella nuova direttiva le norme sulla pubblicità televisiva sono meno particolareggiate di quanto succedeva dal 1989 ad oggi: sulla scia dell'iniziativa "legiferare meglio" portata avanti dalla Commissione Barroso, saranno le emittenti televisive e i produttori di opere cinematografiche a decidere come e quando interrompere con la pubblicità i programmi trasmessi gratuitamente dalla televisione e non una regolamentazione prestabilita a Bruxelles. La durata globale della pubblicità resta di 12 minuti all'ora, mentre il film, i programmi per bambini, i programmi di attualità e i notiziari potranno essere interrotti da annunci pubblicitari non più di una volta ogni 30 minuti»²⁰⁸. In relazione al summenzionato problema del *product placement* la nuova direttiva riconosce e legittima tale tecnica, che viene ammessa nella generalità dei programmi a condizione che ne sia annunciato espressamente l'utilizzo nei titoli e/o nella sigla della trasmissione²⁰⁹. L'innovazione introdotta in tema di "collocamento di prodotto" se risolve il problema precedentemente evidenziato della conciliabilità con la disciplina introdotta dal nostro legislatore in tema di prodotti cinematografici, solleva il problema, ancor più grave, della chiara distinguibilità del messaggio pubblicitario, in quanto scompare la separazione tra contenuti pubblicitari e contenuti editoriali. «Il rischio è che, nonostante il ricorso ad accorgimenti tecnici, ottici o acustici, con funzione di

²⁰⁷ Le innovazioni più importanti della "nuova" Direttiva "Televisione senza Frontiere" possono così essere riassunte:

- fermi al 20% i tetti di affollamento orario (12 minuti per ogni ora), cadono le limitazioni imposte alla frequenza degli spot – con qualche eccezione riservata ai film. Ai programmi per bambini, ai notiziari – potranno essere inseriti in qualsiasi momento, senza dover rispettare la pausa minima dei 20 minuti tra un'interruzione e l'altra.
- Sono ammessi i minispot nelle trasmissioni di eventi sportivi
- Si ammettono vincoli meno stretti per l'interruzione dei film, con break pubblicitari ogni 35 minuti.
- Vengono legittimate e disciplinate le nuove forme di pubblicitarie come lo split screen e la pubblicità virtuale
- È riconosciuto e regolamentato il product placement, utilizzabile nella generalità dei programmi a condizione che ne sia espressamente annunciato l'utilizzo nei titoli e/o nella sigla della trasmissione.
- Permane in capo agli Stati membri la facoltà di stabilire norme più stringenti e rigorose.

²⁰⁸ Cfr. IP/07/311, Commissione Europea, *La Commissione prepara il terreno per la nuova direttiva "Audiovisivi senza frontiere" per una maggiore diversità della televisione europea e dei servizi audiovisivi a richiesta*, su www.toscanaeuropa.it

²⁰⁹ «Nuove forme di annunci pubblicitari, come l'inserimento di prodotti, offrono una preziosa fonte di reddito alle emittenti televisive e all'intero settore dell'audiovisivo», ha affermato la Commissaria Reding. «Mi compiaccio che il Parlamento europeo e il Consiglio siano d'accordo con la Commissione sulla necessità di sostenere la competitività del cinema europeo e di vietare, nel contempo, con fermezza la pubblicità sotto forma di inserimento di prodotti nei programmi per bambini, nei notiziari, nei documentari e nei programmi di attualità.» Su www.toscanaeuropa.it

preavviso e tutela degli utenti, l'invasività del *product placement* sia in se stessa insuscettibile di disciplina sotto il profilo della effettiva salvaguardia degli interessi del telespettatore e dell'integrità dell'opera.²¹⁰»

6. Il divieto di pubblicità occulta nell'ambito dell'attività giornalistica

Il divieto di pubblicità occulta è contenuto anche in altre disposizioni che riguardano soltanto determinate categorie di soggetti. In riferimento all'attività giornalistica²¹¹, l'articolo 2.3 della l. n. 69 del 1963 stabilisce che «giornalisti ed editori sono tenuti (...) a promuovere (...) la fiducia tra la stampa ed editori.» La norma – che si appella all'etica dei destinatari – permette di comprendere un ampio ventaglio di casi, benché sia stato il Consiglio Nazionale dell'Ordine dei Giornalisti a confermare espressamente, con delibera del 20 novembre 1986, che la realizzazione di pubblicità redazionale da parte dei giornalisti (pubblicità occultata nel contesto informativo) va contro il proprio mandato. L'articolo menzionato acquisisce rilievo in tema di pubblicità occulta nella misura in cui «una delle forme più diffuse tramite le quali prende corpo l'inganno sulla reale natura pubblicitaria di un messaggio promozionale è certamente la sua presentazione sotto l'aspetto di un intervento giornalistico.»²¹² In questo senso, il fatto di “occultare” la pubblicità all'interno di articoli giornalistici pregiudica in particolar modo i loro destinatari, dato che questi danno maggior valore ad informazioni che, erroneamente, considerano di natura obiettiva ed imparziale.

L'intenzione di mantenere nettamente separata l'informazione dalla pubblicità è stata ratificata attraverso il *contratto collettivo di lavoro dei giornalisti*, il cui art. 44, introdotto in occasione dell'edizione del 1988, ed intitolato “rapporto tra informazione e pubblicità”, dispone che «allo scopo di tutelare il diritto del pubblico a ricevere una corretta informazione, distinta e distinguibile dal messaggio pubblicitario e non lesiva degli interessi dei singoli, i messaggi pubblicitari devono essere chiaramente

²¹⁰ Così BRUNO, F., *op cit.*, p.808.

²¹¹ «Il giornalista viene comunemente definito come colui che, mediante attività tipicamente anche se non esclusivamente intellettuale, provvede alla raccolta, elaborazione e commento di fatti di attualità e di interesse generale, destinati a formare oggetto di comunicazione al fine di offrire alla collettività un'informazione intellegibile attraverso i mass-media”. Così TENELLA-SILLANI, C., *La responsabilità professionale del giornalista (I parte)*, in *Dir, Inf.*, 1985, p.479.»

²¹² Cfr. F. UNNIA, *op.cit.*, p.146.

individuabili come tali e quindi distinti, anche attraverso apposita indicazione, dai testi giornalistici.»²¹³ La norma cerca di preservare l'indipendenza di cui devono godere i giornalisti nell'esercizio della loro professione, compito di non facile attuazione se si pensa che «i ricavi pubblicitari costituiscono, per la gran parte delle case editrici, la voce di bilancio più significativa, con evidenti conseguenze sul potere d'influenza esercitabile sui mezzi d'informazione»²¹⁴. La relazione tra pubblicità e informazione è

²¹³ L'art. 44 dispone, inoltre, che gli «articoli elaborati dal giornalista nell'ambito della sua normale attività redazionale non possono essere utilizzati come materiale pubblicitario. I testi elaborati dai giornalisti collaboratori dipendenti di uffici stampa o di pubbliche relazioni devono essere pubblicati facendo seguire alla firma l'indicazione dell'organizzazione cui l'autore del testo è addetto quando trattino argomenti riferiti all'attività principale dell'interessato. I direttori nell'esercizio dei poteri previsti dall'art. 6, e considerate le peculiarità delle singole testate, sono garanti della correttezza e della qualità dell'informazione anche per quanto attiene il rapporto tra testo e pubblicità. A tal fine i direttori ricevono periodicamente i pareri di comitati di redazione.» Cfr. attualmente in vigore, il Contratto nazionale di lavoro giornalistico 1 marzo 2001-28 febbraio 2005. Per una compiuta trattazione dei problemi inerenti all'esercizio della libertà d'informazione si rinvia a A. PACE, *Stampa, giornalismo, radiotelevisione. Problemi costituzionali ed indirizzi di giurisprudenza*, Padova, 1983.

²¹⁴ Così CHIUSOLO E BORALI, *il contratto nazionale di lavoro giornalistico – commentato articolo per articolo*, Consiglio dell'Ordine dei Giornalisti della Lombardia, consultabile su <http://www.odg.mi.it/contratto/cnlg.htm>.

L'applicazione di questo articolo ha dato luogo ad una serie di decisioni da parte del Consiglio Nazionale e del Consiglio dell'Ordine dei Giornalisti della Lombardia- confermate successivamente dalla giurisprudenza ordinaria- in cui è stata segnalata la lesione del principio della trasparenza pubblicitaria. Così, il Tribunale di Milano (sezione quinta civile) nella sentenza del 23 febbraio 2000 si è soffermato sul fatto che «il rispetto del principio della necessaria separazione tra informazione e pubblicità è stato più volte sollecitato dal Consiglio regionale della Lombardia, sia per evitare che un giornale si trasformi in un catalogo commerciale, sia per tutelare il cittadino che ha diritto ad una corretta informazione che gli consenta di riconoscere quali notizie, servizi ed altre attività redazionali appartengono alla responsabilità della redazione o del singolo giornalista e quali, invece, siano diretta espressione di altri enti o aziende. La pubblicità deve essere chiara, palese, esplicita e riconoscibile, soprattutto la c.d. pubblicità redazionale: la lealtà verso il lettore impone che il lavoro giornalistico e quello pubblicitario rimangano separati, qualsiasi forma di pubblicità occulta diventa un inganno per il lettore ed una forma degenerativa della qualità dell'informazione (delibera di indirizzo del Consiglio lombardo); la comunicazione pubblicitaria persuasiva o suggestiva è caratterizzata dall'assenza quella neutralità che rappresenta invece il primo requisito richiesto all'informazione obiettiva; il messaggio pubblicitario sviluppa una sorta di difesa naturale da parte del lettore che invece non è preparato a contrapporre la propria capacità critica ai segnali ricevuti da una fonte riconosciuta come neutrale quale deve essere l'articolo giornalistico.» Testo consultabile su <http://www.odg.mi.it>. Cfr. altre decisioni in F. ABRUZZO, *Codice dell'informazione*, Centro di documentazione giornalistica, Roma, 1999, pp. 496-500. Si rammenta inoltre la recente pronuncia della Corte di Cassazione nella quale è stato affermato che l'obbligo del direttore del giornale di garantire la correttezza e la qualità dell'informazione anche per quanto concerne il rapporto fra testo e pubblicità deriva dagli artt. 44 CCNL giornalisti e 4 D. Lgs. 74/1992; il contenuto dell'obbligo è di rendere la pubblicità chiaramente riconoscibile come tale mediante l'adozione di modalità grafiche di evidente percezione; lo scopo è di tutelare dalla pubblicità ingannevole e dalle sue conseguenze sleali. La fascia dei soggetti tutelati, ha aggiunto la Corte, si estende a tutti i lettori senza alcuna distinzione in base al grado di cultura; può, in sostanza, affermarsi che il direttore di giornale deve garantire la correttezza e la qualità dell'informazione; a questo fine è tenuto a verificare se la pubblicità sia chiaramente riconoscibile come tale, distinguendosi da ogni altra forma di comunicazione al pubblico mediante modalità grafiche facilmente riconoscibili; in tale verifica non rileva il grado di cultura dei lettori, essendo a tutti accordata tutela; ove la verifica conduca a risultati negativi, il direttore deve impedire la pubblicazione del testo contenente la pubblicità, incorrendo altrimenti nelle sanzioni comminate dalla legge n. 69/1963. (*Cassazione Sezione Terza Civile n. 22535 del 20 ottobre 2006, Pres. Preden, Rel. Durante*).

stata a sua volta affrontata nella *Carta de doveri del giornalista*, approvata dalla FNSI (Federazione Nazionale della Stampa Italiana) e dall'Ordine Nazionale dei Giornalisti l'8 luglio 1993. In particolare all'articolo 6 della suddetta Carta si legge: «i cittadini hanno il diritto di ricevere un'informazione corretta, sempre distinta dal messaggio pubblicitario e non lesiva degli interessi dei singoli. I messaggi pubblicitari devono essere sempre e comunque distinguibili dai testi giornalistici attraverso chiare indicazioni, immediatamente distinguibili. Il giornalista è tenuto all'osservazione dei principi fissati dal protocollo d'intesa sulla trasparenza dell'informazione e dal contratto nazionale di lavoro giornalistico, deve sempre rendere riconoscibile l'informazione pubblicitaria e deve comunque porre il pubblico in grado di discernere il lavoro giornalistico dal messaggio promozionale».

Per il resto, diverse associazioni di giornalisti che circoscrivono la loro attività a zone geografiche concrete hanno incluso nei loro documenti espliciti riferimenti al principio di trasparenza. Così si può menzionare il testo approvato nel 1984 da parte del Consiglio Regionale dell'Ordine dei giornalisti del Piemonte²¹⁵ o il documento predisposto il 20 novembre del 1986 dal Consiglio dell'Ordine della Lombardia, in cui si afferma che «di fronte all'affiorare di un asserito nuovo sistema in base al quale si vorrebbe contrabbandare per informazione giornalistica il messaggio pubblicitario giustificandolo con un'esigenza della società dei consumi e del sistema economico,

In relazione all'attività dei giornalisti professionisti si deve evidenziare che il recente intervento legislativo in tema di pubblicità ingannevole (d.lgs. n. 145/2007), emanato a tutela dei professionisti dalla pubblicità ingannevole e dalle sue conseguenze sleali, ha innescato ampie polemiche in seno all'Ordine dei giornalisti. In particolare, ha suscitato notevoli perplessità la previsione che i professionisti, che daranno spazio alla pubblicità ingannevole, saranno giudicati dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ai sensi dell'art. 8 del citato decreto. L'Autorità, infatti, d'ufficio o su istanza di ogni soggetto o organizzazione che ne abbia interesse, ha il potere di inibire la continuazione ed elimina gli effetti della pubblicità ingannevole e comparativa illecita. Per lo svolgimento dei suoi compiti, l'Autorità potrà, inoltre, avvalersi della Guardia di finanza (art. 8, comma 2.). Ai sensi del comma 9 del citato articolo l'Autorità, potrà applicare al professionista una sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000,00 Euro a 500.000,00 Euro, tenuto conto della gravità e della durata della violazione. Tali previsioni escludendo, secondo alcuni, la possibilità d'intervento dell'Ordine dei giornalisti nell'ipotesi pubblicità ingannevole realizzata da giornalisti professionisti e, lasciando quest'ultimi indenni sul piano lavorativo (è prevista una sanzione pecuniaria ma non l'esclusione dall'albo professionale) segnerebbero «l'inizio della fine dell'Ordine dei Giornalisti: è evidente che un giornalista professionista non potrà essere giudicato due volte per lo stesso fatto (**ne bis in idem**)». Così ABBRUZZO, F, Presidente dell'Ordine dei giornalisti della Lombardia il quale ha espresso le perplessità maggiori sul citato decreto (consultabili su www.francoabbruzzo.it).

²¹⁵ Secondo il quale «violano la deontologia professionale dei giornalisti, i casi a) del giornalista dipendente di testata che presta al contempo la sua opera, a qualsiasi titolo, in società di promozioni o di pubbliche relazioni; b) il giornalista dipendente di testata che ricopre incarichi retribuiti in uffici stampa di enti pubblici e privati; c) il giornalista che trae utilità personali da articoli chiaramente pubblicitari senza essersi cautelato in modo che la sua figura professionale rimanga distinta da quella del pubblicitario.»

L'Ordine dei Giornalisti della Lombardia respinge i tentativi di snaturare il giornalismo con cortine fumogene entro le quali si annidino propaganda ai prodotti e interessi aziendali.»²¹⁶

7. Tipologie di pubblicità occulta

L'occultamento della pubblicità rappresenta un fenomeno la cui evoluzione, come già evidenziato, è strettamente collegata allo sviluppo delle nuove tecniche di comunicazione. È stato affermato in proposito che «la comunicazione audiovisiva si è ormai venuta a configurare come una vera galassia, e la sua vitalità ha moltiplicato in proporzione geometrica le occasioni di presenza di segni distintivi, sia durante, che non, il loro classico compito di suscitare attenzioni e conferme attraverso il veicolo principale della pubblicità»²¹⁷. Pertanto, oggi, sono molteplici le forme attraverso le quali viene celata la natura pubblicitaria della comunicazione al fine di sorprendere l'affidamento del pubblico. In tale senso risulta utile fare riferimento alle comunicazioni commerciali che utilizzano come mezzo di diffusione la rete *internet*²¹⁸. Con questo non si vuole sostenere che tali comunicazioni per il solo fatto di utilizzare il sistema telematico si presentino necessariamente in forma occulta, esistono, infatti, diversi strumenti pubblicitari connessi a tale mezzo di diffusione che sono assimilabili allo schema classico della pubblicità (il riferimento è ai cosiddetti *banners* ed alle *webpages*²¹⁹). Accanto alle tipologie per così dire “classiche” e riconoscibili di

²¹⁶ Entrambi gli esempi sono citati da F. UNNIA, op cit., pp. 148 e 150.

²¹⁷ SAVINI, A., *Gli Autori tra pubblicità occulta ed ingannevole*, in DA, 1994/1, p. 32.

²¹⁸ In proposito l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha affermato: « internet può essere considerato un veicolo pubblicitario e le pagine ivi contenute possono perseguire una finalità pubblicitaria. Come il caso di una pagina Internet che, anche senza promuovere espressamente un bene o un servizio, reclamizza l'immagine dell'operatore pubblicitario». Cfr. Autorità 27 marzo 1997, provv. n. 4820, AIDA, 1998, 575/1). Ed ancora: «Internet può diffondere messaggi di carattere semplicemente informativo o annunci pubblicitari. Pertanto è necessario effettuare un'analisi caso per caso circa la natura dei vari messaggi presenti nel predetto contenitore. Ma la natura di messaggio pubblicitario propria di un comunicato diffuso attraverso la rete informatica di internet in un determinato sito non è esclusa per ciò solo che la sua diffusione avvenga via internet.» Così Autorità 22 maggio 1997, provv.n. 5019, AIDA 1998, 576/1.

²¹⁹ I *banners* sono annunci di ridotte dimensioni riproducenti il marchio o testi e sequenze animate relative al prodotto e all'impresa pubblicizzata; le *webpages* contengono l'illustrazione dei prodotti e dell'attività dell'azienda.

pubblicità su *internet* si posizionano delle altre tipologie di pubblicità conosciute come *meta tags*, che si caratterizzano per essere dei messaggi nascosti, riconoscibili dai motori di ricerca ma non dall'utilizzatore ed aventi la funzione di veicolare quest'ultimo a sua insaputa verso siti non oggetto di richiesta.

Tuttavia, oggetto della presente analisi saranno le due modalità pubblicitarie che, tradizionalmente, vengono collegate al fenomeno della pubblicità occulta e che hanno sollevato i maggiori problemi interpretativi ed applicativi: la pubblicità redazionale ed il *product placement*.

Si sottolinea che, a questa tipologia di modalità pubblicitarie, connesse al problema della riconoscibilità della pubblicità, si affiancano altre innovative tecniche commerciali che pongono il problema della separatezza del messaggio commerciale dal resto dei programmi. Il riferimento è a quelle tecniche pubblicitarie, frutto delle nuove tecnologie, che recentemente hanno trovato legittimazione all'interno della nuova proposta di direttiva "televisione senza frontiere". Emblematica, rispetto a quanto affermato, risulta essere la tecnica dello *split screen* consistente nella possibilità di diffondere contemporaneamente contenuti redazionali e contenuti commerciali attraverso la suddivisione dello schermo in due parti, destinate l'una alle comunicazioni pubblicitarie e l'altra al programma. La legittimazione di tale tecnica viene rintracciata nel fatto che, garantita la riconoscibilità, la separazione della pubblicità dal resto del programma, finora ottenuta attraverso una differenziazione temporale, può essere ugualmente perseguita attraverso la semplice separazione spaziale. Tra le nuove ed evolute modalità pubblicitarie che, secondo i parametri interpretativi contenuti nella Comunicazione della Commissione dell'aprile del 2004, verranno utilizzate in futuro, rientra la *pubblicità virtuale*, ossia quella consistente nell'utilizzo di tecniche virtuali per inserire comunicazioni commerciali, specie durante la diffusione di eventi sportivi, attraverso la sostituzione virtuale dei pannelli pubblicitari presenti sul terreno o attraverso l'inserimento di nuove immagini. Secondo la Commissione UE tale tecnica risulta conforme all'ordinamento comunitario nella misura in cui non pregiudica l'integrità dell'opera e non danneggia l'interesse dei titolari della stessa. Si richiede, inoltre, il preventivo avviso dei telespettatori ed il previo assenso degli organizzatori dell'evento e del titolare dei diritti.

8. La pubblicità redazionale: profili introduttivi e rilievi critici

Tra le forme dissimulate di pubblicità vi è da annoverare la pubblicità redazionale che, secondo una nota definizione, consiste nel «rivolgersi al pubblico sotto forma di un normale servizio apparentemente frutto di autonoma iniziativa della redazione del giornale, del periodico o dell'emittente televisiva, ma in realtà predisposto dall'impresa utente o da questa fatto redigere dietro compenso a un giornalista, ed inserito, senza nulla che lo distingua dagli altri "pezzi", nel contesto del mezzo d'informazione»²²⁰.

Alla luce di tale definizione ciò che caratterizza la pubblicità redazionale non è tanto il mezzo attraverso il quale viene diffusa (articolo di giornale, periodico, trasmissione televisiva) quanto il fatto che l'occultamento avviene in un contesto informativo di natura obiettiva e neutrale²²¹.

«La funzione attrattiva esortativa della comunicazione discende proprio dal tono dell'obiettività con cui un soggetto non identificabile con l'impresa interessata, o comunque, i cui rapporti con essa non vengono esplicitati, tesse le lodi di un prodotto»²²².

La maggiore credibilità di tale modalità pubblicitaria trova conferma nell'ambito delle teorie cognitive. Difatti, le ricerche sull'apprendimento evidenziano come la credibilità di una informazione è determinata da due fattori: dalla sua compatibilità con le preesistenti conoscenze del sistema cognitivo (c.d. *grado di certezza da compatibilità*)

²²⁰ Così FUSI-TESTA-COTTAFI, *op.cit.*, 169.

²²¹ Sul punto Floridia afferma: «il principio della trasparenza dunque non condiziona la forma della pubblicità, che può essere redazionale sia che si avvalga della stampa sia che si avvalga del mezzo televisivo, ma riguarda unicamente il camuffamento dell'inserzione che è vietato in modo assoluto, dovendo sempre il *medium* rendere palese che l'inserzione ha carattere pubblicitario». FLORIDIA, G., *La tempesta vicenda...*, in *dir.ind.*, 3/1994, p.287. Secondo BUCCIROSSI si può parlare di pubblicità redazionale in senso stretto nell'ipotesi di «pubblicizzazione di un prodotto (o servizio) nelle forme tipiche di una neutrale informazione giornalistica, cioè in 'articoli' che trattano esclusivamente del prodotto, illustrandone i pregi e i vantaggi ed aventi una veste esteriore del tutto simile a quella di un normale articolo di informazione redazionale a contenuto neutro»; diversamente si può parlare di pubblicità redazionale in senso ampio «quando la descrizione del prodotto viene inserita in un contesto più ampio; quando cioè l'articolo non è dedicato esclusivamente ad illustrare i pregi di un determinato prodotto bensì ad affrontare un tema più generale (caratteristica tipica di un articolo a carattere informativo) nell'ambito della quale l'autore inserisce a scopi promozionali la descrizione (ovviamente elogiativa) del prodotto in questione». BUCCIROSSI, G., *Le diverse forme di pubblicità redazionale*, in *Dir.ind.*, 1/1995, 74.

²²² Così SAVINI, *op. cit.*, 1994, p.32

e dalle modalità di trasmissione del messaggio (c.d. *grado di certezza originaria*)²²³. Mentre il primo fattore è condizionato dalle credenze del soggetto, il secondo fattore dipende dalla tipologia e dalla quantità delle fonti, dalla loro attendibilità e affidabilità²²⁴. Attraverso la pubblicità redazionale si incide sul *grado di certezza originaria* del messaggio in vario modo. Si determina, innanzitutto, un aumento del numero delle fonti d'informazione relative al messaggio, poiché alla fonte rappresentata dall'impresa produttrice si affianca quella di un terzo soggetto (il giornalista). «I risultati [delle ricerche relative alla risposta cognitiva alla pubblicità] indicano che, ogni volta che compare una nuova fonte, il ricettore si mette ad elaborare il messaggio in arrivo. [...] Aumentare il numero delle fonti di un messaggio aumenta il pensiero circa il contenuto del messaggio, e questa accresciuta riflessione può tramutarsi in una accresciuta persuasione se le argomentazioni del messaggio sono convincenti»²²⁵. A tale aspetto si deve affiancare quello della incidenza sulla attendibilità dell'informazione ricevuta. È ovvio che l'attendibilità è strettamente collegata all'affidabilità della fonte dell'informazione. Nel caso della pubblicità redazionale, il garante dell'attendibilità dell'informazione non è più l'impresa produttrice bensì un soggetto terzo, ossia l'autore del messaggio. Inoltre, «il grado di attendibilità attribuito ai contenuti di una pubblicità redazionale può elevarsi, rispetto all'ipotesi alternativa di una pubblicità manifesta, in maniera tanto maggiore quanto più marcata è la differenza tra la fiducia riposta nell'operatore pubblicitario e quella attribuita al giornalista ed alla testata, presunti sottoscrittori delle affermazioni»²²⁶. Infine, ed è questo l'elemento più rilevante, l'obiettività dell'autore del messaggio influenza il modo in cui la comunicazione è accettata dal ricevente. Quest'ultimo è maggiormente diffidente verso quelle informazioni dalle quali la fonte di emissione trae un vantaggio personale. Ne consegue che, l'aumento della affidabilità indotto dalla

²²³ Cfr. FERRANDI R., *Pubblicità redazionale e product placement: gli effetti sul consumatore e l'intervento dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato*, *Dir. inf.*, 2001, p. 59

²²⁴ Cfr. CASTEL -FRANCHI C., POGGI, I., *Bugie finzioni sotterfugi- per una scienza dell'inganno*, Roma, 1998, p. 130 e segg.

²²⁵ Così BROCK, T. C., SHAVITT, S., *Analisi della risposta cognitiva nella pubblicità*, in *Pubblicità e psicologia del consumatore*, a cura di PERCY, L., WOODSIDE, A.G., Milano, 1990, p.155.

²²⁶ Così FERRANDI R., *op.cit.*, p. 60. Ad esempio di quanto affermato l'autore cita il caso di «una pubblicità non trasparente a favore di un'impresa che detenga una pessima immagine presso i consumatori, su una testata che goda di straordinario credito presso i propri lettori. In questo caso, diviene evidente il sensibile aumento di credibilità prodotto dal cambiamento di autore del messaggio. Se infatti il lettore fosse consapevole che è in realtà l'impresa a parlare. Probabilmente assumerebbe con molta diffidenza le informazioni fornitegli. Nel caso del messaggio occulto, poiché è il giornale a esprimere delle valutazioni, la credibilità della notizia trae profitto dalla fiducia che i lettori ripongono nelle informazioni provenienti dal giornale».

pubblicità redazionale dipende proprio dalla posizione di imparzialità e terzietà dell'autore del messaggio.

I caratteri che contraddistinguono il “mascheramento” di tale forma di comunicazione commerciale rendono assai incerta la linea di demarcazione tra informazione e pubblicità e sollevano il problema dell'individuazione degli strumenti più idonei a tracciare tale linea²²⁷.

Per il tramite della pubblicità redazionale, il messaggio trasmesso resta, difatti, sospeso tra la libertà di comunicazione pubblicitaria e la libertà d'informazione, sicché risulta evidente il rischio che si possa effettuare una illegittima compressione della libertà di manifestazione del pensiero in applicazione dei limiti dettati per la pubblicità commerciale. Del resto, lo stesso articolo 4 comma 1 del d.lgs, 74/92, nel tipizzare una delle fattispecie più rilevanti di dissimulazione dell'intento pubblicitario – disponendo che « la pubblicità a mezzo di stampa deve essere distinguibile dalle altre forme di comunicazione al pubblico, con modalità grafiche di evidente percezione» - evidenzia gli strettissimi e problematici legami esistenti tra pubblicità e manifestazione del pensiero scevra da finalità promozionali, in specie la libertà di cronaca e di critica.

Alla luce di quanto affermato risulta necessario affrontare, prima di analizzare la cospicua attività dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato in merito, le difficoltà interpretative connesse al rapporto fra diritto di cronaca, libertà di espressione e libertà di comunicazione pubblicitaria.

È stato autorevolmente sostenuto che, all'interno della pubblicità redazionale, si deve operare un distinguo tra le ipotesi di pubblicità sapientemente mimetizzate in un contesto informativo (senza le modalità grafiche e di evidente percezione di cui all'art. 4, comma 1) e le ipotesi di manifestazioni del pensiero “asservite” a finalità commerciali (la c.d. “penna venduta”). Secondo tale interpretazione, solo le prime ipotesi possono essere oggetto di censura alla luce della disciplina che tutela il principio della trasparenza della pubblicità, diversamente, nel secondo caso, «l'intento promozionale quale illecito all'interno dell'esercizio del diritto di manifestazione del pensiero (e di abuso nell'esercizio della corrispondente libertà) non vale ad

²²⁷ « La norma che esige la riconoscibilità della pubblicità, benché ineccepibile in linea di principio, apre tuttavia uno dei più inquietanti temi in materia di comunicazione: quello del confine fra la c.d pubblicità redazionale e la libera informazione e soprattutto sui criteri sulla base dei quali riconoscere l'una e l'altra» Così FUSI, TESTA, COTTAFI, 1993, p.168

“affievolire” quel diritto, né comunque a “degradare” quest’ultima a pubblicità, bensì può generare responsabilità, ferma restando l’incensurabilità ex art. 21 della Costituzione»²²⁸. Quanto affermato, troverebbe conferma nel fatto che le manifestazioni del pensiero denigratorie e lesive dell’onore o dell’impresa altrui determinano la responsabilità dell’autore ma non mutano l’originaria natura di manifestazione del pensiero e, conseguentemente, non fanno venire meno la relativa garanzia contenuta nell’art. 21 Cost. (che non ammette né inibizione né censura). Pertanto, «non si vede perché un trattamento diverso dovrebbe riservarsi alla manifestazione del pensiero che, invece di “parlare male” di qualcuno (magari a “pagamento”), “parli bene” di un prodotto o di un produttore»²²⁹. Secondo tale impostazione la disciplina contenuta nell’art. 4 del d.lgs 74/92 e quella dell’art. 7 CAP è finalizzata, unicamente, ad imporre che un messaggio pubblicitario, concepito come tale dai suoi autori, non sia confondibile con comunicazioni a carattere informativo, pertanto, non rientra nell’ambito della portata della suddetta disciplina «qualsiasi sindacato sugli “scopi” di una dichiarazione od opinione che, anche laddove prostituita, asservita o comunque lesiva di diritti altrui, potrà certo responsabilizzare il suo autore, ma non anche essere inibita, o comunque preventivamente censurata, od oscurata *in progress*»²³⁰. Lasciano perplessi, per questo motivo, gli interventi degli organi di controllo (Giurì ed Antitrust) che rintracciano nell’intento e nell’effetto promozionale l’“elemento costitutivo” del carattere pubblicitario di un messaggio, facendone derivare la “degradazione” della natura della comunicazione così caratterizzata.

L’interpretazione riportata ha il merito di evidenziare come l’intervento sanzionatorio degli organi di controllo non possa essere dato per scontato e debba essere valutato attentamente soprattutto perché si inserisce nel delicato terreno della libertà di manifestazione del pensiero. Tuttavia, la tesi che l’illiceità della libertà di manifestazione del pensiero sia collegata al perseguimento di finalità commerciali, non è esente da critiche, soprattutto da parte di chi considera la comunicazione pubblicitaria una forma di espressione del pensiero, ricompresa nell’alveo di garanzia dei cui all’art. 21 Cost.²³¹. Secondo tale condivisibile impostazione, «l’informazione finalizzata a fini promozionali è illegittima non già perché pubblicità, bensì in

²²⁸ Così RUFFOLO, U., *op. cit.*, p.135.

²²⁹ *Op. ult. cit.*, p.136

²³⁰ Così RUFFOLO, U., *op. cit.* p.153

²³¹ Così, L. PRINCIPATO, *op. cit.*, p.871. In maniera analoga Pace, A., *Art.21, cit.*.

violazione del principio della trasparenza, dunque perché pubblicità occulta. La comunicazione pubblicitaria, infatti, è una (legittima) forma di manifestazione del pensiero (pur assoggettata, in taluna fattispecie, a limiti stringenti), ma la coerenza del suo contenuto rispetto ai limiti stabiliti dall'ordinamento giuridico non vale ad escluderne l'illiceità laddove non abbia altresì a rispettarsi anche il principio della trasparenza»²³². Pertanto, secondo tale ipotesi ricostruttiva, «l'illiceità derivante dalla lesione di diritti altrui (o dalla violazione del principio della trasparenza: in genere, dalla violazione di un limite) può essere propria di qualsiasi espressione di pensiero, a prescindere dal fatto che vi sia o non un effetto pubblicitario». Nei casi in cui siano rintracciabili gli elementi soggettivi ed oggettivi che rendano giuridicamente esistente una manifestazione del pensiero ma, allo stesso tempo, siano rinvenibili i presupposti per l'applicazione di uno dei limiti previsti in Costituzione allora, la manifestazione in parola non è tutelata poiché illecita²³³. Di conseguenza, la tesi in esame sembra rigettare la precedente ipotesi ricostruttiva che in riferimento all'informazione "asservita" a finalità commerciali ne sanciva la natura di manifestazione del pensiero "illecita" ma comunque tutelata dall'art. 21 Cost.. Difatti, o una manifestazione del pensiero è illegittima in quanto risulti aver violato uno dei limiti alla stessa opposti, oppure, se non si rintraccia l'esistenza di un limite, è legittima e rientra nella tutela apprestata dall'art. 21 Cost. (e, pertanto, non potrà essere fonte di responsabilità risarcitoria)²³⁴.

Sul piano della pubblicità redazionale, come già evidenziato, il principio della distinguibilità della comunicazione commerciale, fatto proprio dall'ordinamento, « [...] discende dall'essere, l'informazione e la cronaca, coperte da protezione costituzionale in modo da non consentire l'improprio, sleale e subdolo sviamento o camuffamento ad

²³² *Op.ult.cit.*

²³³ Basti pensare alla comunicazione effettuata da un giornalista e contraria al buon costume. Indipendentemente dal fatto che sussista o meno un intento o effetto promozionale, non rientrerà nell'alveo di protezione dell'art. 21 Cost.

²³⁴ «Le uniche ipotesi – di una manifestazione del pensiero illecita ma che, pur esponendo al risarcimento del danno, sia ugualmente tutelata ex art. 21 Cost. – che paiono concretamente prospettabili – ma non già come principio o categoria generale, bensì come effettiva eccezione di diritto positivo – sono desumibili dall'art. 21, commi 2 e 3 Cost. [...]. ben potrà accadere, infatti, che una illecita manifestazione del pensiero (in specie, l'articolo che persegue fini pubblicitari) costituisca fonte di responsabilità per l'autore, ma non possa essere assoggettata – in quanto stampa – ad autorizzazioni o censure, né possa disporsi il sequestro dello stampato che ne è materiale espressione, perché non risulta integrato un delitto per il quale la legge lo autorizzi e non risultano violate le norme prescritte per l'indicazione dei responsabili». Così PRINCIPATO, *op. cit.*, p.873.

altri fini »²³⁵. Fermo restando ciò, si deve dare atto dell'esistenza di una distinzione fra le ipotesi di pubblicità redazionale realizzata a mezzo stampa e quelle realizzate attraverso altri mezzi di diffusione del pensiero. Solo la stampa, infatti, gode del particolare statuto di protezione previsto dalla Costituzione che, a prescindere dal suo contenuto, dispone il divieto di autorizzazioni e censure. Pertanto, anche la pubblicità commerciale, oggetto di stampa, è parimenti oggetto della suddetta disciplina costituzionale. Del resto, è stato autorevolmente sostenuto che «ammesso e sancito (come la Costituzione ammette e sancisce) che le garanzie formali alla libertà di stampa, come tali, sono utile strumento di manifestazione del pensiero, il concreto stampare, pubblicare e diffondere potrà risultare garantito indipendentemente dalla concreta prova che esso sia strumento di manifestazione del pensiero, e anche se il contenuto dello stampato, secondo Costituzione, vada rubricato diversamente che come manifestazione del pensiero»²³⁶. Alla luce di quanto affermato, l'eventuale ordine di cessazione della diffusione di un articolo giornalistico finalizzato alla promozione di un prodotto e/o di un'impresa, deve in ogni caso confrontarsi con i ristretti limiti individuati dall'art. 21 comma 3 della Costituzione. Non si deve dimenticare, infatti, che «l'art. 21 Cost. non consente se non in casi tassativi l'emanazione di provvedimenti, che pur non essendo formalmente qualificabili come sequestro comportino nella sostanza il medesimo risultato e che, quindi, eludendo il divieto imposto dalla norma costituzionale si risolvono in un'inammissibile sequestro ovvero in una inammissibile censura»²³⁷.

In definitiva, l'asservimento dell'informazione a finalità commerciali, in violazione del principio della distinguibilità della pubblicità, rende ammissibile l'applicazione dei principi e limiti dettati per la pubblicità commerciale, nonché la relativa giurisdizione degli organi di controllo a tal fine preposti. Tuttavia, la disciplina della pubblicità occulta dovrà tener conto della particolare ed ineludibile tutela costituzionale predisposta per la stampa.

²³⁵ Così STANCATI, P., *Lineamenti evolutivi della libertà di manifestazione del pensiero e della informazione: rivoluzione mediatica, "buona" e "cattiva" televisione, multiculturalismo, fenomenologia terroristica*, op.cit., 356.

²³⁶ Così ESPOSITO, C., *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, in *Diritto costituzionale vivente. Capo dello stato ed altri saggi*, Milano, 1992, p122, nota 14. Concordi nel ritenere che la particolare tutela prevista per la stampa prescinda dal relativo contenuto FOIS, S., *Censura e pubblicità economica*, in *Giur. cost.*, 1965, p. 839; MORTATI, C., *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1967, II, 865.

²³⁷ Così Trib. Roma, 6 dicembre 1993, in *Dir. Inf.*, 1994, 334 ss.

9. Il product placement: profili introduttivi

Il *product placement* è una tecnica di comunicazione commerciale consistente nel “collocamento di un prodotto” (traduzione di *product placement*) o di un servizio, della marca e dei segni distintivi dei medesimi « nello scenario di finzioni, per la maggior parte audiovisive» dietro il pagamento di un corrispettivo e, quindi, con finalità promozionali dei beni e servizi presentati. Tale tecnica consente di attribuire notorietà al prodotto/ servizio e, nei casi in cui lo stesso sia inserito nella trama in maniera da determinare una sua interazione con la storia e i suoi soggetti, di godere del coinvolgimento emozionale che la vicenda suscita, e quindi di essere positivamente associato ai personaggi o agli stili di vita rappresentati. Le ricerche sul comportamento dei consumatori hanno, infatti, dimostrato che «assistendo ad una presentazione media, gli spettatori spesso si sentono coinvolti negli eventi, e reagiscono come se fossero testimoni o partecipassero a reali interazioni con persone che essi conoscono»²³⁸. L'identificazione con il personaggio ovvero con la situazione dallo stesso vissuta rappresentano una importante componente dell'attrazione. Pertanto, l'intenzionale inserimento di un prodotto e l'eventuale interazione dello stesso con la storia, rappresentano un'ottima modalità di pubblicizzazione dello stesso²³⁹. Con questa tecnica pubblicitaria, si suscita nello spettatore il desiderio di possedere il prodotto, non tanto per utilizzarlo, quanto per sperimentare le situazioni che tale possesso può generare. In questo modo, con l'acquisto del prodotto il consumatore si proietta mentalmente nel contesto in cui il prodotto è stato presentato, attraverso un processo di astrazione per il quale parte della dottrina italiana ha coniato il termine “movente situazionale”²⁴⁰.

²³⁸ Traduzione del testo di HOFFNER, C., CANTOR, J., *Perceiving and responding to mass media characters*, in *Responding to the screen*, JENNINGS BRYANT AND DOLF ZILLMANN, eds., Hillsdale, NJ, Lawrence Erlbaum, p.90.

²³⁹ « il pubblico si trova in uno stato di elaborazione, consistente nell'analisi della storia al fine di individuare indizi in relazione ai personaggi, alla loro identità e alle loro probabili azioni. In tale contesto è possibile utilizzare un prodotto di marca quale espressione di una caratteristica del personaggio. Se l'operazione riesce, lo spettatore tenderà ad associare ad uno specifico prodotto determinate caratteristiche del personaggio che tale prodotto aveva contribuito ad enfatizzare». Così FERRANDI, R., *op.cit.*, p 65.

²⁴⁰ Cfr. UNNIA, F., *op. cit.*, p.202; SAVINI, *op. cit.*,p.34.

Per effetto di tali considerazioni, non stupisce affatto come la semplice presentazione di prodotti e di marche all'interno di una pellicola cinematografica risale già agli esordi del cinema²⁴¹, anche se la data di nascita "ufficiale" del *product placement* viene indicata nel 1945, quando Joan Crawford in "Mildred Pierce" beve davanti alle telecamere una nota marca di Bourbon. È questo, infatti, il primo caso accertato in cui la presenza della marca è stata effettuata su richiesta dell'impresa produttrice dietro corrispettivo. Sebbene tale tecnica pubblicitaria abbia legato la sua fortuna alle pellicole cinematografiche²⁴², va sottolineato come nel tempo ha ottenuto una diffusione generalizzata negli altri mezzi di diffusione. Oltre a coinvolgere il mezzo televisivo, la sua espansione ha interessato anche altri mezzi di comunicazione, dai videogiochi²⁴³, alla musica, fin'anche alla letteratura. In quest'ultimo caso il riferimento è al libro "The Bulgari Connection" di Fay Weldon che, a seguito di un contratto remunerato, contiene numerosi riferimenti alla prestigiosa marca di gioielli Bulgari. Tuttavia la dottrina giuridica italiana ha circoscritto il fenomeno del *product placement* all'ambito audiovisivo²⁴⁴ e soltanto parte della dottrina spagnola ha fatto riferimento all'estensione di tale fenomeno in nuovi spazi²⁴⁵.

Si deve preliminarmente avvertire che, l'accezione di *product placement*, come già evidenziato, è nata nel mondo della pubblicità e del marketing in quanto esso è, innanzitutto, una tecnica pubblicitaria. Pertanto, se gli scopi pubblicitari fossero palesati agli spettatori, non per questo il *product placement* cesserebbe di esistere. Di conseguenza, l'occultamento della natura pubblicitaria del collocamento deve essere considerato come requisito di illiceità del *product placement* e non come elemento concettuale. Nell'ambito dell'analisi giuridica, per non dover distinguere continuamente tra collocamento del prodotto palese ed occulto, quando si parla di

²⁴¹ Per conoscere i primi casi di collocamento del prodotto si rinvia a CORTI, G., *Il product placement nella comunicazione aziendale*, in <http://www.dyschronicles.com>

²⁴² Il più famoso caso di *product placement* è legato al film "E.T." di Spielberg del 1982, in cui il protagonista offre delle caramelle di cioccolata della marca "Reese's Pieces" all'extraterrestre al fine di facilitare la loro comunicazione. La collocazione di tale prodotto portò alla casa produttrice dello stesso un aumento totale del volume di vendite calcolato nell'85%, inoltre tre mesi dopo l'uscita del film, 800 multisale cinematografiche per la prima volta inserirono le caramelle tra i prodotti in vendita. Cfr. Winsky, Hershey Befriends Extra-terrestrial, in *Adv. Age*, luglio, 1982, p.66. cit. da MANSANI *op.cit.*

²⁴³ La "Electronics Arts", una delle più importanti compagnie editrici di videogiochi, ha sigillato un contratto con la catena di fast food Mc Donald's e la megacorporazione dei chip Intel Corp per realizzare il *product placement* dei loro prodotti nella versione on-line del famoso gioco "The Sims". Cfr. "Comidas rápidas y pentiums, en el mundo de los deoiegos", *Iblnews*, Agencias, <http://iblnews.com>.

²⁴⁴ Cfr. MANSANI, *op. cit.*, p.905.; ROSSELLO, *op. cit.*, p.171; BUCCIROSSI, *op. cit.*, p.74

²⁴⁵ Cfr. TATO PLAZA, *Product placement y publicidad encubierta: comentario a las resoluciones del jurado de autocontrol de la Publicidad de 26 de abril y de 4 de junio de 2001 en el caso Soberero*, in *ADI*, XXII, 2001, p.20.

product placement si da per assodato che la finalità pubblicitaria del posizionamento è celata allo spettatore.

Uno dei primi casi posti all'attenzione sia dell'Autorità Garante che del Giurì di autodisciplina pubblicitaria (Giurì 62/93 e Aut. Gar. provv. n. 1291) fu quello dello sceneggiato televisivo "Un commissario a Roma" nel quale il protagonista leggeva ripetutamente il quotidiano "La Repubblica" e veniva sistematicamente inquadrata l'insegna luminosa della testata giornalistica. Entrambi gli organi giudicarono i riferimenti contenuti nell'opera come ingiustificati accogliendo così la tesi della pubblicità occulta

In relazione alla natura giuridica del *product placement* è stato sostenuto che esso è inquadrabile all'interno della tipologia di messaggi conosciuta come pubblicità indiretta. Ci si riferisce, dunque, «a quelle forme di messaggi proditoriamente inseriti nel corso di programmi televisivi o di spettacoli cinematografici, la cui natura pubblicitaria non è dichiarata»²⁴⁶. A tal riguardo l'Unnia definisce il *product placement* come « la frontiera evolutiva della pubblicità indiretta»²⁴⁷. Infatti, la caratteristica principale della "pubblicità indiretta" è lo sfruttamento dell'effetto promozionale che si ottiene attraverso la collocazione di un prodotto all'interno di una fase narrativa audiovisiva; tale effetto promozionale sarà più accentuato se l'apparizione del prodotto si associa ad un personaggio, reale o fittizio.

9.1. Product placement e pubblicità tradizionale

Il *product placement* presenta delle importanti differenziazioni rispetto alla pubblicità tradizionale, che è opportuno sottolineare al fine di definire in maniera più chiara gli elementi caratterizzanti tale forma di pubblicità occulta. Nel *product placement*, diversamente da quanto accade nello spot pubblicitario tradizionale, la marca reclamizzata non controlla, né dirige, il messaggio pubblicitario, dal momento che

²⁴⁶ Così DI VIA, in CAFAGGI F., CURARO V., DI VIA L., *op. cit.*, p.730; di parere conforme UNNIA, *op. cit.*, p.196. Del resto l'Autorità garante afferma: « la pubblicità indiretta o product placement all'interno di forme di comunicazione di massa costituisce una fattispecie di messaggio pubblicitario». Così Agcm Provv. n. 3305, PI532, Film College Muratti, 4/10/95, in *Boll. Aut. Gar.*, n.40/95, p.46.

²⁴⁷ UNNIA, *op.cit.* p.197.

questo si integra in una finzione audiovisiva preesistente. In maniera più precisa si può affermare che lo spot tradizionale, avendo come obiettivo primario l'effetto promozionale della marca, ad essa subordina la narrazione; diversamente nel *product placement* l'obiettivo è la narrazione e ad essa si subordina la presenza della marca. Individuato tale elemento differenziale non resta che soffermarsi sulle distinzioni esistenti tra il *product placement* ed altre figure affini:

a) *La pubblicità subliminale*

La pubblicità subliminale è quella che, rivolgendosi all'inconscio delle persone, agisce attraverso tecniche di produzione di stimoli senza venire consapevolmente percepita.²⁴⁸

Agisce, di conseguenza, stimolando una serie di bisogni negli spettatori che la percepiscono senza filtrarla con i meccanismi critici della coscienza. Nella misura in cui agisce al di sotto della soglia minima di percezione cosciente, può influire sui destinatari fino al punto di indurli a realizzare determinati atti.²⁴⁹ Ed infatti «da un punto di vista psicologico la percezione consiste in due fasi: una prima fase in cui si formano le immagini, e una seconda, quasi contemporanea, ma distinta, in cui le immagini vengono identificate e classificate con un'operazione di natura intellettuale. Un messaggio subliminale viene percepito nel primo modo, ma rimane inavvertito e quindi non entra a far parte della sfera della coscienza.²⁵⁰»

La tecnica subliminale è stata utilizzata sia in messaggi stampati sia in messaggi audiovisivi. In relazione al primo tipo di messaggi si ricorda l'esperimento realizzato in America e consistente nel mimetizzare, in modo da renderla non individuabile dall'acquirente, la scritta "u buy" su alcune etichette di una bottiglia di rum. Tale operazione determinò effettivamente un aumento nelle vendite del prodotto. In riferimento al secondo tipo di messaggi, si rinvia all'esperimento realizzato da James Vicary che constatò come l'inserimento in un film di alcuni messaggi promozionali della Coca-cola, alla velocità di 1/3000mo di secondo ogni 5 secondi nel corso della proiezione, determinasse una notevole incremento della vendita di tali prodotti.

²⁴⁸ Secondo D'Ippolito la pubblicità subliminale è « quel particolare tipo di pubblicità consistente nell'inserimento di filmati, di immagini di contenuto pubblicitario di brevissima durata che il pubblico non percepisce direttamente attraverso la vista, proprio a causa della brevità della sequenza, ma attraverso la memoria inconscia provocando, quindi, stimoli non controllabili razionalmente.» Cfr. F. D'IPPOLITO, *Diritto della pubblicità*, Milano, 1992, p. 46

²⁴⁹ Sulla pubblicità subliminale, Cfr. per tutti V. PACKARD, *The hidden persuaders*, 1962.

²⁵⁰ Così GAMBINO, *La pubblicità. Op. cit.*, p. 146

L'effetto persuasivo che si ricerca con la tecniche subliminali si può ottenere, in campo audiovisivo, fondamentalmente, in due modi: il primo consiste nella proiezione di immagini ad una velocità così elevata da risultare impercettibile a livello sensoriale; il secondo dissimula invece forme di immagini, approfittando delle diverse interpretazioni che un'immagine può suscitare.

Tale tecnica pubblicitaria è stata vietata dal legislatore comunitario con la Direttiva 89/552 sul coordinamento di disposizioni legali, regolamentari ed amministrative degli Stati membri relative all'esercizio di attività di radiodiffusione televisiva.²⁵¹ In Italia la c.d. Legge Mammì del 1990 ha sancito la sua proibizione non soltanto in riferimento all'attività pubblicitaria ma anche in relazione a qualsiasi tipo di programma.²⁵² Il carattere illecito della pubblicità subliminale è stato confermato, d'altro canto, nell'art. 4, III co, del d.lgs. 74/92 che stabilisce che « è vietata ogni forma di pubblicità subliminale». Attualmente la sua pratica è espressamente vietata dal terzo comma dell'art. 23 codice del consumo, nonché dall'art.4.1 lett. b) D.Lgs. 177/2005, che proibisce la trasmissione televisiva di messaggi di carattere subliminale ed infine dall'art. 3 del Regolamento AGCOM 538/2001.

Secondo alcuni autori, tale tecnica pubblicitaria pur risultando la più insidiosa per il consumatore, non ha mai trovato pratica attuazione, a riprova di ciò militerebbero gli studi sperimentali che seppur un po' datati (sono di qualche decennio) avrebbero accertato la scarsa utilizzabilità di tale tecnica²⁵³. Inoltre spesso si confonde questo tipo di pubblicità con quei messaggi dotati di forte carica persuasiva ma che non utilizzano tecniche subliminali. In proposito, si vedano due pronunce dell'Autorità Garante (n. 1874 e 1875) con le quali la stessa ha rigettato l'ipotesi di pubblicità subliminale avanzata dal ricorrente. In tali casi l'Autorità constatò che non vi erano gli estremi di tale tipologia di pubblicità, che si caratterizza per creare nel consumatore delle suggestioni a livello inconscio, in quanto nel programma posto al suo esame venivano chiaramente mostrate le confezioni del prodotto con espliciti inviti all'acquisto. Allo stesso modo, l'Autorità ha escluso tale tipologia di pubblicità per un inserto di

²⁵¹ L'art. 10. terzo comma della Direttiva 89/552 dispone che «la pubblicità non deve utilizzare tecniche persuasive»

²⁵² L'art. 15, nono comma, dispone che « è vietata la trasmissione di messaggi cifrati o di carattere subliminale»

²⁵³ Cfr. sul punto Fusi, M. Testa, P., Diritto e pubblicità, op. cit. p. 91.

telepromozione che nonostante la rapidità delle sequenze permetteva comunque di distinguere il prodotto ed il marchio. (Aut. Gar. n. 3600)

La pubblicità subliminale e il *product placement* , tuttavia, presentano punti di indubbio contatto, nella misura in cui entrambe le modalità pubblicitarie si riconducono ad una categoria più ampia: quella, appunto, della “pubblicità occulta” che racchiude tutte le tipologie di messaggi la cui natura pubblicitaria viene celata in vario modo ai suoi destinatari. Nonostante questo comune denominatore la principale differenza tra le due tecniche è chiara: mentre nella pubblicità subliminale i messaggi pubblicitari possono essere colti solo dall’inconscio, nel *product placement* si percepiscono coscientemente ma non come pubblicitari. In questo modo, nella pubblicità subliminale la tecnica di montaggio evita la percezione cosciente del messaggio pubblicitario; nel *product placement* invece si occulta il carattere pubblicitario dell’informazione attraverso una forma di comunicazione che, pur essendo percepibile ai sensi, inganna lo spettatore quanto ai veri motivi sottesi all’inserimento di un determinato prodotto o servizio in un contesto narrativo.

b) La sponsorizzazione

Al fine di compiere un’analisi comparativa con il *product placement* si ritiene opportuno far riferimento alle ipotesi in cui la sponsorizzazione sia circoscritta a spettacoli cinematografici o televisivi. In questo senso «per sponsorizzazione pubblicitaria s’intende, nell’accezione più propria, l’abbinamento del nome di un prodotto o di un’azienda ad una trasmissione radiofonica o della televisione, in modo da far sì che il pubblico abbia ad identificarla come direttamente riferibile allo sponsor.²⁵⁴» Dalla citata definizione emergono i punti di contatto con il *product placement*. Attraverso entrambe le tecniche, infatti, la promozione del prodotto non avviene secondo i canoni della pubblicità tradizionale; si realizza, invece, indirettamente, mediante il suo inserimento in contesti estranei all’attività pubblicitaria. In definitiva, non si tratta di promuovere il prodotto evidenziando le sue caratteristiche e suoi pregi ma di destare l’interesse del pubblico mediante l’associazione del prodotto a situazioni o personaggi di interesse. Tuttavia, mentre il *product placement* agisce in modo che l’apparizione del prodotto si integri naturalmente con la trama, diversamente

²⁵⁴ Cfr. M. FUSI, P. TESTA, *I contratti di sponsorizzazione*, in *Dir. Inf.*, 1985, p.445. Si rinvia inoltre a S. GATTI, *Sponsorizzazione e pubblicità sponsorizzata*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1985, pp. 149 e ss.

nella sponsorizzazione vi è una presentazione del prodotto in maniera decisamente artificiosa. A margine di queste similitudini e differenze, valide soprattutto nell'ambito della comunicazione e del marketing, la principale distinzione tra le due modalità pubblicitarie affonda le sue radici nel fatto che nel *product placement* generalmente la relazione tra marca reclamizzata ed il responsabile della produzione audiovisiva rimane occulta. In tal modo non si rende evidente la natura pubblicitaria della collocazione, per cui il messaggio pubblicitario è irriconoscibile come tale al pubblico. Al contrario, nella sponsorizzazione pubblicitaria, lo sponsor ha interesse affinché l'accordo di sponsorizzazione sia non solo riconoscibile ma anche conosciuto dal maggior numero possibile di individui²⁵⁵.

9.2. Product placement: rilievi critici

In America il *product placement* si fonda su contratti tra l'azienda sponsor e la casa di produzione la cui esistenza ed il cui contenuto viene reso noto ai terzi attraverso network TV, giornali e media in generale. In Italia il "collocamento del prodotto" nell'ambito di uno spettacolo televisivo o cinematografico viene ricondotto alle ipotesi di "pubblicità occulta" in quanto la finalità pubblicitaria non è considerata riconoscibile dal consumatore. Infatti il prodotto/servizio è inserito all'interno di una trama narrativa in maniera tale che la sua comparsa sulla scena appaia allo spettatore imputabile ad una scelta artistica dell'autore dello spettacolo e non per quello che realmente è, ossia frutto di un accordo pubblicitario. Inoltre, nei casi in cui il prodotto sia strettamente vincolato al personaggio, il pubblico potrà addirittura considerare imprescindibile la sua presenza; così accadrà quando l'uso e il consumo del prodotto siano circostanze chiave nel configurare, ad esempio, le caratteristiche essenziali del protagonista della vicenda, rappresentando agli occhi del pubblico, dunque, una scelta dell'autore.

²⁵⁵ Il contrasto tra l'interesse a nascondere l'accordo e il desiderio di comunicare la sua esistenza, è stato la nota caratteristica maggiormente utilizzata dalla dottrina per distinguere il *product placement* dalla sponsorizzazione pubblicitaria. Così, afferma MANSANI che nella sponsorizzazione «il fabbricante del prodotto reclamizzato ha interesse a che l'esistenza dell'accordo sia resa conosciuta al pubblico nella massima misura possibile.» Cfr. L. MANSANI, *op.cit.* p. 908. Sulla stessa linea DI VIA secondo il quale «il tratto differenziale risiede nella considerazione che il processo associativo tra prodotto e testimone nel *product placement* è lasciato all'inconscia valutazione del destinatario del messaggio pubblicitario, mentre nella sponsorizzazione esso risulta di palese evidenza». Cfr. L. DI VIA, in CAFAGGI, CURARO, DI VIA, *op. cit.*, p. 73.

Conseguentemente il *product placement* pone gli stessi “problemi” di trasparenza che solleva la pubblicità redazionale ma ne differisce per le modalità di condizionamento. La pubblicità redazionale sfrutta neutralità e competenza dell’autore del messaggio per attribuire maggiore credibilità al prodotto reclamizzato e per aggirare i meccanismi di critica del consumatore; il *product placement* cerca di aumentare la “familiarità” con il prodotto/servizio, o peggio ancora, di attribuirgli i “significati simbolici” apprezzati dai consumatori. Una volta analizzati gli elementi caratterizzanti il *product placement*, si sottolinea come l’interpretazione della dottrina maggioritaria, nonché l’interpretazione degli organi di garanzia, si sia sempre indirizzata verso un trattamento del fenomeno in parola come forma di pubblicità occulta²⁵⁶. Del resto, sono numerose le pronunce dell’*Antitrust* che individuano ipotesi di “collocamento” occulto di prodotti all’interno delle trame audiovisive. Come ha affermato l’Autorità, in relazione ad un caso concreto, « si tratta di verificare se il ripetuto e specifico inserimento delle inquadrature del prodotto nel film sia giustificato da esigenze artistico-narrative rientrando nell’usuale gestualità della vita quotidiana o, invece, superando le modalità ordinarie di comportamento, denunci finalit  pubblicitarie.»²⁵⁷

Il *product placement* oltre a presentare gli stessi problemi di “trasparenza” della pubblicit  redazionale, solleva identici rilievi e timori di ordine costituzionalistico connessi al controllo di tale forma di occultamento. Come evidenziato in dottrina «alla luce proprio della particolare tipologia del mezzo attraverso il quale si esplica il *product placement*, si evince chiaramente come pi  forte e problematico che mai si presenti il timore di ledere con tale controllo sfere delicate quali sono tanto la libera manifestazione del pensiero quanto la libert  di determinazione e narrazione artistica. Si tratta infatti di due sfere rimesse alla libera determinazione dell’autore e nei confronti delle quali ogni possibile preventiva analisi circa la natura di dette citazioni e

²⁵⁶ Si   evidenziato che il «product placement   a tutti gli effetti una forma di pubblicit  nascosta dove con essa si intende generalmente designare le ipotesi in cui la pubblicit  non sia chiaramente individuabile dallo spettatore medio, il quale si trova involontariamente di fronte alla possibilit  di percepire, selezionandola dalle immagini, la presenza di simbologie commerciali in ambiti dai quali esse in realt  dovrebbero essere naturalmente tenute estranee.» Cfr. f. UNNIA., *op.cit.*, p. 189. Conformemente si v. V. MELI, *op. cit.*, p. 79; L. DI VIA, *op. cit.*, p.731.

²⁵⁷ AGCM Provv. N 3305 (PI532) – Film College-Muratti- 04.10.1995, in *Boll. Aut. Gar.*, 40/95, p. 44. Da COTTAFAVI la posizione dell’Autorit  viene cos  sintetizzata: «Secondo un orientamento ormai consolidato nella giurisprudenza dell’Autorit , in questa attivit    ravvisabile una forma di pubblicit  non trasparente ogniqualvolta l’inquadratura sul prodotto (*rectius*: sul suo marchio) appaia artificiosa, insistente e non giustificata da ragioni tecniche o artistiche o dall’argomento che forma oggetto dello spettacolo». Cfr. COTTAFAVI, in MARCHETTI,P, e UMBERTAZZI, L.C., *Commentario breve al diritto della concorrenza*, Padova, 2004, p. 1953.

apparizioni visive e, conseguentemente, la loro capacità di generare un effetto promozionale in favore del prodotto-marchio in esame può dar luogo a pericolose interferenze»²⁵⁸. Una decisione dell'*Antitrust* che attribuisse erroneamente natura pubblicitaria ad una collocazione, frutto in realtà di una libera scelta dell'autore, avrebbe conseguenze particolarmente gravi, invadendo la sfera dei diritti costituzionalmente protetti. È chiaro, in questo senso, che la libertà di creazione artistica non può tollerare nel suo esercizio alcun tipo di ingerenza esterna; tuttavia, è anche evidente che tale libertà non può essere strumentalizzata e utilizzata come velo dietro il quale celare occulti fini pubblicitari²⁵⁹. Risulta evidente, dunque, come il ruolo dell'Autorità Garante, competente a valutare le ipotesi di pubblicità occulta, risulti particolarmente delicato e si avrà modo di analizzarlo nella successiva parte del lavoro; si avverte, sin da ora, che l'attività dell'*Antitrust* oggetto di studio sarà quella relativa alle ipotesi di pubblicità redazionale e questo per due ordini di motivazioni: da un lato perché nelle ipotesi di commistione tra informazione e pubblicità emergono in maniera più chiara i punti critici dell'attività svolta dell'Autorità; dall'altro perché la materia del *product placement* è attualmente oggetto di ripensamento da parte del legislatore comunitario, come evidenziato nella antecedente parte del lavoro e questo avrà sicuramente delle ripercussioni sul piano interno.

Come precedentemente affermato il *product placement* cinematografico è stato recentemente oggetto di intervento da parte del legislatore interno. Si ricorda che, a seguito delle nuove disposizioni normative, il *product placement* (descritto come "collocamento pianificato di marchi e prodotti nelle scene di un'opera cinematografica") è ammesso purché la presenza di tali marchi e prodotti si integri nello sviluppo dell'azione senza dar luogo ad interruzioni, risultando "coerente" con la trama narrativa; si richiede, inoltre, "idoneo avviso", il quale viene individuato in «un avviso nei titoli di coda che informi il pubblico della presenza dei marchi e prodotti all'interno del film, con la specifica indicazione delle ditte inserzioniste»; infine, si richiede che il collocamento così realizzato si uniformi alle norme che disciplinano la comunicazione pubblicitaria con specifico riferimento agli obblighi di verità e correttezza sanciti dal d.

²⁵⁸ Cfr. F. UNNIA, *op.cit.*, p. 289.

²⁵⁹ Sul punto l'*Antitrust* ha affermato che «l'esigenza di tutelare il diritto di autore e il diritto alla libera manifestazione del pensiero deve essere contemperata con l'esigenza di evitare che tali diritti costituzionali costituiscano un paravento dietro cui si celino, in realtà, messaggi pubblicitari mascherati» Cfr. AGCM Prov. N. 3654 (PI687), Malboro-Rai, 29.02.97 in *Boll. Aut. Gar.* 9/96, p.46. Così anche Prov. N. 5326 (PI1473), Linda e il Brigadiere, 18.09.97, in *Boll. Aut. Gar.* 38/97, p. 53.

lgs. n.74/1992 e ai criteri in tema d'ingannevolezza, comparazione e protezione dei minori da esso enunciati, al divieto dei prodotti da fumo (l. n. 165/62) e alle disposizioni in tema di tutela amministrativa e giurisdizionale.

Tale intervento normativo ha sollevato non poche perplessità non solo circa la legittimità di tali previsioni alla luce del trattamento finora riservato al *product placement* ma anche circa la disparità di trattamento che si realizzerebbe tra le pellicole cinematografiche ed i film per la televisione, per non parlare delle problematiche connesse al passaggio del film dalle sale cinematografiche all'ambito televisivo. In realtà, come evidenziato in dottrina, «le normative sulla pubblicità non vietano *ex professo* il *product placement* la cui illiceità, in quanto asserita forma di pubblicità occulta, ingannevole e scorretta, è solo frutto dell'elaborazione dottrinale e (in misura minore) giurisprudenziale.²⁶⁰» Secondo tale orientamento le previsioni di legge esistenti richiedono la riconoscibilità della pubblicità ed, in riferimento a quella a mezzo stampa, l'utilizzo di modalità grafiche di evidente percezione, mentre per quella radiotelevisiva l'utilizzo di mezzi ottici ed acustici di riconoscimento. Nessuna disposizione fin'ora si era occupata espressamente dell'inserimento di richiami con effetti pubblicitari nelle trame cinematografiche né di come tali inserimenti devono essere resi riconoscibili. Tale interpretazione dottrinale non guarda con sfavore ad una normativa abilitante una pratica ampiamente diffusa nelle produzioni cinematografiche straniere ma solleva delle perplessità circa le modalità attraverso le quali tale pratica viene ammessa. I principali rilievi critici attengono alle due condizioni richieste dalla normativa, ossia alla “coerenza” degli inserimenti con il contesto narrativo e all'apposizione di “idoneo avviso” nei titoli di coda. Tali condizioni sembrerebbero trovare giustificazione nella considerazione che tali tipologie di inserimento possano non essere riconosciute dal pubblico incorrendo nel divieto di pubblicità non trasparente; pertanto, il legislatore si preoccupa di subordinare la liceità di tali tecniche al rispetto delle suddette condizioni²⁶¹. Ne deriva che, se la *ratio* della disposizione è quella di rendere riconoscibile le forme di inserimento del prodotto non frutto della libera scelta dell'autore ma bensì di accordi di *cinesponsoring*, sembra del tutto illogico

²⁶⁰ Così M. FUSI, *Il product placement fra divieto di pubblicità non trasparente e nuova disciplina del cinesponsoring*, in *Riv. dir. ind.*, 1/2005, p. 10.

²⁶¹ In realtà è stato sottolineato come « il testo della norma non presenta tali due requisiti come condizioni di liceità né dichiara espressamente che al loro ricorrere il *product placement* frutto di accordi di *cinesponsoring* sia da ritenersi consentito. Tuttavia lo fa intendere, sicché nella sostanza, pur se in forma inespressa, la disposizione implica una declaratoria di illiceità di queste operazioni ove attuata in conformità alla legge» Così M. FUSI, *op.ult.cit.* p.14.

che una delle condizioni richieste sia quella che tali inserimenti siano “coerenti” al contesto narrativo e non interrompano l’azione ossia tutti elementi dai quali, di solito, si desume il carattere non pubblicitario del collocamento in quanto frutto dell’autonoma scelta artistica dell’autore²⁶². « (...) l’imporre che le citazioni siano coerenti, integrate con l’azione e senza interruzioni equivale a proporre proprio la formula comunicazionale più idonea a dissimulare l’eventuale messaggio pubblicitario sottostante, il quale più risulterà fuso nella storia tanto meno si rivelerà riconoscibile dagli spettatori.» A queste considerazioni si affianca la valutazione relativa all’inidoneità dell’avviso nei titoli di coda a rendere edotto il pubblico della funzione promo-pubblicitaria delle inserzioni contenute nel film²⁶³. È stato osservato come l’avviso nei titoli di coda sia strutturalmente incapace di soddisfare l’esigenza legale della riconoscibilità della pubblicità²⁶⁴. Manca, infatti la contestualità tra l’apparizione del prodotto durante il film e l’avviso posto alla fine; inoltre, i titoli di coda, generalmente, non interessano lo spettatore che non ha alcuna motivazione che lo induca a seguirli. Si ritiene, pertanto, che se l’intento del legislatore era quello di legittimare alcune forme di pubblicità, fonte di rilevante finanziamento e incentivo per il cinema nazionale, preservando allo stesso tempo il consumatore attraverso la garanzia della riconoscibilità delle stesse, è evidente che tale intento non ha trovato una “coerente” applicazione normativa.

²⁶² Dalla costante giurisprudenza dell’Antitrust e del Giurì le inquadrature di marchi o prodotti sono in genere ritenute pubblicità occulta ove artificiose e incoerenti rispetto al contesto narrativo, non giustificate da motivi artistici e tecnici, o troppo ripetute ed insistite.

²⁶³ Secondo MELI l’avviso posto fra i titoli di testa o di coda non sarebbe sufficiente a garantire la riconoscibilità, op cit., p. 85. Secondo MANSANI la proiezione del film dovrebbe essere preceduta da un avviso in caratteri chiaramente leggibili ed accompagnato da un annuncio sonoro che il film contiene citazioni pubblicitarie di prodotti o imprese specificatamente indicati. Cfr. MANSANI, *op. cit.*, p. 204.

²⁶⁴ Cfr. N. GAVIANO, *product placament tra novità presente e reali*, in *Foro amm.*, 1/2005 p. 294

Capitolo III

L'attività dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato in tema di pubblicità redazionale

1. La pubblicità occulta nei procedimenti innanzi l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

In genere, con la locuzione “contenzioso pubblicitario” si fa riferimento alla controversie che possono insorgere a seguito di una supposta violazione delle disposizioni che ineriscono la comunicazione pubblicitaria. In tema di pubblicità ingannevole (e quindi anche in relazione alle fattispecie di pubblicità occulta) è stato istituito dal D.Lgs. 1992 n. 74 (ed ora dal codice del consumo²⁶⁵) un particolare procedimento²⁶⁶ che si svolge innanzi all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, istituita in applicazione della normativa *antitrust* con L. 10 ottobre 1990, n. 287. L'Autorità è stata definita come «organo amministrativo non giurisdizionale, seppure dotato di ampi poteri decisori, anche a carattere definitivo, che possono incidere su posizioni di interesse di vari soggetti, avente le caratteristiche della categoria delle “Autorità amministrative indipendenti”²⁶⁷». Tale tipo di organismi, da

²⁶⁵ L'art. 26 del codice del consumo riproduce l'art. 7 del D. lgs. 74/92, attribuendo la funzione di vigilanza in tema di pubblicità ingannevole e comparativa all'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

²⁶⁶ Procedimento specificatamente disciplinato dal D.P.R. 11 luglio 2003, n 284

²⁶⁷ Così Saja, *L'autorità garante della concorrenza e del mercato: prime esperienze e prospettive di legge*, in *Giur.Comm.*, 1991, I, p.459. Tale natura giuridica è stata confermata anche dalla giurisprudenza, si rinvia in proposito a Corte Cass., I Sez. Civ., Sent. n. 7341 del 2002, pubblicata con commento di Clavich M. in *Guida al diritto* n. 23/2002, p.28 e ss. In tale sentenza «La Corte ha ribadito la natura squisitamente amministrativa di tali Autorità, che non agiscono in posizione di autentica terzietà com'è nella natura, invece, degli organi giurisdizionali, essendo rette dal perseguimento dell'interesse pubblico sotteso alla disciplina che le ha istituite e legittimate. Non di meno, proprio al fine di realizzare compiutamente l'interesse pubblico cui sono preposte, esse sono tenute all'imparzialità» Così Archiutti, D., *I rapporti tra l'autodisciplina pubblicitaria e la normativa statale in materia di pubblicità ingannevole e comparativa illecita*, in *Commentario al Codice dell'Autodisciplina pubblicitaria*, op. cit., p. 488.

tempo, hanno iniziato a proliferare nel nostro ordinamento con finalità regolatoria di molti aspetti della vita economica e sociale²⁶⁸. Si tratta di organi la cui origine è da rintracciarsi nell'esperienza nord-americana delle *Independent Regulatory Commissions* sorte verso la fine del XIX sec.²⁶⁹ e il cui modello ha poi trovato seguito nei sistemi amministrativi dei paesi europei a partire dagli anni 70.

Le Authority sono considerate come «articolarzioni dello Stato che cerca di rispondere alle domande della collettività perseguendo un principio di efficienza secondo criteri

²⁶⁸ Sulla figura delle Authority la dottrina è molto ampia. In generale, in ordine ai presupposti del riconoscimento del fondamento costituzionale delle Autorità indipendenti, si rinvia ad AMATO, *Autorità semi-indipendenti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, n. 3, 645 ss, che conviene con BARBERA quando scrisse (in *Commentario della Costituzione* a cura di G. BRANCA, *Principi fondamentali (Art. 1-12)*, Bologna-Roma, 1975, sub art. 2, 50 ss.) che le libertà costituzionali, in ragione della pregnanza loro riconosciuta dalla Costituzione, avevano bisogno di garanzie non esaurite dai vincoli imposti alla legge dalle singole disposizioni da cui esse erano previste, ma evocavano «istituzioni delle libertà», capaci di tenere sotto controllo i poteri che dovessero minacciarle.

In particolare su origini e distinzioni di tali istituzioni, sul loro rilievo amministrativo o costituzionale e sui problemi che si aprono in relazione alla tradizionale tripartizione delle funzioni pubbliche si vedano: Bassi, F. e Merusi, F., (a cura di) *Mercati ed Amministrazioni indipendenti*, Milano, 1993; Grasso, G., *Spunti per uno studio sulle Autorità Amministrative indipendenti: il problema del fondamento costituzionale*, in *Quad. Reg.*, n. 4, 1993, pp 1303 e ss; M. Manetti, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano 1994; D'alberti, M., *Le Autorità Amministrative Indipendenti*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. IV, Roma, 1995; Morisi, M., *Le Autorità Amministrative indipendenti in Italia*, in *Quad. Ist.*, n. 108, 1996, pp103-126; Niccolai, S., *Poteri garanti della Costituzione e Autorità indipendenti*, Pisa, 1996; AA.VV., *Le Autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, Firenze, 1997; Predieri, A., *L'erompere delle Autorità Amministrative indipendenti*, Firenze, 1997; Associazione italiana dei costituzionalisti, *Autorità indipendenti e principi costituzionali*, Atti convegno, Sorrento 30 maggio 1997, Padova 1999; Chimenti, A., *Informazione e televisione la libertà vigilata*, bari, 2000; MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle amministrazioni indipendenti*, in *Autorità indipendenti e principi costituzionali* (Atti del Convegno di Sorrento, 30 maggio 1997), Padova, 1999; CAIANIELLO, *Le autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, in *Rass. giur. Enel*, 1997, I, 1 ss.; CASSESE, *La Commissione Nazionale per le Società e la Borsa-Consob e i poteri indipendenti*, in *Riv. soc.*, 1994, 412 ss. V. anche *I Garanti delle regole* a cura di S. CASSESE e C. FRANCHINI, Bologna, 1996. Manetti, M., *Un passo avanti verso la riforma delle autorità indipendenti*, 22 maggio 2007, consultabile su www.associazionedeicostituzionalisti.it.

²⁶⁹ Cfr. CHIMENTI, A., op.cit. p 104 e D'ALBERTI, M., op.cit., p. 2. «La ragione di fondo che spiega, nell'esperienza americana, la nascita e la fortuna di questo modello si lega alla struttura federale dello Stato e risiede principalmente nell'esigenza di introdurre una sorta di contrappeso all'espansione dei poteri della federazione a garanzie degli stati membri» Così CARETTI, P., *L'autorità per le garanzie nelle comunicazioni: problemi e prospettive*, in *Europa e informazione*, a cura di MANETTI, M., 2004, p. 30. Nell'introdurre tale modello nell'Europa continentale ci si è scontrati con alcuni elementi tipici di tali sistemi ma estranei al mondo americano, dal rapporto gerarchico esistente tra Governo ed amministrazione, al modo di considerare la divisione dei poteri, per cui spetta al legislativo il potere regolamentare, all'esecutivo la funzione amministrativa e ai giudici la funzione giurisdizionale. Rispetto a tale impostazione il modello delle Authority costituisce un momento di rottura in quanto concentra al suo interno funzioni tradizionalmente tripartite ma è tuttavia chiamato ad operare in un sistema che ha ben radicati gli elementi sopraindicati. Tuttavia il ricorso a tale modello risponde alle esigenze sorte negli ordinamenti europei a seguito delle profonde trasformazioni che li hanno attraversati. È sufficiente pensare al cambiamento di ruolo dello Stato che da Stato imprenditore si afferma come "soggetto regolatore" di settori particolarmente sensibili nei quali la logica del mercato concorrenziale si interseca con l'attuazione dei diritti fondamentali dei cittadini. In tale contesto emerge con forza «l'esigenza di immaginare soggetti e procedimenti che rispondessero ad una logica diversa da quella propria del circuito dei rapporti Governo- Parlamento». Cfr. CARETTI, P., op.ult. cit. pp.32-33

tecnici e non politici [...] In quest'ottica le Autorità tendono a rivestire un ruolo di supplenza istituzionale sia nei confronti di un esecutivo cui mancano le necessarie competenze tecniche per regolare i cosiddetti settori sensibili, sia nei confronti di un potere legislativo che delega una parte della sua sovranità²⁷⁰».

Dal punto di vista strutturale, le Authority si presentano come organismi amministrativi, caratterizzati sia da una fondamentale indipendenza, da considerare come assenza di subordinazione rispetto al sistema partiti- Parlamento-Governo, sia dall'eterogeneità delle potestà esercitate, che vanno da quelle propriamente amministrative a poteri di carattere normativo e paragiurisdizionale²⁷¹. Se l'origine del modello delle Authority è, come affermato, da rintracciarsi nell'esperienza nord-americana, una forte spinta verso l'istituzione di detti organismi all'interno del territorio europeo è arrivata, senza alcun dubbio, dal diritto dell'U.E., che ha indirizzato gli ordinamenti degli Stati membri, non solo verso l'adozione di tali modelli di autorità, ma anche verso l'affidamento agli

²⁷⁰ Così CHIMENTI, A., op. cit. p. 106

²⁷¹ Si rileva come le autorità indipendenti siano oggetto di un recentissimo disegno di legge. Infatti, il 2 febbraio 2007, il Consiglio dei Ministri ha approvato un disegno di legge che detta nuove disposizioni in materia di regolazione e vigilanza sui mercati e di funzionamento delle Autorità indipendenti preposte ai medesimi. Già in passato, diversi Governi avevano tentato di metter mano nel settore, senza mai però giungere alla predisposizione di un testo definitivo da portare all'attenzione delle Camere. Il provvedimento ridisegna, introducendo importanti novità, il complesso sistema delle Autorità indipendenti italiane, prime fra tutte quelle che operano nel settore finanziario, prevedendo la soppressione di alcune Autorità di settore (Covip, Isvap e UIC) e istituendone di nuove (l'Autorità dei trasporti con competenze di regolazione economica, in materia di tariffe, prezzi, standard qualitativi, condizioni di accesso alle infrastrutture, estese ai settori aereo, autostradale, ferroviario e marittimo). L'obiettivo del nuovo intervento normativo, secondo quanto affermato dal Governo, è quello di tutelare «al massimo grado diritti e interessi fondamentali dei cittadini sanciti dalla Costituzione e dai Trattati europei, di contribuire ad accrescere la trasparenza e la regolazione dei mercati garantendo un più ampio regime di concorrenza.» Cfr. Dossier del Governo, consultabile su www.governo.it. Per quanto concerne i servizi di pubblica utilità, si rafforzano i poteri di regolazione al fine di rendere effettiva l'introduzione della concorrenza e di tutelare anche con misure urgenti gli utenti e i consumatori. Con riguardo ai singoli settori, si dispone che le funzioni di autorità nazionale di regolamentazione previste dalla disciplina comunitaria siano affidate all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, ferme restando tutte le altre competenze del Ministro delle comunicazioni. Inoltre, il provvedimento legislativo cerca di «consentire l'immediata operatività della riorganizzazione funzionale operata dalla legge adeguando gli ordinamenti delle Autorità di cui alla presente legge su taluni aspetti relativi alle modalità di nomina dei componenti delle Autorità e ad alcune regole di organizzazione e di funzionamento. Il numero dei componenti è fissato a cinque per ciascuna Autorità, così rendendo più efficiente il processo decisionale e abbandonando criteri di rappresentanza politica. La designazione sarà del Consiglio dei Ministri con il parere vincolante espresso a maggioranza dei due terzi di una Commissione parlamentare bicamerale per le politiche della concorrenza e la regolazione dei mercati e i rapporti con le Autorità indipendenti. La previsione non si applica alla Banca d'Italia, le cui regole sono state recentemente riformate. Il mandato è fissato in sette anni, non rinnovabile neanche in altre Autorità.» Cfr. Dossier del Governo su www.governo.it.

stessi di vaste competenze di tipo regolatorio e regolamentare²⁷². Il ruolo strategico che tali organi indipendenti rivestono in ambito comunitario assume particolare evidenza nel settore delle comunicazioni di massa²⁷³. Infatti, è sulla base delle istanze comunitarie (direttive varate a partire dagli anni 90 in tema di reti e servizi di telecomunicazioni n. 90/387²⁷⁴) che è stata appositamente istituita nel nostro ordinamento, nel 1997, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni²⁷⁵, quale organo

²⁷² In questo senso STANCATI, P., *Governo dei vecchi media e nuovi media, ruolo degli organi di garanzia e presidi costituzionali della informazione e della radiodiffusione: spunti problematici*, in *Dir. inf. e inform.* N. 2/2005 p. 208.

²⁷³ All'interno delle direttive "televisione senza frontiere" (89/552/CE e 97/36/CE) e della direttiva quadro sulle reti e servizi di comunicazione elettronica (2002/21/CE) vengono definite ed accentuate le complesse funzioni assegnate alle autorità nazionali indipendenti, che opereranno in stretta correlazione con i poteri della Commissione. Nella direttiva quadro 2002/21/CE all'art. 5, Il co, si stabilisce: «Gli stati membri provvederanno affinché le autorità nazionali di regolamentazione forniscano alla Commissione, su richiesta motivata, le informazioni che le sono necessarie per assolvere i compiti che il trattato le conferisce»

²⁷⁴ Il riferimento è alle direttive che hanno condotto alla creazione di un mercato liberalizzato e concorrenziale nel settore delle telecomunicazioni e la fine dei monopoli statali

²⁷⁵ «La nuova Autorità, chiamata per un verso a favorire il progressivo ed equilibrato sviluppo della concorrenza con la formazione di condizioni eque di competizione ed a promuovere le condizioni per il miglioramento della qualità dei servizi e dei prodotti, deve quindi altresì assicurare nei confronti dei cittadini, considerati nella loro dimensione globale e con particolare riguardo alle fasce più deboli, la salvaguardia di valori fondamentali, di diritti individuali e la realizzazione di diritti sociali, in un quadro di crescente difficoltà per la moltiplicazione delle occasioni di lesione, e svolgere per tale verso un ruolo di garanzia che potrebbe definirsi dinamico.» Così CHELI, E., D'AMATO, G., *Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni*, in *Enciclopedia del diritto*, consultabile su www.ildirittopertutti.it. Non è qui possibile una completa enumerazione delle molteplici ed estese attribuzioni dell'Autorità, contenuta in modo non sistematico nella l. n. 249/1997 e nelle leggi successive che hanno ampliato e specificato le competenze dell'Autorità. Né una tale enumerazione varrebbe a dar pieno conto della complessità degli articolati compiti di cui l'Autorità viene caricata. Si vuole solo evidenziare che tale organismo, proprio in virtù delle estese competenze alla stessa attribuite, anche di carattere normativo, è stato oggetto di ampio dibattito in dottrina. Con particolare riferimento ai poteri regolamentari dell'Agcom è stato sollevato il problema dell'obbedienza al principio di legalità e dell'osservanza delle riserve di legge. Tenendo presenti questi principi è stato osservato come difficilmente ai poteri regolamentari dell'Agcom può essere riconosciuto il carattere di secondarietà, muovendosi in settori non occupati da fonti di rango primario, per cui gli stessi regolamenti tendono ad assumere il carattere della primarietà laddove «il potere regolamentare dovrebbe essere preventivamente disciplinato nei suoi contenuti dalla legge». Così Chimenti, A., op. cit., p. 115. La stessa autrice evidenzia comunque come «Di contro, tuttavia, bisogna comunque ricordare che i regolamenti dell'Autorità si fondano su un'attribuzione legislativa di competenza normativa, non nel senso che ogni singolo regolamento è fondato su di una norma che lo preveda, come vorrebbe una stretta interpretazione del principio di legalità, ma nel senso che il soggetto competente a disciplinare il settore delle comunicazioni è individuato dalla legge nell'Autorità. Alla base della attività normativa dell'Authority sembra pertanto sussistere un criterio di competenza che, relativamente al sistema delle fonti, si sostituisce al principio gerarchico, in coerenza con la posizione indipendente dell'Autorità e con expertise tecnica che la contraddistingue.» (Chimenti, p. 116) Queste considerazioni non sono comunque sufficienti a giustificare il vasto potere regolamentare e regolatorio dell'Agcom poiché quest'ultimo opera nel campo della libertà di manifestazione del pensiero (seguendo quella linea interpretativa che estende la tutela dell'art. 21 Cost. sia all'aspetto sostanziale che a quello strumentale del diritto), e quindi, nell'ambito di un diritto inviolabile coperto da una riserva di legge assoluta che escluderebbe per sua natura l'esercizio di tale potere regolamentare dell'Autorità (si v. Corte Cost., sent. n. 112 del 1993). In proposito è stato affermato che «la sottrazione all'atto-fonte legislativo della competenza in ordine alla introduzione di norme "prime"(...) implica, inevitabilmente, specie laddove tale situazione si manifesti in relazione alla disciplina di un diritto di libertà civile da qualificarsi

amministrativo con funzioni di regolazione dei mercati e di garanzia. Tale organismo risulta competente anche nel procedimento innanzi all' *Antitrust* per le ipotesi di pubblicità ingannevole; spetta, infatti, all'Agcom, nelle ipotesi di pubblicità divulgata a mezzo stampa quotidiana o periodica ovvero per via radiotelevisiva o per internet, fornire un parere obbligatorio, ma non vincolante, sul merito della controversia.

Considerate le ampie attribuzioni in materia di pubblicità oggi assunte dall'Antitrust essa rappresenta l'organo che più frequentemente, nello svolgimento dei suoi compiti, si affianca all'altro organismo che da più tempo opera nel settore pubblicitario, che è il Giurì autodisciplinare. Il raccordo tra i due organi è stato anche legislativamente previsto sin dall'originaria formulazione del D. lgs. 74/92 che rimette alle parti la decisione se affidare il vaglio della pubblicità agli organismi privati di controllo pubblicitario o all'Autorità Garante. In particolare il comma 2 dell'art. 8 del citato Decreto dispone che «iniziata la procedura davanti ad un organismo di autodisciplina, le parti possono convenire di astenersi dall'adire l'Autorità garante sino alla pronuncia definitiva». Attraverso tale norma si ammette, dunque, una limitazione patizia e temporale di adire l'Antitrust con lo scopo di evitare una sovrapposizione dei procedimenti²⁷⁶.

propriamente inviolabile, la elusione e la rottura del “ sistema di garanzie e di legittimazione democratica delle assemblee legislative”, nonché la sostanziale incisione della forma di governo, dal momento che viene ad essere “sviata” la “ competenza ad adottare la scelte normative di principio e di indirizzo più rilevanti negli ambiti in questione» Così Stancati, P., op.cit. p. 207. In ogni caso, anche volendo seguire una diversa linea interpretativa, che considera il diritto di manifestare il pensiero come un diritto soggettivo assoluto ma non anche per la situazione soggettiva in ordine al mezzo di diffusione, si interverrebbe, comunque, in una materia sottoposta a riserva di legge (anche se relativa), ossia la libertà d'impresa. «Se, come nella fattispecie in questione, il legislatore si limita a riconoscere in capo all'Authority il potere normativo e, tutt'al più, a definirne l'oggetto, la riserva è comunque violata, poiché a livello primario è semplicemente posta una norma “in bianco”» (Chimenti, a, op. cit. pp116-117). Tuttavia da un'analisi delle competenze e dell'attività dell'Agcom risulterebbe con chiarezza che la funzione dallo stesso svolta non può essere inquadrabile in quella di “governo” del sistema inteso in una valenza meramente organizzatoria ed economica-finanziaria, ma può essere definita come di garanzia dell'esercizio di un diritto fondamentale inteso non solo nella sua dimensione strumentale ma anche in quella sostanziale. Dall'esercizio di tale funzione discenderebbe il *deficit* costituzionale dell'AGCOM «quanto meno laddove l'azione dell'organo indipendente “intercetti” e contribuisca a conformare, in misura più o meno rilevante, l'esercizio di un diritto fondamentale o, peggio, propriamente inviolabile quale quello qui considerato» (Stancati, p. 212).

²⁷⁶ Si rileva in proposito che tale meccanismo del differimento del ricorso all'AGCM in attesa del giudizio autodisciplinare non è previsto per il ricorso al giudice ordinario che rimane competente ove ricorrano i presupposti soggettivi ed oggettivi per l'applicazione della disciplina degli atti di concorrenza sleale ex art. 2598 c.c. nelle altre ipotesi di sua attribuzione. Tale previsione è attualmente contenuta nell'art. 27, comma 13 del Codice del consumo. Cfr. Archiutti, D., op. cit. p.493.

In relazione agli effetti che le pronunce del Giurì possono avere sul procedimento innanzi all'Autorità, nel silenzio legislativo, la dottrina è unanimemente orientata a ritenere che le decisioni del giurì non possano avere effetto vincolante per la decisione dell'Autorità. Cfr. Fusi-Testa-Cottafavi, *La pubblicità*

In ogni caso l'azione dell'Autorità garante diretta a reprimere le fattispecie di pubblicità ingannevole ritenuta illecita non può essere avviata *ex officio* dalla medesima e richiede la presentazione di una denuncia da parte dei soggetti legittimati *ex lege*. Per l'instaurazione del procedimento innanzi l'Autorità sono legittimati all'azione sia i consumatori sia le imprese concorrenti e le loro associazioni e organizzazioni, nonché il Ministro delle attività produttive e ogni altra pubblica amministrazione che vi abbia interesse in relazione ai suoi fini istituzionali (art. 26, co. 2 codice del consumo).

I predetti legittimati attivi possono chiedere all'Autorità che disponga con proprio provvedimento l'inibizione degli atti di pubblicità ingannevole, la cessazione di atti ove continuino ad essere posti in essere e la eliminazione degli effetti degli atti in questione. Il procedimento innanzi l'Autorità è disciplinato con il regolamento emanato ai sensi dell'art. 17, comma 1, l. n. 400 del 1988, in maniera tale da garantire il contraddittorio tra le parti, la piena cognizione degli atti e la verbalizzazione del procedimento.

Il procedimento si conclude con una decisione motivata, che ha natura di provvedimento amministrativo, con la quale viene vietata l'ulteriore diffusione della pubblicità ritenuta ingannevole. L'Autorità può inoltre disporre la pubblicazione del provvedimento oppure una dichiarazione di rettifica, e contemporaneamente, irrogare una sanzione pecuniaria in considerazione della gravità e della durata della violazione²⁷⁷. La pronuncia definitiva dell'Autorità può essere impugnata - sotto il profilo della legittimità - di fronte al giudice amministrativo con sede in Roma. In proposito, in una recentissima sentenza del TAR del Lazio è stato affermato: «In caso di accertamento

ingannevole, op. cit., p.331 e ss.; GUGLIELMETTI, *I rapporti tra l'Autorità, Giurì e altri organi in materia di pubblicità ingannevole*, in *Giur. pubbl.* VIII, 1997, 81 e ss; UBERTAZZI, *I controlli amministrativi della pubblicità di assicurazioni e mercati finanziari*, in *Dir. banca e merc. Fin.* 1995, 18; ROSSELLO, *I poteri del Garante della concorrenza e del mercato in materia di repressione della pubblicità ingannevole*, in *Dir.inf.*, 1993, p.74.

«Tanto meno il Giurì potrà essere considerato quale giudice di primo grado rispetto alle decisioni dell'Autorità garante poiché le attività di accertamento e di giudizio degli organismi di autocontrollo da un lato e dell'Autorità dall'altro, non costituiscono due successivi livelli di un unico sistema di tutela. Al contrario si tratta di organismi e di giudizi di natura diversa e facenti capo a differenti sistemi: l'uno di natura convenzionale, voluto e costituito dai privati, l'altro statutale, ideato dal legislatore, seppure nelle forme del procedimento amministrativo. Tale diversità ontologica (...) non comporta però che la decisione autodisciplinare che abbia preceduto quella dell'Autorità garante sia per quest'ultima del tutto irrilevante. Ove l'Autorità garante sia chiamata a pronunciarsi su una comunicazione pubblicitaria che sia già oggetto di un procedimento autodisciplinare potrà certamente tenere in debito conto la decisione autodisciplinare, valutando se conformar visi, magari traendo spunto dalle considerazioni già svolte dall'organismo autodisciplinare per rafforzare le proprie conclusioni. Ovvero se dissentirvi, motivando le ragioni della divergenza del giudizio». Così ARCHIUTTI, D., *op. cit.* p. 496.

²⁷⁷ In relazione ai poteri sanzionatori nonché istruttori nonché all'intervento all'intervento ampliativo degli stessi operato dalla c.d. "legge Giulietti", si rinvia alla successiva nota 292.

presuntivo dello scopo promozionale occulto il giudice adito può svolgere solamente un sindacato indiretto, inteso a verificare la coerenza e la ragionevolezza dell'iter logico percorso dall'autorità, la congruità dell'istruttoria e la sufficienza della motivazione addotta.²⁷⁸»

Nei procedimenti relativi alle ipotesi di pubblicità occulta l'Autorità effettua una prima verifica, volta ad accertare la natura pubblicitaria del messaggio sottoposto a suo giudizio ed in seguito, in caso di esito positivo, valuta il grado di riconoscibilità da parte dei destinatari del messaggio stesso. Accertato il carattere pubblicitario della comunicazione, l'Autorità dovrà, dunque, determinare se sia riconoscibile come tale, il che presuppone esaminare se sono state adottate le misure pertinenti di avvertimento al pubblico della sua finalità. Un'analisi di queste caratteristiche, a differenza di quanto succede nella prima fase dell'indagine, non mira alla dimostrazione di un dato oggettivo – il carattere pubblicitario della comunicazione – bensì cerca di valutare, dal punto di vista del consumatore, la modalità di presentazione della stessa e la sua conseguente adeguatezza a manifestare la sua natura²⁷⁹.

In riferimento al carattere pubblicitario di una comunicazione l'Autorità amministrativa del Lazio, ha avuto modo di precisare, nella sentenza n. 8919 del 2003 che:

«La natura pubblicitaria di una comunicazione riposa, secondo il d.lgs. n. 74/1992 (art. 2, c. 1°, lett. a)), sulla circostanza della presenza di “uno scopo di promuovere la vendita di beni [...] oppure la prestazione di opere o di servizi”, fine che è evidentemente incompatibile con quello, giornalistico, di fornire un'informazione obiettiva. In presenza dell'indicato scopo promozionale, infatti, la citazione del prodotto non è espressione di una valutazione di opportunità compiuta in modo disinteressato ed indipendente dal giornalista, ma integra gli estremi di una comunicazione che, per il fatto di essere dettata dall'anzidetta finalità pubblicitaria, è diretta ad influire sui

²⁷⁸ Così TAR Lazio, sez. III, 17 gennaio 2007 n. 308, in TAR Amm. 2007, p 187. In maniera conforme TAR Lazio sez. I, 2 maggio 2006 n. 3044, in Foro Amm. 2006, 420.

²⁷⁹ In questo senso, FERRANDI, op. cit., p. 74. MERUZZI afferma in proposito che «per quanto invece riguarda il limite tra pubblicità nascosta e pubblicità palese, la valutazione deve essere condotta non solo tenendo conto dei segni grafici utilizzati per distinguere il messaggio dal contesto della comunicazione in cui è inserito, ma anche della loro percepibilità da parte del lettore.» Cfr. MERUZZI, G., *Il punto sulla pubblicità camuffata*, in *Dir. Ind.*, 6/1997, p. 528.

comportamenti economici dei consumatori (cfr. T.A.R. Lazio, I, n. 5836 del 2 luglio 2001, n. 7274 del 7 settembre 2001 e n. 4563 del 22 maggio 2002)»²⁸⁰.

2. La prova della natura pubblicitaria nelle ipotesi di pubblicità occulta: il ricorso agli indici presuntivi in mancanza di prova del rapporto di committenza

Il problema più rilevante che pone la pubblicità occulta è quello di dimostrare la natura promozionale delle comunicazioni che, essendo in realtà pubblicitarie, si presentano al pubblico come messaggi informativi apparentemente disinteressati e di contenuto neutrale. La prova della finalità pubblicitaria della comunicazione assume carattere fondamentale, considerato che, ove non sia possibile accertare che i riferimenti o gli elogi ad un determinato prodotto perseguono una finalità promozionale, non si potrebbe parlare di pubblicità; anzi, si sarebbe di fronte ad un'informazione od ad una opinione, espressioni della libertà di manifestazione del pensiero di cui all'art. 21 Cost.. Finora l'indagine sulla finalità pubblicitaria di una comunicazione apparentemente informativa verteva sulla verifica non agevole dell'esistenza di un rapporto di commissione tra il singolo articolista e le imprese pubblicizzate. Difatti, come ha sostenuto il Giurì «autonomo interesse giornalistico e rapporto di commissione sono legati da una relazione di proporzionalità inversa.²⁸¹» Così, nel momento in cui il riferimento ad una

²⁸⁰ Così TAR Lazio, Sez. I, Sentenza n. 8919/2003, consultabile su www.altalex.it. In definitiva, si ritiene in prevalenza, considerata la concordanza di orientamenti non solo giurisprudenziali, che il carattere informativo di un messaggio sia inversamente proporzionale alla presenza di un effetto promozionale intenzionalmente perseguito dal suo autore.

In proposito: «[...]anche in un articolo giornalistico o in un inserto redazionale possono essere contenute informazioni su prodotti in commercio, informazioni che possono determinare indirettamente un effetto promozionale, senza che per questo muti la natura giornalistico-informativa di tale forma di comunicazione al pubblico. La natura pubblicitaria di una comunicazione discende, infatti, secondo il d.lgs. n. 74 del 1992 (art. 2, comma 1, lett. a)) dallo “scopo di promuovere la vendita di beni”, fine che è evidentemente incompatibile con quello giornalistico di fornire una informazione obiettiva, in quanto nel primo caso la citazione del prodotto non è espressione disinteressata e indipendente del giornalista, ma è diretta ad influire sul comportamento economico dei consumatori. La distinzione, delicata in quanto la difesa dei consumatori non può andare a detrimento della salvaguardia della libertà di divulgazione del pensiero, è comunque netta sul piano logico e quando un messaggio ha lo scopo di influire sul comportamento economico dei consumatori deve conformarsi alla disciplina specifica in materia di pubblicità, e l'invocazione del diritto di cronaca e della libertà di manifestazione del pensiero non valgono a derogare a tale disciplina.» TAR Lazio, Sez. I, 28 marzo 2002 n. 2638, consultabile su www.eius.it.

²⁸¹ Cfr. Decisione del Giurì 208/93 e raccolta in STABILE, S., *Ancora sulla pubblicità redazionale*, in *Dir. Ind.*, 1/1997, p. 65.

marca in un contesto imparziale trovi origine in un contratto pubblicitario e non esclusivamente nella libertà d'informazione o di opinione del giornalista, tale riferimento sarà inquadrato all'interno dell'attività pubblicitaria e dovrà essere obbligatoriamente manifestata al pubblico come tale. Si ritiene, inoltre, che la nozione di "accordo pubblicitario" deve essere intesa in maniera ampia per cui la presentazione del prodotto risponderà a fini pubblicitari, non soltanto quando si realizzi dietro corrispettivo economico, ma anche ogni qualvolta si verifichi uno "scambio di vantaggi" tra l'impresa reclamizzata e il mezzo attraverso il quale si effettua la pubblicità. La prova dell'accordo pubblicitario non è facilmente accessibile²⁸². Al contrario, sarà estremamente complicato ottenere tutta una serie di elementi concreti che coinvolgano entrambe le parti nell'ipotesi di pubblicità occulta. In dottrina vi è chi parlando della «difficoltà, sotto il profilo processuale, di soddisfare il requisito della prova del rapporto di committenza tra il beneficiario del messaggio dell'organo – od il soggetto – incaricato di divulgare l'informazione», sottolinea che «si tratta di un problema ben chiaro se si considera l'ovvio presupposto dell'impossibilità nella stragrande maggioranza dei casi, di acquisire la prova storica di tale rapporto»²⁸³.

Al fine di rinvenire la prova del rapporto di committenza tra il beneficiario del messaggio e l'incaricato di divulgare l'informazione, non ha sortito alcun effetto, la disposizione contenuta nel d.lgs. n. 74/92 che prevede la possibilità da parte dell'Autorità di richiedere al proprietario del mezzo che ha diffuso il messaggio ogni informazione idonea ad identificare il committente ed, in caso di inottemperanza alla

²⁸² Ad oggi sono pochissimi i casi in cui nell'ambito dell'istruttoria l'Autorità è riuscita a pervenire ad una prova concreta del rapporto di committenza. Tra questi pochi casi si veda la recente decisione del 19 luglio 2007 relativa ad servizio apparso all'interno del Telegiornale diffuso sull'emittente veronese *Tele Arena e considerato* una forma pubblicità redazionale in quanto volto a promuovere il negozio "Lucchi Giocattoli", senza che la sua natura promozionale sia resa nota ai telespettatori attraverso mezzi acustici e visivi idonei a tale scopo. Nel caso di specie le risultanze istruttorie hanno evidenziato, infatti, la sussistenza della prova diretta circa l'esistenza del rapporto di committenza intercorso tra la Giocattoli Lucchi S.a.s. ed il proprietario del mezzo di diffusione, la Tele Arena S.p.A., e dunque, della specifica finalità promozionale del messaggio contestato. Dalla documentazione in atti e da quanto dichiarato nelle rispettive memorie è emerso che i due operatori hanno concluso, tramite l'agenzia pubblicitaria concessionaria di *Tele Arena*, un contratto pubblicitario avente ad oggetto il messaggio segnalato. Acclarata, dunque, la finalità promozionale del messaggio l'Autorità ha ritenuto che il messaggio non fosse riconoscibile come pubblicità, in quanto erano del tutto assenti elementi chetali da rendere edotto il telespettatore della finalità commerciale dello stesso. Cfr. Prov. n. 17128, PI5814- LUCCHI GIOCATTOLI SU TG ARENA, Boll. Aut. Gar. n. 29/07.

²⁸³ Cfr. MERUZZI, G., *op. cit.*, p. 528. In maniera conforme MAGELLI, S., *La pubblicità redazionale*, in *Dir. Ind.*, 8/1996, pp.703-704; STABILE, S., *op. cit.*, p. 65; BUCCIROSSI, G., *op. cit.*, p. 77; GUGLIELMETTI, G., *op. cit.*, p. 396.

richiesta di informazioni, di irrogare una sanzione amministrativa pecuniaria (art. 7). Proprio per far fronte a questa scarsa efficacia la legge n. 49 del 2005 ha modificato l'articolo in questione attribuendo all'Autorità il potere di comminare sanzioni economicamente più gravose (da 2000 a 20.000 euro) e di intervenire, sempre con sanzione amministrativa pecuniaria (da 4000 a 40000 euro), in caso di constatazione della non veridicità dell'informazione fornita²⁸⁴.

Ferma restando quindi l'importanza dell'accertamento dell'esistenza di un precedente rapporto di commissione quale prova più efficace della natura pubblicitaria di un messaggio, l'Autorità garante ha avuto modo, in più occasioni, di stabilire che la mancanza di tale prova non rappresenta un ostacolo allo svolgimento di indagini sulle finalità commerciali di una comunicazione. Riepilogative di tale orientamento sono le affermazioni contenute nella decisione n. 4151 del 1996:

²⁸⁴La nuova normativa, contenuta nella legge n. 49 del 2005 (c.d. Giulietti) ed attualmente confluita nell'art. 26 del Codice del Consumo, introduce importanti novità rispetto ai poteri istruttori e sanzionatori attribuiti all'Autorità garante della concorrenza e del mercato: «Si fa riferimento, in particolare, al rafforzamento dello strumento sanzionatorio. Fino ad ora, infatti, l'Autorità aveva il potere di inibire l'ulteriore diffusione del messaggio ingannevole e di ordinare la pubblicazione sugli organi di informazione, di una comunicazione rettificativa che contenesse un estratto della decisione dell'Autorità con cui si giudicava ingannevole un dato messaggio.

Dall'entrata in vigore della nuova normativa, invece, l'Autorità ha anche il potere di irrogare multe che potranno variare, tenuto conto della gravità e della durata della violazione, tra i 1.000 e i 100.000 euro. Nei casi in cui i messaggi ingannevoli riguardano la pubblicità di prodotti pericolosi per la salute e la sicurezza dei consumatori o pubblicità che minacci la sicurezza o abusi della naturale credulità di bambini o adolescenti, la sanzione non può essere inferiore a 25.000 euro. È stata inoltre completamente modificata la disciplina dell'inottemperanza alle decisioni dell'Autorità, per la quale era precedentemente prevista la competenza del giudice penale. Da ora in poi, infatti, l'Autorità può intervenire direttamente nei confronti dell'operatore pubblicitario che non ha ottemperato alla pronuncia adottata nei suoi confronti, irrogando multe e, nel caso di reiterata inottemperanza, disponendo la sospensione dell'attività per un periodo di massimo 30 giorni. Per quanto riguarda i maggiori poteri istruttori si segnala l'attribuzione all'Autorità del potere di richiedere copia del messaggio pubblicitario all'operatore pubblicitario o al proprietario del mezzo di diffusione anche in caso di opposizione da parte di questi soggetti. A ciò si aggiunge il potere di irrogare sanzioni pecuniarie nei casi di inottemperanza alle richieste di fornire informazioni o la documentazione necessaria per lo svolgimento dell'istruttoria, sanzioni che sarebbero di importo maggiorato nel caso in cui siano state fornite false informazioni. Un'altra novità, infine, consiste nel fatto che l'Autorità può attivare il potere ispettivo per l'acquisizione della copia del messaggio affidando l'incarico alla Guardia di Finanza, seguendo le procedure già consolidate in materia di concorrenza nell'applicazione della legge antitrust.» Comunicato stampa AGCM del 29/04/2005, in www.agcm.it.

Sulla riforma Cfr. Mina, E, *I nuovi poteri dell'Autorità garante in tema di pubblicità*, in *dir. Ind.*, n. 4/2005, pp. 406 e ss, Magnani, P., *Modifiche ai poteri istruttori e sanzionatori dell'Autorità garante nell'applicazione della disciplina sulla pubblicità ingannevole*, in *Riv. soc.*, fasc. 2/3, 2005, 669. La nuova normativa ha sollevato il problema di chiarire quale sia il trattamento sanzionatorio applicabile quando venga in considerazione un messaggio che presenta più profili di illiceità, in quanto oltre ad integrare un'ipotesi di pubblicità non trasparente ai sensi dell'art. 23 del codice del consumo si ponga in contrasto con altre disposizioni della stessa disciplina in materia di pubblicità ingannevole. Si tratta di stabilire se in tale ipotesi trovi applicazione la regola del cumulo giuridico ai sensi dell'art. 8 l.n. 689 del 1981 o, se viceversa, debba essere valutata come una pluralità di distinte violazioni. Per un'analisi di tale problematica si v. GARROZZO, R., *La pubblicità occulta e la disciplina sanzionatoria introdotta dalla legge 6 aprile 2005 n. 49*, in *Foro Amministrativo: Consiglio di Stato*, 2007, pp. 266- 276.

«alla luce di quanto stabilito dall'art. 2, lettera a) del d.lgs. n. 74/92, affinché possa parlarsi di un “messaggio pubblicitario” appare necessaria la presenza di uno scopo promozionale avente ad oggetto la diffusione sul mercato di beni e servizi. Tale scopo promozionale trova normalmente fondamento in un rapporto di committenza. Tuttavia, in assenza di un rapporto di committenza accertato, la natura promozionale di un messaggio può anche essere desunta da elementi presuntivi, purchè siano gravi, precisi e concordanti e siano valutati con prudenza, tenuto conto delle esigenze dettate dal diritto alla libera manifestazione del pensiero, nonché dalle scelte editoriali, le quali possono avere ad oggetto la descrizione di specifici beni e servizi».²⁸⁵ Il carattere promozionale della comunicazione potrà essere quindi accertato, non soltanto attraverso la dimostrazione di un patto pubblicitario ma anche attraverso indizi che permettono «all'interprete, attraverso la conoscenza di fatti noti, di considerare provato un fatto del quale non si ha conoscenza diretta»²⁸⁶.

La prova fondata sull'analisi del contenuto del messaggio, nonostante costituisca l'unica soluzione che possa evitare l'impunità di pratiche pubblicitarie occulte, non è esente da rischi; in questo senso, gran parte della dottrina ha sottolineato il pericolo che comporterebbe un uso poco prudente del menzionato meccanismo probatorio²⁸⁷. È stato osservato, infatti, che «il ricorso, in via esclusiva, a presunzioni fondate sul contenuto obiettivo dell'articolo o del servizio, potrebbe indurre un incontrollabile arbitrio dell'interprete, a sua volta potenzialmente lesivo della libertà di manifestazione del pensiero e (talvolta) della libertà d'arte.²⁸⁸». Una valutazione poco rigorosa degli indizi

²⁸⁵ Cfr. Provv. n. 4151, PI819, Opel Frontiera 9.8. 96, *Boll. Aut. Gar.*, n. 32-33 /96, 47. Quanto affermato trova conforto nella giurisprudenza amministrativa che sul punto afferma: «Secondo un principio giurisprudenziale costituente ormai *jus receptum* nell'Ordinamento, in materia di “pubblicità occulta” è possibile pervenire alla individuazione dello scopo promozionale sulla base di elementi presuntivi gravi, precisi e concordanti, anche in mancanza della prova storica del rapporto di committenza; prova che - del resto - difficilmente può essere acquisita, essendo nella esclusiva disponibilità delle parti.» (TAR Lazio, I[^], 3.3.2004 n. 2020).

²⁸⁶ Così DI VIA, L., in CAFAGGI, CUFARO, DI VIA, *op. cit.*, p.732.

²⁸⁷ È stato evidenziato infatti che « se è inevitabile che per stabilire la natura pubblicitaria o meno di una comunicazione che non si presenti palesemente come *advertising* si possa anche ricorso a presunzioni deducibili dal suo contenuto, non si può sottacere l'estrema inquietudine che l'adozione di tale criterio suscita e non sottolineare l'esigenza di far uso del massimo equilibrio e prudenza nella valutazione, giacchè una spirito fiscale da “caccia alle streghe” improntato alla ricerca a tutti i costi della pubblicità nascosta potrebbe costituire un vero e proprio attentato ad alcuni dei diritti fondamentali su cui poggia l'ordinamento democratico. » Cfr. FUSI, TESTA, COTTAFARI, *op.cit.*, p.173-174. In maniera conforme MELI, *op.cit.*, p.74. la preoccupazione per la cautela nella valutazione degli indizi è contemplata anche in UNNIA, F., *op.cit.*, p.258.

²⁸⁸ L. PRINCIPATO, *op. cit.*, p. 865. L'autore evidenzia come «nell'elaborazione pretoria della pubblicità redazionale, la (presunta) obbiettiva valenza pubblicitaria del contenuto del messaggio dilati l'ambito

lederebbe il diritto alla libertà di informazione e di espressione, conducendo all'equivoco di qualificare erroneamente come pubblicitarie le affermazioni che un giornalista può fare su un determinato prodotto. È stato sostenuto che «attribuendo carattere pubblicitario alle informazioni diffuse in un articolo o in una trasmissione televisiva sulla scorta delle caratteristiche che esse presentano – e senza che sia richiesta una prova diretta dell'esistenza dell'accordo pubblicitario – si arriverebbe a compromettere in modo inaccettabile la libertà di espressione dei giornalisti o degli altri soggetti responsabili della diffusione di quelle informazioni. Essi infatti si troverebbero ad essere pesantemente limitati nelle loro scelte espressive e culturali dal timore che l'evidenziazione di un prodotto, delle sue qualità o dei segni distintivi che lo contraddistinguono possa essere ritenuta frutto di un'intesa con che commercializza anche ove ciò non corrisponda al vero»²⁸⁹.

A queste considerazioni, relative al prudente apprezzamento degli indici presuntivi, sono state affiancate altre valutazioni circa la legittimità dell'utilizzo delle presunzioni da parte di un'autorità indipendente²⁹⁰. Comunque, anche qualora si volesse ritenere consentito l'utilizzo delle presunzioni da parte di tali organi ciò non farebbe venire meno le perplessità precedentemente esposte in quanto al rigore logico della tecnica argomentativa viene rimessa, nel concreto, la garanzia della libertà di manifestazione del pensiero, così pure come l'esigenza di censurare le violazioni del principio di trasparenza.

concettuale e d'integrazione della fattispecie, fino a ricondurvi indiscriminatamente tutte le diverse ipotesi sopra formulate non può che destare una "estrema inquietudine", giacché si risolve in un riconoscimento della "giurisdizione" di un'autorità indipendente e di un collegio arbitrale in ordine all'oggetto – in senso proprio – della libertà di manifestazione del pensiero, *sub specie* di libertà di critica e cronaca giornalistica»

²⁸⁹ Così MANSANI, L., *op.cit.*, p. 197.

²⁹⁰ Secondo tale orientamento l'art. 2727 c.c. affermando che «le presunzioni sono le conseguenze che la legge o il giudice trae da un fatto noto per risalire ad un fatto ignorato», stabilisce che il potere di presumere è una prerogativa della funzione del giudice, giustificata in ragione dello statuto giuridico, del ruolo e della posizione dell'organo giudicante nell'ordinamento italiano. Conseguentemente diverrebbe alquanto dubbia la possibilità di ritenere che anche un'autorità indipendente possa esserne titolare. Comunque, sempre secondo tale orientamento, anche qualora si volesse ritenere consentito l'utilizzo delle presunzioni da parte di tali organi «non potrebbe ugualmente negarsi che il controllo sul rispetto dei diritti delle parti diviene un'esigenza ancor più pregnante, sia con riguardo all'onere di allegazione, che con riferimento al principio del contraddittorio ed all'obbligo di motivazione. In altri termini, (...), l'argomentazione presuntiva non può essere sottoposta all'attenzione dell'impresa pubblicizzata, del mezzo di diffusione o dell'autore del servizio imputato di "asservimento" promozionale, soltanto quale contenuto del provvedimento di decisione, poiché lede ingiustificatamente il principio del contraddittorio e, dunque, il diritto di difesa» Cfr. PRINCIPATO, L., *op.cit.*, pp. 867-868.

La ricerca di una soluzione che tuteli la libertà d'espressione e che, nel contempo, permetta di distinguere, a beneficio di tutti, la comunicazione pubblicitaria da quella puramente informativa ha fatto sì che la constatazione della natura pubblicitaria possa essere accertata sulla base del contenuto soltanto quando essa sia fondata su indizi *gravi, precisi, e concordanti*.

3. La prova per presunzioni: l'orientamento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

In ipotesi di mancato accertamento dell'esistenza del patto di commissione, l'Autorità Garante ha provveduto a valutare la natura pubblicitaria di un messaggio attraverso il ricorso ad alcuni indici presuntivi pertinenti:

- al contenuto e al tono del messaggio;
- alla opportunità della sua presenza;
- al contesto generale nel quale il messaggio viene inserito;
- ai rapporti tra l'impresa interessata e il mezzo di diffusione del messaggio.

Prima di concentrare l'attenzione sui suddetti parametri, occorre sottolineare che l'Autorità in più occasioni ha essa stessa evidenziato che l'utilizzo delle presunzioni deve essere effettuato con la massima prudenza: «tale indagine risulta particolarmente delicata e deve essere ispirata ai criteri di estrema cautela e prudenza contemperando l'esigenza di tutelare i consumatori destinatari della pubblicità, nonché le imprese concorrenti con l'esigenza, altrettanto rilevante, di tutelare la libertà dell'attività giornalistica, informativa o artistica, le quali risultano naturalmente incompatibili con la citazione di specifici prodotti e servizi»²⁹¹.

3.1. Contenuto e tono del messaggio

In via tendenziale, l'Autorità ha sancito il carattere informativo, o viceversa, pubblicitario in base al contenuto del messaggio e al tono utilizzato dal giornalista nell'ambito dell'articolo.

²⁹¹ Cfr. Agcm, Provv. n. 8241, Diapason, 20.4.2000, consultabile su www.agcm.it.

A. Messaggi a carattere informativo:

L'Autorità ha ritenuto che l'articolo fosse di natura informativa nell'ipotesi in cui ricorresse:

a. La presenza di altri prodotti del medesimo genere:

L'Autorità ha, in più occasioni, sostenuto che la valenza informativa può essere desumibile dal fatto che sia presente all'interno dell'articolo il riferimento a prodotti diversi appartenenti al medesimo genere e realizzati da imprese concorrenti²⁹².

Tuttavia, l'Autorità ha avuto modo di precisare sull'argomento, nella pronuncia relativa all'inserito "Scegli la tua maschera", pubblicato sul periodico "Donna Moderna" n. 20/1996, che la semplice presenza di più prodotti appartenenti a marche diverse non è idonea a eliminare qualsiasi presunzione di pubblicità dissimulata nell'ipotesi che siano intervenuti "elementi di artificiosità". Nel caso di specie, «l'impostazione basata sull'isolamento nei vari "paragrafi" dei diversi prodotti, trattando in maniera specifica e autonoma le loro caratteristiche e proprietà, senza alcun confronto, analisi complessiva, collegamento d'insieme che non sia la generica introduzione sulle maschere cosmetiche», associato ai toni elogiativi ed all'assenza di qualsiasi nota critica, integrano gli estremi sufficienti per desumere lo scopo promozionale della comunicazione; e per considerare il servizio come una «somma di pezzi pubblicitari, i quali ripropongono gli stessi problemi di trasparenza che sarebbero emersi da una loro singola valutazione».²⁹³

²⁹² Esemplificativo di questo aspetto è il provvedimento assunto dall'Agcm in relazione ad un articolo della giornalista Clara Masotti apparso sulla rivista "Viversani & Belli" n. 31/93. Nell'ambito del provvedimento l'Autorità, dopo aver stabilito il carattere pubblicitario di altro articolo della medesima giornalista, ha affermato che natura informativa avesse la pubblicazione summenzionata. Tale ultima conclusione è secondo l'Autorità supportata dal fatto che quest'ultimo messaggio è espressamente volto a prospettare una pluralità di rimedi e prodotti per la depilazione femminile. «Pertanto, la mancanza di riferimenti cui possa attribuirsi una valenza ulteriore rispetto a quella puramente informativa [...] costituiscono elementi di sicuro rilievo al fine di escludere la natura pubblicitaria della fattispecie in esame e, quindi, la sua riconducibilità nell'ambito della previsione normativa di cui all'articolo 2, lettera a), del Decreto Legislativo n. 74/92.» Così Provv. n. 7531, PI2522, Epilscan HDF, *Boll. Aut. Gar.*, n. 37/1999, consultabile su www.agcm.it. In argomento si rinvia anche al Provv. n. 4788, PI1173, Donna Moderna-Prodotti Alimentari, *Boll. Aut. Gar.*, n. 11/1997.

²⁹³ Cfr. Provv. n. 5052, PI1174, Donna Moderna -Trattamento Viso, *Boll. Aut. Gar.*, n. 27/1997, consultabile su www.agcm.it. A riguardo si veda anche Provv. n. 5505, PI1559, Viveresani e Belli -Lycia Pura, *Boll. Aut. Gar.*, n. 47/1997.

In definitiva, solo in ipotesi in cui la presenza di marche diverse, anche concorrenti, sia accompagnata da una reale attività di confronto tra le stesse, si potrà desumere il carattere informativo dell'articolo.

b. *La presenza di spunti critici o di un linguaggio descrittivo ed assenza di toni elogiativi.*

L'atteggiamento dubitativo tenuto dal giornalista, con l'invito al pubblico ad adottare specifiche accortezze, la illustrazione del prodotto senza enfasi o toni elogiativi, nonché la mancata presentazione delle caratteristiche di efficacia del prodotto come accertate ed indiscusse, sono elementi valutati come espressivi del carattere giornalistico di un servizio.²⁹⁴

In maniera analoga si era già espressa l'Autorità quando, in riferimento ad un articolo pubblicato sul "Corriere della Sera" ed inerente al vocabolario della lingua italiana edito dalla Treccani, ha valutato positivamente la mancanza di giudizi sulla qualità dell'opera, l'indicazione di alcune lacune ivi presenti nonché il giudizio negativo sul prezzo a tal fine indicato²⁹⁵.

L'utilizzo di un linguaggio descrittivo ha condotto l'Autorità all'inapplicabilità del decreto anche nella non facile valutazione di una rubrica che, inserita all'interno di un articolo sulla protezione della pelle dai raggi solari, descriveva quattro metodi di difesa con i relativi prodotti corredati di foto e senza alcuno spunto critico²⁹⁶.

L'assenza di enfasi del conduttore associata al contesto generale della trasmissione, che spesso promuove eventi culturali, hanno indirizzato l'Autorità per l'inapplicabilità del decreto rispetto alla trasmissione "Maurizio Costanzo Show" del 30 Gennaio del 1997 in cui era stata descritta l'iniziativa editoriale denominata "Storia d'Italia-Le canzoni popolari", promossa dal settimanale "Avvenimenti"²⁹⁷.

Più di recente l'Autorità è intervenuta a seguito della segnalazione di un consumatore sulla dubbia natura informativa di un articolo pubblicato sul settimanale Dipiù, data di

²⁹⁴ Cfr. Provv. n. 10349, PI3530, Recovery, Boll. Aut. Gar., n. 3/2002.

²⁹⁵ Cfr. Provv. n. 2668, PI399, Corriere della Sera- Treccani, Boll. Aut. Gar., n. 1-2/95.

²⁹⁶ Cfr. Provv. n. 5653, PI1663B, Bellezza in Viaggio, Boll. Aut. Gar., n. 4/1998. Per l'utilizzo di un linguaggio descrittivo e privo di enfasi si veda anche Provv. n. 11653, PI3859, Università Italiana per Stranieri/DUILIS, Boll. Aut. Gar., n. 4/2003.

²⁹⁷ Cfr. Provv. n. 4999, PI1310, Costanzo Show, Boll. Aut. Gar., n. 20/1997.

copertina 4 dicembre 2006, dedicato all'intervista ad una nota showgirl²⁹⁸. In particolare, la presunta natura pubblicitaria dell'articolo verteva sulla visualizzazione del marchio (*Chicco*) di una bilancia utilizzata nella prima infanzia e sulla presenza di quattro pagine pubblicitarie di prodotti del medesimo marchio nello stesso numero della rivista. In tale circostanza l'Autorità ha rilevato la presenza di alcuni indici idonei ad attribuire natura giornalistico – informativa all'articolo *de quo*, quali la citazione dello stesso nel sommario della rivista, la numerazione riportata in fondo a ciascuna pagina che lo compone, la firma dell'autore (la giornalista Valeria Chichi) e, da ultimo, la circostanza che all'interno dell'articolo non vi è alcun riferimento all'azienda produttrice o al prezzo del prodotto in questione, né alcuna magnificazione dello stesso, che rappresenta, nel contesto delineato, soltanto espressione di una libera scelta del personaggio intervistato e, pertanto, non sindacabile. «Le modalità espositive utilizzate nella trattazione, che si limita a riportare quanto dichiarato nel corso dell'intervista, sono prive dell'enfasi che usualmente connota le comunicazioni pubblicitarie apparendo meramente descrittive e, come tali, rispondenti a logiche informative. L'articolo rappresenta, pertanto, attraverso l'intervista e le foto in esclusiva, espressione del diritto di cronaca considerato, altresì, che non è dato riscontrare citazioni testuali del marchio e del prodotto specifico né toni enfatici relativi alla bilancia o alle sue caratteristiche; piuttosto, la raffigurazione del prodotto appare giustificata dal contesto narrativo»²⁹⁹.

B. Messaggi a contenuto pubblicitario

L'Autorità ha ritenuto che l'articolo avesse natura pubblicitaria nell'ipotesi in cui ricorresse:

a. Il tono ed il linguaggio tipico della comunicazione pubblicitaria

²⁹⁸ Cfr. Provv. n. 17162, PI5702 - PUBBLICITA' OCCULTE SU TG5-VERISSIMO-DIPIU', del 26/7/07, Boll Aut. Gar. N. 30/2007, consultabile su www.agcm.it

²⁹⁹ Così l'Autorità in PI5702 - PUBBLICITA' OCCULTE SU TG5-VERISSIMO-DIPIU', del 26/7/07, Boll Aut. Gar. N. 30/2007, consultabile su www.agcm.it

In un recente provvedimento dell’Autorità³⁰⁰, relativo a quattro articoli apparsi sul quotidiano “*corriere della sera.it*” pubblicato sul sito internet *www.corriere.it*, sono stati rinvenuti elementi gravi, precisi e concordanti tali da far ritenere che gli articoli summenzionati siano volti a promuovere presso gli utenti i servizi e l’attività svolta dalla Register.it S.p.A. con particolare riguardo alla registrazione dei domini ad estensione “.eu”. L’Autorità ha osservato, infatti, che gli articoli in esame appaiono diretti ad esaltare i servizi e l’attività svolta dalla società Register.it, decantandone i primati e le caratteristiche, mediante l’utilizzo di espressioni tipiche della comunicazione d’impresa in stridente contrasto con la natura asseritamente informativa dei messaggi³⁰¹.

In un precedente provvedimento relativo al programma “Il Viaggiatore” (andato in onda su Rete 4 in data 12 luglio 2004) l’Autorità ha considerato che il tono particolarmente “magnificativo e suggestivo” con cui sono state messe in risalto le caratteristiche della nave da crociera Costa ed i servizi su di essa offerta sono indice della finalità promozionale del servizio stesso³⁰². Tale finalità si evincerebbe anche dalle diverse inquadrature della nave utilizzata per la realizzazione del programma e dal nome “Costa Atlantica” inquadrato e ripetuto più volte dal presentatore³⁰³. L’utilizzo del suddetto tono, tipico della comunicazione pubblicitaria, non giustificato né dal contesto generale in cui viene inserito né da altri elementi quali la particolarità e

³⁰⁰ Cfr. Provv. PI5531 - REGISTRAZIONI DOMINI .EU CON REGISTER.IT, del 15/03/07, Boll. Aut. Gar. N. 11/2007.

³⁰¹ Si pensi, ad esempio, ad affermazioni del tipo: “Uno dei principali registrar italiano”, “decisamente positiva l’aspettativa di richieste per Register.it” “Register.it ha ricevuto e processato in questi mesi oltre 8mila richieste di protezione del proprio nome con il .eu di queste, la quasi totalità era rappresentato da aziende di medie e grandi dimensioni”, “Con più di 250.000 nomi a dominio attivi, 250.000 email premium in gestione e oltre 120.000 siti web ospitati sulle soluzioni di hosting evoluto, Register.it è l’unico operatore italiano in grado di offrire il servizio di protezione del nome a dominio in oltre 185 estensioni diverse”, “i domini internet, le email professionali, l’hosting e i dedicated server sono i cardini della sua offerta”, ed ancora “è il primo operatore italiano accreditato presso ICANN”.

³⁰² Considerazioni analoghe sono state utilizzate dall’Autorità nel provvedimento relativo ad un articolo giornalistico apparso sulla rivista “Viversani & Belli” n. 25/1992 di cui ha stabilito la natura promozionale del prodotto “epilscan”. Cfr. Provv. n. 7531, PI2522, Epilscan HDF, *Boll. Aut. Gar.*, n. 37/1999, consultabile su www.agcm.it.

³⁰³ Cfr. Provv. n. 14149, PI4634B, MSC Crociere/Trasmissioni Mediaset, *Boll. Aut. Gar.*, n. 11/2005, consultabile su www.agcm.it. Considerazioni analoghe avevano già guidato l’Autorità nel qualificare come pubblicità non trasparente un messaggio - riguardante il prodotto cosmetico “Aqua Oleum” di L’Oreal - trasmesso dall’emittente televisiva “Canale 5” il giorno 31 maggio 1999, nell’ambito del programma “Nonsolomoda”. In tale ipotesi viene evidenziato sia il tono alquanto celebrativo sia l’utilizzo di tecniche pubblicitarie volte a favorire la memorizzazione di ciò che è reclamizzato, come l’inquadratura ravvicinata del prodotto e l’artificiosa ripetizione a breve distanza del suo nome. Cfr. Provv. n. 8026, PI2674, Acqua Oleum L’OREAL, *Boll. Aut. Gar.*, n. 6/2000.

l'innovatività del prodotto stesso, è uno degli elementi che ha maggiormente guidato l'Autorità verso una definizione pubblicitaria dei messaggi posti alla sua attenzione.

In proposito, si segnala un ulteriore provvedimento dell'*Antitrust* relativo alla promozione del settimanale "STAR+TV" da parte della presentatrice della trasmissione "Verissimo". Proprio il tono enfatico e le frasi utilizzate dalla stessa (es: "e poi naturalmente ci sono tanti altri argomenti e tanti altri personaggi di cui potrete occuparvi dentro STAR+TV") sono stati considerati come inviti impliciti ai telespettatori alla lettura della rivista in questione. Ad ulteriore conferma sono stati presi in considerazione lo spazio attribuito alla stessa rivista all'interno del servizio e la modalità di presentazione alquanto artificiosa e "non in linea con il contesto del servizio stesso" il quale era rivolto alla vicenda di un personaggio recentemente reso famoso da una trasmissione televisiva³⁰⁴.

Il riferimento agli elementi caratteristici del linguaggio pubblicitario è stato determinante anche nel provvedimento relativo ad un trafiletto apparso sul quotidiano "Leggo", di fianco ad un articolo dedicato al problema della cellulite, in cui venivano raccolte alcune testimonianze di lettrici sull'efficacia del prodotto Kilokal. In tal caso il linguaggio utilizzato nel titolo, il tono "magnificativo" adottato all'interno nonché la presentazione delle caratteristiche del prodotto come accertate ed indiscusse sono tutti elementi che vengono considerati dall'Autorità quali indici di una chiara finalità pubblicitaria³⁰⁵.

Diversamente nel caso pertinente al presunto carattere pubblicitario del servizio andato in onda all'interno del TG1 ed avente ad oggetto la presentazione del nuovo modello della Ferrari "550 Maranello", l'Autorità ha affermato come, nonostante il messaggio contenga espressioni ampiamente elogiative, lo stile utilizzato particolarmente ironico e

³⁰⁴ «[...] già in apertura di servizio, la conduttrice porta da subito l'attenzione dei telespettatori sul settimanale in oggetto ("vi voglio segnalare STAR+TV"), che viene menzionato non soltanto in relazione alle notizie sul personaggio di cui si parlerà in seguito nel servizio, ma per le sue caratteristiche autonome, in quanto "giornale settimanale della televisione che ha praticamente, oltre alle segnalazioni televisive, anche molti argomenti e personaggi". Solo successivamente, vengono approfondite alcune notizie relative al personaggio che appare in copertina. A fine servizio, l'attenzione viene nuovamente riportata al giornale, di cui si ribadisce la varietà degli argomenti trattati ("e poi naturalmente ci sono tanti altri argomenti e tanti altri personaggi di cui potrete occuparvi dentro STAR+TV")». Così Provv. n. 14700, PI4833, Settimanale S.T.A.R.+TV, *Boll. Aut. Gar.*, n. 35/2005, consultabile su www.agcm.it.

³⁰⁵ Cfr. Provv. n. 11115, PI3796, Kilokal Anticellulite su Leggo, *Boll. Aut. Gar.*, n. 32/2002, in www.agcm.it

volto soprattutto a evidenziare la componente emozionale dell'auto a prescindere dalle sue prestazioni, rappresenta un indice della natura non pubblicitaria³⁰⁶.

In conclusione, si può affermare che l'utilizzo di toni alquanto celebrativi non è incompatibile di per sé con la natura informativa di un servizio soprattutto quando concorrono altri elementi che confortano tale interpretazione; in tale caso oltre allo stile ironico si faceva riferimento anche alla peculiarità del prodotto ed all'interesse pubblico ad esso inerente come idonei a giustificare la sua "trattazione" da parte del giornalista.

In altro caso le espressioni magnificative adoperate in quanto consone allo stile soventemente utilizzato dalla giornalista nei suoi servizi non sono state ritenute sufficienti per avallare la valutazione pubblicitaria del messaggio³⁰⁷.

L' Autorità ha avuto modo di precisare in una più recente decisione che «l'uso di uno stile elogiativo che, seppure di per sé inidoneo a rappresentare un elemento comprovante l'esistenza di uno scopo promozionale del messaggio, può tuttavia essere apprezzato quale indice della natura pubblicitaria della comunicazione in tutti quei casi in cui si accompagna all'altro elemento rappresentato dalla esistenza di un comprovato rapporto contrattuale tra il proprietario del mezzo di diffusione ed i singoli inserzionisti, avente ad oggetto l'acquisto di specifici spazi pubblicitari, poi inseriti all'interno dello Speciale o, comunque, nella medesima rivista.³⁰⁸»

b. La presenza di un solo prodotto

Lo scopo promozionale di un prodotto è stato ricavato dalla Autorità dal fatto che nell'ambito di un servizio dedicato alla vita del Pontefice solo uno era il prodotto commerciale richiamato con il proprio marchio (nel caso particolare si trattava di una penna utilizzata dal Pontefice)³⁰⁹. L'Autorità ha inteso considerare che la menzione della marca, l'unica a cui si faceva riferimento nel testo, non si poteva basare su

³⁰⁶ Cfr. Provv. n. 4924, PI1241, TG1 Autovetture Italiane, Boll. Aut. Gar., n. 17/1997.

³⁰⁷ Cfr. Provv. n. 3978, PI686, Batman RAI, Boll. Aut. Gar., n. 24/96.

³⁰⁸ Cfr. Provv. n. 15495, PI5075 - PUBBLICITÀ REDAZIONALE-PERIODICI VARI, del 16/5/06, Boll. Aut. Gar. n. 20/06.

³⁰⁹ Cfr. Provv. n. 3921, PI790, Tratto Pen., Boll. Aut. Gar., n. 21/1996.

esigenze di tipo informativo, soprattutto in un lavoro volto ad avvicinare ai lettori la figura del Pontefice.

L'*Antitrust* ha inteso valutare come pubblicitarie le affermazioni riportate nel corso della telecronaca degli incontri calcistici trasmessi in data 1° ottobre e 5 novembre 2003 sull'emittente televisiva "Italia Uno", poiché indirizzate alla promozione della rivista "Controcampo". Tali riferimenti, proprio perché rivolti ad uno specifico prodotto in un contesto di massima attenzione da parte degli utenti, sono stati considerati idonei a stimolare l'acquisto della rivista da preferire ad altri prodotti (opportunamente non menzionati) contenenti la stessa tipologia di notizie³¹⁰.

In un recente provvedimento dell'Autorità³¹¹, cui si è già fatto riferimento in relazione ad altri indici presuntivi, il carattere pubblicitario di quattro articoli apparsi sul quotidiano "*corriere della sera.it*" pubblicato sul sito internet www.corriere.it, è stato dedotto dal fatto che fatto che gli stessi appaiono incentrati unicamente sulla società Register.it, con l'omissione di qualsivoglia comparazione o citazione delle altre numerose società accreditate per la registrazione dei domini ad estensione ".eu", omettendo, così, qualsiasi riferimento alle numerose alternative disponibili sul mercato. L'assenza di riferimenti ad altri prodotti della medesima categoria e la mancanza di reale giustificazione alla scelta della redazione di trattare la presentazione di un solo prodotto sono elementi ritenuti, pertanto, idonei dall'Autorità a indicare il carattere pubblicitario di un articolo.

In proposito, si rinvia al provvedimento reso dall'*Antitrust* relativo all'articolo pubblicato su "Salute" (supplemento a "La Repubblica" del 3 aprile 1997) - intitolato "Nuovi integratori. Ai bambini servono più vitamine e minerali", firmato da Felicia Pioggia. L'articolo, secondo l'*Antitrust*, prendendo le mosse in maniera pretestuosa dalla necessità di approfondire la materia delle esigenze nutrizionali dei bambini si sostanzia nella promozione della linea "One-A-Day" quale risposta alle suddette esigenze. Ciò sarebbe confermato sia dal fatto che l'articolo "sposa" le tesi della Bayer in materia di impoverimento del contenuto vitaminico dei cibi a cui segue l'indicazione della linea in questione, senza alcun tipo di riflessione critica e senza riferimenti ad opinioni scientifiche contrarie, sia perché manca un raffronto ed un indicazione

³¹⁰ Cfr. Provv. n. 13317, PI4420, Contro Campo Speciale Champions League, Boll. Aut. Gar., n. 26/2004.

³¹¹ Cfr. Provv. PI5531 - REGISTRAZIONI DOMINI .EU CON REGISTER.IT, del 15/03/07, Boll.Aut. Gar. N. 11/2007.

alternativa agli integratori in oggetto³¹². In tale contesto merita rilievo anche la pronuncia che ha valutato come pubblicitaria la natura di un articolo (“La maturità in nove mesi”), pubblicato a pag. 10 del quotidiano “Il Resto del Carlino” del 7 giugno 1997. Infatti secondo l’*Antitrust* dietro le spoglie di un servizio di piccola cronaca locale si nascondeva la promozione dei due istituti Buonarroto e S. Paolo, poiché era assente una trattazione del tema in termini generali ed erano presenti non solo informazioni relative a tali istituti ma anche citazioni atte ad evidenziarne l’attività³¹³.

In definitiva, un articolo non diventa automaticamente pubblicitario soltanto perché descrive le caratteristiche di un prodotto; tale circostanza costituirà un indizio ove poter eventualmente affermare il suo carattere promozionale, ma potrà essere contraddetto da altri elementi che facciano prevalere la natura informativa. Al contrario, il riferimento ad un prodotto in un contesto che risulta naturalmente estraneo ed artificioso costituirà un indizio chiave, determinante, per desumere la sua finalità pubblicitaria.

c. La presenza di elementi necessari ad identificare e reperire il prodotto

L’Autorità ha indicato in proposito: le *fotografie del prodotto* che riceve promozione dal messaggio, l’*indicazione del prezzo* e dei *numeri utili* per ottenere informazioni specifiche ed, in fine, l’eventuale presenza di *tagliandi per l’ordinazione* del prodotto.

Nel provvedimento relativo alla promozione degli istituti Buonarroto e S. Paolo, il riferimento preciso all’indirizzo, agli orari e al numero telefonico della segreteria degli istituti sono stati considerati fattori non funzionali ad un ambito puramente informativo³¹⁴.

Nello provvedimento relativo ad un articolo giornalistico apparso sulla rivista “Viversani & Belli” n. 25/1992 di cui l’Autorità ha stabilito la natura promozionale del prodotto “Epilscan”, è stato considerato espressivo della natura promozionale dell’articolo la presenza di un *coupon* valido per ottenere uno sconto del 50% su una seduta di depilazione con il metodo “Epilscan” presso i centri indicati.

³¹² Cfr. Provv. n. 5825, PI1597, Bayer One a Day, Boll. Aut. Gar., n. 13/1998. Analogamente l’assenza di riferimenti a marche concorrenti e l’esaltazione acritica dei soli prodotti di una società hanno fatto ipotizzare il carattere pubblicitario dell’articolo “Maggiore attenzione alla fitochimica nelle finiture per legno”, pubblicato sulla rivista “VDL-Verniciatura del Legno”. Cfr. Provv. n. 10571, PI3537, Vernice Protettrice, Boll. Aut. Gar., n. 12/2002.

³¹³ Cfr. Provv. n. 5339, PI1477, Redazionale Buonarroto e S. Paolo, Boll. Aut. Gar., n. 39/1997.

³¹⁴ Cfr. Provv. n. 5339, PI1477, Redazionale Buonarroto e S. Paolo, Boll. Aut. Gar. n. 39/1997.

d. Il contenuto analogo a quello delle pubblicità tabellari del prodotto

Esemplificativa è la valutazione fatta di un articolo apparso sul quotidiano “La Repubblica” il giorno 11 gennaio 1997 dal titolo “A scuola di sesso con il cd-rom”, nell’ambito della quale tra gli elementi presuntivi della natura promozionale del messaggio l’Autorità fa riferimento alla presenza sullo stesso quotidiano di una comunicazione pubblicitaria relativa allo stesso prodotto, in cui sono riportate indicazioni analoghe a quelle contenute nell’articolo esaminato³¹⁵. Allo stesso modo è stato valutato un articolo che riportava fedelmente la parte descrittiva di un prodotto contenuta in un opuscolo pubblicitario dello stesso, senza alcuna indicazione aggiuntiva e critica (Prov. n. 4063, PI665, Professor Spasic, Boll. Aut. Gar. n. 28/96).³¹⁶

Più di recente l’Autorità ha sancito la finalità promozionale degli articoli comparsi sul “*corriere della sera.it*”, in quanto risultano volti a promuovere l’attività ed il servizio offerto dalla Register.it in ordine alla registrazione dei domini ad estensione “.eu” sulla base di diversi indici presuntivi³¹⁷. In particolare l’Autorità ha considerato che l’utilizzo di codici comunicazionali d’impresa appariva confermato dal fatto che gli articoli, in alcune parti, erano stati stilati sulla base dei comunicati stampa utilizzati dalla Register al fine divulgare la propria attività nel settore, ma anche dalla coincidenza del contenuto degli articoli con i testi presenti nei messaggi pubblicitari prodotti nel corso del procedimento dagli stessi operatori pubblicitari.

Inoltre, in tutti gli articoli era presente, all’interno del testo, un *link* per consentire al lettore di accedere al sito internet della Register e di effettuare così la prenotazione gratuita di qualsiasi nome con la nuova estensione europea.

In un diverso caso, tra gli elementi gravi, precisi e concordanti che hanno indotto l’Autorità a ritenere promozionale un servizio speciale (“speciale Benessere”), apparso sulla rivista mensile “*Class*” di agosto 2005 e contenente le recensioni di alcuni hotel e

³¹⁵ Cfr. Prov. n. 5104, PI1299, A Scuola di Sesso, Boll. Aut. Gar. n. 25/1997. Considerazioni analoghe hanno supportato il provvedimento che ha sancito la natura di pubblicità non trasparente, a favore dei depuratori S.I.D.E.A., del messaggio intitolato “Il futuro? Un depuratore in casa”, pubblicato sull’inserito settimanale “La Repubblica Salute” allegato al quotidiano “La Repubblica” del 7 novembre 1996. Cfr. Prov. n. 4843, PI1193, La Repubblica Salute, Boll. Aut. Gar., n. 13/1997. Si veda anche Prov. n. 4771, PI1092, Letti AXIL, Boll. Aut. Gar., n. 11/1997.

³¹⁶ Cfr. Prov. n. 4063, PI665, Professor Spasic, Boll. Aut. Gar. n. 28/96.

³¹⁷ Cfr. Prov. PI5531 - REGISTRAZIONI DOMINI .EU CON REGISTER.IT, del 15/03/07, Boll. Aut. Gar. N. 11/2007.

*beauty-farm*³¹⁸, ha assunto particolare rilievo la circostanza che l'editore ha provveduto a contattare suddette strutture al fine di proporre l'acquisto di pagine tabellari da inserire nello Speciale o comunque nel medesimo numero della rivista. Non a caso i trafiletti contenuti all'interno dell'articolo in contestazione riportavano le medesime offerte e trattamenti descritti nelle pagine tabellari, con l'adozione di uno stile e di espressioni del tutto simili a quelle ivi utilizzate.

3.2. Opportunità della presenza del messaggio

Un messaggio che determina la promozione di un prodotto è considerato non pubblicitario tutte le volte in cui è giustificata la sua stesura e la scelta in questo senso compiuta, per autonoma iniziativa, dalla redazione del giornale, del periodico o dell'emittente televisiva. In tale contesto l'opportunità è stata valutata dall'Autorità, in linea di massima, con riferimento alla *novità del prodotto* e all'*interesse generale* che questo può suscitare.

In una recente pronuncia è stato escluso il carattere pubblicitario di un servizio del notiziario TGCOM ad opera del giornalista Paolo Liguori, diffuso in data 23 gennaio 2005 su Rete 4, riguardante la nuova offerta di servizi televisivi a pagamento denominata "Mediaset Premium". Tale orientamento è stato supportato dal fatto che il servizio in questione risultava ben radicato nella cronaca in quanto proprio in data 23 gennaio sono state avviate le trasmissioni digitali operate con impianti terrestri e ricevibili a richiesta dell'utente mediante l'impiego di apposita scheda prepagata. Questo elemento ovviamente giustifica l'attenzione generale esistente sul prodotto da parte dell'utenza interessata alla ricezione degli eventi sportivi e fa propendere per la natura informativa del servizio in questione³¹⁹

Il riferimento ai profili d'interesse da parte del pubblico è stato determinante nella valutazione della presenza di Paolo Villaggio al varietà televisivo "Carramba che sorpresa" e della citazione del suo ultimo film. «L'annuncio dell'uscita nelle sale cinematografiche di un film di "Fantozzi", dopo due anni di assenza, appare, infatti,

³¹⁸ Prov. n. 15495, PI5075 - PUBBLICITÀ REDAZIONALE-PERIODICI VARI, del 16/5/06, Boll. Aut. Gar. n. 20/06

³¹⁹ Cfr. Prov. n. 14536, PI4786, Mediaset Premium, Boll. Aut. Gar., n. 29/2005, consultabile su www.agcm.it.

una notizia di attualità che può presentare profili di interesse per il pubblico, trattandosi di un personaggio ormai entrato nel costume del nostro paese come caricatura dell'impiegato medio ed essendo, per giunta, il personaggio, molto amato dal pubblico»³²⁰. Tale affermazione è stata avvalorata anche dal fatto che la stessa notizia ha ricevuto l'attenzione da parte di alcune testate giornalistiche nazionali.

La finalità di informare i lettori sull'esistenza di "determinati prodotti caratterizzati da elementi di novità e di originalità" è stata considerata espressiva dello scopo non promozionale di un servizio firmato da una giornalista ed inserito in una rubrica fissa del settimanale "Visto"- 6 giugno 1997 (pagina 24 e 25). Tale conclusione è stata inoltre accreditata dalla presenza di uno stile prettamente descrittivo consono all'intento informativo³²¹.

Non sempre però è sufficiente il profilo innovativo di un prodotto ad escludere la finalità pubblicitaria di una comunicazione ad essa inerente, soprattutto quando sussistono altri elementi che contraddicono tale scopo.

Tali considerazioni sono emerse nella valutazione dell'articolo apparso sul quotidiano "La Repubblica" del 6 marzo 1998 e relativo all'edizione italiana del periodico "National Geographic". In tale ipotesi il mero interesse ad informare dell'esistenza di un nuovo prodotto editoriale viene escluso dai toni magnificativi ed enfatici utilizzati, dalla specificazione delle modalità di abbonamento con i relativi prezzi, dall'evidente raffigurazione fotografica del prodotto ed, infine, dall'appartenenza de "La Repubblica" e di "National Geographic" al medesimo Gruppo editoriale³²².

A riguardo l'Autorità amministrativa, investita con ricorso avverso il summenzionato provvedimento, ha avuto modo di precisare che «la novità del prodotto, se può giustificare, con l'insorgere all'interesse di notiziarne il pubblico, il fatto che dello stesso sia data un'informazione di natura giornalistica e quindi oggettiva e neutrale, non autorizza però la stampa a farne pubblicità; pertanto se ne può informare il pubblico, in modo proporzionato allo spessore dell'interesse giornalistico alla segnalazione del prodotto, facendo buon uso del distacco, dell'atteggiamento critico e della sobrietà espressiva che contraddistinguono la comunicazione giornalistica rispetto alle

³²⁰ Cfr. Provv. n. 4977, PI1272, Promozione Film Fantozzi, *Boll. Aut. Gar.*, n. 19/1997, consultabile su www.agcm.it.

³²¹ Cfr. Provv. n. 5649, PI1531, "Che c'è di nuovo", *Boll. Aut. Gar.* n. 4/1998.

³²² Cfr. Provv. n. 6433, PI2022, National Geographic, *Boll. Aut. Gar.* n. 40/1998.

comunicazioni con finalità propagandistica, con la conseguenza che è legittimo il provvedimento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato che qualifichi come pubblicità ingannevole un articolo pubblicato sul quotidiano in cui l'effetto promozionale sovrasti quello informativo anche al cospetto di un prodotto munito di caratteristiche di una certa innovatività»³²³.

3.3. Contesto generale nel quale il messaggio viene inserito

In linea di massima l'*Antitrust* ha escluso la natura pubblicitaria nell'ipotesi in cui il messaggio fosse inserito in una rivista specializzata o in un ambito appositamente dedicato ai temi connessi a quello relativo alla comunicazione. In proposito merita di essere menzionata la decisione relativa all'articolo pubblicato su una rivista specializzata in tema di riparazioni d'auto e pertinente alla storia di una impresa che opera in tale settore. La connotazione tecnica della rivista ed il *target* specifico di lettori giustificano il taglio editoriale incentrato nella pubblicazione di articoli e rubriche che hanno per oggetto le imprese del settore e i prodotti da esse offerti. Inoltre secondo l'Autorità il periodico si caratterizza per un forte livello di interazione dell'editore con gli operatori del settore, che sono lettori della rivista, acquirenti degli spazi pubblicitari e oggetto dei servizi medesimi. Di conseguenza, capita spesso che le informazioni pubblicate provengano dall'impresa descritta. Tenuto conto di ciò l'Autorità ha constatato come le modalità di realizzazione dell'articolo nonché i toni di esposizione utilizzati rientrano nella prassi seguita normalmente dall'editore della rivista per nulla dissimile a quella utilizzata per gli altri articoli informativi inerenti determinati prodotti innovativi³²⁴.

In svariate occasioni l'*Antitrust* ha sottolineato che l'inserimento artificioso di un prodotto nel contesto generale di un servizio è indice presuntivo della finalità pubblicitaria perseguita³²⁵.

³²³ Così T.A.R. Lazio, Sez.I, 02/07/2001, n. 5836; parti in causa : Soc. La Repubblica ed. C. Garante concorrenza mercato; massima consultabile su www.francoabruzzo.it/docs/massimario04-05.rtf.

³²⁴ Cfr. Provv. n. 7951, PI266, NTS-IRGAS ed IRTEL, *Boll. Aut. Gar.*, n. 3/2000, consultabile su www.agcm.it.

³²⁵ Conforme a tale opinione anche la giurisprudenza amministrativa. Cfr. TAR Lazio, sez. III, 17 gennaio 2007 n. 308. In tale sentenza si sostiene: «La pubblicità redazionale e il product placement (con riguardo

Emblematico di questo orientamento è il provvedimento che ha sancito la natura promozionale del riferimento alla vettura Smart contenuto nel servizio fotografico dedicato all'attrice Anna Valle apparso sul periodico "Gioia", n. 35 settembre 2000³²⁶.

A tal proposito l'Autorità ha stabilito che il servizio fotografico in oggetto, compreso all'interno della rubrica "Moda", è finalizzato a fornire un quadro completo della personalità e dei gusti dell'attrice intervistata attraverso il riferimento a prodotti dalla stessa utilizzati. Infatti, nel servizio in questione la protagonista appare di volta in volta inquadrata con numerosi accessori, quali occhiali, gioielli, scarpe ed abiti.

In tale ambito generale l'inquadratura dell'automobile sulla prima pagina del servizio fotografico assume carattere del tutto artificioso, vista la mancanza di una specifica connessione fra la struttura del servizio, incentrato su prodotti appartenenti al mondo della moda, in particolare al settore dell'abbigliamento, e il riferimento all'automobile. Inoltre, si evidenzia come l'inquadratura metta in risalto il marchio della vettura ed il trafiletto riportato nella didascalia della fotografia utilizzi aggettivi alquanto elogiativi del prodotto.

Tale modalità di presentazione del prodotto non appare giustificata dal contesto del servizio in quanto la rappresentazione della personalità e dei gusti del personaggio non necessita di un riferimento così puntuale ed evidente all'autovettura "Smart".

Considerazioni analoghe hanno supportato una recente decisione dell'Autorità in relazione all'inserimento di una presunta pubblicità non trasparente all'interno del servizio televisivo "Portamonete", trasmesso nel corso del telegiornale del 18 ottobre 2005, sull'emittente televisiva "La 7", con particolare riguardo alle riprese del cartellone pubblicitario raffigurante il servizio "12.40 Pronto Pagine Bianche", di Seat Pagine Gialle S.p.A.³²⁷. L'Autorità ha rilevato che le specifiche inquadrature del cartellone pubblicitario che caratterizzano la ripresa, oltre ad isolare artificialmente il cartellone pubblicitario dal contesto nel quale è inserito, appaiono continuate, insistite,

alle opere audiovisive), concretatesi nell'esibizione o citazione a fini promozionali di un prodotto in un contesto comunicazionale informativo o di intrattenimento sono ricondotte nella nozione di pubblicità nascosta allorchè sussistano inquadrature indugianti in maniera innaturale sull'immagine commerciale ed inserite in modo artificioso nell'ambito del servizio, le quali non siano plausibilmente giustificabili in ragione di particolari esigenze artistiche o narrative»(in TAR Amm. 2007, p 187). Sul punto Cfr, TAR Lazio, sez. I, 11 marzo 2005 n. 1811, in Foro Amm. 2005, fasc. 3, p.701; TAR Lazio sez. I, 2 maggio 2006 n. 3044, in Foro Amm. 2006, 420.

³²⁶ Cfr. Provv. n. 10380, PI3532, Smart Cabrio & Passion-Pubblicità Trasparente, *Boll. Aut. Gar.*, n. 4/2002, consultabile su www.agcm.it.

³²⁷ Cfr. Provv. 15497, PI5101 - LA 7-PUBBLICITÀ OCCULTE, del 16/5/06, *Boll. Aut. Gar. N. 20/2006*

ravvicinate e risultano del tutto superflue e non funzionali rispetto al contesto ed ai contenuti della narrazione. Tutto ciò a differenza delle altre riprese di cartelloni pubblicitari che non presentano le predette caratteristiche di artificiosità, legata alla prolungata e insistita permanenza in video³²⁸. Il valore probante di tale indizio, peraltro, risulta ancor più significativo ove si consideri che, nella giornata del 18 ottobre 2005, sono stati trasmessi, così come risulta dalla documentazione allegata dalla stessa Seat Pagine Gialle, una decina di *spot* televisivi relativi al servizio “12.40”, alcuni dei quali andati in onda nelle fasce orarie che precedono e seguono l’edizione del TG “La 7”, durante il quale è stato trasmesso il servizio in contestazione.

In altra occasione è stato richiesto l’intervento dell’Autorità in relazione alla rivista “*Grazia*” del 25 ottobre 2005 che nel suo complesso e con riferimento ad alcuni servizi costituirebbe, secondo l’istante, una fattispecie di pubblicità non trasparente in favore dello stilista Giorgio Armani e dei suoi prodotti. In tale occasione l’Autorità ha valutato quale elemento di prova circa la natura pubblicitaria dell’operazione editoriale in esame la constatazione che all’interno della rivista sono presenti una pluralità di articoli in cui la presentazione dei prodotti Armani, oltre ad apparire del tutto superflua³²⁹ rispetto alle esigenze narrative, risulta effettuata in maniera artificiosa ed innaturale in stridente contrasto con il contesto asseritamente informativo dei messaggi. In tale contesto, l’obiettivo centrale della rivista sembra essere quello di fornire una sorta di rassegna sostanzialmente completa delle linee di prodotti Armani, e non invece quello di offrire un’informazione qualificata sulla persona e sulla personalità del noto personaggio, come sostenuto dalla società Armani³³⁰.

³²⁸ A quest’ultimo riguardo, infatti, giova precisare che la ripresa di un cartellone pubblicitario nel corso di una trasmissione televisiva non è idonea ad integrare una fattispecie di pubblicità camuffata a condizione che l’inquadratura non sia continuata ed insistita e che non determini un isolamento artificioso dello stesso dal contesto globale nel quale è inserito [Cfr. *PI798, provvedimento n. 3918 del 22 maggio 1996.*].

³²⁹ In tal senso, cfr. TAR Lazio, n. 2802 del 19 aprile 2006.

³³⁰ Si pensi, a titolo esemplificativo, agli articoli “*Diversa, Giorno e sera. Con il trucco*” (pagg. 193-197) e “*La cucina degli affetti*” (pagg. 241-250), dove le modalità di presentazione dei prodotti specificamente adottate evidenziano, senza dubbio, la prevalenza di finalità promozionali congiuntamente perseguite dalla Giorgio Armani e dall’Editore. In particolare, il servizio “*Diversa, Giorno e sera con il trucco*” si caratterizza oltre che per la monotematicità ed esclusività assegnata nell’economia del messaggio ai cosmetici Armani, attesa l’omissione di qualsivoglia citazione di prodotti concorrenti disponibili sul mercato, per il tono enfatico nella descrizione degli effetti creati dalle due proposte di make-up realizzate con i prodotti e le nuance del look marine Giorgio Armani Cosmetics, nonché per la presenza di elementi grafici e indicazioni tipiche della comunicazione commerciale. Le pagine 196 e 197, infatti, oltre a raffigurare i cosmetici della linea Giorgio Armani, contengono specifiche indicazioni sulla denominazione e sulle caratteristiche dei prodotti, sul prezzo, sull’utenza telefonica presso cui reperire informazioni. Analoghi aspetti ricorrono nel

3.4. I rapporti tra l'impresa interessata e il mezzo di diffusione del messaggio

L'esistenza di rapporti di collaborazione e di relazioni economiche tra l'impresa reclamizzata e il mezzo che ha diffuso il messaggio o il giornalista che ha redatto lo stesso è stata considerata, sin dalle prime pronunce dell'Autorità, un indice presuntivo grave della finalità commerciale della comunicazione esaminata³³¹.

Nel già citato caso degli articoli comparsi sul "*corriere della sera.it*" e finalizzati, secondo l'Autorità, a promuovere l'attività ed il servizio offerto dalla società Register.it in ordine alla registrazione dei domini ad estensione ".eu"³³², ha assunto valore probante il fatto che la Dada, società controllante la Register.it ha acquistato sulla versione cartacea del medesimo quotidiano, alcuni spazi pubblicitari volti a promuovere l'attività di Register.it, proprio in vista dell'avvio dell'operazione di registrazione dei domini ".eu". La comprovata esistenza di un rapporto di committenza tra la Dada, e dunque, tra la Register.it da questa controllata e la RCS Quotidiani, concernente, peraltro, una promozione pubblicitaria avente ad oggetto la stessa tipologia di servizio offerto dalla Register sul quale si incentrano gli articoli, secondo il consolidato orientamento dell'Autorità, è stata apprezzata quale ulteriore indice presuntivo della natura promozionale degli articoli oggetto di contestazione.

Analogamente l'Autorità, nella valutazione del carattere promozionale di alcune riprese del cartellone pubblicitario raffigurante il servizio "*12.40 Pronto Pagine Bianche*", nel corso del telegiornale del canale La 7³³³, ha attribuito valore probante alla esistenza di un rapporto di committenza tra Seat Pagine Gialle S.p.A. e il proprietario del mezzo di diffusione La 7 Televisioni S.p.A., concernente, peraltro, una promozione pubblicitaria avente ad oggetto il medesimo servizio di telefonia visualizzato nel corso del servizio e

servizio "*La cucina degli affetti*" dove la raffigurazione dei piatti, delle posate e delle tovaglie Armani con la specifica indicazione del marchio Armani Casa, appare del tutto superflua rispetto al contesto narrativo e assolutamente non giustificata dall'oggetto dell'articolo, essendo questo apparentemente diretto a presentare le ricette scelte e proposte dallo stilista. [In senso analogo cfr. TAR Lazio, del 3 marzo 2004, n. 1997; TAR Lazio, del 14 luglio 2004 n. 6906 e n.6908; da ultimo TAR Lazio, n. 1128 dell'8 febbraio 2005.].

³³¹ Si rinvia in proposito: Provv. n. 1347, PI89C, SALVE n.3, *Boll. Aut. Gar.*, n. 20-21/1993; Provv. n. 1385, PI107A, Salve n. 4, *Boll. Aut. Gar.*, n. 22-23/1993, consultabili su www.agcm.it.

³³² Cfr. Provv. PI5531 - REGISTRAZIONI DOMINI .EU CON REGISTER.IT, del 15/03/07, *Boll. Aut. Gar.* N. 11/2007.

³³³ Cfr. Provv. 15497, PI5101 - LA 7-PUBBLICITÀ OCCULTE, del 16/5/06, *Boll. Aut. Gar.* N. 20/2006

concretatasi in alcuni spot trasmessi nelle fasce orarie che precedono e seguono l'edizione del TG "La 7" in oggetto.

In relazione all' ipotesi di pubblicità occulta relativa alla ripetuta inquadratura del marchio riportato sulla maglietta del conduttore Massimo Caputi, nel corso della trasmissione televisiva "Isola dei Famosi 3"³³⁴, l'Autorità ha considerato quale elemento indiziario significativo il fatto che la RAI e la Samanà S.r.l., licenziataria del marchio "Gatta ci Cueva" raffigurato sulle magliette del conduttore della trasmissione hanno concluso un contratto qualificato dalle parti come "noleggior di capi d'abbigliamento per la produzione televisiva Isola dei Famosi". Il contratto indicato, in considerazione dei suoi contenuti, rappresenta un elemento dal quale desumere l'esistenza di un rapporto di committenza, intercorso tra il proprietario del mezzo di diffusione ed il committente, avente ad oggetto la promozione del marchio "Gatta ci Cueva".

In una precedente occasione l'Autorità ha considerato pubblicità non trasparente delle Ferrovie l'intervista televisiva, rilasciata nell'ambito di un programma di approfondimento sul tema del Giubileo a Roma, dell'amministratore delegato delle Ferrovie dello Stato. Nella pronuncia si fa espresso riferimento non solo al contenuto dell'intervista ma anche all'esistenza di un contratto tra la Rai e la società Efeso (controllata dalle Ferrovie dello Stato) per la realizzazione di servizi televisivi promozionali³³⁵.

Tuttavia la constatazione di relazioni economiche tra i soggetti coinvolti non sarà sufficiente a provare la natura pubblicitaria del messaggio qualora il contenuto dello stesso appaia indiscutibilmente neutrale e, dunque, non sia espressivo di un concreto interesse pubblicitario³³⁶.

³³⁴ Cfr. Provv. n. 15627, PI5088 - ISOLA DEI FAMOSI-PUBBLICITÀ OCCULTA, del 21/6/06, Boll.Aut.Gar., n.25/2006.

³³⁵ Cfr. Provv. n. 4679, PI1121, EFESO-RAI, Boll. Aut. Gar., n. 7/1997.

³³⁶ Nel provvedimento relativo all'ipotesi di pubblicità non trasparente del settimanale "Novella 2000" all'interno della rivista "L'Europeo", l'Autorità ha affermato: « che la circostanza che il settimanale "Novella 2000" sia edito dalla stessa società editrice del periodico "L'Europeo" non può, infine, essere di per sé considerato un elemento atto a dimostrare in via presuntiva una eventuale finalità promozionale del servizio oggetto di contestazione, tenuto conto del fatto che alla applicazione di un così generico criterio analitico-interpretativo conseguirebbe una illegittima compressione di un diritto costituzionalmente garantito». Così Provv. n. 2713, PI379, L'Europeo/Novella 2000, Boll. Aut. Gar., n. 3/1995, consultabile su www.agcm.it.

Nelle sue decisioni l'*Antitrust* ha dato rilievo anche alla circostanza che sia la stessa impresa interessata a fornire il materiale utile alla redazione del servizio. In proposito si rinvia al provvedimento, a cui si è già fatto riferimento in relazione ad altri indici presuntivi, relativo al programma "Il Viaggiatore", andato in onda su Rete 4 in data 12 luglio 2004 considerato promozionale delle navi da crociera Costa. Dalle risultanze istruttorie è emerso infatti come la nave sia stata fornita, senza il pagamento di alcun corrispettivo per l'utilizzo, da parte della società Costa Crociere. Anche nel provvedimento, precedentemente menzionato, relativo al carattere pubblicitario dell'inquadratura dell'autovettura "Smart" nel servizio apparso sul periodico "Gioia", l'Autorità ha tenuto conto del fatto che questa è stata fornita direttamente da una concessionaria della Mercedes per il servizio in esame. Si tratta di elementi che seppure inidonei da soli ad accertare il carattere pubblicitario di una comunicazione sicuramente forniscono maggiore peso ad altri indici già esistenti.

Infine, si reputa rilevante citare la decisione dell'Autorità relativa al numero 43/2005 del settimanale "*Grazia*" 2005, che nel suo complesso e con riferimento ai servizi ivi contenuti, costituirebbe una fattispecie di pubblicità non trasparente in favore dello stilista Giorgio Armani e dei suoi prodotti³³⁷. In tale occasione un indice di sicuro rilievo al fine di acclarare la natura pubblicitaria della rivista è stato rappresentato dalla comprovata esistenza di reiterati rapporti di committenza di natura commerciale tra la Giorgio Armani S.p.A. e l'Arnoldo Mondadori Editore S.p.A. Il valore probante di tale indizio, peraltro, risulta ancor più significativo ove si consideri che in termini di valore gli acquisti pubblicitari effettuati su *Grazia* costituiscono circa la metà dell'investimento pubblicitario complessivo effettuato dalla Giorgio Armani sulle diverse testate editate dalla Mondadori S.p.A. e che, numerosi spazi pubblicitari sono stati acquistati proprio sui numeri della testata che precedono e seguono quello oggetto di contestazione. Inoltre, a conferma di tale indice, l'Autorità ha rilevato che la rivista si caratterizza non solo per la centralità assegnata al personaggio, ma soprattutto per il ruolo svolto dallo stilista, che, come riconosciuto dalla società Mondadori S.p.A., nella qualità di "consulente di eccezione" ha dato la sua impronta al numero della rivista: in tale veste, lo stilista, nell'ambito di una finzione editoriale, si è trasformato per un giorno nel condirettore della rivista, partecipando attivamente alla definizione dei

³³⁷Cfr. Provv. n. 15532, PI5074 - GRAZIA-NUMERO SPECIALE FIRMATO GIORGIO ARMANI, del 24/5/06, Boll. Aut. Gar., N. 21/2006.

contenuti delle varie sezioni tematiche, alla scelta delle immagini da pubblicare e dei prodotti da prendere in considerazione nei diversi servizi. Tale peculiare circostanza ha determinato una indubbia confusione tra il soggetto e l'oggetto della comunicazione, ossia tra colui che è chiamato a curare l'informazione e colui che ne rappresenta il protagonista diretto o indiretto, tanto che, come desumibile dalle affermazioni dello stesso editore, non può ritenersi che si sia di fronte ad un'ipotesi di un'informazione neutrale ed obiettiva rispetto al campo di attività di Armani.

4. La riconoscibilità del messaggio pubblicitario da parte dei consumatori

Dal momento in cui viene accreditata la natura pubblicitaria della comunicazione l'Autorità dovrà valutare se essa sia riconoscibile come tale dai dei consumatori. Anticipando che non esistono norme concrete per distinguere, da un punto di vista tecnico, ciò che è un'informazione generale da ciò che è attività pubblicitaria, il compito dell'Autorità consisterà nel valutare, caso per caso, se le risorse utilizzate permettano o meno al consumatore di individuare con chiarezza il fatto che si trova di fronte ad un messaggio promozionale³³⁸. Va subito evidenziato che sia il codice del consumo che il C.A.P. nel vietare la comunicazione decettiva considerano come "consumatori" coloro cui la comunicazione è rivolta o che possono essere raggiunti dalla stessa. In particolare, il codice del consumo definisce come consumatore la persona fisica o giuridica che agisce per scopi estranei alla propria attività imprenditoriale o professionale, a cui sono dirette le comunicazioni commerciali o che ne subisce le conseguenze (artt. 3, co.1, lett.a) e 18 co.2 D.Lgs. 206/2005. Il C.A.P. a sua volta definisce il consumatore come « ogni persona cui è indirizzato il messaggio pubblicitario o che sia suscettibile di riceverlo» (lett. e), Disposizioni preliminari e generali). Definita la nozione di consumatore assume decisivo rilievo stabilire il suo livello di discernimento da utilizzare quale parametro di valutazione nella definizione del carattere occulto di un messaggio pubblicitario.

³³⁸ In riferimento alla pubblicità a mezzo stampa l'art. 23, comma 1 del Codice del Consumo, richiede l'utilizzo di "modalità grafiche di evidente percezione". Rispetto alle trasmissioni pubblicitarie il Testo Unico della Radiotelevisione (d.lg. n.177/2005) all'art. 4, I co, lett. c), dispone che « [...] siano riconoscibili come tali e distinte dal resto dei programmi con mezzi di evidente percezione [...] ».

La tipologia del consumatore di riferimento è stata oggetto di vivace dibattito. Parte autorevole della dottrina si è più volte espressa a favore della figura del c.d. consumatore sprovveduto. Questo orientamento, che si è affermato soprattutto negli anni 60³³⁹, continua ad essere sostenuto da diversi autori; vi è chi, analizzando il d. lgs. 74/92, ritiene che «le esigenze di tutela poste dal decreto impongono di assumere a parametro di riferimento *un modello di consumatore non particolarmente avveduto*»³⁴⁰. Conformemente a tale orientamento si è espressa la giurisprudenza penale nonché il Giurì dell'autodisciplina pubblicitaria secondo il quale «la tutela dell'autodisciplina è rivolta alla parte anche meno evoluta dei destinatari dei messaggi», pertanto al «consumatore meno agguerrito criticamente» o anche a quello «più sprovveduto» che occorre far riferimento per decidere se un messaggio sia riconoscibile o meno³⁴¹.

Tuttavia attualmente il grado di decettività del messaggio, anche se non sussiste una espressa previsione in tal senso, è individuato secondo la dottrina maggioritaria in riferimento alla tipologia media di consumatore al quale è indirizzata la comunicazione³⁴². Tale orientamento segue il criterio che si è consolidato nei tribunali ordinari in materia di concorrenza sleale³⁴³.

Il riferimento al criterio del “consumatore medio” troverebbe conferma, inoltre, nella giurisprudenza della Corte di Giustizia; in particolare, nella sentenza “Gut Springenheide” del 16 luglio del 1998, superando in termini di chiarezza e precisione i pronunciamenti precedenti – nei quali il tribunale comunitario si allontanava dall’idea

³³⁹ Negli anni 60 il VANZETTI segnalava che «non troverebbe pertanto alcuna giustificazione, nella valutazione dell’idoneità ingannevole, il riferimento a un canone astratto di diligenza, di discernimento, medio, visto che ogni criterio di questo tipo sacrifica programmaticamente l’interesse dei soggetti che stanno al di sotto di questa media, e che nel caso nostro tale sacrificio non avrebbe nessuna ragione d’essere.» Cfr. VANZETTI, A., *La repressione della pubblicità menzognera*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1964, p. 614. Il menzionato orientamento è condiviso dal BRICOLA, F., *Profili penali della pubblicità commerciale*, in *riv.it. dir. e proc. pen.*, 1965, p. 736 e dal GHIDINI, G., *La reclame menzognera come atto di concorrenza sleale*, in *riv. dir. civ.*, 1967, p.414.

³⁴⁰ Cfr. MELI, V., *op. cit.*, p.58; in maniera analoga Cfr. CAFAGGI F., CUFARO V., DI VIA L., *op.cit.*, 730.

³⁴¹ In tal senso si vedano le pronunce del Giurì: n. 29/76, n. 6/80, n. 165/93, n. 84/94, n. 122/98, n. 275/01, n. 302/01.

³⁴² Sul punto si rinvia: FUSI, TESTA, COTTAFI, *op.cit.*, 136; ROSSELLO, C., *La pubblicità ingannevole*, in *Contratto e Impresa*, 1995-I, 168. Tale autore ritiene infatti che «lo standard da considerare ai fini della riconoscibilità dovrebbe essere quello, non particolarmente elevato del consumatore medio»

³⁴³ Cfr. sul punto App. Milano 29.05.74., in GADI, p. 540; App. Milano 24.12.76, in GADI, 1976, p.872; App. Milano 08.02.1977, in GADI, 1977, p.922. Analizzando le sentenze dei tribunali ordinari l’UNNIA evidenzia il fatto che « il parametro del consumatore di media avvedutezza, intelligenza e capacità critica, piuttosto che a uno di particolare accortezza, costituisce il parametro costante nella valutazione degli atti di concorrenza sleale.» Cfr. UNNIA, F., *op. cit.*, p.210.

di considerare il “consumatore medio” come un consumatore irriflessivo e acritico³⁴⁴ - la CGCE ha tracciato il prototipo di “consumatore medio europeo” definendolo come un «consumatore ragionevolmente informato, attento e perspicace.³⁴⁵» È importante evidenziare che il principio di trasparenza non sarà rispettato ogni qual volta il consumatore medio, senza operare una analisi minuziosa del messaggio, non sarà capace di discernere a prima impronta il carattere promozionale della comunicazione. In proposito l’*Antitrust* ha precisato che: «Il requisito della immediata riconoscibilità del messaggio implica - secondo l’orientamento dell’Autorità sul punto [*Si veda il provvedimento del 18 dicembre 1997 n. 5571 in Bollettino n. 51/1997.*] - che il lettore debba essere posto in grado di distinguere la effettiva natura di un testo senza che sia necessario, a tal fine, compiere ragionamenti deduttivi; ciò a tutela della sua libertà di scelta in ordine alla decisione se iniziare o meno la lettura di un messaggio pubblicitario.»³⁴⁶.

5. Modalità di identificazione del messaggio pubblicitario

Sia il d.lgs. 74/92 sia il Codice di autodisciplina pubblicitaria, alludendo rispettivamente alle «modalità grafiche di evidente percezione» ed agli «idonei accorgimenti», si limitano ad offrire formule generiche di identificazione della pubblicità, ragione per la quale sorge il problema di determinare quali debbano essere nel concreto le misure da adottare allo scopo di evitare di indurre il pubblico in errore circa la natura della

³⁴⁴ Cfr. sul punto A. DAUSES, *La jurisprudencia del TJCE en materia de proteccion del consumidor y libertad publicitaria en el mercado interior*, in *Autocontrol de la publicidad*, n. 39 (febbraio 2000), www.aap.es, pp13-14, e soprattutto PALAU RAMIREZ, *El consumidor medio y los sondeos de opinion en las prohibiciones de engano*, in *Autocontrol de la publicidad*, n. 75, pp. 375-380, il quale distingue due gruppi di sentenze: un primo gruppo che nega il concetto di consumatore acritico e irriflessivo ed un secondo blocco che fissa come parametro di valutazione quello del consumatore ragionevolmente informato e perspicace.

³⁴⁵ La nozione di consumatore medio stabilita dalla CGCE è stata assunta anche dalla giurisprudenza spagnola. Cfr. in questo senso TATO PLAZA, A., *En torno a la reciente evolucion de la jurisprudencia publicitaria*, in *Autocontrol de la publicidad*, n. 71, 2003, p. 41-42.

³⁴⁶ Cfr. Provv. n. 5747, PII757, Redazionale Ville e Casali, *Boll. Aut. Gar.*, n. 9/1998, consultabile su www.agcm.it. Tale orientamento è stato condiviso anche dalla giurisprudenza amministrativa che, infatti, ha più volte enunciato il principio secondo cui la riconoscibilità della natura pubblicitaria del messaggio deve essere immediata, nel senso che il consumatore deve trovarsi nelle condizioni di distinguere la effettiva natura di un testo prima di averne intrapresa la lettura, a tutela della sua libertà di scelta in ordine alla decisione di iniziarne o meno l’esame (così TAR Lazio, del 24 gennaio 2005, n. 6).

comunicazione. A tale fine l’Autorità ha individuato una serie di elementi che possono essere considerati per la loro maggiore o minore idoneità ad agevolare il pubblico ad identificare il carattere pubblicitario di una comunicazione o, viceversa, il suo carattere informativo.

A. Elementi che agevolano l’identificazione del carattere pubblicitario dei messaggi

In riferimento alla disposizione grafica del messaggio, *l’incorniciatura del messaggio con una linea* ha contribuito in alcune occasioni ad una adeguata identificazione³⁴⁷, sebbene le sentenze dell’Autorità abbiano rivelato che il citato meccanismo non è idoneo in tutti i casi ad evitare l’errore del pubblico, giacchè spesso la “filettatura” viene impiegata anche per gli articoli d’informazione giornalistica³⁴⁸. D’altra parte, neppure gli *sfondi di pagina colorati* ed altri espedienti simili sono stati sufficienti per avvertire i lettori del carattere pubblicitario dell’informazione³⁴⁹.

Sono meccanismi idonei ad identificare la pubblicità – cosa che non vuol dire che siano sufficienti in tutti i casi – la *ripetuta presenza di immagini fotografiche del prodotto pubblicizzato*, soprattutto quando ad esse non si accompagna un commento o una nota a piè di pagina, propria degli articoli informativi³⁵⁰. Stesso valore identificativo assume *l’assenza di numerazione di pagina* così come la numerazione con caratteri tipografici

³⁴⁷ Cfr. Provv. n. 822 (PI17), Mulino Bianco Barilla, 10/12/92 nel quale l’Autorità ha scartato la pubblicità occulta con la considerazione che, tra le varie circostanze, «la filettatura nera che incornicia i messaggi costituisce un ulteriore elemento idoneo ai fini della immediata percezione della natura pubblicitaria, in quanto contribuisce a rendere lo stesso distinguibile dalle altre forme di comunicazione al pubbliche presenti nel citato settimanale». Provv. consultabile su www.agcm.it. Sulla stessa linea cfr. provv. n. 2425 (PI318) Labo Crex, del 3/11/94, www.agcm.it. Si vedano in relazione alla filettatura che incornicia il messaggio Aut. Gar. n. 6937 e n. 9371; in relazione alla presenza di avvertenze Aut. Gar. n. 6808 e n. 6125; in relazione alla menzione dell’inserzionista Aut. Gar. n. 6808, n. 7075, n. 9371

³⁴⁸ In questo senso, Provv. 767 (PI22) Federazione Farmacisti/Korff, del 4/11/92, www.agcm.it.

³⁴⁹ Di fatto secondo l’Autorità «né può ritenersi fattore sufficiente a rendere riconoscibile la natura pubblicitaria dell’articolo la presenza di uno sfondo colorato, in quanto tale caratterizzazione grafica, essendo costantemente utilizzata nell’ambito delle molte altre rubriche comprese nel giornale, non è percepibile da parte del lettore come segno distintivo della natura pubblicitaria dell’articolo, ma piuttosto inteso come un elemento decorativo adottato dalla testata» Cfr. Provv. n. 3748 (PI697), Armani, del 28/3/96, www.agcm.it.

³⁵⁰ Cfr. Provv. n. 823 (PI18), Lancome, del 10/12/1992, in cui si pone in evidenza che «la percezione della natura pubblicitaria del messaggio viene rafforzata dalle riproduzioni fotografiche della confezione dei prodotti solari “Lancome”, inserite, in primo piano ed in posizione centrale, nella terza pagina del messaggio». Consultabile su www.agcm.it.

diversi da quelli impiegati nelle altre pagine del quotidiano o della rivista³⁵¹ nonché l'assenza di una firma che accredita la paternità del testo³⁵².

Allo stesso modo, sia la *collocazione dell'annuncio controverso accanto ad altri messaggi dichiaratamente pubblicitari*³⁵³ sia l'*impiego di slogan*³⁵⁴ hanno palesato in diverse occasioni, in maniera chiara ed inequivocabile, un concreto interesse promozionale.

Nella maggior parte dei casi in cui si è verificata la natura pubblicitaria del messaggio, in relazione alla identificazione della stessa, sono stati presi in considerazione i *caratteri grafici* impiegati. Infatti, mentre l'utilizzo di caratteri diversi da quelli adoperati in altri testi del quotidiano ha reso evidente la natura pubblicitaria di certi annunci³⁵⁵, il ricorso ad un tipo di carattere simile a quello utilizzato negli articoli informativi ha escluso un'adeguata identificazione della pubblicità³⁵⁶.

Passando ad esaminare le locuzioni che palesano esplicitamente la natura pubblicitaria – tali come “pubblicità”, “informazione pubblicitaria”, “messaggio promozionale” o

³⁵¹ Cfr. Provv. n. 2435 (PI327), Riviera romagnola, del 9/11/94, www.agcm.it

³⁵² Cfr. Provv. n. 2435 (PI327), Riviera romagnola, del 9/11/94, www.agcm.it. È rilevante sottolineare come la firma dell'autore dell'articolo rappresenti elemento idoneo ad escludere la finalità pubblicitaria solo ove concorrano altri indici atti ad avvalorare tale esclusione, mentre nella maggior parte dei casi, essa stessa è indice dell' occultamento del messaggio dietro le mentite spoglie giornalistiche. In questo senso si vedano Provv. n. 8309 (PI 2815), CFG E CEI, del 15/5/00; Provv. n. 4004 (PI817) Shiseido-Oggi, del 16/6/96; Provv. n. 5825 (PI1597), Bayer One Day, del 26/3/98; Provv. n. 6067 (PI1775), Redazionale Madame Class, del 4/6/98. Tutti consultabili su www.agcm.it. Si veda inoltre sul punto RUFFOLO, U., *Manifestazione del pensiero e pubblicità redazionale: il percorso tortuoso di una libertà scomoda, op.cit.*, 141.

³⁵³ Cfr. Provv. n. 2403 (PI325), Gruppo Favini, del 26/10/94, www.agcm.it; Provv. n. 2665 (PI380), La Repubblica-Vichy, del 10/01/95 nel quale l'Autorità ha inteso che « la circostanza che il messaggio del Centro Vichy sia inserito in una parte della pagina del quotidiano in cui sono presenti altri due annunci pubblicitari, rappresenta un elemento idoneo a qualificarlo come pubblicità, in quanto esso, al pari di altri due annunci, è collocato in una parte della pagina nettamente separata dalla parte informativa e, pur presentandosi con una struttura differente da quella degli altri messaggi, essendo l'unico redatto in forma discorsiva, non sembra indurre il lettore a distinguerlo dagli altri messaggi ma ad accomunarli ad essi.» Cfr. www.agcm.it.

³⁵⁴ Cfr. provv. n. 967 (PI19), Speciale Yogurt, del 18/2/93, www.agcm.it.

³⁵⁵ Cfr. provv. n. 2403 (PI325), gruppo Favini, del 26/10/94; Provv. n. 2435 (PI327), riviera Romagnola, del 9/11/94, entrambi su www.agcm.it.

³⁵⁶ Cfr. Provv. n. 8309 (PI 2815), CFG E CEI, del 15/5/00; Provv. n. 4004 (PI817) Shiseido-Oggi, del 16/6/96; Provv. n. 3618 (PI662), Dentifricio Mentadent, del 15/2/96; Provv. n. 6067 (PI1775), Redazionale Madame Class, del 4/6/98. Tutti consultabili su www.agcm.it. Più di recente si veda Provv. PI5531 - REGISTRAZIONI DOMINI .EU CON REGISTER.IT, del 15/03/07, Boll.Aut. Gar. N. 11/2007. In tale ipotesi l'Autorità ha ritenuto che gli articoli non siano riconoscibili come pubblicità, in quanto sono assenti elementi che rendano edotto il telespettatore della finalità pubblicitaria degli stessi. Gli operatori pubblicitari, infatti, non hanno adottato alcuna espressa dicitura o indicazione che renda evidente la natura promozionale degli articoli segnalati. Altri elementi, quali la struttura e l'impostazione grafica dei messaggi, che non differiscono da quelle impiegate negli altri articoli ospitati sul sito internet, contribuiscono a confondere il lettore circa la reale natura pubblicitaria dei testi denunciati.

simili – si deve sottolineare che la loro assenza non implica necessariamente la mancanza di possibilità di identificare il messaggio³⁵⁷. Questa affermazione è coerente al disposto normativo dal momento che l'art. 23, comma 1, del codice del consumo, richiede che la pubblicità sia riconoscibile come tale e non la sua espressa dichiarazione.

I termini menzionati hanno evidenziato in diversi casi il carattere promozionale delle comunicazioni³⁵⁸, mentre in altre occasioni, a causa soprattutto della loro redazione in caratteri tipografici diversi ma praticamente impercettibili, non sono stati sufficienti all'identificazione della pubblicità³⁵⁹.

Le indicazioni tracciate dall'Autorità sono conformi a quanto stabilito in diverse decisioni dal Giurì di autodisciplina pubblicitaria. Secondo quest'ultimo non sono stati ritenuti sufficienti a garantire la riconoscibilità del messaggio pubblicitario, ad esempio, l'uso di una filettatura (Giurì 8/77) o di una linea tratteggiata (Giurì 9/77) intorno al testo, l'uso del “neretto”(Giurì 150/89 e 68/91). In relazione alle diciture le indicazioni “pubblicità”, “informazione commerciale” e simili sono state considerate sufficienti (Giurì 24/76) o meno (Giurì 150/89 e 56/91) in base alle dimensioni ed ad altri elementi caratterizzanti i servizi.

B. Elementi che ostacolano l'identificazione del carattere pubblicitario dei messaggi

Rientrano in tale ambito tutti quegli elementi che, evidenziando il carattere informativo di un messaggio, sono idonei a sviare il pubblico da quella che è la reale natura dello stesso. Ciò avviene quando il messaggio è inserito in una rubrica tematica, o in un

³⁵⁷Di questo avviso l'Autorità che nel caso CFG E CEI ha osservato che «l'assenza di dicitura che espliciti puntualmente la finalità promozionale perseguita dall'inserzionista non assume, per sé sola, rilievo decisivo ai fini di escluderne la riconoscibilità da parte del lettore quando siano contestualmente presenti degli indicatori alternativi» Cfr. Provv. n. 8309 (PI 2815), CFG E CEI, del 15/5/00, www.agcm.it.

³⁵⁸ Si vedano tra gli altri Provv. n. 4485 (PI1062), Istituto Reval, del 5712/96; Provv. n. 2425 (PI318), Labo Crex, del 3/11/94, entrambi su www.agcm.it.

³⁵⁹ Anche il Giurì in proposito ha sostenuto che «le diciture *informazione pubblicitaria* o *pubblicità* non sono sufficienti a rendere riconoscibile il carattere dell'annuncio non solo quando tali diciture abbiano dimensioni molto piccole e quando lo stile redazionale del titolo e del resto dell'annuncio, l'impostazione grafica complessiva e i caratteri tipografici del messaggio siano quelli propri degli articoli d'informazione, ma soprattutto quando sono pubblicati non nel mezzo di altri annunci pubblicitari ma in “continuità” con articoli dichiaratamente e realmente d'informazione gioranalistica» Cfr, dec. N. 68/91, del 17/5/91, in *Giur. pubbl.*, IV, 1992, p. 367.

servizio informativo a carattere generale; oppure quando esplicitamente viene dichiarato il carattere giornalistico del messaggio attraverso l'indicazione della comunicazione nel sommario o sulla copertina, attraverso la dicitura "nostro servizio". Si tratta, dunque, di una serie di meccanismi particolarmente adatti a rendere difficoltosa l'identificazione del messaggio da parte dei suoi destinatari. Tra questi, rileviamo, per la loro importanza e per la loro singolarità nella prassi italiana, i seguenti:

1) Utilizzo della firma in testi pubblicitari

In proposito si è sostenuto che «la firma dell'articolaista è suscettibile di rilevare in sede di due valutazioni differenti. Quella attinente alla natura, pubblicitaria o meno, dell'articolo; e quella riguardante la sua trasparenza»³⁶⁰. In relazione al primo punto l'Autorità ha difeso la natura promozionale degli articoli firmati da giornalisti e da altri professionisti estranei al mondo della comunicazione (medici, avvocati etc.), negando così che la paternità di un testo garantisca la sua finalità informativa. In particolare nella causa "Salve n. 3", si è constatato il carattere pubblicitario di un articolo che descriveva le caratteristiche dei prodotti "Osmodyn" nonostante lo stesso fosse stato firmato da un medico collaboratore della rivista³⁶¹. La stessa circostanza è stata irrilevante nella causa "Bayer One a day", in cui la firma apposta all'articolo non ha evitato la valutazione dello stesso come pubblicitario³⁶².

Tuttavia la menzionata tendenza interpretativa – secondo la quale la firma dell'articolaista non è sufficiente per accreditare la natura informativa dei suoi testi – non è stata applicata in quei casi in cui la redazione dell'articolo è a carico di un collaboratore fisso del quotidiano o della rivista, e si inquadra in una sezione specializzata di detto giornale. Così, in "il Venerdì – Suban", in cui si discuteva circa la pubblicità occulta a favore del ristorante "Suban", è stata esclusa la finalità promozionale dell'articolo oggetto del ricorso in quanto lo stesso si inseriva in una sezione della rivista che ogni settimana si dedicava alla presentazione di un ristorante diverso ed era sempre realizzata dagli stessi autori, quali collaboratori fissi del

³⁶⁰ Cfr. Cartella M., *trasparenza della pubblicità e tendenze applicative dell'Autorità Garante*, in *Riv.dir. ind.*, 1995 –II. P.234.

³⁶¹ Cfr. provv. n. 1347 (PI189C), Salve n.3, del 6/8/93, www.agcm.it.

La medesima rivista nel numero successivo ha pubblicato un ulteriore messaggio pubblicitario accertato come occulto e corredato della firma dell'articolaista. Cfr. provv. n. 1385 (PI107A), Salve n. 4, del 23/8/93, www.agcm.it

³⁶² Cfr. Provv. n. 5825 (PI1597), Bayer One a day, del 23/3/98, www.agcm.it

giornale³⁶³. Allo stesso modo, il fatto che un articolo dedicato ad uno modello e marca automobilistica fosse incluso nella sezioni “Motori” – dedicata esclusivamente al mercato automobilistico – e fosse firmata da un assiduo collaboratore della rivista, ha dato prova della natura informativa dell’articolo³⁶⁴.

2) Particolari modalità di utilizzo dei testimonials³⁶⁵

La partecipazione di noti professionisti della comunicazione in diversi annunci pubblicitari ha dato luogo ad una serie di decisioni giurisprudenziali nell’ambito delle quali si è fatto riferimento, in maggiore o minore misura, alle norme che impongono la realizzazione di una pubblicità trasparente.

a. Il caso Lambertucci

Nel 1992 sono stati trasmessi nelle reti televisive, sia pubbliche che private, quattro spot nei quali una nota esperta in temi di alimentazione e salute, la sig.ra Lambertucci, promuoveva un prodotto (l’acqua minerale “Rocchetta”), direttamente relazionato con la sua specifica area di competenza³⁶⁶.

Gli spot hanno sollevato un ampio dibattito circa la loro natura illecita data al loro capacità ad indurre il pubblico in errore riguardo la loro vera natura. Il Giurì, investito della questione, dopo aver affermato la condizione di esperta della sig.ra Lambertucci, ha concluso che «una persona che sia giunta a rivestire una posizione di esperta autorevole e riconosciuta e per definizione obiettiva non può far pubblicità nel settore di sua specifica competenza senza che si determini un rischio di inganno del pubblico

³⁶³ Cfr. Prov. n. 1287 (PI131), Il venerdì-Suban, del 2/7/93, www.agcm.it.

³⁶⁴ Cfr. Prov. n. 2469 (PI359), OPEL Omega, del 16/11/94, www.agcm.it; in maniera analoga si v. Prov. n. 1286 (PI129), Brava Casa- CD Philips, del 2/7/93, www.agcm.it.

³⁶⁵ Nella terminologia pubblicitaria con il termine *testimonial* si fa riferimento a «un personaggio, reale o fittizio, a cui si ricorre per dare credibilità alle affermazioni in favore del prodotto contenute nel messaggio o per trasferire la simpatia e la notorietà. Di cui egli gode presso il pubblico, all’immagine del prodotto pubblicizzato» Cfr. Mariani, Cortese, *Il dizionario della pubblicità e comunicazione*, Lupetti, Milano, 1988.

In proposito si è osservato che «il testimonial svolge solitamente un’altra attività di natura diversa da quella pubblicitaria in altro campo dove effettivamente costruisce e “mantiene” la sua immagine. Tale attività primaria è normalmente nota al consumatore ed è il parametro in base al quale si forma il giudizio. Il successo nell’attività primaria è quindi in proporzione diretta con la riuscita dell’attività pubblicitaria, che è perciò legata agli attributi personali più o meno cangianti del testimonial. L’efficacia del messaggio del testimonial è così strettamente collegata alla sua reputazione, il giudizio di valore sulla persona-giudizio soggettivo e variabile – caratterizza cioè la positività o meno del messaggio pubblicitario dalla stessa divulgato.» Cfr. Gambino, A.M., *Nino Manfredi: il testimonial scomodo*, in *Dir. ind.*, n. 2/1995, p.189.

³⁶⁶ Cfr. Decisione Giurì n. 146/92, del 30/10/92, in *Giur. Pubbl.*, V, 1994, p.253 e il ricorso innanzi alla giustizia ordinaria presso il Pretore di Roma, del 4/2/93, Pretore Bajardi, in *Giur. pubbl.*, V, 1994, p.65.

circa la reale natura del messaggio che gli viene proposto». Con la menzionata decisione l'organo di autodisciplina tracciava il profilo del testimonial "pubblico consigliere"³⁶⁷ e, soprattutto, stabiliva che la sua partecipazione in pubblicità relative al settore di sua competenza poteva determinare un rischi di inganno nel pubblico circa la natura commerciale della comunicazione³⁶⁸.

b. Il caso Parodi

Quattro anni dopo il caso Lambertucci si è analizzato il carattere ingannevole di uno spot pubblicitario in cui una nota presentatrice del telegiornale di Canale 5, Cristina Parodi, promuoveva un detersivo per lavatrice e, collateralmente alcuni indumenti di una nota marca. Nell'annuncio, che riproduceva l'ambientazione tipica dei telegiornali informativi, appariva la giornalista che simulando l'esercizio della propria professione intervistava un manager della casa di abbigliamento col fine di verificare le qualità del suddetto detersivo³⁶⁹.

Il Giurì, pur sottolineando che nulla di illecito poteva dedursi dall'impiego di una giornalista nel fare pubblicità, ha ritenuto l'annuncio ingannevole intendendo che la presentatrice non promuoveva il prodotto come una consumatrice qualsiasi, bensì lo faceva simulando la sua attività professionale³⁷⁰. Da parte sua, anche l'Autorità Garante

³⁶⁷ Secondo il Guggino il testimonial "pubblico consigliere" e «un soggetto la cui attività prevalente consiste nel giudicare e consigliare dei prodotti e dei servizi nell'interesse del pubblico, assurgendo quindi a giudice obiettivo, ed esperto *super partes*, che gode della fiducia del pubblico a ragione della sua indipendenza di giudizio.» Cfr. Guggino, V., *Il caso Parodi*, in *Dir. ind.*, 12/96, p.1046.

³⁶⁸ Nella motivazione del Giurì si afferma che « La notorietà dell'esperto consigliere, a differenza di quella del campione sportivo e dell'attore, è indissolubilmente legata al suo carattere di giudice obiettivo, che giudica e consiglia i prodotti nel solo interesse dei consumatori. Perciò non è pensabile che, quando si mette invece a fare pubblicità ad un prodotto, egli si spoglia della sua veste abituale, cambi faccia agli occhi del pubblico. La faccia che quest'ultimo continuerà a vedere avrà sempre per esso il medesimo significato di competenza e obiettività, che soverchierà la connotazione pubblicitaria più o meno palese in cui le dichiarazioni dell'esperto si inseriscano (...) la fattispecie deve essere pertanto ricondotta all'art. 2 CA (divieto di pubblicità ingannevole⁹, in quanto sostanzialmente decettiva, che presenta fra l'altro qualche affinità con quella descritta all'art. 7».

³⁶⁹ Cfr. Decisione Giurì n. 46/96, del 27/2/96, in *Giur. pubbl.*, VII, 1997, p.209 e il provv AGCM n. 4048 (PI816), Dash Parodi, del 4/7/96, in *Boll. Aut. Gar.* n. 27/96, p. 53.

³⁷⁰ In proposito il Giurì ha affermato che «in questo modo viene ottenuto un effetto fuorviante e ingannevole perché sia pure con trasparente simulazione, la pubblicità del prodotto viene trasformata in notizia di telegiornale e questa finta notizia viene ricevuta dal pubblico inconsapevolmente in modo diverso da come lo sarebbe stata senza la finzione (...) l'ingannevolezza dello spot della finta giornalista che pubblicizza un prodotto in un finto telegiornale è della stessa natura dell'ingannevolezza che si verifica nella fattispecie comunemente nota come di "agganciamento", nelle quali viene fatto riferimento ai simboli di un prodotto altrui considerato di pregio con espressioni come "tipo" e simili che, nel momento stesso in cui negano che si tratti dello stesso prodotto, agganciano perché trasferiscono il pregio del prodotto più noto a quello meno noto (...) *mutatis mutandis*, un finto telegiornale non è un telegiornale perché in realtà è uno spot ma al contempo questo spot opera un agganciamento alla

ha, altresì, considerato ingannevole l'annuncio però, a differenza del Giurì, ha fondato la sua qualificazione nell'inadempimento delle norme relative alla trasparenza della pubblicità. Secondo l'Autorità, infatti, la circostanza che l'annuncio fosse trasmesso immediatamente dopo il telegiornale presentato dalla giornalista risultava decisivo per indurre i telespettatori in errore circa la sua effettiva finalità promozionale.

In conclusione, i due casi, pur ponendo entrambi allo stesso modo la problematica relativa alla pubblicità che si serve di "giornalisti-testimonial pubblicitari", sono sostanzialmente diversi. Nel primo, infatti, l'inganno deriva dalla semplice presenza e dalle raccomandazioni fatte dalla Sig.ra Lambertucci, che per la sua condizione di esperta consigliera può indurre il consumatore a credere che le affermazioni siano frutto della sua libera convinzione³⁷¹, al contrario, nel caso Parodi, la pubblicità è considerata occulta non per la semplice partecipazione della presentatrice, ma bensì perché l'annuncio pubblicitario nel suo insieme "prende" la neutralità informativa del telegiornale a beneficio della pubblicità stessa del prodotto.

neutralità informativa del telegiornale perché, agli occhi del pubblico, presenta lo stesso risultato in termini di efficacia persuasiva.»

³⁷¹ Sul punto è stato sostenuto che «Il divieto dell'inganno del pubblico attuato mediante l'impiego di una testimone che il pubblico considera esperta e neutrale costituisce una violazione particolarmente insidiosa del principio della trasparenza della pubblicità». Così Floridia, G., *Il sindacato giurisdizionale sulle pronunce del Giurì: il caso Lambertucci*, in *Dir. inf.*, 1993, p.724-725.

Conclusioni

Elemento propulsivo che ha indotto la stesura del presente lavoro è stato quello di verificare se ed in che misura sia possibile arginare il fenomeno della pubblicità “mascherata” da informazione, e, soprattutto, se gli interventi posti in essere al fine di reprimere tale forma di pubblicità occulta ledano, per taluni aspetti, il diritto fondamentale alla libera manifestazione del pensiero di cui all’art. 21 della Costituzione. Per intraprendere tale verifica, si è proceduto ad individuare, come base di partenza, cui è stata dedicata la prima parte del presente lavoro, una definizione dello statuto della comunicazione pubblicitaria, realizzata partendo da una valutazione della pubblicità in quanto forma di comunicazione. Nel suo contenuto ontologico la pubblicità si caratterizza per essere un’informazione sull’esistenza di determinati prodotti e servizi veicolata al fine di persuadere all’acquisto dei medesimi. Proprio la componente persuasiva nonché la finalità economica che accompagnano il messaggio pubblicitario, vengono considerati elementi idonei ad escludere tali tipologie di comunicazioni dall’ambito di garanzia relativo alle manifestazioni del pensiero propriamente dette (art. 21 Cost.). In realtà, per poter escludere l’applicabilità dell’art. 21 Cost. al fenomeno pubblicitario bisognerebbe dimostrare che gli elementi costitutivi del messaggio (informazione e persuasione) non rientrano nell’ampia tutela apprestata nell’ambito del suddetto articolo³⁷². Si è avuto modo di evidenziare che non sussistano in proposito sufficienti ragioni per operare tale esclusione e che, di conseguenza, gli elementi costitutivi della fattispecie pubblicitaria non risultino discriminanti ai fini dell’applicazione della garanzia di cui all’art. 21 Cost.. Rappresenta un dato indiscusso, infatti, che l’informazione trovi un’implicita tutela nell’ambito dell’articolo in parola; e la pubblicità, nelle sue manifestazioni più semplici, non può non essere valutata come un atto d’informazione sulla base della semplice constatazione che senza di essa i consumatori non potrebbero essere a conoscenza dei prodotti e dei servizi esistenti sul

³⁷² Cfr. E. SERAFIN, *Emittenti estere e pubblicità televisiva; l’incostituzionalità del divieto pubblicitario prepara la strada alle telecomunicazioni di massa*, in *Giur. Cost.*, I, 1985, p. 2066. Cfr. L. PRINCIPATO, *Il fondamento costituzionale della libertà di comunicazione pubblicitaria* in *Giur. Cost.* 2003, p. 525

mercato e delle loro caratteristiche ed utilità³⁷³. Tale natura informativa non viene meno neanche in considerazione della finalità persuasoria che orienta il messaggio pubblicitario. Quest'ultimo, infatti, anche se impiegato per convincere, non smarrisce la sua natura, nel senso che continua a rappresentare l'espressione di una certa opinione su determinati fatti, così come la notizia su un fatto politico, anche se espressa con finalità propagandistica, non perde il suo carattere essenzialmente informativo.³⁷⁴ La tesi avvalorata nel presente lavoro si discosta, dunque, da quella interpretazione dottrina che riconduce la pubblicità nella disciplina del solo articolo 41 della Costituzione³⁷⁵, per inserirsi in quella "via mediana", tracciata da altra parte della dottrina³⁷⁶, che pur definendo la pubblicità una forma di manifestazione del pensiero, tiene in debita considerazione la funzione dalla stessa svolta all'interno dell'iniziativa economica privata. Infatti, sebbene la pubblicità presenti tutti gli elementi costitutivi della manifestazione del pensiero, allo stesso tempo, rappresenta un momento essenziale di svolgimento dell'iniziativa economica. La valutazione della rilevanza del

³⁷³ In proposito, è stato autorevolmente sostenuto che «l'informazione pubblicitaria sia da considerare informazione a tutti gli effetti, e quindi debba essere considerata e garantita come oggetto del diritto di libertà del quale ora parliamo». Cfr. S. FOIS, *Informazione e diritti costituzionali*, in *Dir. Inf.*, n. 2/2000, p. 263.

³⁷⁴ Così M. FUSI, *La comunicazione pubblicitaria nei suoi aspetti giuridici*, Milano, 1970, p. 24. Del resto è stato autorevolmente sostenuto che «la libertà di espressione del pensiero null'altro è che libertà di persuasione». Cfr. Così P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, p. 267; anche la Corte Costituzionale nella sentenza del 4 febbraio del 1965 n. 9 affermò che «rientra nell'art. 21 Cost. ogni espressione che miri a persuadere dell'utilità o della necessità di un dato contegno». Cfr. sul punto anche Corte Cost. 2 aprile 1969 n. 84, in *Giur. Cost.*, p. 1175. Inoltre, non si ritiene fondata l'esclusione dell'art. 21 Cost. in base alla valutazione delle finalità esclusivamente economiche perseguite dalle comunicazioni promozionali: «Che ogni manifestazione del pensiero possa essere strumentalizzata ai più vari fini è cosa risaputa (...). Generalmente alla base di ogni manifestazione di pensiero che si proponga di influenzare e convincere il prossimo ad una certa azione, vi è un'attività, o un complesso, o un settore di attività materiali per favorire la quali, appunto, la manifestazione del pensiero viene strumentalizzata. Tuttavia, benchè strumentalizzata, essa non perde il suo carattere per confondersi con l'attività sottostante: diversamente dovremmo affermare che propaganda politica ed attività politica sono la stessa cosa, propaganda scientifica ed attività scientifica si identificano, e così via ogni volta che la manifestazione del pensiero appaia come indispensabile strumento per dare incremento all'attività cui si riferisce. (...) Onde possiamo dire che la comunicazione pubblicitaria è una manifestazione del pensiero di tipo particolare, utilizzata a fini economici a tal punto da divenire parte dell'attività d'impresa, ma non sostenere che essa sia un'attività economica: non se ne può confondere la funzione con la natura.» Cfr. M. FUSI, *op. cit.*, pp. 24-25

³⁷⁵ Cfr. GHIDINI, *Introduzione allo studio della pubblicità commerciale*, Milano 1968, 228 e ss.; PEDRAZZA GORLERO, *Giornalismo e Costituzione*, p. 274 e ss.; CHIOLA, *La sopravvivenza dell'impresa di ripetizione televisiva affidata alla pubblicità commerciale*, in *Dir. inf.*, 1986, 437 e ss.; ID *Manifestazione del pensiero (libertà di)*, in *enc. Giur. Treccani*, XIX, 1990

³⁷⁶ In senso favorevole alla duplice copertura costituzionale v. P. BARILE, P. CARETTI, E. CHELI, U. DE SIERVO, R. ZACCARIA, *La Pubblicità e il sistema dell'informazione*, 1984, p. 24; M. FUSI, *op. cit.*, p. 26 ss.; E. SANTORO, *Frammenti per una ricerca in tema di rettifica*, in *Dir. Radiodiff. Telcom.*, p. 485 ss.; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, *cit.*, p. 393 ss.; F. PREZIOSO, *Le inesauribili realtà della pubblicità promozionale*, in *Giur. Cost.*, 1999, p. 435 ss.; L. PRINCIPATO, *op. cit.*, p. 550 ss.; A. VIGNUDELLI, *op. cit.* p. 107 ss.; E. SERAFIN, *op. cit.*, p. 2065 ss.

momento economico conduce a ritenere applicabile al fenomeno pubblicitario il combinato disposto normativo degli artt. 21 e 41 della Costituzione, secondo la condivisibile interpretazione che considera esistente una sorta di precedenza logica tra le due disposizioni³⁷⁷. Conseguentemente, anche se la comunicazione pubblicitaria è oggetto della libertà di manifestazione del pensiero, si potrà giustificare l'imposizione di più stringenti limiti in considerazione della stretta inerenza rispetto all'esercizio della libertà d'iniziativa economica. Tale impostazione troverebbe conferma, anche se con tratti di maggiore relativizzazione, nell'esperienza oltrefrontiera ed, in particolare, nella giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti ed in quella degli organi della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Tali organi riconducono, infatti, il fenomeno pubblicitario all'interno della libertà di espressione assicurandogli, tuttavia, un diverso grado di protezione rispetto alle altre tipologie di messaggi informativi. Dalla giurisprudenza degli organi della CEDU, nonché quella della Corte di Giustizia, emerge una concezione della libertà di espressione "a cerchi concentrici" in cui il pensiero pubblicitario occupa una posizione periferica³⁷⁸, giustificando la minore protezione accordata attraverso una interpretazione elastica del c.d. "margine di apprezzamento statale". Si potrebbe, in virtù di tali considerazioni, ritenere più logico l'orientamento assunto dalla Corte Costituzionale italiana che, riconducendo le comunicazioni pubblicitarie fuori dall'ambito di garanzia dell'art. 21 Cost., si sottrae al pericolo di "sbiadire" la portata del diritto di manifestazione del pensiero, riportando sotto il suo alveo di protezione materie che necessitano di una rigorosa disciplina da parte del legislatore³⁷⁹. In realtà, tale orientamento della Corte non è esente da censure proprio in considerazione della giurisprudenza della Corte europea. Quest'ultima, infatti, benché accordi alla pubblicità una protezione "inferiore", attraverso la sua riconducibilità all'art. 10 CEDU, e quindi al concetto di "libertà di espressione", non rinuncia mai del tutto ad un controllo sulla base legale, sull'adeguatezza, sulla proporzionalità e sulla necessità in una società democratica dell'ingerenza nella libertà di espressione. Diversamente, l'orientamento della Corte Costituzionale indirizzato verso una esclusiva afferenza del fenomeno pubblicitario al solo articolo 41 della

³⁷⁷ Nel senso che con riguardo all'art. 21 Cost. la comunicazione pubblicitaria è fattispecie di primo grado, in quanto nella sua componente obiettiva è oggetto della manifestazione del pensiero, mentre con riguardo all'art. 41 Cost. lo stesso fatto è fattispecie di secondo grado, poiché è indispensabile che sia presente l'ulteriore fenomeno dell'attività economica privata, in base al quale l'art. 41 Cost. collega l'applicabilità della tutela e dei limiti costituzionalmente previsti. Cfr. L. PRINCIPATO, *op. cit.*, p. 548. In maniera conforme VIGNUDELLI, *op. cit.*, p. 298.

³⁷⁸ Cfr. G. E. VIGEVANI, *op. cit.*, p. 405

³⁷⁹ *Ibidem*

Costituzione rischia di limitare la garanzia apprestata alla libertà di manifestazione del pensiero alle sole espressioni “di particolare pregio” privandone in tal modo l’informazione di natura commerciale, che rappresenta una grossa fetta di quanto oggi viene divulgato dai mezzi di comunicazione.

Sebbene possa esprimersi una valutazione complessivamente positiva in merito alla citata giurisprudenza straniera, se non altro per aver considerato la pubblicità quale manifestazione del pensiero, tuttavia, nell’analisi svolta, emerge anche una certa “inquietudine” nel constatare che soprattutto in ambito comunitario, non solo in relazione alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, ma anche in riferimento alla normativa di carattere derivato, sembra dominare una valutazione “economicistica” della pubblicità. Tale valutazione, nelle ipotesi in cui prevale sulla considerazione della pubblicità in termini di manifestazione del pensiero, arriva a legittimare l’applicazione di una disciplina oltremodo limitativa. Quanto affermato risulta ancor più evidente in riferimento alla pubblicità ingannevole. «L’intento che si persegue è per un verso la tutela della concorrenza, per l’altro la corretta informazione dei potenziali acquirenti fruitori del bene e del servizio. In altri termini prevale una percezione assolutamente realistica – e dunque economica – della pubblicità ingannevole, e la sua repressione viene da sempre fatta rientrare nell’alveo della disciplina della concorrenza con generalizzata indifferenza (da parte della giurisprudenza ma anche di gran parte della dottrina) verso l’aspetto della manifestazione del pensiero che è stata solitamente vista come un pretesto per denigrare i prodotti altrui o per incrementare attraverso pratiche sleali la propria quota di mercato (...) Nel contempo la giustificazione dei controlli diffusi sul contenuto della pubblicità viene fondata su esigenze di corretta informazione del mercato. La comunicazione non viene considerata come esercizio di libertà, ma dal punto di vista della sua funzione, dei suoi effetti. (...)»³⁸⁰. La spiegazione di tale atteggiamento potrebbe essere rintracciata nella considerazione negativa che in genere accompagna la comunicazione pubblicitaria quale prodotto “nocivo” di per sé; e cioè, indipendentemente dal fatto che la stessa attenga a prodotti dannosi per la salute, la pericolosità viene individuata nella sua attitudine ad influenzare le preferenze e scelte individuali. «Insomma tutte le ragioni per cui la manifestazione del pensiero viene esaltata e la sua libertà difesa (si vuole che le idee si diffondano, circolino, si

³⁸⁰ Così V. ZENO ZENCOVICH, *La libertà d’espressione, media, mercato, potere nella società dell’informazione*, cit. p.87.

confrontino, coinvolgano, indirizzino) assumono per la pubblicità una valenza negativa.³⁸¹». Tali considerazioni hanno indirizzato il presente lavoro verso l'analisi di quella forma di pubblicità che, diversamente da quanto si ritiene in relazione alle generali forme di pubblicità, ed a buon motivo, può essere considerata oggettivamente "insidiosa", ossia la pubblicità mascherata da informazione. Come evidenziato nell'introduzione al presente lavoro, sebbene non risulti in dottrina ancora sopita l'antica *querelle* sul fondamento costituzionale del fenomeno pubblicitario e, quindi, sull'ammissibilità o meno di limiti più stringenti di quelli ammessi per le altre forme di comunicazione, esiste, comunque, un generale consenso sulla limitabilità di tale tipo di comunicazione commerciale, in quanto si ritiene che proprio la garanzia costituzionale posta a tutela del diritto d'informazione e di cronaca non ne consente la subdola e mascherata strumentalizzazione per il raggiungimento di finalità economiche³⁸². Ammettere la limitabilità e sanzionabilità di tale forma di pubblicità non significa legittimare un uso "poco prudente" dei poteri a tale scopo attribuiti agli organi di controllo del settore. Al fine di valutare, nel concreto, se sia possibile rintracciare un'inammissibile violazione della libertà di manifestazione del pensiero, la parte conclusiva del presente lavoro è stata indirizzata ad un esame casistico-induttivo dell'attività repressiva della pubblicità occulta condotta dall'Autorità Garante della concorrenza e del mercato. Non si deve dimenticare, infatti, che il ruolo svolto dall'Autorità nelle ipotesi di commistione tra informazione e pubblicità ha sollevato non poche perplessità in ambito dottrinario, soprattutto perché l'accertamento della natura pubblicitaria di una comunicazione viene effettuato, in assenza di prova storica

³⁸¹ *Op. ult. Cit.* p.90. Sul punto P. STANCATI afferma: «È proprio questo che si vuole sottolineare. L'appiattimento, l'acritica ed impropria omogeneizzazione operata dalla legge in confronto a tutti i messaggi pubblicitari; la presupposizione che per il sol fatto di rappresentarsi in forma pubblicitaria, il pensiero (ove si possa parlare di pensiero) debba indurre in danno. Istituire, irreggimentare, strutturare la pubblicità commerciale entro moduli e sistemi ultronei rispetto a quelli ex. Art. 21 significa inevitabilmente opporre ad essa vincoli e limiti di tipo contenutistico di per sé incongrui rispetto all'impianto garantista della norma costituzionale.». Cfr. P. STANCATI, *Manifestazione...*, cit., p. 63. Secondo tale autore tale atteggiamento svalutativo del pensiero pubblicitario è riscontrabile in particolar modo nell'ambito del diritto comunitario. Il riferimento è alle direttive n. 89/552/ CEE e 97/36/CE in cui si appresta una particolare forma di "apparato protettivo" a difesa dell' "utente radiotelevisivo europeo" in funzione della presunta dannosità del pensiero pubblicitario. Da tali direttive si evince una definizione «di pensiero pubblicitario che sarebbe in sé subdolo e dannoso, in quanto capace d' "introdursi" nella coscienza dell'utente sfruttandone l'inesperienza o la credulità; e ciò a prescindere dalla dannosità del prodotto e per il sol fatto del potere di convinzione del messaggio diffuso. Si è, in talune ipotesi, in un territorio in cui pare sia opinabile la presenza e la operatività, in funzione di controllore, di quell'interesse alla salute o all'integrità psicofisica che abiliterebbe alla restrizione della manifestazione del pensiero;» Così P. STANCATI, *op. ult. Cit.* p. 59; ID, *Lineamenti evolutivi...*, cit., p. 353 e ss.

³⁸² Così STANCATI, P., *Lineamenti evolutivi della libertà di manifestazione del pensiero e della informazione: rivoluzione mediatica, "buona" e "cattiva" televisione, multiculturalismo, fenomenologia terroristica...*, cit., 356.

del rapporto di commissione, da un'analisi del contenuto della comunicazione e dal ricorso ad alcuni indici presuntivi. Da più parti è stata espressa un' "estrema inquietudine" al ricorrere a presunzioni deducibili dal contenuto del messaggio, in quanto, in mancanza di un atteggiamento poco prudente nella valutazione degli indici presuntivi, si potrebbe determinare quella che è stata definita una vera e propria "caccia alle streghe", indirizzata alla ricerca a tutti i costi della pubblicità occulta, con un'inaccettabile lesione di alcuni dei diritti fondamentali su cui poggia l'ordinamento democratico.³⁸³

Dall'esame casistico svolto, che sembra avvalorare tale allarme, si è avuto modo di constatare, infatti, che gli indici adottati dall'Autorità non hanno mai acquisito un valore indiziario predeterminato. Uno stesso elemento può infatti assumere valore diverso (si pensi a quanto affermato rispetto alla firma del giornalista o al tono elogiativo) in relazione agli altri elementi presenti e ai caratteri del caso³⁸⁴. Se tale circostanza sicuramente rende l'attività dell'Autorità più duttile e flessibile, meglio rispondente alle esigenze della singola fattispecie e ai sempre nuovi tentativi di "mascheramento"³⁸⁵, tuttavia espone, a causa della "mancanza di certezze", l'Autorità stessa al paventato "rischio di eccessivo soggettivismo", non facendo venire meno il timore di poter incorrere in una violazione del diritto alla libera manifestazione del pensiero costituzionalmente tutelato. «[...] risulta evidente che il ricorso alle presunzioni è, in una materia come questa, di delicatezza estrema, da un lato per le incertezze che qualsiasi decisione, se basata non su prova certa ma su semplici indizi, può sollevare, e dall'altro per la estrema soggettività che caratterizza il giudizio indiziario, il cui esito finisce il più delle volte per essere condizionato dal livello culturale, esperienziale e persino dalle inclinazioni o gusti personali dei giudicanti, ciò di cui si è avuta la controprova concreta nei casi in cui, sulla medesima fattispecie, sono stati chiamati ad esprimersi organismi differenti, i quali hanno talvolta reso decisioni

³⁸³ Cfr. FUSI, TESTA, COTTAFVI, *op.cit.*, p.173-174. In maniera conforme MELI, *op.cit.*, p.74. La preoccupazione per la cautela nella valutazione degli indizi è contemplata anche in UNNIA, F., *op.cit.*, p.258.

³⁸⁴ In proposito è stato osservato che «nell'elaborazione pretoria della pubblicità redazionale, la (presunta) obbiettiva valenza pubblicitaria del contenuto del messaggio dilata l'ambito concettuale e d'integrazione della fattispecie, fino a ricondurvi indiscriminatamente tutte le diverse ipotesi, non può che destare una "estrema inquietudine", giacché si risolve in un riconoscimento della "giurisdizione" di un'autorità indipendente e di un collegio arbitrale in ordine all'oggetto – in senso proprio – della libertà di manifestazione del pensiero, *sub specie* di libertà di critica e cronaca giornalistica» Così PRINCIPATO L., *op.cit.* p. 864.865.

³⁸⁵ Cfr. MARRAMA D., *La pubblicità redazionale tra Autorità garante della concorrenza e giudice amministrativo*, in *Foro Amm.*, fasc.2, 2002, 492.

differenti, così confermando come la soggettività giuochi un ruolo non irrilevante nella valutazione di queste situazioni»³⁸⁶. Quest'ultimo rilievo assume una valenza fondamentale proprio in considerazione dell'esame casistico condotto. Si è avuto modo di constatare, riducendo la valutazione ai provvedimenti di pubblicità occulta adottati dall'Autorità a partire dall'emanazione della legge Giuliotti del 2005 sino ad oggi, che su 15 violazioni riscontrate del principio di trasparenza³⁸⁷, in ben 8 casi l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, chiamata obbligatoriamente ad esprimere il proprio parere, ha valutato in maniera difforme dall'Antitrust le fattispecie "imputate" di pubblicità occulta sulla base di una diversa considerazione degli indici presuntivi. Proprio al fine di scongiurare che tale "eccessivo soggettivismo" si concretizzi in una inammissibile violazione di uno dei diritti cardine del nostro ordinamento, si dovrebbero definire in maniera chiara gli indizi presuntivi e la valenza agli stessi attribuibile e, contestualmente, "recuperare" il primario rilievo della prova storica del rapporto di committenza tra impresa produttrice e il mezzo di diffusione del messaggio. In questa direzione sembra muoversi anche una recente sentenza del Tribunale Amministrativo del Lazio³⁸⁸ che ha annullato un provvedimento dell'Autorità garante con il quale era stata vietata l'ulteriore diffusione di una fiction televisiva perche la presenza di alcuni noti prodotti integrava la fattispecie della pubblicità occulta. Le ragioni della diversa interpretazione del TAR attengono alla valutazione degli indizi rilevatori dell'esistenza della pubblicità non trasparente. Valutazione che secondo il TAR deve assumere sempre carattere di estrema prudenza al fine di tutelare la libertà di creazione artistica. L'Autorità aveva ritenuto che il prolungato indugio della macchina da presa sui prodotti nonché l'artificialità di alcune inquadrature non trovassero giustificazione nelle esigenze sceniche. Gli elementi venivano ritenuti gravi precisi e concordanti ed idonei a indicare il carattere occulto della pubblicità rendendo superfluo l'accertamento dell'esistenza di un rapporto di committenza. Il TAR, viceversa, ha

³⁸⁶ Cfr. Fusi, M., Testa, P., *op. cit.*, p. 84.

³⁸⁷ In due anni, dall'entrata in vigore nel 2005 della legge Giuliotti, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato si è occupata di **385 casi** di pubblicità ingannevole, riscontrando 344 violazioni, ed ha comminato sanzioni per un totale di 7.729.500,00 euro, di cui 2.186.000 nel solo periodo gennaio-giugno 2007. Tra li 385 casi rientrano anche 15 violazioni riscontrate del principio di trasparenza della pubblicità con la comminazione di sanzioni pecuniarie pari a 466.900 euro. Si rileva che i quindici casi di riscontrata violazione corrispondono alle quindici denunce di pubblicità occulta presentate, il che significa che ad ogni caso oggetto di denuncia a fatto seguito una condanna. Comunicati stampa: Pubblicità ingannevole e pratiche sleali: analisi dei primi due anni e mezzo di applicazione della Giuliotti, del 13/08/07, consultabile su www.agcm.it.

³⁸⁸ Sentenza TAR Lazio n. 10212 del 2006 consultabile su www.amministrativo.it

ritenuto la presenza dei marchi funzionale alle esigenze narrative di ricreare fedelmente la realtà odierna, ed ha valutato come imprescindibile l'indagine sulla presunta od effettiva esistenza di un rapporto di commissione. Ed è sulla mancanza, o piuttosto sulla mancata prova, dell'accordo tra le parti interessate che si appunta la censura del giudice amministrativo al provvedimento dell'Autorità. Il giudice amministrativo ha affermato, infatti, che la pubblicità occulta non può configurarsi quando non sia stato provato che l'incontro di volontà tra i soggetti interessati sia effettivamente avvenuto³⁸⁹.

Con quanto affermato, dunque, non si vuole escludere l'intervento degli organi di controllo in merito alle sempre crescenti ipotesi di pubblicità occulta, bensì suggerire una diversa ponderazione degli interventi stessi. Si è consapevoli, infatti, che la libertà di manifestazione del pensiero, diritto assoluto, inviolabile, fondamentale dell'uomo, in una società, come l'odierna, votata all'esclusivo perseguimento dell'interesse economico, può essere agevolmente strumentalizzato in funzione delle finalità economiche. A riprova di ciò militano gli stessi effetti legati al recente processo evolutivo dei mezzi di comunicazione di massa. La pervasività della comunicazione mediatica, infatti, ha prodotto un pubblico, fruitore di eventi mediali, quale «collettività quantificabile e misurabile numericamente (in una parola, *controllabile*)»³⁹⁰. In siffatto contesto proprio il perseguimento di finalità economiche ha favorito il ricorso a modalità pubblicitarie occultate nei contesti informativi e non in quanto più idonee a condizionare il comportamento del pubblico rispetto alle comunicazioni commerciali palesi. La strumentalizzazione compiuta della libertà di espressione rende, dunque, attuale la necessità di approntare una ampia tutela a quegli interessi, come quelli dei consumatori, che in assenza di garanzia verrebbero immancabilmente e intimamente lesi: «Non ci è consentito farci indurre dalla nostra inclinazione alla libertà a trascurare

³⁸⁹ In proposito il TAR ha affermato espressamente: «il c.d. product placement consiste nella promozione di un prodotto o di un servizio mediante uno spettacolo cinematografico o televisivo, in cui il prodotto o il servizio appaiono come naturalmente presenti nella vicenda narrativa, sulla base di un accordo che coinvolge tutti i soggetti che concorrono a diverso titolo alla realizzazione dell'opera cinematografica o televisiva. Corollario di tale assunto è che va esclusa la configurabilità della fattispecie di pubblicità occulta quando non sia ravvisabile nessun accordo, ossia quando non sia stato provato che l'incontro di volontà si sia verificato.» Cfr. sent. n. 10212/06, consultabile su www.amministrativo.it. Nel caso in esame risultava che detto accordo tra le parti non poteva essere avvenuto. Ciò in considerazione della presenza di un espresso patto di divieto di *product placement* contenuto nel contratto di appalto stipulato tra l'emittente ed il produttore dell'opera, assistito da una clausola penale che in caso di violazione avrebbe reso il produttore stesso passibile di un cospicuo risarcimento. La presenza di tale patto costituisce, a giudizio del Tar, un deterrente più che sufficiente per le imprese interessate a porre in essere la condotta vietata ed è pertanto idonea a fondare un giudizio di liceità della presenza dei marchi nell'opera.

³⁹⁰ BONI, F., *Riti globali. Rituali, media e globalizzazione*, in *Aut-Aut*, maggio-giugno 2001, 76.

i problemi del suo abuso»³⁹¹. Tuttavia, si ritiene, che neanche i problemi derivanti dall'abuso di una libertà possano giustificare una illegittima compressione della medesima che si realizzerebbe attraverso un uso poco prudente degli strumenti e poteri di controllo.

³⁹¹ Così K.R. POPPER – J. CONDRY, *Cattiva maestra televisione*, Milano, 1994, 9.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *Libertà di manifestazione del pensiero e giurisprudenza costituzionale*, a cura di PIZZORUSSO A., ROMBOLI R., RUGGERI A., SATTI A., SILVESTRI G., Milano, 2005

AA.VV., *Commentario al Codice di Autodisciplina Pubblicitaria*, a cura di Ruffolo, U., Milano, 2003. ABRUZZO, F., *Codice dell'informazione*, Centro di documentazione giornalistica, Roma, 1999

AA.VV., *Le Autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, Firenze, 1997;

ALPA, G., BESSONE, M., E ROPPO, E., *Una politica del diritto per la pubblicità commerciale*, in *Riv. dir. comm.*, 1974, I, pp.303-321

AMARIO, M., *Marketing*, Barcellona, 1993.

AMATO, *Autorità semi-indipendenti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, n. 3, 645 ss.

ARCHIUTTI, D., *I rapporti tra l'autodisciplina pubblicitaria e la normativa statale in materia di pubblicità ingannevole e comparativa illecita*, in *Commentario al Codice dell'Autodisciplina pubblicitaria*

ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *Autorità indipendenti e principi costituzionali*, Atti convegno, Sorrento 30 maggio 1997, Padova 1999;

AUTODISCIPLINA PUBBLICITARIA ANNUARIO 1988, a cura di istituto dell'Autodisciplina Pubblicitaria, Milano, 1988

ATTANASIO, F., *La pubblicità, oggi*, Milano, 1998.

BALDASSARRE, A., *Libertà di stampa e diritto all'informazione nelle democrazie contemporanee*, in *pol.dir.*, n.4/1986, pp. 579-605.

BARILE, P., *Libertà di manifestazione del pensiero* 1974

- BARILE P., CARETTI P., CHELI, E., DE SIERVO U., ZACCARIA R., *La Pubblicità e il sistema dell'informazione*, 1984
- BARILE, P., *La libertà di espressione del pensiero*, in *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984
- BASSI, F. E MERUSI, F., (a cura di) *Mercati ed Amministrazioni indipendenti*, Milano, 1993;
- BERTI, C., *Pubblicità scorretta e diritti dei terzi*, Milano, 2000
- BERTI ARNOALDI. E., *Product Placement*, in *Riv. Dir. Ind.*, 1994, II, pp.62-66
- BEVERE, A. CERRI, A., *Il diritto d'informazione e i diritti della persona, il conflitto della libertà di pensiero con l'onore, la riservatezza, l'identità personale*, Milano, II ed., 2006,
- BLECKMANN, *Der beurteilungsspielraum im Europa und im Volkerrecht*, in *Europaische Grundrechte Zeitschrift*, 1979
- BONI, F., *Riti globali. Rituali, media e globalizzazione*, in *Aut-Aut*, maggio-giugno 2001, pp. 76 e ss
- BRICOLA, F., *Profili penali della pubblicità commerciale*, in *riv.it. dir. e proc. pen.*, 1965, pp. 722-793
- BROCK, T. C, SHAVITT, S., *Analisi della risposta cognitiva nella pubblicità*, in *Pubblicità e psicologia del consumatore*, a cura di PERCY, L., WOODSIDE, A.G., Milano, 1990
- BRUNO F. e NAVA G., *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni*, Milano, 2006.
- BUCCIROSSI, G., *Le diverse forme di pubblicità redazionale*, in *Dir. ind.*, 1/1995, p. 67-79
- CAFAGGI- CUFARO- DI VIA, *Commentario al Decreto Legislativo 25 gennaio 1992, n. 74* in *Leggi Civ. Comm.*, 1993, pp. 671-761
- CAFAGGI, F., *Pubblicità commerciale*, in *Dig. disc. Priv. (sez. comm.)*, XI, Torino, 1997

- CAIANELLO, *Le autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, in *Rass. giur. Enel*, 1997, I, 1 ss.;
- CAPOGRASSI, G., *La crisi del diritto*, Padova, 1953
- CARETTI, P., *Radiotelevisione*, aggiornamento Enc. Giur., 1997, pp. 875-899
- CARETTI, P., *Le fonti della comunicazione*, in quad.cost., n. 2/2006, pp. 313-363
- CARETTI, P., *Articolo 10*, in *Commentario alla Convenzione europea dei Diritti dell'uomo*, a cura di S. BARTOLE, B. COMFORTI, G. RAIMONDI, Padova, 2001.
- CARETTI, P., *L'autorità per le garanzie nelle comunicazioni: problemi e prospettive*, in *Europa e informazione*, a cura di MANETTI, M, Napoli, 2004.
- CARTABIA, M., CELOTTO, A., *La giustizia costituzionale in Italia dopo la Carta di Nizza*, in *Giur. Cost.*, 2002
- CARTELLA, M., *Trasparenza della pubblicità e tendenze applicative dell'Autorità Garante*, in *Riv.dir.ind.*, 1995,II, pp. 227-235
- CASSESE, S. e FRANCHINI, C., (a cura di) *I Garanti delle regole*, Bologna, 1996.
- CASSESE, *La Commissione Nazionale per le Società e la Borsa-Consob e i poteri indipendenti*, in *Riv. soc.*, 1994, 412 ss.
- CASTEL -FRANCHI C., POGGI, I., *Bugie finzioni sotterfugi- per una scienza dell'inganno*, Roma , 1998, p. 130 e segg.
- CELOTTO, A., PISTORIO, G., *L'efficacia giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (rassegna giurisprudenziale 2001-2004)* in sito www.associazionedeicostituzionalisti.it,
- CERRI, A., *La pubblicità commerciale fra libertà di manifestazione del pensiero, diritto d'informazione, disciplina della concorrenza*, in *Dir. Inf.*, 1995, pp.537-554
- CHELI, E., D'AMATO, G., *Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni*, in *Enciclopedia del diritto*, consultabile su www.ildirittopertutti.it.
- CHIAPPETTA, G., *La pubblicità commerciale*, in *Iniziativa economica e impresa nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di BUONOCORE, V., ESI Napoli, 2006, 393- 412.
- CHIMENTI, A., *Informazione e televisione la libertà vigilata*, bari, 2000;

- CHIOLA, C., *Informazione, pensiero, radiotelevisione. Problemi concreti e commenti*, Camerino 1983
- CHIOLA, C., *Manifestazione del pensiero (libertà di)*, in *enc. Giur. Treccani*, XIX, 1990
- CHIUOLO E BORALI, *il contratto nazionale di lavoro giornalistico – commentato articolo per articolo*, Consiglio dell’Ordine dei Giornalisti della Lombardia, consultabile su [http:// www.odg.mi.it/contratto/cnlg.htm](http://www.odg.mi.it/contratto/cnlg.htm).
- CORASANITI, G., *La regolamentazione della pubblicità: profili costituzionali, in diritto della Comunicazione Pubblicitaria*, a cura di G. CORASANITI E L. VASSELLI, Torino, 1999.
- COSTANZO, P., *Informazione nel diritto costituzionale*, 1993
- COSTANZO, P., *L’Informazione*, Roma, 2004
- CORTI, G., *Il product placement nella comunicazione aziendale*, in <http://www.dyschronicles.com>
- CUFFARO, V., *La direttiva CEE sulla tv: un primo passo verso la disciplina del “caos dell’etere” italiano*, in *Dir..inf.*, 1990, pp.291-299.
- D’ALBERTI, M., *Le Autorità Amministrative Indipendenti*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. IV, Roma, 1995
- DAUSES, A., *La giurisprudencia del TJCE en materia de proteccion del consumidor y libertad publicitaria en el mercado interior*, in *Autocontrol de la publicidad*, n. 39 (febbraio 2000), www.aap.es. pp.13-31
- D’IPPOLITO, F., *Diritto della pubblicità*, Milano, 1992
- DI TURI, C., *La prassi giudiziaria relativa all’applicazione della Carta di Nizza*, in *Dir.Unione europea*, 2002, pp. 681 e ss.
- DONATI, F., *Art. 11. Libertà di espressione e d’informazione*, in *L’Europa dei diritti, Commentario alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea*, a cura di R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO.
- ESPOSITO, C., *La libertà di manifestazione del pensiero nell’ordinamento italiano*, in *Diritto costituzionale vivente. Capo dello Stato ed altri saggi*, Milano, 1992

FERRANDI, R., *Pubblicità redazionale e product placement: gli effetti sul consumatore e l'intervento dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato*, *Dir. inf.*, 2001, pp. 57-81

FERRANTI, G., *L'evoluzione della libertà d'informazione nella giurisprudenza degli organi della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, Torino, 2004

FLORIDIA, G., *Il sindacato giurisdizionale sulle pronunce del Giurì: il caso Lambertucci*, in *Dir. inf.*, 1993, p.724-725.

FLORIDIA, G., *La tormentata vicenda legislativa e regolamentare delle sponsorizzazioni* in *Dir. ind.*, 3/1994, pp.281-290

FLORIDIA, G., *Legge e autodisciplina pubblicitaria in Italia. Prospettive dopo la direttiva CEE*, in *Riv. dir. ind.*, 1987, I, pp.122-143

FOIS, S., *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Milano, 1957

FOIS, S., *Propaganda elettorale e mezzi di diffusione del pensiero*, in *giur. cost.*, 1964, pp. 954-968

FOIS, S., *Censura e pubblicità economica*, in *Giur. Cost.* 1965.

FOIS, S., *Informazione e diritti costituzionali*, in *Dir. Inf.*, n. 2, 2000

FRANCESCHELLI, R., *Notizie ed apprezzamenti veri e notori, pubblicità redazionale e concorrenza sleale*, in *Riv. dir. ind.*, 1964, II, pp. 24-59

FRIGNANI, A., *Sponsorizzazione dei programmi e nuove forme di promozione commerciale televisiva*, in *Giurispr.ital.*, vol CXLV, 1993, IV, pp.393-406

FUSI, M., *La comunicazione pubblicitaria nei suoi aspetti giuridici*, Milano, 1970

FUSI, M., *I vent'anni dell'autodisciplina pubblicitaria italiana (1966-1986)*, *Riv. dir. ind.*, 1986, I, pp. 168-182

FUSI, M., *Il product placement fra divieto di pubblicità non trasparente e nuova disciplina del cinesponsoring*, in *Riv. dir. ind.*, 1/2005, pp. 5-32

FUSI-TESTA-COTTAFVI, *La pubblicità ingannevole: commento al D.Lg. 25 gennaio 1992 n.74*, Milano, 1993

- FUSI, M., TESTA, P., *I contratti di sponsorizzazione*, in *Dir. Inf.*, 1985, pp.445-477
- FUSI, M.- TESTA, P., *La autodisciplina pubblicitaria in Italia*, Milano, 1983
- FUSI, M., *Telesponsorizzazioni, telepromozioni, televendite*, in *Dir. Inf.*, 1993, p. 838
- FUSI, M., TESTA, P., *Diritto e pubblicità*, Milano, 2006.
- GAMBINO, A.M., *Nino Manfredi: il testimonial scomodo*, in *Dir. ind.*, n. 2/1995, p.189.
- GARROZZO, R., *La pubblicità occulta e la disciplina sanzionatoria introdotta dalla legge 6 aprile 2005 n. 49*, in *Foro Amministrativo: Consiglio di Stato*, 2007, pp. 266-276.
- GATTI, S., *Sponsorizzazione e pubblicità sponsorizzata*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1985, pp. 149-156
- GAVIANO, N., *product placament tra novità presente e reali*, in *Foro amm.*, 1/2005
- GHIDINI, G., *La reclame menzognera come atto di concorrenza sleale*, in *riv. dir. civ.*, 1967, pp 406-423
- GHIDINI, G. *Introduzione allo studio della pubblicità commerciale*, Milano, 1968
- GHIDINI, G., *La concorrenza sleale*, Utet, Torino, 1982
- GHIDINI, G., *Per i consumatori*, Bologna, 1977
- GHIDINI, G., *Della concorrenza sleale*, in *Commentario al codice civile*, a cura di SCHLESINGER, Milano, 1991
- GRASSO, G., *Spunti per uno studio sulle Autorità Amministrative indipendenti: il problema del fondamento costituzionale*, in *Quad. Reg.*, n. 4, 1993, pp 1303 e ss
- GUGLIELMETTI, *I rapporti tra l'Autorità, Giurì e altri organi in materia di pubblicità ingannevole*, in *Giur. pubbl.* VIII, 1997, 81 e ss;
- . GUGGINO, V., *Il caso Parodi*, in *Dir. ind.*, 12/96, p.1046.
- GUGGINO, V., *Regole autodisciplinari e principio di correttezza professionale*, in *Dir. ind.*, 2/1999, pp.171-177
- GUGLIELMETTI, G., *Pubblicità nascosta ed autodisciplina pubblicitaria*, in *Riv. dir. ind.*, 1990, I, 384-402

- JAEGER, P. G., *Publicità e principio di verità*, in *Riv.dir. ind.*, 1971, I, pp. 331-360
- JOSÈ LUIS GARCIA GUERRERO, *Publicidad y libertad de expresion en el ordenamento constitucional espanol*, in *Derecho privado y constitucion*, n 10 1996, pp.117-146.
- JOSÈ LUIS GARCIA GUERRERO, *Publicidad como vertiente de la libertad de expresion en el ordinamento constitucional espanol*, Centro de Studios Constitucionales, Madrid, 1997
- JOSÈ LUIS GARCIA GUERRERO, *La publicidad comercial en la convencion europea para la protecion de los derechos humanos*, in *Revesta General de Derecho*, n. 648/1998, pp. 10699-10725.
- JUAN IGNACIO, *Constitución económica y Derecho de la competencia*, Tecnos, Madrid, 1987
- LAURANCE BOISSON DE CHAZOURNES, *Publicità commerciale e libertà d'espressione nella giurisprudenza dei diritti dell'uomo*, in *D.R.T.*, 1-2, 1987
- LOIODICE, *Informazione (diritto alla)*, Enc. Del dir.
- LUCIANI, M., *La libertà d'informazione nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Pol. Dir.*, 1989, pp. 605-637.
- MACDONALD, *The margin of appreciation in the jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in *Il diritto internazionale al tempo della sua codificazione, Studi in onore di Roberto Ago*, Milano, 1987, III, p. 187 e ss.
- MAGELLI, S., *La pubblicità redazionale*, in *Dir. Ind.*, 8/1996, pp.701-704
- MAGNANI, P., *Modifiche ai poteri istruttori e sanzionatori dell'Autorità garante nell'applicazione della disciplina sulla pubblicità ingannevole*, in *Riv. soc.*, fasc. 2/3, 2005, 669
- MANETTI, M., *Un passo avanti verso la riforma delle autorità indipendenti*, 22 maggio 2007, consultabile su www.associazionedeicostituzionalisti.it.
- MANETTI, M., *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano 1994.
- MANETTI, M. (a cura di), *Europa e informazione*, Napoli, 2004.
- MANSANI, L., *Product placement. La pubblicità nascosta negli spettacoli cinematografici e televisivi*, in *CI*, 1988, , pp.904-936

- MANSANI, L. - STABILE, S. *Comunicazione commerciale e pubblicità on line*, in *Commentario elettronico e servizi della società dell'informazione*, a cura di E. TOSI, Milano, 2003
- MARRAMA D., *La pubblicità redazionale tra Autorità garante della concorrenza e giudice amministrativo*, in *Foro Amm.*, fasc.2, 2002, 492 e ss.
- MASTROIANNI, R., *La pubblicità televisiva tra Direttiva CEE e Legge Mammì: un recepimento solo parziale*, in *Riv. ital. dir. pubbl. comunit.*, 1991, pp 1290-1298
- MASTROIANNI, R., *Il diritto comunitario e le trasmissioni televisive*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1990, pp.178.e ss
- MCLUHAN, M., *Gli strumenti del comunicare*, Milano, 1964
- MELI, V., *La repressione della pubblicità ingannevole*, Torino, 1994
- MELI, V., *Autodisciplina pubblicitaria e legislazione statale*, in *Dir. ind.*, 3/1996, pp.226-232
- MENESINI, V., *La denigrazione*, Milano, 1970
- MERRILLS, *The development of International law by the European Court of Human Rights*, Manchester, 1988, p. 136 e ss.
- MERUZZI, G., *Il punto sulla pubblicità camuffata*, in *Dir. Ind.*, 6/1997, pp. 521-530.
- MINA, E., *I nuovi poteri dell'Autorità garante in tema di pubblicità*, in *dir. Ind.*, n. 4/2005, pp. 406 e ss,
- MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle amministrazioni indipendenti*, in *Autorità indipendenti e principi costituzionali* (Atti del Convegno di Sorrento, 30 maggio 1997), Padova, 1999;
- MORISI, M., *Le Autorità Amministrative indipendenti in Italia*, in *Quad. Ist.*, n. 108, 1996, pp103-126.
- MORRISON, *Margin of appreciation in human right law*, in *Revue des droit de l'homme*, 1973
- MORTATI, C., *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1967, II
- NICCOLAI, S., *Poteri garanti della Costituzione e Autorità indipendenti*, Pisa, 1996;

- O'DONNELL *The margin of appreciation doctrine: standards in the jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in *Human Rights Quarterly*, 1982, p. 474 e ss.;
- ONIDA, V., «Armonia tra diversi» e problemi aperti – *La giurisprudenza costituzionale sui rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario*, in *Quad. Cost.*, 2002, p.555;
- PACE, A. *Stampa, giornalismo, radiotelevisione. Problemi costituzionali ed indirizzi di giurisprudenza*, Padova, 1983.
- PACE, A., *Fumo e libertà*, in *Il Tempo*, 5 luglio 1983, p.2.
- PACE, ., *Problematiche delle libertà costituzionali*. Parte speciale, Padova, 1992,
- PACE, A., *La ridotta tutela della propaganda in materia economica. La pubblicità commerciale radiotelevisiva*, in A PACE – M. MANETTI, *Rapporti civili, art. 21, Commentario della Costituzione*, Bologna, 2006
- PACKARD, V., *I persuasori occulti* , 1971.
- PADOVANI, S., *Pubblicità commerciale e costituzione* , in *Riv. dir. ind.* 1987, vol. 36., pp.3-22
- PALADIN, L., *Libertà di pensiero e libertà d'informazione:problematiche attuali*,in *quad. cost.*, n.1/1987, pp. 5-27
- PALAU RAMIREZ, *El consumidor medio y los sondeos de opinòn en las prohibiciones de engano*, in *Autocontrol de la publicidad*, n. 75, pp. 367-395
- PARDOLESI, R., nota a sent. 17 ottobre 1985, n. 231, in *Foro it.*, 1985, p. 2830.
- POPPER, K.R. – J. CONDRY, *Cattiva maestra televisione*, Milano, 1994
- PREDIERI, A., *L'erompere delle Autorità Amministrative indipendenti*, Firenze, 1997;
- PREZIOSO, F., *Diritto di cronaca e pretesa pubblicità indiretta dei prodotti da fumo*, osservazione a trib. Roma 3 settembre 1997, in *Giur. Cost.*, 1999, 2868 e ss..
- PREZIOSO, F., *Le inesauribili realtà della pubblicità promozionale*, in *Giur. Cost.*, 1999, p.435 ss.;

- PRINCIPATO, L., *La pubblicità redazionale fra libertà di cronaca e libertà di comunicazione pubblicitaria*, in *Dir. Inf.* 2003
- PRINCIPATO, L., *Il fondamento costituzionale della libertà di comunicazione pubblicitaria* in *Giur. Cost.* 2003, pp.521-553
- RAMPONE, F., *La pubblicità commerciale tra libertà di manifestazione del pensiero e libertà d'iniziativa economica*, in *giur. civ.* 2000, pp31-40
- RAZZANTE, R., *Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione*, Padova, 2003
- RODOTÀ, S., *Alcuni spunti per una disciplina della pubblicità commerciale*, in *La pubblicità e il sistema dell'informazione*, a cura di BARILE E CARETTI, Torino 1984, p. 365.
- ROPPO, E., *Pubblicità televisiva ed emittenti private. A proposito di spots, di diritto morale d'autore e di qualche altra cosa*, in *Foro it.*, 1983, I, 1144.
- ROSSELLO, C., *I poteri del Garante della concorrenza e del mercato in materia di repressione della pubblicità ingannevole*, in *Dir.inf.*, 1993, p.74.
- ROSSELLO, C., *La pubblicità ingannevole*, in *Contratto e Impresa*, 1995-I, pp. 137-187
- ROSSI, G., *La persuasione pubblicitaria tra diritto e etica: uno sguardo comparatistico*, in *Dir. inf.* 2002, pp427-443
- ROSSI, L.S., *La Carta dei diritti come strumento di costituzionalizzazione dell'ordinamento UE*, in *Quad. Cost.*, 2002
- RUFFOLO, U., *Ma infestazione del pensiero e pubblicità redazionale: il percorso tortuoso di una libertà scomoda*, in *Dir. ind.*, 1998, pp 132-166
- RUOTOLO, M., *È veramente irragionevole ed eccessiva la distinzione tra propaganda e pubblicità applicata alle campagne referendarie? Sulla esigenza di tutelare i destinatari dei messaggi*, in F. MODUGNO (a cura di), *Par condicio e Costituzione*, p. 360 e ss.
- SAJA, *L'autorità garante della concorrenza e del mercato: prime esperienze e prospettive di legge*, in *Giur.Comm.*, 1991, I.

- SANTORO, E., *Frammenti per una ricerca in tema di rettifica*, in *Dir. Radiodiff. Telcom.*, p. 485 ss.;
- SAPIENZA, R., *Pubblicità commerciale e libertà d'espressione nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo; il caso Barthol*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1987, pp.731-739.
- SAPIENZA, R., *Sul margine di apprezzamento statale nel sistema della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uom*, in *Riv. Dir. Inter.*, 1991, pp. 571-614.
- SAVINI A., *Gli autori tra pubblicità occulta ed ingannevole*, in *Dir. autore*, 1994, I, pp.32-44
- SENA, G., *Il sistema dell'autodisciplina pubblicitaria*, in *Riv. dir. ind.*, 1988, I, pp 188-201
- SERAFIN, E., *Emittenti estere e pubblicità televisiva; l'incostituzionalità del divieto pubblicitario prepara la strada alle telecomunicazioni di massa*, *Giur. Cost.*, I, 1985, pp 2058- 2070.
- SORDELLI, L., *Problemi giuridici della pubblicità commerciale*, Milano, 1968
- STANCATI, P., *Manifestazione del pensiero e informazione tra libertà e funzione*, *Rende* 2002
- STANCATI, P., *Lineamenti evolutivi della libertà di manifestazione del pensiero e della informazione: rivoluzione mediatica, "buona" e "cattiva" televisione, multiculturalismo, fenomenologia terroristica*, in *Dir. e Soc.*, 3/2005
- STANCATI, P., *Il diritto fondamentale comunitario alla libera manifestazione del pensiero: profili critici e ricostruttivi (Parte I)*, in *Pol. Dir.*, pp.171 e ss.
- STANCATI, P. *Il diritto fondamentale comunitario alla libera manifestazione del pensiero: profili critici e ricostruttivi (Parte II)*, in *Pol. Dir.*, n. 3/2005
- TATO PLAZA, *Product placement y publicidad encubierta: comentario a las resoluciones del jurado de autocontrol de la Publicidad de 26 de abril y de 4 de junio de 2001 en el caso Soberaro*, in *ADI*, XXII, 2001, pp.573-595
- TATO PLAZA, A., *En torno a la reciente evolución de la jurisprudencia publicitaria, in Autocontrol de la publicidad*, n. 71, 2003, pp. 41-58
- TATO PLAZA, *Publicidad comercial y libertad de expresion en la jurisprudencia norteamericana*, in *ADI*,

- TIZZANO, A., *Sulla liberalizzazione dei servizi radiotelevisivi nella C.E.*, in *Foro it.*, 1988, IV, Col. 309 ss.
- TIZZANO, A., *La direttiva C.E.E. sulla televisione senza frontiere*, in *Foro.it*, 1990, IV, pp.92-103
- UBERTAZZI, L.C., *La giurisprudenza dei giuristi di Autodisciplina pubblicitaria: alcune osservazioni*, in *Foro.it*, 1986, I, pp. 2947-2954
- UBERTAZZI, L. C., *I controlli amministrativi della pubblicità di assicurazioni e mercati finanziari*, in *Dir. banca e merc. Fin.* 1995, 18;
- UNNIA, F., *La pubblicità clandestina: il camuffamento della pubblicità nei contesti informativi*, Milano, 1997,
- VANZETTI, A., *La repressione della pubblicità menzognera*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1964, pp.584-615
- VANZETTI, A., *L'autodisciplina pubblicitaria oggi*, in *Corr.giur.*, 11/1988, pp.1191-1194
- VIGEVANI, G.E. *La pubblicità commerciale*, in AA.VV., *Percorsi di diritto dell'informazione*, Torino, II ed., 2006,
- VIGNUDELLI, A., *Aspetti giuspubblicistici della comunicazione pubblicitaria*, Rimini, 1983
- WATZLAWICK, P. *Pragmatica della comunicazione umana*, Roma, 1971.
- ZENO-ZENCOVICH, V., *La libertà d'espressione*,
- ZENO-ZENCOVICH, V., *La libertà d'espressione, media, mercato, potere nella società dell'informazione*, Bologna, 2004
- ZORZI, N., *Autodisciplina pubblicitaria*, in *CI*, 1985, pp. 549-57